

# JUSTICIA Y DEMOCRACIA

---

Luisa Fernanda García

—*Editora académica*—



---

*Colección Textos de Jurisprudencia*



Universidad del  
**Rosario**



# Justicia y democracia

# Justicia y democracia

## Resumen

Esta obra es producto de una serie de reflexiones que giran en torno a dos temáticas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, como son el papel del juez en la creación del derecho y la reforma de la Constitución, y la delimitación entre el poder constituyente derivado y el poder constituyente originario. ¿Cuál es el alcance del poder creador del juez? y ¿cuáles son los límites al poder constituyente derivado?

En los sistemas de tradición continental se le reconoce al juez un papel creador de derecho, bien sea para llenar los vacíos de la ley, dirimir conflictos de interpretación de las leyes o realizar cambios en la jurisprudencia. A ello se suma la supremacía del juez constitucional, que responde a la prevalencia de los derechos fundamentales, quien cuenta con una mayor autonomía, adaptando sus fallos a la realidad social y al interés general. No por ello el juez debe sobrepasar los límites que la Constitución le impone, porque un juez con autoridad suprema y regulador de la vida social puede generar inseguridad.

**Palabras clave:** Historia constitucional, derecho constitucional, reformas constitucionales, jurisprudencia, juez, constitucionalismo contemporáneo.

# Justice and Democracy

## Abstract

This work is the product of a series of reflections on two fundamental themes in contemporary constitutionalism: the role of the judge in the creation of laws and the reform of the Constitution, and the division between derived constituent power and original constituent power. What is the scope of the creative power of the judge? And, what are the limits to derived constituent power?

In continental systems, the judge is recognized as creator of laws, either to fill gaps in the law, settle conflicts of interpretation of laws, or make changes in jurisprudence. Additionally, the constitutional judge has supreme authority, which ensures the prevalence of fundamental rights, as well as a greater autonomy to adapt his verdicts to the social reality and to the general interest. Nevertheless, the judge must not surpass the limits imposed by the Constitution, since a judge with such authority, and who is regulator of social life, can cause insecurity.

**Keywords:** Constitutional history, constitutional law, constitutional reforms, jurisprudence, judge, contemporary constitutionalism.

Citación sugerida

GARCÍA, Luisa Fernanda (ed.). Justicia y democracia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.  
DOI: [doi.org/10.12804/tj9789587389845](https://doi.org/10.12804/tj9789587389845)

# Justicia y democracia

Luisa Fernanda García López  
—*Editora académica*—

---

Justicia y democracia / Luisa Fernanda García López, editora académica. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.  
ix, 294 páginas. -- (Colección Textos)

Incluye referencias bibliográficas.

Historia constitucional / Derecho constitucional / Reformas constitucionales / Jurisprudencia / I. García, Luisa Fernanda / II. Universidad del Rosario / III. Título / IV. Serie.

345029

SCDD 20

Catalogación en la fuente — Universidad del Rosario. CRAI

JDAE

Octubre 11 de 2017

---

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



**Universidad del  
Rosario**

Colección Textos

© Editorial Universidad del Rosario  
© Universidad del Rosario  
© Varios autores

Primera edición: Bogotá D. C., noviembre de 2017

ISBN: 978-958-738-983-8 (impreso)  
ISBN: 978-958-738-984-5 (ePub)  
ISBN: 978-958-738-985-2 (pdf)  
DOI: doi.org/10.12804/tj9789587389845

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: Lina Morales  
Traducción: Santiago Restrepo  
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG.  
Diagramación: Martha Echeverry  
Impresión: Panamericana Formas e Impresos S. A.

Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00  
editorial.urosario.edu.co

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

Los conceptos y opiniones de esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen a la universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro fue sometido al proceso de evaluación de pares, para garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas visitar: [editorial.urosario.edu.co](http://editorial.urosario.edu.co)

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

# Contenido

Agradecimientos ..... ix

Introducción ..... 1

## PARTE I

### EL PAPEL DEL JUEZ

#### EN LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tribunales constitucionales: alcance de su jurisprudencia  
en el ordenamiento jurídico ..... 13  
*Michel Troper*

El papel del juez en el derecho administrativo francés ..... 31  
*Gérard Marcou*

El 'precedente' en el derecho colombiano:  
¿un juez creador de derecho? ..... 49  
*Juan Pablo Cárdenas Mejía*

El rol del juez en el sistema procesal de la democracia republicana ..... 77  
*Gabriel Hernández Villarreal*

Reflexiones sobre el precedente en el derecho penal ..... 113  
*Wilson Martínez*

El neoconstitucionalismo sistémico ..... 123  
*Germán Bula Escobar*

**PARTE II**  
**REFORMAS CONSTITUCIONALES**  
**Y PODER CONSTITUYENTE**

<b>Los mecanismos de reforma de las constituciones liberales colombianas (1853, 1858 y 1863): entre la flexibilidad y la rigidez.....</b>	<b>143</b>
<i>Hugo Andrés Arenas Mendoza</i>	
<b>Reformas constitucionales en Italia: ¿sí o no? .....</b>	<b>167</b>
<i>Adriana Camacho Ramírez</i> <i>Mónica María Cuervo Aparicio</i>	
<b>El poder de reforma de la Constitución Límites del poder constituido .....</b>	<b>187</b>
<i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	
<b>El poder de revisión de la Constitución en África y sus límites .....</b>	<b>219</b>
<i>Fabrice Hourquebie</i>	
<b>La constitucionalización del poder constituyente .....</b>	<b>229</b>
<i>Richard Albert</i>	
<b>Reformar la Constitución: una competencia de alcance restringido .....</b>	<b>247</b>
<i>José Gregorio Hernández Galindo</i>	
<b>Conclusiones.....</b>	<b>287</b>
<b>Reseña de autores .....</b>	<b>289</b>

# Agradecimientos

Debo expresar un especial agradecimiento a todos los autores que contribuyeron con sus aportes a la realización de este libro que reúne amplias reflexiones realizadas en medio de la academia.

Al grupo de derecho privado por propiciar el espacio para llevar a cabo estos debates y a Luisa Judith Forero, estudiante e integrante de la línea de investigación “Confluencias entre derecho público y derecho privado”, por su franca colaboración en la elaboración de este libro.

*La editora*



# Introducción

El libro *Justicia y democracia* es el producto de una serie de reflexiones que giran en torno a dos temáticas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, como son el papel del juez en la creación del derecho y la reforma de la Constitución; la delimitación entre el poder constituyente derivado y el poder constituyente originario. ¿Cuál es el alcance del poder creador del juez? y ¿cuáles son los límites al poder constituyente derivado?

En los sistemas de tradición continental se le reconoce al juez un papel creador de derecho, bien sea para llenar los vacíos de la ley, dirimir conflictos de interpretación de las leyes o realizar cambios en la jurisprudencia<sup>1</sup>. A ello se suma la supremacía del juez constitucional, que responde a la prevalencia de los derechos fundamentales y cuenta con una mayor autonomía, adaptando sus fallos a la realidad social y al interés general. No por ello el juez debe sobrepasar los límites que la Constitución le impone, porque un juez con autoridad suprema y regulador de la vida social puede generar inseguridad<sup>2</sup>.

Es evidente que al intérprete de la Constitución difícilmente lo pueden contradecir el legislador y el constituyente derivado; estos desafíos indiscutibles que enfrentan hoy en día los sistemas democráticos contemporáneos no se reducen únicamente al ámbito del derecho constitucional, pues despiertan intereses en los diferentes campos del derecho, por lo que el intercambio de temáticas afines a doctrinantes, profesores, jueces, abogados, donde no hay fronteras entre lo público y lo privado, es contundente en este tipo de discusiones. Del mismo modo, es pertinente abordar esta materia, desde el ámbito del derecho comparado, como una metodología esencial al entendimiento de

---

<sup>1</sup> AVRIL, Pierre. La jurisprudence institutionnelle du Conseil Constitutionnel est-elle créatrice de droit? *En*: La creation du droit par le juge. Dalloz, 2006. p. 33-39.

<sup>2</sup> MATHIEU, Bertrand. Le role du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général. *En*: *ibid.*, p. 41-48.

los distintos sistemas jurídicos que permite complementar y profundizar el conocimiento y funcionamiento de la justicia constitucional en otros países, producto de sistemas y culturas jurídicas diferentes. Resulta evidente que los países de tradición continental y del *common law* no le dan al juez el mismo lugar. El juez que crea derecho y el juez que pronuncia el derecho. Sin embargo, pronunciar el derecho no impide que el juez tenga un margen de apreciación que le permita desarrollar su poder de interpretación, es así como la interpretación difícilmente encuentra límites<sup>3</sup>. Para ello, el papel del juez se debe supeditar a un resultado de plena coherencia entre lo que ya existe y su jurisprudencia, simplemente una armonización del derecho y su evolución.

Es por ello que, en una primera parte, se busca identificar los desafíos del Estado de derecho contemporáneo: la discrecionalidad del juez con unos límites tímidamente marcados dentro de premisas democráticas, procurando representar el gobierno de la mayoría. En los dos casos, resulta pertinente identificar el alcance del silogismo jurídico y en qué medida el juez realiza una actividad de aplicación del derecho o de creación del derecho a través de sus sentencias. Si insistimos en la labor interpretadora del derecho, seguiríamos la lógica de la tradicional noción de separación de poderes, donde el juez simplemente interpreta la ley, que al ser general, impersonal y abstracta requiere de una mayor definición por parte del juez. Si afirmamos que el juez crea derecho en un sistema de tradición continental, es importante reconsiderar la trascendencia del papel del juez como el representante de la mayoría, o la voz del pueblo, y sus sentencias tendrían el carácter de fuente del derecho revirtiendo la tradicional separación de poderes.

Se pretende, entonces, en esta primera parte hacer una profunda reflexión acerca del poder del juez en los países de tradición continental, como lo son Francia y Colombia, para así discernir el alcance del precedente en los distintos ámbitos del derecho. Las primeras reflexiones van encaminadas hacia la relación entre la discrecionalidad y la creación del derecho por el juez. Se busca evaluar el alcance de la jurisprudencia constitucional y administrativa en el sistema continental, para luego apreciar los límites del juez creador de derecho en el ordenamiento colombiano. Así pues, “Tribunales constitucionales: alcance de su jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. El rol del juez constitucional y los efectos de su jurisprudencia en Francia” y “El papel del

---

<sup>3</sup> TERRE, Francois. Un juge createur de droit? Non, merci! En: *ibid.*, p. 305-311.

juez en el derecho administrativo francés” muestran cierto antagonismo frente al papel del juez en un mismo sistema jurídico, visión que se complementa en Colombia cuando se aborda esta temática desde “El ‘precedente’ en el derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho? La perspectiva del derecho civil”. Así mismo, “El rol del juez desde la perspectiva procesal de la democracia republicana” y “Reflexiones sobre el precedente en el derecho penal” señalan un papel del juez bastante diverso en los distintos campos del derecho. Por último, una reflexión en torno a “El neoconstitucionalismo sistémico” plantea la transcendencia del activismo judicial en el derecho colombiano.

Es así como Michel Troper en “Tribunales institucionales alcance de su jurisprudencia en el ordenamiento jurídico” configura una línea histórica de la estructuración y consolidación del tribunal constitucional francés. La desconfianza y rechazo de este tipo de figuras en Francia ha sido manifestada desde la Revolución. Sin embargo, con el paso del tiempo, con el ánimo de perfeccionar la expresión efectiva de la voluntad general, la hostilidad por la figura del control de constitucionalidad fue disminuyendo, poniendo como antecedente fundamental la creación en 1958 de un Consejo Constitucional que, a pesar de sus limitadas competencias y funciones, dio paso a la revolución ideológica en esta materia. En tal sentido, el propósito de este artículo es entender los factores que determinaron la evolución de este organismo, sus manifestaciones de poder, la influencia en la interpretación de las normas, los efectos internos y externos de su actuación, y los límites que lo caracterizan. Todo esto a fin de entender la transición entre lo que fue, lo que es y lo que será el impacto del juez en los tribunales constitucionales en la consolidación de las normas sin afectar la democracia en el derecho continental. Por su parte, Gérard Marcou en “El papel del juez en el derecho administrativo francés” destaca la importancia del juez en la consolidación del derecho administrativo francés, y para esto establece los parámetros de la formación, importancia e influencia del desarrollo del derecho administrativo francés en el mundo. Determina el proceso de construcción del sistema con la conformación de los fallos del Consejo de Estado que dieron lugar a una transformación radical de la responsabilidad del Estado, entre ellos, el fallo Blanco. Por otro lado, la inexistencia de normas generales escritas dio paso al desarrollo de conceptos y principios que rigen la configuración de las decisiones emitidas por el Consejo de Estado, siendo la jurisprudencia la fuente principal. Sin embargo, el desarrollo de principios

de creación jurisprudencial ha permitido al juez administrativo acudir al precedente, dando un papel relevante a la jurisprudencia.

Por su parte, Juan Pablo Cárdenas Mejía, hace referencia al valor del precedente en el derecho colombiano y, particularmente, en el derecho privado, para posteriormente examinar el papel del juez como creador de derecho. Para comenzar, es necesario establecer que la obligatoriedad del precedente es sustancialmente diferente en los países de tradición continental en los cuales el carácter del precedente no es vinculante, y, por el contrario, tiene valor persuasivo mas no obligatorio; por otro lado, en el *common law* su uso tiene carácter obligatorio como creador de derecho. En Colombia particularmente la evolución de este ha llevado a que en diferentes etapas su utilización varíe, así en algunos casos es vinculante y en otros, subsidiario. Lo que determina su uso de forma obligatoria es el ente que expide: el precedente de las altas cortes es vinculante y obligatorio; en materia civil y arbitral, el precedente es imperativo. Sin embargo, hay una clasificación dentro de este, la cual se somete a una serie de restricciones que este artículo explicará con detalle. Por otro lado, la violación del precedente en las materias en las cuales es de obligatorio cumplimiento trae una serie de consecuencias detalladas por el autor, además de explicar la función creadora de derecho en cabeza del juez, que debe estar inspirado en los principios y reglas del ordenamiento cuando haya un vacío legal.

Por otro lado, Gabriel Hernández Villarreal en “El rol del juez en el sistema procesal de la democracia republicana” establece dos dificultades a las que se ve enfrentado el derecho: Determinar si es una ciencia y, de ser así, si sus postulados relacionados con la verdad y la justicia estarán situados en el terreno de lo meramente opinable. Para empezar, se determina una serie de supuestos relacionados con las distintas posturas asociadas con estas dificultades. Sin embargo, el grueso del trabajo abordará en su orden los siguientes temas: primero, se dejarán en claro los razonamientos de las corrientes que enmarcan el funcionamiento del derecho procesal, por un lado, la *activista* o *publicista* y, por otro, la *garantista procesal*, para aclarar que el rol del juez varía dependiendo del régimen político en el que se desenvuelva. Luego, se hará una precisión con respecto a los conceptos de proceso, procedimiento y el derecho de instar, que darán el bosquejo perfecto de los poderes que envisten al juez desde las dos perspectivas del derecho procesal. Además de proponer las diferencias y similitudes entre estos conceptos, se dará paso a determinar su relevancia dentro de la administración de justicia. Para finalizar, se seccionarán

y explicarán los atributos del juez y su responsabilidad frente a los principios de imparcialidad, independencia e igualdad ante la ley. Todas las anteriores funciones prístinas delegadas al juez en calidad de guardador de la ley.

Wilson Martínez, en “Reflexiones sobre el precedente en el derecho penal”, refiere que Colombia ha adoptado el pensamiento del derecho europeo continental denominado método teleológico político criminal. Sin embargo, la discrecionalidad del juez en materia penal se ve trastocada en virtud de la doctrina que se adopte en un determinado país. El decisionismo y el cognoscitivismo son modelos que llevan a una sustancial divergencia en su desarrollo y subsecuente aplicación, ya que marcan la pauta de las decisiones emitidas por el órgano jurisdiccional. En principio, el artículo explica detalladamente la influencia que estas vertientes tuvieron de parte del positivismo y de los padres de las teorías más importantes del derecho penal, tales como Roxin, Von Listz, Ernest von Beling. Igualmente, da cuenta de los antecedentes y la evolución que dio lugar a la creación de estos modelos que actualmente son aplicados por los países de tradición continental y del *common law*. Posteriormente, hace una estructuración del modelo aplicable a Colombia y de cuáles han sido las modificaciones que se han efectuado para llegar a consolidar en materia penal un precedente adecuado. De esta forma el papel del juez es determinante en el raciocinio e interpretación de las normas y la subsecuente creación de precedente aplicable en aquellos momentos en los cuales el legislador deja al juez ciego.

Para finalizar, Germán Bula Escobar hace referencia al neoconstitucionalismo, nacido en el marco de constitucionalización del Estado y del derecho, el cual se originó de un sistema democrático que se ajusta a las necesidades de cada Estado que busca respetar un bloque fundamental de derechos políticos, económicos y sociales que no son susceptibles de ser modificados al arbitrio de las mayorías políticas; un Estado que busca impedir lo sucedido en épocas pasadas implementando figuras como la del control de constitucionalidad y las cortes constitucionales, porque los gobiernos deben estar atados al mástil que representan los derechos fundamentales y las reglas del juego político establecidas en la Constitución. La explicación del desarrollo histórico de la consolidación de esta corriente del pensamiento deja de manifiesto la relevancia que tiene su aplicación en los Estados, siendo esta el faro de protección de los derechos inherentes al ser humano y, por lo tanto, puede ser llamada el sustento de los Estados pacíficos. En Colombia, el neoconstitucionalismo ha venido fortaleciéndose con la presencia del desarrollo discrecional del juez

en la consolidación del precedente relacionado con la constitucionalidad de actuaciones del Estado y de particulares, que dejan a discreción del lector una amplia gama de posibilidades asociadas con la función del juez constitucional en la protección inmediata de derechos.

La segunda parte de estas reflexiones gira en torno a los desafíos que enfrentan los países del mundo ante la reforma a la Constitución y el alcance del poder constituyente derivado en los sistemas democráticos, teniendo presente dos dimensiones: la reforma a la Constitución y los límites al poder constituyente.

Estas perspectivas proporcionan un diálogo sobre el alcance de lo que Emmanuel Sieyès en “Qu’est ce que c’est le tiers état?” abordara la idea del poder constituyente y del poder constituido, y su alcance en la reforma a la Constitución.

Ello también conlleva a la representación y conduce obligatoriamente a una figura emblemática, el poder constituyente originario que no se puede confundir con el poder constituyente derivado, ya que el cuerpo de representantes ordinarios del pueblo, quienes se encargan de la legislación ordinaria, no puede reformar en su esencia el contenido de la Constitución. La noción moderna de representación y el concepto de poder constituyente se inscriben entre los límites fundamentales a la reforma de la Constitución. Ello no desconoce el poder de ajustar o de enmendar la Constitución, y ahí el poder constituyente derivado se convierte en un intérprete del contenido de la Constitución sin alterar o sustituir la esencia de esta. No se pueden desconocer los juicios normativos que desde el derecho comparado hacen igualmente los jueces que, si bien se sujetan a las instrucciones que están en la Constitución, realizan interpretaciones que resuelven los casos de manera específica y que se ajustan de la mejor forma al tenor de la Constitución. Resulta pertinente mencionar la sentencia emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos *Brown v. Board of Education* (1954) como el resultado de un largo proceso que empezó con la abolición de la esclavitud en el siglo XIX, luego la proclamación de la ley “*separate but equal*” adoptada en 1896 para finalizar con la abolición de la segregación en los establecimientos educativos del sur de Estados Unidos.

Se pretende, entonces, abordar el poder de reformar la Constitución y los límites al poder constituyente derivado en los sistemas de tradición continental y anglosajona, para destacar sus límites en la perspectiva colombiana y comparada. Analizar *los mecanismos de reforma de las constituciones liberales colombianas desde 1853 a 1863* evidencia una tradición flexible y rígida a la vez, lo que se complementa con el enfoque de 1991, que persiste en que *reformar la Constitución es*

*una competencia de alcance restringido.* Desde la perspectiva comparada, *los límites materiales de la reforma constitucional en Alemania y Colombia, las reformas constitucionales en Italia, la contribución del poder judicial a la desaparición de la Constitución en Venezuela y los apretados límites al poder de reformar la Constitución en los países del África occidental* son apenas una muestra de los impedimentos que tiene el poder constituido para reformar la Constitución y la persistente figura del poder constituyente tanto en el derecho colombiano como en el derecho comparado. Esta visión cambia decididamente en el sistema de Estados Unidos de América, donde las reformas constitucionales rara vez se llevan a cabo de modo formal, ya que la Constitución cambia en gran medida informalmente, y en especial a través de la interpretación judicial, por ende, un cambio constitucional no requiere de la intervención del poder constituyente.

Con ello, se pretende aportar distintos enfoques para el entendimiento de los sistemas jurídicos desde una visión comparada y en un mundo globalizado que se modula de manera progresiva.

Es por ello que los autores explicarán desde su propia experiencia como se desarrollan en sus ordenamientos los mecanismos mediante los cuales se dan las reformas constitucionales y qué dice el juez frente a ellas. Al ser un análisis de derecho comparado, se evidenciarán perspectivas tan variadas de tradición continental y del *common law* que darán un punto de vista supremamente amplio de la relevancia e influencia de este concepto en el mundo.

Por su parte, Hugo Andrés Arenas Mendoza establece que los mecanismos de reforma de la Constitución revisten una relevancia central en cualquier texto constitucional, puesto que una modificación parcial o total de esta puede llegar a cambiar de forma radical la distribución de poderes y la organización de las instituciones en cualquier Estado, poniendo en aprietos los cimientos de los gobiernos y, en particular, el ordenamiento jurídico de los países. En ese sentido, establecer claramente los parámetros por medio de los cuales se puede reformar la Carta es de vital importancia. Su artículo establece una línea histórica desde el surgimiento del pensamiento liberal en Colombia y su apogeo entre 1849 y 1885, años en los cuales se fortalecieron los derechos individuales y la forma de gobierno se fue estructurando en el país. Sin embargo, no fue sino hasta 1853 con la primera Constitución liberal que se instauraron tres mecanismos de reforma de esta, entre ellos la reforma por medio de una ley ordinaria con una mayoría especial y la creación de una asamblea constituyente. Así mismo, en 1863 se creó la primera Constitución expedida “en nombre y

por la autorización del pueblo”, que estableció unos requisitos muy rígidos que hacían inmodificable en la práctica el texto de la Carta. A pesar de todas las reformas, en Colombia se ha sabido hacer la distinción entre el peso de creación de una ley ordinaria y una reforma constitucional, esto en la medida en que las modificaciones se han dado con el objeto de proteger la Carta que contiene la voluntad del constituyente primario, dándoles solidez, validez y eficacia a los planteamientos determinados por la Constitución.

Adriana Camacho Ramírez y Mónica María Cuervo Aparicio se refieren al sistema constitucional italiano como incapaz de garantizar algunos derechos constitucionales en momentos de crisis económica, política y social, y, por el contrario, ha sido un referente de desconocimiento con respecto a la voluntad popular. Por esto, se hace necesaria la implementación de un referéndum que incluya al pueblo en las decisiones que se toman con respecto a la modificación de la Constitución. Sin embargo, es importante destacar cuál era la concepción que se tenía antes de 2016 con respecto a estas formas de participación ciudadana. La figura del referendo es un sinónimo de democracia representativa y vincula a las personas en la actividad del Estado, pero en Italia específicamente solo se concebían ciertas formas de referéndum, como el abrogativo, el consultivo y el aprobativo, este último únicamente se ha aplicado dos veces, seguramente influenciado por el escepticismo que desde el inicio presenta la institución, debido a que por medio de este es posible hacer una revisión de las normas de la Constitución. Es un procedimiento indirecto, donde el constituyente es el parlamento y las reformas son sometidas a consulta popular bajo unas ciertas condiciones. Este trabajo se encargará de explicar la evolución en materia de reforma de la Constitución en Italia y si es necesario hacer una reforma que modifique algunos puntos que se considera pueden ser importantes para el país.

Por otro lado, Víctor Rafael Hernández-Mendible se refiere a las reformas constitucionales en Venezuela que han despertado un particular interés, específicamente en virtud de la situación por la que atraviesa el país en este momento, pues la Carta ha sido objeto de innumerables modificaciones con el objetivo de eternizar en el poder a quienes les interesa. Por eso, este artículo hará un recuento histórico de las diferentes reformas que han ejecutado cambios significativos en la Constitución; del mismo modo, dará un esbozo del procedimiento y la forma por medio de la cual estos se hicieron efectivos. Todo con el propósito subsecuente de mostrar el papel de los jueces de la Corte Suprema

de Justicia con respecto a sus sentencias y lo que han declarado a través de estas. Es importante destacar que el pueblo venezolano, según jurisprudencia de la Corte, en ejercicio de su soberanía puede ser convocado para hacer una asamblea nacional constituyente con el propósito de transformar la Constitución hacia las necesidades actuales sin perjuicio de dañar su esencia. Así mismo, se catalogarán los principios en los cuales está sustentado el Estado, se hablará de cuál es el régimen de revisión de la Constitución y cuál la diferencia entre la enmienda y la reforma constitucional, todo esto con el propósito de entender las facultades que enfrenta la asamblea nacional constituyente y sus límites. De igual forma, se hará especial énfasis en los mecanismos de reforma constitucional, como, por ejemplo, las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia para ejercer esta función y por qué está facultado.

Por su parte, Fabrice Hourquebie destaca la revisión como figura de control constitucional que ha sido adoptada por diferentes ordenamientos; sin duda alguna, los países del África francófona presentan los mismos desafíos que Colombia con respecto al poder constituyente originario y derivado, es por eso que estos conceptos serán abordados con el objetivo de dar claridad con respecto a su significado y a la función que ejercen. Por otro lado, es importante destacar que África goza de una extrema rigidez en cuanto a los mecanismos de revisión de la Constitución, esta es vista como una muralla frente a las medidas autoritarias que pueda ejercer el gobierno en la vulneración de derechos o la ejecución de arbitrariedades, por lo que la Constitución es tomada como una herramienta de estabilización del poder y de garantismo de los derechos frente a las instituciones. En tal sentido, se hace necesario hacer un recuento histórico del surgimiento de la Constitución y la seguridad jurídica que brinda el sistema rígido y restrictivo de revisión. Es un sistema basado en unos principios bien fundamentados que, sin embargo, logran ser desviados por la manipulación política, problema difícil de despojar en un continente sumergido en el intercambio de intereses y la corrupción. Pero eso no quiere decir que el control constitucional no se lleve a cabo en cabeza de los jueces, por el contrario, de esta situación emana la necesidad de restringir las formas de modificación de la Constitución a través de la revisión, mecanismo que genera que sea más difícil cambiarla y, por consiguiente, que pueda ser un sistema que supla las necesidades del país.

Richard Albert define el poder constituyente como concepto vital para la comprensión de la democracia y del constitucionalismo, sin embargo, este

concepto es ajeno al estudio académico del cambio constitucional en Estados Unidos. La explicación a este fenómeno radica en tres puntos fundamentales: el primero es que el poder constituyente se encuentra bajo la teoría de la soberanía popular; no obstante, en opinión de los académicos americanos, son conceptos sustancialmente diferentes. En segundo lugar, el poder constituyente es un concepto sociológico y no legal, por lo tanto, los doctrinantes pocas veces se encuentran con él. Y en tercer lugar, la reforma constitucional en Estados Unidos se da de manera informal a través de la interpretación judicial, esto quiere decir que no vincula al poder constituyente. Empero, este artículo busca explicar las ideas sobre el poder constituyente en América. Esto requerirá del entendimiento del artículo V de la Constitución y la relación entre el poder constituyente y los poderes constituídos, al igual que las interconexiones entre la enmienda, la revisión y el poder constituido. Finalmente, se explora el ejercicio del poder constituyente y el control constitucional en Estados Unidos.

Para finalizar, José Gregorio Hernández Galindo hace un recuento histórico del impacto de la Constitución de 1991 en el ordenamiento jurídico colombiano. Aquí la precisión es fundamental para determinar lo que la influenció y cuáles fueron los postulados que cambiaron radicalmente la forma de ver el constitucionalismo en el país. El ejercicio del poder constituyente originario dio lugar a una transformación de fondo con respecto a las atribuciones de los poderes del Estado; un ejemplo del cambio que ocasionó fue la creación de la Corte Constitucional como órgano investido con la facultad de ejercer control constitucional de las leyes y la protección de los derechos consagrados en la Carta. Sin embargo, su poder está limitado por una serie de restricciones, porque realizar cualquier modificación de la Constitución está sometido a lineamientos específicos que, de no ser cumplidos, quebrantarían el fundamento dado por el constituyente originario, dilema que no puede darse bajo ningún escenario.

**PARTE I**  
**EL PAPEL DEL JUEZ**  
**EN LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA**



# Tribunales constitucionales: alcance de su jurisprudencia en el ordenamiento jurídico

## El rol del juez constitucional y los efectos de su jurisprudencia en Francia

Michel Troper\*

*Universidad de París X Nanterre (Francia)*

El tema, sugerido por la profesora Luisa Fernanda García para la elaboración de este libro, encaja perfectamente con el tema general “El juez, entre poder discrecional y democracia, dos grandes desafíos en un Estado de derecho”. Sin embargo, es un tema inmenso. Naturalmente, en este espacio es imposible discutir a fondo la jurisprudencia del Consejo Constitucional y me limitaré a los principios.

De cualquier manera, resulta indispensable realizar previamente un breve repaso histórico e institucional, para entender las particularidades del Consejo Constitucional francés con relación a otras jurisdicciones y con relación a la mayoría de cortes constitucionales de otros países.

La primera de estas características es que se trata de una institución reciente, porque el Consejo solo existe desde 1958 y su labor real de control de constitucionalidad de las leyes comenzó mucho más tarde. Por cierto, el Consejo no se creó como una corte constitucional, a diferencia de lo que se hizo en muchos otros países europeos, como Austria, por supuesto, pero también Italia o Alemania tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Ciertamente, la Constitución de 1946 había instituido un comité constitucional, pero este no tenía nada de una corte constitucional. Estaba presidido por el Presidente de la República y estaba compuesto por miembros elegidos por las asambleas parlamentarias; solo podía acudir a

---

\* Profesor emérito de la Universidad de París X Nanterre.

él en el plazo de promulgación de la ley mediante una demanda que emanara conjuntamente del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de la República, el antecesor del actual Senado, siempre y cuando el Consejo hubiera decidido mediante mayoría absoluta. Se trataba en realidad de mediar entre las dos cámaras. A este Comité solamente se acudió en una oportunidad.

La causa principal del rechazo, constante en Francia desde la Revolución, a instituir un control de constitucionalidad de las leyes no radica, como se dice con frecuencia, en el “dogma de la ley, expresión de la voluntad general”, porque ante esto se podría decir que el control tiene justamente el fin de verificar que la ley sea efectivamente la expresión de la voluntad general, como por cierto lo ha hecho más adelante el Consejo Constitucional. En realidad, la hostilidad a esta institución debe buscarse en dos ideas. Por una parte, a que el poder legislativo puede atribuírsele a una asamblea única o a dos asambleas, o, incluso, a que puede dividirse entre una asamblea elegida y el poder ejecutivo, pero no sería cuestión de asociar a él las cortes. El recuerdo de los parlamentos del antiguo régimen estaba demasiado fresco como para que se le confiara el poder legislativo, o al menos una parte de este, a los tribunales. Los jueces debían ser solamente ‘la boca de la ley’ y toda tentativa de participar en la creación de normas generales, incluso al interpretar la ley, sería considerada como criminal. La segunda idea, prevaleciente en la época revolucionaria, consistía en que sin duda había que garantizar la supremacía de la Constitución, pero que para ello no era necesario organizar un control externo —sobre todo si los jueces eran los encargados de ello—, sino que bastarían garantías internas, que pueden encontrarse en una Constitución cuyos equilibrios se hubieran calculado bien, de tal manera que, de forma puramente mecánica, toda violación sería imposible.

Una manifestación bien conocida de este rechazo al control de constitucionalidad puede encontrarse en el rechazo, por unanimidad, de la convención nacional en 1795 al proyecto de jurado constitucional de Sieyès, que además solamente establecía un tipo de control muy débil y muy alejado de aquellos que prevaledrían más adelante en Estados Unidos y Europa<sup>1</sup>.

Esta hostilidad persistió hasta la creación por parte de la Constitución de 1958 del Consejo Constitucional. Pero lo que se creó en ese momento no fue un control de constitucionalidad de las leyes propiamente dicho, sino solamente el

---

<sup>1</sup> Ver TROPER, M. *La Constitution de 1795: Terminer la Révolution*. París: Fayard, 2006.

órgano ‘Consejo Constitucional’, y esta creación no obedeció a un cambio ideológico repentino o a una acogida generalizada de la idea de un control externo. En realidad, en un comienzo el Consejo Constitucional solamente tenía competencias muy limitadas. La razón por la que se creó fue de orden puramente técnico. Fue una razón análoga a la que justificó la creación de una corte semejante en un sistema federal como el de Estados Unidos en 1787 o como el de Austria en 1920. La Constitución de 1958 organizaba una repartición de competencias entre el poder legislativo y el poder reglamentario a través de los artículos 34 y 37. Como en un sistema federal, la repartición de competencias necesariamente daría lugar a conflictos que habría que resolver. No se le podía confiar la solución de esos conflictos a los jueces y era lógico confiársela a un órgano cuya composición y forma de acudir a él se inspirarían en el comité constitucional. Pero no se trataba de darle al Consejo Constitucional el poder de examinar la conformidad de las leyes al contenido material de la Constitución y en particular a los derechos y libertades fundamentales. Los trabajos preparatorios muestran que, por el contrario, se tenía conciencia de esa posibilidad y se descartó deliberadamente.

Así, al Consejo Constitucional se le confirieron poderes reducidos, principalmente un poder de control *a priori*, y la posibilidad de acudir a él se limitó a las cuatro más grandes personalidades del Estado: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado. Estas competencias limitadas justificaban su composición, que sigue siendo la misma hoy en día. Está compuesto por nueve miembros nombrados por nueve años, por tres altas personalidades del Estado (el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado) y se renueva en una tercera parte cada tres años. A los nueve miembros nombrados se agregan los miembros de derecho, que son los expresidentes de la República. A diferencia de otras constituciones, la Constitución francesa no exige que los miembros del Consejo Constitucional tengan algún tipo de competencia jurídica determinada.

El nombramiento de los miembros del Consejo es muy diferente al de otras cortes constitucionales europeas, como las de Italia, Alemania o España, cuyos miembros son nombrados en su mayoría por el Parlamento con votación de mayoría calificada. Para obtener una mayoría calificada, se requiere un compromiso entre la mayoría y la oposición, y las personalidades nominadas son o bien personas reconocidas y apoyadas por todos, o, en caso contrario, se organiza

extraoficialmente una repartición proporcional de los asientos en la Corte. En todo caso la oposición puede obtener representación.

Por el contrario, en Francia, si las tres más altas personalidades del Estado son de la misma filiación política, la composición del Consejo Constitucional reflejará esa filiación y, considerando la lentitud de las renovaciones, la reflejará durante un tiempo prolongado.

En la práctica, las personas nombradas por lo general no han sido juristas calificados, sino políticos, a veces, pero no siempre, con formación jurídica. La revisión constitucional de 2008 intentó remediar en parte lo que algunos percibían como un defecto, al introducir un mecanismo inspirado en el procedimiento de confirmación del Senado estadounidense para la nominación de los ministros y jueces federales. Desde entonces, los candidatos propuestos para ciertos puestos, entre ellos los miembros del Consejo Constitucional, comparecen ante las comisiones competentes de la Asamblea Nacional y el Senado, que se pronuncian al respecto. Si la suma de votos negativos en cada comisión equivale al menos a tres quintas partes de los sufragios depositados en las dos comisiones, el Presidente de la República no puede proceder a su nombramiento.

Sin embargo, el Consejo Constitucional de 2015 no es el mismo de 1958 y se ha transformado en una verdadera corte constitucional, tanto debido a la evolución de su propia jurisprudencia como a las revisiones de la Constitución.

El evento fundador fue la decisión, con frecuencia llamada el *Marbury v. Madison* francés, mediante la cual en 1971 el Consejo Constitucional controló por primera vez una ley, no solamente con relación a los artículos numerados de la Constitución, sino también con relación a su preámbulo. Ahora bien, este preámbulo remite a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como al preámbulo de la Constitución de 1946, que a su vez remite a los ‘principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república’, es decir, a principios no escritos, que las leyes parlamentarias no habían enunciado, sino que simplemente se reconocían, y existían por lo tanto antes que dichas leyes, y a los cuales el Consejo otorga un valor constitucional. Este conjunto de normas forma aquello que se ha convenido llamar un ‘bloque de constitucionalidad’. De este modo, el Consejo se ha dotado a sí mismo de una competencia muy amplia, porque dispone de estándares de referencia numerosos y vagos, que puede interpretar a su manera, de suerte que le era y aún le es bastante fácil encontrar argumentos para validar o invalidar una ley parlamentaria. Podía

convertirse así en un verdadero contrapoder al Parlamento. El único freno radicaba en la dificultad para interponer un recurso ante él.

Por esa razón, en 1974 el presidente Giscard d'Estaing hizo aprobar una ley de revisión de la Constitución para ampliar las posibilidades de interponer un recurso ante el Consejo. Desde entonces, además de las cuatro primeras personalidades del Estado ya mencionadas, el Consejo Constitucional puede actuar ante la requisición de 60 diputados o 60 senadores. Para Giscard d'Estaing, el propósito era prolongar la construcción del Estado de derecho, crear un embrión de estatuto de la oposición, pero también protegerse contra los riesgos de una victoria de la izquierda, dándose los medios para frenar las reformas que esta podría emprender. Esta estrategia fue exitosa. Después de la llegada de los socialistas al poder en 1981, las leyes de las nacionalizaciones fueron diferidas por la oposición que encontraron en el Consejo Constitucional. Ciertamente este no las declaró contrarias en sus fundamentos a la Constitución, pero decidió que el monto de las indemnizaciones a los antiguos propietarios era insuficiente.

Entretanto, la reforma de 1974 había traído consigo un aumento en el número de solicitudes presentadas al Consejo. En 1975 una de ellas dio lugar a una decisión importante a propósito de la interrupción voluntaria del embarazo. La ley que autorizaba el aborto fue diferida al Consejo Constitucional. Los diputados autores de la solicitud de revisión invocaban específicamente el artículo 55 de la Constitución, según el cual “los tratados o acuerdos ratificados o aprobados regularmente tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes”. Los diputados argumentaban que la ley era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho a la vida. Pero, sin examinar el fondo de la ley y particularmente el asunto de saber si amenazaba o no un eventual derecho del feto a la vida, el Consejo consideró que solamente era competente para controlar la conformidad de las leyes a la Constitución, y no a los tratados. Y esa ley no era contraria a ninguna norma constitucional.

Sin embargo, de esta decisión resultaba indirectamente que los tribunales eran los encargados de garantizar la supremacía de los tratados sobre las leyes. Este fue el comienzo de lo que se ha llamado desde entonces el control de convencionalidad: en caso de conflicto entre una ley y un tratado o una norma derivada de un tratado, como, por ejemplo, una norma europea, un tribunal debe rehusarse a aplicar dicha ley.

Esta forma de control se desarrolló considerablemente desde 1975 al punto de que las convenciones internacionales están mejor protegidas que la Constitución. En efecto, una ley que no se hubiera declarado contraria a la Constitución, por tratarse de una ley antigua que el Consejo Constitucional no hubiera alcanzando a evaluar, debía aplicarse, aun si se la consideraba contraria a la Constitución, mientras que una ley, incluso antigua y conforme a la Constitución, pero contraria a una convención internacional, o incluso a una simple directiva europea, podía ser descartada.

Esta es una de las principales razones que condujeron en 2008 a una nueva revisión de la Constitución. Esta revisión creó en particular el nuevo procedimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC, por su sigla en francés), que se expondrá más adelante.

Observamos que estos desarrollos tienen una lógica: cuando en 1971 el Consejo Constitucional decidió ejercer un control de constitucional de fondo —y no solamente sobre la repartición de competencias—, creó una posibilidad para la oposición de frenar a la mayoría e incitó la ampliación de las posibilidades de recurrir a él; de igual manera, la decisión de 1975 condujo al desarrollo del control de convencionalidad, que implicó a su vez la creación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Estas indicaciones bastan para mostrar que la jurisprudencia del Consejo Constitucional tiene efectos considerables, en primer lugar, sobre sus propios poderes y, luego, sobre el conjunto de los mecanismos de control de la ley. Pero también tiene efectos que van mucho más allá, porque afecta el contenido de la legislación y porque esta legislación es susceptible de afectar todas las actividades humanas, es decir, es todo el conjunto del derecho lo que está constitucionalizado en la actualidad<sup>2</sup>.

No obstante, es preciso investigar los factores, manifestaciones y límites de dichos efectos.

## **1. Los factores de la influencia del Consejo Constitucional**

El principal factor de influencia es evidentemente el considerable poder de interpretación que posee el Consejo Constitucional.

---

<sup>2</sup> FAVOREU, L. La constitutionnalisation du droit, ds. L'unité du droit. Mélanges Drago. París: Económica, 1995. p. 25s.

A veces se dice —y yo lo acabo de hacer hace unas líneas— que este poder se debe al carácter vago y ambiguo de los textos aplicables: la Constitución, los preámbulos o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En efecto, estos textos son vagos y ambiguos, pero ocurre lo mismo con muchos otros textos, mientras que, a su vez, textos que en apariencia son muy precisos también pueden ser interpretados de forma inesperada por las personas más diversas. El poder no proviene entonces de la naturaleza de la interpretación, sino ante todo de la cualidad de la autoridad que la realiza.

En este caso el poder procede simplemente del hecho de que no se puede interponer ningún recurso contra las decisiones (como lo establece la Constitución) y de que la interpretación dada por el Consejo Constitucional, cualquiera que sea, se incorpora al texto, que no tiene un sentido distinto al que este determina. Como lo decía en otro contexto un juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, “no somos supremos porque somos infalibles; somos infalibles porque somos supremos”.

En otros términos, el Consejo Constitucional es un intérprete auténtico en el sentido de Kelsen. La interpretación es una operación de la voluntad. No es una declaración de sentido, que sería susceptible de ser verdadera o falsa, sino una prescripción.

En efecto, la interpretación que realiza el Consejo Constitucional de la Constitución, de los textos o principios no escritos a los que remite, se impone independientemente de su contenido, de su justificación —y con frecuencia apenas lo está—. Naturalmente esta interpretación produce efectos directos: si el Consejo Constitucional interpretó cierta disposición de la Constitución de tal manera que la ley que le fue sometida resulta inconstitucional, esta ley nunca verá el día porque el Presidente de la República nunca la podrá promulgar. Pero también produce efectos indirectos, porque el gobierno y los parlamentarios la conocen y saben que un proyecto o iniciativa de ley deberá confrontarse a la norma constitucional tal como resulta de la interpretación del Consejo Constitucional, so pena de ser invalidada.

A veces creemos que la interpretación es únicamente sobre el texto aplicable y que ella determinará la premisa mayor del silogismo. En realidad, ella también es sobre la menor, es decir, sobre el texto de ley sometido al examen del Consejo Constitucional. En efecto, es preciso determinar el sentido de este texto antes de confrontarlo con la norma constitucional, llamada de referencia. La ley será conforme o no conforme a esta norma según el sentido que

se le dé. El juez constitucional puede, por lo tanto, salvar una ley dándole un sentido tal que sea conforme a la Constitución.

## **2. Las manifestaciones de la influencia del Consejo Constitucional**

Si la interpretación es una función de la voluntad, es claro que las decisiones interpretativas, sean explícitas o implícitas, reflejan preferencias axiológicas de los intérpretes; dicho de otro modo, son políticas en el sentido amplio del término y el intérprete ejerce una influencia política. Nos atenderemos aquí a la influencia propiamente jurídica<sup>3</sup>. Esta influencia es a la vez interna, porque se ejerce sobre los poderes del Consejo Constitucional en sí mismo, y externa, porque actúa sobre el conjunto del sistema jurídico.

### **2.1. La influencia interna**

La influencia interna de la jurisprudencia del Consejo Constitucional es la que se ejerce sobre los poderes propios del Consejo Constitucional. Como este interpreta el texto constitucional mediante un acto de voluntad, también interpreta aquellas disposiciones que le confieren directa o indirectamente un poder. Hemos visto cómo, al interpretar la Constitución, incluyó allí el preámbulo y se encontró así en capacidad de controlar las leyes al confrontarlas a una gama muy amplia de principios escritos y no escritos. Se trata de apreciar la naturaleza del poder que así se le otorga.

Podemos considerar que este poder es a la vez legislativo y constituyente.

Dispone de un poder legislativo el individuo o el órgano cuyo consentimiento es necesario para la entrada o permanencia en vigor de una ley. Así, en la mayoría de los sistemas constitucionales, el Parlamento dispone de un poder legislativo porque una ley no puede entrar en vigor si el Parlamento no la ha adoptado de conformidad con las condiciones requeridas por la Constitución. De igual manera, en los sistemas que le otorgan al jefe del poder ejecutivo un derecho de veto sobre las leyes, este jefe de Estado debe considerarse como partícipe del poder legislativo. Este criterio se aplica al Consejo Constitucional que puede impedir la promulgación de una ley al decidir que es contraria a la Constitución. En Francia, para que una ley entre en vigor, es necesario que el

---

<sup>3</sup> Este tema fue tratado de forma excelente por STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*. Nueva York: Oxford UP, 1992.

Parlamento la adopte y que el Consejo no se oponga a ella. El Parlamento y el Consejo son colegisladores.

Como siempre ocurre cuando hay colegisladores, la ley que entra en vigor es el resultado de un compromiso entre ellos. Esto ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, donde el Presidente a veces acepta no utilizar su veto a cambio de que el Congreso le dé a la ley cierto contenido. En Francia el compromiso ocurre cuando el Consejo acepta no invalidar una ley en bloque, sino que decide que solamente una o unas disposiciones son contrarias a la Constitución, cuando acepta declarar la ley conforme bajo reserva de que se interprete de cierta manera, o también cuando el proyecto de ley tiene en cuenta de antemano una posible posición del Consejo Constitucional.

Por cierto, el gobierno a veces utiliza para su provecho la probabilidad de una decisión negativa del Consejo Constitucional. Puede ocurrir que su programa incluya medidas populares, pero con un costo financiero o simplemente político. Es posible que no pueda renunciar a ellas fácilmente porque hacían parte de las promesas electorales, pero si sabe que serán invalidadas, puede presentar y hacer aprobar por mayoría un proyecto de ley y luego entregarle la responsabilidad de decidir al Consejo.

Algunos autores, y el mismo Consejo Constitucional, se esfuerzan en negar que él dispone de un verdadero poder legislativo al afirmar que, contrariamente al Parlamento que se pronuncia sobre la oportunidad de la ley, el Consejo actúa como juez y se pronuncia solamente sobre su conformidad a la Constitución. El Consejo utiliza desde hace mucho tiempo la misma fórmula para expresar esta idea: "Considerando que el artículo 61 de la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntico al del Parlamento, sino que solamente le da competencia para pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de las leyes sometidas a su examen"<sup>4</sup>.

En realidad, este razonamiento reposa sobre el supuesto erróneo según el cual el examen de conformidad de las leyes a la Constitución es neutro y en él no intervienen preferencias políticas. En efecto, no es posible examinar la conformidad de una ley a la Constitución sin interpretar la una y la otra, y la interpretación es función de las preferencias. Existe entonces claramente un poder de apreciación. No es idéntico al del Parlamento, porque no se expresan

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Decisión 74-54 del 15 de enero de 1975, ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo.

condiciones de oportunidad, pero es análogo porque estas nunca están del todo ausentes. Es sabido que los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos se dividen en liberales y conservadores, y que las decisiones se toman en general por mayoría. Lo mismo ocurre en el Consejo Constitucional, pero los votos no se hacen públicos.

Esta influencia se extiende más allá de los compromisos sobre el contenido de la ley, porque vivimos no solamente bajo el imperio de la ley en el sentido de que somos los destinatarios de las reglas que enuncia, sino también bajo el imperio de las concepciones generales de la sociedad, que dependen de algunos grandes principios, como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la propiedad. Al interpretar la Constitución, el juez constitucional les da forma a estos grandes principios y, por lo tanto, a la cultura jurídica y política de la que estamos impregnados.

No obstante, el Consejo Constitucional también participa en el poder constituyente del Consejo Constitucional. Claramente, no puede dar inicio a una revisión de la Constitución, ni oponerse a una revisión, pero, al interpretar la Constitución, determina su sentido y de tal manera las competencias de los otros órganos. Decidir que una ley es contraria a la Constitución, porque atenta contra una libertad pública, es decidir que el Parlamento no tiene la competencia para producir una regla semejante. Si una norma que determina las competencias de los poderes públicos es una norma constitucional, entonces el Consejo Constitucional ha producido efectivamente una norma tal. No se podría objetar que esta regla no es formalmente constitucional, por no haber sido adoptada por el poder constituyente y no figurar en el texto constitucional. Esta norma no solamente tiene un contenido material análogo al de las normas contenidas en la Constitución, sino que solamente podría ser abrogada o modificada por otra norma adoptada por el poder constituyente.

## **2.2. Los efectos externos sobre el sistema jurídico francés**

Si entendemos por ‘sistema jurídico francés’ no solamente el conjunto de las normas positivas, sino también la cultura jurídica que lo sostiene, es indudable que la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha ejercido una influencia muy profunda. Más atrás recordamos la tradición francesa de hostilidad al control de constitucionalidad. Esta hostilidad siguió expresándose incluso durante la Quinta República. Antes de su elección como presidente de la república, François Mitterrand había declarado que esa era una institución

de la que “habría que deshacerse”<sup>5</sup>. Dentro de la comunidad universitaria, si algunos profesores de derecho se declaraban favorables al control, no eran la mayoría ni tenían mucha influencia. Por cierto, el derecho constitucional apenas se consideraba como un derecho, porque las reglas apenas estaban ligadas a sanciones, de forma que no se las podía estudiar examinando una jurisprudencia, ni emplear los métodos de la dogmática jurídica. El funcionamiento del sistema político no podía comprenderse por la mera descripción del derecho; se requería también un análisis de las relaciones de fuerza y especialmente de los partidos. Es por esto que el derecho constitucional solamente se enseñaba en combinación con la ciencia política y los manuales se titulaban ‘derecho constitucional e instituciones políticas’. En el derecho público, la disciplina principal había sido desde hace mucho tiempo el derecho administrativo.

En los años que siguieron a la decisión de 1971, esta situación se transformó de manera profunda. Desde entonces fue posible estudiar el derecho constitucional como se estudiaba el derecho administrativo, a partir de contenciosos. Los profesores de derecho constitucional pasaron rápidamente a emplear los métodos y conceptos del derecho administrativo y los adaptaron al derecho constitucional, que entonces se desligó de la ciencia política. Por cierto, durante esa época se modificó el concurso profesoral de las facultades de derecho: en vez de una convocatoria ‘de derecho público y ciencia política’, se crearon dos concursos distintos, uno de derecho público, el otro de ciencia política. En cuanto a los manuales, desde entonces se titulan simplemente de ‘derecho constitucional’.

De forma general, la hostilidad al control de constitucionalidad en la clase política y en la opinión se atenuó en gran medida, en parte gracias a la ideología del Estado de derecho y de los derechos humanos que se expandió en Europa con el declive del marxismo, gracias a la desconfianza ante lo político, pero también gracias al efecto de la jurisprudencia del Consejo Constitucional. En sus decisiones, pero también mediante la organización de coloquios, de numerosos contactos con los universitarios y la prensa, el Consejo se presentó cada vez más como una verdadera jurisdicción que aplica la Constitución de forma neutra e imparcial, y cuyo rol no es incompatible con la democracia.

La ampliación del derecho de recurrir al Consejo que nació de la reforma de 1974 condujo a este a decidir sobre leyes que abarcaban los más amplios aspectos, de forma que las normas de valor constitucional que surgieron de la

---

<sup>5</sup> Entrevista con el periódico *Le Monde*, 21 de junio de 1986.

interpretación dada por el Consejo pasaron a situarse en el fundamento del conjunto del sistema jurídico francés y dejó de ser posible describir el derecho penal o el derecho civil sin hacer referencia a una norma constitucional y a la jurisprudencia del Consejo<sup>6</sup>.

A este efecto muy general, pero de gran importancia, se añadió un efecto más técnico, pero no menos relevante, sobre los procedimientos de control.

Vimos ya cómo la decisión de 1973 sobre la interrupción voluntaria del embarazo fue el elemento detonador del control de convencionalidad, que tuvo un desarrollo considerable, pero que, desde el punto de vista del derecho constitucional —y del juez constitucional—, parecía tener algunos inconvenientes. El primero consistía en que los tratados estaban mejor protegidos que la Constitución misma y que una ley, de la que se pensara que era contraria a la Constitución, permanecía en vigor porque un juez ordinario no podría descartarla y no se podía recurrir al juez constitucional, mientras que un juez ordinario podría rechazar la aplicación de una ley contraria a un tratado. Podía concebirse entonces que una ley conforme a un tratado pero contraria a la Constitución se aplicara, pero no que lo fuera una ley contraria a un tratado pero conforme a la Constitución. El segundo inconveniente consistía en que el juez ordinario y especialmente el juez judicial no le prestaban la misma atención que el Consejo Constitucional a la soberanía nacional, amenazada por el desarrollo considerable del derecho de la Unión Europea.

En efecto, el Tratado de Lisboa había marcado una etapa importante al afirmar la preeminencia del derecho de la Unión Europea no solamente sobre las leyes nacionales, sino sobre el conjunto del derecho interno, incluida en consecuencia la Constitución. Iba entonces mucho más lejos que el artículo 55 que únicamente hacía prevalecer los tratados sobre las leyes. El Consejo Constitucional procuró limitar esta preeminencia y preservar la soberanía nacional. En 2006 decidió que el derecho europeo ciertamente prevalecía sobre la Constitución, salvo sobre “una regla o principio inherente a la identidad constitucional de Francia”<sup>7</sup>.

El éxito del control de convencionalidad causó entonces una reacción. Algunos abogaron por la creación de una corte suprema, que habría ejercido las

---

<sup>6</sup> FAVOREU, *op. cit.*, p. 25s.

<sup>7</sup> Decisión 2006-540 DC del 27 de julio de 2006, ley relativa al derecho de autor y a los derechos vecinos en la sociedad de información.

funciones del Consejo Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte de Casación. Otros, como Pierre Mazeaud, presidente del Consejo Constitucional en 2008, querían quitarle al juez ordinario el control de convencionalidad para dárselo al Consejo Constitucional<sup>8</sup>. Aunque la revisión constitucional de 2008 fue mucho menos radical, tuvo un alcance muy amplio, pues introdujo la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC).

El nuevo artículo 61-1C dispone que “cuando, con ocasión de una instancia en curso ante una jurisdicción, se sostiene que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución, se puede someter esta cuestión al Consejo Constitucional bajo remisión del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, y se pronunciará en un plazo determinado”.

La revisión instituye entonces un control de constitucionalidad *a posteriori*, que puede ser activado por el juez ordinario, pero que está centralizado en el Consejo Constitucional. Sin embargo, para evitar un exceso de recursos y para manejar las susceptibilidades de las jurisdicciones supremas, en particular de la Corte de Casación, las decisiones de los jueces ordinarios no se le transmiten directamente al Consejo Constitucional, sino que se transmiten a través del Consejo de Estado o la Corte de Casación, que desempeñan así el rol de filtros. El control de constitucionalidad subsiste, pero la cuestión de constitucionalidad es prioritaria.

Sin embargo, como todo poder, el del Consejo Constitucional tiene sus límites.

### **3. Límites de la influencia del Consejo Constitucional**

Estos límites se relacionan, por una parte, con las restricciones propiamente jurídicas que pesan sobre el Consejo y, por otra parte, con el debate infinito sobre la legitimidad del control de constitucionalidad con relación al ideal democrático.

#### **3.1. Los límites jurídicos<sup>9</sup>**

Los límites jurídicos, que deben diferenciarse de las obligaciones, son aquellos que pesan sobre el Consejo Constitucional y lo limitan en el ejercicio de su poder

---

<sup>8</sup> Informe de la comisión Balladur: libre intercambio de observaciones entre Pierre Mazeaud y Oliver Schrameck. *En*: RDP. 2008. no. 1, p. 25.

<sup>9</sup> Sobre la noción de límites jurídicos, ver TROPER, M.; CHAMPEIL-DESPLATS, V. y GRZEGRORCZYK, C. *dirs. Théorie des contraintes juridiques*. París: LGDJ, 2005.

discrecional. Resultan, por una parte, de las competencias de otros órganos y, por otra parte, de los procedimientos y modo de deliberación del Consejo mismo.

Entre los primeros, algunos provienen del Consejo de Estado y la Corte de Casación. Las dos jurisdicciones supremas desempeñan el rol de filtro y pueden transmitirle al Consejo Constitucional las cuestiones de constitucionalidad con mayor o menor entusiasmo. No todas las QPC se transmiten. En efecto, el juez de fondo debe verificar que todas las condiciones se cumplan. Debe garantizar que la disposición cuestionada sea aplicable al litigio, que no se haya ya juzgado como conforme a la Constitución y que tenga un carácter 'serio'. No se trata evidentemente de verificaciones empíricas y el margen de interpretación, por lo tanto, de poder discrecional, es considerable. Y lo es tanto más en la medida en que la negativa de la Corte de Casación o del Consejo de Estado de transmitir una QPC al Consejo Constitucional no es susceptible de recurso.

Así, por ejemplo, la Corte de Casación rechazó una QPC argumentando que el solicitante no buscaba cuestionar las disposiciones legislativas en cuestión, sino la interpretación que ella misma, la Corte de Casación, había dado. El razonamiento de la Corte evidentemente tendía a limitar el campo de intervención del Consejo para santificar su propia interpretación de la ley. Sin duda esto es muy criticable, puesto que es imposible separar incluso conceptualmente una ley de la interpretación que se ha hecho de ella y, si no es posible cuestionar la jurisprudencia que aplica la ley, tampoco se puede cuestionar la ley en sí misma. Pero, criticable o no, dado que la negativa a transmitir no es cuestionable jurídicamente, allí existe un límite muy fuerte al poder del Consejo Constitucional<sup>10</sup>.

Pero las jurisdicciones supremas pueden incluso rehusarse a transmitir la solicitud dándole a la ley cuestionada un sentido que sea conforme a la Constitución, lo que les permite juzgar la QPC en cuestión como no seria<sup>11</sup>.

Por otra parte, las jurisprudencias de las cortes europeas también son límites al poder del Consejo Constitucional. Por ejemplo, puede ocurrir que

---

<sup>10</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la negativa de la Corte de Casación a reenviar una QPC al Consejo Constitucional no es contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos. —CEDH, 5ª sección, (solicitud 3569/12), *Jacky c/ Francia*. Disponible en internet: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-157418>>—.

<sup>11</sup> ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* N° 40 (Dossier: *Le Conseil constitutionnel: trois ans de QPC*), 2013.

Francia sea condenada por la Corte de Europea de Derechos Humanos por haber aplicado una ley juzgada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional, que fue obligado entonces a modificar su jurisprudencia<sup>12</sup>. Y el Consejo debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea en razón de la supremacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho nacional.

### 3.2. Límites relacionados con el poder constituyente

Pero el límite principal proviene del poder constituyente, que puede en cualquier momento pasar por encima de una decisión del Consejo Constitucional procediendo a una revisión de la Constitución, como ocurrió en 1999 a propósito de la paridad hombres-mujeres. Ciertamente, desde el punto de vista del Consejo Constitucional, la eficacia de este límite depende de la probabilidad de que una decisión sea efectivamente reemplazada por una ley de revisión, pues el procedimiento es lento y la probabilidad depende esencialmente de la relación de las fuerzas políticas.

Debe notarse que el Consejo Constitucional supo extraer de esta posibilidad de intervención del poder constituyente un argumento destinado no a ejercer su poder con moderación, sino, por el contrario, a dotarse de una legitimidad democrática.

Fue Georges Vedel, un eminente profesor de derecho que se convirtió en miembro del Consejo Constitucional, el primero en formular el argumento, que podemos esquematizar así: el poder constituyente es el pueblo soberano. Por lo tanto, es normal que el soberano pueda, como en otra época el rey de Francia al realizar un ‘lecho de justicia’, imponerle su voluntad al juez constitucional modificando la Constitución. El control de constitucionalidad no es una institución incompatible con la democracia porque siempre es el pueblo soberano quien tiene la última palabra. En otros términos —pero esto también está implícito en la argumentación de Vedel—, si el poder constituyente no interviene, es porque está de acuerdo con las decisiones del Consejo Constitucional.

\*

\* \*

---

<sup>12</sup> Caso Zielinski, Pradal, González y otros c. France, 28 de octubre de 1999; Consejo Constitucional, Decisión 99-422 DC del 22 de diciembre de 1999.

El argumento de Vedel no es realmente convincente. Presupone que el verdadero soberano es el poder constituyente y, por lo tanto, minusvalora la doctrina francesa de la expresión de la soberanía, según la cual esta se ejerce a través de la ley y no solamente por el poder constituyente en forma constitucional. En términos del artículo 3º de la Constitución de 1958, “la soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce a través de sus representantes y a través del referendo”, lo que hace que el Parlamento sea el representante del pueblo. Por lo tanto, es difícil pretender aplicar la Constitución y afirmar al mismo tiempo que el pueblo solamente ejerce verdaderamente su soberanía a través del poder constituyente y no a través del Parlamento. Es por ello que, si se quiere intentar conciliar la idea de que el poder constituyente es soberano con la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general, habría que, como Marcel Gauchet, distinguir dos pueblos, el pueblo actual, que se expresa por la ley, y un pueblo perpetuo, que ejerce su soberanía a través del poder constituyente<sup>13</sup>. Pero entonces de dos cosas tendría que ser una: o bien solamente el pueblo perpetuo es soberano y no se puede pretender respetar los términos del artículo 3º; o bien los dos lo son, pero es necesario entonces concebir un soberano superior y un soberano subordinado, lo que sería una contradicción en los términos.

Podría decirse lo mismo de otro supuesto sobre el que se fundan todas las justificaciones del control de constitucionalidad, a saber, la idea de que un juez neutro e imparcial puede aplicar la Constitución sin tener que interpretarla cuando es clara o sin hacer intervenir alguna preferencia axiológica en el caso en que hubiera que interpretarla. Esta teoría de interpretación también está profundamente equivocada.

Pero en realidad poco importa la coherencia o la pertinencia de estas teorías. No son teorías científicas, sino mitos necesarios para el buen funcionamiento de la institución, y que pueden ser perfectamente eficaces aun si no se cree en ellos.

Vemos entonces que, como ocurre con frecuencia, un conocimiento claro de los límites puede ser un factor de incremento del poder. Importa poco que la argumentación de Vedel sea realmente pertinente. Basta constatar que no solamente fue aceptada, sino que el Consejo Constitucional está en capacidad,

---

<sup>13</sup> GAUCHET, Marcel. *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*. París: Gallimard, 1995.

si lo desea, de oponerse a la voluntad del Parlamento desafiándolo a intentar una revisión de la Constitución para pasar por encima de sus decisiones.

### **Obras citadas**

BONNET, Julien; GAHDOUN, Pierre-Yves y ROUSSEAU, Dominique.

Droit du contentieux constitutionnel. 11<sup>a</sup> ed. París: Montchrestien, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Le pouvoir des juges. París: Económica, 1990.

FAVOREU, Louis y MASTOR, Wanda. Les cours constitutionnelles. París: Dalloz, 2011.

FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit, ds. L'unité du droit. Mélanges Drago. París: Económica, 1995.

GAUCHET, Marcel. La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799. París: Gallimard, 1995.

RAPPORT de la commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Oliver Schrameck. En: RDP. 2008. no. 1.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès. Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel. N° 40 (Dossier: Le Conseil constitutionnel: trois ans de QPC). 2013.

STONE, Alec. The Birth of Judicial Politics in France. Nueva York: Oxford UP, 1992.

TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l'État. París: PUF, 1994.

TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y GRZEGORCZYK, Christophe. dirs. Théorie des contraintes juridiques. París: LGDJ, 2005.

TUSSEAU, Guillaume. Le pouvoir des juges constitutionnels. En: TROPER, M. y CHAGNOLLAUD, D. dirs. Traité international de droit constitutionnel. 3 vol. París: Dalloz, 2012. p. 169-206.



# El papel del juez en el derecho administrativo francés

Gérard Marcou\*

*Universidad de París I Panteón-Sorbona (Francia)*

Cuando era estudiante de la Facultad de Derecho de París, tuve la oportunidad de asistir al curso de Derecho Administrativo del decano Vedel. Recuerdo que, para explicar la diferencia entre el derecho administrativo y el derecho civil, él hacía una comparación con el *common law*. Decía que el derecho administrativo era un derecho del juez, que se basaba en principios generales y en sus sentencias anteriores, de la misma manera que el juez inglés debía resolver los casos sin poder referirse a un código general.

Esto es la consecuencia de dos hechos históricos. El primero fue la prohibición a los jueces por la ley del 16-24 agosto de 1790 de la Asamblea Nacional de perturbar de cualquier modo el funcionamiento de los cuerpos administrativos, y de citar a comparecer ante el tribunal a los oficiales en razón de sus funciones. Esta prohibición fue reiterada por un decreto del año 1795. Todas las quejas, todos los recursos debían, entonces, seguir la vía administrativa. Después de la Constitución del año VIII, el Consejo de Estado fue encargado de examinar los recursos y proponer la decisión a la cabeza del Estado. Así empezó el desarrollo de un cuerpo de sentencias que formaron la base del derecho administrativo. El segundo evento fue el famoso fallo *Blanco* del Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873, en el cual fue juzgado que la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares por las acciones de sus empleados en el cumplimiento del servicio público no se podían arreglar por los principios establecidos

---

\* Fue catedrático de la Universidad de París I Panteón-Sorbona.

por el Código Civil para las relaciones entre particulares. Esto representó la afirmación de la autonomía del derecho administrativo respecto al derecho civil. Como la evolución del derecho lo ha demostrado, esto no significa que el juez ignore el derecho civil o rechace su utilización, sino que el juez administrativo determina el contenido y el ámbito de aplicación de las normas que, cuando resulta útil, saca del derecho civil. Aunque siempre tuvo que aplicar e interpretar leyes y reglamentos, no existían normas generales escritas, y debía pronunciarse sobre cuestiones esenciales sin que pudiese basarse en un código, salvo en las normas generales de procedimiento sobre los recursos. Así fueron desarrollados los conceptos y principios de base del derecho administrativo, por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sistematizados por los juristas mayores de la Tercera República. La colección de las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa, cuya primera edición se publicó en el año 1956, y que hasta hoy sigue siendo la 'biblia' de todos los estudiantes del derecho administrativo, refleja la naturaleza del derecho administrativo, así como el puesto del Consejo de Estado en las instituciones públicas francesas. Por eso, podemos reconocer que el juez administrativo, y en particular el Consejo de Estado, es un juez creador de derecho a partir de su jurisprudencia.

Sin embargo, las condiciones y el contexto institucional en el cual el juez administrativo francés desempeña sus funciones cambiaron profundamente desde los años 1950, y muchos anticiparon una decadencia de la jurisprudencia en el derecho administrativo y del mismo derecho administrativo. Podemos hoy observar que estas consecuencias no ocurrieron. Por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho administrativo se adaptó al nuevo contexto y permanece como un derecho jurisprudencial en el cual el Consejo de Estado mantuvo su posición central. Todavía, los métodos del juez administrativo francés no se pueden asimilar a los de los jueces del *common law* y especialmente a los de los jueces ingleses.

## **1. Los factores de decadencia del derecho administrativo y los factores del renacer**

Analizamos en primer lugar los factores de decadencia, que vienen del desarrollo de fuentes alternativas del derecho aplicable a la administración pública y que priman sobre el derecho administrativo.

### **1.1. El desarrollo de las fuentes alternativas de derecho administrativo**

El primer factor de cambio fue el desarrollo de la jurisprudencia constitucional después de la famosa sentencia del Consejo Constitucional del año 1971 sobre la libertad de asociación, con la cual el Consejo empezó a controlar las leyes respecto a derechos y principios enunciados en el preámbulo de la Constitución. Los enunciados a menudo muy generales de los artículos de la Declaración de 1789 y del preámbulo de la Constitución del año 1946 llevaron el Consejo Constitucional a derivar principios constitucionales más concretos a fin de controlar las leyes, de la misma manera que lo hizo el Consejo de Estado antes para controlar los reglamentos sobre la base del principio de legalidad. Con las nuevas vías que permiten someter una queja de constitucionalidad al Consejo Constitucional, la jurisprudencia constitucional en materia de derechos básicos ha conocido un desarrollo exponencial. Aunque no existe una vía de recurso ante el Consejo Constitucional contra una sentencia del Consejo de Estado, el artículo 62(3) le impone conformarse a las sentencias del Consejo Constitucional.

El segundo factor que podía limitar el alcance de la jurisprudencia administrativa fue el desarrollo de la legislación en la materia administrativa. Desde los años 1970, ocurrieron diversas reformas esenciales para la justicia administrativa: el acceso a los documentos oficiales, la motivación de decisiones individuales desfavorables, los nuevos poderes de medidas cautelares del juez administrativo con las leyes de 1995 y 2000, la ley del 12 de abril de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública y, más recientemente, la ley del 12 de noviembre de 2013 de simplificación de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, que introduce el principio según el cual el silencio de la administración equivale a la aceptación de la queja cuando se presenta en el ámbito de un procedimiento legal para lograr una decisión individual. Como consecuencia de esta evolución, el legislador, más que el juez administrativo, se vuelve el garante de los derechos de los particulares respecto a la administración. En particular, aunque el Consejo de Estado se había prohibido a sí mismo dirigir una orden a una administración a fin de garantizar la ejecución de la sentencia, debido a que el juez no puede actuar como administrador, fue la ley la que echó abajo esta posición, otorgándole al juez administrativo este poder. Además, actualmente se discute un proyecto de codificación del procedimiento administrativo, el cual hasta hoy se disciplina esencialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Un tercer factor que podría limitar el alcance de la jurisprudencia del Consejo de Estado es el desarrollo y mayor alcance de las jurisprudencias europeas: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE) y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos llevaron al Consejo de Estado a adaptar su jurisprudencia a las interpretaciones de los tratados o del derecho derivado de la UE, dictadas por dichos tribunales, que se volvieron una fuente mayor del derecho nacional.

Por último, los cambios de las políticas económicas que han acompañado el proceso de la integración europea llevaron a muchos a considerar que la privatización de la economía implicaría un receso del derecho administrativo a favor del derecho privado. Es lo único que puede explicar la ley de 1987 que atribuyó al Tribunal de Apelación de París (un tribunal civil) la competencia para juzgar recursos contra decisiones de sanción de la Autoridad de la Competencia, que son decisiones de naturaleza administrativa, puesto que esta es una autoridad administrativa independiente, cualificada expresamente como tal por la ley del 4 de agosto de 2008.

Sin embargo, no se confirma la hipótesis de la decadencia del papel del juez administrativo, creador de derecho.

## **1.2. Los obstáculos a la decadencia del derecho administrativo**

Las reformas y las evoluciones citadas arriba no tuvieron los efectos esperados, y sí a veces efectos contrarios.

Por lo que concierne a la jurisprudencia constitucional, hay que recordar que se basa en métodos y conceptos del derecho administrativo, donde el juez constitucional controla las leyes sin ejercer un poder de apreciación propio del legislador. Además, el secretario general del Consejo Constitucional ha sido siempre un consejero de Estado. La sentencia del Consejo Constitucional del año 1975 que descartó su competencia para controlar leyes respecto a convenciones internacionales (cc, 15 de enero de 1975, N° 74-54 DC, *GDCC* N° 15), por el motivo de que no son normas de nivel constitucional, resultó en la extensión de la competencia del Consejo de Estado (como de la Corte de Casación), que podrían más adelante descartar la aplicación de disposiciones legislativas incompatibles con estipulaciones de una convención internacional ratificada por Francia. Por último, la reforma constitucional del año 2008, que introdujo el procedimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, la cual llevó al desarrollo del control de constitucionalidad de leyes vigentes, involucra al Consejo de Estado en este control, puesto que,

en el orden de la jurisdicción contenciosa administrativa, solo el Consejo de Estado puede transmitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad al juez constitucional, mediante una sentencia que se pronuncia sobre la naturaleza 'seria' y 'nueva' de la queja, o puede decidir no transmitirla, estimando que no se cumplen las condiciones.

Respecto a la legislación en materia administrativa, no podemos observar un estrechamiento del espacio jurisprudencial, en la medida en que estas leyes arreglan cuestiones particulares, pero no tocan las nociones claves del derecho administrativo y ponen problemas de interpretación que solamente el Consejo de Estado puede resolver, como las condiciones de admisibilidad de los recursos ante el juez administrativo, el reparto entre el contencioso del exceso de poder y el contencioso de plena jurisdicción, la noción del acto administrativo y los criterios del acto reglamentario, los criterios del servicio público, etc. Además, la comisión de codificación está vinculada al Consejo de Estado; su presidente y los ponentes son de solito miembros del Consejo de Estado. Si la codificación del procedimiento administrativo se lleva a cabo, será una obra del Consejo de Estado por sí mismo.

La liberalización de la economía no resulta tampoco en el estrechamiento del papel del juez administrativo y del espacio del derecho administrativo en el sistema jurídico francés. Después de la ley de 1987 que atribuyó la competencia sobre los recursos contra las sanciones pronunciadas por la Autoridad de la Competencia al Tribunal de Apelación de París, las leyes posteriores atribuyeron al Consejo de Estado la competencia sobre el contencioso de las sanciones administrativas pronunciadas por otras autoridades independientes. Además, por medio de su competencia sobre recursos de exceso de poder contra otras decisiones de las mismas autoridades, el Consejo de Estado mantuvo su control sobre esta nueva parte del derecho público de la economía, y ya existe hoy un cuerpo jurisprudencial administrativo relativamente abundante.

Por último, la jurisprudencia de los tribunales europeos puede ejercer una presión más poderosa sobre el juez administrativo francés, puesto que la legislación de la UE ocupa un puesto siempre más amplio en el derecho nacional. En efecto, el Consejo de Estado extrae todas las consecuencias de la supremacía del derecho de la UE y contribuye directamente a garantizar su plena aplicación, como lo hace el Consejo Constitucional a su nivel. Sus sentencias se refieren a las del Tribunal de Justicia cuando él debe arreglar un caso después de una sentencia de este sobre la cuestión prejudicial. Sin embargo, el Consejo de Estado sacó

ventaja de esta posición, erigiéndose como un regulador de las relaciones entre los órdenes jurídicos europeos (los de la UE y los de la Convención Europea de los Derechos Humanos), junto con el Consejo Constitucional. Especialmente en esta función, él desarrolló a través de la jurisprudencia un trabajo de adaptación del derecho administrativo nacional, a fin de mantener y asegurar la coherencia con los órdenes jurídicos europeos.

Ese es el marco en el cual podemos confirmar que el juez administrativo sigue desempeñando su papel tradicional de desarrollar el derecho administrativo por medio de su jurisprudencia.

## **2. El permanecer y el renacer del papel creador de derecho de la jurisprudencia administrativa**

El renacer del papel creador de la jurisprudencia administrativa fue posible por la reforma de la justicia administrativa después de 1987, con la creación de los tribunales administrativos de apelación. Como consecuencia, el Consejo de Estado juzga en la mayoría de los casos como juez de casación y, además, enuncia un dictamen sobre una cuestión de derecho que le dirige un tribunal administrativo. Es una posición muy favorable a fin de concentrarse sobre la evolución normativa del derecho administrativo. Hoy, los casos en los cuales el Consejo de Estado debe juzgar en primera y última instancia son poco numerosos, considerando los flujos globales de quejas: en el año 2012, 178 491 quejas a los tribunales administrativos; 28 494 apelaciones y 9035 quejas al Consejo de Estado, entre las cuales 5946 son recursos de casación; 1478, recursos de primera instancia; y 28, quejas de dictamen<sup>1</sup>. Además, el Consejo de Estado se preocupa hoy de difundir al público general los fallos más importantes por sus implicaciones sociales. Podemos decir que jamás se ha hablado tanto de los fallos del Consejo de Estado y, a veces, de los tribunales administrativos.

El poder creador de derecho de la jurisprudencia administrativa se manifestó desde el principio de los años 2000 en cinco ámbitos en particular:

- la regulación de las relaciones con los tribunales europeos;
- el principio de la seguridad jurídica;

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Informe anual 2013. Actividad jurisdiccional y consultiva. p. 18-19.

- el principio de la lealtad contractual;
- la protección de los empleados contractuales de la función pública;
- la utilización conjunta del poder de dirigir una orden a la administración y del poder de suspender el acto impugnado.

En materia de sanciones administrativas, el Consejo de Estado ha profundizado su control y armonizado el contencioso, traspasando el control de las sanciones administrativas al contencioso dicho de ‘plena jurisdicción’ (*recours de pleine juridiction*), es decir, con los poderes máximos del juez).

### **2.1. La regulación de las relaciones con los tribunales europeos**

El Consejo de Estado determina los principios según los cuales el juez administrativo debe considerar la aplicación del derecho de la UE cuando debe estimar un recurso contra un acto reglamentario debido a que no se conforma a las normas constitucionales. En el fallo del 8 de febrero de 2007, el Consejo de Estado (CE, Ass. 8 de febrero de 2007 “Soc. Arcelor-Atlantique et Lorraine et autres”, *GAJA* N° 118), siguiendo al Consejo Constitucional, deriva del artículo 88-1 de la Constitución (participación de Francia a la UE) la obligación de transponer las directivas de la UE. Como consecuencia de esta obligación, el control de constitucionalidad de los actos reglamentarios de transposición tiene que ejercerse en condiciones particulares, y el Consejo de Estado distingue dos casos. En primer lugar, el juez administrativo debe buscar si existe una norma del derecho de la UE que, siguiendo su interpretación por el Tribunal de Justicia y considerando su alcance, garantice la aplicación efectiva del principio constitucional invocado por el recurso. En este caso, y a fin de asegurar el respeto de la norma constitucional, corresponde al juez administrativo averiguar la conformidad de la directiva a dicha norma del derecho de la UE. Entonces, hay que distinguir dos posibilidades. Si no hay una dificultad seria, al ser claro que la directiva se conforma a esta norma, el juez tiene que descartar el medio de inconstitucionalidad. Si hay una dificultad seria respecto a la conformidad de la directiva a la norma del derecho de la UE, el juez administrativo debe plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Pero, si no hay una norma del derecho de la UE que garantice la aplicación efectiva de la norma constitucional, entonces el juez administrativo debe examinar directamente la cuestión de conformidad del decreto a la norma constitucional francesa.

Este es un método que el Consejo de Estado enuncia sobre la base de dos normas constitucionales. La primera es el artículo 88-1, ya citado; la segunda es la supremacía de la Constitución en el orden jurídico interno, afirmada por el mismo Consejo de Estado en el fallo *Sarran* algunos años antes (CE, Ass. 30 de octubre de 1998 “Sarran, Levacher et autres”, rec. 369, *RFDA* 1998, concl. Chr. Maugüe), y confirmada por el Consejo Constitucional (Nº 2004-496 DC, 10 de junio de 2004). Este método sirve para reconciliar la supremacía del derecho de la UE y la supremacía de la Constitución en el orden jurídico interno.

## 2.2. El principio de la seguridad jurídica

El Consejo de Estado siempre ha prestado atención a la seguridad jurídica, a través de varios principios formulados en su jurisprudencia. Las reglas que rigen la retirada del acto administrativo individual ilegal creador de derechos y el principio de no retroactividad de los actos administrativos son las ilustraciones más conocidas de esta antigua preocupación (respectivamente: CE, 3 de noviembre de 1922 “Dame Cachet”, *RDP* 1922, p. 552, concl. Rivet; CE, Ass. 25 de junio de 1948 “Soc. Journal L’Aurore”, *GAJA* Nº 62).

La norma según la cual la administración puede retirar una decisión individual ilegal habiendo creado derechos para su destinatario solo dentro del plazo de recurso o, en caso de recurso hasta que el juez se pronuncie, fue una norma puramente jurisprudencial. El Consejo de Estado decidió cambiar esta norma de la misma manera. En el fallo *Ternon* decidió disociar el plazo de recurso (dos meses) y el plazo dentro del cual la administración puede retirar el acto: en adelante, la administración puede retirar el acto durante un plazo de cuatro meses, desde el momento de la misma decisión —y no más desde la publicación legal— (CE, Ass. 26 de octubre de 2001 “Ternon”, *RFDA* 2002, p. 77, concl. Seners, *GAJA* Nº 111). Esta nueva norma no tiene ninguna fuente, sino que el Consejo de Estado consideró que la solución del fallo *Dame Cachet* tuvo demasiados inconvenientes, como que faltara la publicación requerida por la ley y hubiese que cambiarla.

Sin embargo, el Consejo de Estado debía fijar la posición del derecho francés respecto a la difusión por el derecho comunitario del principio de ‘confianza legítima’, según el cual cualquier sujeto de derecho tiene un derecho a lo que mantiene una norma sobre la cual él podía basar sus decisiones propias. El Consejo Constitucional rechazó reconocer un valor constitucional en el derecho francés a este principio (cc, Nº 97-391 DC, 7 de noviembre de 1997),

que parecía incompatible con la supremacía de la ley. El Consejo de Estado reconoció que debía aplicar el principio de confianza legítima, pero solamente en casos sometidos al derecho de la UE. Al contrario, el derecho interno no reconoce el principio de confianza legítima. Pero el derecho interno reconoce un principio general de derecho, aquel de la seguridad jurídica. Este fue el tema del informe anual del Consejo de Estado de 2006, en el cual declaró que “la seguridad jurídica constituye una de las bases del Estado de derecho” (p. 227). En el año 2006, dictó una sentencia muy importante que reconoció el principio con alcance general: CE, Ass. 24 de marzo de 2006 “Soc. KPMG” (RFDA 2006, p. 463, concl. Y. Aguila). Se trató de un recurso contra el decreto que establecía el Código de Deontología de la Profesión de Interventor, siguiendo la ley del 1º de agosto de 2003 sobre la seguridad financiera. El Consejo de Estado afirmó que solamente la ley puede, por razones de orden público, determinar la aplicación de la norma nueva a situaciones contractuales vigentes, lo que le confiere un efecto retroactivo, salvo en lo referente a las reglas propias de los contratos administrativos. Sin embargo, pertenece al poder reglamentario dictar, por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que necesita la aplicación de una norma nueva, en particular cuando la aplicación inmediata podría perjudicar excesivamente las situaciones contractuales vigentes. El Consejo anuló por este motivo el decreto, y como consecuencia otro decreto otorgó un plazo de seis meses a las partes a fin de adaptarse a la nueva disciplina.

Así vemos cómo el Consejo de Estado refuerza por la jurisprudencia la seguridad jurídica al rechazar la protección de cualquier pretensión a la estabilidad de las normas. Pertenece al Consejo Constitucional determinar si la ley que tiene tal alcance se justifica por motivos serios de interés público.

### 2.3. El principio de lealtad contractual

Los contratos administrativos son la rama del derecho administrativo que más ha cambiado en los últimos años por la jurisprudencia, aunque sin reducir las prerrogativas tradicionales de la administración respecto a los contratistas. La jurisprudencia reforzó la protección de los terceros respecto a los contratos pasados por la administración, e introdujo un principio de lealtad contractual sin ninguna base textual.

Respecto a la protección de terceros, recordemos que las directivas de la UE sobre los contratos públicos habían requerido de los Estados miembros la introducción de medidas cautelares a fin de proteger a los candidatos cuyas

ofertas fueran rechazadas, de tal manera que pudieran oponerse al contrato cuando sospechan la violación de las reglas de competencia. Pero el Consejo de Estado cambió el régimen contencioso de los contratos administrativos por vía puramente jurisprudencial. Con un fallo del año 2007, otorgó a cada competidor excluido un recurso de plena jurisdicción a fin de cuestionar la validez del contrato o de ciertas estipulaciones y pedir una indemnización por los daños causados. El juez podía, entonces, habiendo estimado los vicios que afectaban la legalidad del contrato, decidir si había que rescindir el contrato o modificar algunas estipulaciones, mantener el contrato con medidas de regularización o anular el contrato, habiendo averiguado que no resultarían inconvenientes excesivos para el interés general (CE, Ass. 16 de julio de 2007 “Soc. Tropic Travaux Signalisation”, N° 291545). El nuevo aspecto aquí es el poder de apreciación del juez administrativo para decidir sobre la suerte del contrato, considerando no solamente la ilegalidad, sino también el impacto de cada solución para el interés general.

Con los dos fallos *Ville de Béziers*, el juez administrativo se reconoce no solamente como el garante de la legalidad, sino de la estabilidad de las relaciones contractuales en el interés general. Enuncia por primera vez un principio de lealtad de las relaciones contractuales que constituye una obligación para las partes. Mientras la ley de descentralización de 1982 había otorgado al prefecto el poder de impugnar contratos de los entes locales por motivos de legalidad, el Consejo de Estado considera que le corresponde así mismo ordenar la reanudación de las relaciones contractuales, que una parte decidió interrumpir, después de la anulación de esta decisión, si estima que los daños consecutivos a la ilegalidad no se pueden compensar solo por una indemnización, y si la reanudación de las relaciones contractuales no perjudica al interés general, teniendo en cuenta los intereses eventuales del otro contratista elegido por el ente público (CE, Ass. 28 de diciembre de 2009 “Ville de Béziers” y CE, Sect. 21 de marzo de 2011 “Ville de Béziers” II: ambos publicados en *GAJA*, 19 edición, 2013, N° 118).

Por último, un fallo muy reciente completó esta revisión jurisprudencial del régimen contencioso de los contratos administrativos. Con el fallo *Département du Tarn-et-Garonne* (CE, Ass. 4 de abril de 2014, N° 358994), el Consejo de Estado resume la nueva jurisprudencia sobre la protección de terceros y la relaciona con los nuevos poderes del juez según los fallos *Ville de Béziers*, pero extiende más allá los recursos de los terceros. Estos pueden

introducir un recurso de plena jurisdicción a fin de cuestionar la validez del contrato o de algunas estipulaciones, ya que sus intereses propios podrían verse perjudicados por estas o por el mismo contrato. El recurso ya no se reserva a los competidores excluidos. Sin embargo, el prefecto y los concejales del ente local pueden alegar cualquier motivo para la anulación del contrato impugnado. Pero, si el juez establece la ilegalidad, ya no significa que va a anular el contrato. Siguiendo la jurisprudencia *Ville de Béziers*, tiene que estimar la importancia de los vicios de legalidad y sus consecuencias, a fin de decidir si hay que mantener la ejecución del contrato y regularizarlo, rescindirlo o pronunciar su anulación total o parcial; puede también pronunciar la indemnización de los daños consecutivos a los vicios de legalidad.

Este cambio profundo del régimen contencioso de los contratos públicos ocurrió sin ningún cambio en la legislación, sino solo por vía del cambio en la jurisprudencia.

#### **2.4. La protección de los empleados públicos contractuales**

La función pública es una materia cuyo régimen jurídico se desarrolló a través de la jurisprudencia administrativa hasta la adopción del primer estatuto general legislativo de la función pública estatal. Sin embargo, la jurisprudencia ha seguido armonizando las bases jurídicas del empleo público, además de las de los funcionarios. En particular, a pesar del contrato, el Consejo de Estado considera que los empleados contractuales se encuentran también en una situación reglamentaria cuya aplicación se determina por el contrato, y que la administración siempre puede modificar. Así mismo, la jurisprudencia extrajo algunos ‘principios generales de derecho’ con la idea de proteger a los empleados contractuales.

Un dictamen contencioso del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 2013 (CE, Sect. “Mme Stadlon”, N° 365139) recuerda que los empleos civiles permanentes del Estado deben ser ocupados por funcionarios, y que el reclutamiento de empleados contractuales sigue siendo, por lo tanto, de naturaleza ‘derogatoria y subsidiaria’, en los casos previstos por la ley. De esto se sigue que el empleado contractual no tiene ningún derecho a conservar su empleo cuando la administración tiene la intención de nombrar un funcionario en este empleo. Sin embargo, según el dictamen, hay un principio general del derecho en el que se inspiran tanto las disposiciones del Código de Trabajo como el Estatuto General de la Función Pública, según el cual la administración no puede despedir al empleado contractual con contrato indefinido, a

fin de nombrar al funcionario, antes de haber intentado rehabilitarlo en otro empleo, y puede despedirlo solo si es imposible rehabilitarlo o si el empleado rechaza el empleo propuesto por la administración. Este enunciado representa un cambio de jurisprudencia en lo que concierne a la obligación de la administración de rehabilitar al empleado con contrato a término indefinido, pero la decisión de reconocer un principio general de derecho pertenece solo al Consejo de Estado; podemos pensar que pretendía sacar una consecuencia del hecho de que ahora pueden existir en la administración empleados con contratos a término indefinido.

### **2.5. La utilización conjunta del poder de dirigir una orden a la administración y del poder de suspender el acto impugnado**

Este último ejemplo concierne a los poderes del juez administrativo. La ley de 1995 le había otorgado el poder de dirigir una orden a la administración a fin de garantizar la ejecución de su sentencia y para que tomara, dentro del plazo fijado por el juez, las medidas que se deducen directamente del fallo, o después de una nueva tramitación de ser necesario. La ley de 2000 introdujo nuevas medidas cautelares: el poder de suspender el acto administrativo impugnado cuando existe un motivo serio de anulación y una condición de urgencia respecto a la situación del requirente (C. de Justicia Administrativa, art. L.521-1), o de tomar cualquier medida a fin de detener cualquier acto o hecho que amenace o perjudique una libertad fundamental (art. L.521-2).

Pero el Consejo de Estado puede utilizar estos poderes de forma conjunta, lo que le da una eficacia particular. Un ejemplo es el caso de las tarifas reglamentadas de gas natural. El orden tarifario fue impugnado debido a que no respetaba la fórmula tarifaria establecida en la ley y a que imponía que las tarifas cobrasen los costos de abastecimiento y otros costos; de hecho, el gobierno quería evitar un aumento demasiado fuerte de las tarifas para los usuarios. Los requirentes pidieron no solo la anulación del orden tarifario, sino también su suspensión y la emisión por el juez de una orden a los ministros competentes para que adoptaran otro orden para fijar las tarifas en conformidad con la fórmula tarifaria. En el marco del procedimiento de urgencia, el juez de *référé* del Consejo de Estado consideró que existía una duda seria sobre la legalidad del orden impugnado, puesto que al Consejo de Estado le parecía que había “un error de grosera apreciación respecto a la fórmula tarifaria, y que la condición de urgencia se cumplía, según su análisis económico del efecto de tijeras tarifarias respecto a otros competidores, que no

podrían abastecerse a precios inferiores a las tarifas reglamentarias”. Por estos motivos, el juez de *référé* del Consejo de Estado suspendió el orden impugnado y ordenó a los ministros adoptar otro orden en un plazo de un mes... mientras el fallo sobre el fondo debía producirse solo algunas meses más adelante. Este fallo se produjo el 10 de julio de 2012, anuló el orden impugnado y ya suspendido, y emitió una orden a los ministros para que adoptaran un orden a fin de compensar las consecuencias de la ilegalidad durante tres meses. De hecho, menos de un mes después de la decisión de suspensión, los ministros adoptaron otro orden, conformándose a la fórmula tarifaria, aquella que fue anulada por el Consejo de Estado, pero esa es otra historia...

Sería posible escoger otros sectores en los cuales ilustrar el poder creador de derecho del juez administrativo, pero no se puede asimilar al juez del *common law* por las diferencias de concepción de la norma jurídica y la jurisprudencia.

### **3. Los métodos jurisprudenciales del juez administrativo**

Las particularidades de los métodos del juez administrativo se pueden resumir en tres puntos: la concepción de la norma, la concepción de la referencia a los casos anteriores y la cuestión de la no retroactividad.

#### **3.1. La concepción de la norma jurídica**

El derecho francés moderno se ha desarrollado sobre la base de la ley, considerada como la expresión de la voluntad general. Esta concepción de la ley se acompaña de una concepción universalista de la norma. La ejecución de la ley es así la operación de aplicación de la norma general a un caso particular, lo que puede necesitar la interpretación del juez. Puesto que el juez es ‘la boca de la ley’, el momento esencial es identificar la norma que se podría aplicar al caso que juzgar.

Desgraciadamente, desde el comienzo de su existencia el juez administrativo no ha podido apoyarse en un cuerpo de principios generales directamente aplicables que podría encontrar en la ley. Sin embargo, el razonamiento jurídico sigue siendo el mismo. El juez tiene que resolver el caso mediante la aplicación de la norma general. Se basa, entonces, en principios generales del orden jurídico que se derivan de la Constitución y, durante la Tercera República, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o de principios liberales reflejados en las leyes del momento, aun cuando no se refiera expresamente a las fuentes.

De la misma manera, la intensidad del control cambió a medida que Francia pasaba del imperio a la república. El recurso de exceso de poder fue el instrumento de esta evolución, y la distinción entre los medios de control externo y los medios de control interno, y luego los tipos de control interno le permitieron al Consejo de Estado profundizar su control sobre la legalidad de los actos administrativos, pero resultaron solo de la jurisprudencia de este.

La noción de ‘principio general de derecho’, aparecida expresamente por primera vez en un fallo de 1945 (CE, Ass. 26 de octubre de 1945 “Aramu”, Sirey 1946.3.1, concl Odent), refleja este modo de creación del derecho. Según la definición de Bouffandeau, el antiguo presidente de la sección contenciosa del Consejo de Estado de los años cincuenta, “principios generales de derechos son reglas no escritas de derecho [...] que se imponen a los entes administrativos tanto, que no se pueden contradecir por la ley”; no constituyen un derecho consuetudinario porque son relativamente recientes; y añade: “Se trata de una obra constructiva de la jurisprudencia, por motivos superiores de equidad, a fin de asegurar la salvaguardia de los derechos individuales de ciudadanos”<sup>2</sup>. Los autores de los *Grands Arrêts de la Jurisprudence administrative* añaden que “se trata, en el fondo, de un método de interpretación que tiende a presumir que el legislador tiene la voluntad de respetar las libertades esenciales del individuo” (17 edición, N° 67.1). Podemos citar, como ejemplo de los principios generales de derecho, los siguientes:

- los derechos de la defensa en caso de cualquier medida tomada en consideración de la persona;
- el principio de continuidad de los servicios públicos;
- la igualdad de todos los ciudadanos antes los servicios públicos;
- el principio de no retroactividad de los actos administrativos;
- la libertad del comercio y de la industria;
- el recurso de exceso de poder existe por sí mismo, sin que sea necesaria una base legal;
- el principio de imparcialidad;
- el principio según el cual la administración no puede despedir a una empleada contractual embarazada;

---

<sup>2</sup> Citado por LETOURNEUR, M. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d’État. En: EDCE. 1951. p. 19.

- la obligación de la administración, ya citada, de rehabilitar al empleado de contrato a término indefinido cuando quiere nombrar un funcionario titular en su empleo.

Algunos de estos principios ya son antiguos, otros fueron formulados durante los últimos años. Algunos fueron luego cualificados por el Consejo Constitucional como principios de valor constitucional. Sin embargo, la noción de 'principio general de derecho' permanece activa y el Consejo de Estado sigue utilizándola cuando el desarrollo del derecho le parece útil.

Es el papel creador de la jurisprudencia lo que lleva a comparar el desarrollo del derecho administrativo francés con el *common law*. Pero esta comparación no parece totalmente adecuada. Debemos compararlo más bien con el *equity*, el sistema de normas desarrollado por el canciller del rey de Inglaterra después del fin del siglo xv. El *equity* dio origen a un nuevo tribunal, el tribunal de equidad (*chancery court*) que existió hasta la reforma judicial de 1875. Era un sistema autónomo de justicia, que debía corregir y completar el *common law*, y que se basaba en principios generales formulados por su jurisprudencia, y derivados del derecho canónico. Lo que aproxima la jurisprudencia administrativa francesa y la jurisprudencia del *equity* es que ambas enuncian principios generales de los cuales se deduce la solución del caso. La diferencia, sin embargo, resulta de los valores en los que se basa el derecho. La fuente de la jurisprudencia administrativa de la Tercera República, que es el origen del derecho administrativo moderno, son los principios de la Revolución francesa, y no principios deducidos de principios morales o religiosos.

Otro punto de comparación es que la regla *stare decisis* no vale en el derecho administrativo francés, como tampoco valía en el derecho del *equity*.

### 3.2. El precedente

Cada sistema jurisprudencial implica la consideración del precedente. No es verdad solo en la actividad jurisdiccional, sino también en cada proceso administrativo. Sabemos por experiencia práctica que cada autoridad se refiere a casos anteriores similares en el proceso de decisión.

No es muy diferente para el juez, que no basa su decisión solamente en normas de derecho. La consideración del precedente es una exigencia de mayor seguridad jurídica. Conociendo la decisión tomada en casos similares,

podemos anticipar la decisión del juez más que del administrador, puesto que el juez no puede pronunciarse sobre la base de consideraciones de oportunidad.

Pero, además, también hay diferencias entre la jurisprudencia administrativa francesa y la jurisprudencia del *common law*. El juez administrativo se refiere siempre tanto a los precedentes como a las leyes o reglamentos que constituyen el marco jurídico del problema por resolver. No se encuentran en los motivos del fallo, sino en las llamadas conclusiones del relator público (en el pasado: 'comisario del gobierno'). Pero siempre se trata de aplicar al caso una norma general, o diversas de estas normas. El relator tiene que comparar diversas soluciones según la norma por aplicar, buscando aquella que mejor corresponda para dictar la solución, permitiendo cualificar los hechos según las categorías jurídicas de la norma.

El papel de la jurisprudencia es bastante diferente en el *common law*. La norma jurídica se vincula a los hechos que llevaron a su formulación por el juez. Entonces, un caso se vuelve un precedente para un caso posterior cuando la configuración de los hechos del caso posterior determina la aplicación de la misma norma. Como consecuencia, la norma no se puede separar de los hechos, o de una cierta configuración de hechos. No es una norma general. Es la base de la regla *stare decisis*. No se puede descartar la aplicación de un precedente cuando la configuración de los hechos lleva a la aplicación de la misma norma. Pero, si el juez considera que no debe aplicar esta norma porque otras condiciones justificarían otra solución, no le basta con analizar estas nuevas condiciones y proponer otra solución, sino que debe distinguir los hechos del nuevo caso a fin de demostrar que la configuración de los hechos no es la misma, lo que justifica formular una nueva regla de derecho, vinculada a estos hechos.

Al contrario, el Consejo de Estado, y el juez administrativo en general, no está vinculado por sus propios precedentes. Se trata siempre de la aplicación de la misma norma general a condiciones nuevas, a casos particulares. De nuevo aquí podemos comparar la jurisprudencia administrativa francesa con la jurisprudencia del *equity*. En efecto, la regla *stare decisis* no se aplica en el ámbito del *equity*, pero el tribunal de equidad (*chancery court*) podía formular nuevos principios cuando fuera necesario.

Sin embargo, el Consejo de Estado puede considerar que la norma general tiene que cambiar. No puede cambiarla cuando se trata de una ley; pero, si se trata de una norma jurisprudencial, puede hacerlo.

### 3.3. El cambio de jurisprudencia

Lo importante en el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado es que se trata de cambiar una norma general, pero de origen jurisprudencial. El cambio de jurisprudencia es entonces algo más difícil que formular una norma nueva, porque se plantea la cuestión de la retroactividad.

El Consejo de Estado, en los fallos ya citados, *Société Tropic Travaux* del año 2007 y *Département du Tarn-et-Garonne* de este año, reconoció la dificultad e introdujo por primera vez una solución basada en el principio general de derecho de seguridad jurídica, ya citado con el fallo *KPMG*. Enuncia así en el fallo de 2014 que, “considerando el imperativo de la seguridad jurídica, requiriendo que no se perjudiquen excesivamente los relaciones contractuales vigentes”, el nuevo recurso introducido por el mismo fallo se podrá ejercer por terceros solo contra los contratos firmados después de dicha sentencia.

Hay que subrayar que esta solución es distinta a la sentencia que fija la fecha de una anulación. La anulación siempre tiene un efecto retroactivo, salvo derogación si el juez decide fijar otra fecha. En el caso de una nueva norma jurisprudencial, la situación es equivalente a aquella de una nueva ley: hay que proteger las situaciones contractuales establecidas sobre las bases del derecho (es decir, de la jurisprudencia) anterior. El Consejo de Estado garantiza así la no retroactividad de los cambios de jurisprudencia.

### Obra citada

LETOURNEUR, M. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État. En: EDCE. 1951.



# El ‘precedente’ en el derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho? La perspectiva del derecho civil

Juan Pablo Cárdenas Mejía\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

Para desarrollar la materia objeto de este trabajo, es necesario, por una parte, hacer referencia al valor del precedente en derecho colombiano y particularmente en derecho privado, para posteriormente examinar el papel del juez como creador de derecho.

## 1. El valor del precedente

Lo primero que hay que recordar es que la obligatoriedad de las decisiones de los jueces o las cortes en relación con casos semejantes es diferente en los distintos sistemas jurídicos<sup>1</sup>. Tradicionalmente se señala que en los países del sistema continental las decisiones judiciales solo obligan en el caso concreto objeto del proceso y no tienen el carácter de precedente vinculante, sino que tienen un valor persuasivo derivado de la autoridad de quien la profiere. Por el contrario, en los países del *common law* el precedente tiene carácter obligatorio.

Sin embargo, dicha distinción no refleja las diferencias que existen dentro de los diversos sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, entre los países continentales existen algunos en los cuales las decisiones de las altas cortes tienen una

---

\* Catedrático de la Universidad del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana; árbitro nacional e internacional; secretario jurídico de Presidencia y exsecretario de la Comisión Nacional de Valores.

<sup>1</sup> Ver TARUFO, Michelle. Páginas sobre justicia civil. Bogotá: Marcial Pons, 2009, en particular el capítulo sobre “Dimensiones del precedente judicial”, p. 541 y ss.

considerable autoridad en tanto que en otros no la tienen. De igual manera el precedente no es tratado de la misma forma en Inglaterra que en Estados Unidos.

### **1.1. La evolución en Colombia**

En cuanto se refiere a Colombia, es conveniente recordar que inicialmente se reconoció valor vinculante a la jurisprudencia a través del concepto de la doctrina legal. A tal propósito la Ley 61 de 1886 estableció en su artículo 39 que “es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes [...]”. El artículo 38 de la misma ley consagró como causal “de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación [...] 1. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal [...]”. De esta manera, la legislación inicialmente consagró expresamente la obligatoriedad del precedente. Así mismo, la Ley 153 de 1887 originalmente dispuso en el artículo 10 que “en casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”.

Sin embargo, posteriormente el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 dispuso que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Por consiguiente, si bien inicialmente en Colombia la legislación consagró la fuerza vinculante de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad le quitó dicho carácter y estableció simplemente que los jueces podían aplicarla.

Esta situación pareció mantenerse inalterada también bajo la Constitución Política de 1991, en la medida en que el artículo 230 establece que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

No obstante, esta situación ha cambiado por razón de las decisiones de la Corte Constitucional.

A este respecto debe recordarse que la Corte ha reinterpretado el artículo 230 de la Constitución Política para señalar que dicho precepto en cuanto dispone que el juez solo está sometido al imperio de la ley no alude únicamente a la acepción de ley formal, que es la expedida por el Congreso, sino a todo

el ordenamiento jurídico. En tal sentido, dijo la Corte Constitucional: “El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra ‘ley’ que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe ‘ordenamiento jurídico’”<sup>2</sup>.

Posteriormente, en diversas sentencias la Corte ha reconocido valor a la jurisprudencia, lo cual en materia civil se concretó fundamentalmente en la Sentencia C-836 de 2001, en la cual la Corte declaró exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896. Ha precisado la Corte que el poder normativo de la jurisprudencia resulta del principio de igualdad, de la seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia.

## **1.2. El alcance del precedente en materia civil según la Corte Constitucional**

En la Sentencia C-836 de 2001, la Corte expresó: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”.

El condicionamiento que hizo la Corte Constitucional a su sentencia de constitucionalidad tiene una gran importancia, en cuanto limita el alcance de la jurisprudencia y, por ello, debe ser examinado con particular cuidado. Una lectura rápida de la parte resolutive de la sentencia podría llevar a entender que es suficiente para que el juez pueda apartarse de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que exista una motivación de la razón por la cual no sigue dicha jurisprudencia. Sin embargo, esta lectura es incompleta, pues la Corte Constitucional señaló que la Corte y los jueces deben exponer los fundamentos de su decisión para apartarse de la doctrina probable “en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”, por consiguiente, para tener cabal comprensión de los alcances de la obligatoriedad de la jurisprudencia, es necesario reexaminar dichos numerales de la sentencia.

Al estudiar el análisis de la Corte Suprema de Justicia en los numerales citados, se aprecia claramente que no es suficiente cualquier motivación para que pueda un juez, un tribunal o la propia Corte apartarse de la doctrina

---

<sup>2</sup> C-486/93.

de esta última. A este respecto es pertinente recordar algunos aspectos de la motivación de la Corte Constitucional que tiene valor vinculante en la medida en que están referidos en la parte resolutive.

En primer lugar, la Corte Constitucional reitera que por razón del principio de igualdad los jueces están obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades, y a tal efecto expresa: “Cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación”. Así mismo, dijo la Corte Constitucional que “[...] un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales [...] En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia”. Igualmente, precisó la Corte que “ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente” y, por ello, indica que “es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular”.

Igualmente, ha dicho la Corte Constitucional que, cuando la jurisprudencia no es clara, “los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso”.

Pero, adicionalmente, la Corte Constitucional señala que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia tiene “un valor normativo mayor o un ‘plus’ derivado del hecho de que el poder de la Corte Suprema ‘para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas’”. Lo anterior implica por consiguiente, dice la Corte Constitucional, que la carga argumentativa de jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a este órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

En este punto es pertinente recordar que la norma acusada y declarada exequible por la Corte Constitucional dice que la Corte Suprema de Justicia puede variar su doctrina “en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. El análisis que hace la Corte Constitucional en esta materia es particularmente importante, porque, como ya se vio, ella señala que el juez tiene una carga argumentativa mayor, lo que implica que por lo menos debe presentarse alguna de las circunstancias que en sentir del juez constitucional le permite a la propia Corte Suprema de Justicia apartarse de su doctrina.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional indica que la expresión errónea en este precepto legal puede entenderse de tres maneras:

En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. [...] En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico [...] En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Ahora bien, si se examina la sentencia en su parte motiva, la Corte Constitucional solo indica que el juez podría apartarse de la doctrina probable si existe un cambio legislativo o un cambio en la situación social, política o económica que determine el cambio de jurisprudencia que esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

Por el contrario, cuando la Corte Constitucional analiza cuándo la propia Corte Suprema de Justicia puede apartarse de sus sentencias erróneas, señala que ello ocurre “cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior; o cuando la Corte considera errónea la jurisprudencia ‘por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico’, o cuando existe un cambio legislativo o constitucional”.

Como se puede analizar en esta sentencia, la Corte no manifiesta explícitamente que el juez pueda apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando ella es contraria a los valores, objetivos, principios y derechos

en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico; sin embargo, es claro que a la luz del artículo 4º de la Constitución Política si el juez encuentra que la aplicación de la jurisprudencia en un caso conduce a la violación de la Constitución Política, debe darle aplicación a la Carta. En todo caso, como sostiene la Corte, para que el juez pueda apartarse de la jurisprudencia debe asumir una carga argumentativa mayor a la que emplearía la propia Corte.

No obstante, el carácter vinculante de la jurisprudencia no se agota en la doctrina probable que la Corte Constitucional declare exequible en la forma ya reseñada, pues la jurisprudencia constitucional ha reconocido en general el valor del precedente dentro del funcionamiento de la jurisdicción. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado<sup>3</sup> que la correcta utilización del precedente judicial implica que

un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

En relación con el precedente, la Corte Constitucional ha distinguido entre dos clases: los verticales y los horizontales. En cuanto al vertical, ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia T-698 de 2004) “que el juez ordinario está sometido a las restricciones interpretativas que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema en sede de casación, y que debe fundamentar las razones que lo llevaron a apartarse de la doctrina mayoritaria cuando debe realizar la valoración de casos amparados por hechos y fundamentos similares, so pena de lesionar el derecho a la igualdad [...]”.

Cuando se trata del precedente horizontal,

es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, Sentencia T-443 de 2010.

los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad como las garantías de independencia judicial exigidas.

En la Sentencia T-688 de 2003, la Corte Constitucional precisó que el precedente horizontal vincula a las diferentes salas de decisión de un tribunal superior respecto de las decisiones de otras salas del mismo tribunal.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprende entonces que tanto la Corte Suprema de Justicia como cualquier juez deben respetar la doctrina de esta última Corte. Pero el alcance de la jurisprudencia no se agota en la doctrina de la propia Corte, sino que cobija también la jurisprudencia de los tribunales frente a los que le son inferiores, así como la de todos los tribunales y jueces frente a sus propias decisiones previas. En todo caso el precedente horizontal no implica que un juez deba fallar siguiendo lo que otros jueces de la misma jerarquía hayan dicho.

Adicionalmente, debe señalarse que en algunos casos ha indicado la Corte Constitucional que es posible apartarse del precedente “cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto o cuando ‘elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica’<sup>4</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional igualmente ha dicho<sup>5</sup>:

Esta corporación tiene bien definido que, debido a las funciones esenciales que juega en un Estado de derecho el respeto al precedente, la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional no es un asunto de poca monta sino que debe ser cuidadosamente evaluado por los jueces. Para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario

---

<sup>4</sup> Sentencias T-092 de 2006, T-292 de 2006, T-10 de 2010.

<sup>5</sup> C-447 de 1997, C-674 de 1999, C-1046 de 2001, C-795 de 2004, C-532 de 2013.

es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

De esta manera, desde la perspectiva de esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, una consideración fundamental al cambiar el precedente es tomar en cuenta el principio de igualdad y seguridad jurídica, por lo que el precedente no debería cambiarse, como a veces sucede, por el simple hecho de que el juez o magistrado consideren que la solución anterior es errónea desde el punto de vista teórico, particularmente cuando la tesis contraria no afecta principios fundamentales y, por el contrario, el cambio afecta la igualdad y la seguridad jurídica.

Así mismo, la Corte Constitucional ha expresado<sup>6</sup> que

en el Estado social de derecho a los asociados los debe acompañar la certidumbre de (1) que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias, (2) que la modificación en el entendimiento de las normas no podrá obedecer a un hecho propio del fallador, (3) que de presentarse un cambio intempestivo en la interpretación de las normas tendrá derecho a invocar en su favor el principio de la confianza legítima, que lo impulsó a obrar en el anterior sentido<sup>7</sup>, y (4) que si su derecho a exigir total respeto por sus garantías constitucionales llegare a ser quebrantado por el juez ordinario, podrá invocar la protección del juez constitucional.

Ahora bien, las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia se han abierto paso en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en la Sentencia SC10304-2014 del 5 de agosto de 2014 (Radicación: 11001-31-10-015-2006-00936-01), la Corte analizó un recurso de casación en el cual se

---

<sup>6</sup> SU-120/03.

<sup>7</sup> Sobre la confianza legítima como principio protector de los administrados contra las modificaciones bruscas e intempestivas de las autoridades jurisdiccionales, se pueden consultar las sentencias T-538 de 1994, T-321 y C-321 de 1998.

invocaba la violación de la jurisprudencia, la doctrina probable y el precedente por parte de una sentencia de un tribunal superior en relación con los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990 sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. La Corte Suprema de Justicia distinguió en su sentencia entre la jurisprudencia, la doctrina probable y el precedente. Señala entonces que “la evolución histórica [...] va concibiendo la jurisprudencia como la doctrina que sientan o elaboran los tribunales y las cortes a través de sus decisiones”, y concluye: “Sintetizando en este contexto, la jurisprudencia es la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, marco dentro del cual algunos la refieren exclusivamente a las decisiones de las altas cortes, mientras otros, a la generalidad de los mismos”. Por otra parte, en relación con el precedente sostiene que “frente al concepto a la jurisprudencia, podemos señalar que precedente es una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primera frente a otras decisiones y que fija reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores, en forma persuasiva o vinculante; y como tales, susceptibles de ser universalizadas para ser aplicadas como criterio de decisión, dando identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico”. Finalmente, indica que la doctrina probable corresponde a la definición dada por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

Manifiesta entonces la Corte Suprema de Justicia que, para cuando el tribunal superior profirió la sentencia objeto de recurso, solo se había pronunciado una sola vez la Corte Suprema de Justicia, por lo cual no había jurisprudencia constante, así que no se pudo violar el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 que consagra la doctrina probable. Sin embargo, agrega la Corte Suprema de Justicia: “El precedente, con todo, cabía observarse, porque al ser el resultado de la aplicación e interpretación de la ley positiva, ésta se ve reflejada en esa laboriosidad, razón por la cual debe servir de obligada herramienta de decisiones venideras, mayormente cuando proviene del órgano constitucionalmente encargado de unificar la jurisprudencia”. Señaló entonces que “si el juzgador de segundo grado, por tanto, se apartó motivadamente del precedente, la violación de la ley sustancial tampoco pudo devenir de haber inobservado la referida jurisprudencia”. Ahora bien, en el caso concreto la Corte Suprema de Justicia consideró que el análisis del tribunal violaba la Ley 54 de 1990.

Como se puede apreciar, si bien finalmente el cargo de casación prospera por la violación de la ley sustancial con la interpretación que a esta otorga la Corte,

también es claro que en su sentencia la Corte le da valor no solo a la doctrina probable, sino también al precedente.

Por otra parte, en cuanto a los tribunales arbitrales, puede discutirse que están obligados a seguir los precedentes. A este respecto debe observarse que en derecho colombiano los árbitros cumplen funciones judiciales y, como lo ha señalado la Corte Constitucional, tienen los mismos deberes y poderes que los jueces. En este contexto parece lógico concluir que los tribunales arbitrales también deben seguir la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia y el precedente, con la facultad de apartarse de este explicando las razones para ello. Podría con todo sostenerse que, como los árbitros son escogidos por las partes, estas ante todo quieren que se aplique su criterio y no el de las cortes permanentes del Estado, y que, por ello, no deberían seguir el precedente. Sin embargo, parece desproporcionado concluir que al acordar un pacto arbitral las partes han querido que los árbitros que deben fallar en derecho puedan apartarse de elementos que a la luz de la jurisprudencia forman parte del ordenamiento jurídico.

En todo caso, lo que sí parece claro es que los tribunales arbitrales no tienen la obligación de seguir el precedente horizontal, pues este se aplica a cada juez respecto de sus propias decisiones y a cada tribunal superior respecto de las decisiones de sus salas de decisión. No hay entonces razón para predicar el precedente horizontal de las decisiones de un tribunal arbitral frente a otro. En esta materia han existido acciones de tutela que no han prosperado.

En conclusión, en derecho colombiano la evolución en materia de poder vinculante de la jurisprudencia comenzó con el reconocimiento de este a la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia en el siglo XIX, pasando luego a un abandono de dicho poder vinculante a finales de ese siglo y durante prácticamente todo el siglo XX, y, finalmente, llegando a un reconocimiento del poder vinculante de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y del precedente.

### 1.3. Consecuencias de la violación del precedente

Cuando se viola el precedente, la Corte Constitucional ha indicado que la violación de la jurisprudencia puede ser motivo de tutela. Así, ha señalado que la sentencia incurre en un defecto sustantivo “cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>T-086/07.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia, en decisiones confirmadas por la Corte Constitucional, ha invalidado providencias que desconocían pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia sosteniendo que no se encontraban adecuadamente motivadas, pues no tomaban en cuenta precedentes de la Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>. En todo caso, la Corte Constitucional ha negado tutelas cuando considera que el cambio está adecuadamente justificado<sup>10</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado ha considerado<sup>11</sup> que “sólo los cambios de jurisprudencia no justificados o no advertidos de manera franca, serán pasibles de control de manera excepcional por parte del juez de tutela, en tanto que constituyen manifestaciones de arbitrariedad por parte del juez, que dejan irrealizadas la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a la ley”.

Por otra parte, se ha discutido si la violación del precedente puede dar lugar a responsabilidad penal. En este punto es de destacar la sentencia del 10 de abril de 2013 (Radicado: 39456), en la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó el delito de prevaricato y concluyó que en este se puede incurrir por la violación del precedente. A tal efecto, después de hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte precisó que

[...] la jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable, mas no de manera inmotivada o según su fuero interno, sino a partir de la demostración y expresión de alguna de las siguientes hipótesis: (i) que, a pesar de la similitud

---

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, se puede apreciar en la Sentencia T-968 de 2011. En ella señala la Corte Constitucional: “La Corte Suprema de Justicia revocó la providencia del 18 de febrero de 2011, expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Civil Familia Laboral, toda vez que ésta no reunía los requisitos que el Código de Procedimiento Civil establece para las providencias judiciales y porque, específicamente, frente al tema de los títulos valores en blanco existen sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que precisan que la ausencia o inobservancia de las instrucciones impartidas para llenar los espacios en blanco dejados en un título valor no acarrea inexorablemente la nulidad o ineficacia del instrumento, de esta manera, en la sentencia revocada, primero no se aludió al precedente y, segundo, las razones expuestas no fueron suficientes para desvirtuarlo, circunstancias que llevaron a declarar la procedencia de las causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”.

<sup>10</sup> Ver Sentencia T-321 de 1998.

<sup>11</sup> Providencia del 2 de febrero de 2012, Radicación: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), sección segunda.

entre dos supuestos de hecho, de todas formas existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales conducen a situaciones que no resultan comparables; (ii) debido a un cambio social posterior a la primera decisión, en cuyo caso el precedente resulta inadecuado para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico y (iv) en los casos de variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse.

Al aplicar este criterio al caso concreto objeto de la sentencia, la Corte señala que “[...] en ningún aparte de la decisión que se dice prevaricadora se observa que el entonces juez [...] hubiese argüido diferencias entre el supuesto fáctico sobre el cual en ese momento se pronunciaba y aquél que le fuera revocado en el 2004, de modo que se justificara una solución contraria a la dispuesta por la jurisprudencia vigente”. Agregó la Corte Suprema de Justicia que en la providencia que dio lugar al proceso penal “ninguna alusión hizo el funcionario judicial a las razones por las que, según la doctrina constitucional ya reseñada, era procedente apartarse del precedente vigente y decidir de forma contraria a lo resuelto por su superior en 2004 [...]”. También indicó que

no existe en el auto calificado de prevaricador explicación alguna sobre una transformación social que ameritara un discurso diferente al fijado en la jurisprudencia, como tampoco la demostración de un cambio histórico que acreditara que se trataba de supuestos de hecho diferentes, menos aún que la jurisprudencia que estaba en boga y comúnmente aceptada era equivocada por ir en contravía de los valores y principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que existía una incompatibilidad axiológica entre la regla jurídica impuesta por el precedente, los derechos fundamentales y los principios en los que se funda el orden jurídico; o, en últimas, que hubo un cambio del régimen legal o constitucional que en su momento determinó la aplicación de un cierto criterio a través del precedente.

Finalmente, sostuvo que “tampoco en la providencia cuestionada obra alguna reflexión sobre la necesidad de hacer prevalecer un orden justo o el derecho

material, como así lo justificó la defensa del procesado en esta actuación”. Por lo anterior la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria.

Es de destacar que tal sentencia tiene un salvamento de voto que se funda en la Sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional, en la que se había dicho que “la contradicción de la jurisprudencia sentada por las altas cortes, *per se*, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”. Señaló la Corte Constitucional que en los demás casos

cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar los precedentes sentados por las altas cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción. Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera ‘manifestamente contraria a la ley’.

## 2. El juez creador de derecho

Partiendo de la obligación de respetar el precedente, queda el problema del juez creador de derecho, que se debe analizar distinguiendo diversas hipótesis.

En primer lugar, es claro que el juez al aplicar la norma debe, por una parte, determinar la calificación de la situación fáctica y después precisar el contenido de la norma, y, por ello, en esta medida crea derecho. La tarea del juez no es puramente mecánica, como a veces se supone, en el sentido de aplicar un silogismo en que la norma es la premisa mayor, la situación concreta es la premisa menor, y la solución es el resultado de enmarcar el supuesto de hecho

en la norma, pues el juez debe desentrañar el sentido de la disposición y calificar la situación. Lo anterior hace que en muchos casos otro juez pueda llegar a una conclusión distinta. De esta manera, el juez participa en la creación del derecho al concretar el precepto legal para el caso sometido a su conocimiento.

En segundo lugar, existen casos en los cuales es claro que la situación concreta no está regulada en la ley. En tal caso, es evidente que el juez crea derecho, y para ello debe inspirarse en los principios y reglas del ordenamiento para resolver el caso, pues el juez no puede abstenerse de fallar, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, “pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”, so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia.

En tercer lugar, existen otros casos en los cuales la ley formalmente corresponde al caso pero produce un resultado que contradice el propósito de la norma, esto es, el efecto que ella está destinada a producir en un contexto normal. Un caso en que ello ocurrió es examinado por Recasens Siches<sup>12</sup> y se refiere a una situación en la cual una persona encargada de la administración de los negocios de otra que se encontraba incapacitada mentalmente dispuso de unas acciones para atender los gastos de esta y su familia. Posteriormente a la muerte del incapacitado, se encontró que él mismo le había legado tales acciones a su administradora, y se discutió si dicho legado se entendía revocado por el hecho de que se había dispuesto de la cosa legada, regla común en muchos sistemas jurídicos y que igualmente consagra entre nosotros el Código Civil en el artículo 1193. La Corte Suprema del estado de Nueva York consideró revocado el legado. Recasenz critica esta solución señalando que ello es desconocer que las normas jurídicas se adoptan para una determinada situación. En tal caso debía el juez concluir que la norma no era aplicable a este evento.

En un sentido análogo, se ha pronunciado la Corte Constitucional, la cual ha señalado: “En el ámbito de la razón práctica, el juzgador sólo dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos. Igual le sucede al legislador; sus decisiones sólo tienen en cuenta lo ordinario y lo circunstancial. Por eso, cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, Aristóteles opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México: Porrúa, 1973. p. 266.

<sup>13</sup> Sentencia T-230 de 1994.

Igualmente, en la Sentencia T-518 de 1998 dijo la Corte Constitucional que al aplicar la norma el juez debe tener en cuenta el principio de equidad: “De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real”<sup>14</sup>.

La cuarta hipótesis es la situación que formalmente puede estar regulada por una norma, pero que a la luz de la evolución de la sociedad la solución que establece la norma ya no corresponde a esa realidad. En este caso, el juez es también creador de derecho.

Es el caso clásico de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 2356 del Código Civil, cuyo alcance cuando se expidió el código era claramente distinto al que le dio la Corte Suprema de Justicia, la cual estableció una responsabilidad por actividades peligrosas que solo se puede desvirtuar por fuerza mayor<sup>15</sup>. En este caso es indudable el papel creador del juez.

La quinta hipótesis se presenta por razón de la adopción de principios y reglas constitucionales. El problema de los principios y reglas constitucionales se presenta en diferentes maneras:

---

<sup>14</sup> Dijo la Corte: “12. Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferencias que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre las distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto”.

<sup>15</sup> La primera sentencia que claramente aplica la nueva teoría es la del 14 de marzo de 1938. Gaceta Judicial. Tomo XLVI, 211 ss.

En primer lugar, se puede dar cuando la norma constitucional consagra principios o reglas que son de aplicación directa. En tal caso, a menudo tales principios o reglas son genéricos, lo que impone al juez su desarrollo. Ahora bien, la aplicación de estos principios y reglas no es exclusiva del juez constitucional, pues el juez ordinario también debe aplicar tales principios y reglas. Es el caso clásico del principio de igualdad y la protección de las personas en situación de debilidad. De esta manera, en numerosos casos, la Corte Constitucional ha protegido personas en situación de debilidad en cumplimiento del artículo 13 de la Constitución Política. Así, por ejemplo, ha impuesto a las compañías de seguros celebrar contratos de seguros con personas infectadas con el virus del VIH aunque asintomáticas<sup>16</sup>, minusválidas<sup>17</sup> o desplazadas.

En segundo lugar, puede haber otras disposiciones constitucionales que deben ser desarrolladas por la ley, pero a menudo sucede que el legislador no lo hace. En tal caso, el juez para poder resolver los casos que le son sometidos tiene dos caminos: o aplicar las reglas tradicionales, lo que lo podría llevar a desconocer el principio constitucional, o aplicar el principio constitucional, lo que lo lleva a construir una nueva regla.

Esta categoría tiene varios ejemplos claros: por un lado, la responsabilidad por productos defectuosos y, por otra parte, las consecuencias del deber de solidaridad.

En cuanto se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1141 de 2000 señaló que “la responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione*” del artículo 78 de la Constitución Política y, por ello, la Corte Suprema de Justicia en una importante sentencia del 30 de abril de 2009 desarrolló dicha regla constitucional. Posteriormente, el legislador consagró el régimen en la Ley 1480. De esta manera, en este caso la Corte Suprema de Justicia creó un régimen de responsabilidad basada en un principio constitucional que no había sido oportunamente desarrollado por el legislador. El juez ordinario asumió la labor de crear la norma ante la inacción del legislador.

En cuanto al principio de solidaridad, es pertinente recordar que la Constitución Política se refiere al deber de solidaridad en dos artículos: en primer lugar, en el 95, que establece entre los deberes de la persona y del ciudadano, el de “2) obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo

---

<sup>16</sup> Sentencia T-1165 de 2001.

<sup>17</sup> Sentencia T-1118 de 2002.

con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”; y, en segundo término, en el 1º, que establece que “Colombia es un Estado social de derecho, [...], fundada en [...] la solidaridad de las personas que la integran”. El artículo 95 establece un deber de solidaridad de alcance limitado. Por su parte, el artículo 1º establece el deber de solidaridad en forma genérica.

Ahora bien, en relación con este último deber de solidaridad, la Corte Constitucional en la Sentencia T-520 de 2003 precisó que le correspondía desarrollar tal principio al legislador. Sin embargo, señaló que “cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes pueden exigirse directamente por vía de tutela”. Sostuvo la Corte que “la afectación de un derecho fundamental no es suficiente para que el operador jurídico, en este caso el juez, proceda a aplicar directamente una cláusula constitucional que consagra un deber a un particular. Para ello es necesario además, que dicho deber no haya sido adecuadamente regulado por el legislador”. Agregó la Corte que el deber no ha sido adecuadamente regulado “cuando la ausencia o insuficiencia en la regulación de un deber constitucional implica una desprotección de los derechos fundamentales de determinado grupo social”.

Desde esta perspectiva, la Corte analizó si el legislador había desarrollado el deber de solidaridad y concluyó negativamente. Así mismo, analizó si el exsecu-trado requería especial protección del Estado, lo cual contestó en forma afirmativa.

Ahora bien, sobre la posibilidad de exigir a los particulares que cumplan con el deber de solidaridad, la Corte Constitucional señaló que “los particulares que prestan servicios públicos y reciben del Estado las prerrogativas y garantías necesarias para lucrarse de esta actividad, asumen ciertos deberes y prestaciones hacia las personas. En particular, aquellos deberes y prestaciones necesarios para proteger los derechos y libertades individuales fundamentales, en lo que esté directamente relacionado con su actividad”. Añadió que los particulares que prestan servicios públicos “están sujetos por el principio de universalidad, que requiere que los servicios públicos se presten a todas las personas, aun cuando ello les suponga mayores cargas”. Igualmente, indicó que “los particulares que prestan servicios públicos tienen el deber de llevar a cabo todas aquellas actuaciones que sean necesarias para que —como mínimo— su actividad no signifique una barrera que impida a los individuos en circunstancias de debilidad desarrollar, mantener o readquirir nexos valiosos con la sociedad”.

## Expresó la Corte que

el principio de solidaridad impone a las entidades financieras un deber de consideración hacia los deudores del sistema financiero que han sido liberados después de un secuestro. En desarrollo de sus actividades, estas entidades no pueden imponerles a los deudores que hayan sido secuestrados cargas que superen sus posibilidades de cumplir libre y responsablemente sus obligaciones financieras. Particularmente, en aquellas circunstancias en que la conducta de las entidades bancarias incida directamente sobre las posibilidades de readaptación a la actividad económica y social de estas personas.

Determinó entonces la Corte que “dadas las especiales condiciones del riesgo que supone exigir la deuda a una persona liberada durante su fase de readaptación, el pago de las cuotas tampoco resulta exigible durante el año siguiente a su liberación”. Agregó que “resulta absolutamente inexcusable que los bancos demandados hubieran proseguido con los procesos, una vez conocieron las circunstancias del señor [...]. Esto no sólo comporta una conducta desleal de los bancos, que viola el principio constitucional de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, también es un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que desconoce las circunstancias del incumplimiento”. También precisó que el acreedor no puede aplicar una cláusula aceleratoria con fundamento en el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado, a menos que este incumpla las obligaciones exigibles después del año siguiente a su liberación.

Finalmente, estipuló que “las entidades bancarias deben renegociar con los deudores los intereses de la deuda en condiciones de viabilidad financiera, que permitan la recuperación económica de los deudores que han sido secuestrados”.

Esta regla la ha aplicado la Corte a personas infectadas con el virus del VIH<sup>18</sup>. Así mismo, a personas desplazadas<sup>19</sup>. En relación con las personas desplazadas, la Corte señaló que

sobre la base del principio de solidaridad y los deberes especiales de protección a esta población, se erige el deber de las entidades finan-

---

<sup>18</sup> Sentencia T-170 de 2005.

<sup>19</sup> Sentencias T-972 de 2009, T-312 de 2010, T-181 de 2012 y T-386 de 2012.

cieras de tener en cuenta las restricciones propias de los desplazados para cumplir con los pagos comprometidos, y disponer en consecuencia 'fórmulas de arreglo' coherentes con la situación económica de una persona de las mencionadas condiciones<sup>20</sup> y tomar las medidas necesarias para que los procesos ejecutivos en curso no lleguen a término sin haber intentado nuevas opciones de pago<sup>21</sup>.

De esta manera, el juez constitucional, partiendo de un principio absolutamente genérico, crea una regla nueva concreta que altera el derecho positivo, pues el deudor no se ve liberado de sus obligaciones por dificultades en cumplirlas, sino que debe existir fuerza mayor.

Es importante destacar que esta regla la ha aplicado la Corte a las entidades financieras, pero es claro que puede tener una proyección más amplia. En virtud de la evolución de la regla de la Corte, podría llegar a ocurrir que el deber de solidaridad se extienda a otras personas. En tal caso cabe preguntarse si es correcto que la contraparte en una determinada relación jurídica deba asumir las consecuencias financieras de la situación de debilidad de la otra parte, o si ello debe ser asumido por la colectividad a través de los fondos que maneja el Estado.

Por otra parte, el juez también establece reglas o modifica las existentes para casos concretos teniendo en cuenta principios constitucionales generales. Así, por ejemplo, la Corte obligó a renovar un contrato de medicina prepagada para evitar afectar la continuidad en el servicio de salud y conservar la integridad física<sup>22</sup>. Igualmente, se pronunció sobre la posibilidad de que una persona fuera objeto de un bloqueo financiero por razón de su inclusión en la lista Clinton<sup>23</sup>.

En otros casos el juez constitucional modifica la norma legal estableciendo excepciones a su aplicación. Así ocurrió recientemente en materia de seguros.

En efecto, en la Sentencia T-662 de 2013, la Corte Constitucional resolvió el caso de una persona que había sufrido un infarto en 2006 y recibió una

---

<sup>20</sup> Sentencia T-419 de 2004.

<sup>21</sup> Sentencia T-358 de 2008.

<sup>22</sup> Sentencia T-724 de 2005.

<sup>23</sup> Sentencia SU-157 de 1999. En dicha sentencia la Corte Constitucional expresó que el juez constitucional "debe intervenir obligatoriamente en las relaciones de carácter privado, siempre que las decisiones adoptadas por una de las partes que ostente una posición de supremacía jurídica, económica o comercial constituya una grave amenaza o violación de los derechos fundamentales".

calificación de invalidez en 2012. La aseguradora sostenía que había operado la prescripción de las acciones de seguro de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio<sup>24</sup>. Al respecto la Corte indicó que si bien el legislador puede imponer cargas procesales a quienes pretenden ejercer sus derechos, estas no pueden ser excesivas, pues se estaría imposibilitando a los ciudadanos garantizar sus derechos de manera efectiva. Precisó la Corte que el artículo 1081 del Código de Comercio<sup>25</sup> en lo relativo a la prescripción extraordinaria es razonable, ya que sus objetivos cumplen con fines constitucionalmente legítimos, como la seguridad jurídica. Sin embargo, señaló la Corte que

existirá una amenaza a derechos como el mínimo vital, vivienda y vida digna, que solo podrá constatarse cuando las o los asegurados (i) se encuentren en condición de invalidez, (ii) no tengan capacidad económica ni fuentes de ingresos suficientes para cubrir la obligación, (iii) su interés no sea exclusivamente patrimonial y, finalmente, (iv) necesiten el certificado médico experto que acredite su grado de incapacidad y la fecha de estructuración de la invalidez.

En tal caso, dijo la Corte, solo es aplicable la prescripción ordinaria, pues la extraordinaria implica consecuencias negativas en el goce de derechos fundamentales de sujetos de especial protección que no fueron negligentes, sino que se encontraban en imposibilidad de presentar su reclamación. En estos casos el término “comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente tuvo conocimiento de los hechos que dan base a la acción; es decir, desde que el experto médico informa al paciente su grado de incapacidad y la fecha de estructuración”.

Añadió la Corte que

---

<sup>24</sup> “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción extraordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

<sup>25</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 241.

aplicar literalmente la prescripción extraordinaria, sería negar el derecho de esas personas al pago de la póliza. Primero, porque aunque la persona sienta las dificultades en su diario vivir, no puede probar únicamente con su declaración que es una persona con invalidez. Segundo, porque aunque eso fuera viable, el contrato de seguro exige que se demuestre que se padece de una pérdida de más del 50% de capacidad laboral. Tercero, porque únicamente la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es el ente encargado de certificar los dos anteriores supuestos. Cuarto, porque sin ese aval técnico, el asegurador, como es natural, negaría u objetaría el pago de la póliza al no demostrar debidamente los requisitos del contrato. Finalmente, porque solo hasta que la Junta Regional de Calificación emita su concepto, se sabe con certeza cuándo fue la fecha de estructuración (siniestro). Es decir, solo desde ese momento se sabe desde cuándo comienza a correr el término de prescripción extraordinaria.

Este antecedente de la Corte Constitucional podría llevar a sentar un principio más amplio. Así podría preguntarse si los términos de caducidad, que son absolutamente objetivos y no tienen en consideración la situación de la persona contra la que corren, no deberían correr contra personas en la situación descrita por la Corte.

En los casos anteriores, la existencia de reglas y principios constitucionales introduce cambios fundamentales en el ordenamiento, bien sea porque afecta de manera general el régimen jurídico, bien porque impone consideraciones particulares por razón de la situación en que se encuentra una persona, que pone en peligro sus derechos fundamentales e impone la no aplicación de una regla legal, la cual se ve alterada o modificada por el principio o regla constitucional. En estos casos el juez tiene un amplio espacio para crear derecho.

Finalmente, otro caso de creación del derecho se presenta cuando, sin invocar que se hayan producido cambios en la situación objeto de regulación, el juez concluye que la regla adoptada por el legislador es insuficiente y, por ello, crea reglas adicionales en desarrollo de principios generales, sin acudir a reglas o principios constitucionales.

Este es el caso de la teoría de la imprevisión. De hecho, en sentencia del 21 de febrero de 2012 (Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01), la Corte Suprema de Justicia se ocupó de los requisitos exigidos para el efecto por el

Código de Comercio y señaló que aun cuando la ausencia de determinados requisitos exigidos por el ordenamiento impiden aplicarla, la situación debía ser resuelta en términos de equidad y de justicia a la luz de los principios generales.

Así, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en relación con el contrato aleatorio no procede la teoría de la imprevisión de conformidad con el Código de Comercio, pero agregó que

en torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de áleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o álea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (*v. gr.*, la revisión *ex art.* 1060 del C. de Co., en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

De igual manera, la Corte determinó que las causas que dan lugar a la revisión del contrato por imprevisión deben ser preexistentes, pero precisó que

[...] la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, *verbi gratia*, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro

(arts. 1550, 1551 y 1844 y ss., C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, *stricto sensu* no comporta *per se* intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4], C.C.; 1º, 2º y 9º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (*laesio enormis*) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.

Así mismo, expresó la Corte que “la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación”, y agregó que extinguida la obligación

por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.

De esta manera, como se puede apreciar, la Corte reafirma los requisitos contemplados por el Código de Comercio para la aplicación de la teoría de la imprevisión, incluyendo algunos precisados por la jurisprudencia, pero al mismo tiempo reconoce que la falta de esos requisitos no impide reclamar un reequilibrio, no por la teoría de la imprevisión, sino en virtud de los principios de buena fe, equidad y justicia contractual.

Así las cosas, el juez interviene para superar los límites legales creando una regla nueva en virtud de principios generales.

De este modo, en numerosos casos se aprecia una actividad del juez creando normas jurídicas. En muchos casos dicha actividad de creación es la consecuencia natural de la actividad judicial, pero en otros casos va más allá, particularmente cuando se actúa en virtud de principios y reglas generales constitucionales que, por consiguiente, priman sobre las reglas legales.

En los casos en que el juez crea normas, modificando las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio por razón de principios y reglas generales, en realidad el juez suple la falta de actuación del poder legislativo. Desde esta perspectiva, podría decirse que buena parte de la importancia que ha adquirido el juez en la producción del derecho obedece a la incapacidad de otros órganos para cumplir adecuadamente sus funciones.

En síntesis, si bien es imposible concebir un juez que no participe en la creación del derecho, pues ello es connatural a su función, el papel del juez colombiano en esta materia ha evolucionado cada día más, particularmente por el desarrollo de principios y reglas constitucionales, lo que por vía de ejemplo ha llevado también a generar un papel más activo en la creación de reglas en desarrollo de principios generales, sin necesidad de invocar reglas constitucionales.

## **Conclusión**

La Corte Constitucional introdujo una profunda revolución en el sistema jurídico colombiano al reconocer el valor de la jurisprudencia, a través del reconocimiento del poder vinculante de la doctrina probable y del precedente. Dicha revolución implicó modificar una decisión del constituyente que no previó tal regla en la Constitución Política en la medida en que de acuerdo con ella la jurisprudencia solo sería un criterio auxiliar.

El carácter vinculante de la doctrina probable y del precedente es aún más importante por el hecho de que el juez constitucional en particular, pero también el juez civil, ha desarrollado una labor cada vez más activa en la creación de derecho. Tal actividad no se limita a lo que se consideraba la labor del juez en el sistema original del Código Civil, en la cual la creación del derecho por el juez correspondía ante todo a la precisión del alcance de la regla jurídica al caso concreto y la determinación de esta en aquellos casos en que no existiera regulación por parte del legislador. El juez actual crea normas para desarrollar principios y reglas constitucionales o, incluso, principios legales, modificando en diferentes formas reglas existentes en el ordenamiento. Lo anterior

en muchos casos se explica por la incapacidad del legislador para responder adecuadamente a las necesidades del mundo contemporáneo.

Si se analiza la situación desde el punto de vista de los principios que tradicionalmente se afirma rigen la democracia, cabe preguntarse cuál es la legitimidad del juez para adoptar una regla de derecho en aquellos casos en que no se limita simplemente a concretar la regla adoptada por el legislador o el constituyente o a llenar el vacío del caso concreto, sino que adopta nuevas reglas que por razón del carácter mismo del precedente se vuelven obligatorias.

En efecto, la actividad judicial supone por definición la función de concretar la regla general al caso concreto y, así mismo, resolver los casos que no están expresamente regulados por el ordenamiento. En donde se plantea la discusión es cuando el juez adopta reglas por otras razones, las que se vuelven obligatorias por el respeto al precedente. Reglas que además pueden modificar disposiciones adoptadas por el legislador, que se supone actúa como representante del pueblo.

En este punto cabe preguntarse si realmente puede afirmarse que las democracias modernas pueden fundarse simplemente en el principio de que las autoridades derivan sus facultades de ser elegidas por el pueblo y, por ello, son representantes de este. En realidad los sistemas democráticos contemporáneos comprenden una serie de instituciones que tienen por propósito asegurar el respeto de los principios que inspiran el sistema que en sí mismo es adoptado por el constituyente. Ahora bien, lo cierto es que son los jueces los que les dan contenido a tales principios, muchas veces en formas que el constituyente no consideró. Desde esta perspectiva, podría plantearse si las democracias contemporáneas en las que se reconocen tales poderes a los jueces realmente son democracias puras o si contienen elementos adicionales a los que en sentido estricto corresponden al concepto de democracia, en cuanto otorgan poder para tomar decisiones fundamentales a quienes no son elegidos democráticamente. Habría allí, según una de las opciones planteadas por Michel Troper, un régimen mixto, porque existe una autoridad democrática y una autoridad aristocrática.

A lo anterior vale la pena agregar que desde otra perspectiva las decisiones de las cortes y jueces sobre el alcance de los principios implican en muchos casos adoptar determinaciones de políticas públicas, sustituyendo a los representantes del pueblo y generando problemas en torno a la eficacia y eficiencia sobre dicho sistema.

En este punto no sobra señalar las observaciones que recientemente ha hecho Francis Fukuyama sobre Estados Unidos. En este sentido, Fukuyama

manifiesta<sup>26</sup> que el deterioro en la calidad del gobierno norteamericano se origina en el hecho de que Estados Unidos ha regresado por ciertos caminos a ser un Estado de “cortes y partes”, las cortes y el legislador han usurpado muchas funciones propias del ejecutivo, haciendo la operación del gobierno incoherente e ineficiente. Las cortes, en lugar de ser límites al gobierno, se han convertido en un instrumento alternativo para la expansión de este. Así mismo, señala Fukuyama que algunos de los más importantes cambios en la política pública norteamericana, como los efectuados en materia de segregación, no proceden del Congreso como representante del pueblo americano, sino de individuos particulares que litigan a través del sistema judicial para cambiar las reglas<sup>27</sup>.

Expresa, entonces,<sup>28</sup> que mientras en otros sistemas los conflictos se resuelven a través de consultas entre las partes mediante la burocracia, en Estados Unidos se combaten a través del litigio en el sistema judicial. Agrega que esto tiene un número de consecuencias desfavorables para la administración, llevando a un proceso caracterizado por incertidumbre, complejidad en el procedimiento, redundancia, falta de finalidad y altos costos de transacción. Además, al mantener el cumplimiento fuera de la administración (burocracia), se hace menos responsable el sistema. Advierte que en un sistema europeo parlamentario una nueva regla promulgada por la administración (burocracia) está sujeta a escrutinio y debate, y puede ser cambiada por la acción política en la siguiente elección, en tanto que en Estados Unidos la política se hace en un proceso especializado y no transparente por los jueces, que a menudo no son electos y sirven en forma vitalicia<sup>29</sup>.

La misma preocupación surge en Colombia: esto es, hasta qué punto la adopción del contenido concreto de las políticas públicas por las cortes y los jueces y no por el Congreso genera grandes problemas en materia de eficiencia y calidad, dado que las cortes y los jueces no están organizados para fijar dichas políticas públicas y ser administradores.

---

<sup>26</sup> Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy. Farrar, Straus and Giroux, 2014. p. 447. (Traducción del autor).

<sup>27</sup> Ibid., p. 449.

<sup>28</sup> Ibid., p. 451.

<sup>29</sup> Ibid., p. 452.

Sin embargo, desde otro punto de vista, no puede negarse que las cortes y los jueces han cumplido un papel fundamental en el desarrollo de diversos principios y valores de la Constitución Política, y que en muchos casos las cortes y los jueces intervienen para llenar el vacío que surge de la falta de acción de la administración y del legislador.

Es necesario, entonces, hacer un debate sobre el papel que deben cumplir las cortes y los jueces en la fijación de políticas públicas y su desarrollo a través de la determinación del contenido de reglas y principios generales.

### Obras citadas

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Providencia del 2 de febrero de 2012.

Radicación: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), sección segunda.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-486 de 1993, T-230 de 1994, T-538 de 1994, C-447 de 1997, T-321 de 1998, SU-157 de 1999, C-674 de 1999, C-1141 de 2000, C-1046 de 2001, T-1165 de 2001, T-1118 de 2002, SU-120 de 2003, T-520 de 2003, C-795 de 2004, T-419 de 2004, T-170 de 2005, T-724 de 2005, T-092 de 2006, T-292 de 2006, T-086 de 2007, T-358 de 2008, T-972 de 2009, T-10 de 2010, T-312 de 2010, T-443 de 2010, T-968 de 2011, T-181 de 2012, T-386 de 2012, C-532 de 2013 y T-662 de 2013.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencias del 14 de marzo de 1938, *Gaceta Judicial* tomo XLVI, 211 ss.; 21 de febrero de 2012 (Sala de Casación Civil, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01); 10 de abril de 2013 (Sala de Casación Penal, radicado 39456); 5 de agosto de 2014 (Sala de Casación Civil, Radicación: 11001-31-10-015-2006-00936-01).

FUKUYAMA, Francis. *Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. Farrar, Straus and Giroux, 2014.

RECAENZ SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

TARUFO, Michelle. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009.



# El rol del juez en el sistema procesal de la democracia republicana

Gabriel Hernández Villarreal\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

## 1. Exordio

Dentro de las múltiples dificultades a las que se enfrenta a diario el derecho, hay dos que resultan de particular relevancia para los efectos a los que se contrae este trabajo, a saber: de un lado, determinar si él es una ciencia y, del otro, tener que lidiar con el hecho de que, en caso de que así sea, el derecho tendría entonces la connotación de ciencia social y, por ende, sus postulados —en especial los referidos a la verdad y la justicia— no adquirirían el carácter de irrefutables o incontestables, sino que habría que situarlos en el terreno de lo meramente opinable.

En lo que concierne al primer aspecto, uno de los juristas que controvierte la cientificidad del derecho es el procurador prusiano Von Kirchmann, quien en una célebre conferencia pronunciada en 1847 niega la posibilidad de atribuirle esa condición epistemológica a este campo del conocimiento, con el argumento de que mientras las ciencias se rigen por unas leyes inmutables, en el derecho las normas positivas no son más que el resultado del puro arbitrio, al punto de que solo bastan “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”<sup>1</sup>.

---

\* Catedrático y director de las especializaciones en Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad del Rosario; árbitro de la Cámara de Comercio.

<sup>1</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. *En*: SAVIGNY, *et al.* La ciencia del derecho. Traducción de Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 268.

En esa misma línea crítica, encontramos al antropólogo Claude Lévi-Strauss, para quien el saber de los juristas no puede pretender adscribirse al de los científicos debido a la artificialidad, el convencionalismo y la frecuente discrecionalidad con que se produce la elaboración normativa; que, contrario a lo que sucede con las ciencias exactas y naturales —en las que el conocimiento sí es siempre explicativo y predictivo—, o no explican nunca (o lo hacen muy rara vez), y cuando intentan prever lo hacen con una seguridad muy limitada<sup>2</sup>.

Por otro lado y, circunscritos a la segunda dificultad antes anunciada, es decir, a la de que aun si se acepta que el derecho sí es una ciencia, al ser esta humana y social sus planteamientos no pueden estar contruidos sobre discursos *apodícticos* o demostrativos en los que, como explicaba Aristóteles en su concepción de la retórica, a partir de proposiciones verdaderas se reflexiona y arriba a la verdad, sino que se hallan cimentados en discursos *dialécticos* o tópicos, los cuales se desarrollan alrededor de proposiciones probadas o verosímiles, que constituyen el espacio de lo *opinable* y en donde el filósofo estagirita ubica al discurso jurídico.

En ese orden, siguiendo a Viehweg (quien a su vez es citado por Álvarez Gardiol), el discurso jurídico emerge como el tema central de la teoría del derecho, por lo que su lenguaje está más relacionado con la pragmática que con la semántica, y la *tópica*, definida por Viehweg como “la técnica de pensamiento problemático”, adquiere su mayor relevancia, pues no se ocupa de discernir el derecho a partir de lo que ya ha sido estatuido por un sistema, sino, precisamente, de abordarlo desde un problema<sup>3</sup>.

Pues bien, y bajo este contexto, aunque el ordenamiento jurídico colombiano ya tomó partido por definir cuál es el rol del juez dentro de un proceso judicial (con lo cual, y a primera vista, podría sostenerse que eso ya no es un problema, sino un asunto solucionado), habida cuenta de que discrepo de esa postura adoptada por nuestro sistema legal —y de los criterios jurisprudenciales y doctrinales que la respaldan—, desde una perspectiva académica y en virtud de la citada *tópica*, lo que me propongo es consignar una visión distinta en torno a este asunto, exponiendo una directriz argumentativa que incite a la reflexión y contribuya al fortalecimiento de una mejor y eficaz administración

---

<sup>2</sup> Citado por ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas. 1ª ed. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2004. p. 146-147.

<sup>3</sup> Cfr. *ibid.*, p. 184-185.

de justicia, ejercida dentro de un sistema procesal que respete la libertad de los contendientes y no menoscabe las garantías relacionadas con la imparcialidad del juzgador y la igualdad de trato jurídico que debe dispensársele a las partes.

Para tratar de arribar a tales cometidos, este escrito se ocupará, en su orden, de los siguientes temas: después de dejar en claro cuál es el marco teórico desde el que se formulan los planteamientos que se someterán a la consideración del lector, se hará una breve digresión respecto de la democracia, la república y el Estado de derecho. Posteriormente, se precisará qué entendemos por proceso, procedimiento y derecho de instar; luego, se escindirán explicativamente los atributos de imparcialidad, imparcialidad e independencia que resultan inherentes a todo decisor judicial, así como el de igualdad de trato jurídico; y, por último, se presentarán unas conclusiones, acompañadas, desde luego, de la bibliografía que se consultó.

## 2. Marco teórico

En aras de la honestidad intelectual que se le exige al académico que, como en este caso, expresa sus convicciones valiéndose de la comunicación escrita, lo primero que hay que dejarle en claro al lector, para eludir de entrada consideraciones emotivas que a veces se camuflan bajo el manto de unos pretendidos conceptos técnicos, es cuál es la trinchera ideológica desde la que el articulista expone sus tesis, pues solo de ese modo aquel podrá contar con los elementos de juicio que le permitirán luego compartir o rebatir los argumentos planteados por este.

Por ese motivo y antes de consignar este aspecto, pertinente resulta recordar que en el campo del derecho procesal hay dos grandes vertientes que están enfrentadas entre sí en lo que a la concepción del proceso —y en particular del proceso civil— se refiere.

Dichas corrientes son, de un lado, la conocida como *activista o publicista*, que se aparta de la visión prohijada por el liberalismo decimonónico, al poner su empeño en que el proceso judicial trascienda el reducido ámbito del conflicto que enfrenta los intereses privados de las partes, y en su lugar pugna por “corregir el excesivo individualismo y la falta de igualdad material entre [quienes] acuden a la justicia estatal a resolver sus conflictos”<sup>4</sup>; porque, en su concepto, pese a que en un escenario judicial se discuten derechos individuales, aun así la sociedad en

---

<sup>4</sup> Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005. p. 27.

su conjunto tiene un interés legítimo en que la decisión que se imparta esté acorde con la realidad, reconozca las naturales asimetrías que existen entre los contendientes y consulte en lo posible la justicia material.

Para quienes comparten esta línea de pensamiento (que fecunda sus principales postulados en un sistema de juzgamiento de corte inquisitivo), si el proceso judicial no es un mero asunto de las partes, sino que en él tiene un especial interés el Estado, entonces es indispensable que al portador de la visión institucional de este, es decir, al juez, se le dote de los más amplios poderes —no solo de ordenación e instrucción formal, sino, sobre todo, de materiales—, que le permitan abandonar la condición de simple espectador y lo lleven a asumir una posición activa, con base en la cual remueva las aludidas desigualdades y logre obtener la verdad real de lo acontecido, pues solo de esa manera la sentencia que así se profiera será justa y, por ende, se arribará al ideal de la paz en justicia social.

Como resultado de ello, el decisor judicial tiene el deber de decretar de oficio las pruebas que estime necesarias para verificar la existencia de los hechos que se discuten, debido a que, según una de las más conspicuas exponentes de la corriente activista:

El juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”<sup>5</sup>, convirtiéndose en el funcionario —sin vendas— que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir responsabilidades con un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales.<sup>6</sup> El juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material<sup>7</sup>.

Por lo contrario y, en oposición a la anterior vertiente, la denominada *garantista procesal* concibe al proceso como un método pacífico de debate

---

<sup>5</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264 de 2009.

<sup>6</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-159 de 2007.

<sup>7</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-768 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio.

dialéctico en el que dos desiguales por naturaleza se enfrentan entre sí ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, que heterocompositivamente les dirimirá el litigio.

De acuerdo con esta escuela, de la cual formo parte y cuyas tesis, obviamente, defiendo; la razón de ser del proceso es la de erradicar la fuerza ilegítima dentro de una sociedad, para mantener así la paz en armonía social. Por consiguiente, su principal finalidad no es la de desplegar una búsqueda frenética alrededor de la verdad real o material (utilizando al proceso como un medio de investigación de esta, como lo pregona la corriente activista), sino, más modestamente, resolver un litigio basado en una verdad forense que es a la que, en últimas, se puede aspirar dentro del estrecho ámbito en que se desenvuelve una controversia judicial.

Por tales motivos, el garantismo procesal, que comparte los principios del sistema de juzgamiento dispositivo o adversarial y que, por ende, se opone a lo inquisitivo o autoritario, defiende un modelo liberal que, bajo el irrestricto respeto de dos de las múltiples garantías constitucionales que en el artículo 29 de nuestra Carta Política integran el concepto de debido proceso, como son las de que nos juzgue un juez absolutamente imparcial que acate, además, la ineludible igualdad de trato jurídico, intenta rescatar el protagonismo del individuo por encima del poder mesiánico y avasallante del Estado.

Naturalmente, para poder dar cuenta razonada de este último aserto —y evitar, así, que quede en una mera proclama—, primero debemos recordar que el rol del juez variará dependiendo del régimen político en el que desenvuelva, y de ahí que en el próximo acápite (y con el fin de superar los problemas que surgen de la multivocidad y equívocidad del lenguaje) hagamos una breve remembranza de los conceptos de democracia, república y Estado de derecho.

### **3. Democracia, república y Estado de derecho**

Aun cuando en materia de definiciones encontramos unas léxicas y otras estipulativas<sup>8</sup>, y esta última (entendida como la nueva que se propone para futura observancia) va cambiando de acuerdo con los tiempos debido a que hay convenciones antiguas y modernas, nunca está de más repasar las nociones básicas relacionadas con los temas de democracia y república, junto con la de

---

<sup>8</sup> Cfr. SARTORI, Giovanni. Teoría de la democracia. Parte 2. Los problemas clásicos. Versión española de Santiago Sánchez González. Buenos Aires: Ed. Rei Argentina, 1990. p. 322-323.

forma de Estado y forma de gobierno, ya que dentro de un sistema jurídico-político como el nuestro la actividad del juez tiene que enmarcarse dentro de estos conceptos, y son ellos los que impactan, al delimitarlo, el ámbito de aplicación del poder que aquel ejerce.

Por tal razón, y en lo que atañe a la democracia, ella es una forma de Estado en la que se respeta la dignidad de la persona humana y de las instituciones, reconociendo sus libertades y derechos<sup>9</sup>. Puede ser abordada desde una faz bidimensional, esto es, como democracia *formal* y como democracia *sustancial*. La primera, llamada también *procesal* o *jurídica*, está constituida por un conjunto de procedimientos de decisión o, lo que es lo mismo, por un simple método de elección de autoridades en el que se privilegia la regla de la mayoría (con lo cual se tiende a la hegemonía y se desechan los acuerdos entre los diversos sectores); mientras que la segunda potencia el respeto por la libertad, el pluralismo y la participación de las minorías, lo que contribuye a priorizar el consenso<sup>10</sup>.

En lo que concierne a la república, ella es una forma de gobierno que pretende contrarrestar la concentración automática del poder; está fundada en el respeto a la ley (germen de lo que sería luego el moderno Estado de derecho), y sus rasgos más destacados son: una clara división de poderes, un adecuado y eficaz intercontrol recíproco entre estos, unos límites precisos y bien definidos al poder de la autoridad, una decidida protección de la dignidad del individuo y la vigencia insoslayable de las garantías constitucionales.

Estas consideraciones, sucintamente expuestas, nos llevan a concluir que hay democracias, como formas de Estado, que no han adoptado la república, como forma de gobierno, y que, por consiguiente, a pesar de que se anuncien como tales, su accionar se identifica con el de los regímenes autocráticos, monárquicos, dictatoriales o totalitarios. En consecuencia y, habida cuenta de que, conforme al artículo 1º de su Constitución, Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república, lo dicho en este apartado adquiere una singular relevancia a la hora de analizar el rol del juez, puesto que los límites al ejercicio de su poder, así como el rescate de la imparcialidad e independencia con que ha de obrar, deben imperar siempre en la tramitación de cualquier proceso sometido a su égida.

---

<sup>9</sup> Cfr. CALVINHO, Gustavo. El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 51.

<sup>10</sup> Ibid., p. 53-57.

Sobre este particular, y de acuerdo con lo que ya he indicado en otros medios, la idea expresada en el párrafo precedente es de capital importancia en la medida en que, como de antaño se ha podido comprobar, todo poder tiene la calidad de propiciar su propio crecimiento ilimitado, por lo que el desafío que supuso la construcción del Estado de derecho fue el de ponerle límites a ese poder para controlar y para autocontrolarse, y de ahí que como demócratas republicanos debemos estar prestos a evitar que haya el más mínimo desbordamiento de esta índole<sup>11</sup>.

#### 4. El proceso, el procedimiento y el derecho de instar

Mientras que, para el activismo, el proceso judicial es un medio de investigación de la verdad real o material, puesto que únicamente en la medida en que esta se descubra es que la sentencia que allí se profiera será justa y solo así se podrá lograr la paz social —lo que justifica que al juez se le invista de multiplicidad de poderes—; para otros, como sucede con las tesis del profesor de la Universidad de Yale Owen Fiss, hay varios modelos de adjudicación, esto es, de procesos, de los cuales destaca dos: por una parte, el de resolución de conflictos; y, por la otra, el que él defiende y concibe como “reforma estructural”, que, además de dar primacía al mandamiento judicial, implica —en sus palabras— un replanteamiento de la estructura de las partes trabadas en un litigio, la cual asume un carácter menos individualista y adopta una visión basada en los grupos sociales<sup>12</sup>.

Para Fiss, el modelo de resolución de conflictos refleja un universo sociológicamente empobrecido, tiene una estructura triangular y un sesgo individualista, lo que lo lleva a apartarse de este tipo de adjudicación comoquiera que, en su concepto, la función de los jueces no consiste en resolver conflictos, sino en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho, ya que “los jueces persiguen la justicia, no la paz”<sup>13</sup>. Por esas razones, desde su perspectiva el modelo más adecuado es el del litigio estructural, que defiende sistemáticamente una concepción del juez como instrumento

---

<sup>11</sup> Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Jurisdicción y competencia. Funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas. En: Código General del Proceso comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 213.

<sup>12</sup> Cfr. FISS, Owen. El derecho como razón pública. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 18.

<sup>13</sup> Ibid.

supremo de la razón pública, y no se centra en incidentes que producen daños, sino en una condición social y en las dinámicas burocráticas que la ocasionan.

En discrepancia con estas visiones, desde la óptica de la vertiente garantista, que adhiere a una concepción única del derecho procesal y, por lo tanto, comparte la teoría unitaria (con lo cual la antigua separación entre proceso civil, penal o de cualquier otra índole queda superada); para dilucidar el rol que cumple el juez dentro de un sistema procesal de la democracia republicana, es menester empezar por una adecuada fijación del concepto de acción procesal.

Con ese propósito, y según lo había manifestado en el *exordio* o introducción de este artículo, en vista de que una de las dificultades que tiene el derecho para ser considerado como ciencia es su incapacidad de manejar un lenguaje *unívoco* (para que no sea *inequívoco*), pues, como sabemos, el vocabulario jurídico es *multívoco* y ello inexorablemente conduce al *equivoco*; lo primero que hay que hacer —luego de esta cacofónica presentación— es recordar —siguiendo a Alvarado Velloso— que siempre que una *norma estática* no se agote por haber sido efectivamente cumplida la prestación (y haya que acudir a reclamar la alternativa de la sanción), tal como sucede en toda interacción vertical que se origina entre gobernante y gobernado, es ínsito a la esencia de la convivencia social que este pueda dirigirse a aquel en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea<sup>14</sup>.

Pues bien, en esa interacción que se da entre el gobernante y el gobernado surgen relaciones que son reguladas legalmente por normas dinámicas; y la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se denomina *instar*, lo que jurídicamente se define como “el derecho que tiene toda persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano”<sup>15</sup>. De ese modo, el objeto de la *instancia* o, lo que es lo mismo, lo que se desea lograr con ella, es siempre un *procedimiento*; y a su vez, el objeto de este último es una resolución de la autoridad.

En esa tesitura, el procesalista mexicano Briseño Sierra considera que existen seis clases de instancias: petición, denuncia, querrela, queja, reaceramiento y acción procesal; al paso que el jurista argentino Alvarado Velloso entiende que son

---

<sup>14</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado por Gustavo Calvino a la legislación procesal de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires. La Ley, 2010. p. 24.

<sup>15</sup> Ibid.

cinco: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal<sup>16</sup>. En lo que sí coinciden uno y otro es en que, de todas las instancias posibles, la acción procesal es la única que enlaza a tres sujetos: actor, demandado y juez. Las restantes solo muestran una relación *bipolar* establecida entre peticionante y autoridad, y, por lo tanto, solo la acción procesal constituye una instancia proyectiva o bilateralizada<sup>17</sup>.

Así las cosas, es el ejercicio de la acción procesal, exteriorizado en la formulación de la demanda, el que muda al *conflicto* —que se suscita en el plazo de lo acaecido en la realidad social— en *litigio* —que es el que nace cuando el conflicto se traslada al plano jurídico—<sup>18</sup>. En consecuencia, si la demanda, que siempre e ineludiblemente debe incluir por lo menos una pretensión procesal, es bilateralizada por la autoridad, no solo provoca el mencionado fenómeno

---

<sup>16</sup> “La *denuncia* es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley (p. ej., una persona se presenta ante la policía para informar acerca de la comisión de un delito).

La *petición* es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida a su decisión (p. ej., la solicitud para poder instalar un puesto de venta en la vía pública).

El *reacertamiento* es la instancia secundaria dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (*acertamiento*) al dictar la resolución respecto de la *pretensión* que le presentara en la petición, para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogéndola. Esta instancia también se conoce como recurso administrativo o recurso jerárquico.

La *queja* es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior. Se parece al reacertamiento en que ambas instancias suponen la existencia de una petición, pero difieren en cuanto la queja parte de la base de una inactividad, mientras que el reacertamiento lo hace desde una actividad que se reputa errónea.

Por último, la *acción procesal* es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad judicial para que resuelva acerca de una pretensión que debe cumplir otra persona, por lo cual dicha autoridad no puede satisfacerla directamente. Recibida la instancia por el juez, como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio, sino de la prestación que cumplirá otra persona, habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre dos personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar —como ocurre con las demás instancias: denuncia, petición, reacertamiento y queja—), sino entre tres, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta. Por ese motivo, la acción es siempre una instancia de carácter bilateral”. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Lecciones de derecho procesal civil, op. cit., p. 24-28.

<sup>17</sup> Cfr. CALVINHO, Gustavo. El sistema procesal de la democracia. Proceso y derechos fundamentales. Lima: Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú-Editorial San Marcos, 2008. p. 96.

<sup>18</sup> Para Alvarado Velloso, hay que tener presente que *conflicto* es la existencia de una pretensión y de una resistencia en el plano de la realidad social, mientras que *litigio* es la simple afirmación, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto. Por eso, puede existir conflicto sin litigio, litigio sin conflicto y litigio con conflicto. Ver ALVARADO VELLOSO, Lecciones de derecho procesal civil, op. cit., p. 10-11.

jurídico de la acción procesal, sino que además da origen al proceso, el cual busca resolver el litigio y promover la paz social<sup>19</sup>.

Adicionalmente, alrededor del tema del proceso también hay que distinguir entre el significado que este tiene y el que se le asigna al simple procedimiento, comoquiera que, mientras aquel es inmaterial, abstracto e impalpable (porque se refiere a un concepto puramente lógico), este es material, corpóreo y susceptible de ser captado por los sentidos, en la medida en que se realiza en un tiempo y espacio determinado y además se expresa a través de las formas. Por lo tanto, si el proceso está en el mundo de los conceptos, es claro que podemos pensarlo pero no aprehenderlo sensitivamente: no lo vemos, tocamos u olfateamos. Es al procedimiento, situado en el mundo de lo material y sujeto a formas técnicas y mecanicistas, al que percibimos valiéndonos de los sentidos, como sucede, por ejemplo, con la interposición de un recurso en forma escrita u oral, o al descorrer traslado de una excepción. En ese contexto, es atinado afirmar entonces que todo proceso contiene siempre un procedimiento, mas no todo procedimiento implica el tener que adelantar un proceso<sup>20</sup>.

A partir de estas precisiones, quienes nos hemos alineado bajo los parámetros de la corriente *garantista* estimamos que el proceso jurisdiccional (para incluir en este vocablo, además del poder judicial, a las autoridades administrativas y a los particulares cuando unas y otros son investidos de jurisdicción) no es una meta, sino un método que le permite a la raza humana mantener la paz social, hacer respetar su libertad y efectivizar sus derechos ante cualquier limitación, conculcación o impedimento que emane de otras personas, cualquiera que sea su naturaleza, incluido, por supuesto, el Estado.

Estos postulados nos permiten sostener, a manera de colofón, que para el *garantismo* el proceso jurisdiccional es un método de debate, pacífico y dialogal, conformado por una serie<sup>21</sup> lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, en el que dos partes antagónicas y desiguales por naturaleza se enfrentan entre sí —en un plano de perfecta

---

<sup>19</sup> Cfr. CALVINHO, El sistema procesal de la democracia, op. cit., p. 96.

<sup>20</sup> Cfr. CALVINHO, El proceso con derechos humanos, op. cit., p. 146-147.

<sup>21</sup> El proceso es una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que comprende estas etapas: afirmación-negación-confirmación-alegación. Cada una de ellas es precedente de la que le sigue; y, a su turno, esta es su necesaria consecuencia.

igualdad jurídica— ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, con el objetivo de resolver heterocompositivamente un litigio.

Luego de haber efectuado estas primeras aproximaciones conceptuales alrededor de los temas de la democracia, la república, el proceso jurisdiccional y el derecho de instar, detengámonos en los próximos acápite a glosar someramente algunos principios procesales y la relación que ellos tienen con los ‘deberes funcionales esenciales’ de los jueces<sup>22</sup>, como son, en concreto, los de imparcialidad, imparcialidad e independencia.

## 5. Imparcialidad

Debido al paralelismo —que no igualdad— existente entre el proceso y el procedimiento, con frecuencia suelen atribuirle a aquel unos principios que en realidad corresponden es a este, lo que ha dado pie a que se distorsione su verdadera naturaleza. Por esa razón, cuando hablemos de principios en el marco del derecho procesal, tenemos que partir de la base de que ellos son “las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema de juzgamiento”<sup>23</sup>.

Los principios del proceso tienen un carácter *unitario* y, una vez que son acogidos como tales dentro de determinado ordenamiento jurídico, no admiten excepciones o contraprincipios. Por su lado, los principios del procedimiento —que también son unas líneas directrices, solo que de menor entidad— están expresados en forma *binaria* o como *pares antinómicos*<sup>24</sup>, y su correcta denominación es la de *reglas técnicas del debate procesal*.

Así, son ejemplos de reglas técnicas del debate procesal la oralidad o la escritura, la mediación o la inmediación, la concentración o la dispersión, etc. (porque, para los efectos del respeto al debido proceso, este se puede tramitar bajo una u otra de cualquiera de esas modalidades); y, en cambio, tienen la connotación de auténticos principios (sin cuya presencia podremos hablar de procedimientos

---

<sup>22</sup> En lo que concierne a los deberes de los jueces, estos son de diversa índole: deberes funcionales esenciales, deberes funcionales legales (prestar juramento, asistir al despacho, etc.), deberes procesales de dirección (presidir las audiencias, actuar junto con su secretario, procurar la mayor celeridad y economía, hacer el control de legalidad del proceso, etc.); deberes judiciales de resolución (tienen que ver con la actividad de sentenciar, no de procesar) y deber de ejecución, esto es, ejecutar lo resuelto.

<sup>23</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Lecciones de derecho procesal civil, op. cit., p. 196.

<sup>24</sup> Ibid., p. 200.

pero nunca de proceso) la imparcialidad del juzgador, que en una acepción amplia comprende a la imparcialidad y la independencia, y la igualdad de las partes.

Limitados a la imparcialidad en sentido restringido, ella significa que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar (lo que incluye al juez, al árbitro, al funcionario administrativo en ejercicio de funciones jurisdiccionales) debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio<sup>25</sup>. No se trata, por consiguiente, de que adopte una actitud de desdén para con la trascendental función de juzgar, sino de que no tenga un interés particular en las resultas del proceso, es decir, que no despliegue un comportamiento encaminado a que salga adelante la tesis del pretendiente o la del resistente, sino la de aquella parte que con sus medios de convicción y —habiéndolo aportado ella, no el juez— las pruebas de rigor haya logrado llevarle certeza para decidir la situación conflictiva.

Así, una autoridad obra con imparcialidad cuando no se involucra en el debate rompiendo el equilibrio, y no intenta sustituir o ayudar a los contendientes desplazándolos de los roles que en su actitud de procesar les corresponden, esto es, pretender el uno, excepcionar el otro, y ofrecer, ambos, prueba y producirla.

A tono con esta orientación, en el ámbito de los pactos internacionales sobre derechos humanos —que forman parte del bloque de constitucionalidad—<sup>26</sup> sin ambages se destaca la garantía de ser juzgados por un tribunal que, además de competente e independiente sea imparcial, y de ese modo lo consignan el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

---

<sup>25</sup> Para evitar equívocos, lo que manifiesto aquí no es que el juez no pueda o deba tener interés en el proceso, ya que obviamente sí lo debe tener, ¡y mucho!, sino que ese interés debe estar dirigido es a obtener el desarrollo eficaz del debate, mas no a que el resultado de este sea en un particular sentido u otro.

<sup>26</sup> El bloque de constitucionalidad es un mecanismo de inserción de los tratados y las normas del derecho internacional en el derecho local. De acuerdo con la explicación que al respecto nos brinda el profesor colombiano Manuel Quinche, nuestra Corte Constitucional aplica “el bloque de constitucionalidad desde su operación, señalando que el control constitucional debe realizarse no solo frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía —bloque de constitucionalidad *stricto sensu*—, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control —bloque de constitucionalidad *latu sensu*— (Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica 3.2, que cita sentencias C-191 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-774 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil). De esta manera, el concepto de Constitución resulta ensanchado, en tanto que los artículos de la Carta se integran con otros referentes normativos en virtud de *remisiones expresas* que hace el propio texto constitucional”. Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. Bogotá: Temis, 2014. p. 125.

de 1948<sup>27</sup>, el artículo 14, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 8º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Sin embargo, la comentada imparcialidad, cuya naturaleza jurídica es multiforme porque además de principio procesal constituye también un deber funcional de los jueces, una garantía de los ciudadanos y un derecho de los justiciables<sup>28</sup>, queda en entredicho cuando, desde el sistema de juzgamiento inquisitivo y bajo una perspectiva publicista del proceso, se aboga por un activo protagonismo del juez en la construcción del caso (lo que supone que sus poderes de ordenación formal son desbordados por los materiales, a pesar de que estos últimos deberían estar reservados solo para la actividad de sentenciar y no la de procesar), bien sea integrando por sí mismo la pretensión, estructurando la excepción (CPC, art. 306 y CGP, art. 282), aportando prueba de su propia iniciativa (CGP, arts. 169 y 170), terminando el proceso a su discreción (CGP, art. 317) y, sobre todo, parcializándose en favor de la verdad, como lo dispone la Corte Constitucional cuando dice:

[...] El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.

[...]

El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de pruebas que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas

---

<sup>27</sup> Artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. No obstante, hay que insistir que, dentro de la concepción unitaria del derecho procesal, esa garantía no se circunscribe al terreno de lo penal, sino que alcanza a toda clase de procesos.

<sup>28</sup> Cfr. MEROI, Andrea. La imparcialidad judicial. Breviarios procesales garantistas. Medellín: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas-Fondo Editorial Remington, 2013. p. 11.

razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material<sup>29</sup>.

Naturalmente, todo esto soportado en un diseño del proceso jurisdiccional que, contrario al que se ve reflejado en el sistema dispositivo (en cuya estructura triangular hallamos tres sujetos: dos que debaten en igualdad de condiciones y un tercero que imparcial resuelve una vez finalizada la discusión), se inspira en una visión inquisitiva o inquisitoria en la que la autoridad, invocando principios como el de la solidaridad y a la búsqueda de propósitos de seguro muy loables, se llena de poderes para acusar, probar y juzgar, lo que genera una estructura *bipolar* que contraviene el concepto de proceso como método, y en su lugar fortalece la noción de procedimiento como meta, lo cual desemboca en la conocida máxima de que el fin (esos pretendidos altruistas fines) justifica los medios, es decir, el desconocimiento de la comentada garantía de la imparcialidad.

Lo de la ‘parcialización en favor de la verdad’, tal como con tanto ahínco lo ha defendido la Corte Constitucional en múltiples fallos —de los cuales, desde luego, discrepo abiertamente— no es más que una licencia retórica con un perverso efecto en la psique del juzgador y en las garantías de quienes como partes o terceros intervienen en un proceso jurisdiccional, puesto que no repara en el hecho de que es ontológicamente imposible que si la autoridad que sentencia es por antonomasia imparcial, pueda ser, a la vez y de manera simultánea, parcial.

Ahora bien, la pregunta que de inmediato surge es: ¿a favor de cuál verdad se va a parcializar el juzgador? ¿De la demandante o de la del demandado? Y, si toma partido por una u otra versión, ¿no implica eso que se despoja de la imparcialidad a que tiene derecho aquel que no resultó favorecido por su escogencia? Por lo demás, si el decisor judicial, cuando aún no ha arribado a la etapa de sentenciar, debido a que todavía se está tramitando la fase de procesar, ya adelantó su preferencia por una de las tesis que están enfrentadas, ¿no tratará, vía decreto oficioso de pruebas, de sacar adelante la postura que él creía correcta y que ahora debe ratificar con base en los medios de convicción obtenidos en ejercicio, ya no de una mera facultad, sino de ese deber del que nos habla el artículo 170 del Código General del Proceso?

---

<sup>29</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada posteriormente en muchos fallos más.

Frente a esta línea jurisprudencial y doctrinal que patrocina el activismo —cargada de tintes emocionales y políticos, pero exótica en el marco de lo que debe ser un proceso judicial aséptico—, debemos inquirirnos si ella satisface los requerimientos de imparcialidad del tribunal en los términos establecidos por los instrumentos internacionales citados, máxime si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha resuelto que las garantías propias del proceso penal son extensibles al resto de los procesos (civiles, laborales, fiscales, etc.), comoquiera que

la jurisprudencia ha atribuido un carácter ‘expansivo’ a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: ‘a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes’. V. Caso Ivcher Bronstein, párrafo 103; caso del Tribunal Constitucional, párrafo 70 y excepciones al agotamiento de los recursos internos, párrafo 28. He aquí un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general<sup>30</sup>.

Igualmente, esa directriz —la de *parcializarse en favor de la verdad*— pasa por alto que no hay un concepto unívoco de verdad<sup>31</sup>; que hay tantas verdades como epistemologías y teorías se apliquen; que el escenario judicial es muy

---

<sup>30</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo II. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006. p. 1132.

<sup>31</sup> Cfr. NEUMANN, Ulfried. La pretensión de verdad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 20-22. Este autor enuncia: “En tanto las pretensiones de verdad sean validadas o en todo caso aceptadas, el campo de aplicación de esta pretensión se encuentra irremediabilmente disputado. Quien aquí desee explorar el terreno por su cuenta, un terreno esencialmente ocupado por la teoría de la correspondencia, la teoría del consenso, la teoría de la coherencia y la teoría de la convergencia, necesita de un espacio muy amplio a su disposición. Es por eso que me limito a realizar algunos puntos determinantes, que también son de utilidad como puntos de orientación para la discusión jurídico-teórica, en ese terreno. Ante todo ha de retenerse que en la confrontación entre las diferentes concepciones de verdad no se trata de la teoría de la verdad ‘verdadera’, sino de la que es más adecuada, pues no hay ninguna verdad detrás de las teorías de la verdad. Las diversas teorías más bien ofrecen diferentes definiciones de ‘verdad’, pero no caminos distintos y de confiabilidad variada hacia una verdad dada de antemano para ellos [...]”.

poco propicio para arribar a la verdad histórica de los hechos, porque, en rigor, lo que se intenta probar no es la situación fáctica tal como acaeció en el plano de la realidad social, sino los juicios o enunciados que hacen los contendientes judiciales acerca de la manera como dicen ellos que ocurrieron esos hechos; y que lo sensato —más modesto, pero sensato— es conformarse con una ‘verdad forense’ que surge del proceso, que no siempre coincide con la ‘verdad real’, y que es suficiente para darles certeza a las situaciones conflictivas.

Por lo demás y, haciendo abstracción del discurso teórico que alrededor de este tópico maneja el activismo (seductor y cautivante a primera vista, pero, luego de haberlo repensado, incoherente y asistemático, por contrafáctico), en realidad no existe ningún proceso que tenga como objetivo la búsqueda de la verdad real o material, debido a que, si así fuera, esa misma corriente publicista que pregona con vehemencia la justicia material (previo arribo a la verdad real) no incluiría dentro de sus estatutos procesales —cargados de inquisitivismos— institutos tales como las prescripciones, los desistimientos (tácitos<sup>32</sup> o expresos), los allanamientos, las perenciones, las caducidades, las terminaciones del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia inicial a la que se refiere el artículo 372 del Código General del Proceso, etc., pues, si un proceso solo es justo en la medida en que la decisión que allí se adopte sea producto de la obtención de la verdad real o material, entonces en aquellos casos que por vía de ilustración acabo de citar el juez tendría que rehusarse a aplicar dichas figuras y en su lugar —para ser coherente con los mandatos del activismo— continuar tramitando el asunto hasta obtener una sentencia basada en la referida verdad.

Así mismo, cuando nuestra Corte Constitucional afirma que en relación con las pruebas de oficio la jurisdicción “ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención

---

<sup>32</sup> La figura del desistimiento tácito no es solo antipática, sino transgresora de derechos como el de la cosa juzgada, tal como lo prevé el numeral 2 del artículo 317 del CGP, que permite su aplicación incluso a pesar de estar en presencia de un asunto en el que ya se dictó sentencia en firme o providencia que ordena seguir adelante la ejecución. Ella es resultado de una política institucional que tiene como propósito rebajar inventarios a como dé lugar, y para lograrlo, incluido en el concepto de ‘políticas en materia de descongestión’, mediante Acuerdo PSAA15-10288 del 29 de enero de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura les fijó a los jueces civiles municipales y de circuito, ambos de descongestión, una cuota de mil procesos mensuales que deben concluir por ese medio.

de decisiones justas”<sup>33</sup>, por lo que tal potestad “no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para alguna de las partes, sino como un compromiso con la verdad, ergo con el derecho sustancial”<sup>34</sup>, incurre en las siguientes impropiedades:

- a) Echa mano de la falencia argumentativa conocida como *petición de principio*, según la cual da por supuesto o verdadero, en una de sus premisas, precisamente aquello que se quiere demostrar en la conclusión<sup>35</sup>.
- b) Obvia el hecho de que en los asuntos penales, en donde los bienes jurídicamente tutelables tienen más impacto que en los demás (la protección de la vida, la libertad, el pudor sexual, etc.), el juez no puede decretar pruebas de oficio porque —como lo dijo esa misma corporación en la Sentencia C-396 de 2007— “desde la perspectiva constitucional el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad [...] y por consiguiente la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del proceso penal adoptado en nuestra Constitución [...]”<sup>36</sup>.
- c) Torna incoherente la administración de justicia y, por lo tanto, la a-sistematiza (aunque, justo es reconocerlo, lo hace a partir de la existencia de normas como las del Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso que consagran las pruebas de oficio), en la medida en que, por un lado, sostiene que estas facultades “no deben entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para alguna de las partes”<sup>37</sup>; y, por el otro, y simultáneamente,

---

<sup>33</sup> Cfr. sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012.

<sup>34</sup> Cfr. sentencias C-159 de 2007 y T-264 de 2009, citadas a su vez en la sentencia SU-768 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio.

<sup>35</sup> La premisa es que el decreto oficioso de pruebas “no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para alguna de las partes”, y la conclusión a la que arriba (sin estar demostrada) es que esa facultad tiene que entenderse es como “un compromiso con la verdad, ergo con el derecho sustancial”.

<sup>36</sup> El artículo 361 de la Ley 906 de 2004 establece que “en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

<sup>37</sup> Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-768 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio.

afirma que en lo penal ellas no son de recibo porque se busca “evitar que el juez predisponga el rumbo del proceso y por ende anticipe su convicción o pierda su ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio”<sup>38</sup>.

Frente a semejante incoherencia se nos dirá, por parte de los defensores del activismo y siguiendo el consejo de santo Tomás expresado en el sentido de que, “si encuentras una contradicción, debes hacer una diferenciación”, que la solución consiste entonces —como lo evidencia Palavecino Cáceres— en establecer tantas diferencias como hicieren falta para salir del apuro o, de otro modo, para sortear la contradicción habrá que describir el terreno intelectual circundante de una forma nueva y de tal modo que los conceptos empleados por los contrincantes (que en este caso somos quienes nos identificamos como garantistas) parecieren irrelevantes, erróneos o sin interés<sup>39</sup>.

Sin embargo, una vez evidenciada la contradicción en este campo (que es la de que si un juez subroga la actividad probatoria de una de las partes, ello daría pábulo para que por esa vía pudiera dirigir o reorientar el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio), al rompe queda al descubierto que las apreciaciones del activismo no son más que, cuando menos en lo que atañe a este tema y en los términos de Palavecino, “autoengañosa sofistería”<sup>40</sup>.

### 5.1. Imparcialidad

Aunque en sentido amplio la imparcialidad de la autoridad también incluye su imparcialidad e independencia, para efectos de lograr una mayor claridad expositiva he preferido escindir cada uno de estos atributos y darles un tratamiento de manera autónoma.

---

<sup>38</sup> Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cebra.

<sup>39</sup> Cfr. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. El retorno del inquisidor: crítica a la iniciativa probatoria. Breviarios procesales garantistas. Medellín: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas-Fondo Editorial Remington, 2013. p. 13-14. El profesor chileno Palavecino Cáceres es un reconocido integrante de la escuela garantista del derecho procesal, y en el aparte que dio origen a este pie de página él a su vez estaba citando a RORTY, Richard. Orquídeas silvestres y Troski. *En*: Filosofía y futuro. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 144.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, p. 18.

En consecuencia, entendemos por *imparcialidad*, neologismo acuñado primero por Goldschmidt<sup>41</sup> y desarrollado después por Alvarado Velloso, el que un juez ‘no sea parte’, esto es, no actúe ni como pretendiente ni como resistente y, por lo tanto, no desplace a alguno de esos sujetos procesales de la labor que les corresponde realizar.

Por ende y, si bien se mira, la cualidad de *imparcial* es la que define la actuación que le cabe al juez dentro de un proceso respetuoso de las normas constitucionales, en el que se asegure la “inviolabilidad de la defensa en juicio”<sup>42</sup>. Con base en ella, y al distinguir los roles de juzgador y partes, Aragonese Alonso resalta el carácter de tercero que tiene la autoridad como “órgano decisor en los repartos colectivos, [por lo que] el repartidor no debe ser parte en sentido material ni formal”<sup>43</sup>.

Siendo así, como tercero que es y puesto en una situación de ajenidad o neutralidad respecto de las partes procesales, resulta claro que el juez no puede hacer lo que es el núcleo esencial de los contendientes: afirmar pretensiones, descubrir excepciones no planteadas por el demandado, introducir hechos, probar por sí mismo los hechos que han afirmado otros, etc. En suma, un juez no debería poder subrogar la inactividad de las partes y ocupar indebidamente su lugar, aportando al proceso la prueba que una de ellas no solicitó o sumergiéndose en la búsqueda de hechos constitutivos de excepción de mérito que el demandado no alegó, porque en el momento en que actúa así deja de comportarse como juez y pasa a hacerlo como parte, lo que desnaturaliza su obrar y deslegitima su función<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso (‘parcialidad’ y ‘parcialidad’). Discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. En: Conducta y norma. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1955. p. 133 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ZORZOLI, Óscar A. dirs. Confirmación procesal. Derecho procesal contemporáneo. Buenos Aires: Ediar, 2007. p.16.

<sup>43</sup> Cfr. ARAGONESES ALONSO, Pedro, citado por MEROI, La imparcialidad judicial, op. cit., p. 34.

<sup>44</sup> De acuerdo con el razonamiento de Canteros, “si el juez es también parte procesal entonces no es *imparcial*; si no es imparcial no es juez; si no hay juez que juzgue neutralmente un litigio entonces no hay proceso; si no hay proceso no puede haber sentencia y sin ésta no puede haber ni condena ni cosa juzgada”. Cfr. CANTEROS, Fermín. Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal. Rosario: Juris, 2012. p. 21.

Por lo contrario, quienes desde la orilla activista critican esta bandera del garantismo y defienden el decreto oficioso de pruebas aducen que en muchas ocasiones y sin el resultado de ellas sería imposible que el juez se formara la necesaria convicción para fallar en un sentido u otro. Empero, al razonar de ese modo soslayan las reglas de la mencionada garantía de la inviolabilidad de la defensa, y eluden la aplicación del respectivo estándar de prueba, que variará dependiendo de si se trata de un asunto penal o civil.

En efecto, y conforme al aludido estándar, si en el campo penal un juez carece de convicción y, por lo tanto, tiene dudas para proferir una sentencia en justicia, con fundamento en el principio de inocencia que rige como mandato constitucional, lo que debe hacer, simple y llanamente, es absolver.

Situados en el terreno de los asuntos civiles —y siempre y cuando se discutan derechos susceptibles de libre disposición, como suelen ser los de contenido económico, con lo cual se deja a salvo lo atinente a los derechos de los menores, que son indisponibles—, la solución pasa por un razonamiento similar: si la parte a la que le correspondía demostrar la veracidad de sus asertos no logró llevarle certeza al juzgador debido a una absoluta falta probatoria o a una insuficiencia de ella, aquel, en cumplimiento del estándar de prueba que gobierna esta materia, debe aplicar las reglas de la *carga de la prueba* y en consecuencia negar la pretensión del actor o declarar no probada la excepción del opositor, según fuere el caso.

Infortunadamente, ello ocurre cada vez menos y todos los días nos encontramos con procesos jurisdiccionales en los que la autoridad encargada de resolverlos subroga el quehacer de las partes, decretando, de oficio, unas pruebas cuya práctica resultará ventajosa para un contendiente y desventajosa para el otro; lo que, además de desarmar cualquier estrategia de defensa y volver absolutamente impredecible el resultado del juicio, atenta contra la imparcialidad de quien ha de fallar. Desde luego, en esos casos y como reacción a esta crítica, quienes disienten de ella la refutan con el argumento de que no se viola la imparcialidad, porque cuando el juez hace uso de estos poderes-deberes no conoce de antemano cuál va a ser el resultado de la prueba; no obstante, para controvertir ese planteamiento solo basta precisar que pueda que él no sepa en qué sentido va a salir la prueba, pero lo que sí sabe desde el momento mismo en que la decreta es a qué parte quiere favorecer con ella (ya que, de no ser así, aplicaría el estándar de *carga de la prueba*), con lo cual adquiere un interés particular o subjetivo en la causa y por esa vía se despoja de la imparcialidad que es inherente a su función de juzgar.

Esta clase de comportamientos, a la que hay que agregarle la que surge de la noción de cargas probatorias dinámicas, es propia de un mundo sin reglas en el que se concibe al decisor como una especie de mesías judicial sin cuya activa intervención jamás podrán las partes lograr por sí mismas la justicia de su caso; y ha dado lugar a la construcción y defensa de una ‘jurisprudencia de necesidades’ (en contra de la ‘jurisprudencia de conceptos’ que nos reprochan a los positivistas)<sup>45</sup>, y a un exacerbado decisionismo, que en la definición de Laporta es

[a]quella concepción que ve todo el derecho como fruto de decisiones individuales *ad hoc*, súbitas e imprevisibles, no gobernadas por pauta previa alguna y emitidas por quien tiene el poder, que es así el artífice único e ilimitado del derecho. Ese poder puede ser el de un líder, un legislador o un juez, pero en todos los casos crea un contexto parecido, un contexto social asaltado por decisiones impredecibles que cancela las posibilidades del individuo de hacer planes de vida personales<sup>46</sup>.

En fin, y para terminar estos comentarios alrededor de la imparcialidad y la imparcialidad, hago mío el postulado expresado por Meroi, en el sentido de que, aunque la hipótesis de un juzgamiento imparcial no puede ser descartada de antemano, aun así tenemos que preguntarnos si es razonable construir todo un sistema procesal basado en la indudable probidad de quie-

---

<sup>45</sup> “Se ha dicho al respecto que el activismo cree fervientemente en una *jurisprudencia de necesidades* en tanto que el garantismo cree en una *jurisprudencia de conceptos*. En este orden de ideas, se define a la jurisprudencia de necesidades como aquella que se preocupa más por satisfacer las necesidades del justiciable aunque la solución escogida no se adapte perfectamente a los parámetros del sistema procesal dentro del cual nace. El activismo —han señalado renombrados procesalistas activistas— no tiene miedo de cometer *herejías sistemáticas* en tanto y en cuanto se trate de servir al justiciable. Sobre esta base han nacido últimamente ciertas *instituciones y principios procesales* que riñen con el sistema procesal y constitucional imperante. Esta *a-sistematicidad* o no *sistematicidad* de las ideas activistas es normalmente justificada por sus representantes con palabras, supuestamente, de Couture: ‘No hagamos del pensamiento sistemático un capítulo de la intransigencia’. No resulta extraño que el garantismo procesal se levante enérgicamente contra esto. La *herejía sistemática* del activismo destruye impiamente todo el sistema normativo vigente, arroja por el suelo los principios constitucionales y crea la más odiosa inseguridad jurídica para los justiciables, que no saben, en definitiva, si el juez se adaptará o no a los preceptos establecidos en la ley, lo cual de por sí es auténticamente perverso. El activismo parece sacar de la galera principios e instituciones *innovadoras* que aplican —sin importar su congruencia con el ordenamiento—, a los casos justiciables y no tan justiciables”. Cfr. CANTEROS, *ibid.*, p. 25-26.

<sup>46</sup> Cfr. LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007. p. 107-108.

nes serán llamados a ser jueces. Formulado de otro modo y como lo inquiere la citada procesalista argentina: ¿es razonable diseñar un proceso en el que, como norma, se adscriban al juzgador las tareas de las partes?<sup>47</sup>.

## 5.2. Independencia

Mientras que a través de la imparcialidad se busca, de acuerdo con Aguiló Regla, controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso<sup>48</sup>, y la imparcialidad, según Goldschmidt, es el atributo que debe tener el decisor en el sentido de “no ser parte”<sup>49</sup>, la independencia implica que la autoridad no se encuentra en situación de obediencia o subordinación jerárquica respecto de alguna de las partes en conflicto<sup>50</sup>.

Esta comentada cualidad de la no dependencia supone que el obrar del juez está impermeabilizado en lo que tiene que ver con factores de poder, tanto internos como externos, y con base en ella lo que se pretende es que no sucumba a juegos de intereses ni a presiones políticas, económicas, sociales, mediáticas ni de cualquier otra índole<sup>51</sup>.

En este punto, las visiones del garantismo y del activismo parecen ser, en principio, coincidentes, y así lo ha resaltado la Corte Constitucional en fallos en los que, como ocurrió con el expedido al declarar la inexecutable de las funciones jurisdiccionales que el artículo 24, numeral 4, del Código General del Proceso le confería al Ministerio de Justicia y del Derecho, y al precisar los requisitos que conforme al artículo 116 de la Carta Política se deben cumplir para su procedencia, afirmó:

1. En primer término, debe respetar un principio de excepcionalidad: esto implica (i) la reserva de ley en la definición de funciones (incli-

---

<sup>47</sup> Cfr. MEROI, La imparcialidad judicial, op. cit., p. 36-37.

<sup>48</sup> Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *En*: Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 1997. no. 6, p. 71 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 133 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1989. p. 261.

<sup>51</sup> Sin embargo, frente a la ‘jurisdicción’ que se ejerce desde los medios de comunicación masiva (radio, prensa, televisión), es común que ellos se arroguen la vocería del colectivo social y, sin fórmula de juicio, ‘juzguen’ a cualquier persona o situación, lo que atenta contra el quehacer de los jueces en la medida en que no siempre les resulta fácil abstraerse de este tipo de presiones.

dos los decretos con fuerza de ley), (ii) la precisión en la regulación o definición de tales competencias; y (iii) el principio de interpretación restringida o restrictiva de esas excepciones.

2. En segundo lugar, la regulación debe ser armónica con los principios de la administración de justicia, entre los que se destacan (iv) la autonomía e independencia judicial; (v) la imparcialidad del juzgador; y (vi) un sistema de acceso a los cargos que prevea un nivel determinado de estabilidad para los funcionarios judiciales.

3. Debe ajustarse al principio de asignación eficiente de las competencias, el cual se concreta en un respeto mínimo por la especialidad o la existencia de un nivel mínimo de conexión entre las materias jurisdiccionales y las materias administrativas en las que potencialmente interviene el órgano. Esa conexión debe ser de tal naturaleza, que asegure el derecho a acceder a un juez competente, y que, a la vez, brinde garantías suficientes de independencia de ese juzgador<sup>52</sup>.

No obstante, y a pesar de que no hay duda alguna de que las mencionadas funciones jurisdiccionales se encuentran en el artículo 116 de la Constitución colombiana, aun así, y por considerar que afecta la independencia del juzgador y, por ende, las garantías del justiciable, no comparto que en un Estado social de derecho la ley —cualquiera que esta sea— sustituya o traslade —incluso bajo el concepto de competencia a prevención— las funciones esenciales de una rama del poder público a otra, y en concreto la de administrar justicia, porque, a mi juicio, ello invade esferas que en línea de principio no le corresponden, amén de que fomenta la excesiva concentración de funciones y poderes en la rama ejecutiva, lo que va en detrimento de las demás ramas y, sobre todo, del equilibrio que debe existir en una democracia sustancial que ha adoptado a la república como forma de Estado<sup>53</sup>.

Sobre este particular, la concepción que tengo, dada la estructura jerárquica y subordinada que las rige, es que las entidades administrativas llevan a cabo procesos y procedimientos, pero por su naturaleza y origen están más imbuidas de las reglas de estos que de los principios que gobiernan a aquellos. Por ese motivo, sus atribuciones punitivas se realizan bajo un esquema

---

<sup>52</sup> Cf. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2013.

<sup>53</sup> Cf. HERNÁNDEZ VILLARREAL, *Jurisdicción y competencia*, op. cit., p. 217.

inquisitivo, en el que ellas concentran las funciones de acusar, investigar y juzgar, a diferencia de lo que ocurre con el sistema adversarial —propio de los procesos— en los que quien acusa no es el mismo que falla. Bajo ese horizonte y desde el punto de vista pragmático, es difícil que una entidad pueda, por un lado, condenar a alguien como resultado de una investigación que se tramitó mediante un procedimiento, como cuando una superintendencia actúa en ejercicio de sus poderes de ente regulador; y a su vez juzgarlo con imparcialidad e independencia (así sea valiéndose de funcionarios de distintas secciones) cuando tiene que resolver el asunto en virtud de un proceso. La coherencia nos enseña que en esos supuestos la entidad no entraría en contradicción consigo misma<sup>54</sup>.

## 6. Igualdad

La diferenciación que en este escrito se ha hecho entre lo que es un proceso y un simple procedimiento no es baladí, ni responde a una minucia técnica elaborada desde el derecho procesal, sino que su impacto se refleja, entre muchos otros aspectos, en el principio de la igualdad de las partes litigantes, puesto que una cosa es la participación de quien —estando en situación de desigualdad— interviene en el trámite de un asunto que se evacua mediante un procedimiento; y otra muy distinta es el tratamiento que a los desiguales por naturaleza se les debe dar cuando ventilan su causa por la vía de un auténtico proceso.

Ciertamente, y para desarrollar este aserto con mediana claridad, debemos partir de un ‘conflicto intersubjetivo de intereses’, el cual surge de la coexistencia de una pretensión que, en el plano de la realidad social y acerca de un mismo bien de vida, formula un sujeto y se resiste a acatarla o cumplirla el otro. (Frente al reclamo del primero expresado en el sentido de “dame”, el segundo se opone respondiendo “no te doy”).

Ese conflicto es consustancial a la convivencia humana, y en los primeros tiempos se resolvía por una dinámica en la que el más fuerte le imponía su voluntad al más débil e indefenso. No obstante, en algún momento de la historia de la humanidad eso cambió, y sin que se sepa cómo, el débil logró convencer al fuerte para que se hiciera el tránsito de la *razón de la fuerza* al de la *fuerza de la razón*, “reemplazando el brazo armado por la palabra, que

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 222-223.

ostenta —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes”<sup>55</sup>.

Las posibles soluciones a ese conflicto intersubjetivo de intereses pueden ser el resultado de una de estas dos vías: a) o se *disuelve* por los propios interesados, bien sea directa o indirectamente; o b) se *resuelve* por acto de autoridad legal o convencional.

Un conflicto se disuelve en forma directa en virtud de la autodefensa (legítima defensa en lo penal, huelga en lo laboral o derecho de retención en lo civil)<sup>56</sup>, o en forma indirecta. A su vez, esta última puede operar sin la ayuda de nadie (como en los casos de desistimiento, transacción o allanamiento), o con la intervención de otra persona (según sucede con la amigable composición, la mediación o la conciliación).

Por último, el conflicto se puede resolver heterocompositivamente por acto de autoridad legal (juez) o convencional (árbitro), en cuyo evento será necesario sustanciar un proceso. Pues bien, es este medio de solución del conflicto el que me interesa poner en contexto en relación con el principio de la igualdad, ya que si la razón de ser de un proceso no es (al menos para nosotros los *garantistas*, la búsqueda de la verdad material) sino “erradicar toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad para mantener un estado perpetuo de paz”<sup>57</sup>, entonces lo que legitima el obrar de ese juzgador legal o convencional es que él resuelva la causa sometida a su consideración, otorgándoles a las partes una perfecta igualdad de trato jurídico, pues, si en aras de propiciar la igualdad real decide tomar partido por alguno de los contendientes, su decisión no habrá respetado las mencionadas garantías constitucionales de imparcialidad e igualdad, y, de ese modo, habrá transgredido el derecho al debido proceso que nos asiste a todos los asociados.

---

<sup>55</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Lecciones de derecho procesal civil, op. cit., p. 4 y ss.

<sup>56</sup> También son ejemplos de legítima defensa, en lo civil, la excepción de inejecución que consagra el artículo 1609 del Código Civil y la resolución extrajudicial prevista en el artículo 1608 del Código de Comercio, que permite la terminación automática del contrato de seguro ante el no pago de la prima, junto con la de los artículos 49, 64 y 71 de la Convención de Viena, que establecen la resolución unilateral del acreedor ante el incumplimiento del vendedor y sin necesidad de demanda judicial, y la resolución por anticipación si antes de la fecha del cumplimiento resulta clara que una parte incurrirá en *incumplimiento esencial*. Cfr. MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, Francisco. La resolución. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabrício y TERNERA BARRIOS, F. eds. acads. Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario-Legis, 2007. p. 262 y ss.

<sup>57</sup> ALVARADO VELLOSO, Lecciones de derecho procesal civil, op. cit., p. 8.

En otras palabras, si el conflicto intersubjetivo de intereses no lo han de juzgar con base en los medios de prueba que frente a los hechos debatidos le alleguen las partes al juez, sino que ello será producto de la posición que dentro de la lotería de la vida ocupe uno de los intervinientes, el pacto social en el que tanto pretendiente como resistente renunciaron a hacer justicia por su propia mano —y como consecuencia de ese acuerdo el monopolio de la fuerza quedó radicado en el Estado— se irá resquebrajando, y por esa vía llegará un punto en el que nadie querrá acudir a los estrados jurisdiccionales si de antemano la resolución estará condicionada a la ayuda que la autoridad le brinda a quien percibe como el más débil.

De ese modo, la justicia quedará reservada —en forma residual— para una especie de ‘clase media judicial’ de la que tendremos que valernos quienes no estemos en los dos extremos económicos, esto es, o los más pudientes (que cada vez menos aceptan someter la resolución de sus conflictos a los jueces ordinarios y en su lugar acuden, más que al arbitraje, a la amigable composición), o las capas más bajas de la sociedad (que tampoco suelen recurrir al aparato institucional en procura de dirimir sus controversias, puesto que muchas veces el conflicto permanece sin resolverse, o lo *disuelven* directamente a través de cualquiera de las formas que pueda adoptar la legítima defensa).

Infelizmente, y para insistir en lo que ya he dicho en otros escritos de mi autoría relacionados con estos temas<sup>58</sup>, no veo que en Colombia se hayan adoptado correctivos para impedir desbordamientos en la labor de juzgar, y, por el contrario, el artículo 4º del Código General del Proceso ya no se limita a establecer como uno de los deberes del juez el de lograr la igualdad *jurídica* de las partes, sino que ahora ese estatuto consagró en las disposiciones generales del título preliminar que “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”.

¿Qué significa el ejercicio del poder judicial para conseguir esa igualdad real y hasta dónde llegan las dificultades y límites para arribar a ese cometido? En mi concepto, significa que estamos sometidos a una *publicización* que invade todas las esferas sociopolíticas y jurídicas, incluida, por supuesto, la del proceso judicial, no obstante que desde la teoría constitucional se nos dice que Colombia es un Estado

---

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Mitos y realidades alrededor del proceso civil. En: HERNÁNDEZ VILLARREAL, G. ed. acad. Derecho procesal moderno. Distintas visiones alrededor de esta disciplina. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013. p. 97-102.

social de derecho organizado en forma de república unitaria y democrática, y bajo ese sistema no se concibe —a menos que se subvierta el orden democrático y legítimamente constituido— que una rama del poder público, en este caso la judicial, se arrogue las funciones que les corresponden a las otras, y por esa vía asuma políticas de vanguardia reservadas a los órganos ejecutivo y legislativo.

Ciertamente, procurar la igualdad real de los habitantes de un país es una labor reservada a quienes —habiendo sido elegidos con tal fin— tienen a su cargo la implementación de objetivos sociales y políticas macroeconómicas encaminadas a lograr ese propósito; en cambio, a los jueces, que no son elegidos mediante el voto popular, lo que les concierne es el conocimiento del ordenamiento jurídico y la aplicación de la ley a los precisos e individuales casos sometidos a su consideración. Por ende, trasladarles tareas que no son de su resorte constitucional es hacer gala de un fetichismo normativo en virtud del cual erróneamente se cree que la norma todo lo puede (incluido el hecho de cambiar la realidad), lo que evidencia una demagogia legislativa que le atribuye al poder judicial una responsabilidad de la que no solo carece, sino que además lo deslegitima.

¿Y por qué lo deslegitima? Porque los asociados pierden confianza en un sistema judicial que no les va juzgar su causa por lo que ella es en sí misma considerada —y de acuerdo con lo alegado y probado dentro de un proceso—, sino que lo hará dependiendo de cuál sea la posición que ocupen las partes en el plano de la realidad social. Así entonces, un proceso de restitución de inmueble arrendado no girará alrededor de si el inquilino incumplió o no el contrato de arrendamiento, sino que, con independencia de ello y al estar conminado a velar por la igualdad real de las partes, el juez tendrá que considerar elementos extraprocesales frente a los que uno de los contendientes no podrá jamás defenderse, tales como si el demandado tenía medios económicos para haber pagado la renta o no; si es madre cabeza de familia o persona de la tercera edad; si el arrendador es una gran agencia inmobiliaria o cuenta con muchos otros bienes más que le permiten vivir sin necesidad de ese ingreso; si es una multinacional o una entidad financiera, etc.

Estos aspectos, que como humanos nos duelen y en el terreno socioeconómico son irrefutables, pues a todos se nos marchita el corazón al ver, día a día, la falta de empleo, la carencia de servicios de salud, la inadecuada redistribución de la riqueza, el cierre de las puertas para acceder a una educación de calidad y en general las brechas económicas, en el reducido marco de un proceso judicial

no deberían ser objeto de pronunciamiento por parte del juez<sup>59</sup>, debido a que, como ya se indicó, y por tratarse de problemas estructurales, que no coyunturales, en primer lugar, su solución le corresponde asumirla a otras ramas del poder público y, en segundo término, al obrar de ese modo se conculca la igualdad jurídica de las partes y se afecta la imparcialidad del juzgador.

Además, la historia nos recuerda con creces que el poder corrompe, y que una de sus reglas es la de convertir a los oprimidos en opresores; por lo tanto, ¿concurriremos a un proceso para que uno de los agentes del poder constituido se torne (de seguro con la mejor buena fe y henchido de solidarismo judicial) en opresor de una de las partes y reivindicador de la otra, imponiendo, bajo consideraciones socioeconómicas y políticas —que no jurídicas— lo que él considera es la justicia y la forma como debería lograrse la igualdad real?

Naturalmente que no desconozco que la Constitución Política de 1991 consagra como principios a la solidaridad y el orden justo; con todo, una y otro tienen sus límites, pues mientras este no puede ser el resultado de socavar la justicia o bondad de la causa que defiende la parte denominada ‘fuerte’, en virtud de aquella no podemos pretender que la ‘débil’ se sustraiga de honrar sus obligaciones, o que por su mala fortuna en el escenario de la vida no esté sujeta a las disposiciones legales que gobiernan la conducta de todos los asociados.

Lamentablemente, este nuevo mandato del Código General del Proceso que comento implica que, junto con el elemento aleatorio ínsito a todo proceso judicial, ahora se incorpore un factor adicional de inseguridad, como es el de no saber hasta dónde ejercerá la autoridad su poder para lograr que se materialice —desde su perspectiva y de acuerdo con sus preferencias políticas y sociales— la igualdad de los intervinientes.

Con estribo en esa ética de la solidaridad, que olvida que el proceso es lucha, debate y no una simple discusión<sup>60</sup> entre amigos, se genera lo que acer-

---

<sup>59</sup> Para Ferrajoli, el mantenimiento de la imparcialidad del decisor judicial es una garantía permanente, razón por la cual él reclama la indiferencia o desinterés personal del juez respecto del conflicto, lo que lo lleva a sostener que “el juez [...] no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1998. p. 581-582.

<sup>60</sup> “Se ha enfatizado que el debate no es una discusión. En los debates procesales cada una de las partes adopta una posición y no pretende convencer al adversario o la contraparte; toda su argumentación está dirigida a destruir los argumentos del contrario, apuntando a convencer a un tercero que es el juez”. Cfr. CALVINHO, *El proceso con derechos humanos*, op. cit., p. 137, nota 256, quien a su vez está citando

tadamente Alvarado Velloso expone acerca de que ese proceder: “[...] ha traído enorme desconcierto entre los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador —no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno— hace literalmente lo que quiere [...]”<sup>61</sup>.

Adicionalmente, hay una suerte de perversión dialéctica que envuelve a esta peligrosa y quimérica consecución de la igualdad real, ya que, como lo recordaba Sergio Ramírez, exvicepresidente de Nicaragua, junto con el hecho probado de que las ‘revoluciones’ terminan en fracasos éticos, y devoran, como Saturno, a sus propios hijos (porque el ideal finaliza en desilusión y los seres humanos estamos llenos de imperfecciones, arrogancias, soberbias, prejuicios, sectarismos ideológicos), a la postre una medida como la comentada también atenta, paradójicamente, contra aquellos a quienes se intentaba proteger, toda vez que, en previsión a lo que le espera dentro de un eventual proceso, la parte ‘fuerte’ no celebrará ningún acto o negocio jurídico con quien identifique como ‘débil’, o si lo hace tratará de blindarse exigiendo, tal cual sucede en el ejemplo de la restitución de inmueble arrendado, que figure como arrendatario alguien más solvente, o de menor edad, o que no sea madre cabeza de familia o que consiga otro tipo de codeudores, etc.

Si estas críticas las adicionamos con los postulados del *neconstitucionalismo* que se ha apoderado del derecho colombiano, el panorama será mucho más desalentador para quienes defendemos la garantía constitucional de ser tratados en un plano de perfecta igualdad jurídica, puesto que, en palabras del profesor Fabricio Mantilla, inteligente opositor del tan extendido *solidarismo judicial*: “En una sociedad como la colombiana, con grandes inequidades en la distribución de la riqueza y un aparato judicial sumergido por el peso de los miles y miles de expedientes que reposan en sus despachos, un discurso que aluda a la justicia, la verdad y la solidaridad resulta siempre seductor, incluso si esto implica la concentración de un poder absoluto en un puñado de jueces elegidos por el Senado de la República”<sup>62</sup>.

---

a ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. Epistemología jurídica. Rosario: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010. p. 511.

<sup>61</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 20.

<sup>62</sup> Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *En*: Revista Chilena de Derecho Privado. Julio, 2011. no. 16, p. 187-241. En este sesudo artículo, cuya lectura recomiendo para quienes deseen profundizar en el

Quienes defienden la concepción de la cual discrepo también suelen apoyar la necesidad de conferirle mayores poderes oficiosos al juez, basados en el hecho de que como ‘las partes no son iguales’ hay unas que, al contar con mayores recursos económicos, pueden contratar los servicios profesionales de abogados con mejor calidad y preparación. Empero, esta afirmación no viene acompañada de argumentos sólidos que la sustenten, porque, como ya lo he expuesto en otros apartes, el proceso judicial en particular, y la justicia civil en general, no son los medios idóneos para solucionar los males que aquejan a la sociedad. Igualmente, porque, como lo precisa el jurista chileno Diego Iván Palomo, identificado a su vez con la postura de Montero Aroca, “no necesariamente el abogado del estudio jurídico más grande e importante es el mejor abogado, la propia realidad demuestra la falsedad de esta afirmación. Y aun si fuera así, se olvida (pero lo recordó Montero en su última visita a Chile) que en la práctica los litigios que involucran mayores sumas de dinero reúnen justamente a abogados de estudios más importantes, mientras que en los casos de menor cuantía o importancia, no participan los abogados de grandes estudios”<sup>63</sup>.

Es más, llevada al extremo esta situación de asignarle a la población los abogados más probos y competentes (si es que así se pudiera solucionar la desigualdad material de las partes), para lograr ese cometido el Estado tendría que ‘expropiar’ la profesión legal y asumir el costo de los servicios de los letrados, de tal suerte que les pudiera garantizar a todos los ciudadanos el acceso a cada uno de esos ilustres profesionales<sup>64</sup>. No obstante, incluso en ese supuesto tendríamos que preguntamos —como lo hace Palomo Vélez, citando a De la Oliva— si todos esos abogados (estatales) serían igualmente competentes y diligentes. Obviamente la respuesta es negativa, puesto que, en vista de la

---

tema del solidarismo contractual visto desde la óptica sustancial tanto en Francia como en Colombia, el profesor Mantilla Espinosa nos explica que el mecanismo diseñado por el juez constitucional para esquivar la aplicación de la regla que soluciona el caso, y a partir de ahí enfilan su discurso con una presentación populista de lo que es *hacer justicia*, es el siguiente: en primer lugar, “atribuirle una valoración absoluta a unos principios morales descritos de forma general e imprecisa”. Después, conferirles “un campo de aplicación general que comprenda toda suerte de relaciones jurídicas”; y, finalmente, “describir los hechos de forma tal que encuadren necesariamente en los principios constitucionales”. *Ibid.*, p. 226.

<sup>63</sup> Cfr. PALOMO VÉLEZ, Diego Iván. Prólogo al libro de Adolfo Alvarado Velloso. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. 1ª ed. Santiago de Chile: Librotecnia, 2009. p. 18.

<sup>64</sup> Cfr. PALOMO VÉLEZ, quien a su vez cita a DE LA OLIVA, *ibid.*

naturaleza de la condición humana, siempre habría —y habrá— unos más calificados que otros.

Ante esa realidad, no luce razonable entonces que la recriminación concerniente a la desigualdad material de las partes se pretenda solucionar por la vía de dotar al juez de mayores e inquisitivos poderes para que él supere ese ineluctable hecho (lo que es francamente contradictorio con la imparcialidad e independencia que se espera de la autoridad jurisdiccional), sino que en ese caso y ante partes que sean estimadas como débiles (porque son desplazadas por la violencia, carecen de recursos económicos, no tienen la misma cosmovisión que su contendiente, etc.), lo que el Estado podría hacer sería regular el procedimiento para permitir la intervención dentro de los procesos civiles de entidades como el ministerio público, la Defensoría del Pueblo, la Personería o cualquier organización de derechos humanos, con el fin de que estas entidades (sometiéndose a las reglas, oportunidades, facultades y obligaciones del obrar procesal) coadyuvaran en la defensa de los derechos de aquellas. Todas lo podrían hacer (pues incluso en algunos procesos eso ya es de recibo), pero el único que tiene vedada esa opción es el juez, ya que él, por estar encargado de resolver el asunto, tiene que actuar con imparcialidad, imparcialidad e independencia, o, de lo contrario, estaremos hablando de cualquier otra cosa menos de un auténtico proceso.

## Conclusiones

- i) ¿Obedece realmente el resultado de un proceso a la desigualdad material de las partes? Estimo que no, pues, el cerramiento de la brecha entre fuertes y débiles no se logra a partir de la actuación del juez que toma partido por una de ellas, sino del fortalecimiento del sistema judicial en su conjunto y del modelo de juicio que respete el irrestricto cumplimiento de las garantías constitucionales relacionadas con este asunto, como son la imparcialidad del juzgador y la igualdad de trato jurídico. La desigualdad es un mandato de la naturaleza humana, una consecuencia de ella, que no se soluciona con paternalismos judiciales y que, por ende, no puede pretender paliarse con la premisa —exótica dentro de un sistema procesal de la democracia republicana— según la cual el juez es un ‘asistente social’.
- ii) El garantismo procesal no es ‘enemigo de la verdad’, como lo sostienen sus contradictores. Lo que sucede es que, al concebir al proceso

como un método de debate dialogal que busca resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, asume que la verdad es la procesal, forense o relativa, por lo que, al no ser factible en la mayoría de los casos obtener la verdad real o material, resulta disvalioso para las garantías constitucionales de los justiciables, en particular las de imparcialidad del juez e igualdad de trato jurídico, dotar al juzgador de iniciativa probatoria en aquellos asuntos en los que se discuten derechos susceptibles de plena disposición por las partes.

- iii) Tomar partido por una determinada verdad es dejar en evidencia una precipitud en el juicio de la autoridad que ha de resolver el conflicto y, si no fuera por los visos autoritarios que esa postura tiene, parcializarse en favor de la verdad —como lo prohija el activismo— sería de un candor inexplicable.
- iv) En el sistema procesal de la democracia republicana, el juez no debe usar razonamientos y herramientas propias del quehacer jurídico, para, con fundamento en ellas, solucionar, en el caso específico sometido a su consideración, las grandes disyuntivas sociopolíticas y los retos y desafíos macroeconómicos.
- v) La independencia de la administración de justicia es un ingrediente de lo que es un sistema democrático; sin embargo, ella, individualmente considerada, no funciona como una democracia, esto es, sus decisiones no pueden ser objeto de encuestas o preferencias populares, de presiones mediáticas, del afán de lapidación, del odio a los privilegiados y de la solidaridad con los necesitados. No. La administración de justicia, y en concreto la que se dispensa mediante un proceso judicial de partes en el que, repito y aclaro, se estén discutiendo derechos susceptibles de plena disposición por ellas (ya que dejo a salvo, por ejemplo, lo que tiene que ver con los derechos de los niños, niñas y adolescentes), tiene que ceñirse a las pruebas y a los precisos hechos alegados y demostrados en ese escenario. Lo otro es propiciar la venganza y el escarnio público, tal como ocurría en el Medioevo; se busca satisfacer la insatisfacción apelando al imaginario de lo que debe ser la justicia.
- vi) La justicia actual del proceso civil no se puede construir sobre la base de un modelo propio de la Edad Media en el que, si bien es cierto ya no se acude a la tortura como instrumento para la consecución de la verdad —como se hacía en ese nefasto período de la historia de la

humanidad—, sí se somete al encartado a una empalagosa exposición mediática en la que con facilidad cualquier juzgador sucumbe: favorecer a quien ha sido víctima del infortunio social o económico; encarcelar a quien sin fórmula de juicio ya ha sido declarado culpable; dirigir, vía decreto oficioso de pruebas, la ‘investigación’ del proceso civil hacia un resultado que el juez —parcializado por ‘su verdad’— ya ha determinado de antemano.

## Obras citadas

### Citas doctrinales

- AGUILÓ REGLA, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 1997. no. 6.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ZORZOLI, Óscar A. dirs. Confirmación procesal. Derecho procesal contemporáneo. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*. La Ley, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1989.
- CALVINHO, Gustavo. El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- CALVINHO, Gustavo. El sistema procesal de la democracia. Proceso y derechos fundamentales. Lima: Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú-Editorial San Marcos, 2008.
- CANTEROS, Fermín. Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal. Rosario: Juris, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1998.
- FISS, Owen. El derecho como razón pública. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: Anuario de Dere-

- cho Constitucional Latinoamericano. Tomo II. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso ('parcialidad' y 'parcialidad'). Discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. En: Conducta y Norma. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1955.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Jurisdicción y competencia. Funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas. En: Código General del Proceso comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Mitos y realidades alrededor del proceso civil. En: Derecho procesal moderno. Distintas visiones alrededor de esta disciplina. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- KIRCHMANN, Julius Hermann von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. En: SAVIGNY, *et al.* La ciencia del derecho. Traducción de Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949.
- LAPORTA, Francisco J. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. La resolución. En: MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. eds. acads. Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario-Legis, 2007.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. Revista Chilena de Derecho Privado. Julio, 2011. no. 16.
- MEROI, Andrea. La imparcialidad judicial. Breviarios procesales garantistas. Medellín: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas-Fondo Editorial Remington, 2013.
- NEUMANN, Ulfried. La pretensión de verdad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. El retorno del inquisidor: crítica a la iniciativa probatoria. Breviarios procesales garantistas. Medellín: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas-Fondo Editorial Remington, 2013.

PALOMO VÉLEZ, Diego Iván. Prólogo al libro de Adolfo Alvarado Velloso. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. 1ª ed. Santiago de Chile: Librotecnia, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. Bogotá: Temis, 2014.

SARTORI, Giovanni. Teoría de la democracia. Parte 2. Los problemas clásicos. Versión española de Santiago Sánchez González. Buenos Aires: Ed. Rei Argentina, 1990.

### **Citas jurisprudenciales**

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-159 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-768 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-213 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.



# Reflexiones sobre el precedente en el derecho penal

Wilson Martínez\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

Hablar del precedente en el derecho penal colombiano supone hablar del método teleológico político criminal, utilizado por la doctrina dominante en el derecho europeo continental para la determinación del derecho penal. Este método esencialmente combina la sujeción del juez a la ley con un margen de discrecionalidad relativamente amplio, con el fin de que sea el juez el que module la literalidad de la ley y garantice que en todos los casos, además de conseguir soluciones sistemáticamente correctas, se llegue a soluciones ético-socialmente justas y político-criminalmente convenientes.

Se busca, entonces, un equilibrio entre lo que sería el decisionismo y el cognoscitivismo. Los modelos de procesamiento cognoscitivistas intentan impedir por completo la existencia de espacios de discrecionalidad en los cuales el juez tome decisiones basadas en su propio criterio; estos modelos consideran que el juez debe ser un simple instrumento de subsunción jurídica que realiza una labor lógica de considerar una premisa mayor y una premisa menor e inferir a partir de allí una conclusión. Por otro lado, los modelos decisionistas permiten que el juez tome la decisión que resulte más conveniente, como en aquellos casos en los cuales hay jurado de conciencia y se confía fielmente en la capacidad que tienen los ciudadanos comunes y corrientes, a partir de su puro sentido común, de llegar a decisiones justas.

---

\* Doctor en Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Ex Vicefiscal General de la Nación; catedrático de la Universidad del Rosario.

Ahora bien, para comprender cuál es la situación actual de la dogmática penal frente al papel del juez, se debe tener en cuenta que el derecho penal moderno se fundó con el positivismo jurídico. A finales del siglo XIX, al percatarse que el gran paradigma del pensamiento científico era la biología, los grandes juristas del derecho continental ambicionaron, a través del ejercicio de construcción de conocimiento, equiparar el derecho a las ciencias duras, como la física, la química y la biología. Al intentar trasplantar al derecho penal la misma metodología utilizada por Darwin para crear su teoría de la evolución de la especie, basada en la observación de los diferentes organismos vivos en las islas Galápagos, surgió una nueva corriente conocida como el causalismo.

Franz von Liszt y Ernst von Beling, padres del causalismo, pretendieron darle a la dogmática la función de construir un sistema de derecho penal que fuera capaz de guiar al juez a través de una metodología sumamente rigurosa, para garantizar que siempre se tomaran decisiones sistemáticamente correctas, con el fin de dar absoluta seguridad jurídica. Ello condujo a un modelo que hasta al día de hoy perdura. Un modelo que está fundado sobre la premisa de que solamente es delito aquella conducta típica, antijurídica y culpable. Es decir que el juez tiene que realizar un ejercicio racional sumamente estratificado y detallado, en el cual avanza por diferentes estratos analíticos del delito hasta llegar a una conclusión final en la que determina si existe o no responsabilidad penal. En este sentido, es la dogmática la que guía racionalmente al juez hasta su decisión.

Inicialmente, la teoría jurídica en el derecho penal, en el marco del positivismo jurídico en el siglo XIX, estaba fundada sobre la máxima que sentó Franz von Liszt al pronunciar su famoso programa en Marburgo: “La política criminal es la barrera infranqueable del derecho penal”. Bajo esa premisa se explicaba que el papel del juez es aplicar el derecho, y si eventualmente la aplicación del derecho a través de este método lógico-racional, que se le ha diseñado en diferentes estratos, conduce a una decisión que resulta político-criminal inconveniente, esto no constituye una problemática para el juez, sino para el legislador, dado que es un asunto de política criminal y es propiamente el cuerpo legislativo el responsable de cambiar la ley para que pueda producir decisiones satisfactorias.

Lo cierto es que la propuesta de Von Liszt y de la mayoría de los causalistas era una utopía. Por más que se pretenda crear un sistema absolutamente completo y coherente de derecho, nunca se llegará a una absoluta plenitud. Siempre se contará con la innegable presencia de lagunas, discusiones acerca

del sentido, del tenor, del significado de la norma, y en esa medida siempre existirán espacios para la discusión y discrecionalidad jurídica. Por esta razón, a pesar de los esfuerzos del positivismo, el derecho y otras ciencias humanas nunca lograron alcanzar ese nivel de cientificidad que posee la biología, la química o la física.

Más adelante, a principios del siglo xx, aparece lo que se conoce en la sociología como el dualismo metodológico, y es entonces cuando Max Weber enseña que las ciencias humanas, las ciencias del espíritu como él las llama, realmente son ciencias que no necesariamente tienen que responder a la misma metodología de las ciencias empíricas o duras. Así mismo, Weber desde la sociología propone que la función que tienen las ciencias humanas realmente es distinta a la función que cumplen las ciencias duras. Las ciencias duras contribuyen a la sociedad para que entendamos el funcionamiento del mundo, mientras la función de las ciencias humanas es ayudar a la sociedad a comprender el mundo. En este contexto, los términos entender y comprender son completamente distintos: el entender es de alguna manera conocer la mecánica del mundo, conocer los nexos de causalidad y la mecánica física que lleva a los diferentes fenómenos, lo cual está profundamente relacionado en lo que es la causa y el efecto. Comprender, en cambio, supone llevar ese fenómeno natural a la dimensión del sentido, es preguntarse cuál es el significado social o el significado que para un determinado grupo humano tiene ese fenómeno.

Por ejemplo, un homicidio se puede entender desde las ciencias duras como la física, la química, la balística, por cuanto esas ciencias ayudan a conocer la mecánica que lleva a que el sujeto que dispara el arma le cause la muerte a otro.

Seguramente las ciencias forenses, que son ciencias duras aplicadas, explicarán cómo ocurrió esa mecánica, pero estas ciencias no contribuyen a conocer el sentido ni el significado social que tiene ese fenómeno. Lo único que puede aproximarse al significado y sentido son las ciencias humanas, en este caso el derecho penal.

En cuanto a la metodología propia de las ciencias humanas, lo que propone Weber es la aproximación a la comprensión del sentido de los fenómenos a partir de los valores, lo que quiere decir que es imposible entender un fenómeno por fuera del entorno cultural. Más claramente: si una 'cultura' se define como un sistema de valores, entonces es necesario entender cuáles son

los valores que la definen, para así poder comprender qué significado o sentido tiene ese fenómeno en una determinada cultura.

Aplicando ese dualismo metodológico, emerge en el derecho penal una nueva corriente de pensamiento, que se conoce como el neocausalismo o neokantismo. Autores como Edmund Mezger y Adolf Merkel revisan la teoría del derecho y concluyen que la ambición de que el sistema sea absolutamente completo y hermético es una utopía, debido a que siempre habrá lugar a interpretaciones y vacíos, los cuales deben ser completados por el juez. Básicamente, para lograr la determinación e interpretación del derecho, el juez tiene que aplicar un método que se denomina el método teleológico valorativo. Quiere decir que el juez debe interpretar el derecho de tal manera que su aplicación conduzca a la realización de los valores que son fundacionales en el Estado; aquello que la sociedad considera valioso. Esa es la principal función del juez penal: garantizar que esos valores se realicen en el proceso. Aunque en la teoría esto suene bastante coherente y acertado, en la práctica históricamente condujo a un desafuero, a causa de la dificultad que existe para determinar cuáles son los valores predominantes en una sociedad.

Es entonces cuando surge el decisionismo judicial que, contrario al cognoscitivismo, permite que los valores y su primacía dentro de la sociedad sean definidos por el juez, lo cual conduciría a una significativa problemática sobre la objetividad de la decisión judicial. Por ejemplo, si está fallando un juez conservador, se tomará en cuenta para su decisión una escala de valores completamente diferente a la que tomaría un juez liberal, y, lo que es más grave aún, se permitiría que aparezcan esquemas de valores distintos que puedan ser aplicados en el mismo método, para soluciones que son tanto político-criminalmente inconvenientes como absolutamente reprochables desde el punto de vista ético-social. Esto fue lo que pasó con la denominada escuela de Kiel o la escuela nacional socialista alemana, en la cual muchos grandes juristas alemanes terminaron contribuyendo como ideólogos del nacional socialismo y fundamentando un derecho penal que no apuntaba a defender al individuo ni al ciudadano, sino que buscaba proteger un esquema de valores distinto, un esquema en el cual lo que primaba no era el sujeto, sino el defender la raza aria y el espacio vital del pueblo alemán.

Posteriormente, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la dogmática se propuso establecer un muro de contención para que los futuros desarrollos doctrinales no permitieran el surgimiento de una nueva escuela de Kiel. La primera

respuesta de la dogmática fue el finalismo. Esta escuela planteó, a través de varios elementos del existencialismo y de la fenomenología de la Europa de la segunda mitad del siglo pasado, crear un método que suponía tomar las diferentes categorías del delito y extraerles todo aquello que se relacionaba con aspectos culturales, religiosos, políticos y económicos, hasta encontrar el ser en sí de las cosas. Por consiguiente, el finalismo consistía en desnudar el delito y realizar la descomposición fenomenológica de este. Ese proceso de reducción llevó a la conclusión de que la esencia de la reprochabilidad penal estaba en la finalidad de las acciones: los finalistas suponían que para que hubiera delito tenía que haber necesariamente una acción, y la esencia de la acción es la finalidad, por consiguiente, toda acción es final y no puede haber delito sin finalidad. En ese orden de ideas, estos autores se autodenominaron finalistas y crearon una nueva corriente de pensamiento. Sin embargo, al no poder explicar satisfactoriamente los delitos culposos, en los cuales persiste el reproche penal a pesar de la ausencia de una finalidad reprochable en el individuo, terminaron abrumados en su propia teoría. Por esta razón, en Europa el finalismo, más allá de sus importantes e innegables aportes a la teoría del delito, es considerado como un paréntesis en la evolución del derecho penal.

Ahora bien, en la década de los setenta, momento en el cual Alemania se encuentra en proceso de redacción de un nuevo código penal, se creó el denominado Proyecto Alternativo de Código Penal alemán. En el marco de ese proyecto surgió una nueva corriente de pensamiento denominada funcionalismo. Claus Roxin, uno de sus principales expositores, escribió un libro titulado *Política criminal y derecho penal*, en el cual plantea una nueva forma de entender la dogmática. Roxin parte de considerar, por un lado, que la utopía planteada por los clásicos de considerar que el derecho debería ser hermético y que el juez solo podía aplicar mediante subsunción la norma es imposible. Así mismo, tuvo en cuenta que la alternativa de un sistema teleológico valorativo determinado por los valores no tuvo los resultados esperados. Ante ese panorama, Roxin ve necesario que haya un punto intermedio que consista en un método teleológico sujeto a criterios positivos.

Para Roxin, el criterio positivo al cual debe estar ligado el método de interpretación del derecho penal es la política criminal, la cual particularmente define como los medios, instrumentos, lineamientos y derroteros que se encuentran en la Constitución Política y orientan el ejercicio del poder punitivo del Estado. Es decir que el marco para el diseño de la política criminal y la realización del derecho penal de un Estado se encuentran en la

Constitución Política, de tal suerte que el juez, al momento de interpretar el derecho, al momento de llenar el vacío y dirimir controversias interpretativas, debe garantizar que esa norma jurídico-penal conduzca a las soluciones más acordes con los valores, pero no acorde a cualquier sistema de valores, como sustentaban las anteriores corrientes, sino acorde a un esquema de valores que se encuentra positivamente reconocido en la Constitución Política. Lo anterior abre el espectro para la constitucionalización del derecho penal, en la cual el papel del juez penal es a la vez la de ser un juez constitucional.

En Colombia, un claro ejemplo de esta constitucionalización del derecho penal se puede ver reflejado en materia de control de garantías. En este caso, el juez penal tiene una función particular de garantizar que esos derechos fundamentales reconocidos positivamente en la Constitución Política sean una realidad en el proceso penal. En esencia, el juez de garantías en el proceso penal realmente es un juez constitucional, que vela porque las garantías constitucionales previstas en la Carta Política se cumplan y se respeten. Por lo cual las reglas del procedimiento previstas en el Código de Procedimiento Penal deben ser entendidas en su sentido y su dimensión de significado en relación con lo que diga la Constitución Política.

Precisamente, esto ha generado que el Código Penal incluya una gran cantidad de lo que un sector de la doctrina denomina ‘conceptos jurídicos indeterminados’. La propia Corte Constitucional en su reconocida Sentencia C-740 del año 2011, a propósito de uno de los temas más sensibles que hay en materia penal, que es la libertad de los individuos y la posibilidad de aplicar medida de aseguramiento, menciona que, aun cuando se cumplan en un caso específico todos los requisitos de forma y de fondo para la imposición de medida de aseguramiento, el juez de control de garantías deberá realizar una ponderación acerca de la necesidad de la privación de la libertad, para el cumplimiento de los fines que le son atribuibles. Es decir que, hoy en día, por cuenta de esa jurisprudencia, al introducir el concepto de necesidad dentro de la legislación y ordenamiento penal colombiano, es preciso realizar la valoración en el caso específico para determinar la procedibilidad de una medida de aseguramiento. La discusión ya no gira en torno de los indicios de responsabilidad ni de la existencia de elementos de prueba sobre la autoría y participación. Ese tipo de discusiones se dan por superadas. Ahora el núcleo y esencia de la discusión en una audiencia de control de garantías se concentrará en la necesidad de la medida. Cabe resaltar que no existe una respuesta

sobre cuáles son los criterios o valores objetivos que debe atender el juez para decidir si en un caso en concreto la medida se muestra o no como necesaria.

En el caso colombiano, la jurisprudencia ha sido reiterativa en afirmar que la medida de aseguramiento procederá siempre y cuando sea considerada necesaria. No obstante, como el precedente judicial no ha definido objetivamente los criterios para determinar cuándo la medida es necesaria, en la práctica los jueces han sido orientados de manera intuitiva para concluir, caso por caso, si la medida cumple o no con el requisito de necesidad. Esto genera que las decisiones tomadas por el juez sean objeto de presiones tanto mediáticas como sociales, presiones que inclinarán y dirigirán el fallo. Por ejemplo, el juez se inclinará por decretar la medida de aseguramiento al considerar que los medios de comunicación y la sociedad reaccionarán de forma negativa frente a la decisión de dejar en libertad a un sujeto. Sin embargo, puede suceder todo lo contrario, esto es, que el juez, suponiendo que los medios y la sociedad criticarían fuertemente la decisión de apresar al sujeto, negara la medida.

En otras palabras, la función del juez penal hoy en día por cuenta de la metodología teleológico político criminal se ha invertido: ya no se invita al juez a razonar, en el entendido de realizar un proceso de reflexión a partir de diferentes elementos de juicio y llegar a una conclusión; lo que realmente sucede en el proceso penal es que el juez, mediante un perjuicio de manera cognitiva, toma de entrada una decisión, por lo cual la audiencia y procedimiento penal se convierte en un mecanismo para que el juez justifique esa decisión previamente tomada. En síntesis, es un proceso de racionalización y no de razonamiento judicial.

Cabe señalar que la aproximación a la verdad que estabiliza la validez y legítima la decisión judicial es muy distinta a lo que enseñaba la doctrina. Académicos muy ilustres decían que en el proceso penal concurren dos clases de verdad: hablaban de la verdad material y la verdad formal o procesal, que era aquella que emergía de las pruebas aportadas dentro del proceso. Como la verdad material era inescrutable y era imposible que el juez accediera a ella, la sentencia terminaba fundamentada en la verdad formal o procesal.

Este concepto sobre la verdad se basaba en una epistemología que se remonta a los clásicos, en especial a Aristóteles, que entiende la verdad como correspondencia: una verdad que se considera como un proceso de adecuación entre la idea que tiene el sujeto y el mundo real. Sin embargo, hace ya un largo tiempo que esta definición de verdad como correspondencia ha sido superada,

tanto en la filosofía como en la sociología moderna. En la actualidad, no existe una sola corriente de pensamiento moderno que defienda seriamente la verdad como correspondencia dentro de una teología epistemológica.

Particularmente, si se analizan las corrientes de epistemología modernas, por ejemplo, la ‘teoría de la acción comunicativa’ de Habermas o la ‘teoría de sistemas’ de Luhmann, se puede llegar a la conclusión que la sociología y filosofía moderna se encuentran basadas sobre un modelo de verdad distinta, definida como un producto de acuerdos intersubjetivos. Michel Foucault en su libro *La verdad y las formas jurídicas* cita a Nietzsche, quien dice: “En un lugar del universo unas criaturas infinitamente vanidosas inventaron el conocimiento”. Nótese que acá no se habla del descubrimiento, sino de la invención del conocimiento. La verdad entonces es un fruto social, son los seres humanos los que la inventaron y, por lo tanto, no es anterior al hombre, sino que es el hombre quien realiza un proceso e inventa una completa racionalidad para justificar un predeterminado concepto de verdad.

Actualmente, el proceso penal tiene una función epistemológica. En él no se descubre, sino que se construye una verdad, que es el producto de un proceso de racionalización. Desde el punto de vista de un abogado penalista, son más importantes los alegatos de apertura que los de conclusión, debido a que en los alegatos de apertura el abogado puede formar el juicio del juez, y al terminar los alegatos de apertura, el juez en su íntima convicción, en una alta probabilidad, ya tiene claridad en la forma como va a decidir. En ese orden de ideas, el proceso que sigue adelante, epistemológicamente hablando, es un proceso de construcción de esa verdad desde el punto de vista argumentativo, que busca alimentar y justificar la decisión previamente tomada por el juez. Por último, el gran reto en el ámbito del derecho penal procesal es el de buscar la forma de imponer barreras para que ese proceso de construcción de la verdad no sea tan libre como ocurre actualmente, por ejemplo, en el marco de la imposición de la medida de aseguramiento (al no establecer ningún límite, entonces cada juez construye la verdad a su parecer y responde a derroteros distintos). La labor de las cortes, en lugar de eludir su responsabilidad, es crear criterios realmente objetivos que permitan enmarcar esa discrecionalidad que tienen los jueces penales actualmente.

## Bibliografía

- ATIENZA, M. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* [en línea]. 2014, vol. 15. Disponible en internet: <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=10034&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=10034&id_item_menu=5858)>.
- BERMÚDEZ, A. Medellín innova estrategias para enfrentar el desplazamiento forzado. *La Silla Vacía* [en línea]. 2013. Disponible en internet: <<http://www.lasillavacia.com/historia/medellin-innova-estrategias-para-enfrentar-el-desplazamiento-forzado-46268>>.
- BERNAL, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BULA, G. *Limitaciones de la constitucionalización en la profundización de la democracia colombiana: atención a la población desplazada, un estudio de caso*. Tesis de Maestría en Ciencia Política y Liderazgo Democrático. Bogotá, Madrid: Instituto de Altos Estudios Europeos, 2013.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU-221 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte no está restringiendo facultades del Congreso. Magistrada María V. Calle dice que en el debate quedó claro que adopción gay no afecta a los niños. *El Tiempo* [en línea]. 2015. Disponible en internet: <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/adopcion-gay-en-colombia-corte-no-restringen-facultades-del-congreso/16430730>>.
- IGNATIEFF, M. *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*. Madrid: Taurus, 1999.
- OSPINA, A. Presentación del libro *La constitucionalización del derecho administrativo*. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá).
- RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- SCHMIDT-ABMANN, E. El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá).
- TALEB, N. *Antifragile*. Nueva York: Random House, 2012.
- VON FOERSTER, H. *Cybernetics of Cybernetics*. Minneapolis: Future Systems Inc., 1995.



# El neoconstitucionalismo sistémico\*

Germán Bula Escobar\*\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

*Muerte a la Constitución y larga vida a la religión.*

GABRIEL GARCÍA MORENO, presidente de Ecuador 1861-1865, 1869-1875.

*La Constitución es un rey de burlas.*

JOSÉ VICENTE CONCHA, presidente de Colombia 1914-1918.

## 1. El atraso político y el neoconstitucionalismo

Octavio Paz señaló que el principal atraso de América Latina era el atraso político, y quizá no le faltaba razón. En los países que enfrentan desafíos sustanciales en materia de democracia, pobreza, inequidad, justicia, medio ambiente y ámbitos relacionados —países en general llamados ‘atrasados’, ‘subdesarrollados’, del ‘tercer mundo’ o ‘en vías de desarrollo’—, en los albores del siglo XXI, la cuestión política predominante no es ya “un fantasma que recorre Europa”,

---

\* Sobre estas reflexiones: i) están revestidas del carácter de hipótesis de trabajo. El autor parte de la base de que las variables que señala como cruciales para el buen suceso del neoconstitucionalismo lo son en efecto, pero no es ajeno a la posibilidad de que sea necesario agregar otras igualmente cruciales, asunto en el que sigue activamente empeñado e invita a trabajar a quien pueda interesarse en el tema; ii) en modo alguno se abordan en este texto las complejidades que vendrían implicadas en la defensa del neoconstitucionalismo frente a sus detractores; iii) tampoco es propósito del texto incursionar en las variantes que de una u otra manera se reclaman como la superación del positivismo (o ‘paleopositivismo’, en lenguaje más beligerante), ni discutir las bondades de los términos bajo los cuales aquellas se rotulan más allá de sus convergencias y contradicciones; iv) el propósito robusto y preciso de las reflexiones que se entregan parte de la base de considerar crucial y altamente benéfico para Colombia el enfoque neoconstitucional en general y, por ende, se dirige a preguntarse por los aspectos sobre los que habría que trabajar, en dirección a desbrozar el camino para su viabilidad.

\*\* Catedrático de la Universidad del Rosario y de la Universidad de los Andes; árbitro nacional.

como en *El manifiesto comunista* de Marx y Engels de 1848, ni una pléyade de triunfantes luchas de liberación nacional y descolonización en medio de las guerras mundiales y la Guerra Fría, como en la larga primera mitad del siglo xx.

Han aparecido nuevos dilemas compartidos con el mundo desarrollado: religiosos, éticos, étnicos, ambientales, espirituales, bioéticos, tecnoéticos, nacionalistas, de política migratoria, criminal, antidrogas, antiterrorista, de diversidad sexual, entre otros. Entre estos temas contemporáneos, uno que resulta poco conocido y entendido para la ciudadanía es una interesante tendencia jurídica que de manera más o menos sutil —pero *in crescendo* abierta— toma asiento en el debate entre Estado y mercado, debate surgido desde la segunda posguerra y aún vigente a pesar de que el fundamentalismo de mercado haya querido darlo por terminado y de que se haya pretendido haber llegado a una transacción pacificadora bajo la fórmula “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”<sup>1</sup>: se trata del neoconstitucionalismo, nacido dentro del marco de la constitucionalización del Estado y del derecho que se originó como una derivada del sistema democrático, impulsada en Europa por la necesidad de hacer realidad un escenario de convivencia entre diversos y plurales que garantizara a todos —dentro del marco de cada Estado específico— un bloque fundamental de derechos políticos, económicos y sociales no susceptibles de ser cambiados al arbitrio de las mayorías políticas; un escenario que impidiera repetir la historia fascista que navegó sobre omnipoderosas ‘mayorías’. En palabras de Bernal Pulido:

Una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido los Estados latinoamericanos durante la transición a la democracia ha sido la expansión del control de constitucionalidad y la institución de las cortes constitucionales [...]. Se ha reconocido que los gobiernos de turno deben estar atados al mástil que representan los derechos fundamentales y las reglas del juego político establecidas en la Constitución, para que no sucumban ante los cantos de sirena provenientes de las coyunturas políticas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Thatcher, Reagan y el ‘Consenso de Washington’ aparecieron en su momento como conclusivos. El llamado ‘fin de la historia’ de Fukuyama tuvo el mismo sabor oclusivo, a pesar de las ulteriores elucubraciones del autor en procura de galvanizar sus tesis.

<sup>2</sup> BERNAL, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 237.

Y como de cara a la ciudadanía esta tendencia se concreta en el derecho administrativo (recuérdese la conocida presentación del profesor alemán Fritz Werner del derecho administrativo como derecho constitucional concretizado), ha de agregarse que a partir de la conceptualización del Estado de derecho se ha reconocido también “la fuerza normativa superior de la Constitución como fuente del derecho administrativo [...] el primer paso hacia la constitucionalización del derecho administrativo dentro de un verdadero Estado de derecho y no simplemente en un Estado legal”<sup>3</sup>. Desde ya debe adelantarse que, para Eberhard Schmidt-Aßmann, “desde la perspectiva del observador extranjero es evidente que la Constitución colombiana irradia de forma amplia y profunda en todo el derecho administrativo —en la medida [en] que eso no haya pasado desde hace tiempo— [e] induce a su constitucionalización”<sup>4</sup>.

La tendencia a que venimos aludiendo, pues, no se caracteriza por haber sido ideada, dirigida y proclamada por figuras históricas, ni haber sido liderada por partidos políticos en lucha por la toma del poder. Fue creciendo desde la segunda posguerra de manera sostenida, como un contagio que se extendió y trascendió fronteras, y en el presente siglo apunta a ser un fenómeno principalísimo con incidencia política, en el más trascendente sentido. El Estado constitucional, la democracia constitucional, la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo no encajan en los clásicos paradigmas de la izquierda y la derecha; en todo caso y dado que esas corrientes del pensamiento jurídico ostentan carácter democrático, social y tolerante, y una ínsita atestación sobre la imperiosa necesidad de intervención del Estado en torno a los derechos fundamentales, terminan por estar ligados a la más amplia participación política y a las corrientes progresistas en los dominios económico y social. En medio del atraso político que —más allá de las responsabilidades específicas que se pudieran endilgar a determinados actores— es en últimas resultado de la acción o de la omisión del conjunto de la ciudadanía por ser un fenómeno cultural, las tendencias a que venimos aludiendo en relación

---

<sup>3</sup> El concepto viene de REDOR, Marie-Joëlle. De l'État legal à l'État de droit. Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992. Citado por Andrés Fernando Ospina en la presentación del libro *La constitucionalización del derecho administrativo*. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá). p. 14.

<sup>4</sup> SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá). p. 30.

con la justicia podrían observarse como una fuente de contribución para la superación de las dolamas que padece Colombia.

No se desconoce que existe profusión de acercamientos a los términos de neoconstitucionalismo, Estado social, de derecho, Estado constitucional, etc. Manuel Atienza<sup>5</sup> —cuya posición es opuesta a la manera en la que en este texto se usa el término ‘neoconstitucionalismo’— presenta el asunto así:

[...] en la teoría del derecho contemporánea, podríamos hacer una primera gran división entre, por una parte, quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que de ellos puede darse cuenta permaneciendo en el positivismo, digamos, clásico: con acentos más bien normativistas o, por el contrario, realistas; y, por otra, quienes defienden que la constitucionalización del derecho requiere de un nuevo paradigma teórico. Y, dentro de este segundo grupo, habría, a su vez, que hacer estas divisiones: 1) los constitucionalistas positivistas, como Ferrajoli; 2) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; 3) los neoconstitucionalistas (que sin duda no es una clase vacía, pero sí menos poblada de lo que se piensa); y (quizás) 4) los constitucionalistas iusnaturalistas.

Para efectos prácticos se insistirá en denominar neoconstitucionalismo al fenómeno central que encarna el segundo grupo de la disección de Atienza —*i. e.*, la necesidad ‘de un nuevo paradigma teórico’—, en la esperanza de que el lector ponga foco en los contenidos más que en la semántica. El autor prefiere ver los disensos de ese ‘segundo grupo’ como internos en verdad y considera asaz fructífero el debate. No obstante, llama la atención sobre la importancia de evitar el llamado “narcisismo de la pequeña diferencia”, el planteo freudiano que Michael Ignatieff proyectó sobre las disparidades políticas entre facciones: en efecto, para un tercero es incomprensible la fogosidad radical del enfrentamiento banderizo entre quienes dicho tercero observa

---

<sup>5</sup> ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *En*: Revista Argentina de Teoría Jurídica. 2014, vol. 15.

como pertenecientes a un mismo grupo<sup>6</sup> —precisamente por estar separados apenas por *pequeñas diferencias*—.

## 2. El neoconstitucionalismo en Colombia

Marcadamente desde la Constitución de 1991 el Estado constitucional toma sitio destacado en Colombia, un país que resulta ser caso singularísimo de agudos contrastes: serio manejo de su economía, apreciable talento humano, altos niveles de corrupción e impunidad, nivel de desarrollo medio, instituciones bastante sólidas y la democracia más antigua de América Latina. Es a la vez altamente inequitativo y violento; azotado por narcotráfico, guerrilla y paramilitarismo; y catalogado hasta hace pocos años como uno de los países con más población desplazada en el mundo. Con Estados Unidos de América mantiene una relación amigable que lo distancia de vecinos de la región caracterizados por sus políticas ‘antiimperialistas’.

El país está regido por una Constitución (1991) en general a la altura de las corrientes democráticas y sociales contemporáneas<sup>7</sup>, y sus instituciones, ejecutivos e intelectuales gozan de prestigio. Los grandes desafíos de Colombia —paz, democracia, equidad, justicia, desarrollo, probidad, liberación del narcotráfico, cuidado ambiental y autonomía e identidad nacionales (sin perjuicio de las causaciones circulares que los relacionan en clave de complejidad no lineal)— vienen cruzados por la cuestión de la construcción de una democracia inclusiva, en sí misma un desafío esencial. Cómo avanzar hacia una democracia inclusiva es una pregunta de tipo general a la que un sector de opinión pretende responder con la afirmación de que de lo que se trata es de hacer cumplir la Constitución Política, en la medida en que esta es progresista y garantista. Ese forzar el cumplimiento de la Carta vendría bajo la forma de sentencias proferidas por altas cortes con un amplio ámbito de acción —en particular la Constitucional—, escenario que dibujaría una especie de ‘revolución’ hecha desde la justicia, con todos los inte-

---

<sup>6</sup> IGNATIEFF, Michael. El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna. Madrid: Taurus, 1999. Ignatieff observa el narcisismo como inspiración del nacionalismo (p. 54). Sobre el tema en general fue pionera la obra de Amin Maalouf, *Identidades asesinas*.

<sup>7</sup> Schmidt-Aßmann (op. cit.) afirma que la Constitución Política colombiana es una de las “más modernas”, y destaca el que nuestra Carta confiera importancia a estar en la conciencia pública (art. 41); agrega que irradia el derecho administrativo, y observa a los tribunales como garantes cotidianos del ciudadano medio. Según el autor alemán, se trata de un proceso de “constitucionalismo dosificado” dirigido en últimas a saberse la ciudadanía toda viviendo “en un Estado de derecho”.

rrogantes que sobre este singular ‘modelo’ pueden aparecer: “Una estrategia, cada vez más aceptada en países como los de América Latina, consiste en admitir el activismo del juez constitucional que, sin considerar su costo, hace efectivos directamente los derechos sociales”<sup>8</sup>.

El fallo histórico de la Corte Constitucional (cc), Sentencia T-025 de diciembre de 2004, que declaró la situación de la población desplazada como un “estado de cosas inconstitucional” y ordenó al ejecutivo tomar presupuestos, acciones y controles para superarlo, constituyó un verdadero salto pergeñado desde un proceso de acumulación de fallos crecientemente progresistas de esa corporación. Un fallo de este tipo sugiere fortaleza institucional y abre la puerta a un nuevo vector de cambio, en este caso proveniente de la acción de los jueces que, en clave de constitucionalización del Estado y del derecho, podrían hacer aportes sustanciales a la profundización de la democracia o a lo que aquí llamaremos democracia inclusiva. A la T-025 se la ha calificado como “una verdadera ‘macro sentencia’ por: 1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación [...]”<sup>9</sup>. Pueden, claro, citarse muchos otros fallos, como el que conminó al legislativo y a las entidades financieras a diseñar un nuevo sistema de crédito hipotecario para adquisición de vivienda, o la muy citada Sentencia C-141 de 2010, que impidió al entonces presidente Uribe reformar la Carta mediante referendo para postularse a un tercer período, o la sentencia que declaró inconstitucional la penalización absoluta del aborto —en el espinoso terreno que interseca ideología y aspectos religiosos—, o la que abordó lo que deberían ser las cárceles para garantizar los derechos de los presos.

Por los senderos más insospechados, la constitucionalización consagrada en la Constitución Política de 1991 ha ido ganando espacio en la cultura política, en la acción política, en el aparato judicial y en las relaciones interinstitucionales. Durante su vigencia ha sido intenso el debate sobre el impacto de la nueva Carta y sobre si las reformas sufridas en sus 20 años de vida la descuartizaron, la desnaturalizaron, la hirieron o la dejaron indemne. Pero lo que está claro a la vista de tirios y troyanos es que la Corte Constitucional se ha convertido en un

---

<sup>8</sup> BERNAL, op. cit., p. 249.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 14.

actor fundamental de la institucionalidad pública, de la mano del llamado Nuevo Derecho, de su constitucionalización, del Estado y de la democracia, vistos como un proceso cuya prospectiva es ambigua y en el que no se puede esperar una asegurada y tranquila convergencia nacional. Las altas cortes restantes comparten con la Constitucional —desde sus competencias específicas— estos nuevos roles trascendentales. El Consejo de Estado, vale recordar aquí, posee además naturaleza consultiva respecto del Estado, con marcada especificidad en su Sala de Consulta y Servicio Civil. Y rol de coguardián de la Carta Política en general, y respecto de los decretos del ejecutivo en particular —en su Sección Primera—.

### 3. Una historia con altibajos

Colombia entró en este movimiento de constitucionalización sobre la base de una historia política y jurídica que resultó propicia, de un sistema de gobierno presidencialista que padece todos los problemas de la democracia representativa agravados por el impacto de factores corruptores de mayor entidad, y que ha experimentado cambios modernizantes de discutible calado. La Constitución del 91 introduce al país en la corriente de la constitucionalización, y crea los instrumentos correlativos a ella y a la autonomía de la rama judicial, apoyada en una historia que ya militaba en esa dirección. Una trama interesante de relaciones entre las tres ramas del poder público genera equilibrios y contrapesos de los que de hecho se ha beneficiado la institucionalidad democrática más antigua de América Latina, que exhibe, luego de 24 años de haberse introducido la nueva Carta, signos de estabilidad persistente más allá de sus marcados defectos, quizá susceptibles de ser corregidos sin necesidad de tocar la arquitectura básica del sistema. Esta afirmación se hace a sabiendas de que por estas calendas (diciembre de 2015) flota en el ambiente la posibilidad de convocar una nueva Asamblea Constituyente, propuesta que obedece más a cálculos políticos y al fetichismo constitucional que a una auténtica necesidad institucional: en efecto, mal podría hablarse en Colombia de la existencia de un bloqueo a las reformas en general, o de la inexistencia de canales como el referendo que permitieran apelar al constituyente primario si se lo considerara menester o se revelara camino preferido al del acto legislativo. No se oculta al autor de este artículo el que una cierta desidia y ausencia de calidad normativa en la conjunción legisladora de las ramas ejecutiva y legislativa (que se puso de presente de manera flagrante en punto a la llamada reforma de 'equilibrio de

poderes' —2015—) puede hacer inatajable la cacareada constituyente como una especie de salto al vacío, y 'a ver qué pasa'.

La constitucionalización del derecho y del Estado en Colombia no ha sido tersa. Como en otros lares, la incompreensión y la oposición han expresado toda suerte de temores, y en determinadas coyunturas aun se ha acusado a las cortes de conductas contra el régimen. También ha operado de manera corrosiva la acción de desprestigio contra el aparato jurisdiccional, bajo la consigna de que tras obtener su debilitamiento simbólico es posible dar golpes de mano en su contra —golpes de hecho o de derecho—, e intentar subyugarlo o apropiárselo para ponerlo al servicio de políticas partidistas o de tendencias específicas. La reciente reforma constitucional llamada de 'equilibrio de poderes' no será tratada en este artículo. El autor espera que el lector derive por sí mismo la estulticia de esa triste pieza de la historia político-constitucional colombiana, al tenor de las tesis aquí expuestas.

#### **4. Amenazas que demandan acciones específicas e inmediatas**

El espacio para la acción de la democracia constitucional en Colombia es muy importante dadas las asimetrías de poder entre la ciudadanía, por una parte, y el Estado y el capital, por otra. Los derechos fundamentales consagrados en la Carta se estrellan contra los factores reales de poder, situación que convoca a la intervención de una institución independiente de los poderes fácticos —la rama judicial y, en especial, la Corte Constitucional—, garante del acuerdo fundamental ínsito en la Constitución. Sin embargo, este espacio de intervención desde la independencia no es terreno fácil o terso; tiene limitaciones que de no reconocerse harían nugatoria o pesada la acción de las instituciones de justicia (“No obstante, esta alternativa, llevada al extremo, parece conducir a desestructurar al Estado, a negar las probabilidades de planeación económica a mediano y a largo plazo, y a limitar desmedidamente la democracia representativa”<sup>10</sup>).

La justicia, elevada en su rol dentro del Estado social de derecho como resultado del movimiento histórico al que nos venimos refiriendo, está confrontada con un alto grado de *accountability*, que propongo en español como

---

<sup>10</sup> BERNAL, op. cit., p. 249-250.

*interpelabilidad*<sup>11</sup>. Así aupada, la justicia debería acerar su autocontrol y su competencia para asentar su legitimidad —surgida de la razón del juicio, que no del ejercicio electoral—.

El neoconstitucionalismo tendría que considerar al menos las siete variables<sup>12</sup> que se enuncian a continuación, para verse a sí mismo de manera sistémica:

- a) La capacidad fiscal real del Estado.
- b) La participación ciudadana.
- c) La capacidad de los juristas, magistrados de las altas cortes.
- d) La capacidad-efectividad del sistema continente como un todo (*i. e.*, el Estado).
- e) El rediseño del Estado en lo que hace al fundamento de su relación con la ciudadanía y la articulación entre poderes públicos sobre la base de construcción de relaciones de confianza responsable.
- f) La deferencia de los tribunales constitucionales para con las competencias legislativas, así como para con los ámbitos competenciales de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa (debo la inclusión de esta variable a artículos de la brillante obra a la que he venido haciendo referencia, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, de Carlos Bernal Pulido, en virtud de lectura que en nada compromete ni pretende comprometer a dicho autor<sup>13</sup>).
- g) La legitimidad de la justicia.

---

<sup>11</sup> Este término, según propongo, recoge a satisfacción el significado de *accountability*. No es menester acuñar términos especiales (como ‘responsabilidad’) ni esforzarse por estirar el significado castizo de responsabilidad. Si bien rendición de cuentas encaja bien en el sentido semántico de *accountability*, este último término señala una condición (el sufijo *ability*, o ‘(h)abilidad’ en castellano), en tanto que la primera expresión es un sustantivo consecuencia de la condición de *accountability* o *interpelabilidad*. Decir que una cantera es explotable indica su explotabilidad, en tanto que la explotación misma de la cantera es consecuencia de la condición dicha. Dios preguntó a Caín por Abel y aquel respondió: “¿Soy yo acaso guarda de mi hermano?”. Caín no rinde cuentas porque protesta no ser interpelable en ese dominio (el dominio de la suerte de su hermano Abel). *Interpelabilidad* es término castizo y recoge sin dudas el sentido semántico completo de *accountability*.

<sup>12</sup> En lo fundamental las cinco primeras variables de que trata este apartado, y la séptima, se toman (algunos párrafos entre comillas) de: BULA, Germán. Limitaciones de la constitucionalización en la profundización de la democracia colombiana: atención a la población desplazada, un estudio de caso. Tesis de grado. Bogotá, Madrid: Instituto de Altos Estudios Europeos, 2013.

<sup>13</sup> En particular, en este punto, al capítulo 2, “Corte Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad”, y al capítulo 3, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”.

En breve la presentación de estas siete variables —siendo la legitimidad al final una variable síntesis—, podría hacerse de la siguiente manera:

**a) La capacidad fiscal real del Estado**

La transformación de las condiciones de vida de la población colombiana depende de múltiples variables cuyo abordaje integral implica concebir particulares aplicaciones de la llamada economía del desarrollo. La inexcusable intervención del Estado requiere de capacidades operacionales y fiscales que deben ser construidas. Los tradicionales dilemas entre cañones y mantequilla, ahorro y gasto, inversión en infraestructura e inversión social, medio ambiente y desarrollo productivo, y suma y sigue, están en el centro del desafío. El eventual desconocimiento de esta realidad de parte de la jurisdicción constitucional podría generar contradicciones en el seno del Estado cuyo desenlace sería traumático<sup>14</sup>.

**b) La participación ciudadana**

Por otra parte, no hay ciudadanía sin democracia ni democracia sin ciudadanía. La construcción de una democracia inclusiva requiere de un proceso ‘de abajo hacia arriba’ que no es precisamente el que se ofrece desde la justicia. Pero es un hecho que el apoyo del Estado, mediante acciones que pueden ser compelidas desde la rama jurisdiccional en la textura de la constitucionalización, genera espacios sociales, económicos y políticos, y en la cultura política, que en sí mismos son medio y fin de cara a la democracia inclusiva<sup>15</sup>.

**c) La capacidad de los juristas, magistrados de las altas cortes**

Viene demandada por la naturaleza ciertamente monumental que caracteriza la tarea de tornar en realidad las posibilidades del neoconstitucionalismo en fallos concretos (que incluye lograr evitar la disonancia entre un lenguaje extremadamente sofisticado y el lenguaje común)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BULA, op. cit.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Es natural que en este punto llegue a la mente la idea del “juez hercúleo” de Ronald Dworkin.

**d) La capacidad-efectividad del sistema continente como un todo (i. e., el Estado)**

Se trata de que el cometido de diseñar y ejecutar políticas públicas de forma efectiva e influir positivamente para el logro de mayores niveles de desarrollo humano se convierta en una realidad vívida.

**e) El rediseño del Estado en lo que hace al fundamento de su relación con la ciudadanía y la articulación entre poderes públicos sobre la base de construcción de relaciones de confianza responsable**

El sistema judicial en su versión constitucionalizada comparte funciones de producción de políticas públicas que superan las meramente operacionales que lo caracterizaron durante siglos. Estos nuevos roles hacen emerger el rol de coordinación como una necesidad signada por nuevas características y un nivel más elevado, entre otros corolarios. El no reconocimiento mutuo entre el sistema político y el judicial, en torno al nuevo papel sistémico de la justicia, genera cegueras de lado y lado. Dado que el mentado rol sistémico implica que la justicia se abroga la defensa de derechos fundamentales insatisfechos, una ciudadanía activa es indispensable para establecer relaciones de causación circular que ayuden al cuidado de la legitimidad de aquella tanto como a evitar la emergencia de una situación en que la justicia deba enfrentar al resto de poderes fácticos como un poder fáctico ella misma, vale decir como una fuerza política en el sentido competitivo. Parto de la base de que un sistema efectivo es aquel que está organizado, regulado y gobernado de tal manera que produce los resultados para los que fue concebido; la relación operacional entre los subsistemas que componen un sistema implica que entre ellos haya acoplamientos estructurales.

**f) La deferencia de los tribunales constitucionales para con las competencias legislativas, así como para con los ámbitos competenciales de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa**

No parecería difícil sustentar la centralidad de estas relaciones en general, y en particular en el caso colombiano. En lo que hace a la relación con el legislativo, baste con citar las recientes declaraciones de la presidenta de la Corte Constitucional con ocasión del fallo relativo a la adopción por parejas del mismo sexo<sup>17</sup>:

---

<sup>17</sup> Corte no está restringiendo facultades del Congreso. Magistrada María V. Calle dice que en el debate quedó claro que adopción gay no afecta a los niños. El Tiempo [en línea]. 2015. Disponible en

A la pregunta: “La Corte ha dicho en otros fallos que le corresponde al Congreso legislar sobre la adopción igualitaria. ¿Cambió de posición?”, la magistrada respondió: “La Corte respeta profundamente las competencias del Congreso. Por eso, en múltiples ocasiones, desde hace varios años, viene solicitándole que supere los vacíos normativos en materia de protección y reconocimiento de las personas sin importar su sexo u orientación sexual. La legislación no puede dejar por fuera de su abrigo a algunas personas por su condición religiosa, origen familiar, sexo, orientación sexual o raza. Cuando ello ocurre, es deber del juez constitucional actuar en favor de las minorías y darles la protección que por la Constitución deben tener. Pero esas decisiones en modo alguno cambian o restringen las facultades del Congreso”.

En lo que hace a este apartado habría que reflexionar en torno a la participación de la ciudadanía, que opera también como un actor con capacidad de incidencia legislativa de acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>18</sup>, y, por lo tanto, puede ser actor de otras tensiones.

Por otro lado, flota de hecho en el ambiente desde hace varios años el debate alrededor de los llamados ‘choques de trenes’ por cuenta de la tutela contra sentencias, y es evidente que la pacificación del tema contribuiría a mantener un entorno favorable a los nuevos roles de la justicia. Por el contrario, como es obvio, el encono de estos enfrentamientos erosiona el entorno de legitimidad de la rama.

### **g) La legitimidad de la justicia**

“La legitimidad de la rama jurisdiccional es necesaria para la efectividad de su intervención. Al mismo tiempo esa legitimidad no se puede construir sobre la base de un esquema en que ella misma no aparezca como interpela-

---

internet: <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/adopcion-gay-en-colombia-corte-no-restringen-facultades-del-congreso/16430730>>.

<sup>18</sup> En la Sentencia SU-221 de 2015 se lee: “De hecho, según la jurisprudencia constitucional: ‘En la democracia participativa el pueblo no solo elige a sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes hayan elegido’”.

ble por la coherencia de sus fallos con las políticas públicas fundamentales”<sup>19</sup>. So pena de que la cuestión de la legitimidad termine por ser tratada como asunto teórico en el dominio meramente informacional y especulativo, dicha variable habrá de observarse más como una variable síntesis, o como una propiedad emergente de la manera en que interactúan el resto de variables relevantes. Es similar esta observación a la planteada por Dieter Nohlen sobre legitimidad y sistema electoral, en la que afirma que la legitimidad engloba a las demás variables. Resulta obvio exigir la legitimidad *ex ante*, vale decir la que se deriva de la legalidad de la rama judicial en el aparato del Estado. De otro lado, debería ser igualmente obvia la pertinencia de observar que esa legitimidad-legalidad *ex ante* se afinque y se valide en procesos y resultados operacionales concretos (la justicia como una realidad percibida positivamente por la ciudadanía). Estos resultados dependen del resto de factores y, en ese sentido, los ‘engloban’. Por último, no puede desconocerse que la legitimidad de la rama judicial está correlacionada con la del metasistema, es decir, con la del sistema político, el régimen, el Estado o el aparato del Estado (según la forma de nombrar el fenómeno utilizada por la corriente de pensamiento que actúe como observadora).

En efecto, si el neoconstitucionalismo pretende afectar el cambio requerido por sociedades del tipo de la colombiana, los fallos del juez constitucional, que tendría que estar conformado por *juristas de subrayada capacidad*, habrán de contar con el alto nivel de juicio que demandan *los aspectos fiscales y económicos* —amén de los jurídicos relativos a derechos fundamentales que se consideran condición previa—, al tiempo que deberá ser una creciente realidad vívida la *ciudadanía activa* como trasunto de la asunción de la Carta por la gente del común que, en tal tesitura, se habría apropiado de que allí están consagrados derechos fundamentales suyos con vocación concreta de convertirse en realidad. Del mismo modo, se requerirá *reconocimiento mutuo entre el sistema político y el judicial*, alrededor del nuevo papel sistémico de la justicia.

Aun contando con los mencionados haberes, el neoconstitucionalismo se enfrenta con el hecho de que sus sentencias, decisiones y órdenes deben ser ejecutadas y, por ende, es imprescindible contar con la *capacidad operacional* del Estado, de forma que no mengüe en la práctica la importancia teórica de la sabiduría del pronunciamiento judicial y se erosione con el tiempo la legiti-

---

<sup>19</sup> BULA, op. cit.

midad de la rama por ineffectividad concreta en la protección de los derechos. Al propio tiempo, el juez constitucional habrá de tener presente el *in dubio pro legislatore* y la deferencia para con las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, de forma y modo que las relaciones con el conjunto del aparato del Estado apunten a la construcción de una institucionalidad con capacidad para funcionar con la mayor armonía posible dentro del marco de las tensiones propias de las diferencias de abordaje de los derechos fundamentales. Y, dada la posibilidad de tensiones con la eventual actividad legislativa de la ciudadanía, tendría quizá que considerar la pertinencia de una especie de *in dubio pro cive*.

Así, la necesaria y delicada cuestión de *la legitimidad del juez constitucional* —frente a un ejecutivo y a un legislativo acostumbrados a una justicia limitada y que no dejan de expresar su molestia frente a la expansión del dominio de acción del poder judicial— resulta ser una propiedad emergente del conjunto del sistema, más que una variable independiente.

Desde el ángulo del derecho administrativo, vale traer a colación esta cita:

Los temas clásicos —legalidad, separación de poderes, formas de actuación, discrecionalidad, protección judicial efectiva, derecho de responsabilidad del Estado— no están superados. Pero adquieren una dimensión diferente: ya no son solo dogmas, sino que forman una relación que debe asegurar un control jurídica [sic] efectivo de la administración. Se trata de un 'mandato doble del derecho administrativo' que les garantiza protección al ciudadano y a la administración, el cumplimiento eficaz de sus tareas. Para ello es necesario utilizar la fuerza caracterizadora del sistema y el potencial de innovación de la Constitución<sup>20</sup>.

En la práctica ninguna variable es revisable de manera completamente aislada: la enunciación de cada factor es útil para efectos analíticos, pero es evidente la presencia de numerosos rizados de causación circular e impactos dinámicos cruzados entre las diferentes variables. La legitimidad está atada a la participación ciudadana y a la capacidad de los juristas que componen el juez constitucional; se retroalimenta con la percepción ciudadana de fallos justos y comprensibles para el común; el común quiere ver satisfechos en la práctica sus derechos fundamentales, pero a la vez la Corte se empodera al dar muestras de precaución

---

<sup>20</sup> SCHMIDT-AßMANN, op. cit., p. 38.

técnica en materia económica ampliada; las cortes fortalecen al sistema como un todo y a la vez dependen de la salud del Estado y de una sana articulación entre las ramas del poder público para hacer efectivos sus fallos, y suma y sigue. Se impone, pues, bajo cualquier ángulo de observación, el enfoque sistémico.

A manera de ejemplo de la necesidad del enfoque sistémico, volvamos a la T-025: estamos en su decimoprimer año de operación y el ‘estado de cosas inconstitucional’ no ha sido levantado en la medida en que no se ha acreditado el ‘goce efectivo de derechos’, al menos los mínimos indispensables, por parte de la población desplazada. Sin embargo, el auspicioso anuncio de que “Medellín innova estrategias para enfrentar el desplazamiento forzado”<sup>21</sup> muestra que los caminos para la solución o disolución de problemas como el del desplazamiento son diversos y que la combinación de vectores que empujen a la conciencia ciudadana y gubernamental pasa por el neoconstitucionalismo al mismo tiempo que lo excede. Otro elemento auspicioso en ese sentido viene constituido por la manera como el Departamento Nacional de Planeación (DNP) se ha apropiado del trabajo técnico sobre indicadores<sup>22</sup>.

Nunca estará de más recalcar el carácter complejo del tema de fondo: el desplazamiento (cuyo abordaje reclama una vez más el enfoque sistémico). El escritor e investigador libanés Nassim Nicholas Taleb ha refrescado la distinción entre sistemas complejos y no complejos, que recuerda entre otras la distinción propuesta por el gran pensador cibernético Heinz von Foerster entre máquinas triviales y máquinas no triviales<sup>23</sup>. Taleb conduce la distinción

---

<sup>21</sup> BERMÚDEZ, Andrés. Medellín innova estrategias para enfrentar el desplazamiento forzado. La Silla Vacía [en línea]. 2013. Disponible en internet: <<http://www.lasillavacia.com/historia/medellin-innova-estrategias-para-enfrentar-el-desplazamiento-forzado-46268>>.

<sup>22</sup> Puede accederse al documento reciente del dnp en <<http://www.admonpublica.org/gestion-publica/planeacion/327-seguimiento-goce-efectivo-derechos.html>>. En este documento se trabajan 26 indicadores: del derecho a la subsistencia mínima, del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho a la vivienda, del derecho al trabajo y a la generación de ingresos, del derecho al retorno y la reubicación, del derecho a la vida, del derecho a la integridad, del derecho a la libertad, del derecho a la seguridad, del derecho a la identificación, del derecho a la reunificación familiar, del derecho a la reparación integral, del derecho a la reparación colectiva, del derecho a la indemnización, del derecho a la restitución de tierras, del derecho a la protección y garantías de no repetición, del derecho a la rehabilitación, del derecho a la satisfacción, del derecho a la prevención, del derecho a la protección de tierras, del derecho a la alimentación, para mujeres, para niños, niñas y adolescentes, para personas con discapacidad, para personas mayores.

<sup>23</sup> VON FOERSTER, Heinz. *Cybernetics of Cybernetics*. 2<sup>nd</sup> ed. Minneapolis: Future Systems Inc., 1995.

a una conclusión aplicable al caso que nos ocupa: “In the complex world, the notion of ‘cause’ itself is suspect; it is either nearly impossible to detect or not really defined”<sup>24</sup>.

Las siguientes preguntas en relación con la T-025 son elocuentes:

*¿Cuánto tiempo puede una corte activista como la colombiana sostener un proceso de seguimiento que tiene claros costos institucionales y políticos? ¿Cuándo se puede considerar que el caso ha cumplido su cometido y se puede levantar el estado de cosas inconstitucional?*<sup>25</sup>

Y es también de recibo su planteo en el sentido de que “las intervenciones judiciales en casos estructurales son exitosas en la medida en que se vuelvan innecesarias”<sup>26</sup>.

Es evidente que este ensayo ha buscado proponer cómo cualesquiera visiones lineales causa-efecto, o enfoques reduccionistas de una u otra laya, carecen de capacidad para lograr el éxito en el acertado sentido planteado por Rodríguez. Se trata de abordar de manera recursiva el sistema social y político en procura de que la efectividad de sus propósitos fundamentales se consigan en el seno de la sociedad misma como producto de una elevada cultura política, por métodos consensuales, agónicos o alternativos —auto o heterocompositivos—; o en sede administrativa por la efectiva proactividad del Estado, o como consecuencia de las peticiones que le formule la ciudadanía. Las intervenciones judiciales se conciben en esta perspectiva como subsidiarias en tanto y en cuanto se ocupan de la complejidad residual que el sistema no es capaz de absorber por las vías antes mencionadas. Un abordaje como el que se acaba de describir no puede ser menos que sistémico.

En relación con la propuesta de tomar activo y especial cuidado sobre las variables enunciadas, se podría argumentar que no son del resorte exclusivo de la rama judicial o del juez constitucional en particular, lo cual no tiene discusión. Pero el juez constitucional y el resto de actores interesados en el avance de la justicia como medio efectivo de realización de derechos tendrían que ser conscientes del cuadro más amplio —sistémico— en el que se enmarca su actuación, en orden a derivar los corolarios que correspondan en relación con sus respectivas prácticas institucionales.

---

<sup>24</sup> TALEB, Nassim N. *Antifragile*. Nueva York: Random House, 2012. p. 56.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, op. cit., p. 277.

<sup>26</sup> *Ibid.*

También es posible señalar que las variables que se proponen como de especial cuidado son obvias y que resulta más fácil enunciarlas que impulsarlas en el sentido deseado para el asentamiento del neoconstitucionalismo, y tales afirmaciones serían inobjetables. Pero no debe dejar de observarse que el debate público en relación con estos temas muestra que es una necesidad impostergable poner sobre la mesa estas ‘obviedades’ (que suelen aparecer ‘obvias’ precisamente ;cuando se las devela!), y enseña que el futuro no admite prestidigitaciones ante la bola de cristal, sino trabajo coherente y sostenido en dirección a lograr propósitos sensatos. Y es menester subrayar que a las siete variables se las entiende aquí como discretas: no son binarias; se trata de materias complejas que demandan avances progresivos. En cualquier caso, es más factible avanzar en dirección a la sociedad y al Estado que queremos cuando se cuenta con diseños idealizados.

### Obras citadas

- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* [en línea]. 2014, vol. 15. Disponible en internet: <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=10034&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=10034&id_item_menu=5858)>.
- BERMÚDEZ, Andrés. Medellín innova estrategias para enfrentar el desplazamiento forzado. *La Silla Vacía* [en línea]. 2013. Disponible en internet: <<http://www.lasillavacia.com/historia/medellin-innova-estrategias-para-enfrentar-el-desplazamiento-forzado-46268>>.
- BERNAL, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BULA, Germán. *Limitaciones de la constitucionalización en la profundización de la democracia colombiana: atención a la población desplazada, un estudio de caso*. Tesis de grado. Bogotá, Madrid: Instituto de Altos Estudios Europeos, 2013.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-221 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte no está restringiendo facultades del Congreso. Magistrada María V. Calle dice que en el debate quedó claro que adopción gay no afecta a los niños. *El Tiempo* [en línea]. 2015. Disponible en internet: <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/adopcion-gay-en-colombia-corte-no-restringen-facultades-del-congreso/16430730>>.

- IGNATIEFF, Michael. El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna. Madrid: Taurus, 1999.
- OSPINA, Andrés. Presentación del libro *La constitucionalización del derecho administrativo*. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá).
- RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo. En: Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (15: 2014: Bogotá).
- TALEB, Nassim. Antifragile. Nueva York: Random House, 2012.
- VON FOERSTER, Heinz. Cybernetics of Cybernetics. 2<sup>nd</sup> ed. Minéapolis: Future Systems Inc., 1995.

**PARTE II**  
**REFORMAS CONSTITUCIONALES**  
**Y PODER CONSTITUYENTE**



# Los mecanismos de reforma de las constituciones liberales colombianas (1853, 1858 y 1863): entre la flexibilidad y la rigidez

Hugo Andrés Arenas Mendoza\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

Un tema de cardinal importancia en cualquier Constitución es la determinación de los mecanismos para su modificación, porque, en caso de reformar parcial o totalmente el contenido de la norma fundamental, se están revisando los principios que definen la organización del poder. Todo esto, porque, como lo explica Lasalle, la Constitución “[...] es la suma de los factores reales de poder que rigen dicho país”<sup>1</sup>.

Debido a la gran relevancia del tema, en Colombia desde las primeras constituciones decimonónicas se hace referencia expresa a los mecanismos o formalidades que se requieren para su modificación. En este sentido, las constituciones pueden ser rígidas o flexibles<sup>2</sup>, puesto que en algunos casos se requiere el mismo trámite de una ley ordinaria, pero en otros se eligió la posibilidad de incorporar requisitos adicionales, como una mayoría calificada para su aprobación o un mayor número de debates.

---

\* Profesor principal de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público. Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca; doctor en Estudios Jurídicos y Comparados de la Universidad de Trento; abogado, sociólogo y maestro en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

<sup>1</sup> LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Bogotá: Panamericana, 1996. p. 14.

<sup>2</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. 7ª ed. Bogotá: Temis, 1997. p. 323-324.

En el siglo XIX se promulgaron en Colombia las constituciones nacionales de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1863 y 1886<sup>3</sup>. Entre estas, solo las normas fundamentales de 1853, 1858 y 1863 fueron expedidas siguiendo los lineamientos de la ideología liberal<sup>4</sup>.

Con base en las anteriores precisiones, se debe aclarar que este artículo estudia los mecanismos de reforma de las primeras constituciones liberales colombianas, es decir, se analizarán la Constitución de la Nueva Granada de 1853, la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

En este orden de ideas, para el desarrollo del tema, el presente texto se divide en: 1. La Constitución de la Nueva Granada de 1853 y sus mecanismos de reforma; 2. La Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y su modificación por medio de leyes ordinarias; y 3. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y los mecanismos de reforma de la norma fundamental.

## 1. La Constitución de la Nueva Granada de 1853 y sus mecanismos de reforma

La Constitución de la Nueva Granada de 1853 es la primera Constitución liberal<sup>5</sup> colombiana<sup>6</sup>, que entra a reemplazar a la conservadora de 1843. Decía en el preámbulo: “En el nombre de Dios, legislador del universo, y por autoridad

---

<sup>3</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo colombiano. 10ª ed. Bogotá: Temis, 1996. p. 78-87.

<sup>4</sup> RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Constituciones de la primera república liberal. 1855-1885. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1985.

<sup>5</sup> “A los liberales, fundamentalmente, se les atribuyó el ser federalistas radicales, en cuanto a la organización del Estado; anticlericales en materia religiosa; proclives en economía al librecambismo y al *laissez-faire*; e imbuidos de tendencias utilitaristas, basadas principalmente en el pensamiento de Jeremy Bentham, en materias filosóficas y económicas”. SARMIENTO CIFUENTES, Fernando. La Constitución de la Nueva Granada de 1853. En: Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012. p. 193.

<sup>6</sup> “La Constitución de 1853 fue la primera carta sustancialmente liberal de la república; las que le siguieron —en el 1858 y en el 1863—, mantuvieron, no obstante algunas modificaciones, esa orientación”. MEJÍA ARANGO, Lázaro. Los radicales: historia política del radicalismo en el siglo XIX. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 89.

del pueblo”<sup>7</sup>, como sus antecesoras<sup>8</sup>; adicionalmente, incluye por primera vez la “autoridad del pueblo”.

Esta Constitución fue firmada por el presidente José María Obando en Bogotá el 21 de mayo de 1853 y, como lo recuerda Carlos Restrepo, provino de “[...] un proyecto iniciado dos años antes por los senadores Francisco Javier Zaldúa, José María Plata y Eugenio Castilla, en asocio con los representantes Carlos Martín, José María Rojas Garrido y Manuel María Mallarino, éste en disenso de algunos aspectos del proyecto general que concluyó su trámite de primera legislatura el 24 de mayo de 1851”<sup>9</sup>. Sus precursores ideológicos fueron los constitucionalistas Antonio del Real<sup>10</sup> y Florentino González<sup>11</sup>.

### 1.1. La Constitución de la Nueva Granada de 1853

La Constitución de 1853 tiene 65 artículos, divididos en capítulos, que son: I. De la República de la Nueva Granada y de los granadinos, II. Del gobierno de la república, III. De las elecciones, IV. Del poder legislativo, V. Del poder ejecutivo, VI. De la formación de las leyes, VII. Del poder judicial, VIII. Del régimen municipal y IX. Disposiciones varias.

En cuanto a la organización del poder en la Nueva Granada, se debe destacar que será constituida en forma de república democrática, libre y soberana (art. 1º) y tendrá un gobierno popular, representativo y responsable (art. 9º).

En relación con los derechos individuales, se reconocen por primera vez en su artículo 5º, compuesto por 11 numerales. Adicionalmente, se debe

---

<sup>7</sup> Constitución de 1843. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Compilación. 2ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 227.

<sup>8</sup> Constitución de 1843. Preámbulo. “En el nombre de Dios padre, hijo y espíritu santo [...]”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *ibid.*, p. 189.

<sup>9</sup> RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo xix*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 15.

<sup>10</sup> El proyecto de Constitución de 1853 de Antonio del Real se puede encontrar en: RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. Nº 5. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 55-86.

<sup>11</sup> “Comparados el proyecto de Antonio del Real y del texto constitucional definitivo se observan coincidencias apreciables, pero debe tenerse presente que aquel autor había incorporado al suyo —como lo declaró oportunamente— numerosas disposiciones del proyecto de 1851.

No es sorpresa, por tanto, comprobar que entre el texto de Florentino González y el de la Constitución de 1853 sean mínimas las coincidencias. Se trataba de dos concepciones muy distanciadas respecto de la forma de Estado”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo xix*, op. cit., p. 61.

hacer una especial mención al artículo 6º, que estipula: “Artículo 6º. No hay ni habrá esclavos en la Nueva Granada”<sup>12</sup>, con lo que se da rango constitucional al derecho a la libertad, que se había reconocido legalmente desde 1851<sup>13</sup>. De igual manera, se incorpora el sufragio universal masculino<sup>14</sup>, es decir, para los casados o mayores de 21 años (art. 3º).

En cuanto al tema de la organización territorial<sup>15</sup>, se debe empezar por el numeral 5 del artículo 10, que otorga al gobierno como facultad “la demarcación territorial de primer orden, a saber: la relativa a los límites del territorio nacional con los territorios extranjeros, y la división o deslinde de las provincias entre sí, y su creación o supresión”<sup>16</sup>.

Al lado del gobierno general, que tenía una serie de facultades y funciones determinadas, se planteaba la división geográfica en provincias o secciones territoriales con amplio poder municipal (art. 10); dentro de estas se podían crear distritos parroquiales (art. 14) y, finalmente, existían algunas secciones territoriales con un régimen propio, por ejemplo, los territorios nacionales y las aldeas (art. 47). Esta Constitución inicia un régimen de autonomía local<sup>17</sup>, puesto que,

---

<sup>12</sup> Constitución de 1853. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 229.

<sup>13</sup> “Luego, en el año de 1851, como parte de las reformas anticoloniales, la esclavitud fue abolida por la Ley 21 de mayo.

En ese momento había en la Nueva Granada 16 468 esclavos frente a un total de la población que, según el censo oficial de 1851, representaba el 3,78% de su total”. SARMIENTO CIFUENTES, op. cit., p. 184-185.

<sup>14</sup> “La Constitución de 1853 incorporaba la mayoría de las reformas que se habían adoptado y añadía algunas más. Una de estas era el sufragio masculino, respecto al cual muchos liberales tenían todavía reservas. Por encima de las dudas sobre la capacidad del individuo común para elegir inteligentemente a sus candidatos, existía el peligro de que los nuevos capacitados para votar, en vez de decidir independientemente, fueran manipulados por sacerdotes, terratenientes u otros jefes”. BUSHNELL, David. *Colombia, una nación a pesar de sí misma*. 17ª ed. Bogotá: Planeta, 2007. p. 162.

<sup>15</sup> Para profundizar sobre la organización del territorio, es recomendable dirigirse a: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *La organización territorial en el período de hegemonía liberal en Colombia (1849-1885)*. En: *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio*. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra. Bogotá: Ibáñez-Sala de Consulta y Servicio Civil-Asociación Internacional de Derecho Administrativo, 2014. p. 823-852.

<sup>16</sup> Constitución de 1853. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 230.

<sup>17</sup> “La Constitución Política del 20 de mayo de 1853 inicia, para el bien del país, un régimen de autonomía local, según la cual las provincias detentaban un poder general de atribuciones y el Estado quedaba sujeto a las expresas competencias que la misma Constitución le señalaba”. SANTOFIMIO

a partir de los lineamientos constitucionales, se expidieron más de 61 constituciones<sup>18</sup>, por parte de las legislaturas de cada provincia<sup>19</sup>.

Se observa que la Constitución de 1853 mantiene el régimen tradicional, aunque entrega fuertes facultades a las provincias, iniciando una organización federal con Estados soberanos<sup>20</sup>. Así mismo, en un artículo transitorio dispone: “El poder ejecutivo está facultado para celebrar tratados con las repúblicas de Venezuela y el Ecuador sobre el restablecimiento de la Unión Colombiana bajo un sistema federal de quince o más Estados, cuya organización definitiva se realice por una convención constituyente convocada según las estipulaciones de dichos tratados”<sup>21</sup>.

## 1.2. Los mecanismos de reforma de la Constitución de 1853

Corresponde hacer referencia a los mecanismos de modificación de la Constitución de 1853, los que quedaron establecidos en el artículo 57 en el

---

GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 299.

<sup>18</sup> “Durante el lapso comprendido entre noviembre de 1853 y enero a febrero de 1854, las provincias profirieron sus respectivas constituciones. Algunas de ellas las modificaron, llegándose a establecer el número total de 61”. SARMIENTO CIFUENTES, op. cit., p. 227.

<sup>19</sup> “Las constituciones provinciales, redactadas con sorprendente celeridad, pusieron en práctica los más raros principios del liberalismo, a veces con audacia no exenta de romanticismo. Veamos:

Las provincias organizaron con autonomía sus legislaturas y, por voto, secreto directo y universal eligieron a sus gobernadores y alcaldes. Los magistrados y fiscales de los tribunales eran nombrados por el voto popular de los ciudadanos de los respectivos distritos judiciales, de la misma manera que los tres magistrados de la Corte Suprema de la Nación.

Algunas constituciones seccionales reconocieron la ciudadanía desde los 18 años de edad (Pamplona, Soto). La de Sabanilla dispuso: ‘La provincia garantizará a todos los ciudadanos granadinos, vecinos de ella, el derecho de elegir y ser elegidos, y a los extranjeros que residan en su territorio, solo el de elegir (art. 2º)’. En sentido análogo la Constitución de Socorro.

El artículo 3º de la primera Constitución de Vélez reconoció a las mujeres el derecho del sufragio (1853) [...]”. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 41.

<sup>20</sup> “La Constitución de 1853 no estableció por sí misma la federación, pero sus instituciones abrieron la posibilidad de establecerla, lo cual ocurrió en el breve término aproximado de dos años. Ahora bien, se ha considerado que la Constitución de 1853, a más de ser federalista fue de centro, pues conservaba algunas características, las cuales, no obstante, quedaron sujetas a discreción de la ley”. SARMIENTO CIFUENTES, op. cit., p. 231.

<sup>21</sup> Constitución de 1853. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 241.

último capítulo de la norma fundamental, titulado “Capítulo IX. De las disposiciones varias”, estableciendo:

Artículo 57. La presente Constitución puede ser aclarada en el caso de oscuridad, por medio de una ley, y adicionada o reformada por alguno de los medios siguientes:

1. Por una ley discutida en los términos prescritos en la presente Constitución y que después de acordada y antes de pasarse al poder ejecutivo, sea declarada conveniente y necesarias por el voto de las cuatro quintas partes de los miembros de ambas cámaras. El poder ejecutivo no podrá negar su sanción a un acto legislativo expedido con tales formalidades.
2. Por una asamblea constituyente elegida al efecto, y convocada por medio de una ley, la cual asamblea se compondrá de tantos miembros cuando sean los senadores y representantes correspondientes a las provincias. La misma asamblea desempeñará, durante su reunión, y hasta tanto que, por la nueva Constitución se disponga otra cosa, las funciones atribuidas por la presente al Congreso general.
3. Por un acto legislativo acordado con las formalidades ordinarias, publicado para este solo efecto, y aprobado en la siguiente reunión ordinaria del Congreso sin variación declarada cardinal<sup>22</sup>.

De la lectura del anterior artículo, se deriva que la Constitución de 1853 incluyó tres posibles mecanismos para su reforma, que son: por medio de una ley, con una mayoría especial, con la creación de una asamblea constituyente y con base en un acto legislativo.

El primer mecanismo de reforma era por medio de ley especial, que requería una mayoría calificada, o correspondiente al voto favorable de las cuatro quintas partes de los miembros de ambas cámaras (el trámite normal legislativo estaba en los artículos 37 a 40). La segunda posibilidad era conformando una asamblea constituyente, manteniéndose proporcional la representación de los senadores y representantes de cada provincia. Y la tercera es mediante un acto legislativo, que debe ser aprobado por el Congreso, en la siguiente reunión ordinaria y sin contener variaciones importantes.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 240.

Posteriormente, el acto legislativo del 1º de febrero de 1858 incluyó un nuevo mecanismo, es decir, a partir de dicha fecha se podía cambiar la Constitución por medio de leyes ordinarias<sup>23</sup>. Esta oportunidad fue aprovechada por los demás territorios para erigirse en Estados soberanos y así nacerán los ocho estados miembros de: Panamá, Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena<sup>24</sup>. Así, se vio fuertemente debilitado el modelo centralista, sentando las primeras bases para el federalismo y se hizo evidente la necesidad de incorporar una nueva Constitución para Colombia<sup>25</sup>.

## 2. La Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y su modificación por medio de leyes ordinarias

El 1º de abril de 1857, Mariano Ospina sucede en la presidencia a Manuel Mallarino<sup>26</sup>, nombrando secretarios conservadores<sup>27</sup>. El 22 de mayo de 1858 se expide la Constitución<sup>28</sup>, invocando la presencia de Dios, afirmando: “Bajo

---

<sup>23</sup> Acto legislativo del 1º de febrero de 1858. “Artículo 1º. La Constitución puede adicionarse o reformarse en todo o en parte, de la misma manera que se adiciona o reforma una simple ley.

Parágrafo. Si las cámaras legislativas lo tuvieran por conveniente, podrán reunirse en Congreso, y allí, en los tres debates, acordarán el acto o los actos de adición o reforma de la Constitución.

Artículo 2º. El acto o actos que se expidan por el Congreso con el fin de adicionar o reformar la Constitución, por los trámites que establece el artículo anterior, no podrán ser objetados por el poder ejecutivo”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 258.

<sup>24</sup> ARENAS MENDOZA, *La organización territorial en el período de hegemonía liberal en Colombia (1849-1885)*, op. cit., p. 833-834.

<sup>25</sup> “Cinco años exactos tuvo de vigencia formal la Constitución de 1853. Desde 1855, con la creación del Estado de Panamá, los acontecimientos político-constitucionales tomaron rumbo hacia formas federalistas más acentuadas, que eran las predilectas del doctor González”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*, op. cit., p. 62.

<sup>26</sup> “La administración del doctor Mallarino estuvo caracterizada por una tolerancia política de que muy pocos gobernantes han podido hacer gala entre nosotros”. SAMPER BERNAL, Gustavo. *Breve historia constitucional y política de Colombia*. Bogotá: Talleres Editoriales de la Litografía Colombia S. A., 1957. p. 83.

<sup>27</sup> “El gobierno del presidente Ospina sucedió al del presidente Mallarino y se diferenció radicalmente de éste, pues a tiempo que el doctor Ospina había dado participación a los dos partidos, el doctor Ospina nombró como secretarios de Estado a tres conservadores: don Manuel Antonio Sanclemente para Gobierno y Guerra, don Juan Antonio Pardo para Relaciones Exteriores y don Ignacio Vergara para Hacienda”. BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. *La Constitución de 1858*. En: *Historia constitucional de Colombia*, op. cit., p. 263.

<sup>28</sup> “Desde 1857, la expedición de una nueva Constitución era un imperativo jurídico y de unidad nacional. Si bien la Constitución de 1853 no había sido derogada, su aplicación plena se veía impedida por las leyes que habían creado los Estados federales dotados de facultades reservadas a la nación en la carta vigente. Esta situación había originado también vacíos jurídicos, con grave riesgo para la institucionalidad y unidad de la república”. MEJÍA ARANGO, op. cit., p. 111.

la protección de Dios omnipotente, autor y supremo legislador del universo, han venido en acordar y decretar la siguiente Constitución Política para la Confederación Granadina<sup>29</sup>. Así, la Constitución fue “[...] expedida por un Congreso de mayoría conservadora y sancionada por uno de los fundadores del Partido Conservador, como fue el doctor Mariano Ospina Rodríguez, quien decía que era ‘católico, apostólico, romano y federalista’<sup>30</sup>.

## 2.1. La Constitución de la Confederación Granadina de 1858

La Constitución de 1858, inspirada en el proyecto de Constitución para la Nueva Granada<sup>31</sup> de Florentino González<sup>32</sup>, tiene 75 artículos, divididos en nueve capítulos, que son: I. De la nación y de los individuos que la componen, II. De los bienes y cargos de la Confederación, III. Facultades y deberes de los Estados, IV. Del gobierno de la confederación, V. De los derechos individuales, VI. Elecciones, VII. Disposiciones varias, VIII. Reforma de esta Constitución y IX. Disposiciones transitorias.

La Confederación Granadina estaba conformada por la unión de los Estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander (art. 1º). Se debe recordar que hasta 1861 será creado el Estado del Tolima<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Constitución de 1858. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 263.

<sup>30</sup> BRAVO ARTEAGA, *La Constitución de 1858*, op. cit., p. 242.

<sup>31</sup> Este proyecto ha sido recuperado por Carlos Restrepo; al respecto dirigirse a: RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. N° 5, op. cit., p. 55-86.

<sup>32</sup> “Había llegado el momento propicio para don Florentino González, fortificado como se hallaba ahora en la altura estratégica de la Procuraduría General de la Nación. La exposición de motivos con que acompañó en 1858 su nuevo —y esta vez victorioso— proyecto de Constitución para la Confederación Granadina es la condensación de su pensamiento constitucional, cultivado y difundido en treinta años de docencia universitaria, de estatista y de hombre de estudio.

[...]

Componían el proyecto del Procurador 63 artículos. 76 fueron los del texto final de la Constitución. Algunos de la iniciativa de aquel fueron omitidos y número apreciable el de los nuevos introducidos durante los debates. El inteligente líder conservador Carlos Holguín fue uno de los más activos participantes en los debates. Alrededor de una docena de los del proyecto quedaron sin modificación”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*, op. cit., p. 63-64.

<sup>33</sup> “Finalmente, en 1858 quedó consagrada la división propuesta el año anterior en la sesión de 8 de mayo por el general Tomás Cipriano de Mosquera. Excepción hecha del Estado del Tolima, creado en abril de 1861, [...]”. VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 1997. p. 151.

La competencia de los asuntos entre el gobierno general y los Estados soberanos quedó establecida en la Constitución de 1858, determinando: “Artículo 8°. Que todos los objetos que no sean atribuidos por esta Constitución a los poderes de la Confederación, son de competencia de los Estados”<sup>34</sup>. Los negocios de competencia exclusiva del gobierno general se encontraban en el artículo 15, desarrollados en 23 numerales. Adicionalmente, se debe resaltar que existían algunos negocios comunes al gobierno de la Confederación y al de los Estados, que aparecen en el artículo 16<sup>35</sup>.

En cuanto al tema de la organización territorial, se ve claramente la entrada de una forma de Estado federal, compuesta por ocho Estados con grandes atribuciones y un gobierno general o federal. Sobre la división administrativa anterior a la Constitución de 1858 se debe destacar que los cantones fueron abolidos en 1853 y el régimen provincial en 1856, siendo figuras ajenas al sistema federal compuesto por ocho Estados soberanos<sup>36</sup>.

La vigencia de la Constitución de 1858 fue bastante corta, puesto que las tensiones políticas-religiosas habían fomentado una serie de revoluciones locales que iniciaron principalmente en Santander<sup>37</sup>, Magdalena y Bolívar. Ante las cuales, el gobierno central de Mariano Ospina en mayo de 1858 decidió asignar inspectores de la fuerza pública armada en cada Estado, lo que indispuso a algunos dirigentes de los Estados soberanos<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Constitución de 1858. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 265.

<sup>35</sup> “Artículo 16. Son de competencia, aunque no exclusiva del gobierno de la Confederación, los objetos siguientes:

1. el fomento de la instrucción pública; 2. el servicio de correo; y 3. la concesión de privilegios exclusivos, o de auxilios para la apertura, mejora y conservación de las vías de comunicación, tanto terrestre como fluviales”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 268.

<sup>36</sup> “Los cantones fueron abolidos en 1853, y en el régimen provincial se perseveró hasta 1856, fecha en que fue creado el Estado Federal de Antioquia”. VIDAL PERDOMO, *El federalismo*, op. cit., p. 151.

<sup>37</sup> “Una serie de revoluciones locales contra los gobiernos de ciertos Estados anticiparon la guerra civil general. Se iniciaron en el Estado de Santander, que se había formado con la unión de las provincias de Socorro y Pamplona y que además era plaza fuerte del sector radical del Partido Liberal la mayoría de cuyos líderes habían sido gólgotas en años anteriores”. BUSHNELL, op. cit., p. 177.

<sup>38</sup> “En mayo de 1859 el gobierno asignó a cada Estado un inspector de la fuerza pública, que debía supervisar las fuerzas armadas estatales. Los liberales temieron que éstos y otros agentes nacionales enviados por el gobierno de Ospina se utilizaran para mirar a los gobiernos estatales no controlados por conservadores. Sus temores resultaron justificados cuando en 1860 el inspector militar nacional del Cauca inspiró una sublevación contra el gobierno estatal, precedido por el general Tomás Cipriano de

## 2.2. Los mecanismos de reforma de la Constitución de la Confederación Granadina de 1858

A diferencia de su predecesora, la Constitución de 1858 estableció la posibilidad de modificarla simplemente por medio de los mismos trámites que tenía una ley ordinaria. Así, el constituyente de 1858, que decidió mantener los lineamientos establecidos en el acto legislativo del 1º de febrero del mismo año, le dedicó el “Capítulo VIII. Reforma de esta Constitución”, al tema que nos ocupa. El capítulo tiene solamente un artículo, que decía:

Artículo 70. Esta Constitución podrá ser reformada con los requisitos siguientes:

1. Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las legislaturas de los Estados;
- y
2. Que la reforma sea discutida y aprobada en cada cámara con las formalidades establecidas para la expedición de las leyes<sup>39</sup>.

A partir de lo anterior, se debe explicar que el procedimiento para la formación de las leyes en la Confederación Granadina, que se encontraba en el “Capítulo III. Facultades y deberes de los Estados”, particularmente en la “Sección 4ª. De la formación de las leyes”, compuesta por los artículos 33 al 40, se podía sintetizar así: 1. se presentaba una propuesta proveniente de cualquiera de los miembros de las cámaras, algunos de los secretarios de Estado o del Procurador General (art. 33); 2. se requerían tres debates de cada una de las cámaras en diferentes días y contar con la aprobación absoluta de sus miembros (art. 34); 3. se necesitaba la sanción por parte del Presidente, quien podía retornar el proyecto (art. 35); 4. si el proyecto se devolvía por inconstitucional o inconveniente en su totalidad, existían dos posibilidades: i) si una de las dos cámaras estaba de acuerdo con las observaciones presidenciales, se archivaba el proceso, ii) si las dos cámaras consideraban infundadas las observaciones, el Presidente debía sancionar la ley (art. 36); 5. si el concepto del Presidente

---

Mosquera”. SAFFORD, Frank y PALACIOS, Marco. Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. Bogotá: Norma, 2004. p. 423.

<sup>39</sup> Constitución de 1858. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 282.

incorporaba observaciones parciales y a juicio de las cámaras eran fundadas, se reconsideraba el proyecto y se hacían las modificaciones. Si los cambios introducidos seguían las consideraciones del Presidente, estaba obligado a sancionarla, en caso contrario podía sugerir variaciones. Si una de las cámaras pensaba que eran infundadas las observaciones, se archivaba, pero, si las dos cámaras sostenían que las intervenciones presidenciales no eran pertinentes, el mandatario quedaba obligado a sancionarlas (art. 37); 6. el Presidente tenía el término de seis días para devolver el proyecto con observaciones y, en caso de no retornar el proyecto, tenía la obligación de sancionarlo (art. 38); 7. todo proyecto debía surtir dentro del mismo año, o tendría que cursar de nuevo todos los debates (art. 39); 8. Cada cámara podía insistir hasta por dos veces en las disposiciones que había aprobado; si no eran apoyadas por la otra cámara, se debían suprimir y, si eran totales, se debían archivar (art. 40).

La Constitución tiene una vigencia corta, por la guerra de 1860-1861, que inició cuando el general Mosquera proclamó la independencia del Cauca<sup>40</sup>, Estado que controlaba políticamente<sup>41</sup>. Otros Estados, como Bolívar y Santander, lo secundaron y declararon su autonomía. Como resultado, no se pudo instalar el Congreso en 1861<sup>42</sup>. El 18 de julio de 1861, el general Mosquera

---

<sup>40</sup> “El Cauca fue el eje minero del período colonial, y decayó en la segunda mitad del siglo XVIII; se quebraron en buena medida los lazos de sujeción esclavistas e indígenas; entró en crisis el modelo hacienda-mina; la región se fragmentó y perdió su tradicional hegemonía económica, aunque mantuvo una alta presencia política en el ámbito nacional hasta el período federal. Como efecto de su alto nivel de desintegración, durante el siglo XIX su economía decayó y su territorio se convirtió en campo propicio para la gestación de la mayoría de las guerras civiles de dicho siglo, especialmente de las de 1839-1842, 1851, 1859-1862 y 1876-1877”. ORTIZ MESA, Luis Javier. Capítulo 1. Guerras civiles e Iglesia católica en Colombia en la segunda mitad del siglo XIX. En: Ganarse el cielo defendiendo la religión. Guerras civiles en Colombia, 1840-1902. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. p. 71-72.

<sup>41</sup> “Pero la mayor fuerza política del gran Cauca de principios de la década de 1860 estaba formada por don Tomás Cipriano de Mosquera; era la época en la que el liberalismo draconiano caucano se agotaba en buena medida, en el temperamental e inteligente caudillo y en los ocho o diez lugartenientes que mantenía estratégicamente distribuidos en las diversas subregiones del Estado”. VIDAL PERDOMO, El federalismo, op. cit., p. 192.

<sup>42</sup> “Entrando el año de 1861, el Congreso no pudo instalarse por falta de algunos de sus miembros para completar el *quorum*, y como había concluido el período presidencial, el 1º de abril se encargó accidentalmente del poder ejecutivo el Procurador General de la Nación, doctor Bartolomé Calvo, en virtud del artículo 42 de la Constitución”. SAMPER BERNAL, op. cit., p. 91.

entró a Bogotá y tomó prisionero a Bartolomé Calvo<sup>43</sup>. Con esto, se dará por terminada la guerra, aunque subsistirán enfrentamientos a menor escala.

El 20 de septiembre de 1861, se producirá el Pacto de la Unión<sup>44</sup>, que reemplazó la Constitución de 1858<sup>45</sup>, entre los Estados soberanos de Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima. De esta reunión nacieron los Estados Unidos de Colombia, que se comprometerían a ayudarse mutuamente, a respetar su autonomía, a la defensa de los derechos fundamentales y organizar el Estado en general.

Concretamente, sobre los mecanismos de las reformas del Pacto, se debe transcribir el artículo 45 de la modificación del Pacto de la Unión de 1861, que disponía: “Artículo 45. El presente Pacto no se podrá derogar, reformar, interpretar, aclarar ni alterar en manera alguna, sino por un Congreso de plenipotenciarios en que estén representados todos los Estados, y que sea convocado al efecto por el Congreso de la Unión, a petición de la mayoría de los Estados. Estas derogatorias, reformas, interpretaciones aclaratorias o alteraciones sólo podrán versar sobre puntos que especialmente determine el Congreso”<sup>46</sup>.

De lo anterior se concluye que las normas ordinarias no pueden modificar el Pacto, sino que el único procedimiento válido de reforma es la convocatoria por parte del Congreso, a petición de la mayoría de los Estados, de un Congreso plenipotenciario o de una asamblea constituyente que los represente. Es decir, se pasa a un régimen supremamente estricto, para no continuar con ese estado de inseguridad jurídica que permitía la modificación de la Constitución por medio de leyes normales.

---

<sup>43</sup> “Por esa circunstancia conforme a la Carta Constitucional de 1858, asumió el mando el ministro de mayor edad del gabinete del último presidente constitucional, el rosarista Ignacio Gutiérrez Vergara. Ello le valió que tras ser capturado, Mosquera lo sentencia a muerte, pero la intervención de muchos a su favor logró que se conmutara la sentencia”. MAYORGA GARCÍA, Fernando. *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: una historia de sombras y luces*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 151.

<sup>44</sup> Pacto de la Unión de 1861. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 285-294.

<sup>45</sup> “Con el Pacto de la Unión y el Pacto Transitorio murió la Constitución de 1858, la cual tuvo un corta vigencia, de tan solo tres años y cuatro meses”. BRAVO ARTEAGA, La Constitución de 1858, op. cit., p. 272-273.

<sup>46</sup> Pacto de la Unión de 1861. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 293.

### 3. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y los mecanismos de reforma de la norma fundamental

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863<sup>47</sup> fue expedida por 70 representantes de cada uno de los nueve Estados, en la población de Rionegro, ubicada en el Estado soberano de Antioquia<sup>48</sup>; sin embargo, “[...] sus miembros fueron electos por voto directo, pero dada la situación política, únicamente entre los candidatos del liberalismo”<sup>49</sup>. En consecuencia, queda consagrada “la orientación liberal clásica en todos los órdenes”<sup>50</sup>.

#### 3.1. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863

La Constitución de 1863 contenía 93 artículos, divididos en trece capítulos<sup>51</sup>: I. La nación, II. Bases de la Unión, III. Bienes y cargas de la Unión, IV. Colombianos y extranjeros, V. El gobierno general, VI. Poder legislativo, VII. Poder ejecutivo, VIII. Poder judicial<sup>52</sup>, IX. Ministerio Público, X. Elecciones, XI. Disposiciones varias, XII. Reforma y XIII. Régimen.

El modelo constitucional quedó definido en el artículo 36, al determinar que “el gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por la naturaleza de sus principios constitutivos, republicano, federal, electivo, alternativo y responsable; dividiéndose para su ejercicio en poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial”<sup>53</sup>. Así, “[...] la preocupación de los constituyentes de Rionegro se centró

---

<sup>47</sup> “La Constitución de 1863 fue firmada por los convencionistas el 8 de mayo, o sea a los tres años exactos del grito de insurrección del general Mosquera contra el gobierno del doctor Ospina Rodríguez”. BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. *La Constitución de 1863*. En: Historia constitucional de Colombia, op. cit., p. 280.

<sup>48</sup> Estos constituyentes se reunieron desde el 4 de febrero de 1863 hasta la promulgación de la Constitución el 8 de mayo de 1863. Ver URIBE, Diego. *Las constituciones de Colombia: historia crítica y texto*. Tomo I. Madrid, 1977. p. 156.

<sup>49</sup> JIMÉNEZ, Luis. *El pensamiento liberal en las constituciones*. Bogotá: Ediciones El Tiempo, 1990. p. 45.

<sup>50</sup> SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, op. cit., p. 85.

<sup>51</sup> VIDAL PERDOMO, *El federalismo*, op. cit., p. 107-142.

<sup>52</sup> Para profundizar sobre el poder judicial y la Corte Suprema Federal en la Constitución de 1863 ver: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *La importancia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia (1863-1886) en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas nacionales*. En: *Instituciones judiciales y democracia*. Bogotá: Consejo de Estado, 2009. p. 335-368.

<sup>53</sup> Constitución de 1863. RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, op. cit., p. 313.

en dos puntos fundamentales: ilimitada autonomía para los Estados que conformaban la Unión, y el carácter absoluto de los derechos y libertades individuales<sup>54</sup>.

De este modo, los constituyentes liberales de 1863 se preocuparon profundamente por la garantía de los derechos individuales, creando un marco normativo adecuado para la defensa de las garantías mínimas que debía tener un país en sus etapas de construcción y consolidación. De esta manera, se redactó la “Sección 2. Garantía de los derechos individuales”, conformada por el artículo 15, que desarrollaba 16 numerales de garantías para los habitantes<sup>55</sup>.

Siguiendo a Vidal, la forma de Estado federal de la Constitución de 1863 tiene tres bases fundamentales: la noción del Estado compuesto, las competencias jurídicas de los Estados federados y la participación de los Estados miembros en las funciones federales<sup>56</sup>.

En lo referente a la organización territorial, la Constitución de 1863 implementa un verdadero modelo federalista<sup>57</sup>, con base en el derecho anglosajón<sup>58</sup>, dividiendo al país en nueve Estados autónomos y con un poder ejecutivo central débil, con unas funciones limitadas, donde se dejaban la mayoría de competencias a los Estados miembros.

Al lado de los Estados, se encontraban los territorios nacionales, que eran zonas cedidas por los Estados al gobierno general, porque no querían administrarlas por su ubicación geográfica. Estos eran las islas de San Andrés y Providencia (1866), San Martín (1867), Casanare (1867), Bolívar (1870),

---

<sup>54</sup> URIBE, op. cit., p. 159.

<sup>55</sup> Esos artículos fueron comentados por el constitucionalista colombiano Juan Félix de León en 1877 en: DE LEÓN, Juan Félix. Lecciones de ciencia constitucional. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009.

<sup>56</sup> Ver VIDAL PERDOMO, El federalismo, op. cit., p. 43-54.

<sup>57</sup> “La polémica alrededor del federalismo se convirtió en la tendencia política más representativa de Colombia y en general de Hispanoamérica en el siglo XIX. Fue la base de los planteamientos de la década 1850-1860, que llevaron al período del radicalismo y de la Federación Colombiana que se planteó en la Confederación Granadina (1858-1863) y los Estados Unidos de Colombia (1862-1886)”. OCAMPO LÓPEZ, Javier. Historia de las ideas federalistas en los orígenes de Colombia. En: El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 110.

<sup>58</sup> “Su antecedente conceptual y político es el *local government* anglosajón, que inspira todo el sistema de administración territorial de los Estados Unidos de América, y que constituye un paradigma en organización territorial”. MORELI, Sandra. La égida del centralismo en Colombia. Dos ejemplos históricos. En: El federalismo en Colombia, *ibid*.

la Nevada y Motilones (1871) y La Guajira (1871)<sup>59</sup>. La situación de estas entidades territoriales quedaría regida por el artículo 78<sup>60</sup>.

Es interesante recordar las palabras plasmadas por Manuel Pombo y José Guerra en su clásico texto de las *Constituciones de Colombia*, quienes sostenían:

No bien cerradas las sesiones de la Convención de Rionegro, las legislaturas de los Estados soberanos, haciendo uso de las facultades que se les conferían, se ocuparon desde luego en expedir sus respectivas constituciones y dar su voto para la elección de los latos empleados públicos, al propio tiempo que el pueblo se preparaba para la de sus respectivos mandatarios. Desde aquí empezó Colombia a ensayar un nuevo sistema federal, ya sin restricciones ni mezcla alguna de centralismo. Pero aquí empezaron también los conflictos emanados de aquella fingida preponderancia seccional<sup>61</sup>.

En cuanto a los hechos más relevantes de la época, hay que destacar dos esenciales: el primero, la Guerra<sup>62</sup> Civil de 1876-1877, en que triunfaron

---

<sup>59</sup> MAYORGA, Fernando. El proceso de codificación civil en Colombia. *En*: La codificación. México: Porrúa, 2006. p. 151.

<sup>60</sup> "Artículo 78. Serán regidos por una ley especial los territorios poco poblados, u ocupados por tribus indígenas, que el Estado o los Estados a que pertenezcan consientan en ceder al gobierno general con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales.

Desde que un territorio cuente población civilizada que pase de tres mil habitantes, mandará a la Cámara de Representantes un comisario, que tendrá voz y voto en la discusión de las leyes concernientes a los territorios, y voz, pero no voto, en las leyes de interés general. Desde que la población civilizada llegue a veinticinco mil habitantes, el territorio mandará, en vez de comisario, un diputado con voz y voto en toda discusión; y de cincuenta mil habitantes arriba, mandará los diputados que le correspondan de conforme al artículo 38 de esta Constitución". Constitución de 1863. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 325.

<sup>61</sup> GUERRA, José y POMBO, Manuel. Las constituciones de Colombia. Bogotá: Prensas del Ministerio de Educación Nacional, 1951. p. 171.

<sup>62</sup> "La exploración permitió comprobar que la guerra desempeñó un papel importante en la definición y conformación de las diferentes identidades regionales, en la consolidación de los Estados soberanos y sus clases dirigentes. Es más, diversos caminos, lugares geográficos, ciudades y poblaciones adquieren relevancia por el papel representado en los conflictos armados. Además, la sociología histórica mostró que existían núcleos societarios y políticos detrás de la guerra, garantes de su continuidad, pues sus motivos y fines no se satisfacían ni con la victoria ni con la derrota". BORJA, Miguel. Espacio y guerra. Colombia federal 1858-1885. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia-IEPRI, 2010. p. 264-265.

los liberales<sup>63</sup>; y el gobierno del presidente Núñez, que inicia el 8 de abril de 1880<sup>64</sup>. Del mismo modo, se debe tener en cuenta que “los caudillismos locales prosperaron y se manifestaron en varias guerras civiles. La última de estas en que se enfrentaron los liberales (defensores del liberalismo) y conservadores (centralistas) concluyó en la derrota del sistema federal y el fin de la Constitución de 1863, concluían así 22 años de experiencia federal”<sup>65</sup>.

Después de la guerra de 1884-1885, la Constitución liberal de 1863 llegaría a su fin abriéndole paso a la experiencia conservadora de la Regeneración<sup>66</sup> y a la Constitución centralista de 1886<sup>67</sup>; siguiendo, a Arenas, Charry, De la Fuente y Hernández, se debe precisar que “la Constitución de 1886 se redactó por un reducido y homogéneo número de delegatarios (18) durante ocho meses, bajo la dirección de los señores Núñez, Caro y Samper y con fundamento en unas bases claras y precisas que habían sido previamente aprobadas [...]”<sup>68</sup>. La

---

<sup>63</sup> ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. ¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la Guerra Civil de 1876-1878. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

<sup>64</sup> “El 8 de abril de 1880, en el Salón de Grados, ocupado por el Congreso y rodeado por una multitud, siendo ya cerca de las tres de la tarde se esperaba la llegada del Presidente. El ejército montaba guardia a lo largo de la calle, por la cual avanzaba Núñez lentamente, rodeado de las más elevadas personalidades políticas, bastante pálido por la fuerte dolencia que le había quejado durante los últimos meses, pero iluminada su mirada por repentinos destellos de satisfacción. Por fin —ya a los 58 años de edad— iba a ceñir su pecho la banda de los presidentes de Colombia”. LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio. Núñez. Bogotá: Grijalbo, 2011. p. 223.

<sup>65</sup> HERNÁNDEZ BECERRA, op. cit., p. 42-43.

<sup>66</sup> “De esa dominante obsesión por el orden que es impuesto como necesidad auténticamente sentida por quienes tienen conciencia del caos en que sumió a la nación la contraria pasión disolvente de liberación abolicionista, se derivará el estilo de todo el sistema constitucional ordenador: su fuerte estructura, su autoridad y poderes, su moderación y controles, su concepto de libertad y derechos limitados al servicio de principios morales y valores sociales que consolidan ese mismo orden”. SÁCHICA, Luis Carlos. La contrarrevolución restauradora de 1886. En: Historia constitucional de Colombia, op. cit., p. 333-334.

<sup>67</sup> Para una perspectiva muy interesante sobre la regeneración y la Constitución de 1886, ver BARRETO ROZO, Antonio. Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2011.

<sup>68</sup> ARENAS, Carlos; CHARRY, Juan; DE LA FUENTE, Carlos y HERNÁNDEZ, Augusto. Interpretación y génesis de la Constitución colombiana. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Casa de Comercio, 1993. p. 21.

Constitución fue sancionada por Núñez<sup>69</sup>, consagrando un Estado unitario, con la fórmula de centralización política y descentralización administrativa<sup>70</sup>.

### 3.2. Los mecanismos de reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863

Los mecanismos para la reforma de la Constitución de Rionegro quedaron establecidos en el “Capítulo XII. Reforma”, compuesto solamente por el artículo 92, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 92. Esta Constitución podrá ser reformada total o parcialmente con las formalidades siguientes:

1ª. Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las legislaturas de los Estados;

2ª. Que la reforma sea discutida y aprobada en ambas cámaras conforme a lo establecido para la expedición de las leyes; y

3ª. Que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado.

También puede ser reformada por una convención convocada al efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las legislaturas de los Estados, y compuesta de igual número de diputados por cada Estado<sup>71</sup>.

De la lectura del anterior artículo se desprende que el constituyente de 1863 estableció dos procedimientos para la reforma de la Constitución.

El primer mecanismo tenía que cumplir con los requisitos de: 1) ser solicitada por la mayoría de los representantes del Congreso de los Estados

---

<sup>69</sup> “Del 9 de septiembre de 1885 cuando el presidente Núñez desde el balcón de la residencia presidencial proclamó ‘la Constitución de 1863 ha dejado de existir’, hasta el 5 de agosto de 1886, dá en que el encargado del poder ejecutivo, general Campo Serrano, sancionó la nueva Constitución, se abre un arco de horizonte en que dos figuras humanas dominaron el escenario nacional: Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX, op. cit., p. 96-97.

<sup>70</sup> “De la derrota de la fórmula federal, que tuvo a Rafael Núñez como protagonista principal, surgió el Estado unitario, que nació bajo los postulados del centralismo político y la descentralización administrativa”. VIDAL PERDOMO, Jaime. Los departamentos y las regiones. En: El federalismo en Colombia, op. cit., p. 85.

<sup>71</sup> Constitución de 1863. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Constituciones políticas nacionales de Colombia, op. cit., p. 327.

miembros; 2) que la reforma sea discutida y aprobada según el trámite de una ley normal (arts. 54 a 59); y 3) que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado soberano miembro (sobre la composición del poder legislativo y de sus dos cámaras se hace referencia en los artículos 37 a 68).

El segundo procedimiento para reformarla era por medio de una convención convocada por la totalidad de las legislaturas y de igual número de diputados por cada Estado; es decir, en la práctica se requería tanto de tres senadores como de otros tres representantes, de cada uno de los nueve Estados. Se debe recordar que el número de los representantes a la Cámara dependerá del número de habitantes de cada Estado, en razón de 1 por cada 50 000 personas y uno más si el residuo no baja de 20 000 (art. 38).

La estricta<sup>72</sup> redacción del artículo 92 de la Constitución de 1863 sobre los mecanismos de modificación fue fuertemente denunciada por el pensamiento de la época; así, por ejemplo, Justo Arosemena en 1870 sostuvo: “*Reforma*. Se dificulta sobremanera por las reglas del artículo 92, aunque no creemos que tal haya sido la intención”<sup>73</sup>. De la misma forma, José María Samper al referirse al tema en 1881 consideraba:

Graves, gravísimas son las disposiciones relativas a la reforma, porque, exigiendo para ella, por una u otra vía, la unanimidad de los votos de los Estados, volvieron poco menos que imposible toda enmienda, general o parcial. La república ha pasado por muy dolorosas vicisitudes, consecuencias del optimismo de los constituyentes y de la consagración de la unanimidad de votos soberanos, como principio inherente a la Confederación de los Estados<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> “El exagerado celo de los radicales constituyentes de Rionegro de conferirle a las nuevas instituciones una permanencia sólida, provino de su recta intención de darle al país una estructura política y administrativa que no fuera vulnerable a las circunstancias de los enfrentamientos partidistas”. MEJÍA ARANGO, op. cit., p. 252.

<sup>73</sup> RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. N° 6. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 83.

<sup>74</sup> RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. N° 2. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 303.

Siguiendo a Juan Bravo, ya en un análisis muy reciente de hace menos de un quinquenio, al estudiar la redacción del artículo 92 de la Constitución de 1863 en el mismo sentido, afirmaba que “tales requisitos hacían irreformable la Constitución en la práctica, lo cual explica que su fin hubiera sido la frase del presidente Rafael Núñez, pronunciada desde el balcón del Palacio Presidencial cuando la multitud lo aclamaba al conocerse en el capital el desastre de la Humareda, ocurrido el 17 de junio de 1885: ‘Señores: la Constitución de 1863 ha dejado de existir’<sup>75</sup>.”

## Conclusiones

- 1) El tema de las reformas constitucionales reviste una importancia central en cualquier texto constitucional, puesto que una modificación parcial o total puede llegar a cambiar la distribución de los poderes y la organización de las instituciones en cualquier Estado. En el caso colombiano, se constató que en las primeras constituciones liberales se consagraron mecanismos para realizar reformas constitucionales.
- 2) El pensamiento liberal en Colombia tuvo su apogeo entre 1849 y 1885, años en que se fortalecieron los derechos individuales y la forma de Estado federal. Durante este lapso se introdujeron tres constituciones liberales: la de la República de la Nueva Granada de 1853, la de la Confederación Granadina de 1858 y la de los Estados Unidos de Colombia de 1863.
- 3) La Constitución de 1853 fue la primera Constitución liberal, en ella apareció por primera vez, al lado del nombre de Dios, el de las autoridades; también desarrolló un listado de derechos individuales y la prohibición de la esclavitud. En cuanto a su modificación, en el artículo 57 se establecieron tres mecanismos: 1) por medio de una ley, con una mayoría especial; 2) con la creación de una asamblea constituyente y 3) con base en un acto legislativo.
- 4) La segunda Constitución liberal fue la de la Nueva Granada de 1858, que se preocupó por la defensa de los derechos individuales de las personas en el artículo 56. El tema de los mecanismos para su reforma quedó contenido en su artículo 70, que, siguiendo los lineamientos del acto legislativo del 1º de febrero de 1858, definió

---

<sup>75</sup> BRAVO ARTEAGA, La Constitución de 1863, op. cit., p. 280.

que la norma fundamental se podía reformar por medio del trámite de una ley ordinaria.

- 5) La tercera Constitución liberal fue la de los Estados Unidos de Colombia de 1863, donde se lograron las máximas expresiones de la ideología liberal, fue la primera Constitución colombiana que fue expedida “en nombre y por la autorización del pueblo y de los Estados Unidos colombianos que representa”. Así mismo, continúa con la preocupación por la defensa de los derechos individuales de las personas, concretamente en el artículo 15. En relación con su modificación, el artículo 92 estableció unos requisitos muy rígidos que la hacían inmodificable en la práctica, como fue registrado en este artículo.
- 6) Algunas de las constituciones del siglo XIX conocían la diferencia jerárquica entre la ley y la Constitución, puesto que no se podían modificar por medio de una ley ordinaria. Del mismo modo, se ha demostrado que durante el lapso liberal se podían poner mecanismos mucho más sólidos que la simple ley y que, en ocasiones, eran tan estrictos que hicieron que en la práctica fueran casi imposibles las reformas constitucionales.

## Obras citadas

### Normativas

Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853.

Acto Legislativo del 1º de febrero de 1858.

Constitución de la Confederación Granadina de 1858.

Pacto de la Unión del 20 de septiembre de 1861.

Pacto Transitorio del 20 de septiembre de 1861.

Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Constitución Política de la República de Colombia de 1886.

### Bibliográficas

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. ¿Estado irresponsable o responsable?

La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la Guerra Civil de 1876-1878. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. La importancia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia (1863-1886) en la consoli-

- dación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas nacionales. En: Instituciones judiciales y democracia. Bogotá: Consejo de Estado, 2009. p. 335-368.
- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. La organización territorial en el período de hegemonía liberal en Colombia (1849-1885). En: Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra. Bogotá: Ibáñez-Sala de Consulta y Servicio Civil-Asociación Internacional de Derecho Administrativo, 2014. p. 823-852.
- BARRETO ROZO, Antonio. Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2011.
- BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. La Constitución de 1858. En: Historia constitucional de Colombia. Siglo xix. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012. p. 237-273.
- BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. La Constitución de 1863. En: Historia constitucional de Colombia. Siglo xix. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012. p. 275-322.
- BORJA, Miguel. Espacio y guerra. Colombia federal 1858-1885. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia-IEPRI, 2010.
- BUSHNELL, David. Colombia, una nación a pesar de sí misma. 17ª ed. Bogotá: Planeta, 2007.
- DE LEÓN, Juan Félix. Lecciones de ciencia constitucional. Bogotá: Academia Colombiana de jurisprudencia, 2009.
- GUERRA, José y POMBO, Manuel. Constituciones de Colombia. Bogotá: Prensas del Ministerio de Educación Nacional, 1951.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- JIMÉNEZ, Luis. El pensamiento liberal en las constituciones. Bogotá: Ediciones El Tiempo, 1990.
- LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? 3ª ed. Bogotá: Panamericana, 1996.
- MAYORGA GARCÍA, Fernando. El proceso de codificación civil en Colombia. En: La codificación. México: Porrúa, 2006.

- MAYORGA GARCÍA, Fernando. El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: una historia de sombras y luces. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- MEJÍA ARANGO, Lázaro. Los radicales: historia política del radicalismo en el siglo XIX. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MORELI, Sandra. La égida del centralismo en Colombia. Dos ejemplos históricos. En: El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. 7ª ed. Bogotá: Temis, 1997.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier. Historia de las ideas federalistas en los orígenes de Colombia. En: El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997.
- ORTIZ MESA, Luis Javier. Capítulo 1. Guerras civiles e Iglesia católica en Colombia en la segunda mitad del siglo XIX. En: Ganarse el cielo defendiendo la religión. Guerras civiles en Colombia, 1840-1902. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Constituciones políticas nacionales de Colombia. Compilación. 2ª ed. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 1995.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Constituciones de la primera república liberal. 1855-1885. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. Nº 2. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. Nº 5. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. Nº 6. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo colombiano. Bogotá: Temis, 1996.

- SÁCHICA, Luis Carlos. La contrarrevolución restauradora de 1886. En: Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012. p. 323-385.
- SAFFORD, Frank y PALACIOS, Marco. Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. Bogotá: Norma, 2004.
- SAMPER BERNAL, Gustavo. Breve historia constitucional y política de Colombia. Bogotá: Talleres Editoriales de la Litografía Colombia S.A., 1957.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SARMIENTO CIFUENTES, Fernando. La Constitución de la Nueva Granada de 1853. En: Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.
- URIBE, Diego. Las constituciones de Colombia: historia crítica y texto. Tomo I. Madrid, 1977.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. El federalismo. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 1997.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Los departamentos y las regiones. En: El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.



# Reformas constitucionales en Italia: ¿sí o no?

Adriana Camacho Ramírez\*  
Mónica María Cuervo Aparicio\*\*  
*Universidad del Rosario (Colombia)*

## Introducción

Se están tomando importantes decisiones en los últimos años de la historia italiana. Matteo Renzi, primer ministro, ha sido el protagonista.

Frente a la incapacidad del sistema italiano de garantizar algunos derechos constitucionales, en un momento de crisis económica, política y social no solo en el panorama europeo, sino a nivel mundial, el nuevo gobierno reforma aspectos laborales, electorales, y proyecta una reforma constitucional que deberá el pueblo, seleccionando sí o no, definir a través del referéndum constitucional previsto para octubre de 2016.

A continuación, los puntos más importantes de las nuevas leyes y procedimientos que están cambiando el panorama legal italiano, no sin antes ver la ratio de los mecanismos de revisión de la Constitución previstos para los países legocentristas.

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario; abogada de la Università degli Studi di Milano (Italia); Maestría en Derecho Laboral y Administración del Personal en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia); doctora en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Profesora de carrera y miembro del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: [adriana.camacho@urosario.edu.co](mailto:adriana.camacho@urosario.edu.co)

\*\* Abogada de la Universidad del Rosario; especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derecho de Sociedades de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora del Área de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario y conferencista en derecho laboral en otras universidades; litigante y consultora independiente. Correo electrónico: [monica.cuervo@urosario.edu.co](mailto:monica.cuervo@urosario.edu.co)

## 1. Precisiones conceptuales previas

De antaño se ha entendido por referendo “la aceptación o rechazo por los gobernados, de un texto legal que ha sido sometido a su consideración por el gobernante, ya sea *motu proprio* o a solicitud ciudadana”<sup>1</sup>.

En este sentido, el referendo constituye uno de los mecanismos de participación ciudadana más importantes, teniendo en cuenta que fortalece a la sociedad mediante el esquema de democracia representativa y la vincula en la actividad del Estado<sup>2</sup>.

La clasificación del referéndum es variada, en algunos casos se establecen diferencias dependiendo del objeto que se persigue con su ejecución y, del otro, dependiendo de las normas que son ‘afectadas’ con este.

Así, en razón al objeto del referéndum, se ha entendido que este puede ser aprobatorio, cuando se pretende que la ciudadanía apruebe o rechace total o parcialmente un acto legislativo o una ley no promulgada por el Congreso o la corporación pública que corresponda; y derogatorio, cuando se pretende que la ciudadanía derogue una ley, ordenanza o acuerdo promulgado por la corporación facultada para ello.

Igualmente, existe otra clasificación de esta figura estructurada en razón a las normas objeto de decisión por parte del pueblo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Carlos Ariel. Derecho electoral colombiano. 2ª ed. Legis, 1997. p. 306.

<sup>2</sup> SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana. 1ª ed. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 70-71. En este mismo sentido, señala el autor que “la potenciación de la participación ciudadana en la actividad estatal se concretó en el término democracia participativa con el que se hace alusión, de una parte, a las distintas formas de democracia directa que establece la Constitución, en orden a incrementar las tomas de decisión por la ciudadanía, y de otra parte, al objetivo de dar la mayor transparencia posible a la actividad de la administración pública mediante la implementación de mecanismos que faciliten la participación de los ciudadanos”.

<sup>3</sup> En tal sentido, el referéndum podría ser: 1) *Constitucional*: cuando la norma cuya reforma se pretende es la Constitución Nacional. Este tipo de referendo se fundamenta en el principio según el cual el pueblo es titular del poder de reforma constitucional. 2) *Referéndum abrogatorio de leyes y de otras normas*: que tiene como objeto “la supresión total de la vigencia y, por lo tanto, de la obligatoriedad de una ley”. La abrogación puede ser expresa cuando un nuevo ordenamiento declara la abrogación de otro anterior que regulaba la misma materia que regulará ese nuevo ordenamiento” y “tácita, cuando no resulta de una declaración expresa de otro ordenamiento, sino de la incompatibilidad total o parcial que existe entre los preceptos de una ley anterior y otra posterior, debiendo aplicarse u observarse, ante la incompatibilidad de preceptos, los del ordenamiento posterior”. 3) *Referéndum de revocación de mandato*: que hace referencia a “[...] la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo de elección popular mediante referéndum”. 4) *Referéndum sobre materias de especial trascendencia*: que en Latinoamérica se ha identificado “[...] en cuatro sistemas constitucionales: Colombia, Ecuador, Guatemala y Venezuela”, habiendo sido previsto, por ejemplo, en Colombia (C.P., art. 104),

## 2. A propósito del referéndum en Italia

Si la Constitución de la República Italiana<sup>4</sup>, al par de las otras cartas constitucionales europeas, por ejemplo, la alemana<sup>5</sup>, hubiera previsto el referéndum constitutivo, por medio del cual el cuerpo electoral es llamado a aprobar proyectos de ley en lugar del Parlamento, habría sin lugar a dudas dado pie a la creación de una nueva tipología de fuente-acto, muy interesante, importante y, de cierta manera, peligrosa. Sin embargo, esta hipótesis fue directamente rechazada, por incompatibilidad con la forma parlamentaria del gobierno.

Así, la Asamblea Constituyente se limitó a configurar tres formas de referéndum: el abrogativo, el consultivo y el aprobativo, y excluyó el constitutivo, como fue indicado anteriormente.

El referéndum abrogativo (o derogatorio), sin duda el más importante de los tres (desde la óptica de la cantidad de veces que se ha acudido a él), disciplinado por el artículo 75 de la Constitución<sup>6</sup>, es aquel por medio del cual los electores pueden “decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley”.

El referéndum consultivo, denominado así por la doctrina<sup>7</sup> (aunque, para muchos, los referéndums en Italia son solamente dos: abrogativo y

estableciendo que “esta modalidad de referéndum con carácter vinculante, el que supone la iniciativa del Presidente de la República con la firma de todos los ministros y previo pronunciamiento favorable del Senado de la República”, tiene como objeto el pronunciamiento del pueblo en relación con temas de trascendencia nacional. 5) *Referéndum vinculado a temas territoriales, regionales y locales*: que se contempla para decisiones que comprometen a la ciudadanía en su conjunto y no para resolver conflictos o materias regionales o locales.

Ver Boletín Mexicano de Derecho Comparado. [en línea]. Enero-abril, 2013, vol. 46, no. 136. Disponible en internet: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332013000100010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332013000100010&script=sci_arttext)>.

<sup>4</sup> Constitución de la República Italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1º de enero de 1948, actualizada con las modificaciones introducidas por las leyes de revisión constitucional.

<sup>5</sup> Constitución alemana de 1919, artículo 73, párrafo tercero.

<sup>6</sup> Constitución de la República Italiana. “Artículo 75. Se celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500 000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales.

No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales.

Tendrán derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados.

La propuesta sometida a referéndum será aprobada si ha participado en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y si se alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos.

La ley determinará las modalidades de celebración del referéndum”.

<sup>7</sup> SCUDIERO, Michele. Il referéndum nell’ordinamento regionale. Napoli: Jovene, 1971. En igual sentido, MARTINES, Temistocle. Il referéndum negli ordinamenti particolari. Milán: Giuffrè, 1960.

aprobativo o constitutivo), sirve precisamente para consultar una decisión directamente con el pueblo<sup>8</sup>.

El tercer referéndum es aquel aprobativo de la ley de revisión de la Constitución y de otras leyes constitucionales, según el segundo párrafo del artículo 138<sup>9,10</sup>.

Ahora, tanto en el segundo como en el tercer caso se trata de referéndums que se incluyen en procedimientos formativos de leyes estatales ordinarias o de leyes constitucionales, concretizando fases autónomas de los mismos procedimientos, aunque la verdadera fuente sea siempre formada, en ambas hipótesis, de las leyes y no de los referéndums que se propongan.

En Italia, el referéndum aprobativo o también llamado constitucional es una herramienta de decisión popular directa para un eventual proceso de revisión de las normas de la Constitución. Así, se ha previsto para este tipo de revisiones “un procedimiento esencialmente indirecto, según el cual el constituyente es el Parlamento y las reformas son sometidas a consulta popular sólo en caso que sean aprobadas con menos de los dos tercios de los votos de las cámaras y si, además, lo solicitan la quinta parte de los miembros de una cámara, quinientos mil ciudadanos o cinco consejos regionales”<sup>11</sup>. El proyecto de reforma es de exclusiva iniciativa del Parlamento, en donde en las cámaras viene discutido, aprobado o rechazado para su aprobación en una doble vuelta,

---

<sup>8</sup> Ejemplo de este se realizó el 18 de junio de 1989, en donde se le consultó a los ciudadanos con derecho a votar si estaban de acuerdo que la Comunidad Europea se convirtiera en una Unión, prevista de gobierno y con Constitución europea. Los electores acudieron numerosos a participar de este referéndum consultivo (hubo solo el 20% de abstencionismo), y el resultado fue: 88,03% por el sí y 11,97% por el no. Ver: Archivo Histórico de la Elección. Disponible en internet: <<http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=18/06/1989&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&ces0=S&cms=S>>.

<sup>9</sup> Sección II. Revisión de la Constitución. Leyes constitucionales. “Artículo 138. Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación.

Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o 500 000 (quinientos mil) electores o 5 (cinco) consejos regionales.

La ley sometida a referéndum no se promulgará si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos. No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes”.

<sup>10</sup> Ver además: MAZZONI HONORATI, Maria Luisa. Referéndum nella procedura di revisione costituzionale. Milán: Giuffrè, 1982.

<sup>11</sup> ROZO ACUÑA, Eduardo. La reforma constitucional en Italia: procedimiento y contenido. *En*: Estudios Socio-Jurídicos. Enero-junio, 1999. vol. 1, no. 1.

es decir, dos deliberaciones y dos votaciones sucesivas, y el voto favorable de la mayoría absoluta de cada Cámara en la segunda votación<sup>12</sup>.

En el primer caso de la clasificación de referéndum, aquel derogatorio, el cuerpo electoral no dispone —a través de esta figura— sino de la derogación o de la permanencia en vigor de la disciplina legislativa entregada al voto popular. Además, prevalece en la doctrina<sup>13</sup> la idea de que el referéndum se resuelva, si es que los electores se expresan a favor de la derogación, en una fuente-acto. Ciertamente es que esta fuente se diferencia de la generalidad de otras fuentes normativas, dado su carácter necesariamente ‘unidireccional’ o ‘en sentido único’, que no puede generar sino una “legislación negativa”<sup>14</sup>.

### 3. Los escasos referéndums aprobatorios en la historia de la República

La idea o la necesidad de reformar la Constitución ha sido materia de controversia por lo menos en los últimos 30 años. En efecto, se han nombrado diversas comisiones parlamentarias para el análisis y la preparación de proyectos de la reforma, pero pocas han tenido éxito.

El referéndum constitucional se ha aplicado solamente dos veces en la historia de la República<sup>15</sup>, seguramente influenciado por el escepticismo que desde el inicio presenta esta institución<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> CRISAFULLI, V. Vicende della ‘questione regionale’. En: Le Regione, 1982. p. 495 y ss.

<sup>14</sup> Ibid. En igual sentido: SALERNO, M. Referéndum. En: Enciclopedia del diritto. Vol. XXXIX. Milán: Giuffrè, 1988. p. 247.

<sup>15</sup> “El trascendental referéndum por el que el pueblo italiano decidió sobre la forma institucional del Estado (monarquía o república) tras la Segunda Guerra Mundial, se convocó y celebró de acuerdo con cuanto preveía el decreto legislativo luogotenenziale, núm. 98, de 16 de marzo de 1964, que modificaba el anterior de 25 de junio de 1944, con el que Italia se había dado, tras el Pacto de Salerno entre el rey Vittorio Emanuele III —que cedía todas las funciones regias a un lugarteniente general del reino— y los partidos políticos antifascistas integrados en el Comitato di Liberazione Nazionale”. BARIILE, P. Costituzione italiana. En: Novissimo digesto italiano. Vol. IV. Turín, 1959. Citado por SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano: entre las (incompletas) previsiones normativas y la (creativa) jurisprudencia constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Septiembre-diciembre, 1992. año 12, no. 36, p. 191.

<sup>16</sup> Antes del año 1948, el referéndum era una figura desconocida en el ordenamiento constitucional italiano, percibiéndose en la asamblea constituyente una postura mayoritaria de completa desconfianza hacia esta. Así, la asamblea rechazó explícitamente la incorporación al texto fundamental de variantes como el referéndum suspensivo, por considerar peligroso el posible ‘obstruccionismo extraparlamenta-

La primera de ellas fue el 7 de octubre de 2001 sobre la reforma del título V de la parte II de la Constitución (que rige el sistema regional). En esa ocasión, el electorado aprobó la reforma, no obstante las innumerables anteriores ocasiones en las que se propuso modificar las normas existentes sobre la materia.

El segundo referéndum constitucional se realizó en junio de 2006, donde los ciudadanos debían aprobar las modificaciones que habían sido aprobadas por el Parlamento, consistente en cambiar 53 de los 80 artículos que componen la parte organizativa de la Carta de 1947. “Se trataba de una reforma amplia e incisiva, que tenía como objeto la forma de gobierno, el sistema bicameral y el reparto de competencia legislativa entre el Estado y las regiones”<sup>17</sup>, además de algunas reglas sobre la elección de jueces de la Corte Constitucional y colocaba límites al poder del Presidente de la República.

En esta oportunidad, la decisión ciudadana fue clara y contundente: “Con la participación al voto del 53,6 por ciento de los derechohabientes, el 61,7 por ciento de los votantes ha rechazado la reforma constitucional, confirmando la vigencia de la Constitución de 1947”<sup>18</sup>.

Tal parece ser la situación actual italiana el nido para el nacimiento del tercer referéndum constitutivo, que se podría realizar en octubre de 2016. El gobierno de Matteo Renzi ha propuesto la ‘reforma Boschi’ por ser la ministra María Elena Boschi la ponente. En tal propuesta, se busca continuar con el camino trazado por el joven florentino Primer Ministro desde el primer día de su mandato, y que ya ha cosechado cambios radicales, como la ley electoral o la reforma laboral.

Estos dos puntos, de gran relevancia para la nación, serán estudiados más adelante.

---

rio’, ya que el juicio sobre las leyes exige competencias técnicas y especializadas de las que no dispone necesariamente la mayoría del pueblo. Ver SAIZ ARNAIZ, *ibid.*

<sup>17</sup> OLIVETTI, Marco. Il referéndum costituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme costituzionali in Italia. *Cuest. Const.* [en línea]. 2008, no. 18 [citado en 2016-02-04], p. 107-167. Disponible en internet: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932008000100005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932008000100005&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>18</sup> *Ibid.*

## 4. Los puntos claves de la reforma Boschi

### a) Se termina el ‘bicameralismo perfecto’

El Parlamento<sup>19</sup> continuará estructurado en Cámara<sup>20</sup> y Senado<sup>21</sup>, pero solo la Cámara de los Diputados podrá aprobar o revocar la fiducia del gobierno.

Se indica que termina el bicameralismo perfecto, porque viene suprimida la función legislativa del Senado de la República, y además se les resta poder a las autonomías y los entes regionales<sup>22</sup>.

### b) Disminución del número de senadores

El número de senadores de la República disminuirá de 315 a 100 integrantes, que tendrán inmunidad. De estos, 95 serán elegidos por los consejos regionales a través del voto popular. Los otros 5 senadores podrán ser elegidos por el Presidente de la República (como sucede hoy en día). De igual manera, se mantiene la posibilidad de que participen en los debates los exsenadores.

---

<sup>19</sup> Constitución de la República Italiana. “Artículo 55. El Parlamento se compone de la Cámara de los Diputados y del Senado de la República.

El Parlamento se reunirá en sesión conjunta de los miembros de ambas cámaras únicamente en los casos previstos por la Constitución”.

<sup>20</sup> Constitución de la República Italiana. “Artículo 56. La Cámara de los Diputados se elige por sufragio universal y directo.

El número de diputados será de seiscientos treinta, de los cuales doce serán elegidos en la circunscripción del extranjero.

Serán elegibles como diputados todos los electores que el día de las elecciones tengan cumplidos los veinticinco años de edad.

El reparto de los escaños entre las circunscripciones, salvedad hecha del número de escaños asignados a la circunscripción del extranjero, se efectuará dividiendo el número de habitantes de la República, según los resultados del último censo general de la población, por seiscientos treinta, y distribuyendo los escaños en proporción a la población de cada circunscripción aplicando los cocientes resultantes y los restos mayores”.

<sup>21</sup> Constitución de la República Italiana. “Artículo 58. Los senadores se eligen por sufragio universal y directo, por los electores que hayan superado los veinticinco años de edad.

Son elegibles como senadores los electores que hayan cumplido cuarenta años de edad”.

<sup>22</sup> El bicameralismo significa que la Cámara de Diputados y el Senado tienen el mismo poder y competencias. “Este sistema supone un auténtico quebradero de cabeza en el país, ya que la aprobación de cualquier ley suele llevar una eternidad, porque ambas cámaras deben ponerse de acuerdo y dar luz verde al mismo texto. En la actualidad, cada vez que una Cámara introduce una enmienda, el texto pasa automáticamente a la otra para que la ratifique”. El Mundo. 13, octubre, 2016.

**c) Elección del Jefe de Gobierno o Presidente de la República**  
*(Capo dello Stato)*

Será elegido con las dos terceras partes del voto de los senadores y diputados en las tres primeras votaciones correspondientes, o con las tres quintas partes en la cuarta votación. Hoy en día, el Presidente elegido es aquel que reciba la mayoría de las dos terceras partes de la asamblea o, después de la tercera votación, la mayoría absoluta.

**d) Modificación del título V**

Es la parte de la Constitución dedicada a los entes autónomos que constituyen la República. Así, las provincias ya no existirán más, y algunas materias fueron reabsorbidas por el Estado en su competencia.

**e) Ley popular y referéndum**

Hoy en día, como ya se ha visto, el referéndum derogativo necesita 500 000 electores (artículo 75 de la Constitución) y se busca aumentar el número de firmas necesarias. Del mismo modo, se incrementa el número requerido para presentar una propuesta de ley popular, de 50 000 a 150 000 firmas.

**f) Abolición del Consejo Nacional de Economía y del Trabajo**

La reforma prevé la derogación del artículo 99 de la Constitución, que expresa lo siguiente:

El Consejo Nacional de Economía y del Trabajo estará compuesto, según las modalidades establecidas por la ley, de expertos y de representantes de las categorías productivas, en medida tal que se tenga en cuenta su respectiva importancia numérica y cualitativa.

Será órgano consultivo de las cámaras y del gobierno para las materias y según las funciones que la ley le encomiende.

Tendrá iniciativa legislativa y podrá contribuir a la elaboración de la legislación económica y social, con arreglo a los principios y dentro de los límites que la ley establezca.

No desaparecerá inmediatamente. Se nombrará un 'comisario extraordinario' para que siga el proceso de liquidación de la entidad y el proceso de reubicación del personal en la Corte dei Conti<sup>23</sup>.

## 5. Reforma Boschi. ¿Sí o no?

La reforma Boschi, que tiene como finalidad modificar la Constitución, tiene un procedimiento para su aprobación particularmente complejo. En primer lugar, es de exclusiva iniciativa del Parlamento, y es necesario que la Cámara de Diputados y el Senado voten el mismo texto una primera vez, y también una segunda, cuando el proyecto legislativo pasará de nuevo a la Cámara Baja y deberá ser confirmado igualmente por la Cámara Alta. Es requisito el voto favorable de la mayoría absoluta de cada una de las cámaras del Parlamento en la segunda votación.

Si no se consigue, será necesario celebrar un referéndum aprobativo o constitucional, en donde será el voto popular quien apruebe o deniegue (a través del sí o no) los enunciados de la reforma.

Parecería ser que esta última es la opción más viable, pues por el tema del que se trata será muy difícil que las dos cámaras se pongan de acuerdo en la doble deliberación y votación propias del procedimiento ya visto.

De ser así, la votación popular estaría diseñada para llevarse a cabo en octubre de 2016.

## 6. Ley electoral y reforma laboral del gobierno Renzi

Matteo Renzi, el primer ministro más joven de la historia italiana (que llega al poder con 39 años), a pesar de las críticas nacionales e internacionales que ha recibido desde su mandato, ha producido dos reformas muy importantes, que dejan claro que Italia no será la misma después de él.

A pesar de los obstáculos legales y políticos que ha encontrado, con determinación ha modificado la ley electoral y el famoso artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (por el cual no se podía despedir a un trabajador en ausencia de una justa causa, ni aun con indemnización), figuras que parecían inmutables e impenetrables de reformas.

A continuación se analizarán.

---

<sup>23</sup> L'Espresso. 16, enero, 2016.

## 6.1. Ley electoral

Con la Ley 52 del 6 de mayo de 2015<sup>24</sup> (con vigencia a partir del 1º de julio del año 2016), entrará a regir en el territorio italiano la nueva ley electoral denominada ‘Italicum’, que reemplaza la Ley Calderoli (Ley 270 del 21 de diciembre de 2005)<sup>25</sup>. Esta reciente ley busca garantizar la representatividad y la gobernabilidad en un país en donde es muy difícil obtener gobiernos fuertes y duraderos que puedan llevar a la práctica sus políticas. Lo anterior por cuanto la ley electoral se basaba en un sistema proporcional, en donde las coaliciones eran muy importantes (fundamentales) y, además, en donde no podían expresarse las preferencias por los candidatos individuales, ya que se votaba por el partido que tenía una ‘capo lista’ elegida por ellos mismos. Las listas eran criticadas por ser muy largas y a menudo por incluir candidatos que se presentaban en diferentes circunscripciones (y entonces los partidos podían influir en el resultado de las elecciones, toda vez que ellas decidían, con las candidaturas múltiples, en qué circunscripción debía ser elegido el candidato)<sup>26</sup>.

Renzi ha indicado siempre que uno de sus objetivos más importantes es que los italianos, al igual que sucede con la elección de alcaldes, sepan a partir del mismo día de las elecciones generales quién gobernará Italia el período siguiente de cinco años.

Y eso es lo que la nueva ley electoral, llamada Italicum, garantiza al otorgar un premio de mayoría —el 55 % de los escaños— a la lista que supere el 40 % de los votos. En el caso de que ninguna de las listas alcanzase tal umbral, las dos más votadas irían a una segunda vuelta. Además, las listas tendrán que estar formadas por un partido —o por más de uno que decidiesen de antemano concurrir juntos—, nunca por una coalición. Los partidos que no logren un 3 % de los votos se quedarán sin escaños<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ver: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/08/15G00066/sg>>.

<sup>25</sup> Ley 270 del 21 de diciembre de 2005, “modifica las normas para la elección de la Cámara de Diputados y del Senado de la República”. Ley modificada en algunas partes por la Sentencia 1 de 2014, Corte Constitucional italiana.

<sup>26</sup> MILANI, Giammaria y SORDA, Elena. Ley electoral y relevancia. La Corte Constitucional italiana supera una zona de sombra. En: Revista Justicia Electoral [en línea]. 2015, vol. 1, no. 5, p. 17-65. Disponible en internet: <[http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/juel\\_4a\\_e\\_n15.pdf](http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/juel_4a_e_n15.pdf)>.

<sup>27</sup> El País. 4, mayo, 2015.

Era necesaria una ley de esta naturaleza, que favorece una gobernabilidad que se encontraba solo en el papel<sup>28</sup>, ya que permite obtener 340 miembros al partido que consiga el 40% o gane en el balotaje de la segunda vuelta (o, incluso, con la mayoría absoluta de la Cámara de los Diputados), lo que garantiza un gobierno en el poder con un partido fuerte que lo respalde.

La ley también incluye las cabezas de lista de los partidos, que no cambiará (el número uno de la lista será impuesto por el partido), y la decisión del votante de además elegir su candidato de preferencia, escribiendo simplemente dos nombres, uno necesariamente femenino (garantizando la igualdad de género en las candidaturas entre hombres y mujeres, y el cumplimiento de la ley de cuotas).

Italicum también prevé la división del territorio italiano en 100 circunscripciones, y en cada una de ellas, los electores podrán elegir a sus representantes, a excepción del número uno de la lista<sup>29</sup>.

## 6.2. Reforma laboral —artículo 18— *job act*

La otra gran reforma del presente gobierno es la modificación del artículo 18 previsto por el Estatuto de los Trabajadores, inicialmente contenido en la Ley 300 de 1970. Si el trabajador se encontraba vinculado mediante un contrato a término indefinido, gozaba de una protección estricta frente al despido sin justa causa, generándose consecuencias diferentes por tal decisión, dependientes, entre otras, del número de trabajadores al servicio del empleador.

Es así como, en términos generales, se contemplaba un esquema unificado en relación con las implicaciones del despido injustificado que, para efectos de las empresas que tuvieran a su servicio más de quince trabajadores (con algunas previsiones específicas sobre el sector productivo en el que desarrollaba sus actividades), cuando se hiciera uso de la figura del despido sin justa causa o despido injustificado, la consecuencia práctica sería la readmisión en el trabajo con las implicaciones económicas que en materia de pago de salarios y prestaciones asistenciales ello conlleva, o, eventualmente, podría optar

---

<sup>28</sup> Italicum reemplaza la Ley Calderoli, formulada por el Ministro para las Reformas de la época (Roberto Calderoli), denominada 'Porcellum' por una definición que el mismo exministro propició en una entrevista realizada en marzo de 2006: "La ley que escribí es una 'cochinada' (*porcata*)". Ver: <<https://www.youtube.com/watch?v=JX033nhT26c>>.

<sup>29</sup> Ver: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/08/15G00066/sg>>.

(por su decisión voluntaria) por solicitar el pago de una indemnización de quince meses de salario.

En estos casos, la decisión del juez que definía el conflicto necesariamente estaba dirigida a la readmisión, salvo que, como se dijo, el trabajador prefiriera optar por el pago de la indemnización señalada, con lo cual el operador judicial no contaba con opciones que le permitieran discrecionalmente apartarse de la orden de reintegro. Así, la posibilidad de que el juez aplicara otro tipo de criterios, diferentes a los expresamente previstos en la ley, y pudiese tomar una decisión ajena a ellos, estaba vedado, con miras a proteger a los trabajadores y otorgar, en consecuencia, una estabilidad concreta en el empleo.

A esta protección contenida en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores se le ha denominado ‘tutela real’, la cual “garantiza al trabajador la readmisión al puesto de trabajo en caso de despido improcedente o nulo”, y está relacionada directamente con los artículos 4º (derecho al trabajo) y 35 (obligación de la República de tutelar el trabajo en todas sus formas y aplicaciones) de la Constitución italiana<sup>30</sup>.

Esta tutela real “[...] conlleva una sanción económica añadida en el caso de la readmisión: el empresario tendrá que pagar todos los salarios que no haya percibido el trabajador desde el día del despido hasta el día de su efectiva reincorporación al puesto de trabajo. En cualquier supuesto, la sanción no será menor a 5 mensualidades”<sup>31</sup>.

Bajo este esquema, en los casos en los cuales el despido no cuenta con justificación, el empleador es sujeto de sanciones, como el reintegro o readmisión tratándose de empresas con más de quince trabajadores en la unidad productiva en la cual se ha realizado el despido.

No obstante la consagración legal contenida en el Estatuto, la llamada ‘reforma Monti-Fornero’, que data del año 2012 (Ley 92 de 2012), modificó sustancialmente esta robusta protección, diferenciando los orígenes del despido, así:

---

<sup>30</sup> Ver: La regulación del despido en Italia [en línea]. Disponible en internet: <[www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf](http://www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf)>.

<sup>31</sup> Ver: <[www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf](http://www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf)>.

El despido discriminatorio: fundado en “razones de opinión política o religión, afiliación o actividad sindical, así como por motivos de raza, idioma, género, discapacidad, edad, orientación sexual y convicciones personales del trabajador”<sup>32</sup>.

El despido disciplinario: “[...] por incumplimiento de las obligaciones contractuales y faltas más o menos graves por parte del trabajador”, que se equipara al despido por justificado motivo subjetivo o también denominado por justa causa.

El despido por justificado motivo objetivo: para el cual “se prevé que la comunicación del despido deba necesariamente contener la especificación de los motivos que lo han determinado”<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta esta tipología, la reforma principalmente hizo énfasis en que el único despido improcedente y, por lo tanto, generador de la readmisión en el empleo sería derivado por razones o motivos de discriminación, pudiendo ‘reemplazarse’ tal figura en los demás casos, con la opción del pago de indemnización, motivo que llevó a serias críticas en tanto que la comunidad y opinión pública entendió dicho cambio como un atentado a los derechos de los trabajadores al generar una flexibilización que no correspondía con la protección que el legislador había querido otorgar a los trabajadores, con la consagración de un contrato cuya estabilidad era lo suficientemente robusta como para evitar las terminaciones caprichosas y sin motivos razonables por parte del empleador.

Ahora bien, como por virtud de la reforma en comento, se contemplaba que, en el caso de despido por razones económicas, el empleador solo podía ser condenado a una indemnización y, en el caso de despido disciplinario, el juez tenía la facultad de decidir entre la readmisión o la indemnización, a pesar del cambio respecto de la disposición original del artículo 18 en cuanto a haberse ‘suavizado’ las consecuencias del despido, aún se conservaba la distinción entre las diferentes ‘clases’ de este.

Más de una década después, el primer ministro Matteo Renzi, considerando vital la flexibilización en el sector laboral, propone una serie de reformas en dicha materia (denominadas *jobs act*), entre las que se encuentra la relacionada con el

---

<sup>32</sup> Ver: TIRABOSCHI, Michele. El derecho del trabajo italiano después de la Ley 92/2012: la reforma ‘Monti-Fornero’. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo [en línea]. 2013, vol. 1, no. 1, p. 22-27. Disponible en internet: <[http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde\\_adapt/article/view/78/130](http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/78/130)>.

<sup>33</sup> Ibid.

artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a la cual, con ocasión del decreto legislativo de disposiciones relativas al contrato indefinido con tutela creciente, conforme a la Ley 183 del 10 de diciembre de 2014 (aprobada en el Consejo de Ministros del gobierno italiano del 24 de diciembre de 2014), se prevé<sup>34</sup>:

Desde el punto de vista de aplicación de las normas sobre la estabilidad referida a contratos a término indefinido, la reforma se aplicará a aquellos vínculos suscritos desde la entrada en vigencia de esta, incluidos aquellos celebrados antes de tal entrada en vigencia, siempre que el empleador supere los quince trabajadores de que trata el Estatuto del Trabajo con posterioridad a la fecha en que la norma empiece a producir efectos.

En casos de despido discriminatorio, el juez debe ordenar la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, sin importar la justificación invocada para la desvinculación, a lo cual se suma la orden de pagar una indemnización por el valor del salario dejado de percibir desde el día del despido hasta el día efectivo del reintegro, pudiéndose deducir lo percibido en este tiempo por el desarrollo de otra actividad laboral y sin que ella sea inferior a cinco meses de salario.

No obstante esto, el trabajador tiene la posibilidad de solicitar (dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la sentencia o del aviso remitido a él por el empleador sobre su readmisión si ello se produjera antes) una indemnización equivalente a quince meses de salario, entendiéndose en este evento que el contrato efectivamente ha finalizado y que, en consecuencia, el empleador no estará obligado a cotizar por el período de la desvinculación ni al reintegro.

En los casos de despido por causa justificada o justa causa, la norma contempla que “[...] el juez declarará resuelta la relación laboral a la fecha del despido y condenará al empresario al pago de una indemnización no sujeta a cotizaciones por una cantidad equivalente a dos mensualidades de salario por cada año de servicio, con un mínimo de cuatro mensualidades y un máximo de veinticuatro”.

Y además:

Exclusivamente en los casos de despidos disciplinarios o por causa justa en los que se demuestre en el juicio la inexistencia del hecho material atribuido al trabajador, con respecto al cual será indiferente

---

<sup>34</sup> Ver: Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral. Enero, 2016. Publicada en la página del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social de España. Disponible en internet: <<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista186/Revista186.htm>>.

toda valoración sobre la desproporción del despido, el juez anulará el despido y condenará al empleador a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo y al pago de una indemnización de resarcimiento por importe de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la fecha efectiva de reingreso en el puesto, con la deducción de lo que el trabajador haya podido percibir por el desarrollo de otra actividad laboral, así como cuanto habría podido percibir aceptando una adecuada oferta de trabajo según el artículo 4º del Decreto Legislativo de 21 de abril de 2000. En todo caso el importe de la indemnización de resarcimiento relativo al período anterior a la sentencia de readmisión no podrá ser superior a 12 mensualidades del salario. El empleador será condenado, además, a ingresar las cotizaciones correspondientes a este período de tiempo.

El trabajador tendrá la opción establecida en el artículo 2º, punto 3. Lo establecido en el punto 2 se aplica también en el caso en el que el juez señale el defecto de justificación en los motivos consistentes en la idoneidad física o psíquica del trabajador, en función de lo establecido en el artículo 4.4 y 10.3 de la Ley 68 de 12 de marzo de 1999.

Es así como, se hace notoria la modificación de la protección ‘plena’ que había previsto el original Estatuto de los Trabajadores, ya que para muchos, el ‘[...] cambio radical introducido por las reformas del 2014 y del 2015 respecto a la estructura del artículo 18 del Estatuto dibujada por la Ley 92/2012 a través de los últimos tres distintos niveles de tutela [...] concierne al despido injustificado, económico y disciplinario’.

Lo anterior teniendo en cuenta que parecería no existir diferencias entre el despido disciplinario y el económico, ya que la estabilidad prevista para los trabajadores en estos casos permite “la progresiva restricción de la readmisión en favor de una indemnización que no sólo parece reducida respecto al pasado, sino que está fijada de manera rígida, detrayéndola al control judicial”<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Ver: PENSABENE LIONTI, Giuseppina. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales. *En: Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea]. Agosto, 2015, no. 3, p. 642. Disponible en internet: <idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/33.-Giuseppina-Pensabene.pdf>.

La crítica sustancial que se ha realizado a la reforma del artículo 18 tiene que ver fundamentalmente con el hecho de que la intención del legislador en las últimas reformas laborales ha consistido sobre todo en circunscribir el ámbito de aplicación de la readmisión únicamente a los casos de violación, en especial forma, de los derechos fundamentales del trabajador, como en el caso de despido discriminatorio<sup>36</sup>.

A pesar de que dicha reforma se ha sustentado en el argumento de la necesidad de generar mayor crecimiento económico y permitir la inversión en el país, desde el punto de vista de los sindicatos, entre otros sectores, ha sido fuertemente atacada, en tanto que, para muchos, “el crecimiento económico sostenible no es sinónimo de restricción de derechos”, lo que contrasta con medidas como las tomadas por el primer ministro Renzi, que en pos de la austeridad restringen derechos que habían sido considerados como ‘adquiridos’ por los trabajadores<sup>37</sup>.

Esta discusión es amplia a nivel mundial, ya que la visión general del marco de estos derechos ha llevado a afirmar, como “[...] los bienes jurídicos e intereses que están comprometidos —tal cual son la estabilidad y la flexibilidad laboral—, la regulación del sistema de terminación del contrato de trabajo, especialmente la del despido en general y la del despido arbitrario en particular, define la posición de las partes del contrato de trabajo y la posibilidad real del trabajador de exigir el cumplimiento de las normas laborales”, que este tipo de medidas puede atentar “[...] contra la eficacia real del derecho del trabajo tanto en su dimensión individual como colectiva”<sup>38</sup>.

## Conclusiones

Italia se encuentra en un momento crucial. Se busca modificar la Constitución en algunos puntos que se consideran pueden ser importantes para el país. Sin

---

<sup>36</sup> Ver: PENSABENE LIONTI, Giuseppina. Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice. *En: Il Diritto del Mercato del Lavoro* [en línea], 2013, p. 37. Disponible en internet: <idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/33.-Giuseppina-Pensabene.pdf>.

<sup>37</sup> Ver: BAYLOS GRAU, Antonio. La re-regulación del trabajo y el cartismo social como propuesta sindical [en línea], 2016. Disponible en internet: <http://baylos.blogspot.com.co/2016/02/la-re-regulacion-del-trabajo-y-el.html>.

<sup>38</sup> ROJAS MIÑO, Irene. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. *Ius et Praxis* [en línea]. vol. 20, no. 1. Disponible en internet: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100005&script=sci\_arttext>.

embargo, la imagen desfavorable que Matteo Renzi proyecta para algunos sectores puede ser un obstáculo para el referéndum que emana como la solución más viable para reformar tales normas. Tal imagen la ha adquirido por producir dos reformas tajantes, como lo son la ley electoral y la reforma laboral (*job acts*).

Italicum entra a regir el 1º de julio de 2016 y busca garantizar que los gobiernos no necesiten de coaliciones para realmente poner en práctica sus políticas, trayendo adicionalmente un pensamiento muy original para garantizar la igualdad de género en las candidaturas y la ley de cuotas: el votante podrá elegir dos candidatas con el mismo voto, pero uno de ellos necesariamente será una mujer.

La reforma laboral no ha sido acogida tan favorablemente como la ley electoral. Si bien en materia de regulación de los contratos de trabajo y las opciones referidas a su terminación, la reforma Renzi se ha entendido por muchos como un retroceso en las protecciones más importantes en esta materia por considerar que privilegia el crecimiento empresarial. La discusión del tema no permanecerá estática, en tanto que implica gran tensión en numerosos sectores y ha causado la movilización de organizaciones sindicales, como la Confederación General Italiana del Trabajo (CGIL), que ha propuesto una carta de derechos universales del trabajo, por virtud de la cual se pretende dar un nuevo vuelco a la flexibilización que ha venido presentándose desde los cambios previstos por Fornero<sup>39</sup>.

Es así como el debate propuesto en términos de la citada carta estará centrado en el análisis y opciones de solución a las diversas situaciones de disminución de los derechos de los trabajadores, que a su vez han beneficiado a los empresarios, mediante la producción de normas que ‘limitan la negociación’ y les han otorgado ‘poderes unilaterales’ frente al manejo de la terminación de los contratos de trabajo.

La propuesta —que seguramente se trasladará a otros países— formula de manera sencilla un objetivo fundamental con su aprobación que es la ‘reescritura de la Ley del Trabajo’, con fundamento en el regreso a la observancia de los principios constitucionales, destacándose aquí que ello implica la necesidad de estudiar la reimplementación de los postulados del original artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que, como se anotó, se ha considerado como una extensión de la Constitución afectada con las recientes reformas.

---

<sup>39</sup>Texto de la Carta en: <[http://old.cgil.it/Archivio/PRIMOPIANO/Direttivo%5CDispositivo\\_finale\\_cd\\_NuovoStatuto\\_14.12.2015.pdf](http://old.cgil.it/Archivio/PRIMOPIANO/Direttivo%5CDispositivo_finale_cd_NuovoStatuto_14.12.2015.pdf)>.

El debate sobre la figura del ‘empleo permanente y estable’ modificada por las normas expedidas por el primer ministro Renzi, siendo de plena actualidad y, por ende, fundamental dentro de la estructura del derecho del trabajo, promoverá el desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana, que, a su turno, tienen el potencial real de generar cambios sustanciales en la forma como en el futuro se prevean los derechos del empleador y, sobre todo, de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales individuales y colectivas.

Mientras se desarrollan están dos grandes reformas, se espera el referéndum constitucional previsto para octubre de 2016, en donde los ciudadanos no solamente acudirán a votar para modificar su Constitución, sino para apoyar o demostrar inconformidad con las políticas de su Primer Ministro.

## Obras citadas

### Fuentes doctrinales

- BAYLOS GRAU, Antonio. La re-regulación del trabajo y el cartismo social como propuesta sindical [en línea], 2016. Disponible en internet: <<http://baylos.blogspot.com.co/2016/02/la-re-regulacion-del-trabajo-y-el.html>>.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado [en línea]. Enero-abril, 2013, vol. 46, no. 136. Disponible en internet: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332013000100010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332013000100010&script=sci_arttext)>.
- CRISAFULLI, V. Vicende della ‘questione regionale’. En: Le Regione. 1982.
- MARTINES, Temistocle. Il referéndum negli ordinamenti particolari. Milán: Giuffrè, 1960.
- MAZZONI HONORATI, Maria Luisa. Referéndum nella procedura di revisione costituzionale. Milán: Giuffrè, 1982.
- MILANI, Giammaria y SORDA, Elena. Ley electoral y relevancia. La Corte Constitucional italiana supera una zona de sombra. En: Revista Justicia Electoral [en línea]. 2015, vol. 1, no. 5, p. 17-65. Disponible en internet: <[http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/juel\\_4a\\_e\\_n15.pdf](http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/juel_4a_e_n15.pdf)>.
- OLIVETTI, Marco. Il referéndum costituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme costituzionali in Italia. Cuest. Const. [en línea]. 2008, no. 18 [citado en 2016-02-04], p. 107-167. Disponible en internet: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932008000100005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932008000100005&lng=es&nrm=iso)>.

- PENSABENE LIONTI, Giuseppina. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales. En: Actualidad Jurídica Iberoamericana [en línea]. Agosto, 2015, no. 3, p. 641-654. Disponible en internet: <[idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/33.-Giuseppina-Pensabene.pdf](http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/33.-Giuseppina-Pensabene.pdf)>.
- ROJAS MIÑO, Irene. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. *Ius et Praxis* [en línea]. vol. 20, no. 1. Disponible en internet: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100005&script=sci_arttext)>.
- ROZO ACUÑA, Eduardo. La reforma constitucional en Italia: procedimiento y contenido. En: Estudios Socio-Jurídicos. Enero-junio, 1999. vol. 1, no. 1.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano: entre las (incompletas) previsiones normativas y la (creativa) jurisprudencia constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Septiembre-diciembre, 1992. año 12, no. 36.
- SALERNO, M. Referéndum. En: Enciclopedia del diritto. Vol. XXXIX. Milán: Giuffré, 1988.
- SÁNCHEZ, Carlos Ariel. Derecho electoral colombiano. 2ª ed. Legis, 1997.
- SCUDIERO, Michele. Il referéndum nell'ordinamento regionale. Napoli: Jovene, 1971.
- SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana. 1ª ed. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco. El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Enero-abril, 2013. año XLVI, no. 136, p. 317-346.
- TIRABOSCHI, Michele. El derecho del trabajo italiano después de la Ley 92/2012: la reforma 'Monti-Fornero'. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo [en línea]. 2013, vol. 1, no. 1, p. 22-27. Disponible en internet: <[http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde\\_adapt/article/view/78/130](http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/78/130)>.

### **Páginas web**

- <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/08/15G00066/sg>>.
- El Mundo. 13, octubre, 2016.
- El País. 4, mayo, 2015.

ITALIA, Archivo Histórico de la Elección, [citado en 2016]. Disponible en internet: <<http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=18/06/1989&ctpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&ces0=S&ms=S>>.

L'Espresso. 16, enero, 2016.

La regulación del despido en Italia [en línea]. Disponible en internet: <[www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf](http://www.ccoo-servicios.info/noticias/pdf/49377.pdf)>.

Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral. Enero, 2016. Publicada en la página del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social de España. Disponible en internet: <<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista186/Revista186.htm>>.

### Fuentes legales

Constitución de la República Italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947.  
ITALIA. Ley 270 del 21 de diciembre de 2005, “modifica las normas para la elección de la Cámara de Diputados y del Senado de la República”. Ley modificada en algunas partes por la Sentencia 1 de 2014, Corte Constitucional italiana.

### Epílogo

El referéndum se realizó el 4 de diciembre de 2016.

La pregunta que se le hizo a los votantes, con las únicas respuestas sí o NO, fue: “¿Aprueba el texto de la ley constitucional concerniente a “la supresión del bicameralismo paritario, la reducción del número de parlamentarios, la contención de los costes de funcionamiento de las instituciones, la supresión del CNEL y la revisión del título V de la parte II de la Constitución, aprobado por el Parlamento y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 88 del 15 de abril de 2016?”.

Los ciudadanos han votado NO<sup>40</sup>, rechazando masivamente el plan de la reforma constitucional del ex primer ministro italiano Matteo Renzi. A primera hora del día siguiente, dimitió como jefe de gobierno.

---

<sup>40</sup> La afluencia a las urnas fue del 68,49%, lo que equivale a 31 734 789 votantes, de los cuales el 40,04% votaron sí, mientras que el 59,96% expresaron NO. La cantidad de votos inválidos fue de 263 127. Ver: ITALIA, Ministerio del Interior. Disponible en internet: <<http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=04/12/2016&ctpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&ces0=S&ms=S>>.

# El poder de reforma de la Constitución

## Límites del poder constituido

Víctor Rafael Hernández-Mendible\*  
*Universidad Monteávila (Venezuela)*

### Introducción

El tema de la reforma constitucional es de particular interés en el momento que atraviesa Venezuela, donde la Constitución ha venido siendo objeto de múltiples modificaciones inconstitucionales, con la finalidad de eternizarse en el poder quienes actualmente se desempeñan en la cúpula gubernamental, de allí que valga la pena reflexionar sobre la experiencia reciente.

La Constitución de 1961 estableció un Estado democrático de derecho<sup>1</sup>, en el que se desarrollaron un conjunto de circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales que, 38 años después, condujeron a la reforma de la Constitución en 1999.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario; profesor de la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y en la University for Peace, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); profesor-director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela); miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España); miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Red Internacional de Bienes Públicos. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

<sup>1</sup> Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia 85 del 24 de enero de 2002 y Sentencia 1632 del 11 de agosto de 2006.

Se ha predicado, a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>, que el pueblo en ejercicio de su soberanía popular puede ser convocado para reunir una asamblea constituyente dirigida a la transformación del ordenamiento constitucional del Estado, lo que permitió la convocatoria de un referendo para constituir y celebrar dicha asamblea, que tendría como límites: i) los valores y principios de nuestra historia republicana, ii) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la república, iii) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y iv) las garantías democráticas<sup>3</sup>.

No obstante, luego la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la asamblea constituyente —que, según su criterio, no es un poder derivado, sino que ejerce el poder constituyente— no se encuentra sujeta a los límites del orden jurídico establecido, en cuya cúspide se encuentra la Constitución vigente<sup>4</sup>.

Estas decisiones —entre otras— allanaron el camino para la aprobación de la reforma de la Constitución publicada el 30 de diciembre de 1999, que estableció como postulados fundamentales la ratificación de la república como un Estado democrático y social de derecho<sup>5</sup>, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político<sup>6</sup>, estableciéndose entre los fines esenciales del Estado la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución<sup>7</sup>, en tanto que el gobierno y las entidades políticas que la componen serán siempre de

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 17 del 19 de enero de 1999 y Sentencia 18 del 19 de enero de 1999.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 311 del 13 de abril de 1999.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia en pleno, sentencia del 14 de octubre de 1999. Todas las decisiones judiciales que avalaron el proceso constituyente de 1999 han sido comentadas por HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La contribución del poder judicial a la desaparición de la Constitución, de la democracia y el Estado de derecho. *En*: El nuevo derecho constitucional venezolano. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000. p. 81-108.

<sup>5</sup> COMBELLAS, Ricardo. Estado de derecho. Crisis y renovación. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 91-98.

<sup>6</sup> Artículo 2º de la Constitución.

<sup>7</sup> Artículo 3º de la Constitución.

carácter democrático, participativo, electivo, alternativo, descentralizado, responsable, pluralista y de mandatos revocables<sup>8</sup>.

En materia de derechos, el Estado garantiza a todas las personas, conforme al principio de progresividad y no discriminación, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos que ejercen el poder público de conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la república, debiendo tenerse presente que, conforme a la cláusula constitucional de los derechos innominados, los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de estos<sup>9</sup>.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por la república tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y las leyes, resultando de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público<sup>10</sup>.

A ello deben sumarse dos disposiciones fundamentales, una que reconoce que todo acto dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en la Constitución es nulo; y la otra que establece el deber que tienen todas las personas, investidas o no de autoridad pública, de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución, si esta dejare de observarse por un acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella<sup>11</sup>.

Lo anterior lleva a sostener que en cualquier Estado que se califique de constitucional, estando el poder constituido plenamente sometido a la Constitución y al principio de primacía constitucional, cuando se pretenda modificar dicho texto, los órganos que ejercen tal poder constituido encontrarán en el

---

<sup>8</sup> Artículo 6º de la Constitución.

<sup>9</sup> Artículos 19 y 22 de la Constitución.

<sup>10</sup> Artículo 23 de la Constitución.

<sup>11</sup> Artículos 25 y 333 de la Constitución.

orden interno límites de forma y límites de fondo<sup>12</sup>; y en el orden internacional, aquellos inherentes a la dignidad de la persona humana y la progresividad de los derechos humanos en una sociedad democrática.

En atención a ello se procederá a analizar inmediatamente cuáles son los mecanismos de revisión de la Constitución que ella misma contempla.

## **1. El régimen de revisión de la Constitución**

El título IX, de la Constitución formalmente en vigor desde 1999, dedica, al igual que lo hacía la Constitución de 1961, varios artículos a la 'reforma constitucional'.

No obstante, bajo el epígrafe mencionado, la norma suprema distingue tres modalidades de revisión de la Constitución, siendo la primera, las enmiendas; la segunda, las reformas propiamente dichas; y la tercera, la asamblea nacional constituyente<sup>13</sup>. Seguidamente, se comentará de manera sucinta en qué consisten cada una de ellas.

### **1.1. La enmienda de la Constitución**

Es así como se señala que las enmiendas tienen por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental<sup>14</sup>, y se establece el procedimiento formal para su realización de la siguiente manera:

La iniciativa de enmienda puede tener varios orígenes<sup>15</sup>:

- 1) De la ciudadanía, que, en ejercicio del derecho a la participación política en los asuntos públicos, debe instarla en un porcentaje equivalente al 15% de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral.
- 2) Del poder constituido, que a su vez reconoce dos actores que pueden impulsar la iniciativa:

---

<sup>12</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007. p. 721-722.

<sup>13</sup> Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia 1140 del 5 de octubre de 2000.

<sup>14</sup> Artículo 340 de la Constitución.

<sup>15</sup> Artículo 341 de la Constitución.

- 2.1) El poder legislativo nacional<sup>16</sup>, mediante la iniciativa formulada por al menos el 30% de los integrantes de la asamblea nacional y que luego esta debe aprobar por la mayoría de sus integrantes, lo que deberá realizar siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de leyes.
- 2.2) El poder ejecutivo nacional, a propuesta del Presidente de la República, mediante decreto refrendado en Consejo de Ministros.

El paso siguiente es la presentación al Consejo Nacional Electoral, órgano que, una vez recibida la propuesta de enmienda, deberá convocar a un referendo para que el pueblo se pronuncie, el cual se deberá verificar a los 30 días siguientes a su recepción formal.

Para que la enmienda se considere aprobada, se deberá haber cumplido lo establecido en la Constitución<sup>17</sup> y en la legislación reguladora de los referendos.

El Presidente de la República está obligado a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si se negare o se viese impedido de hacerlo por alguna otra razón, se deberá aplicar lo previsto en la Constitución<sup>18</sup>.

Las enmiendas deben ser numeradas consecutivamente y se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar el texto de esta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

## 1.2. La reforma de la Constitución

La reforma constitucional tiene por objeto una revisión y modificación parcial de la Constitución, en la que se pueden sustituir una o varias de sus normas, sin que modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional<sup>19</sup>.

La iniciativa de la reforma de la Constitución puede provenir<sup>20</sup>:

---

<sup>16</sup> Artículo 187.2 de la Constitución.

<sup>17</sup> Artículo 73 de la Constitución.

<sup>18</sup> Artículo 346 de la Constitución.

<sup>19</sup> Artículo 342 de la Constitución.

<sup>20</sup> Ibid.

- 1) De la ciudadanía, que, en ejercicio del derecho a la participación política en los asuntos públicos, lo puede solicitar siempre que lo haga un porcentaje que no sea inferior del 15 % de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.
- 2) Del poder constituido, que puede formular la iniciativa de reforma de la Constitución, de la siguiente manera:
  - 2.1) El poder legislativo nacional<sup>21</sup> podrá hacerlo mediante un acuerdo de la asamblea nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, conforme a lo previsto en el Reglamento de Interior y Debates.
  - 2.2) El poder ejecutivo nacional, mediante decreto expedido por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

Cualquier iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la asamblea nacional en la siguiente forma<sup>22</sup>:

- 1) El proyecto de reforma constitucional tendrá una primera discusión, en el período de sesiones correspondiente a su presentación.
- 2) Posteriormente, se convocará a una segunda discusión por título o capítulo, según fuere el caso.
- 3) Luego se convocará a una tercera y última discusión, artículo por artículo.
- 4) La asamblea nacional debe aprobar el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual recibió y admitió la solicitud de reforma.
- 5) El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la asamblea nacional.

Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional por la asamblea nacional, se someterá a referendo dentro de los 30 días siguientes a su sanción<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Artículo 187.2 de la Constitución.

<sup>22</sup> Artículo 343 de la Constitución.

<sup>23</sup> Artículo 344 de la Constitución.

El Consejo Nacional Electoral convocará al cuerpo electoral para que manifieste su opinión sobre la propuesta de reforma constitucional y este deberá pronunciarse sobre la totalidad de esta, sin perjuicio de que pueda votarse de manera separada hasta una tercera parte de ella, en caso que así lo haya aprobado un número no menor de la tercera parte de los miembros de la asamblea nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del 5% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral<sup>24</sup>.

Una vez efectuado el proceso refrendario, el Consejo Nacional Electoral debe dar los resultados y se declarará aprobada la reforma constitucional, cuando el número de votos afirmativos sea superior al número de votos negativos<sup>25</sup>.

Si la iniciativa de reforma constitucional fuese rechazada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la asamblea nacional<sup>26</sup>.

El Presidente de la República está obligado a promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si se negare o se viese impedido de hacerlo por alguna otra razón, se deberá aplicar lo previsto en la Constitución<sup>27</sup>.

### **1.3. Las diferencias entre la enmienda y la reforma constitucional**

Cuando se buscan ejemplos de la manera atropellada e irreflexiva en que la mayoría de constituyentes —127 del bloque oficialista de un total de 131— condujo la reforma constitucional en 1999, sin duda que el tema de la modificación constitucional es una excelente referencia.

A los fines de distinguir entre la enmienda y la reforma constitucional, se aprecia cómo las expresiones que delimitan el contenido de fondo o sustantivo entre ambas se caracterizan por ser términos jurídicos que, más que indeterminados, se pueden calificar de ambiguos en su redacción.

Es así como el límite a la enmienda sería la prohibición de “alterar la estructura fundamental”; mientras que el límite a la reforma viene dado porque “no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. Con semejantes límites, ello lleva a la pregunta ¿quién define en uno y otro caso cuándo se debe utilizar una enmienda o una reforma constitucional? Sin duda

---

<sup>24</sup> Artículo 293.5 de la Constitución.

<sup>25</sup> Artículo 345 de la Constitución.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Artículo 346 de la Constitución.

que se trata de una decisión política, que, al decantarse por una u otra modalidad, estará impregnada de polémica y que es controlable jurisdiccionalmente en sus elementos jurídicos.

En tal sentido, la doctrina científica ha analizado el tema de manera crítica y ha advertido que del modo como fueron redactados los artículos que regulan la enmienda y la reforma constitucional la gran diferencia entre ambas es más procedimental que sustantiva<sup>28</sup>.

#### **1.4. La asamblea nacional constituyente**

El tercer supuesto de revisión constitucional previsto en la Constitución es la convocatoria a la asamblea nacional constituyente.

Al respecto dispone la Constitución que el pueblo de Venezuela, como depositario del poder constituyente originario, puede convocar una asamblea nacional constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución<sup>29</sup>.

La iniciativa de la convocatoria de la asamblea nacional constituyente puede ejercerla<sup>30</sup>:

- 1) La ciudadanía, que, en ejercicio del derecho a la participación política en los asuntos públicos, puede formular la iniciativa siempre que lo hagan al menos el 15 % de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.
- 2) El poder constituido tiene reconocida la iniciativa de convocatoria de la siguiente manera:
  - 2.1) El poder legislativo nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de los integrantes de la asamblea nacional.
  - 2.2) El poder legislativo municipal, que ejercen los concejos municipales sesionando en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de estos.

---

<sup>28</sup> PEÑA SOLÍS, José. La revisión de la Constitución de 1999. *En*: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. 2015. no. 5, p. 550-555.

<sup>29</sup> Artículo 347 de la Constitución.

<sup>30</sup> Artículo 348 de la Constitución.

2.3) El poder ejecutivo nacional, mediante el decreto del Presidente de la República, refrendado en Consejo de Ministros.

Tal como se puede apreciar, la asamblea nacional constituyente nace de la Constitución y como tal es un poder constituido extraordinario y de vigencia temporal, que tiene un mandato expreso que establece la propia Constitución; mientras que el pueblo depositario del poder constituyente originario y de la soberanía popular<sup>31</sup> será quien apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución elaborado por aquella, a través del referendo<sup>32</sup> que debe convocar el Consejo Nacional Electoral<sup>33</sup>.

En ningún caso, los órganos del poder constituido podrán en forma alguna impedir las decisiones de la asamblea nacional constituyente<sup>34</sup>. Esto debe ser entendido en la medida en que ello pueda afectar el desempeño del mandato, que no es otro que elaborar un borrador de Constitución, pero que en ningún caso puede exceder los límites intrínsecos y extrínsecos que se tienen para modificarla<sup>35</sup>.

Tampoco el Presidente de la República podrá objetar la nueva Constitución<sup>36</sup>.

Una vez promulgada la nueva Constitución, se publicará en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.

Finalmente —aunque no tiene que ver con el régimen de reforma constitucional—, se reconoce que el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos<sup>37</sup>.

En esencia, estas son las normas que conforman las tres modalidades de revisión que contempla la Constitución.

---

<sup>31</sup> Artículo 5º de la Constitución.

<sup>32</sup> Artículo 71 de la Constitución.

<sup>33</sup> Artículo 293.5 de la Constitución.

<sup>34</sup> Artículo 349 de la Constitución.

<sup>35</sup> DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1988. p. 242.

<sup>36</sup> Artículo 349 de la Constitución.

<sup>37</sup> Artículo 350 de la Constitución.

## 2. La fraudulenta propuesta de reforma constitucional elaborada por los poderes constituidos

Durante el año 2007 se dio un intenso debate relacionado con la revisión de la Constitución de 1999<sup>38</sup>, los mecanismos constitucionales formales que se emplearon para ello y los aspectos sustantivos que se vieron afectados por la propuesta de modificación del texto constitucional. Sería muy extenso dedicarse a exponer cada uno de ellos en esta ocasión, por lo que sucintamente se mencionará el aspecto relacionado con la regresión en materia de derechos humanos.

El proceso de ‘reforma’ constitucional fue promovido por el Presidente de la República a partir del día 15 de agosto de 2007, cuando presentó al poder legislativo sus propuestas para el cambio de 33 artículos de la Constitución de 1999, propuestas estas que fueron ampliadas por el órgano legislativo para incluir nuevas modificaciones (36 artículos más), en la calificada formalmente como tercera discusión realizada por el poder legislativo, entre los días 12 y 15 de octubre de 2007.

Esto se realizó sin ajustarse al procedimiento de reforma establecido en la propia Constitución (que exige tres discusiones para toda la propuesta, incluidas las disposiciones transitorias, derogatorias y finales)<sup>39</sup>, generando un *nuevo fraude constitucional* conforme a la correcta formulación efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia<sup>40</sup>, pues, dada la magnitud de las modificaciones planteadas que implicaban una transformación del modelo de Estado republicano que ha tenido Venezuela desde su surgimiento como país independiente<sup>41</sup>,

---

<sup>38</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007; Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional 2007. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

<sup>39</sup> Artículo 343 de la Constitución.

<sup>40</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la Sentencia 74 del 25 de enero de 2006, señaló que el empleo de un “procedimiento de cambio en las instituciones existentes, aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales” o utilizando “el procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido”, así como “una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional [...]”.

<sup>41</sup> Declaración de Independencia del 5 de julio de 1811 y Constitución de la República de Venezuela del 21 de diciembre de 1811.

de una redistribución territorial y un cambio en materia de derechos humanos, ha debido realizarse la convocatoria de una asamblea constituyente<sup>42</sup>.

Si bien esto fue sumamente grave, la situación se agrava más aún, al ver que no se actúa coherentemente con las sentencias que abrieron el camino a la aprobación de la Constitución de 1999, y, en particular, con la sentencia del 14 de octubre de 1999, en la cual se excluía del sometimiento a la Constitución vigente en ese momento a la asamblea constituyente, no así a los poderes constituidos (ejecutivo y legislativo), que sí se encuentran sometidos a los límites impuestos por la Constitución.

No obstante, estos órganos que ejercen el poder público constituido usurpando la soberanía popular (poder constituyente originario) plantearon en desconocimiento de la Constitución una modificación del modelo de Estado, así como la restricción y supresión de derechos fundamentales, que incluso deben considerarse irrenunciables para una asamblea constituyente, al menos en el marco de una sociedad que se califica de democrática en un Estado constitucional, porque ningún colectivo por mayoritario que sea puede disponer de los derechos y libertades que le corresponden a cada persona, por su sola condición de integrar parte de la especie humana.

### **3. La pretensión de aprobación de la inconstitucional tramitación de la reforma constitucional**

A lo anterior se suma el hecho de que la pregunta elaborada por el Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo contenía un problema en su formulación, porque si bien dividió la propuesta de 'reforma' constitucional en dos bloques, que podían ser votados de manera separada, no formuló opción alguna sobre las disposiciones transitorias, derogatoria y final, lo que producía como consecuencia, para solo hacer referencia a un ejemplo hipotético, que hubiese podido rechazarse el bloque donde se encontraba contenida la modificación de los estados de excepción, contemplados en los artículos 337, 338 y 339, y llegar a sostenerse que sí fueron aprobadas las disposiciones

---

<sup>42</sup> El artículo 347 de la Constitución indica que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una asamblea nacional constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Incluso, así lo reconoce el voto salvado del juez Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia 2042 del 2 de noviembre de 2007.

transitorias, derogatoria y final, quedando derogada la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, sin que existiese un auténtico y expreso pronunciamiento mediante el voto popular para abrogar dicha ley<sup>43</sup>.

#### **4. Los derechos inherentes a las personas y la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos**

Los principios de progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, incluidos aquellos inherentes a la persona humana no mencionados expresamente en la Constitución, tratados, pactos o convenciones, deben respetarse y garantizarse por todos los órganos que ejercen el poder público<sup>44</sup> e, incluso, todos los derechos reconocidos en los mencionados instrumentos jurídicos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que la garantía de su goce y ejercicio sea más favorable a las establecidas en la Constitución y en las leyes, resultando en tales casos de aplicación inmediata y directa los textos convencionales por los tribunales y demás órganos que ejercen el poder público<sup>45</sup>.

Así las cosas, todas las disposiciones elaboradas por los órganos que ejercen el poder constituido, dirigidas a ampliar el catálogo de derechos o a mejorar su ejercicio, goce y disfrute, deben considerarse bienvenidas, en tanto que aquellas normas expedidas por los órganos que ejercen el poder constituido, con independencia que sean estos el poder ejecutivo, legislativo o, incluso, una asamblea constituyente —que es un poder constituido extraordinario y de vigencia temporal—, dirigidas a suprimir, limitar, restringir o debilitar el grado de protección que han alcanzado los derechos y libertades públicas, deben ser consideradas nulas, por desconocer uno de los límites al poder de revisión constitucional y por estar tal consecuencia contemplada expresamente en la propia Constitución<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Debe recordarse que entre los mecanismos de participación política el artículo 74 de la Constitución contempla el referendo abrogatorio tanto de leyes como de decretos con rango y fuerza de ley, pero para ello exige una concurrencia al proceso refrendario de no menos del 40% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

<sup>44</sup> Artículo 19 de la Constitución.

<sup>45</sup> Artículo 23 de la Constitución.

<sup>46</sup> El artículo 25 de la Constitución establece que “todo acto dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil

En efecto, las propuestas que desconocen, debilitan o restringen los niveles de protección de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución son regresivas y plantean un problema de difícil anclaje constitucional, porque al gozar de la misma jerarquía los derechos reconocidos en el texto constitucional y aquellos establecidos en los tratados, convenciones o pactos sobre derechos humanos y contener estos últimos una mayor y mejor protección, los órganos que ejercen el poder público deberán otorgarle aplicación inmediata, directa y preferente a estos textos jurídicos de origen internacional, respecto a los derechos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, en caso de que las propuestas de cambio constitucional conlleven la supresión o eliminación de los derechos o las libertades públicas, ni siquiera se plantearía un problema de prevalencia de normas de origen internacional que gozan de rango constitucional, sino que simplemente habría que darles aplicación inmediata y plena a los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la república<sup>47</sup>, pues, como consecuencia de su rango constitucional, constituyen disposiciones superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico y deben ser respetadas y aplicadas por todos los órganos que ejercen el poder público<sup>48</sup>.

## **5. La supresión de los derechos humanos en la inconvencional reforma constitucional**

Las propuestas de modificación de derechos y libertades conquistadas por la humanidad<sup>49</sup> y que producto de la evolución del Estado constitucional

---

y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores”. Conforme a esta disposición, tanto el acto jurídico del Presidente de la República, a través del cual asume la iniciativa constitucional, como el acto parlamentario de sanción de la ‘reforma’ constitucional, del 2 de noviembre de 2007, que desconocía o peor aún anulaba derechos reconocidos en la Constitución de 1999, son absolutamente nulos y comprometieron la responsabilidad penal, civil y administrativa, tanto del Presidente de la República y de los diputados que los sancionaron como de los miembros del Consejo Nacional Electoral que en ejecución de dicha inconstitucional actuación convocaron un referendo para aprobar una modificación de la Constitución absolutamente regresiva.

<sup>47</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. *En*: Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007. p. 12-24.

<sup>48</sup> Artículo 7º de la Constitución.

<sup>49</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención

han sido reconocidos por el pueblo en la Constitución de 1999<sup>50</sup> tienen una doble incidencia: en el primer supuesto, aquellos derechos y libertades que son afectados positivamente, amparados por el principio de progresividad, verán reforzados o ampliados los mecanismos de protección frente a las actuales garantías que reconocen su goce y disfrute; en el segundo supuesto, los derechos y libertades que son afectados negativamente (desconocidos y suprimidos) serían debilitados en cuanto a su protección por el ordenamiento jurídico interno<sup>51</sup>, en manifiesta contravención a los instrumentos internacionales que prohíben a los Estados suspender los derechos por ellos reconocidos, así como le impiden la posibilidad de negación de aquellos que se hayan reconocido por los mismos Estados, aunque no se encuentren expresamente reconocidos en dichas declaraciones internacionales.

En caso de producirse este segundo supuesto, el operador jurídico tiene no solo la posibilidad, sino el deber de comparar, estudiar, interpretar y aplicar la cláusula de progresividad para usar aquellas normas, disposiciones, principios y criterios contenidos en los tratados sobre derechos humanos, que garanticen un mejor y mayor ejercicio y que brinden una protección más efectiva, o, dicho de otra manera, que garanticen el mejor derecho de las personas<sup>52</sup>, conforme al *corpus iuris* de la convencionalidad<sup>53</sup>.

## 6. La fraudulenta enmienda a la Constitución

Habiendo sido sometida a consulta la inconventional propuesta de reforma constitucional, el pueblo en ejercicio de su soberanía la rechazó mediante el referendo del día 2 de diciembre de 2007, lo que produjo que el entonces Presidente de la República, en una muestra del poco respeto que le merece la opinión del cuerpo electoral, manifestó que llevaría a cabo las reformas

---

Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>50</sup> Artículos 19 a 129 de la Constitución.

<sup>51</sup> ESPINA MOLINA, María Verónica. El principio de progresividad de los derechos humanos. En: Revista de Derecho Público. 2007. no. 112, p. 261-266.

<sup>52</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia 2507 del 5 de agosto de 2005, ratificada en Sentencia 4986 del 15 de diciembre de 2005, estableció que “la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos”.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999.

sin cambiar una coma<sup>54</sup> —lo que efectivamente hizo bajo la expedición de decretos-leyes contrarios a la Constitución—, y en fraude a la norma suprema —pues habiendo sido negado en el referendo de 2007— planteó la no menos polémica enmienda constitucional para modificar únicamente los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, que limitaban la reelección a una sola oportunidad y que, por el contrario, se estableciese que todos los cargos de elección popular pudieran ser objeto de reelección sin límites de oportunidades de postulación, lo que logró que fuese aprobado en el referendo del día 15 de febrero de 2009 y que finalmente llevó a la publicación, en la *Gaceta Oficial*, de la Constitución de la República de Venezuela con su primera enmienda<sup>55</sup>.

No obstante, era tan obvia la fraudulenta propuesta de enmienda constitucional, que únicamente perseguía eliminar el límite a la reelección del Presidente de la República, que luego de ejecutada la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en abril de 2009<sup>56</sup> con la finalidad de ajustarla a dicha enmienda constitucional, se expidió una nueva reforma de esta ley en diciembre de 2010<sup>57</sup>, en contravención directa a la primera enmienda de la Constitución, en que no solo se eliminó legalmente la posibilidad de ‘postulación sin límites’ para la reelección, sino que se eliminó cualquier posibilidad de reelección de los alcaldes y concejales<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> El periódico El Universal cita textualmente las siguientes palabras del Presidente de la República del día 5 de diciembre de 2007, en que expresó: “Prepárense porque vendrá una nueva ofensiva con la propuesta de reforma esa, o transformada o simplificada, pero yo estoy seguro. Ya me han llegado cartas de dirigentes populares, porque el pueblo sabe que si recoge firmas esa reforma se puede someter a referendo de nuevo en otras condiciones, en otro momento, en este mismo lugar que se llama Venezuela. Así que yo no cantaré victoria señores de la oposición”. Disponible en internet: <[http://www.eluniversal.com/2007/12/06/pol\\_art\\_chavez-anuncia-segu\\_627973](http://www.eluniversal.com/2007/12/06/pol_art_chavez-anuncia-segu_627973)>.

<sup>55</sup> Gaceta Oficial N° 5908 del 19 de febrero de 2009.

<sup>56</sup> El artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal disponía que “*el período de las autoridades municipales electas es de cuatro años y podrán ser reelegidos o reelegidas*. La elección de las mencionadas autoridades será preferentemente separada de las que deban celebrarse para elegir los órganos del poder nacional; salvo que el Consejo Nacional Electoral por acto motivado y mayoría de sus integrantes, decida realizarlas conjuntamente”. Gaceta Oficial N° 39163 del 22 de abril de 2009.

<sup>57</sup> La reforma del artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que “*el período de los alcaldes y alcaldesas, concejales y concejales electos o electas es de cuatro años*. La elección de las mismas será necesariamente separada de las que deben celebrarse para elegir los órganos del poder público nacional”. Gaceta Oficial N° 6015 del 28 de diciembre de 2010.

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La inconstitucional eliminación de la reelección de los alcaldes y concejales en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de 28 de diciembre de 2010. *En*: Revista de Derecho Público. 2011. no. 128, p. 94-101.

Cabe destacar que este no constituye el único ejemplo de modificación de una norma constitucional a través de un medio distinto del que ella misma contempla y por un acto jurídico de inferior jerarquía, por lo que seguidamente se referirán otros casos que pueden servir para entender la situación.

## 7. Algunos ejemplos de modificaciones a la Constitución de forma inconstitucional

Aunque existen abundantes ejemplos de modificaciones a la Constitución por mecanismos distintos de los que ella contempla, que han sido documentados por calificados académicos, quizá podrían considerarse como un auténtico ‘digesto’ sobre las modificaciones y desconocimiento sistemático al texto constitucional los importantes trabajos de los profesores Asdrúbal Aguiar<sup>59</sup> y Allan R. Brewer-Carías<sup>60</sup>, que de manera detallada han expuesto cómo se involucionó de un Estado social y democrático de derecho a la instauración de un régimen —al margen de la Constitución— identificado por ser fuertemente centralista y unitario en el modelo de organización territorial; excesivamente presidencialista, caudillista y militarista en el ámbito gubernamental; absolutista y totalitario en el desempeño político del poder; ampliamente intervencionista en lo económico; irresponsable y desestabilizador en el ámbito internacional; policial y represivo en el ámbito de los derechos humanos; ideologizante y retrógrado en el ámbito educativo; profundamente paternalista, demagogo y populista en el ámbito social; lo que conduce erróneamente a que algunos que no tienen una firme y clara concepción democrática, responsable y plural del ejercicio del poder crean que se trata de un Estado aparentemente fuerte en la consecución de sus fines, pero en la realidad es

---

<sup>59</sup> AGUIAR, Asdrúbal. *Historia inconstitucional de Venezuela. 1999-2012*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012; y del mismo autor, *El golpe de enero en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

<sup>60</sup> BREWER-CARIÁS, Allan R. *Introducción general al régimen del poder popular y el Estado comunal (O de cómo en el siglo XXI en Venezuela se decreta al margen de la Constitución un Estado de comunas y de consejos comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado)*. En: *Leyes orgánicas sobre el poder popular y el Estado comunal*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011. p. 9-182; así como *Estado totalitario y desprecio a la ley*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014; también del mismo autor, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*. 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015; y, más recientemente, *La ruina de la democracia en Venezuela. Algunas consecuencias*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015, que también puede consultarse en: <[http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/9789803653255-txt%20\(pagina%20web\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/9789803653255-txt%20(pagina%20web).pdf)>.

institucionalmente débil e ineficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Como se puede apreciar, el actual régimen político ha derrumbado la estabilidad institucional, la democracia ha desaparecido, la economía ha sido virtualmente destruida y existe una gran fractura social, que difícilmente logrará cohesionarse en el corto tiempo.

A los fines de enunciar algunas de esas modificaciones a la Constitución, que se efectuaron de manera distinta a la que ella contempla, mediante la producción de actos inconstitucionales, se pueden poner algunos ejemplos.

### **7.1. La modificación de los valores constitucionales de la democracia y el pluralismo**

Tal como se expuso anteriormente, el artículo 2º de la Constitución<sup>61</sup> reconoce como uno de los valores superiores la democracia y el pluralismo político, lo que ratifica el artículo 6º del mismo texto Supremo<sup>62</sup>; no obstante, luego del frustrado intento de reforma constitucional de 2007, que motivó al Presidente de la República a declarar que no retrocedería en su idea de la implantación del socialismo, este expidió el Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno<sup>63</sup> y, mediante un acto de rango sublegal dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, desconoce los valores superiores de la democracia y del pluralismo político, cambiándolos por su definición de socialismo, que plasmó en el artículo 3º del texto reglamentario, que, sin entrar en consideraciones de otra naturaleza, pone de manifiesto cómo se ignoran los valores constitucionales.

No cabe la menor duda de que el reglamento altera el espíritu, propósito y razón de la Constitución democrática y plural, que es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, lo que hace inconstitucional tal acto jurídico, pero ello no ha impedido que a partir de allí se haya desarrollado

---

<sup>61</sup> El artículo 2º de la Constitución expresa: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

<sup>62</sup> El artículo 6º de la Constitución dispone que el gobierno de la República de Venezuela y de las entidades políticas que lo componen “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

<sup>63</sup> El texto original fue publicado en Gaceta Oficial N° 39 416 del 4 de mayo de 2010, reformado según Gaceta Oficial N° 39 655 del 13 de abril de 2011, nuevamente reformado según Gaceta Oficial N° 39 924 del 17 de mayo de 2012, reimpresso por error material en Gaceta Oficial N° 40 002 del 6 de septiembre de 2012.

toda una política orientada a aniquilar cualquier expresión democrática y el pluralismo político en todas sus manifestaciones.

Tampoco corresponde inventariar todos los textos que ahora emplean la referida expresión ideológica, pretendiendo imponer una juridicidad inconstitucional y no democrática. Se ha mencionado este ejemplo como el germen de la modificación de los valores constitucionales, en fraude a la Constitución y en desconocimiento de los límites establecidos al poder constituido, como ya lo había señalado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de abril de 1999, cuando indicó que la convocatoria de un referendo para constituir y celebrar una asamblea constituyente tendría como límites: i) los valores y principios de nuestra historia republicana, ii) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la república, iii) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y iv) las garantías democráticas<sup>64</sup>.

## **7.2. La modificación de las competencias exclusivas constitucionalmente atribuidas a los Estados**

Producto de la evolución constitucional y legislativa que ha experimentado Venezuela a lo largo de su historia republicana<sup>65</sup>, y más específicamente del proceso de descentralización de competencias del poder federal a las entidades territoriales denominadas Estados, la reforma de la Constitución en 1999 constitucionaliza los avances alcanzados a través de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que había sido expedida diez años antes<sup>66</sup>.

Es así como el artículo 164 de la Constitución señala: “Es competencia exclusiva de los Estados”, y procede a enunciar cuáles son esas competencias exclusivas, entre las cuales menciona el artículo 164.10 la siguiente: “La

---

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 311 del 13 de abril de 1999.

<sup>65</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La asociatividad entre las entidades territoriales en la República de Venezuela. *En*: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto y ESTUPIÑÁN, Liliana. coords. Asociatividad territorial. Enfoque comparado y análisis en el nuevo contexto de la organización territorial colombiana. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013. p. 55-81.

<sup>66</sup> Gaceta Oficial N° 34208 del 28 de abril de 1989, reforma parcial en lo que había quedado vigente al entregar en vigor la Constitución en 1999, con la pretendida intención de adaptarla a esta, en la Gaceta Oficial N° 37753 del 14 de agosto de 2003, lo que no se hizo realmente, pues se quedó en una mera reforma nominal, sin abordar los grandes cambios de fondo.

conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el ejecutivo nacional”. De tal declaración se deduce claramente a quién corresponde la competencia, que debe ejercer para una mejor gestión de las infraestructuras, con sujeción a los principios de eficiencia, eficacia y economía que envuelven toda la actividad administrativa<sup>67</sup>, “en coordinación” con el poder ejecutivo federal.

No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la Sentencia 565 del 15 de abril de 2008 —en manifiesto fraude constitucional, pues esta propuesta de recentralización<sup>68</sup> de competencias fue rechazada mediante el referendo del 2 de diciembre de 2007<sup>69</sup>, que de manera rotunda negó la iniciativa de reforma constitucional en la que se proponía quitarles las competencias que tenían atribuidas los Estados—, resolvió modificar la Constitución por vía de interpretación —mediante un mecanismo distinto del que ella contempla— y otorgarle a la expresión “en coordinación” con el poder ejecutivo un nuevo significado, “bajo la coordinación” del poder ejecutivo, transformando la puerta constitucional de la descentralización, que abría desde el poder federal hacia el poder estatal, en una puerta giratoria que le permite al poder federal otorgar o transferir competencias a los Estados, efectuar una intervención federal e, incluso, revertirlas aun en contra del propio texto constitucional en el caso de las competencias exclusivas; y en el caso de las concurrentes y transferidas, sin el consentimiento de los Estados<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Artículo 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

<sup>68</sup> Sobre la política de recentralización iniciada por el poder ejecutivo, avalada por el poder judicial y convalidada por el poder legislativo, todo ello al margen de la Constitución, puede consultarse el minucioso análisis de PEÑA SOLÍS, José. La ‘muerte’ de la descentralización. Examen jurídico de sus causas: la sentencia de la Sala Constitucional del 18-04-2008 y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. *En*: AA. VV. 100 años de enseñanza del derecho administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo II. ucv-Funeda-CEDP UMA, 2011. p. 585-644.

<sup>69</sup> RACHADELL, Manuel. Socialismo del siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el presidente Chávez en agosto de 2007. Funeda, 2007. Disponible en internet: <<http://rrmlegal.com/es/blog/17/socialismo-del-siglo-xxi-analisis-de-la-reforma-constitucional-propuesta-por-el-presidente-chavez-en-agosto-de-2007>>.

<sup>70</sup> Sobre este tema se recomiendan dos excelentes trabajos: BREWER-CARÍAS, Allan R. La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público. *En*: Revista de Derecho Público. 2008. no. 114, p. 247-261, que también puede consultarse en: <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9->

Toda la pretendida argumentación constitucional se reconduce a una modificación que se traduce en la siguiente idea: dado que la asamblea nacional constituyente se equivocó al atribuir a los Estados competencias exclusivas y el poder constituyente en el referendo se equivocó al aprobar la Constitución, considera la Sala Constitucional que, en su condición de poder constituido erudito y facultado para corregir los errores que en su criterio tiene la Constitución, le es posible transformar las competencias exclusivas de los Estados en competencias concurrentes entre estos y el poder federal, eliminándoles, por lo tanto, a los Estados las competencias exclusivas que les otorga el texto de la Constitución.

Cabe destacar dos aspectos extraños al espíritu constitucional: el primero es que el sistema constitucional de organización territorial es “federal descentralizado”<sup>71</sup> y al atribuir competencias exclusivas a los Estados, estas únicamente podrían ser revertidas bajo una modificación constitucional vía reforma —que se intentó en diciembre de 2007 y no se aprobó— o asamblea constituyente, pero jamás por una interpretación judicial y menos por una reforma legal exhortada por el juez constitucional, como la contenida en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 2009<sup>72</sup>, así como en las leyes nacionales que regulan la materia de puertos, aeropuertos y carreteras; y la segunda es que la figura de la intervención federal no se encuentra regulada expresamente en la Constitución de 1999, por lo que para realizarla necesariamente se requiere de la declaratoria de estado de excepción, sin que ella pueda interrumpir el funcionamiento de los órganos que ejercen el poder público<sup>73</sup>.

### 7.3. La modificación de las reglas de sucesión presidencial

La Constitución dispone que el período presidencial sea de seis años, pudiendo ser reelecto el Presidente de la República, debiendo tomar posesión del cargo el día 10 de enero del primer año del período constitucional, mediante su juramentación ante el poder legislativo. Si por cualquier motivo

---

f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.574.pdf>; SUBERO MÚJICA, Mauricio. Comentarios a la Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público del 17 de marzo de 2009. Disponible en internet: <[http://w2.ucab.edu.ve/tl\\_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1\\_boletin/MAURICIO\\_SUBERO.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/MAURICIO_SUBERO.pdf)>.

<sup>71</sup> Artículo 4º de la Constitución.

<sup>72</sup> Gaceta Oficial N° 39 140 del 17 de marzo de 2009.

<sup>73</sup> Artículo 339 de la Constitución.

sobrevenido el Presidente electo no pudiere juramentarse ante este, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia<sup>74</sup>.

*a) La sucesión presidencial en caso de faltas absolutas*

Constituyen faltas absolutas del Presidente de la República, la muerte; la renuncia; la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia; la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia, con aprobación del poder legislativo; el abandono del cargo declarado por el poder legislativo; y la revocatoria del mandato mediante referendo<sup>75</sup>.

En caso de que la falta absoluta sea del Presidente electo, antes de que se produzca la toma de posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, se encargará de la Presidencia de la República el presidente del poder legislativo<sup>76</sup>.

De producirse la falta absoluta del Presidente de la República, durante los primeros cuatro años del sexenio, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente de la República, se encargará de la Presidencia el Vicepresidente Ejecutivo. En este caso, el nuevo Presidente completará el período constitucional<sup>77</sup>.

Ante la hipótesis de que la falta absoluta se produzca durante los últimos dos años del sexenio, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el período<sup>78</sup>.

Este supuesto no deja de ser curioso, pues el Vicepresidente Ejecutivo no es un cargo de elección popular, sino de designación del Presidente de la República y, de materializarse la hipótesis que contempla la Constitución, una persona que no ha sido electa por el voto popular, universal, libre, directo y secreto, podría gobernar el país, a pesar de que el artículo 5º de la Constitución señala que todos los “órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a

---

<sup>74</sup> Artículos 230 y 231 de la Constitución.

<sup>75</sup> Artículo 233 de la Constitución.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

ellos están sometidos”, en tanto el artículo 6° de la misma Carta dispone que el gobierno es y será siempre democrático y electivo.

*b) La sucesión presidencial en caso de faltas temporales*

Las faltas temporales del Presidente de la República serán suplidas por el Vicepresidente Ejecutivo hasta por un período de 90 días, prorrogables por decisión del poder legislativo hasta por 90 días más.

En caso de que la falta temporal se prolongue por más de 90 días consecutivos, el poder legislativo decidirá por la mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta<sup>79</sup>.

*c) Los antecedentes fácticos de la modificación constitucional por el Tribunal Supremo de Justicia*

Luego de las elecciones presidenciales del día 7 de octubre de 2012, en que el entonces Presidente de la República fue proclamado oficialmente como reelecto por el Consejo Nacional Electoral, este desapareció de la escena pública en virtud de encontrarse moribundo hasta el día 8 de diciembre de 2012, cuando a través de una alocución nacional se despidió del país y realizó el siguiente anuncio<sup>80</sup>:

Si como dice la Constitución, cómo es que dice, si se presentara alguna circunstancia sobrevenida, así dice la Constitución, que a mí me inhabilite, óigaseme bien, para continuar al frente de la Presidencia de la República... bien sea para terminar, en los pocos días que quedan... ¿Cuánto?, ¿un mes? Hoy es... Sí, un mes, un mes.

Y sobre todo para asumir el nuevo período para el cual fui electo por ustedes, por la gran mayoría de ustedes, si algo ocurriera, repito, que me inhabilitara de alguna manera, Nicolás Maduro no sólo en esa situación debe concluir, como manda la Constitución, el período; sino que mi opinión firme, plena como la luna llena, irrevocable, absoluta, total, es que —en ese escenario que obligaría a convocar como manda la Constitución de nuevo a elecciones presidenciales— ustedes elijan a Nicolás Maduro como Presidente de la República... Yo

---

<sup>79</sup> Artículo 234 de la Constitución.

<sup>80</sup> <<https://www.youtube.com/watch?v=BKmlHhjMGP0>>.

se los pido desde mi corazón. Es uno de los líderes jóvenes de mayor capacidad para continuar, si es que yo no pudiera —Dios sabe lo que hace—, si es que yo no pudiera, continuar con su mano firme, con su mirada, con su corazón de hombre del pueblo, con su don de gente, con su inteligencia, con el reconocimiento internacional que se ha ganado, con su liderazgo, al frente de la Presidencia de la República, dirigiendo, junto al pueblo siempre y subordinado a los intereses del pueblo, los destinos de esta patria.

Ello condujo a que una persona seguidora de la gestión oficial presentase ante el Tribunal Supremo de Justicia, el día 21 de diciembre de 2012, una demanda de interpretación constitucional acerca del contenido y alcance del artículo 231 de la Constitución de la República de Venezuela, en virtud de que extraoficialmente se había tenido noticia de que el enfermo no había superado la operación a la que se había sometido en el exterior y era inminente la necesidad de declarar la falta absoluta, que se materializaría el día 10 de enero de 2013.

*d) La modificación constitucional por el Tribunal Supremo de Justicia*

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la Sentencia 2 del 9 de enero de 2013, mediante el supuesto ejercicio de la potestad de interpretación constitucional, modificó las reglas de sucesión presidencial contenidas en la Constitución<sup>81</sup>. En efecto, la sentencia resolvió lo siguiente:

- i) Hasta la presente fecha, el presidente Hugo Rafael Chávez Frías se ha ausentado del territorio nacional, por razones de salud, durante lapsos superiores a “cinco días consecutivos”, con la autorización de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 de la Constitución, la última de las cuales se encuentra plenamente vigente y fue ratificada en sesión de la Asamblea Nacional de fecha 8 de enero de 2013.
- ii) No debe considerarse que la ausencia del territorio de la República configure automáticamente una falta temporal en los términos del

---

<sup>81</sup> Se recomienda leer con provecho AGUIAR, El golpe de enero en Venezuela, op. cit.; BREWER-CARÍAS, Allan R. El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

artículo 234 de la Constitución de la República de Venezuela, sin que así lo dispusiere expresamente el Jefe de Estado mediante decreto especialmente redactado para tal fin.

iii) A diferencia de lo que disponían los artículos 186 y 187 de la Constitución de 1961, que ordenaban que en caso de existir un desfase entre el inicio del período constitucional y la toma de posesión, el Presidente saliente debía entregar el mandato al Presidente del Congreso y procederse “como si se tratara de una falta absoluta”; la Carta de 1999 eliminó expresamente tal previsión, lo cual impide que el término del mandato pueda ser considerado una falta absoluta (que, por otra parte, tampoco está contemplada en el artículo 233 constitucional como causal y sería absurdo en el caso de un Presidente reelecto y proclamado).

iv) A pesar de que el 10 de enero próximo se inicia un nuevo período constitucional, no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo.

v) La juramentación del Presidente reelecto puede ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poder realizarse dicho día ante la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Carta Magna. Dicho acto será fijado por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez que exista constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hayan impedido la juramentación.

vi) En atención al principio de continuidad de los poderes públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno queda *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el poder ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los ministros y demás órganos y funcionarios de la administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa.

La exposición transcrita no amerita mayor explicación para ver cómo se efectuó la modificación constitucional, por vía de interpretación judicial, sobre un asunto que estaba expresamente resuelto en la Constitución.

En un claro fraude constitucional se autorizó la consumación de la usurpación de autoridad y se cambió el régimen de sucesión presidencial, desplazando al presidente del poder legislativo de la responsabilidad constitucional de gobernar interinamente al país, producto de la falta absoluta del Presidente electo quien —según se dijo anteriormente, ya se conocía extraoficialmente— había fallecido en el exterior, durante el mes de diciembre de 2012, pero cuyo deceso fue ocultado al país, hasta que se anunció oficialmente el día 5 de marzo de 2013.

Es así como se modificó la Constitución, producto de una conspiración político-judicial-militar que sirvió para materializar un auténtico golpe de Estado, pues, a partir del día 10 de enero de 2013, una persona que no había sido electa mediante el voto popular, universal, libre, directo y secreto —como lo son el Presidente de la República o el presidente del poder legislativo— inició el nuevo período presidencial —sin juramentación— y asumió por decisión judicial la condición de Jefe de Estado y de Gobierno de la República de Venezuela, responsabilidades que ejerció durante el interregno que finalizó el día 19 de abril de 2013, cuando asumió el cargo de Presidente de la República ante el poder legislativo, quien oficialmente fue declarado como electo luego de las elecciones por el Consejo Nacional Electoral el día 15 de abril de 2013.

#### **7.4. La modificación de la duración del período constitucional de las autoridades estatales**

La reforma constitucional de 1999 estableció que el período para el cual debían ser electas las autoridades estatales sería un cuatrienio, indicando que los gobernadores se podían postular de manera inmediata y por una sola vez, para un nuevo período<sup>82</sup>, mientras que, en el caso de los diputados estatales, se permitía la reelección por un máximo de dos períodos consecutivos<sup>83</sup>.

Al producirse la fraudulenta enmienda constitucional, tal como se explicó antes, se eliminaron los límites al número de veces en que se pueden postular los candidatos a gobernadores y diputados estatales, pero el período de las autoridades estatales se mantuvo intacto en cuatro años.

Es el caso que, habiéndose realizado las últimas elecciones a gobernadores y diputados estatales en diciembre de 2012, el período de gobierno vencía en

---

<sup>82</sup> Artículo 160 de la Constitución.

<sup>83</sup> Artículo 162 de la Constitución.

diciembre de 2016, por lo que la autoridad electoral debía convocar las elecciones con suficiente anticipación para el mes de diciembre, con sujeción plena a la Constitución; no obstante, el Consejo Nacional Electoral anunció al país, el día 18 de octubre de 2016, que había aprobado “el calendario de actividades presentado por la Junta Nacional Electoral para el año 2017, entre las que se destacan las elecciones regionales, las municipales, elecciones primarias y la renovación de las nóminas de las organizaciones con fines políticos que no cumplen con el 1 % requerido para mantener su inscripción en el CNE”, precisando que “las elecciones regionales fueron establecidas para finales del primer semestre del 2017 y las elecciones municipales para segundo semestre”<sup>84</sup>.

Es preciso mencionar que esta actuación debe ser considerada como una actividad material formalmente ilegal, pues no se conoce el texto expreso, ni ha sido publicada en la *Gaceta Oficial*, lo que resulta insoslayable, dada la pluralidad de destinatarios a la que va dirigida, con lo cual la única certeza formal que se tiene de ella es la información calificada de ‘noticia’ que aparece en la página web del Consejo Nacional Electoral y que lleva a presumir que las autoridades realmente sesionaron y presuntamente adoptaron tal decisión en la fecha antes referida.

Pero más allá de la infracción a la legalidad formal, de existir expresamente la decisión, en un texto escrito, esta lo que haría es materializar la afectación del derecho a la participación política, a través del sufragio, universal, libre, directo y secreto, al impedir al cuerpo electoral expresarse en los comicios que debieron ser convocados y realizados oportunamente para elegir o renovar el mandato a las autoridades estatales, en flagrante violación de los artículos 6º, 62 y 70 de la Constitución.

Cabe destacar, por último, pero no por ello menos importante, que sea *de facto* o por vía expresa, la actuación del Consejo Nacional Electoral usurpando funciones del poder constituyente derivado<sup>85</sup>, al modificar la Constitución por un mecanismo distinto del que ella misma contempla<sup>86</sup> —como fue expuesto anteriormente—, ha prolongado el período de gobierno estatal a más de cuatro años, generando inseguridad jurídica e incertidumbre sobre los actos u omisiones que son imputables a las autoridades públicas estatales y con ello sobre la

---

<sup>84</sup> <[http://cne.gov.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detallada.php?id=3482](http://cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3482)>.

<sup>85</sup> Artículo 138 de la Constitución.

<sup>86</sup> Artículo 333 de la Constitución.

actual y futura vigencia de la Constitución en lo que respecta a este asunto, pues todo ello lo ha hecho sin tener atribuida tal competencia en la propia Constitución y, por ende, en contravención de los artículos 137 y 141 de la Constitución.

### **7.5. La modificación constitucional ha sido una herramienta para la destrucción del Estado constitucional**

Lo que ha sucedido con las modificaciones constitucionales realizadas en contravención a lo previsto en la propia Constitución, anteriormente expuestas como ejemplos y las que acuciosamente sistematizaron en el digesto de publicaciones sobre el tema los profesores Aguiar y Brewer-Carías, se han orientado a establecer de manera definitiva lo que ha denunciado con total elocuencia la doctrina científica, a través de las siguientes palabras<sup>87</sup>:

Hay que ser muy ciego para no conocer la realidad de un Estado dictatorial que reprimía las libertades básicas, que suprimía la nacionalidad de los intelectuales díscolos y que siguió disparando en sus fronteras a todo aquel que se atreviera a huir del paraíso hasta el último momento (léanse los libros de la escritora Christa Wolff, nada sospechosa porque fue militante comunista, o véase la película *La vida de los otros* de Florian Henckel von Donnersmarck para tener una idea aproximada de la realidad que se escondía bajo la 'legalidad socialista'). Téngase en cuenta, como concluyente botón de muestra, que una ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa se aprobó por primera vez ¡en 1988! (¿hace falta recordar lo que ocurrió en noviembre de 1989?). La expresión "Estado de derecho" era vitanda y sólo en 1988 apareció en un documento del Partido rebautizada como "Estado socialista de derecho".

Es así como se ha experimentado una suerte de anomia, pues si bien existe formalmente la Constitución en Venezuela, esta se ha transformado en una especie de libro esotérico y misterioso, que mucha gente invoca y pocos lo han leído todavía, casi ninguno de los funcionarios públicos ni de los jueces lo entiende y menos aún ejecutan, pues desconocen cuál es su auténtico contenido, en virtud

---

<sup>87</sup> SOSA WAGNER, Francisco. *Juristas y enseñanzas alemanas I, 1945-1975*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 106-107.

de su permanente modificación por quienes ejercen el poder constituido, que actúan en ejercicio de una competencia que jamás les ha sido atribuida, cambiando lo que consideran pertinente con el único fin de eternizarse en el poder.

### Consideraciones finales

No obstante lo antes expuesto, cabe señalar que en el estado de desarrollo que ha alcanzado la civilización occidental y más específicamente la que ha proyectado América Latina con la incorporación al bloque de la constitucionalidad de la convencionalidad en materia de derechos humanos, así como la aceptación expresa de la competencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos por la mayoría de los países, como máximo intérprete de la convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se debe tener presente que ningún poder constituido puede desconocer el principio *pro homine* y efectuar cambios constitucionales que nieguen, desmejoren o desconozcan los derechos inherentes a la persona humana.

De allí que incluso los actos jurídicos que hayan podido ser aprobados por los órganos que ejercen el poder constituido o por el pueblo en ejercicio de su soberanía —sean de rango constitucional, leyes constitucionales o de cualquier otra jerarquía—, mediante referendo o plebiscito, no pueden desconocer los irrenunciables derechos y libertades reconocidos en el *corpus iuris* de la convencionalidad, así como los principios que caracterizan a una sociedad democrática, a riesgo de ser declarados jurídicamente ineficaces y carentes de cualquier efecto por estar viciados de inconventionalidad, como lo han resuelto los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tiempos recientes<sup>88</sup>.

### Obras citadas

#### Doctrina

AGUIAR, Asdrúbal. El golpe de enero en Venezuela. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

---

<sup>88</sup> Se mencionan los que siguen a manera meramente enunciativa: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 5 de febrero de 2001, caso Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) versus Chile; sentencia del 11 de marzo de 2005, caso Caesar versus Trinidad y Tobago; sentencia del 20 de noviembre de 2007, caso Boyce y otros versus Barbados; sentencia del 24 de noviembre de 2009, caso DaCosta Cadogan versus Barbados; y, más reciente, sentencia del 24 de febrero de 2011, caso Gelman versus Uruguay.

- AGUIAR, Asdrúbal. Historia inconstitucional de Venezuela. 1999-2012. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Estado totalitario y desprecio a la ley. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional 2007. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción general al régimen del poder popular y el Estado comunal (O de cómo en el siglo XXI en Venezuela se decreta al margen de la Constitución, un Estado de comunas y de consejos comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado). En: Leyes orgánicas sobre el poder popular y el Estado comunal. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011. p. 9-182.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. En: Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007. p. 12-24.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. La ruina de la democracia en Venezuela. Algunas consecuencias. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público. En: Revista de Derecho Público. 2008. no. 114, p. 247-261.
- COMBELLAS, Ricardo. Estado de derecho. Crisis y renovación. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 91-98.
- DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1988.

- El Universal. 5, diciembre, 2007. Disponible en internet: <[http://www.eluniversal.com/2007/12/06/pol\\_art\\_chavez-anuncia-segu\\_627973](http://www.eluniversal.com/2007/12/06/pol_art_chavez-anuncia-segu_627973)>.
- ESPINA MOLINA, María Verónica. El principio de progresividad de los derechos humanos. En: Revista de Derecho Público. 2007. no. 112, p. 261-266.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La asociatividad entre las entidades territoriales en la República de Venezuela. En: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto y ESTUPIÑÁN, Liliana. coords. Asociatividad territorial. Enfoque comparado y análisis en el nuevo contexto de la organización territorial colombiana. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013. p. 55-81.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La contribución del poder judicial a la desaparición de la Constitución, de la democracia y el Estado de derecho. En: El nuevo derecho constitucional venezolano. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000. p. 81-108.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La inconstitucional eliminación de la reelección de los alcaldes y concejales en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de 28 de diciembre de 2010. En: Revista de Derecho Público. 2011. no. 128, p. 94-101.
- PEÑA SOLÍS, José. La ‘muerte’ de la descentralización. Examen jurídico de sus causas: la sentencia de la Sala Constitucional del 18-04-2008 y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. En: AA. vv. 100 años de enseñanza del derecho administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo II. ucv-Funeda-CEDP UMA, 2011. p. 585-644.
- PEÑA SOLÍS, José. La revisión de la Constitución de 1999. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. 2015. no. 5, p. 550-555.
- RACHADELL, Manuel. Socialismo del siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el presidente Chávez en agosto de 2007. Funeda, 2007.
- SOSA WAGNER, Francisco. Juristas y enseñanzas alemanas I, 1945-1975. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SUBERO MÚJICA, Mauricio. Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público del 17 de marzo de 2009 [en línea]. Disponible en internet: <[http://w2.ucab.edu.ve/tl\\_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1\\_boletin/MAURICIO\\_SUBERO.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/MAURICIO_SUBERO.pdf)>.

### **Sentencias nacionales**

VENEZUELA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Político Administrativa. Sentencia 17 del 19 de enero de 1999.

VENEZUELA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Político Administrativa. Sentencia 18 del 19 de enero de 1999.

VENEZUELA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Político Administrativa. Sentencia 311 del 13 de abril de 1999.

VENEZUELA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de octubre de 1999.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 1140 del 5 de octubre de 2000.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 85 del 24 de enero de 2002.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 2507 del 5 de agosto de 2005.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 4986 del 15 de diciembre de 2005.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 74 del 25 de enero de 2006.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 1632 del 11 de agosto de 2006.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 2042 del 2 de noviembre de 2007.

### **Sentencias interamericanas**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 11 de marzo de 2005, caso Caesar versus Trinidad y Tobago.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, caso Boyce y otros versus Barbados.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 24 de febrero de 2011, caso Gelman versus Uruguay.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 24 de noviembre de 2009, caso DaCosta Cadogan versus Barbados.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 5 de febrero de 2001, caso Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) versus Chile.

### **Textos normativos**

Constitución de la República de Venezuela, 21 de diciembre de 1811.

Constitución de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5908 del 19 de febrero de 2009.

VENEZUELA. Declaración de Independencia, 5 de julio de 1811.

VENEZUELA. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. Gaceta Oficial N° 34208 del 28 de abril de 1989.

VENEZUELA. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. Gaceta Oficial N° 37753 del 14 de agosto de 2003.

VENEZUELA. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. Gaceta Oficial N° 39140 del 17 de marzo de 2009.

VENEZUELA. Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial N° 6147 del 17 de noviembre de 2014.

VENEZUELA. Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Gaceta Oficial N° 39163 del 22 de abril de 2009.

VENEZUELA. Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Gaceta Oficial N° 6015 del 28 de diciembre de 2010.

VENEZUELA. Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. Gaceta Oficial N° 39416 del 4 de mayo de 2010.

VENEZUELA. Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. Gaceta Oficial N° 39655 del 13 de abril de 2011.

VENEZUELA. Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. Gaceta Oficial N° 39924 del 17 de mayo de 2012.

VENEZUELA. Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. Gaceta Oficial N° 40002 del 6 de septiembre de 2012.

### **Grabación en video**

<<https://www.youtube.com/watch?v=BKmlHhjMGP0>>.

# El poder de revisión de la Constitución en África y sus límites

Fabrice Hourquebie\*  
*Universidad de Burdeos (Francia)*

La idea de este artículo es realizar un balance rápido de las modalidades de revisión de las constituciones en los países del África francófona, así como de los desafíos que enfrenta el poder constitucional originario y derivado, desafíos que podrían encontrar ciertas correspondencias en el poder constituyente colombiano.

## 1. La rigidez de los mecanismos de revisión de las constituciones

**1.1. En África la Constitución se considera a la vez como una muralla frente a las derivas autoritarias y como una herramienta para la estabilización de la vida política,** sobre todo después de las independencias de los años sesenta y más aún durante los años noventa cuando el colapso de los partidos únicos marcó el ingreso de los Estados africanos al Estado de derecho y su adhesión a los valores del constitucionalismo [el movimiento constitucional africano se caracteriza por tres olas: años 1958 a 1964, fase de descolonización y acceso a la independencia; años 1965-1990, fase caracterizada por el abandono del modelo liberal en beneficio de un esquema de gobierno autoritario con frecuencia calificado como la doctrina de ‘presidencialismo subsahariano’; años posteriores a 1990, marcados por la adhesión cuanto menos formal de los gobiernos

---

\* Profesor de Derecho Público y director de la Escuela Doctoral de Derecho en la Universidad de Burdeos; experto constitucional ante la Organización Internacional de la Francofonía (OIF) y Secretario General de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional (AFDC).

al multipartidismo y a las exigencias del Estado de derecho<sup>1</sup>]. Por lo tanto, el tema de las revisiones/enmiendas a la Constitución ocupa un lugar central, pues reposa sobre aquella paradoja tan característica de los Estados africanos francófonos: rigidez constitucional formal e inestabilidad institucional real<sup>2</sup>.

La sacralidad constitucional que reivindican los constituyentes africanos como factor de limitación del poder de los gobiernos ha llevado a que las constituciones africanas sean particularmente rígidas y dotadas, por lo tanto, de un procedimiento específico de revisión de la Constitución (procedimiento diferente, menos pesado y más simple, al de la elaboración de las leyes ordinarias) → todos los Estados africanos francófonos, sin excepción, han optado por constituciones escritas.

Este movimiento hacia la rigidez de las constituciones africanas aparece sobre todo en beneficio de las reformas institucionales y políticas de los años ochenta → pero se trata más bien de una rigidez reforzada, porque ciertas disposiciones parecen revestidas de una rigidez absoluta al punto de parecer supraconstitucionales (cláusulas de eternidad): es con frecuencia el caso de las cláusulas relacionadas con la forma republicana del Estado, con la duración del mandato presidencial o con las condiciones de presentación a la elección presidencial (compárese con el objetivo inicial de las constituciones rígidas africanas que es limitar, al menos en teoría, los excesos de un poder autoritario) → esto tendería a cuestionar la distinción clásica en África entre constituciones rígidas/flexibles, y más bien a favorecer una distinción tripartita flexibilidad/rigidez/rigidez reforzada.

**1.2. La seguridad jurídica y la estabilización constitucional exigen entonces un proceso de revisión restrictivo** que, a instancias del procedimiento francés, con frecuencia recurre a la representación nacional para votar el texto de la revisión y a la ratificación mediante referendo para validar la revisión en última instancia (de allí surge el riesgo de instrumentalización y desplazamiento hacia una interpretación plebiscitaria de la consulta, riesgo que es mayor en los Estados africanos que en otros).

---

<sup>1</sup> AHADZI, K. Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain. *En*: Afrique juridique et politique. 2002. p. 35.

<sup>2</sup> ATANGANA, J.-L. Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain. p. 3.

Estos procedimientos son a la vez solemnes y complejos<sup>3</sup>.

*Solemnidad:* está tanto más marcada cuanto mayor es el número de instituciones llamadas a pronunciarse sobre la revisión. En África se observa lo siguiente: si bien la iniciativa de revisión pertenece casi exclusivamente al Presidente de la República, con frecuencia los constituyentes les han confiado lo esencial del poder de revisión a las segundas cámaras de los parlamentos (que disponen de una especie de poder de veto), con el fin de sustraer, en teoría, la revisión constitucional de la versatilidad del poder ejecutivo y de su relevo mayoritario en la cámara baja del Parlamento. Por su parte, la ratificación definitiva reposa en la expresión del pueblo por medio de un referendo, referendo que a veces es obligatorio (Congo, Malí, Chad), y a veces facultativo (es decir, sujeto a la ratificación por parte de la cámara baja o el Parlamento, Burkina Faso, Costa de Marfil, Yibuti, Níger, República Centroafricana, etc.).

*Complejidad:* esta se manifiesta sobre todo a través de la exigencia de una mayoría calificada dentro del Parlamento para adoptar la revisión de la Constitución. Generalmente en África la mayoría requerida es de dos tercios (Camerún, Gabón, Congo, Guinea, Malí...), tres cuartos (Burkina Faso, Costa de Marfil, República Centroafricana, Madagascar...) o con menor frecuencia cuatro quintos (Benín, Togo, Burundí).

Pero cabe realizar la siguiente constatación paradójica: a pesar de la enorme rigidez procedural, se observa una multiplicación de las revisiones constitucionales, donde se relega al poder constituyente derivado al simple rol de marioneta en las manos del poder presidencial.

## **2. A pesar de ello revisiones con frecuencia numerosas y manipuladas**

**2.1. El aumento en el número de revisiones constitucionales africanas francófonas es un hecho observable en todos los Estados desde 1990, con una aceleración durante los últimos cinco años con la cercanía de elecciones presidenciales en varios Estados. Este incremento se da o bien en la cantidad de revisiones adoptadas (frecuencia de las revisiones); o bien en la amplitud de las revisiones (la revisión de la Constitución equivale en este caso, a veces, a una desnaturalización del régimen y, por lo tanto, a una modificación de este).**

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 10-12.

Primera categoría: Senegal, más de doce reformas desde 1990. Segunda categoría: Burkina Faso, tres revisiones desde 1991, mientras que la tentativa de una cuarta en 2014 para permitirle al presidente Blaise Compaoré volverse a presentar a la elección presidencial terminó en el derrocamiento de este

último; Camerún, dos modificaciones desde 1990; la de 1991 restableció el puesto de Primer Ministro, haciendo que, al menos teóricamente, el régimen presidencial se inclinara hacia el régimen semipresidencial; Gabón, cuatro modificaciones desde 1991; la de 1994 creó un Senado cuyo presidente puede asumir en interinidad el rol de Jefe de Estado; Chad, tres revisiones, la última en 2004; Togo, cuatro revisiones, entre ellas la de 2005, que otorga inmunidad a ciertas disposiciones de la Constitución ante cualquier revisión, como las condiciones de acceso a la función presidencial y a las condiciones de interinidad, todo para facilitar el acceso a dicha función de Faure Essozimna, hijo del anterior presidente de Togo.

En la mayoría de casos, esas revisiones afectan disposiciones mayores del texto que son susceptibles de influir el espíritu de la Constitución. Esas disposiciones con frecuencia están bien protegidas, es decir, sustraídas del poder constitucional derivado; pero, a pesar de la constitucionalidad reforzada de esas cláusulas, ello no impide las maniobras políticas —vestidas luego de constitucionalidad— para intentar modificarlas.

Así, casi todas las revisiones de la Constitución afectan el estatus del Jefe de Estado, ya sea para modificar las condiciones que deben tener los candidatos a la elección presidencial (edad, por ejemplo, como en el reciente referendo organizado en el Congo por el presidente Sassou-Nguesso); para modificar la duración del mandato (como en la tentativa de modificación a iniciativa de Blaise Compaoré en 2014 en Burkina Faso); o para modificar el número de mandatos parlamentarios (como en las enmiendas constitucionales exitosas realizadas por el presidente de Burundí).

El espinoso tema de la reforma de las cláusulas que limitan el mandato presidencial nos lleva a preguntarnos si los constituyentes africanos han pretendido que esta cláusula se beneficie de una protección reforzada (inscribiéndola en aquello que podríamos llamar el orden constitucional fundamental)<sup>4</sup>; o si, por el contrario, han pretendido situarla en pie de igualdad con las demás

---

<sup>4</sup> FAVOREU, L. *Droit constitutionnel*. Dalloz, 2015.

(y a inscribirla en consecuencia en el orden constitucional formal de la Constitución). Salvo la Constitución de Congo de 1992, que prohíbe expresamente toda revisión de esta cláusula (pero donde, como vimos, ello no le impidió al

Presidente modificarla), la mayoría de las demás constituciones no le otorgan un valor constitucional reforzado, dejando pensar que en cualquier circunstancia la voluntad suprema del Jefe de Estado de modificar este tipo de cláusulas triunfaría sobre cualquier inmunización constitucional (por ejemplo: artículo 74 de la Constitución argelina de 1989; artículo 42 de la Constitución beninense de 1990; artículo 61 de la Constitución burundesa de 1992; artículo 6º de la Constitución camerunesa de 1996) [c. notas 164 y artículo de Attangana].

## **2.2. De las prácticas africanas se desprende que el poder de revisión con frecuencia realiza enmiendas a la Constitución ‘sobre demanda’, dejando que emerja la sospecha de manipulaciones constitucionales**

De hecho, estas revisiones son posibles gracias a la “docilidad de los parlamentos en su mayoría dominados por miembros del antiguo partido único convertido en ampliamente mayoritario con el multipartidismo”<sup>5</sup>. En esas circunstancias, la modificación del texto constitucional parece sencilla, independientemente de las condiciones restrictivas que se hayan implementado, pues la condición de mayoría se ve fácilmente superada por un partido hegemónico; y la diversidad de las instituciones movilizadas, en el espíritu de moderación y de contrapoderes recíprocos, se ve neutralizada por la fusión del legislativo y el ejecutivo en el partido mayoritario.

En este contexto, incluso recurrir al pueblo mediante un referendo constitucional parece como una simple formalidad que no apunta a darle la última palabra al pueblo de acuerdo con el procedimiento de revisión, sino más bien a crear una suerte de consenso legitimador o de unanimidad a favor del Jefe de Estado, corrompiendo profundamente el sentido constitucional del referendo y, más ampliamente, del procedimiento de revisión. A tal punto que la rigidez de la Constitución cede por una especie de plasticidad manipulada por el Jefe de Estado en ejercicio, haciendo de la revisión constitucional un vector de crisis justamente aun cuando el sentido profundo de la Constitución es prevenirlos.

---

<sup>5</sup> ATANGANA, *op. cit.*, p. 21.

### 3. De donde se desprenden situaciones de crisis constitucionales que sitúan el poder constitucional en condición de debilidad

#### 3.1. Ante esta situación de constituciones rígidas y sin embargo fácilmente modificables y manipulables, surge la pregunta acerca de la existencia de garantías. ¿Es posible controlar el poder de revisión?

Porque plantearle límites ‘solamente constitucionales’, por ejemplo, como hemos visto, con cláusulas inderogables, no impide los fraudes a la Constitución<sup>6</sup>.

Pero esas cortes constitucionales, cuando se institucionalizan (y ello ocurre casi en el 90% de los países africanos francófonos), tienen tantas debilidades que no pueden constituirse en guardianes creíbles ante las tentaciones del poder constituyente derivado:

- debido a su composición y a la influencia de los jefes de Estado con frecuencia excesiva en la escogencia de sus miembros (cortes para agradar, no para desagradar);
- debido a su inspiración en el control de constitucionalidad francés que no proporciona necesariamente los medios para ejercer un control eficaz (incluso si la tendencia actual de esas jurisdicciones consiste en tomar lo mejor de los procedimientos de los modelos europeo y americano, e incluso de abrogarse competencias no previstas en la ley fundamental —por ejemplo, a la Corte Constitucional de Benín con frecuencia se le considera activista—) → tanto es así que debido a una interpretación estricta de la Constitución que no les otorga una atribución expresa para controlar las leyes de revisión de esta, los jueces constitucionales con frecuencia han declinado su competencia en la materia: por ejemplo, el Consejo Constitucional de Senegal (18 de junio de 2009) retomó el argumento del juez constitucional francés en sus decisiones de 1962 y 2003; lo mismo ocurrió con el Consejo Constitucional de Costa de Marfil (4 de noviembre de 2003)<sup>7</sup>; o con

---

<sup>6</sup> SALAMI, I. Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle béninoise. *En*: RTSJ. Junio, 2011. p. 45-65.

<sup>7</sup> Para ejemplos adicionales, ver KANTE, B. Les méthodes et techniques d'interprétation: l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone. *En*: MELIN-SOUCRAMANIE, F. dir. L'interprétation constitutionnelle. Dalloz, 2005. p. 155-165.

los jueces constitucionales de Gabón, República Centroafricana o Congo. En todos estos casos, el juez con frecuencia se autocensura para no incomodar al poder político → en consecuencia, las revisiones constitucionales abusivas no pueden impedirse.

La descalificación del juez para realizar un control total sobre los actos de soberanía del pueblo, ya sea que se exprese directamente o por medio de sus representantes, e incluso cuando dichos actos de revisión se instrumentalizan y están muy alejados del espíritu y la letra de la Constitución<sup>8</sup>, plantea tales dificultades que esta carencia del juez alimenta las crisis de normatividad de la Constitución.

### **3.2. Un segundo límite que, según nosotros, desestabiliza al poder constituyente derivado es el recurso a los ‘acuerdos políticos’ que se desarrollan después de crisis políticas y constitucionales en los países del África francófona**

Estos acuerdos, auténtica creación de la ingeniería constitucional africana, se conciben como modalidades particulares de solución a las crisis; son compromisos políticos pero de vocación jurídica y constitucional, destinados a sacar al país de la crisis, al menos durante un período de transición. Y al intensificarse las rupturas de la democracia en el continente africano, estos acuerdos se multiplican en detrimento de las constituciones vigentes: Acuerdos de Arusha del 15 de agosto de 1993 para Ruanda; Acuerdo Global de Sun City del 17 de diciembre de 2002 para la República Democrática del Congo; Acuerdos de Linas-Marcoussis del 23 de enero de 2003, de Accra del 7 de marzo de 2003 y de Ouagadougou del 4 de marzo de 2007 para Costa de Marfil; la Convención del 31 de octubre de 1991 y el Acuerdo de Maputo del 8 de agosto de 2009 para Madagascar; el Acuerdo Político Global del 20 de agosto de 2006 para Togo; y la Carta de Transición para Burkina Faso del 13 de noviembre de 2014...

Este convencionalismo de crisis —del que podría encontrarse un equivalente, con enormes semejanzas, con el Acuerdo de La Habana para el caso colombiano— parece plantear dificultades mayores desde el punto de vista del poder de revisión de la Constitución, en primer lugar, en cuanto a la incorpo-

---

<sup>8</sup> DIALLO, I. Pour un examen minutieux de la question de la révision des constitutions dans les Etats africains francophones. *En*: Revue Afrilex. 2012.

ración al texto constitucional y, en segundo lugar, en cuanto al valor normativo de tales acuerdos políticos, y, por lo tanto, a su relación con la Constitución:

- en cuanto a la recepción de estos acuerdos en el orden constitucional, debemos preguntarnos si la recepción supone la existencia de una medida de trasposición, pues correspondería entonces al poder constituyente derivado incluir el contenido de esos acuerdos en una ley de revisión de la Constitución, y nos encontraríamos en una especie de situación de monismo constitucional; o si la recepción significa simplemente aceptación de la coexistencia de estos acuerdos políticos con el texto constitucional, en cuyo caso el constituyente derivado no tendría que intervenir, pues el acuerdo político resultaría, al menos en el plano de la ficción jurídica, de una forma de expresión de la voluntad del poder constituyente originario;
- de donde surge la cuestión del **valor normativo** y sobre todo de la articulación de esos acuerdos con la Constitución. En realidad, se presentan cuatro situaciones: 1) la hipótesis de la supraconstitucionalidad → el acuerdo político cuestiona la Constitución y se presenta como superior a esta por las exigencias que plantea en términos de revisión o renovación de la Constitución (el Acuerdo de Arusha para la paz y reconciliación en Burundí del 28 de agosto de 2000 reivindicaba una nueva Constitución al tiempo que imponía nuevas instituciones que contradecían a aquellas en vigor y se situaban en su lugar)<sup>9</sup>; sería el mismo caso del acuerdo político titulado “Hoja de ruta para salir de la crisis en Madagascar” de 2012; 2) la hipótesis de la supremacía → el acuerdo sustituye integralmente a la Constitución, suspendiéndola o haciéndola caducar (ver el caso de la carta de transición en Burkina Faso en 2014); 3) la hipótesis de la coexistencia constitucional → el acuerdo coexiste con la Constitución teniendo una vocación completiva o supletoria (acuerdo *praeter constitutionem*); 4) la hipótesis del valor *contra constitutionem* → el acuerdo, dejando en vigor la Constitución, tiene un alcance contrario a la Constitución y la suplanta en algunos puntos (Acuerdo de Linas-Marcoussis para

---

<sup>9</sup> MAMBO, Y.-P. Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains. *En: Revue de droit de McGill*. 2012. p. 930.

Costa de Marfil), solución muy discutible, pues cuestiona la normatividad de la Constitución adoptada por el constituyente originario...

En última instancia, las revisiones sin control de la Constitución, además de la multiplicación de los acuerdos políticos que representan un atentado a la autoridad del constituyente derivado, terminan por alterar el orden constitucional y las reglas constitucionales en los países del África francófona. Pero estas revisiones también son muy dicientes sobre un punto: las fallas de los instrumentos del derecho constitucional clásico para enfrentar situaciones de crisis. A su modo, Colombia también lo constata.

### **Obras citadas**

ATANGANA AMOUGOU, J.-L. Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique. En: Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2008. p. 1723-1743.

DU BOIS DE GAUDUSSON, J. Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pouvoir. En: Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel. Paris: Dalloz, 2007. p. 609-617.

KANTE, B. Les méthodes et techniques d'interprétation : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone. En: MELIN-SOUCRAMANIE, F. dir. L'interprétation constitutionnelle. Dalloz, 2005.

MAMBO, P. Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains: réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise. En: Mac Gill Law Journal. 2012. p. 922-952.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE. Rapport 2016 sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone. Disponible en internet: <<https://www.francophonie.org/Rapport-2016-sur-l-etat-des.html>>.



# La constitucionalización del poder constituyente

Richard Albert\*

*Boston College Law School (EE. UU.)*

A pesar de la importancia fundamental para nuestra comprensión de la democracia y el constitucionalismo, el concepto de poder constituyente, tal como se ha construido en la teoría legal, no es central en el estudio académico del cambio constitucional en Estados Unidos<sup>1</sup>. Tres razones explican esta situación. En primer lugar, el concepto de poder constituyente por lo general se subsume bajo la teoría de la *soberanía popular*, a pesar de que ambas ideas son distintas, al menos desde mi perspectiva. Segundo, el poder constituyente es un concepto sociológico, no legal, y, por lo tanto, los académicos constitucionales interesados en la doctrina, la interpretación o la adjudicación tienen pocas probabilidades de encontrarlo o tratar con él. Y, tercero, el cambio constitucional en Estados Unidos rara vez se realiza de manera formal; la Constitución cambia en gran medida informalmente, y principalmente a través de la interpretación judicial, un modo de cambio constitucional que de forma convencional no implica al poder constituyente.

En este artículo presento ideas preliminares sobre el poder constituyente en Estados Unidos, estructuradas alrededor de tres grandes temas: el diseño del artículo V de la Constitución de Estados Unidos; la relación entre el poder constituyente y los poderes constituidos en el artículo V; y el ejercicio

---

\* Profesor asociado del Boston College Law School; profesor visitante asociado de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Yale. Universidad de Yale (JD, BA); Universidad de Oxford (BCL); Universidad de Harvard (LLM). Correo electrónico: richard.albert@bc.edu

<sup>1</sup> Ver COLÓN RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. 2012. p. 91.

del poder constituyente en Estados Unidos. En las páginas siguientes —que se me ha pedido no sean más de diez—, comienzo investigando las reglas de cambio que figuran en el artículo V. Luego, me centro en la distinción fundacional entre enmienda y revisión, como se entiende en la teoría constitucional y como se aplica en Estados Unidos. Posteriormente, regreso al artículo V para explicar sus interconexiones tanto con la enmienda y la revisión como con los poderes constituyente y constituido. Finalmente, exploro la forma en que el poder constituyente se ha ejercido en Estados Unidos. Y concluyo con una breve nota sobre la forma de reconocer el ejercicio del poder constituyente en Estados Unidos.

Mi desarrollo de estos tres temas conducirá a una idea provocadora: el artículo V de la Constitución de Estados Unidos busca constitucionalizar el poder constituyente. Al constitucionalizar este poder ciertamente inconstitucionalizable, el artículo V revela tanto sus límites como sus horizontes. Por una parte, la naturaleza del poder constituyente es tal que no puede amansarse tal como lo propone el artículo V. Por otra parte, la ratificación de la Constitución de Estados Unidos y del artículo V en su interior representó un ejercicio válido del poder constituyente —válido porque por definición ningún ejercicio del poder constituyente es ilegítimo—, desafiando las reglas rígidas del cambio constitucional que imponían los Artículos de la Confederación. Por supuesto, el desafío consiste en reconocer cuándo se ha ejercido el poder constituyente. Al reconocer que el poder constituyente autoriza desviaciones de las reglas constitucionales contra las que se ejerce el poder constituyente, el artículo V pretende empero constitucionalizar el poder constituyente, pero lo hace reconociendo al mismo tiempo su inhabilidad para imponer reglas vinculantes o, incluso, efectivas a su ejercicio.

## 1. Las reglas sobre el cambio en el artículo V

La idea de enmienda formal es “peculiarmente estadounidense”<sup>2</sup>, escribe Lester Orfield. La primera Constitución Nacional de Estados Unidos —los Artículos de Confederación, adoptados en 1777— consignaba una regla onerosa de enmienda formal que requería la aprobación de la legislatura nacional unicameral y la unanimidad de los trece Estados<sup>3</sup>. Bajo este procedimiento,

---

<sup>2</sup> ORFIELD, Lester. *The Amending of the Federal Constitution*. 1942. p. 1.

<sup>3</sup> *Articles of Confederation*, art. XIII (1781).

la enmienda formal era una “imposibilidad virtual”<sup>4</sup>. Cuando la Convención de Filadelfia se reunió en 1787, sus delegados se enfrentaron a la decisión de enmendar los Artículos de la Confederación o de reconstituir a Estados Unidos mediante una nueva Constitución. La Convención escogió la segunda opción, reconociendo seguramente que una nueva Constitución sería más fácil de ratificar con un nuevo y menos exigente umbral de ratificación que una enmienda a los Artículos de la Confederación regida por sus reglas de acuerdo unánime<sup>5</sup>. El resultado fue una regla de enmienda formal menos onerosa en la forma del artículo V, diseñada como una respuesta a la dificultad de enmendar formalmente los Artículos de la Confederación<sup>6</sup>.

Hoy en día, la Constitución de Estados Unidos incluye reglas exigentes para su modificación<sup>7</sup>. Según el artículo V, existen cuatro formas para cambiar formalmente la Constitución. Las dos primeras autorizan a dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso a proponer una enmienda que resulta válida cuando tres cuartas partes de los Estados la ratifican, sea en una legislatura o en una convención, según considere el Congreso. El segundo par autoriza a dos terceras partes de los Estados a solicitarle al Congreso la convocatoria de una convención para proponer un cambio constitucional que se vuelve válido cuando tres cuartas partes de los Estados lo ratifican en una legislatura o convención, de nuevo según lo que escoja el Congreso<sup>8</sup>. A continuación, entonces, los cuatro procedimientos formales que autorizan una alteración textual de la Constitución:

- 1) El Congreso propone, por una mayoría de dos tercios, un cambio constitucional. El cambio es válido cuando tres cuartas partes de los Estados lo ratifican en una *legislatura*.

---

<sup>4</sup> PLATZ, William A. Article Five of the Federal Constitution. En: Geo. Wash. L. Rev. 1934. vol. 3, p. 17-18.

<sup>5</sup> DOUGHTY, Keith L. Collective Action under the Articles of Confederation. 2001. p. 130-131.

<sup>6</sup> BOUDREAUX, Donald J. y PRITCHARD, A. C. Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process. En: Fordham L. Rev. 1993. vol. 62, p. 111, 113.

<sup>7</sup> El artículo V es menos exigente que la regla de enmienda en los Artículos de la Confederación, pues no requiere unanimidad. Sin embargo, la Constitución de Estados Unidos sigue siendo una de las constituciones más difíciles de enmendar del mundo. Ver LUTZ, Donald S. Principles of Constitutional Design. 2006. p. 171.

<sup>8</sup> Constitución de Estados Unidos, art. V (1789).

- 2) El Congreso propone, por una mayoría de dos tercios, un cambio constitucional. El cambio es válido cuando tres cuartas partes de los Estados lo ratifican en una *convención*.
- 3) Dos terceras partes de los Estados le solicitan al Congreso que convoque una convención para proponer un cambio constitucional. El cambio es válido cuando tres cuartas partes de los Estados lo ratifican en una *legislatura*.
- 4) Dos terceras partes de los Estados le solicitan al Congreso que convoque una convención constitucional para proponer un cambio constitucional. El cambio se vuelve válido cuando es ratificado por tres cuartas partes de los Estados en una *convención*.

La arquitectura básica del artículo V refleja tres principios amplios que constituyen el estándar sobre el que debe juzgarse la validez de un cambio constitucional formal. Estos tres principios son la autorreferenciación, lo estricto del procedimiento y la finalidad. En cuanto al primero, el artículo V no les ofrece a los actores políticos instrucciones o una guía más allá de lo que aparece en su texto. Detalla las condiciones necesarias y suficientes, aunque no necesariamente exclusivas, para la alteración formal. En segundo lugar, el artículo V solamente especifica reglas procedurales, onerosas sin duda, tanto para proponer como para ratificar un cambio en el texto. Estas condiciones preceden a un cambio exitoso en el texto de la Constitución de Estados Unidos, y son requisitos procedurales que un cambio propuesto a través del artículo V debe cumplir con el fin de inscribirse en el texto constitucional como una alteración textual oficial.

Tercero, además de especificar *cómo* proponer un cambio textual a la Constitución, el artículo V también nos dice cómo podemos identificar *cuándo* la Constitución ha sido modificada de forma válida. El proceso solamente resulta definitivo cuando las mayorías requeridas han propuesto y ratificado una alteración; no existe un paso de valoración de la constitucionalidad de una propuesta y el artículo V tampoco requiere un examen de una tercera parte sobre la idoneidad constitucional de adoptar una alteración particular. Independientemente de cuál de estos cuatro métodos formales de cambio se utilice, la fase de proposición requiere un respaldo de dos terceras partes y la fase de ratificación exige un apoyo de las tres cuartas partes<sup>9</sup>. Por lo tanto, debemos apreciar tanto la simplicidad

---

<sup>9</sup> Ibid.

como el carácter definitivo de la cláusula del texto que permite el cambio: cuando mayorías de dos terceras y tres cuartas partes colaboran para aprobar y ratificar una propuesta de cambio, la propuesta se vuelve “válida para toda intención y propósito, como parte de esta Constitución”<sup>10</sup>. Para los propósitos de consolidación textual, bajo el artículo V es suficiente que las designadas mayorías legislativa o popular hayan llegado a un acuerdo sobre cierto cambio constitucional. Autorreferenciación, procedimiento estricto y finalidad, esos son los principios fundacionales en la arquitectura del artículo V.

Los actores políticos han ratificado solamente 27 cambios formales desde que se adoptó la Constitución en 1789, un número extraordinariamente bajo si se tiene en cuenta que durante el mismo lapso se han realizado más de diez mil propuestas de modificación<sup>11</sup>. La proporción de propuestas respecto a las ratificaciones no ha hecho más que aumentar a lo largo de los años, lo que resalta la dificultad y la menor frecuencia de los cambios formales bajo el artículo V. El último cambio formal se ratificó hace casi 25 años, en 1992<sup>12</sup>, y el siguiente 20 años atrás, en 1971<sup>13</sup>. Hubo cuatro cambios en el anterior período de 40 años<sup>14</sup>, seis en los precedentes 70 años<sup>15</sup> y quince en los primeros

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> SULLIVAN, Kathleen M. *Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever*. *En*: Cardozo L. Rev. 1996. vol. 17, p. 691, 692. En comparación con la Constitución de Estados Unidos, históricamente los Estados han tenido una tasa alta de éxito con las enmiendas. A finales de 1979, el 62% de todas las enmiendas propuestas para las constituciones de los Estados de Estados Unidos habían sido aprobadas (4707 aprobadas de las 7463 propuestas). STURM, Albert L. *The Development of American State Constitutions*. *En*: Publius. 1982. vol. 12, p. 74.

<sup>12</sup> Ver Constitución de Estados Unidos, enmienda XXVII (1992) (donde se afirma que “ninguna ley, que varíe la compensación para los servicios de los senadores y representantes, será efectiva hasta que se haya realizado una elección de los representantes”).

<sup>13</sup> Constitución de Estados Unidos, enmienda XXVI (1971) (donde se afirma que “el derecho de los ciudadanos de Estados Unidos, mayores de dieciocho años, a votar no debe negarse o reducirse por Estados Unidos o por cualquier Estado por cuestión de edad”).

<sup>14</sup> Ver Constitución de Estados Unidos, enmienda XXV (1967); Constitución de Estados Unidos, enmienda XXIV (1964); Constitución de Estados Unidos, enmienda XXIII (1961); Constitución de Estados Unidos, enmienda XXII (1951).

<sup>15</sup> Ver Constitución de Estados Unidos, enmienda XXXI (1933); Constitución de Estados Unidos, enmienda XII (1933); Constitución de Estados Unidos, enmienda XIX (1920); Constitución de Estados Unidos, enmienda XVIII (1919); Constitución de Estados Unidos, enmienda XVII (1913); Constitución de Estados Unidos, enmienda XVI (1913).

80 años de la república.<sup>16</sup> Esta tendencia refleja un hecho legal moderno en Estados Unidos: hoy en día el cambio constitucional ocurre “por fuera del registro”<sup>17</sup>. Esto implica un cambio informal de la Constitución, en el que el significado establecido se transforma, por ejemplo, a través de la interpretación judicial, sin una alteración correspondiente de su texto<sup>18</sup>. La infrecuente invocación del artículo V ha llevado a un académico a argumentar que en la actualidad el cambio formal es irrelevante<sup>19</sup>, una posición que yo no comparto, pero que, sin embargo, refleja la perspectiva prevaleciente sobre la importancia declinante del artículo V<sup>20</sup>.

Volviendo a las cuatro reglas procedurales para los cambios formales al texto constitucional, el punto importante es que los cambios constitucionales que satisfagan las condiciones de cualquiera de las reglas procedurales arriba listadas quedarán inscritos en el texto constitucional.

Pero uno de esos cuatro métodos de cambio formal se diferencia de los demás. El cuarto es sustancialmente el mismo que se usó para ratificar la Constitución estadounidense. La Convención de Filadelfia de 1787 aprobó la Constitución para que los Estados la ratificaran de acuerdo con la siguiente regla: “La ratificación de las convenciones de nueve Estados, deberá bastar para el establecimiento de esta Constitución entre los Estados que así están ratificando la misma”<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver Constitución de Estados Unidos, enmienda XV (1870); Constitución de Estados Unidos, enmienda XVI (1868); Constitución de Estados Unidos, enmienda XIII (1865); Constitución de Estados Unidos, enmienda XII (1804); Constitución de Estados Unidos, enmienda XI (1795); Constitución de Estados Unidos, enmienda X (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda IXX (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda VIII (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda VII (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda VI; Constitución de Estados Unidos, enmienda V (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda IV (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda III (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda II (1791); Constitución de Estados Unidos, enmienda I (1791).

<sup>17</sup> GRIFFIN, Stephen M. The Nominee is Article V. En: Const. Commentary. 1995. vol. 12, p. 171, 172.

<sup>18</sup> GERKEN, Heather K. The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution. En: Drakel L. Rev. 2007. vol. 55, p. 925, 929.

<sup>19</sup> Ver STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. En: Harv. L. Rev. 2001. vol. 114, p. 1457, 1459-60.

<sup>20</sup> Ver ALBERT, Richard. The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules. En: McGill L. J. 2013. vol. 59, p. 225, 228.

<sup>21</sup> Constitución de Estados Unidos, art. VII.

Nótese que la ratificación de la Constitución se vinculó a la aprobación de *convenciones* estatales. Por lo tanto, este procedimiento de ratificación refleja el cuarto procedimiento del artículo V, que requiere un acuerdo de dos terceras partes en una convención para proponer cambios constitucionales que después serán válidos cuando tres cuartas partes de los Estados ratifiquen esos cambios en las convenciones.

¿Cómo deberíamos entender la decisión de incluir en el artículo V la misma regla mediante la cual se ratificó la Constitución? ¿Y por qué los autores de la Constitución crearían otras tres reglas para el cambio constitucional —reglas que no se usaron para ratificar la Constitución—? Creo que las respuestas a estas preguntas ayudarían a entender el poder constituyente en Estados Unidos. Sin embargo, en primer lugar, será provechoso considerar una distinción fundamental en el cambio constitucional.

## 2. Enmienda y revisión en Estados Unidos

La distinción entre enmienda y revisión es clara en la teoría, pero imprecisa donde importa: al trazar una línea divisoria en la práctica entre enmienda y revisión<sup>22</sup>. Las dos son tipos de cambio constitucional, aunque solamente la primera preserva la continuidad legal en el régimen. La enmienda formal autoriza las alteraciones al texto constitucional “solamente bajo la presuposición de que la identidad y la continuidad de la Constitución en su totalidad se preserve”<sup>23</sup>. Por lo tanto, una enmienda puede borrar, refinar o añadir al texto siempre y cuando “no altere el espíritu o los principios” de la Constitución<sup>24</sup>. En otras palabras, debe ser consistente con la Constitución existente y debe “preservar la Constitución misma”<sup>25</sup>. Quizá la mejor manera de conceptualizar una enmienda en contraste con una revisión es utilizar una analogía con un

---

<sup>22</sup> Es importante reconocer que no existe un consenso sobre la terminología que se usa para referirse a esta distinción. De hecho, algunas constituciones nacionales utilizan el término *revisión* para referirse a enmienda. Ver, por ejemplo, Constitución de Francia, t. XIV, art. 89 (1958); Constitución de Japón, cap. IX, art. 96 (1947). El concepto de *revisión* puede alternativamente conocerse como ‘*reforma total*’ o ‘*reemplazo*’ y también hay muchas variaciones en los conceptos que se utilizan para una ‘*enmienda*’, como ‘*reforma parcial*’ o ‘*reforma*’. El punto es fijar la distinción entre consecuencias mayores y menores de la alteración textual.

<sup>23</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. 2008. p. 150.

<sup>24</sup> *Ibid.*, en p. 153.

<sup>25</sup> *Ibid.*, en p. 150.

barco: una enmienda mantiene la Constitución en su curso y no cambia su dirección en medio de la corriente<sup>26</sup>.

Una revisión es algo más dramático que una enmienda. Constituye un cambio sustancial a la Constitución, uno que saca a la Constitución de su curso desviándola de su marco organizativo y presuposiciones fundamentales<sup>27</sup>. Una revisión, a diferencia de una enmienda, rompe la continuidad en el orden legal y crea efectivamente un nuevo régimen, incluso si la Constitución que es sujeto de la revisión permanece en vigor sin cambios textuales salvo en lo concerniente a la revisión<sup>28</sup>. Por lo tanto, la revisión logra un cambio constitucional grande, con frecuencia de gran escala. Fue el caso de la revocación de la primera enmienda o de la transformación de la estructura del gobierno para pasar de un sistema parlamentario a uno presidencial<sup>29</sup>. En contraste, la enmienda se usa por lo general para referirse a alteraciones más estrechas, no transformadoras, por ejemplo, un cambio en la fecha de posesión de la cabeza de gobierno para pasar de marzo a enero de un año dado<sup>30</sup>.

Distinguir enmienda de revisión requiere una teoría sobre aquello que es fundamental en una Constitución determinada. Algunos textos constitucionales claramente expresan sus valores no negociables en el preámbulo o en otras partes<sup>31</sup>. De esos valores podemos inferir qué tipo de cambios caerían dentro del marco permisible del poder de enmienda y cuáles podrían realizarse únicamente invocando el proceso más elaborado y participativo

---

<sup>26</sup> Ver MAZZONE, Jason. Unamendments. *En*: Iowa L. Rev. 2005. vol. 90. p. 1747, 1776.

<sup>27</sup> Ver COOLEY, Thomas M. The Power to Amend the Federal Constitution. *En*: Mich. L.J. 1893. vol. 2, p. 109, 118.

<sup>28</sup> Ver SUBER, Peter. The Paradox of Self-Amendment. 1990. p. 18-20.

<sup>29</sup> Nótese que en teoría es posible que un cambio sea llamado una 'revisión' para preservar la identidad de la Constitución, mientras que un cambio al que se llame una 'enmienda' podría transformar por sí mismo todo el marco de gobierno.

<sup>30</sup> Ver RAWLS, John. Political Liberalism. 1996. p. 138-139; MURPHY, Walter F. Constitutional Democracy: Creating and Maintaining A Just Political Order. 2007. p. 498, n. 4. En Estados Unidos, la enmienda XX cambió la fecha de la posesión presidencial de marzo a enero. Ver Constitución de Estados Unidos, enmienda XX (1933).

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, Constitución de Angola, preámbulo (2008); Constitución de Kazajistán, art. 1(1) (1995); Constitución de Paraguay, preámbulo (1992); Constitución de Sudáfrica, s. 1 (1996); Constitución de España, s. 1 (1978); Constitución de Zambia, preámbulo (1991).

que requiere el proceso de revisión<sup>32</sup>. Aun así, la distinción entre enmienda y revisión sigue siendo en gran medida teórica<sup>33</sup>. No siempre se sabe con claridad a qué categoría pertenece cierto cambio. En Estados Unidos, las normas fundamentales y la propia identidad de la Constitución son debatibles<sup>34</sup>. La Constitución no revela en su texto lo que es ‘más’ importante; hoy en día todas las provisiones constitucionales son enmendables formalmente. Pero incluso si se planteara que las normas fueran implícitamente no enmendables, observadores razonables podrían estar en desacuerdo sobre cuál(es) tendría(n) un estatus especial<sup>35</sup>. E incluso si pudiéramos ponernos de acuerdo en ese aspecto, aún podríamos estar en desacuerdo en cuanto a cómo interpretar el alcance de esas normas especiales, sea en la libertad de expresión, en la separación de poderes, o en algo más.

Aunque la distinción entre enmendar y revisar una Constitución no aparece en ninguna parte del texto de la Constitución de Estados Unidos, está bien anclada en la tradición constitucional *estatal* estadounidense<sup>36</sup>. La Constitución de California presenta una ilustración útil de una Constitución

---

<sup>32</sup> Uno podría preguntarse, como me lo sugirió Alex Tsesis en un intercambio anterior, si el preámbulo a la Constitución de Estados Unidos podría o debería considerarse como no enmendable. En 1905 la Corte Suprema sugirió que el preámbulo es no justiciable, pero no dijo nada sobre la posibilidad de enmendarlo: “Aunque el preámbulo indica los propósitos generales para los que el pueblo ordenó y estableció la Constitución, nunca se ha considerado como la fuente de cualquier poder sustantivo conferido al gobierno de Estados Unidos o a cualquiera de sus departamentos. Tales poderes abarcan únicamente aquellos expresamente conferidos en el cuerpo de la Constitución y los que puedan estar implícitos en aquellos así conferidos. Por lo tanto, aunque uno de los objetivos declarados de la Constitución era garantizar las bendiciones de la libertad para todos bajo la jurisdicción soberana y la autoridad de Estados Unidos, ningún poder puede ejercerse a ese propósito por Estados Unidos a menos que, aparte del preámbulo, se encuentre en alguna delegación expresa de poder o en algún poder que sea propiamente derivable a partir de allí”. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 EE. UU. 11, 22 (1905).

<sup>33</sup> Pero algunas constituciones hacen explícita la distinción entre enmienda y revisión o entre una revisión parcial y total, al requerir que los actores políticos satisfagan diferentes procedimientos para cada uno. Ver, por ejemplo, Constitución de Austria, cap. II, art. 44(3) (1920); Constitución de España, pt. X, arts. 166-68 (1978); Constitución de Suiza, t. VI, cap. 1, arts. 192-195 (1999).

<sup>34</sup> Ver TRIBE, Laurence H. A Constitution We are Amending: In Defense of a Restricted Judicial Role. *En*: Harv. L. Rev. 1983. vol. 97, p. 433, 440.

<sup>35</sup> Ver SCHWARTZBERG, Melissa. Democracy and Legal Change. 2007. p. 148.

<sup>36</sup> BENJAMIN, Gerald. Constitutional Amendment and Revision. *En*: TARR, Alan y WILLIAMS, Robert F. eds. State Constitutions for the Twenty-First Century. Volume 3: The Agenda of State Constitutional Reform. 2006. p. 178 (nótese que 23 constituciones estatales se refieren expresamente al término ‘revisión’).

estatal que diferencia entre enmienda y revisión. El texto da cuenta de la distinción al reconocer tanto la enmienda como la revisión<sup>37</sup>, pero las cortes de California han tenido que elaborar sobre su significado. Ya en 1894 la Corte Suprema de California definía la enmienda como “una adición o cambio dentro de las líneas del instrumento original que efectúa una mejora, o lleva a cabo de mejor forma el propósito con el que se fraguó”<sup>38</sup>. Por otra parte, una revisión es un “cambio de gran alcance en la naturaleza y operación de nuestra estructura gubernamental”<sup>39</sup> o que “altera sustancialmente el marco de gobierno básico plasmado en nuestra Constitución”<sup>40</sup>. Más recientemente, la Corte Suprema de California reafirmó que una revisión constitucional es un “cambio fundamental en el plan gubernamental básico establecido por las provisiones preexistentes de la Constitución de California”<sup>41</sup>. Otras cortes estatales han interpretado la distinción de forma semejante<sup>42</sup>.

### 3. El constituyente y los poderes constituidos en el artículo V

Volvamos ahora a las dos preguntas planteadas anteriormente: 1) ¿cómo deberíamos entender la decisión de incluir en el artículo V la misma regla por medio de la cual se ratificó la Constitución? y 2) ¿por qué los autores de la Constitución crearían otras tres reglas para el cambio constitucional —reglas que no se usaron para ratificar la Constitución—?

Yo interpreto el artículo V afirmando que consigna la distinción entre enmienda y revisión, pero sin formularla en esos términos. Los cuatro procedimientos del artículo V les dan a los actores políticos las herramientas para ejercer toda la gama de poderes para cambiar la Constitución, tanto dentro del orden constitucional existente y reteniendo así la continuidad legal, como por fuera del orden constitucional con el fin de fundar una nueva Constitución que conduzca a un cambio constitucional legalmente discontinuo. Los dos

---

<sup>37</sup> Constitución de California, art. XXVIII §§ 1-4 (1879).

<sup>38</sup> *Livermore v. Waite*, 102 Cal. 113, 118-19 (1894).

<sup>39</sup> *Amador Valley Joint Union High School District v. State Board of Equalization*, 22 Cal. 3d. 208, 221 (1978).

<sup>40</sup> *Legislature v. Eu*, 54 Cal. 3d. 492, 510 (1991).

<sup>41</sup> *Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4a. 364, 441-442 (2009).

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo, *Bess v. Ulmer*, 985 P.2d 979, 982 (Alaska 1999); *Adams v. Gunter, Jr.*, 238 So. 2d 824, 829-30 (Fla. 1970); *In re Opinion to the Governor*, 178 A. 433, 439 (RI. 1935).

primeros procedimientos Congreso-céntricos autorizan la enmienda. Los actores políticos no pueden usar ninguno de ellos para revisar la Constitución. El cuarto procedimiento autoriza tanto la enmienda como la revisión. Es sustancialmente el mismo proceso que se usó en 1787 para salirse de los Artículos de la Confederación para proponer y luego ratificar una Constitución del todo nueva.

La transformación de los Artículos de la Confederación en la Constitución de Estados Unidos fue un ejercicio del poder constituyente. El poder se manifestó en las recomendaciones extraordinarias de la Convención de Filadelfia y en los procedimientos deliberativos extraordinarios y el consentimiento de las convenciones estatales. Es en este sentido que el artículo V —específicamente en este cuarto procedimiento— busca constitucionalizar el poder constituyente. Instituye el modelo que los mismos autores y ratificadores de la Constitución adoptaron en el momento fundacional.

No considero que el tercer procedimiento —una convención para proponer enmiendas que serán válidas una vez ratificadas por tres cuartas partes de las *legislaturas* estatales— también busque constitucionalizar el poder constituyente. La razón consiste en que los procedimientos de cambio dirigen tanto la propuesta como la ratificación del cambio constitucional a través de los poderes constituidos: petición de las legislaturas estatales al Congreso de Estados Unidos para que a su vez convoque una convención constitucional donde se propondrán enmiendas que en últimas serán ratificadas por las legislaturas estatales. La única característica notable de este tercer procedimiento es la convención constitucional nacional, que es ciertamente una creación extraordinaria. Pero son las legislaturas estatales las que realizan la ratificación subsecuente. Las legislaturas estatales son creaturas del poder constituyente y, por lo tanto, inferiores a él. Son poderes constituidos a través de los cuales la revisión puede ser posible como una cuestión de validez legal, pero no como cuestión de legitimidad sociológica que solamente puede autorizar el poder constituyente. La justificación teórica para esta distinción en la capacidad de cambio de los poderes constituyente y constituido consiste en que solamente el poder constituyente puede desplazar su propia construcción.

#### 4. El ejercicio del poder constituyente en Estados Unidos

Pero no deberíamos cometer el error de concluir que el tercer procedimiento es la única forma de ejercer el poder constituyente en Estados Unidos. De hecho,

es la única forma de ejercer el poder constituyente que se expresa en el texto de la Constitución. Pero el poder constituyente puede ejercerse por fuera del texto constitucional. De hecho, el período fundacional muestra que el texto constitucional no es un dispositivo ni tampoco la fuente exclusiva —tampoco la principal— de la legitimidad en la tradición constitucional estadounidense.

El artículo V no puede encerrar al poder constituyente. Por supuesto, puede tratar de dirigir al poder constituyente a través de ciertos canales, pero no puede prescribir ni proibir su ejercicio. Seguir o no los lineamientos esbozados en el texto constitucional es una decisión que corresponde únicamente al poder constituyente. Esta es la lección de la violación de los Artículos de la Confederación. La decisión de apartarse de la regla de unanimidad y adoptar un nuevo estándar de ratificación fue ilegal si se la juzga frente al estándar legal planteado por los Artículos de la Confederación, pero posteriormente fue legitimada por la ratificación apoyada popularmente de la Constitución de acuerdo con la nueva regla de ratificación.

Vale la pena notar que el cuarto procedimiento no se ha utilizado con éxito una sola vez desde la adopción de la Constitución<sup>43</sup>. (Tampoco el tercer procedimiento). Sin embargo, los actores políticos siguen considerando su uso a pesar de la ausencia de cualquier precedente moderno para estructurar su despliegue<sup>44</sup>. Ya en 1789 los Estados comenzaron a solicitarle al Congreso que convocara una convención, con adicionales períodos notables de auge

---

<sup>43</sup> Ver FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America. *En*: *Am. J. Comp. L.* 2006. vol. 54, p. 485, 490. Los académicos han explorado su viabilidad presente como método para enmendar formalmente la Constitución. Compárese RAPPORT, Michael B. Reforming Article V: The Problems Created by the National Convention Amendment Method and How to Fix Them. *En*: *Va. L. Rev.* 2010. vol. 96, p. 1509 (argumentando que el proceso como se entiende actualmente “no funciona”); con MAGLIOCCA, Gerard N. State Calls for an Article Five Convention: Mobilization and Interpretation. *En*: *Cardozo L. Rev. de Novo.* 2009. p. 74, 75 (desafiando la idea de que el proceso “no es un instrumento práctico” para el cambio constitucional).

<sup>44</sup> La falta de precedente hace que surjan preguntas importantes acerca de la forma en que procedería una convención, incluyendo la representación de los Estados, el alcance de la agenda de la convención, cómo se fijaría el tiempo y lugar de esta, cómo se registrarían las peticiones de los Estados. Ver, por ejemplo, BONFIELD, Arthur Earl. The Dirksen Amendment and the Article V Convention Process. *En*: *Mich. L. Rev.* 1968. vol. 66, p. 949, 951-99; ROGERS, James Kenneth. The Other Way to Amend the Constitution: The Article V Constitutional Convention Amendment Process. *En*: *Harv. J. L. & Pub. Pol’y.* 2007. vol. 30, p. 1005; VILE, John R. American Views of the Constitutional Amending Process: An Intellectual History of Article V. *En*: *J. Am. Leg. Hist.* 1991. vol. 35, p. 44, 63-64; VOEGLER, Douglas G. Amending the Constitution by the Article V Convention Method. *En*: *N. D. L. Rev.* 1979. vol. 55, p. 355, 366-406; WILLIS, Hugh Evander. The Doctrine of the Amendability of the United States Constitution. *En*: *Ind. L. J.* 1932. vol. 8, p. 457, 459.

en las solicitudes durante las décadas de 1830, 1860, 1890 y 1920<sup>45</sup>. Desde entonces, los Estados han presentado cientos de solicitudes<sup>46</sup> al Congreso para convocar una convención<sup>47</sup>. Hasta 1937 al menos 36 Estados habían pedido al Congreso la convocatoria de una convención<sup>48</sup>.

La idea de efectuar una convención constitucional en el futuro es un tema que despierta un interés real<sup>49</sup>. Recientemente, el 24 y 25 de septiembre de 2011, Lawrence Lessig y Mark Meckler copresidieron una conferencia en la Escuela de Derecho de Harvard sobre la realización de una nueva convención constituyente<sup>50</sup>.

Pero sigue siendo importante resaltar que solamente ha habido un uso exitoso del cuarto procedimiento en la historia de Estados Unidos.

Sin embargo, el período fundacional no es el único ejemplo del ejercicio del poder constituyente en el país. La razón consiste en que el cuarto poder no es la única forma de ejercer el poder constituyente en Estados Unidos.

El cuarto procedimiento es el único modo en que la Constitución expresa la forma que el poder constituyente ha asumido —la única forma por entonces conocida para los autores de la Constitución cuando propusieron su ejercicio en la ratificación del documento—. Pero, como lo saben los autores de la Constitución por su propia experiencia, el texto constitucional no es una

<sup>45</sup> Ver MARTIG, Ralph R. *Amending the Constitution Article V: The Keystone of the Arch*. 1937. En: *Mich. L. Rev.* 1937. vol. 35, p. 1253, 1270-67.

<sup>46</sup> Ver DALZELL, Stewart y BESTE, Eric J. *Is the Twenty Seventh Amendment 200 Years Too Late?* En: *Geo. Wash. L. Rev.* 1994. vol. 62, p. 501, 510.

<sup>47</sup> Ver BRICKFIELD, Cyril F. *State Applications Asking Congress to Call a Federal Constitutional Convention*. 1961. El proceso de petición comienza cuando un Estado aprueba una resolución o memorial. Luego se lo transmiten a las cámaras del Congreso y estas acusan recibo.

<sup>48</sup> MARTIG, *op. cit.*, p. 1253, 1267.

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution*. 2006; LABUNSKI, Richard. *The Second Constitutional Convention: How The American People Can Take Back their Government*. 2000; STOKES PAULSEN, Michael. *How to Count to Thirty-Four: The Constitutional Case for a Constitutional Convention*. En: *Harv. J. L. & Pub. Pol'y.* 2011. vol. 34, p. 837; TAYLOR, Arthur H. *Fear of an Article V Convention*. En: *Byu J. Pub. L.* 2006. vol. 20, p. 101; VAN SICKLE, Bruce M. y BOUGHEY, Lynn M. *A Lawful and Peaceful Revolution: Article V and Congress' Present Duty to Call a Convention for Proposing Amendments*. En: *Hamline L. Rev.* 1990. vol. 14, p. 1; GUNTHER, Gerald. *The Convention Method of Amending the United States Constitution*. En: *Ga. L. Rev.* 1979. vol. 14, p. 1; ERVIN, JR., Sam J. *Proposed Legislation to Implement the Convention Method of Amending the Constitution*. En: *Mich. L. Rev.* 1968. vol. 66, p. 875; BONFIELD, Arthur E. *Proposing Constitutional Amendments by Convention: Some Problems*. En: *Notre Dame L. Rev.* 1964. vol. 39, p. 659.

<sup>50</sup> Ver Conferencia sobre la Convención Constituyente [en línea], [citado en 2015-10-15]. Disponible en internet: <[www.conconcon.org](http://www.conconcon.org)>.

barrera para cuando el poder constituyente se moviliza para manifestar su voluntad de hacer o rehacer la Constitución.

La teoría de Ackerman de “momentos constitucionales” es, en su fundamento, un recuento de la forma en que el poder constituyente se ha ejercido a lo largo de la historia estadounidense<sup>51</sup>. La bien conocida y controversial teoría plantea una noción dualista de la Constitución de Estados Unidos. Por lo general, dice la teoría, el trabajo de los actores políticos ocurre en el campo convencional de la política ordinaria, donde la población a través de sus representantes autoriza la aprobación y enmienda de las leyes por medio de la legislatura; la interpretación y construcción de leyes por medio del poder judicial; el cumplimiento y la ejecución de las leyes por parte del poder ejecutivo; y la enmienda de la Constitución de acuerdo con las reglas inscritas en el texto del artículo V. La teoría diferencia este período de política ordinaria de la ‘política constitucional’, compuesta por raros períodos de intenso compromiso popular en los asuntos públicos, durante los cuales las interacciones dialógicas del pueblo, sus representantes e instituciones gubernamentales generan cambios trascendentales en la Constitución —cambios en el significado constitucional que no se inscriben como cambios al texto constitucional—. Entre los ejemplos de este extraordinario ejercicio del poder constituyente —donde el significado de la Constitución cambió de una forma en que uno podría considerar como mínimo como una revisión y en el otro extremo como la creación funcional aunque no formal de una nueva Constitución— están la Reconstrucción y el New Deal, dos períodos de transformación en la historia constitucional de Estados Unidos.

## 5. Las reglas para reconocer el ejercicio del poder constituyente en Estados Unidos

El poder constituyente no puede encerrarse en las reglas inscritas en un texto constitucional, pero el texto puede intentar dirigir su acción. Una forma de dirigir su acción es inscribir los procedimientos que el poder constituyente usó para constituir el orden constitucional en su origen.

Para un cambio legalmente discontinuo que crea un nuevo orden constitucional, la acción del poder constituyente no tiene límites. En este caso no necesitamos preguntarnos sobre las reglas para reconocer el ejercicio del poder

---

<sup>51</sup> Ver ACKERMAN, Bruce. *We People: Foundations*. 1991; ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. 1998; ACKERMAN, Bruce. *We the People: the Civil Rights Revolution*. 2014.

constituyente. No hay reglas de procedimiento para legitimar el resultado; el mero hecho de un resultado popular que señala un nuevo comienzo es su propia forma de legitimación.

Pero para cambios legalmente continuos que mantienen en vigor la Constitución, la pregunta consiste en cómo identificar la acción del poder constituyente cuando la acción no sigue las direcciones del texto constitucional. La respuesta variará entre diferentes jurisdicciones, porque las reglas para reconocer la acción del poder constituyente no necesariamente son específicas a la jurisdicción. Por ejemplo, el poder constituyente en Francia no se movilizará de la misma forma que el poder constituyente en Australia, dos jurisdicciones con tradiciones constitucionales muy diferentes.

Sin embargo, existen reglas para reconocer la acción del poder constituyente en cada jurisdicción. Estas reglas rastrean la historia constitucional de la población de la jurisdicción: la forma en que usan y hablan a través de sus representantes e instituciones, y si la población y las élites reconocerán un pretendido ejercicio del poder constituyente como válido. Hay tres reglas básicas para reconocer el ejercicio del poder constituyente en Estados Unidos:

- 1) El cambio debe ocurrir bien sea a través de instituciones extraordinarias, como convenciones, o mediante algún procedimiento extraordinario, como en la Reconstrucción o el New Deal. Esta es la regla del carácter extraordinario.
- 2) El cambio debe contar con un apoyo significativo de la población manifestado directa o indirectamente. Esta es la regla del consentimiento.
- 3) El cambio debe validarse a través de instituciones tanto federales como estatales. Esta es la regla del federalismo.

Las reglas del carácter extraordinario y del consentimiento son incontrovertibles, pues se cumplirán ya sea que el poder constituyente se ejerza o no a través del cuarto procedimiento en el artículo V. Pero la regla del federalismo es controversial en la medida en que identifica una limitación real al ejercicio del poder constituyente. Con el fin de ser percibido como legítimo, el ejercicio del poder constituyente —en el contexto del cambio legal continuo— debe respetar la estructura federalista de la Constitución de Estados Unidos. Debe reconocer que las instituciones de nivel estatal tienen un propósito y lugar fundamental en el orden constitucional, y que tienen un rol institucional que

consiste en expresar, comunicar o agregar la voluntad popular. El punto no es que los poderes constituidos de las instituciones estatales sean fundamentales para el ejercicio del poder constituyente, sino que son las instituciones a nivel de los Estados, como las convenciones o referendos, las que son necesarias para el ejercicio del poder constituyente —*necesarias* a fin de percibir el pretendido ejercicio del poder constituyente como legítimo—<sup>52</sup>. Y en la medida en que el poder constituyente es un concepto sociológico, no legal, la percepción importa tanto como cualquier otra cosa, o quizá más.

## 6. El cuarto procedimiento del artículo V

El principal planteamiento de este artículo es que el cuarto procedimiento del artículo V de la Constitución de Estados Unidos constitucionaliza el poder constituyente. Existen otras formas no prescritas textualmente para ejercer el poder constituyente, pero el artículo V también busca hacerlo posible.

### Obras citadas

- AMAR, Vikram David. The People Made Me Do It: Can the People of the States Instruct and Coerce Their State Legislatures in the Article V Constitutional Amendment Process? En: *Wm. & Mary L. Rev.* 2000. vol. 41.
- CARTER, Stephen L. Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle. En: *Yale L.J.* 1925. vol. 94.
- CHURCH, W. Lawrence. History and the Constitutional Role of Courts. En: *Wisc. L. Rev.* 1990.
- DELLINGER, Walter. The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. En: *Harv. L. Rev.* 1983. vol. 97.
- DENNING, Brannon P. Means to Amend: Theories of Constitutional Change. En: *Tenn. L. Rev.* 1997. vol. 65, no. 155.
- DORF, Michael C. Dynamic Incorporation of Foreign Law. En: *U. Pa. L. Rev.* 2008, vol. 157, no. 103.
- EISGRUBER, Christopher L. Constitutional Self-Government 22. 2009.
- ELKINS, Zachary, *et al.* The Endurance of National Constitutions. 2009.

---

<sup>52</sup> En este punto me distancio de la teoría amariana de enmiendas mayoritariamente constitucionales que agregan la voluntad popular a lo largo de la nación sin consideración con la distribución estatal del apoyo popular. Ver AMAR, Akhil Reed. The Consent of the Governed. En: *Colum. L. Rev.* 1994. p. 457.

- FALLON, Richard H. Jr. American Constitutionalism, Almost (But Not Quite) Version 2.0. En: Me. L. Rev. 2012. vol. 65.
- GARDNER, John. Can There Be a Written Constitution? En: GREEN, Leslie y LEITER, Brian. eds. Oxford Studies in Philosophy of Law. 2011.
- HARRISON, John. The Enumerated Federal Power and the Necessary and Proper Clause. En: U. Chi. L. Rev. 2011. vol. 78.
- Journal of the First Session of the Senate. Sept. 25, 1789. vol. 1, no. 88.
- LATHAM, Darren R. The Historical Amendability of the American Constitution: Speculations on an Empirical Problematic. En: Am. U. L. Rev. 2005. vol. 55, no. 145.
- LEVINSON, Sanford. Meliorism v. ‘Bomb-Throwing’ as Techniques of Reform. En: Tulsa L. Rev. 2013. vol. 48.
- MARTIG, Ralph R. Amending the Constitution Article V: The Keystone of the Arch. En: Mich. L. Rev. 1937. vol. 35.
- MERRIAM, Charles Edward. The Written Constitution and the Unwritten Attitude 6-7. 1931.
- MICHELMAN, Frank I. Thirteen Easy Pieces. En: Mich. L. Rev. 1995. vol. 93.
- MURPHY, Walter F. Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order. 2007.
- PETTYS, Todd E. The Myth of the Written Constitution. En: Notre Dame L. Rev. 2009. vol. 85.
- PILDES, Richard H. Why the Center does not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America. En: Cal. L. Rev. 2011. vol. 99, no. 273.
- SAMAHA, Adam M. Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation. En: Colum. L. Rev. 2008. vol. 108.
- SCHWARTZBERG, Melissa. Should Progressive Constitutionalism Embrace Popular Constitutionalism? En: Ohio St. L. J. 2011. vol. 72.
- SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever. En: Cardozo L. Rev. 1996. vol. 17.
- TSESIS, Alexander. A Civil Rights Approach: Achieving Revolutionary Abolitionism Through the Thirteenth Amendment. En: U. C. Davis L. Rev. 2006. vol. 39.
- U.S. Const. amend. XXVII (stating that “no law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened”).
- WADE NOWLIN, Jack. The Constitutional Illegitimacy of Expansive Judicial Power: A Populist Structural Interpretive Analysis. En: Ky. L. J. 2000-01. vol. 89.



# Reformar la Constitución: una competencia de alcance restringido

José Gregorio Hernández Galindo\*  
*Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)*

## 1. La Constitución de 1991

El 4 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución Política de Colombia, un estatuto singular, el más extenso de cuantos han regido nuestra vida republicana, quizá no muy técnico en su formulación, pero rico en valores y principios; humanista, social, democrático, igualitario, participativo, pluralista, garantista, descentralista, civilista, laico, con sólidos fundamentos jurídicos, y con características propias que lo diferencian sustancialmente de los anteriores.

En cuanto al nacimiento de la Constitución, cabe recordar algunos antecedentes:

- Colombia vivía una de las peores épocas de su historia. Se desenvolvía en medio de la más cruda violencia, desatada por las mafias del narcotráfico, y, a la vez que comenzaban a tomar fuerza grupos paramilitares, las organizaciones guerrilleras seguían actuando, con la salvedad del M-19, único movimiento subversivo que había llegado a convenir la paz con el gobierno del presidente Virgilio Barco, se había constituido en movimiento político y sus miembros habían sido cobijados por amnistía. Apenas cinco años antes había tenido lugar la cruenta toma del Palacio de Justicia en Bogotá por parte de ese

---

\* Exmagistrado de la Corte Constitucional; actual rector y decano de Derecho de la Universidad del Sinú en Bogotá.

grupo, confabulado con los extraditables; en el curso de la retoma por parte del ejército, tanques de guerra habían entrado al templo de la justicia, que terminó incendiado, y, como trágico resultado, el suceso había dejado al menos un centenar de personas muertas, muchos heridos, y, para vergüenza y dolor del país, habían sido asesinados once ilustres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos su presidente, Alfonso Reyes Echandía, y los cuatro integrantes de la Sala Constitucional.

También habían muerto, a manos del terrorismo, numerosos jueces, magistrados, testigos, policías y ciudadanos del común. Un avión repleto de pasajeros había explotado en pleno vuelo entre Bogotá y Cali; muchas bombas habían sembrado muerte, pánico y destrucción en distintas ciudades. Sicarios pagados por los narcotraficantes habían asesinado a cuatro candidatos presidenciales —Bernardo Jaramillo Ossa, Carlos Pizarro, Jaime Pardo Leal y Luis Carlos Galán Sarmiento—.

- Desde 1984, durante la administración de Belisario Betancur, a raíz del asesinato del ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla —también por sicarios al servicio del narcotráfico—, permanecía en vigor el estado de sitio en todo el territorio nacional. La totalidad del período de Virgilio Barco Vargas transcurrió en estado de sitio. De hecho, únicamente fue levantado por el presidente César Gaviria Trujillo tras la aprobación de la Constitución, el 4 de julio de 1991.
- Aunque en 1986 se habían celebrado los cien años de la Constitución de Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, desde sus cátedras los constitucionalistas habíamos venido advirtiendo que había llegado el momento de revisar esa Carta, si bien esta nos había permitido vivir bajo las reglas de la democracia durante la mayor parte del siglo. Allí se conservaban figuras francamente desuetas, como la del artículo 28, que permitía la privación de la libertad por decisión administrativa; o el juzgamiento de civiles por tribunales militares durante el estado de sitio. A lo cual se agregaba que la enunciación de los derechos fundamentales, sociales y económicos —y sus garantías— requería urgente actualización, a tono con la evolución del derecho en el mundo, los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

- El Congreso había caído en desprestigio, y muchos sectores, partidarios de reformar la Constitución, consideraban que —si se quería una reforma profunda— ello no resultaba factible por la vía de un acto legislativo. El último intento lo había hecho el presidente Barco entre 1987 y 1988, cuando en el proyecto, al que le faltaba un solo debate, habían introducido subrepticamente un ‘mico’ orientado a prohibir la extradición de nacionales. El gobierno prefirió que el proyecto de reforma naufragara. Por paradoja, años después, en el artículo 35 de la nueva Constitución, se plasmó idéntica norma, que hubo de ser reformada en 1997.

El presidente Barco había intentado inútilmente reformar la Constitución por un mecanismo diferente.

Inicialmente, Barco propuso un plebiscito derogatorio que se votaría el 13 de marzo de 1988, pero no alcanzó a ser convocado porque la iniciativa presidencial fracasó por falta de apoyo político cuando apenas había sido esbozada.

El 20 de febrero de 1988, el Presidente celebró con el jefe de la oposición conservadora, el expresidente Misael Pastrana Borrero, el denominado ‘Acuerdo de la Casa de Nariño’, en cuya virtud se iniciaría un proceso de reajuste institucional que llevaría a la elaboración de un proyecto de reforma constitucional proveniente del Congreso, pero sometido a la votación del pueblo mediante referendo. Sin embargo, el acuerdo fue suspendido y después anulado por el Consejo de Estado, que lo equiparó a un plan para la futura violación de la Carta Política.

Por último, en julio de 1988, el gobierno presentó al Congreso el ya mencionado proyecto de acto legislativo —con un ambicioso contenido normativo en materia de estructura del Estado—, iniciativa que se hundió cuando estaba a punto de convertirse en precepto constitucional.

- El artículo 70 del Acto Legislativo 3 de 1910, introducido por la Asamblea Nacional de Colombia, decía: “La Constitución sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en la forma ordinaria; y de igual modo considerado en la reunión anual subsiguiente, y aprobado en ésta, por ambas cámaras, en segundo y tercer debates, por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada una de ellas”.

En 1957, el denominado plebiscito aprobado por el pueblo señaló en su artículo 13: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

El artículo 218 de la Constitución sostenía:

La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso.

- Precisamente esa redacción de la norma había llevado a que el 30 de enero de 1988 el presidente Virgilio Barco formulara la ya mencionada propuesta de convocar un plebiscito, con el propósito de derogarla, para modificar la Constitución por referendo o asamblea constituyente. El ministro de Gobierno, César Gaviria, junto con el de Comunicaciones, Fernando Cepeda Ulloa, habían entregado al Jefe de Estado un memorando en el cual examinaban las distintas posibilidades de enmienda constitucional, para concluir que la forma “jurídicamente más segura” consistía en convocar un referéndum para derogar el artículo 13 del plebiscito de 1957 y, posteriormente, convocar otro referéndum para reformar el texto de la Constitución.
- Como las propuestas de Barco se frustraron, fueron los estudiantes de varias universidades los encargados de impulsar las reformas. El asesinato de Luis Carlos Galán y la extendida ola de violencia provocaron numerosas manifestaciones juveniles que buscaban un cambio institucional, y en tal sentido se quiso aprovechar que el 11 de marzo de 1990 se llevarían a cabo las elecciones para escoger, mediante papeletas, a senadores, representantes, diputados a las asambleas departamentales, concejales, alcaldes y —mediante consulta popular— al candidato del Partido Liberal a la Presidencia de la República. Seis papeletas, a las cuales los estudiantes, en su insistente

propuesta de reforma, añadían una: la séptima. Se preguntaría a los electores si querían o no que la Constitución fuera reformada y actualizada por una asamblea constitucional.

Aunque la cifra de votación por la séptima papeleta no fue contabilizada oficialmente, por cuanto el Registrador Nacional del Estado Civil —en ese momento Jaime Serrano Rueda— carecía de competencia legal para el efecto, y, en consecuencia, no produjo efectos jurídicos en el nivel constitucional (los votos fueron contabilizados por los mismos estudiantes y de manera informal), sin duda se configuró como un antecedente político de gran importancia y sirvió como acicate para que el Presidente de la República dictara la norma mediante la cual se provocara una nueva participación del pueblo con la finalidad de remover el obstáculo que representaba el transcrito artículo 13 del plebiscito de 1957.

- Lo iniciado en marzo de 1990 cristalizó menos de un año más tarde. El 5 de febrero de 1991 se iniciaron formalmente las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Tras una corta campaña, sus integrantes habían sido elegidos por el pueblo el 9 de diciembre de 1990. Presidieron sus sesiones Álvaro Gómez Hurtado, Horacio Serpa Uribe y Antonio Navarro Wolff.

El proceso de conformación de la Asamblea Constituyente no fue fácil, teniendo en cuenta que, como lo hemos indicado, las normas vigentes consagraban la competencia exclusiva del Congreso para reformar la Constitución, y que, por lo tanto, la doctrina aceptada sostenía que otros mecanismos solamente serían válidos para tal fin si se contaba con disposiciones claras y expresas.

Pese a ello —gracias a los decretos de los presidentes Barco y Gaviria y a trascendentales sentencias de la Corte Suprema de Justicia—, sin violar la normatividad vigente, es decir, sin que mediara una revolución, se hizo posible la derogación del centenario estatuto constitucional y la expedición de la nueva Constitución.

- En medio de la violencia generada por el narcotráfico, los estudiantes universitarios habían conformado el movimiento ‘Todavía podemos salvar a Colombia’ y propusieron la séptima papeleta, que en las elecciones de marzo, sin efectos jurídicos —como arriba decimos—, pero sí con un contundente efecto político, obtuvo una alta aceptación

popular en el sentido de buscar la reforma constitucional por vía distinta a la del Congreso.

- Por unanimidad, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia había sostenido:

Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden.

Añadió la Corte: “La nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental” (sentencia del 9 de junio de 1987, M. P. Hernando Gómez Otálora).

- El presidente Virgilio Barco hizo uso del estado de sitio y, por Decreto Legislativo 927 de 1990, había autorizado la contabilización de los votos que el 27 de mayo de 1990 —día de las elecciones presidenciales— se depositaran por la convocatoria de una asamblea constitucional con participación de las fuerzas sociales, políticas y regionales. Un total de 4 991 887 ciudadanos votó por el sí, y con esa mayoría el pueblo derogó tácitamente el artículo 13 del plebiscito de 1957, que —como hemos dicho— depositaba en el Congreso, de manera exclusiva, el poder de reforma constitucional.

El Presidente dispuso, mediante el artículo 1º del aludido decreto:

Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, la organización electoral procederá a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en

la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una asamblea constitucional.

¿Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una asamblea constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?

SÍ NO

- En ejercicio de su función, mediante proceso iniciado oficiosamente (control automático), la Corte Suprema de Justicia, que ejercía como guardiana del imperio de la Carta Política de 1886, mediante sentencia del 24 de mayo de 1990 (M. P. Fabio Morón Díaz) declaró exequible el Decreto 927 de 1990.

Manifestó la Corte:

Para nadie es extraño en Colombia que las causas que generaron la perturbación, lejos de haberse extinguido se han aumentado en los seis años de vigencia del Decreto 1038 de 1984 (1). En ese periodo el país ha asistido a múltiples hechos de violencia que lo han horrorizado; la toma del Palacio de Justicia y la inmolación de 11 magistrados de esta corporación, la muerte de tres candidatos presidenciales, la explosión de un avión cargado de pasajeros, las masacres, las fosas comunes, los atentados a los periódicos, las bombas que indiscriminadamente cobran víctimas inocentes, son ejemplos de una situación ya no solo atribuible a la guerrilla y al narcotráfico, sino a otras manifestaciones del crimen organizado. El fenómeno se encuentra condensado en esta afirmación contenida en el informe presentado por la Comisión de Estudios sobre la violencia, al Ministerio de Gobierno: “Múltiples formas de violencia se están retroalimentando y superponiendo en forma tal, que su agudización se proyecta en la perspectiva, no de una eventual crisis insurreccional, sino de una anarquización generalizada de la vida política del país” [...].

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar

las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido *per se* en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida a todas luces necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose, como hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del estado de sitio.

El clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; en favor de él se han manifestado los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada ‘séptima papeleta’, en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

- El nuevo jefe de Estado, César Gaviria Trujillo, elegido ese 27 de mayo, usando el mismo mecanismo constitucional —previo acuerdo con los partidos políticos— dictó el Decreto Legislativo 1926 de 1990, también declarado exequible por la Corte en su contenido fundamental. No obstante, la Corte Suprema, en el mismo fallo, invalidó el temario allí señalado como límite material a las facultades de la hasta entonces denominada ‘asamblea constitucional’ y también declaró inexecutable su propia facultad de control sobre los actos de la asamblea.

Los artículos 1º y 2º del Decreto 1926 dispusieron:

Artículo 1º. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, la organización electoral procederá a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una asamblea constitucional.

Artículo 2º. La papeleta que contabilizara la organización electoral deberá contener un voto afirmativo o un voto negativo.

El texto que deberá contener el voto afirmativo es el siguiente:

“Sí convoco una asamblea constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido

en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la asamblea constitucional [...]”.

En lo fundamental, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, por Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990 (Ms. Ps. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz), con salvamento de voto de los magistrados Rafael Baquero Herrera, Pablo J. Cáceres Corrales, Guillermo Duque Ruiz, Pedro A. Escobar Trujillo, Carlos Esteban Jaramillo, Héctor Marín Naranjo, Dídimo Páez Velandia, Édgar Saavedra Rojas, Jaime Sanín Greiffenstein, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. y Hernando Yepes Arcila, resolvió:

DECLARAR CONSTITUCIONAL el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”, con excepción de lo siguiente:

1. Del acuerdo político incorporado el citado decreto y llevado a su parte motiva se declaran inconstitucionales los siguientes apartes:

1.1. Del párrafo 13, la siguiente frase: “[...] y el temario que implica el límite de su competencia”.

1.2. Del numeral 2, la siguiente frase: “[...] y el temario que implica el límite de su competencia”.

1.3. El numeral 4, que dice: “La asamblea no podrá estudiar asuntos diferentes a los mencionados en el temario aprobado por el pueblo y particularmente no podrá modificar el periodo de los elegidos este año las materias que afecten los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud de tratados internacionales y el sistema republicano de gobierno”.

1.4. Del numeral 15, la parte que dice: “Una vez aprobado por la asamblea dicho texto será enviado a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta decida si la reforma, en todo o en parte fue expedida conforme al temario aprobado por los ciudadanos en la votación del 9 de diciembre de 1990. Además, el reglamento señalará expresamente los requisitos

de procedimiento cuyo cumplimiento también será objeto de control constitucional por parte de la Corte”.

1.5. Del considerando, todo el temario, desde donde dice: “Que, del mismo, con sujeción al texto aprobado por la mayoría de los colombianos en los pasados comicios, es necesario que el pueblo fije un temario al cual se limite la competencia [...]” hasta el numeral 10.5, inclusive, y que dice: “Posibilidad de establecer mecanismos alternos de control fiscal en todos los niveles de la administración”.

2. De la parte resolutive del mencionado Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990, se DECLARA INCONSTITUCIONAL lo siguiente:

2.1. Del artículo 2º, inciso 2, la parte que dice: “[...] la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo”.

Del artículo 2º, inciso 3, la parte que dice: “[...] regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990”.

En otros términos, la autorización a la Registraduría del Estado Civil para contabilizar los votos que se depositaran por la convocatoria de la asamblea y aquellos mediante los cuales fueran elegidos los constituyentes, así como las reglas básicas indispensables para el funcionamiento de esta —que era lo fundamental del Decreto 1926—, pasaron el examen de constitucionalidad. En cambio, el temario, que limitaba las facultades de la asamblea, y el control constitucional sobre sus decisiones fueron declarados inexecutable.

Entre otras consideraciones, la Corte Suprema consignó las siguientes, que dieron base a la inexecutable parcial en referencia, en virtud de comparación del Decreto 1926 y de los acuerdos políticos en que se sustentó y lo resuelto por el pueblo el 27 de mayo de 1990:

Las tarjetas depositadas en las elecciones del 27 de mayo de 1990 contenían limitaciones al poder del propio constituyente primario por el texto mismo de ellas [...].

En síntesis, la Asamblea Constitucional tenía como función reformar la Constitución Política de la nación a fin de fortalecer la democracia participativa, en ella deberían tener representación las

fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, y debería integrarse democrática y popularmente.

La médula de tales limitaciones sería, pues, el fortalecimiento del sistema democrático-participativo, a través de un mecanismo representativo. Conviene, por lo tanto adentrarse en la noción de democracia-participativa e indagar si esa finalidad última es congruente con el carácter representativo que se da a la propia asamblea.

La democracia es una forma de gobierno en la cual la nación adopta las decisiones, en oposición a otras, como la monarquía, en la cual una persona, llámese rey, emperador o de cualquier otra manera, es quien las toma.

La democracia puede ser directa o indirecta. En la primera actúa toda la nación; en la segunda, representantes de ella. La primera es práctica cuando el número de los miembros de la asamblea es reducido, pero ciertamente no se acomoda a Estados como Colombia, con una población de 30 millones de habitantes, aproximadamente. Por lo tanto, debe entenderse que la ‘democracia’ a la cual aludió el constituyente primario, es la indirecta y que el término ‘participativa’ alude a que esta efectivamente represente a la nación, por ejemplo, perfeccionando el sistema de votación, el funcionamiento del Congreso y la accesibilidad a este por parte de los ciudadanos. Tal interpretación, por lo demás, se ajusta al carácter representativo que el propio constituyente primario quiso darle a la Asamblea Constitucional.

No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitória; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la república que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligarán a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social.

Como se ha comprobado históricamente el constituyente no decide en el vacío sino que recoge sus soluciones en lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser la nación en una interpretación racional y responsable de su destino jurídico, político, económico y social.

Es un dato más que se ha proyectado tanto en la historia de Colombia como en la de otras naciones, que cuando las instituciones adoptan sistemas demasiado rígidos para su reforma, surgen crisis y perturbaciones que pueden poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático. Por eso es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo, primero informalmente y luego el 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia Sentencia número 59 de 24 de mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia.

En pocas pero trascendentes palabras, el poder constituyente primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación.

[...].

El decreto *sub examine* contiene limitaciones adicionales a las que se impuso el propio constituyente primario, contenidas en los acuerdos de las fuerzas políticas del 2 y del 23 de agosto de 1990, especialmente un temario limitativo que, por las razones expuestas, deberá declararse inconstitucional.

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como constituyente primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas;

las que contienen el numeral 4 de las bases del Acuerdo Político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance.

Así pues, la Asamblea —cuyos integrantes fueron elegidos por el pueblo después de dictada la sentencia de la Corte Suprema y que sesionó en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada en Bogotá— quedó investida de un poder mucho mayor que el inicialmente acordado. Su cometido institucional, en un comienzo entendido como una reforma amplia a la Constitución con miras a la paz y a modernizar el centenario estatuto de 1886, se vio enfrentado al desafío enorme de expedir una nueva Constitución y así lo hizo.

Fueron elegidos 70 constituyentes (25 por el Partido Liberal, 19 por la Alianza Democrática M-19, 11 del Movimiento de Salvación Nacional, 9 del Partido Social Conservador, 2 del Movimiento Unión Cristiana, 2 por movimientos indígenas y 2 por la Unión Patriótica). Además de los representantes de las organizaciones subversivas que se desmovilizaran, quienes tenían voz pero no voto. La Asamblea culminó sus trabajos el 4 de julio de 1991. La nueva Carta, democrática, participativa y pluralista, que derogó expresamente la precedente con todas sus reformas (art. 380), entró a regir el 7 de julio de 1991 y abrió una nueva era institucional en Colombia.

Un repaso a la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución de 1991 nos lleva a las elecciones del 11 de marzo de 1990, durante las cuales —como se ha expresado— se produjo el hecho político que, registrado y acogido por el presidente Virgilio Barco, inició el camino hacia un nuevo orden constitucional.

Hemos de recordar ante todo que una de las motivaciones más importantes de los artífices del proceso, además de la búsqueda de un estatuto que permitiera al Estado afrontar con mayor éxito el terrible embate de la violencia narcotraficante —recordemos que el movimiento estudiantil impulsor de la séptima papeleta se denominó ‘Todavía podemos salvar a Colombia’ y que el fundado y encabezado por el doctor Álvaro Gómez Hurtado se llamó ‘Movimiento de Salvación Nacional’—, consistió en desarrollar los criterios y principios propios del Estado social, democrático y participativo de derecho, a la vez que en hacer efectivos los derechos, las libertades públicas y las garantías de unos y otras.

Un balance objetivo y desapasionado de estos 25 años de vigencia de la Carta Política lleva necesariamente a varias conclusiones que deberían ser tenidas en cuenta en momentos en que, desde distintos y hasta contrarios sectores políticos y de opinión, se quiere precipitar, más que reformas resultantes del proceso de paz, la convocatoria de una asamblea constituyente que —algunos así lo desean— arrase con todo, deseche los contenidos constitucionales y jurisprudenciales hasta ahora logrados en este cuarto de siglo, y formule de nuevo, desde cero, un sistema político diferente, no sabemos muy bien si para avance o retroceso respecto de lo hasta ahora construido.

En efecto:

- sin que esta Constitución lo haya inventado o creado todo —pues ello sería injusto y carente de rigor histórico—, lo cierto es que los colombianos hemos adquirido una mayor conciencia acerca del valor y la importancia de un sistema constitucional democrático y con sentido social;
- aunque —por causas dignas de análisis— los mecanismos de participación no han sido plenamente desarrollados, es evidente que el ciudadano tiene un criterio más claro acerca de su papel protagónico en la toma de decisiones sobre el futuro colectivo;
- pese a que en muchos sectores impera todavía una forma de vida y una cultura de intolerancia y de violencia, en general se tiene una conciencia más abierta de la sociedad sobre el necesario imperio del derecho y acerca del valor y los beneficios de una auténtica democracia, del pluralismo, de la tolerancia y del respeto a la diversidad;
- la persona del común sabe que es titular de unos derechos fundamentales e inalienables; políticos, sociales y económicos, colectivos, y que hay instrumentos judiciales para hacerlos respetar.

## **2. Reforma tras reforma, sin sentimiento constitucional**

La Constitución ha sido modificada hasta ahora en 41 oportunidades, así:

- Acto Legislativo 1 del 17 de agosto de 1993, “por medio del cual se erige la ciudad de Barranquilla, capital del departamento del Atlántico, en distrito especial, industrial y portuario” (D.O. 400995, ago. 18/93).

- Acto Legislativo 2 del 23 de noviembre de 1993, “por el cual se adoptan medidas transitorias: adiciona el artículo transitorio 60. Se adopta como plan nacional de desarrollo para los años 1993 y 1994 el que corresponde a las leyes anuales de presupuesto de renta y apropiaciones de la nación” (D.O. 41117, nov. 24/93).
- Acto Legislativo 3 del 15 de diciembre de 1993, “se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, relacionados con faltas absolutas o temporales, inhabilidades e incompatibilidades” (D.O. 41140, dic. 16/93).
- Acto Legislativo 1 del 1º de diciembre de 1995, “por el cual se adiciona el artículo 357 de la Constitución Nacional sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación” (D.O. 42159, dic. 21/95).
- Acto Legislativo 2 del 21 de diciembre de 1995, “por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política en relación con la integración de cortes o tribunales militares” (D.O. 42159, dic. 21/95).
- Acto Legislativo 1 del 15 de febrero de 1996, “por el cual se modifican artículos 299 y 300 de la Constitución Política en relación con las funciones de las asambleas departamentales” (D.O. 42688, ene. 17/96).
- Acto Legislativo 1 del 16 de diciembre de 1997, “por el cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política. Extradición de nacionales” (D.O. 43195, dic. 17/97).
- Acto Legislativo 1 del 30 de julio de 1999, “por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política, en relación con la expropiación” (D.O. 43654, ago. 4/99).
- Acto Legislativo 1 del 17 de agosto de 2000, “por el cual se modifica el inciso 1 del artículo 322 de la Constitución Política. Cambio de nombre de Santafé de Bogotá” (D.O. 44133, ago. 18/2000).
- Acto Legislativo 2 del 17 de agosto de 2000, “por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio del deporte” (D.O. 44133, ago. 18/2000).
- Acto Legislativo 1 del 30 de julio de 2001, “por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política” (D.O. 44506, ago. 1/2001). Empezó a regir el 1º de enero de 2002.

- Acto Legislativo 2 del 27 de diciembre de 2001, “por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución” (D.O. 44663, dic. 31/2001).
- Acto Legislativo 1 del 25 de enero de 2002, “por medio del cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política” (D.O. 44693, ene. 31/2002).
- Acto Legislativo 2 del 6 de agosto de 2002, “por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles” (D.O. 44893, ago. 7/2002).
- Acto Legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002, “por el cual se reforma la Constitución Nacional” (D.O. 45040, dic. 20/2002).
- Acto Legislativo 1 del 3 de julio de 2003, “por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones” (D.O. 45237, jul. 3/2003).
- Acto Legislativo 2 del 18 de diciembre de 2003, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo” (D.O. 45406, dic. 19/2003).
- Acto Legislativo 1 del 7 de enero de 2004, “por el cual se modifica el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política” (D.O. 45424, ene. 8/2004). Es la única reforma constitucional proveniente del ejercicio directo de la soberanía popular, ya que plasma a su vez la única pregunta aprobada por el pueblo en el referendo del año 2003.
- Acto Legislativo 2 del 27 de diciembre 27 2004, “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones” (D.O. 45775, dic. 28/2004).
- Acto Legislativo 1 del 22 de julio de 2005, “por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” (D.O. 45980, jul. 25/2005; D.O. 45984, jul. 29/2005).
- Acto Legislativo 2 del 22 de julio de 2005, “por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política” (D.O. 45980, jul. 25/2005).
- Acto Legislativo 3 del 29 de diciembre de 2005, “por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política” (D.O. 46136, dic. 29/2005).
- Acto Legislativo 1 del 27 de junio de 2007, “por medio del cual se modifican los numerales 8 y 9 del artículo 135, se modifican los

artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 46672, jun. 27/2007). Entró en vigencia el 1º de enero de 2008.

- Acto Legislativo 2 del 6 de julio de 2007, “por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política” (D.O. 46681, jul. 6/2007).
- Acto Legislativo 3 del 10 de julio de 2007, “por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política” (D.O. 46685, jul. 10/2007).
- Acto Legislativo 4 del 11 de julio de 2007, “por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política” (D.O. 46686, jul. 11/2007).
- Acto Legislativo 1 del 26 de diciembre de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política” (D.O. 47214, dic. 21/2008).
- Acto Legislativo 1 del 14 de julio de 2009, “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 47410, jul. 14/2009).
- Acto Legislativo 2 del 21 de diciembre de 2009, “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política” (D.O. 47570, dic. 21/2009).
- Acto Legislativo 1 del 31 de mayo de 2011, “por el cual se adiciona el parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 46086, mayo 31/2011).
- Acto Legislativo 2 del 21 de junio de 2011, “por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 48107, jun. 21/2011).
- Acto Legislativo 3 del 1º de julio de 2011, “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal” (D.O. 48177, jul. 1º/2011).
- Acto Legislativo 4 del 7 de julio de 2011, “por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia” (D.O. 48123, jul. 7/2011).
- Acto Legislativo 5 del 18 de julio de 2011, “por el cual se constituye el sistema general de regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones” (D.O. 48134, jul. 18/2011).

- Acto Legislativo 6 del 24 de noviembre de 2011, “por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política” (D.O. 48263, nov. 24/2011).
- Acto Legislativo 1 del 31 de julio de 2012, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones (D.O. 48263, jul. 18/2011).
- Acto Legislativo 2 del 27 de diciembre de 2012, “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 48657, dic. 28/2012). La Corte Constitucional mediante Sentencia C-740 del 23 de octubre de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable el Acto Legislativo 2 de 2012.
- Acto Legislativo 1 del 15 de julio de 2013, “por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior” (D.O. 48852, jul. 15/2013).
- Acto Legislativo 1 del 25 de junio de 2015, “por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia” (D.O. 49554, jun. 25/2015).
- Acto Legislativo 2 del 1º de julio de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones” (D.O. 49560, jul. 1º/2015).
- Acto Legislativo 1 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (D.O. 49927, jul. 7/2016).

### **3. Una reforma constitucional archivada inconstitucionalmente**

A los actos legislativos publicados en el *Diario Oficial* hay que añadir el que se aprobó en el Congreso en 2012, mediante el cual se reformaba la administración de justicia, que fue archivado en un solo día —cuando el trámite del proyecto, de origen gubernamental, había tomado toda una legislatura—, por cuanto el Presidente de la República, presionado por las redes sociales, decidió objetarlo y convocar a sesiones extraordinarias para decidir sobre las objeciones.

Las dos decisiones presidenciales —hay que decirlo con claridad— fueron inconstitucionales:

- 1) El Presidente no podía objetar el acto legislativo, que ya no era un simple proyecto; había sido aprobado en ocho debates, conciliado y vuelto a aprobar por las plenarias de las cámaras; era ya una reforma de la Constitución a la que solamente faltaba la promulgación. Pero, sobre todo, como lo señaló la Sentencia C-222 de 1997 de la Corte Constitucional, las reformas constitucionales, a diferencia de los proyectos de ley, no requieren sanción presidencial, ni admiten objeción alguna, ni por inconstitucionalidad, ni por inconveniencia.

Dijo la Corte:

El artículo 157, numeral 4, de la Constitución exige, “para que un proyecto sea ley”, el requisito de “haber obtenido la sanción del gobierno”. Al tenor del artículo 165 *ibidem*, “aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al gobierno para su sanción”. Agrega la norma que, si el ejecutivo no lo objetare, dispondrá que se promulgue “como ley”; y que, si lo objetare, lo devolverá a la Cámara en que tuvo origen. Posteriormente, tiene lugar la aceptación por las cámaras de lo observado por el gobierno, la insistencia en el proyecto por la mitad más uno de sus miembros, en el caso de objeciones por inconveniencia, o la decisión de esta Corte, si las cámaras han insistido en el proyecto objetado por el Presidente con base en razones de inconstitucionalidad.

Ninguna de estas posibilidades se da en el caso de los proyectos de acto legislativo, pues además de la expresa referencia de las indicadas normas a los proyectos de ley, el artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del ejecutivo, ni autoriza a este para objetarlas.

- 2) No cabía la convocatoria a sesiones extraordinarias, pues resulta claro, por el mismo texto del artículo 375 de la Constitución, que las reformas constitucionales por acto legislativo, así como todo lo que

se refiera a ellas y a su trámite —con mayor razón si fueran revocables, que no lo son sino por otra reforma de la misma jerarquía—, debe ser tramitado en los dos períodos ordinarios y consecutivos de sesiones ordinarias del Congreso.

La misma sentencia de la Corte Constitucional lo expresó: “El artículo 375 de la Constitución dispone que el trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos; que aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno; que en el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara; y que en el segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.

Lo que cabe preguntar es hasta dónde la consagración de dos períodos o ‘vueltas’ para las reformas constitucionales por la vía del acto legislativo significa simplemente que se repitan en un período los cuatro debates del período anterior, cual si se tratara apenas, en estos casos, de ‘duplicar’ el proceso de aprobación de las leyes.

El artículo 157 de la Constitución, sobre requisitos de forma, alude de modo específico a los proyectos de ley y, en principio, los pasos allí contemplados únicamente son aplicables a la función legislativa, de donde resulta que en su mismo texto no se encuentra la contestación al interrogante formulado, siendo menester que se proceda a un estudio sistemático de la normatividad constitucional y orgánica, con miras a definir el régimen aplicable.

Obrando así, es forzoso concluir, como se verá enseguida, la total autonomía procesal que debe observarse en el ejercicio de estas dos atribuciones confiadas al Congreso.

En otros términos, del hecho de que el aludido precepto disponga que el trámite del proyecto de acto legislativo tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos de sesiones del Congreso no se sigue que simplemente deba aplicarse, repetido, el trámite ordinario previsto para expedir las leyes. Tan solo aquellas disposiciones pertinentes y compatibles con el delicado proceso de reforma constitucional, tanto de la propia Carta como del Reglamento del Congreso, son extensivas a las enmiendas constitucionales, tal como lo señala el artículo 227 de la Ley 5 de 1992: “Artículo 227. Reglas de procedimiento aplicables. Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores referidas al proceso legislativo

ordinario que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia”.

Un análisis del artículo 375 de la Constitución y de las normas constitucionales y orgánicas que con él concuerdan permite deducir las diferencias existentes entre los dos tipos de procesos —el de índole constitucional, inherente a toda reforma de la Carta por parte del Congreso, y el legislativo—, así como las características peculiares del primero de ellos, las que deben ser tenidas en cuenta por esta Corte al verificar la exequibilidad de los actos legislativos.

- 3) Es evidente que lo actuado por el Congreso al archivar un acto legislativo aprobado, por inconveniente que lo considerara el ejecutivo (autor e impulsor del proyecto), carecía de eficacia, si se recuerda lo estatuido perentoriamente en el artículo 149 de la Constitución: “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes”.

No obstante, el Consejo de Estado, al pronunciarse el 16 de septiembre de 2014 sobre demanda formulada en relación con las sesiones extraordinarias en referencia, aunque encontró vulnerada la Constitución y declaró la nulidad del decreto respectivo, no dedujo la consecuencia que ello tenía. No habría sido otra que la de devolver el proyecto al gobierno para que ordenara la promulgación del acto legislativo, ya que lo efectuado durante dichas sesiones carecía de toda validez.

Según el Consejo de Estado, el Presidente de la República “no tiene competencia para objetar actos legislativos ni para convocar al Congreso a sesiones extraordinarias para ocuparse de esas objeciones”. Luego, en sana lógica y según el artículo constitucional citado, el decreto presidencial no produjo efecto alguno. Lo aprobado en esas sesiones inconstitucionales ha debido caer en su totalidad. No fue así, pues el Consejo de Estado moduló su sentencia y dijo simplemente, en palabras de su entonces presidenta, María Claudia Rojas Lasso, que “el acto de archivo del Congreso y los demás no pierden su vigencia y, por lo tanto, no revive la reforma de la justicia”. “Eso significa —agregó— que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

ha dejado sentada la jurisprudencia de que, en adelante, el Presidente de la República no podrá objetar actos reformativos de la Constitución”.

Como puede verse —a decir verdad, no solamente en el caso de la actual, sino en el de la Constitución precedente, de 1886, y antes, en la sucesión de constituciones del siglo XIX—, no ha imperado entre nosotros lo que Karl Loewenstein denominara “el sentimiento constitucional”, esa identidad de la comunidad, más allá de partidos y facciones, y del propio Estado con su Constitución; ese concepto de legitimidad y garantía del ordenamiento, de tal manera que lo estatuido no se modifica ni reemplaza sino en la medida de las necesidades y las exigencias, claramente probadas y determinantes.

Las constituciones colombianas —todas escritas— han sido constituciones rígidas, lo que significa que para su reforma es necesario cumplir requisitos especiales, mucho más complejos y exigentes que los señalados para la reforma y modificación de las leyes.

Así que la Carta Política de 1991, aunque ha sido modificada ya 41 veces —lo que puede demostrar que en la práctica viene sufriendo un proceso de ‘flexibilización’—, se clasifica como rígida, puesto que presenta la enunciada característica: la enunciación de requisitos formales indispensables para cualquier enmienda de su texto.

El artículo 374 superior contempla tres procedimientos para su reforma: el acto legislativo expedido por el Congreso, la asamblea constituyente y el referendo. Los artículos 375, 376 y 378 señalan los pasos que deben darse para utilizar una de esas vías.

A diferencia de la norma constitucional que venía rigiendo desde 1910 —ratificada en 1957—, que únicamente admitía reformas expedidas por el Congreso, en 1991 se establecieron las tres indicadas modalidades, fuera de las cuales no hay otra.

Eso significa que la Constitución no puede ser reformada mediante plebiscito. Más aún, la Ley 134 de 1994 —Estatutaria de la Administración de Justicia— prohíbe expresamente que ese mecanismo de participación sea usado con tal fin. Indica su artículo 78: *“En ningún caso el plebiscito podrá versar sobre la duración del período constitucional del mandato presidencial, ni podrá modificar la Constitución Política”*.

No obstante, el artículo 3º del proyecto de ley estatutaria “por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Estable y Duradera”,

aprobado por el Congreso y parcialmente declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-379 de 2016), expresaba:

Artículo 3°. Carácter y consecuencias de la decisión. La decisión aprobada a través del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, *tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del acuerdo.*

En consecuencia, *el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios de Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas.* (Las cursivas son mías).

En otros términos, si en el plebiscito triunfaba el sí, el Congreso —para los efectos del desarrollo constitucional del Acuerdo de Paz— debía acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas y, por lo tanto, si en el acuerdo se pactó reformar la Constitución, como en efecto ocurrió (Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016), el Congreso estaba obligado a reformar la Constitución en el sentido en que el acuerdo lo hubiese dispuesto, porque la decisión plebiscitaria habría tenido carácter vinculante.

Es decir, por ley estatutaria se habría adicionado el artículo 374 de la Carta Política con el plebiscito, que implicará la obligación del Congreso de reformar la Constitución, no ya según su voluntad —como actualmente—, sino según lo que se acuerde en La Habana.

Eso, desde luego, violaba la Constitución por falta de competencia del legislador estatutario, que no podía añadir al texto del artículo 374 una nueva modalidad de reforma constitucional. La Corte, sin embargo, declaró la inexecutable del artículo 3°.

En las constituciones escritas, a diferencia de las consuetudinarias —que se fundan en la costumbre y en la tradición—, es natural que la validez de una reforma a su articulado se haga depender del cumplimiento de unas formalidades agravadas. Es necesario recordar que en esa modalidad constitucional se quiere dejar estampada la garantía de unas reglas fijas, tanto sobre los derechos y las libertades de los gobernados como acerca de la estructura fundamental

de la organización estatal, y en relación con las funciones, facultades, competencias, límites y restricciones para los gobernantes.

La Constitución colombiana, como decimos, es formalmente rígida. Ella misma indica cuáles son los órganos competentes para introducirle modificaciones y cuáles son los procedimientos que en cada caso deben ser seguidos. Pero nuestra Carta Política se ha venido ‘flexibilizando’ en la práctica, por cuanto —infortunadamente— los congresos y los gobiernos, en lo pertinente al ejercicio del poder de reforma mediante la presentación y trámite de proyectos de enmienda constitucional, han venido dando prioridad a la conveniencia momentánea, a la coyuntura, al objetivo de corto plazo. Por eso, muchos de los actos legislativos han sido aprobados con base en acuerdos políticos pasajeros, para alcanzar objetivos transitorios; sin mucho cuidado en la preservación de la armonía del conjunto; muchas veces para retroceder en materias en que había avanzado el Constituyente de 1991. Y, en especial, sin que las reformas fueran indispensables ni urgentes, vistos los reales intereses y expectativas de la sociedad.

Ahora bien, a la vez que existen unos requisitos formales para las reformas, desde el punto de vista material nuestra Constitución no consagra cláusulas pétreas. Es decir, no fueron consagrados en nuestra Carta unos límites expresos a la atribución de reformar sus disposiciones.

¿Qué significa eso? ¿Que podría el Congreso por acto legislativo expedir una nueva Constitución, sustituyendo la vigente? ¿Que podría consagrar principios contrarios a los plasmados en 1991? ¿Que podría derogar el principio democrático que inspira todo el ordenamiento, y establecer un sistema monárquico, o una aristocracia? En fin, la no presencia de cláusulas pétreas en la Constitución... ¿implica la confusión entre el poder de reforma y el poder constituyente?

Algunos consideran que, ante el silencio del constituyente sobre límites expresos de fondo para las reformas constitucionales, se debe concluir que los órganos correspondientes, con el solo cumplimiento de los requisitos formales, están habilitados para sustituir la Constitución, en su totalidad o en parte, y hasta para derogarla.

Es un criterio formalista que no compartimos. La Constitución tiene una esencia, que fue introducida por los delegatarios a la Asamblea Constituyente elegidos por el pueblo —en ejercicio de su soberanía— y que hace de ella un estatuto específico y determinado, con sus propios caracteres, con su propia y singular filosofía, con fundamentos políticos que van mucho más allá de la expresión formal.

Esa esencia no puede quedar en manos de un órgano constituido —como el Congreso—, el cual ejerce apenas una competencia —no el poder de constituir, de crear o de recrear la Constitución—, y si tiene apenas una competencia (C.P., arts. 114, 374 y 375), se encuentra necesariamente en tal función con un límite enorme, aunque no se encuentre expreso en una cláusula pétrea: el Congreso está habilitado solamente para reformar pero no para cambiar su esencia, ni para derogar la Constitución, ni para invadir la órbita del constituyente, ni para ejercer como titular de la soberanía, la que, en términos del artículo 3º de la Carta, se reserva de manera exclusiva al pueblo. Dice la norma que el pueblo la ejerce en forma directa, o por medio de sus representantes, pero “en los términos que la Constitución establece”.

Ese criterio, que encuadra en una perspectiva sustancial de la Constitución, parte de una clara diferencia entre la reforma y la sustitución constitucional. La primera es una competencia, que debe ceñirse al objetivo de revisar disposiciones conservando el espíritu integral de la Constitución. La segunda implica el ejercicio del poder constituyente, que no está confiado a los órganos constituidos, así no haya cláusulas pétreas.

De manera que, cuando se sustituye la Constitución, al afectar su esencia so pretexto de modificarla, el órgano que lo hace —solamente facultado para ‘reformar’, no para ‘constituir’— carece de competencia y, por ende, a lo aprobado no se le puede dar efecto alguno.

Aunque en posteriores fallos no ha sido muy coherente al derivar las consecuencias de su trascendental doctrina, la Corte Constitucional colombiana acogió esta tesis mediante Sentencia C-551 de 2003, entre cuyos motivos está la intangibilidad de los principios esenciales de la Carta Política; aquellos que inspiraron a sus autores, que, si se constituyen, implican que hay otra Constitución, distinta de la vigente.

Entre otras afirmaciones, hace la Corte la siguiente:

[...] un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma. Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera ‘adopción’ verbal o escrita de la Constitución pues, a partir de tal manifestación —sea compleja o sencilla—, se define la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de

los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado. En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución), únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente.

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

[...]

El tema de los límites del poder de reforma ha sido abordado por varios tribunales constitucionales, los cuales han precisado diversos límites atendiendo al texto de la Constitución del respectivo país, a las características de los mecanismos de reforma constitucional regulados y al contexto dentro del cual se adoptó la Constitución vigente.

[...]

Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional

—lo cual equivaldría a ejercer un control material—. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (C.P., art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. Y por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al estudiar cada uno de los numerales del artículo 1º de la Ley 796 de 2003, esta corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991.

#### 4. Reformas y procesos de paz

En este momento de la historia de Colombia, con la finalidad muy loable de llegar a la terminación del conflicto armado al menos con las FARC-EP, se avencinan reformas cuyos alcances desconocemos todavía, pero que seguramente serán muy profundos. Nos interesa, desde el punto de vista constitucional, examinar las características de lo hasta ahora tramitado mediante reformas constitucionales y legales, así como de lo propuesto.

Lo primero que debemos registrar es el hecho político consistente en la convocatoria y verificación de un plebiscito sobre el Acuerdo Final de Paz firmado el 26 de septiembre de 2016. Para el efecto, fueron modificadas las reglas aplicables a ese mecanismo de participación, que estaban previstas en legislación estatutaria, y el plebiscito fue votado el 2 de octubre de 2016, con un resultado en las urnas que favoreció la opción NO.

El Congreso, por iniciativa del gobierno, expidió el Acto Legislativo 1 de 2016, con miras a agilizar el proceso de aprobación de las normas constitucionales o legales que desarrollen lo pactado en La Habana como culminación del proceso de paz que se llevó a cabo con esa organización armada. En tal sentido, la mencionada reforma contempló un procedimiento abreviado al que el ejecutivo denominó *fast track*, y confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir las normas con fuerza de ley destinadas a implementar el Acuerdo Final. Los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo dispusieron:

Artículo 1º. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

*Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz.* Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el procedimiento legislativo especial para la paz, por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del gobierno nacional ante el Congreso de la República. El procedimiento legislativo especial para la paz se regirá por las siguientes reglas:

- a) los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la paz serán de iniciativa exclusiva del gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera;
- b) los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la paz tendrán trámite preferencial. En consecuencia, tendrán absoluta prelación en el orden del día sobre cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva Cámara o comisión decida sobre él;
- c) el título de las leyes y los actos legislativos a los que se refiere este artículo, deberá corresponder precisamente a su contenido y a su texto procederá esta fórmula: “El Congreso de Colombia, en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz, DECRETA”;
- d) el primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del gobierno nacional. El segundo debate en las plenarias de cada una de las Cámaras;
- e) los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza;

- f) los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días;
- g) los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta;
- h) los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del gobierno nacional;
- i) todos los proyectos y [sic] de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias;
- j) en la comisión y [sic] en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el gobierno nacional, en una sola votación;
- k) los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las leyes estatutarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República.

Artículo 2º. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

*Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz.* Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos.

Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los dos meses siguientes a su expedición.

Se diseñó un procedimiento especial para dar trámite a los proyectos que en su momento debe presentar el ejecutivo —ya ha presentado varios— en cumplimiento de lo convenido en la mesa de negociaciones.

El texto aprobado en los primeros debates contemplaba una comisión especial legislativa para la paz, que en un principio el propio Presidente de la República llamó ‘Congresito’ y que, ante las críticas, pasó a convertirse en la reunión de las comisiones primeras de Senado y Cámara de Representantes adicionadas por unos ‘congresistas’ no elegidos por el pueblo, sino por las mesas directivas de las Cámaras, con el encargo de dar primer debate a las iniciativas del gobierno. Esa comisión fue suprimida en segunda vuelta.

Entonces, como puede verse en el texto, serán las comisiones primeras las que den el primer debate a los proyectos, y el segundo debate tendrá lugar en las plenarias. Pero con dos características:

- Los miembros del Congreso no tendrán iniciativa. No podrán presentar proyectos, ni de ley ni de acto legislativo. Eso corresponderá exclusivamente al gobierno.
- No podrá el Congreso modificar los proyectos de origen gubernamental, a menos que así lo autorice el gobierno, siempre que los cambios encajen en los acuerdos de paz celebrados.

Además, al Presidente de la República le serán otorgadas las facultades extraordinarias imprecisas a las que me referiré más adelante.

Eso quiere decir que, por una parte, el Congreso será un convidado de piedra, tanto en materia legislativa como en lo atinente a reformas constitucionales; y, por otra, que el verdadero poder de reforma constitucional no estuvo ni está en cabeza de los órganos previstos por los artículos 374 y siguientes de la Constitución de 1991 ni del pueblo. Las enmiendas serán aprobadas formalmente por el Congreso, pero en realidad el Congreso quedará excluido de sus funciones constitucionales.

En sustancia, aunque no lo entendió así la Corte Constitucional —lo cual respetamos pero no compartimos—, el Acto Legislativo 1 de 2016, el denominado *fast track*, y la adopción del Acuerdo Final como uno de los acuerdos especiales a los que alude el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 no son otra cosa que una sustitución de la Constitución. Las reglas esenciales sobre reforma serán revocadas por el Congreso, en su propio detrimento. El Congreso abdicó de sus atribuciones —señaladas en la Constitución de 1991—, y los acuerdos de paz se convertirán en normas constitucionales. Algo bien distante del ideal democrático acogido en todas nuestras constituciones.

Como si fuera poco, las reformas constitucionales no podrán apartarse del Acuerdo Final —como si este tuviese fuerza constituyente— y el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte queda circunscrito a los vicios de forma.

## 5. Facultades extraordinarias imprecisas

La tendencia constitucional de 1991 en materia de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el Congreso con el objeto de dictar decretos con fuerza material de ley consistió en delimitarlas, en hacerlas verdaderamente extraordinarias, en exigir precisión y exactitud al definir las materias sobre las cuales habrán de versar tales actos, en reducirlas a un tiempo definido e improrrogable, en cuidar que por estos caminos la rama administrativa no se adueñara de la función legislativa, en evitar las atribuciones implícitas, en someterlas a control.

En efecto, son varios los elementos que muestran ese criterio restrictivo de la Asamblea Nacional Constituyente, y se encuentran en el numeral 10 del artículo 150 de la Carta:

- La ley de facultades extraordinarias, es decir, la que habilita por vía excepcional al Presidente para legislar, debe ser aprobada por una mayoría calificada: la mitad más uno de los miembros del Senado y de la Cámara de Representantes.
- Esa ley debe decir por cuánto tiempo se otorgan las facultades, y establece el término máximo de seis meses. A lo cual se agrega que, según la Corte Constitucional, aunque el término no haya transcurrido, ellas se agotan cuando se usan. Se rechazó así la práctica ‘del ensayo y el error’.

- La norma legal, al enunciar los asuntos que podrá tratar el Presidente por decreto con fuerza material de ley, deberá ser precisa. Ello significa que no puede otorgar las facultades de manera vaga, indefinida, amplia, indiscriminada. Como lo ha indicado la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional —e incluso lo sostenía la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886—, el Presidente invade la órbita propia del Congreso y dicta decretos inconstitucionales si excede ese delimitado campo y trata materias no previstas expresamente en la ley respectiva.
- Las facultades extraordinarias no pueden ser conferidas *motu proprio* por el Congreso. Han de ser solicitadas expresamente por el gobierno.
- Las facultades no pueden ser usadas para expedir códigos, ni leyes marco, orgánicas ni estatutarias, ni para decretar impuestos.
- El Congreso puede derogar o reformar, mediante ley, los decretos dictados, por iniciativa propia.
- Tanto la ley de facultades como los decretos-leyes están sujetos al control de la Corte Constitucional por razones de forma y por motivos de fondo.

Todo eso, en cuanto protege un elemento esencial de la democracia —la cláusula general de competencia del Congreso en materia legislativa—, hace parte también esencial de la Constitución.

De allí que, estudiado con ese criterio el Acto Legislativo 1 de 2016, reforma constitucional para la paz, aprobado por el Congreso, que contempla facultades extraordinarias imprecisas, fluya de manera evidente la conclusión según la cual se está sustituyendo la Constitución de 1991 y, por lo tanto, en mi criterio, era inconstitucional, ya que, mediante esa reforma, el Congreso abdica de sus atribuciones fundamentales e inutiliza el sistema de control de constitucionalidad.

La Corte Constitucional, que resulta afectada por la norma y cuya jurisprudencia sobre sustitución de la Constitución quedó revaluada, no lo consideró así.

En efecto, el Acto Legislativo 1 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, al menos en cuanto a sus artículos 1º y 2º, fue declarado exequible, y el artículo 5º de su texto, que supeditaba la entrada en vigencia de la reforma a la refrendación popular, fue

interpretado por la Corte en el sentido de que el Congreso podía sustituir al pueblo, y ‘refrendar’ el Acuerdo Final de Paz firmado con las FARC el 24 de noviembre de 2016.

Como lo hemos manifestado varias veces, esa reforma de la Constitución presenta varios motivos para que, si la Corte Constitucional hubiera mantenido su jurisprudencia, la hubiera retirado del ordenamiento jurídico por violar las disposiciones fundamentales.

El acto legislativo presenta vicios de forma. El más protuberante, la ostensible violación del principio de consecutividad, que, si es importante en el proceso de aprobación de las leyes, lo es con mayor razón cuando se trata del trámite de actos legislativos reformatorios de la Constitución.

El artículo 375 de la Carta Política establece con claridad que en el segundo período de sesiones ordinarias convocado para tramitar un proyecto de acto legislativo “sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”. Y en este caso, algo tan trascendental, como lo es la calificación del Acuerdo Final entre el gobierno y las FARC como acuerdo especial de los previstos en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, fue introducido para su discusión y aprobación cuando ya habían sido votados seis debates de los ocho exigidos por la norma constitucional, sin que antes hubiese existido la más mínima referencia al asunto. En el séptimo debate, en la Cámara de Representantes.

Otro tanto ocurrió con el artículo final, el 5º del acto legislativo, a cuyo tenor la enmienda solo regiría “a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Fue introducido en el octavo debate, cuando no había sido ni siquiera insinuado, y menos discutido, en los siete debates anteriores.

Por otro lado, no cabe duda de que varias de las normas del acto legislativo sustituyen la Constitución, y, por lo tanto, el Congreso carecía de competencia para expedirlas. Por ejemplo, aquella disposición según la cual los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del gobierno nacional. ¿Qué papel juega, entonces, el Congreso? ¿Para qué se le llevan los proyectos?

En cuanto a las imprecisas facultades extraordinarias que se confieren al Presidente de la República, contrarían la esencia de la Constitución e implican una dejación de la función primordial del Congreso, según la cláusula general de competencia.

## 6. Brusco cambio de jurisprudencia

Desde la perspectiva de la teoría constitucional, resulta incomprensible y desconcertante que nuestra Corte Constitucional haya pasado sin ningún reparo el denominado *fast track* —expresiones extranjeras no tan claras como ‘procedimiento abreviado’, en nuestro idioma—, pese a que, como arriba decimos, estamos ante una verdadera sustitución de la Constitución, mucho más evidente y grave que varias de las que, en tratándose de otras reformas de menor importancia, han dado lugar a la declaración de inexequibilidad, aplicando la jurisprudencia sentada desde la Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003.

En ese fallo sostuvo la Corte:

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

En efecto, como lo han advertido varios tratadistas —y lo señaló también la Corte en la Sentencia C-222 de 1997—, no es lo mismo el poder constituyente —denominado primario u originario— que el poder de reforma —conocido como secundario o derivado—. El primero reside en el pueblo, que en una democracia es el titular de la soberanía, al paso que el segundo es una mera competencia, creada, conferida y reglada por la misma Constitución, y que se confía a órganos constituidos, habilitados en forma expresa y delimitada para modificar la Constitución.

Los límites del poder de reforma dependen de la Constitución. Ella puede consagrar cláusulas pétreas —normas irreformables— o requisitos, trámites y solemnidades de carácter formal o procedimental, indispensables para que los actos que apruebe el órgano constituido correspondiente, autorizado para tal efecto, se erijan en reformas constitucionales. Tales procedimientos, en

constituciones escritas —como la colombiana—, son especialmente estrictos y exigentes, mucho más que los previstos para expedir o modificar las leyes.

No son puramente adjetivos, sino sustanciales, en la medida en que se trata —nada menos— que de modificar la obra del constituyente originario, y ello no se puede hacer de cualquier manera.

La Constitución colombiana no consagra cláusulas pétreas, pero sí establece los requisitos que se deben cumplir para su reforma (C.P., arts. 374 y ss.). Y en cuanto a la competencia para reformar, la Corte Constitucional ha sostenido que la inexistencia de cláusulas pétreas no significa una habilitación a un órgano constituido —el Congreso— para sustituir la Constitución, alterando fundamentos o principios esenciales a ella.

En la aludida Sentencia C-551 de 2003, manifestó la Corte:

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

Advirtió más adelante: “[...] la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad”.

Pues bien, esa misma Corte Constitucional, que ha sido exigente en otros casos, ha sido ahora demasiado flexible con el Acto Legislativo 1 de 2016, que consagró el procedimiento abreviado y las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en cuanto a la aprobación de normas, incluso reformas constitucionales, orientadas a desarrollar el Acuerdo Final suscrito con las FARC.

El titular de la soberanía, el pueblo, por conducto de la Asamblea Nacional Constituyente —no es lo mismo que el Congreso—, autorizó en 1991 al Congreso para reformar la Constitución, pero no sin reglas. Estableció los trámites, términos, debates, mayorías y requisitos necesarios para la aprobación de los actos legislativos. Lo hizo en términos perentorios y vinculantes.

Pero el Congreso —es decir, quien recibió la facultad, y quien estaba sujeto a unos requisitos— ha modificado, por sí y ante sí, los requisitos que le señaló el constituyente originario. Y a la Corte Constitucional, guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política, eso no le parece una sustitución de la Constitución (Sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2016). Fuera de eso, no exige la refrendación popular que sí exige el artículo 5º del propio acto legislativo. Brusco cambio de jurisprudencia y abierta discrepancia con la teoría constitucional.

## 7. Reformas contra los principios

Para que las instituciones se enmarquen dentro del concepto del Estado social y democrático de derecho —se supone que Colombia lo es—, resulta indispensable que, en el ejercicio de las funciones públicas —cada rama y órgano del poder público en su campo respectivo—, sean observados, respetados y aplicados los principios constitucionales, sin esguinces ni tretas. De lo contrario, todo el orden jurídico se desmorona por su base, en cuanto la Constitución pasa a convertirse en formulación teórica, formal, lejana de la realidad.

Hemos observado —y lo decimos con el mayor respeto, como una forma de contribuir desde la academia al debate público, en beneficio de todos— que, en las últimas actuaciones de varios órganos, se ha perdido de vista o se ha incumplido la Constitución. Se la ha dejado como conjunto inane de postulados y disposiciones que, de labios hacia fuera, se proclama y se dice realizar, aunque en realidad es contrariado y burlado, usando el ropaje sofisticado de argumentos ingeniosos pero inválidos.

Así, por ejemplo, se confundió el valor constitucional de la paz con un voluminoso documento que, pese a muchas de sus cláusulas contrarias a la Constitución, se tuvo como perfecto, señalando a sus críticos como enemigos de la paz.

El Congreso, a ciencia y paciencia del máximo órgano judicial encargado de la defensa de los valores constitucionales, modificó la Constitución en materia de poder de reforma y de legislación (Acto Legislativo 1 de 2016), emasculando su propia función, sustituyendo y haciendo insignificantes los requisitos que él mismo —como poder constituido— estaba obligado a

cumplir en el ejercicio de aquellas competencias, y trasladando, además, al Presidente de la República unas facultades legislativas imprecisas y abiertas, contra reiterada jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional, por su parte, en un fallo (Sentencia C-699 de 2016) que debe ser acatado y respetado, sin perjuicio de la crítica razonada —que ejercemos mediante este artículo—, contradijo su propia doctrina sobre los límites competenciales del poder de reforma, flexibilizó al máximo lo que en la Constitución era rígido y también flexibilizó los criterios de control constitucional aplicados por años. Y, como si fuera poco, permitió que el Congreso, sin facultad expresa en la Constitución, hiciera las veces del pueblo en el ejercicio de un mecanismo de refrendación popular que el mencionado acto legislativo exigió para que comenzara a regir.

Lo decimos con entera convicción: es incomprensible que la Corte Constitucional haya declarado exequibles —esto es, ejecutables— los dos primeros artículos del acto legislativo, con el denominado *fast track* (procedimiento breve) y las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, cuando, según el artículo 5° de este, su entrada en vigencia no podía tener lugar sino previa la refrendación popular del Acuerdo Final. La sentencia obliga y debe ser acatada por todos, en especial por el Congreso y el gobierno, enseñada y discutida en las facultades de derecho, pero, desde el punto de vista de la función docente y en la libertad de cátedra, creemos que a los profesores de Derecho Constitucional nos va a quedar muy difícil hacer que nuestros estudiantes lo entiendan o asimilen. Hay muchas contradicciones y vacíos en el fallo, incluso si se lo confronta con el muy reciente de la misma Corte sobre el plebiscito (Sentencia C-379 de 2016).

Todo esto ha pasado y sigue pasando en Colombia porque no se han respetado los principios. Y porque, para quienes ejercen el poder, la vigencia de la Constitución es lo de menos.

## **8. Normas sobre ‘JEP’ deben ser precisas**

Es muy importante entender bien las reglas que, en cuanto serán introducidas mediante acto legislativo por el procedimiento abreviado previsto en el Acto Legislativo 1 de 2016, muy pronto harán parte de la Constitución Política bajo la denominación de “TÍTULO TRANSITORIO [...] PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA”.

El capítulo III de ese ordenamiento temporal crea y regula la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que, como reza el proyecto de origen gubernamental,

administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.

Agrega el texto que, en lo relativo a integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas que actualmente se encuentra en curso, según el Acuerdo Final firmado entre el gobierno y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016.

Dice también el proyecto que la JEP, al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una “calificación jurídica propia del sistema” respecto a las conductas objeto de este, calificación que “se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”.

Sin que eso quiera decir que, en nuestro criterio, sea esa la fórmula jurídica ideal que realice los principios de seguridad jurídica, de legalidad y de reserva material —en cuya virtud toda persona contra quien se inicia un proceso penal tiene derecho a saber con arreglo a qué normas será juzgada, y que hayan estado vigentes con antelación al acto que se le imputa, y a que la jurisdicción y competencia de sus jueces haya sido claramente definida—, suponemos que el ‘y/o’ del proyecto significa que se aplicarán ante todo las normas del derecho penal colombiano, y en subsidio —es decir, a falta de ellas— las disposiciones del derecho internacional. Afortunadamente, los redactores han tenido el buen cuidado de prever que los procesos se adelantarán “siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”. Todo ello excluiría (?) que los jueces puedan escoger a su amaño, como parece surgir de la redacción, las disposiciones aplicables y su propia competencia.

Consideramos que las normas constitucionales y legales que se aprueben para implementar los acuerdos de paz deben ser muy precisas y claras, en especial al definir de manera indudable cuál es el ámbito de jurisdicción de la JEP, las reglas sobre competencia y la normatividad penal aplicable. De lo contrario, se violarían, de entrada, postulados constitucionales e internacionales.

## **Bibliografía**

- BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1973.
- BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Temis, 1987.
- CHARRY UREÑA, Juan Manuel. Justicia constitucional, derecho comparado y colombiano. Bogotá: Banco de la República, 1993.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional, sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1991.
- HAURIUO, André. Derecho constitucional e instituciones políticas. Barcelona: Ariel, 1971.
- HELLER, Hermann. Teoría del Estado. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá: Legis, 2001.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM). Cuestiones constitucionales. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
- La llama de la Independencia. Bicentenario y constitucionalismo. Bogotá: Cangrejo Editores, 2010.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MELO GUEVARA, Gabriel. El Estado y la Constitución. Bogotá: Temis, 1967.
- Reformas constitucionales inconstitucionales. Cali: Universidad Santiago de Cali, 2005.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.



## Conclusiones

Si “se considera la ley, fuente del derecho como aquella que proviene de una autoridad competente, una voluntad estatal o algo similar, entonces todas las demás fuentes deben ser reconducidas al mismo concepto de derecho presupuesto”<sup>1</sup>. Con ello, “si una parte del derecho se define positivista, como la voluntad dotada de autoridad otra parte se identifica a otros parámetros como la voluntad jurídica del pueblo, el consentimiento de los operadores jurídicos, o el ideal objetivo de derecho”<sup>2</sup>. Si se parte de la premisa de que la ley es la fuente de derecho porque es la expresión de la voluntad soberana, ¿dónde quedaría la función creadora de derecho por parte del juez?

Asistimos a un proceso de constitucionalización del sistema jurídico que involucra la fuerza vinculante y obligatoria de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la armonización de la ley con la Constitución y, fundamentalmente, el principio de igualdad como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sean razonables, al igual que la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto. La sobreinterpretación de la Constitución es uno de los aspectos más importantes de la constitucionalización de los sistemas jurídicos y consiste en sobreinterpretar el texto constitucional, lo cual depende de los jueces y, en particular, del juez constitucional. En efecto, la Constitución contiene algunas lagunas, puesto que no se puede regular la totalidad de la vida política y social. Por lo tanto, la sobreinterpretación se refiere precisamente a esa condición interpretativa que excluye los vacíos del derecho constitucional y elabora disposiciones que no son expresas y son capaces de colmarlos. La sobreinterpretación de la Constitución no se

---

<sup>1</sup> ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 358.

<sup>2</sup> Ibid.

refiere a una interpretación literal de la Constitución, sino a una interpretación más amplia, y a la construcción de normas que no son expresas y capaces de cubrir todas las lagunas allí donde son inevitables. De esta forma, se refiere a buscar en los textos constitucionales todas las normas aptas para regir los aspectos de la vida social y política. Cuando estamos frente a una Constitución sobreinterpretada, toda decisión legislativa está determinada por cualquier norma constitucional y ninguna escapa al control de constitucionalidad. En pocas palabras, ningún espacio es propicio para que intervenga el poder legislativo discrecional, con lo cual la Constitución se convierte en obligatoria. Dentro de esta concepción, la legislación es el desarrollo de principios constitucionales y la ejecución de programas trazados por la Constitución, que implica una aplicación directa de esta. El alcance del precedente judicial se justifica por razones de seguridad jurídica en la medida en que las decisiones de los jueces deben ser previsibles y una garantía del principio de igualdad. Por lo anterior, la consistencia en las decisiones judiciales concuerda con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que busca una coherencia que permita armonizar la acción judicial conforme a la garantía de los derechos. Con ello, la unidad en el ordenamiento jurídico se logra a través de la unificación jurisprudencial, y con ello la aceptación del sistema de precedentes. Este sistema permite alcanzar la eficacia del sistema jurídico. Ello se justifica cuando el funcionario judicial expone de manera razonada los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia. En síntesis, es él quien se enfrenta a la realidad de las circunstancias que analiza, y determina la naturaleza de las normas que debe aplicar, así se concreta el principio de justicia material y, con ello, el poder del juez se encuentra plenamente sustentado.

## Reseña de autores

### **Michel Troper**

Profesor emérito de derecho público de la Universidad de París X Nanterre. Autor en 1967 de una tesis de doctorado en derecho constitucional sobre “La separación de poderes y la historia constitucional francesa” (dirigida por Charles Eisenmann), con la que es recibido en el concurso de la agregación de derecho público y ciencias políticas en 1968. Fue sucesivamente profesor de la Universidad de Rouen (1969-1978) y de la Universidad de París X Nanterre (1978), y director del Centro para la Teoría Legal. También contribuyó con sus trabajos en la ciencia del derecho, especialmente en el derecho constitucional francés. La teoría realista de Troper nos lleva a considerar que el intérprete de un texto es el verdadero autor de la norma.

### **Luisa Fernanda García**

Profesora principal de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Comparado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

### **Gérard Marcou<sup>†</sup>**

Nació en 1947 y murió en 2017 en Colombia. Fue profesor de la Universidad de Lille II hasta 1998; director del CRAPS (centro de investigación CNRS, 1994-1998); profesor en la Universidad de París I Panteón-Sorbona desde septiembre de 1998; profesor honorario de la Escuela de Políticas Públicas de la Universidad de Birmingham; profesor emérito de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; director de la Colección Logiques Juridiques de las Ediciones L'Harmattan en París; miembro de l'Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hannover, Alemania); miembro del Consejo Consultivo del Ministerio del Interior (1994-1998 y 1998-2002); miembro de la Comisión Nacional de la Cooperación Descentralizada del Ministerio de Asuntos

Exteriores de Francia; y miembro del Consejo Científico del Centro Nacional de la Función Pública Territorial.

### **Juan Pablo Cárdenas Mejía**

Árbitro nacional e internacional. Abogado de la Universidad del Rosario, con estudios de Especialización en Derecho Civil y Comercial en la Universidad de París II Panteón-Assas y diversos cursos sobre derecho comparado. Ha participado en cursos de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y de la Cámara de Comercio Internacional de París. Ha sido jefe de la División Jurídica y secretario de la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores); y asesor y secretario jurídico de la Presidencia de la República. Se ha desempeñado como profesor de la Universidad del Rosario, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es profesor de Contratos en la Universidad del Rosario y en la Pontificia Universidad Javeriana.

### **Gabriel Hernández Villareal**

Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Procesal Civil de la misma institución. Profesor distinguido por el ejercicio de la docencia y especial dedicación y compromiso con el desarrollo de la ciencia jurídica; diploma a la excelencia académica como alumno de la Especialización en Derecho Procesal; magíster en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia.

Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; director de las especializaciones en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio de la Universidad del Rosario y director de su Área de Derecho Procesal; árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá; conciliador extrajudicial en derecho; presidente del Capítulo Colombia del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro de la Subcomisión Redactora de la Reforma al Código de Procedimiento Civil, la cual culminó con la expedición de la Ley 1395 de 2010; litigante y asesor.

### **Wilson Martínez**

Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra; abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad

del Rosario; especialista en Investigación Criminal (EGSAN); curso de Especialización en Operaciones Bursátiles (CESA, Incolda, BVC); diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona); investigador invitado al Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo de Brisgovia (Alemania); investigador visitante en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania); becario DAAD; becario Colfuturo; profesor de carrera académica, investigador del Área Penal y director de la Línea de Investigación en Derecho Penal Económico de la Universidad del Rosario. Ex Vicefiscal General de la Nación; ex fiscal delegado ante el Tribunal de Justicia y Paz con funciones como asesor penal permanente del Fiscal General de la Nación.

### **German Bula Escobar**

Abogado de la Universidad del Rosario; magíster en Economía de la Universidad Nacional; magíster en Ciencia Política y Liderazgo Democrático en el Instituto de Altos Estudios Europeos de Madrid (España). Ha servido en cargos públicos y privados: magistrado del Concejo de Estado, viceministro de Trabajo, superintendente del Subsidio Familiar, gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), presidente de la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Acopi) y de la Asociación Colombiana de Relaciones Industriales y Personal (ACRIP), vicecontralor, ministro de Educación y embajador de Colombia en Venezuela. Ha trabajado también en consultoría, arbitraje, y como profesor de la Universidad del Rosario, de los Andes y Libre en los últimos años. Ha publicado libros, artículos e investigaciones, y participado en foros académicos nacionales e internacionales. Políticamente, ha militado siempre en sectores independientes, alternativos y de cambio social.

### **Hugo Andrés Arenas Mendoza**

Abogado, sociólogo y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Logró el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo (DEA) en la Universidad de Salamanca (España). Así mismo, es doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (España) y doctor en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento (Italia). En 2011 obtuvo la mención de *doctor europeus* y la calificación de *summa cum laude* por su tesis doctoral.

### **Adriana Camacho Ramírez**

Abogada de la Universidad del Rosario; abogada de la Università degli Studi di Milano (Italia); magíster en Derecho Laboral y Administración del Personal de la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia); estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Profesora de carrera y miembro del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

### **Mónica María Cuervo Aparicio**

Abogada de la Universidad del Rosario; especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derecho de Sociedades de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora del Área de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario y conferencista en derecho laboral en otras universidades; litigante y consultora independiente.

### **Víctor Rafael Hernández-Mendible**

Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (Venezuela). Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Consultor de entidades internacionales.

### **Fabrice Hourquebie**

Profesor de Derecho Público y Constitucional en la Universidad de Burdeos (Francia); director de la Escuela Doctoral de Derecho de la Universidad de Burdeos; secretario general de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional; y fue director del Instituto para el Desarrollo de la Educación Superior Francesa (Idesuf); experto constitucionalista ante la Organización Internacional de la Francofonía (OIF).

### **Richard Albert**

Tiene títulos de la Universidad de Yale (JD, BA), la Universidad de Oxford (BCL) y la Universidad de Harvard (LLM). Es profesor asociado del Boston College Law School; profesor visitante asociado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Yale; editor de libros para la *Revista Americana de Derecho Comparado*; miembro elegido de la Academia Internacional de Derecho Comparado; miembro electo del Comité Ejecutivo de la Sociedad Americana

de Derecho Comparado; miembro del Consejo de Administración de la Sociedad Internacional de Derecho Público; asociado académico distinguido en el Centro de Derecho y Religión en Cardiff, Facultad de Derecho; *senior fellow* de investigación del Consejo para la Democracia de Canadá; y un editor fundador de *iConnect*, el nuevo blog de estudiantes de la *Revista Internacional de Derecho Constitucional* (I-CON).

Antes de unirse a la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, se desempeñó como secretario de la ley ante la presidenta de la Corte Suprema de Canadá, Beverley McLachlin. En 2010, recibió el Premio Hessel Yntema, que se concede anualmente a un académico menor de 40 años para reconocer “el artículo más destacado” sobre derecho comparado. En 2013, fue nombrado en la lista de 50 menores de 50 años, que honra a los profesores de derecho de minorías más influyentes de 50 años de edad o menos.

### **José Gregorio Hernández Galindo**

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana en 1979. Su tesis de grado se titula “El Presidente y la ley en la Constitución de Colombia”. Fue miembro del Partido Conservador, principalmente debido al padrinazgo que sobre su carrera ejerció el dirigente Gabriel Melo Guevara, aunque en 2003 renunció a esa colectividad y hoy se considera independiente, en especial por su convicción de que los partidos políticos colombianos han perdido identidad y coherencia ideológica. Durante el paso de Melo por la Gobernación de Cundinamarca, fue su asesor jurídico (1977-1978) y secretario general (1978); y durante su ejercicio como Ministro de Comunicaciones (1981) y de Desarrollo Económico (1982-1984) también lo acompañó como secretario general de estas entidades. Fue director de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda entre 1984 y 1985, y magistrado auxiliar de la Sala Constitucional de la Corte Suprema en 1986. Entre 1990 y 1991 acompañó al Ministro de Comunicaciones, Alberto Casas Santamaría (también conservador), como viceministro de la cartera. Luego de una trayectoria como docente de Derecho Constitucional en varias universidades del país, fue magistrado de la Corte Constitucional de Colombia entre 1991 y 2001, siendo su presidente en 1995 y convirtiéndose en uno de los juristas más conocidos e influyentes del país.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro  
11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos  
y encuadernado con método *hot melt*,  
en noviembre de 2017,  
en Bogotá, D. C., Colombia.  
Panamericana Formas e Impresos S. A.