

Segunda parte

Discursos de ascenso e ingreso como miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

LA LUCHA DEL DERECHO POR LOS LÍMITES*

Álvaro Andrés Motta Navas**
Académico correspondiente

Resumen: La doctrina ha afirmado que el poder constituyente originario o primario es ilimitado y, con base en esta premisa, en algunas oportunidades, se han adelantado procesos de cambio constitucional sin seguir el procedimiento previsto en una Constitución vigente. Igualmente, se ha sostenido que los Tribunales Constitucionales, al ser los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y defender la supremacía de las Constituciones, ostentan el poder de la última palabra en el Derecho. Sobre estas posturas se describen algunos problemas dentro de la lógica del sistema jurídico y las posibles contradicciones que pueden presentarse frente a la libertad como fundamento del constitucionalismo moderno, que exige que en la democracia y el Estado de Derecho siempre existan límites y se controle cualquier poder. Así, la reflexión se ocupa principalmente del caso colombiano, con las referencias normativas y jurisprudenciales más relevantes.

* Trabajo presentado en sesión del 16 de mayo de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la misma universidad. Máster en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria (España). *Giuristi d’impresa Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica Università degli Studi di Bologna, Italia (SPISA)*. Diploma de Estudios Avanzados en Filosofía del Derecho y doctor en Derechos Humanos y Ordenamiento Constitucional por la Universidad de la Laguna (España). Posdoctorado en Derecho de l’Università degli Studi di Bologna (Italia). Ha sido conjuce del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Ha sido consejero del Consejo Nacional de Acreditación de la Alta Calidad de la Educación Superior (CNA). Par académico nacional

Palabras clave: Límites al poder constituyente; reforma o cambio de la Constitución; funciones de la Corte Constitucional.

THE FIGHT OF THE RIGHT FOR THE LIMITS

Abstract: The doctrine has affirmed that the original or primary constituent power is unlimited and based on this premise, in some occasions, processes of constitutional change have been advanced without following the procedure provided for in a current Constitution. Likewise, it has been argued that the Constitutional Courts, being the closing organs of the constitutional jurisdiction and defending the supremacy of the Constitutions, hold the power of the last word in law. Based on these positions, some problems within the logic of the legal system are described and the possible contradictions that may arise in the face of freedom as the foundation of modern constitutionalism, which demands that in democracy and the rule of law there are always limits and any power must be controlled. Thus, the reflection deals mainly with the Colombian case, with the most relevant normative and jurisprudential references.

Keywords: Limits to the Constituent Power; Reform or Change of the Constitution; Functions of the Constitutional Court.

Introducción

El artículo estudia la doctrina que afirma la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario y a la función de interpretar la Constitución, revisando las dificultades que para el estado de derecho y la democracia representa la utilización inadecuada de estas premisas, y, por este camino, señalando la imposibilidad de concebir dentro del derecho y el sistema jurídico un poder absolutamente ilimitado.

A partir de la justificación del Estado en la seguridad y del derecho en la paz y la justicia, se revelan los riesgos de la utilización interesada por parte del poder autoritario y no democrático de la premisa de la inexistencia de límites al poder constituyente originario, así como la necesidad de circunscribir, limitadamente y dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la norma constitucional, la función de defensa de la Constitución que desarrollan los Tribunales Constitucionales. En relación con el poder

e internacional. Fue director de la Especialización y la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana y ha sido profesor de derecho constitucional durante 25 años en la misma universidad. Igualmente ha sido profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Económico en diferentes universidades en Colombia, Latinoamérica y Europa. Consultor, litigante y árbitro en varias Cámaras de Comercio en Colombia.
Contacto: alvamott@mottanavasabogados.com.

constituyente, la argumentación se estructura con base en las principales providencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre el tema, y sobre la función de los Tribunales Constitucionales se acudirá a las disposiciones constitucionales y a la jurisprudencia que permite comprender el problema y algunas soluciones.

De esta manera, el artículo señala, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, algunos límites expresos e implícitos, estos últimos derivados de la lógica que permite el establecimiento del ordenamiento jurídico por parte del poder constituyente y de la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, con especial referencia a la necesidad de límites en los márgenes de discrecionalidad dentro de la función de interpretación de la Constitución.

La lucha del derecho por el establecimiento de límites al ejercicio de cualquier poder se revela con especial intensidad y nitidez en el establecimiento de un orden jurídico por parte del poder constituyente y de la reforma de la norma superior, es decir, de la Constitución, así como en la defensa del principio de supremacía constitucional atribuida al poder constituido en cabeza de un órgano de la rama judicial, esto es, en nuestro caso, de la Corte Constitucional.

El orden jurídico y el control del poder

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* expresa la fórmula del control del poder para garantizar los derechos a través de la Constitución, al disponer: “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.¹ El límite al poder se cimenta en la identificación de la libertad como el fundamento esencial del constitucionalismo. Pedro de Vega lo afirma de la siguiente manera: “*Nada habría que objetar al reconocimiento del valor de la libertad que históricamente apareció ya como el primer elemento configurador del constitucionalismo moderno*”.²

Así, la protección de la libertad, su realización y mayor reconocimiento para las personas, parten del establecimiento de competencias para la

¹ *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, Francia, 1789, artículo 16.

² Pedro DE VEGA GARCÍA, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 100 (1998): 35.

expresión del poder a través de las normas jurídicas, creando un estado de derecho, que limita el ejercicio de la autoridad.³ Ese estado de derecho debe evitar la ambigüedad y confusión en el ejercicio de las competencias para la creación del derecho a fin de mantener, y no disminuir, su capacidad para limitar el poder; en efecto, un entorno oscuro y disperso de normas jurídicas válidas, pero contradictorias o altamente inestables, profundiza la incertidumbre del ciudadano que no sabe cuál de ellas le ordena, permite, castiga o sanciona.⁴

Los límites implican la existencia de competencias, en especial aquellas encaminadas a la creación del derecho legítimamente, esto es dentro del sistema jurídico, el cual en forma clara debe prever quién dicta el derecho, y así garantizar la expresión del poder dentro de las normas. Sin embargo, si el sistema tiene varios órganos, dependencias o instituciones con capacidad de crear el derecho en diversos órdenes y niveles, sin que sea totalmente claro el proceso y la competencia para tal fin, pueden incubarse escenarios de confusión, contradicción y ambigüedad, que afecten la pretensión de certeza y seguridad jurídica como valor fundante del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la existencia de múltiples Cortes nacionales e internacionales con la posibilidad de dictar la jurisprudencia sobre los mismos temas, como ocurre con el control de convencionalidad, el control de constitucionalidad, las competencias atribuidas a diferentes Altas Cortes como órganos de cierre de sus jurisdicciones, así como la creación de figuras que extienden ámbitos de interpretación que permiten la creación del derecho e incluso la determinación de los valores y principios esenciales que fundamentan a

³ El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia prevé la regla de la libertad que permite que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido y de la competencia que exige que las autoridades respondan por la omisión y la extralimitación de sus funciones, así: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. Por su parte, el artículo 121, prevé igualmente que *“... ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, y por su parte el artículo 122 en su primer inciso dispone: *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*.

⁴ El artículo 4 del Código Civil en Colombia establece: *“Artículo 4o. Definición de Ley. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”*.

la sociedad –en especial en ámbitos tan importantes y delicados como la reforma constitucional o el cambio no formal de la Constitución– sirven para la evolución del derecho y la sociedad y, por tal motivo, ostentan una gran virtud; sin embargo, puede ocurrir que se deterioren por la confusión de competencias para producir el derecho, y así se disminuye su capacidad para controlar el poder vigente. En este caso, se podrían agravar las especiales restricciones que se observan en las contradicciones propias del constitucionalismo liberal, empezando por aquella que se presenta en la inexistencia de límites al ejercicio del poder constituyente primario u originario o, también, en la inexistencia de límites de las atribuciones del órgano judicial de cierre en materia constitucional, cuando el poder autoritario se apropia ilegalmente de tales poderes.⁵

En efecto, el establecimiento de una Constitución por primera vez como expresión del poder constituyente normalmente se preocupa y regula los asuntos procedimentales y formales de su reforma o cambió, para así dotar de legitimidad y certeza al ordenamiento jurídico y garantizar que el poder político se exprese dentro del estado de derecho. Por esta razón, la competencia de reforma de la Constitución es la base del ordenamiento jurídico y se encuentra en los pilares esenciales del sistema. A pesar de lo anterior, aquella premisa de la lógica en el derecho, basada en la libertad, que enseña que las cosas se deshacen como se hacen, en materia del poder constituyente, refleja una gran contradicción, ya que el poder constituyente ilimitado establece una Constitución e institucionaliza el poder público, y a partir de las normas de reforma, la premisa se invierte y las cosas no se deshacen como se hacen, sino que, por el contrario, la reforma de la Carta se realiza normalmente con base en procedimientos, requisitos y formas diferentes a aquellos que se utilizaron para su establecimiento.⁶

⁵ En algunos eventos, los Tribunales han legitimado el establecimiento de regímenes sin alternación del poder, desnaturalizando la filosofía liberal que inspira el constitucionalismo y permitiendo que una mayoría producto de un sistema electoral que no ofrece plenas garantías para elecciones libres y justas perpetúe el gobierno de una persona indefinidamente.

⁶ La Constitución Política de Colombia en 1991 fue proferida por la Asamblea Nacional Constituyente por medio de un proceso político y jurídico no previsto en la Constitución de 1886 y sus reformas, y sin embargo, la manera como se creó la Carta Política en los años 1990 y 1991 no fue prevista como un mecanismo de reforma constitucional en el título XIII –artículos 374 a 380– que previeron la reforma constitucional a través de los actos legislativos aprobados por el Congreso de la República, el referendo constitucional o la asamblea nacional constituyente. En efecto; la sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E) de la Corte Suprema de Justicia describió el proceso de reforma constitucional previsto en la

La anterior realidad presente en múltiples constituciones, no invalida la afirmación relativa a la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario, pero siempre se observan esfuerzos por encontrar control y limitaciones a cualquier poder, incluso al del pueblo y por demás, aún más urgentes y precisos, límites y control al llamamiento interesado al pueblo para perpetuar un régimen o gobierno so pretexto de la decisión de las mayorías.

Bajo la misma óptica, la vigencia de los valores democráticos exige que no exista ninguna institución sin límites dentro del estado de derecho, e inclusive, sin la posibilidad de ser controlada por parte de otras instituciones del Estado cuando se trata de los órganos o dependencias que se encuentran en la cabeza del ejercicio de funciones públicas. En este contexto, adquiere especial relevancia la existencia de límites a los órganos de cierre que tienen la capacidad de dictar el derecho en forma definitiva e intangible, en donde se presenta con especial dificultad la necesidad de revisar los esquemas de limitación al sistema de control de constitucionalidad, que a partir de la superioridad de la norma constitucional puede llevar a que el órgano que defiende y garantiza su integridad y prevalencia sea igualmente superior y ostente pocos límites.

Constitución de 1886 de la siguiente forma: *“Dicho concepto lleva implícito igualmente el reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno. Si bien el derecho a darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder; de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal. El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional, permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ella se sienta reflejada la sociedad. 4. El artículo 218 de la Constitución a) Texto del artículo: “Artículo 218. 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.” b) Texto del artículo 13 del Plebiscito del 10 de diciembre de 1957. “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.*

Aquí radica la preocupación del derecho que expresa el poder y que pretende su control por medio del sistema jurídico.

Seguridad, paz y justicia. Estado y derecho

Según Hobbes, el temor caracteriza el estado de naturaleza y exige que el poder sea entregado a alguien diferente. Así, la necesidad de seguridad que tienen las personas anticipa eventualmente acciones no solo defensivas sino ofensivas, y exige la mayor agrupación posible y necesaria para disuadir a los demás, así como para controlar los enfrentamientos internos que serían destructivos en ausencia de un enemigo común.⁷ En este sentido, se resalta que la función del Estado soberano es garantizar la seguridad del pueblo, entendiendo por esta no solo la subsistencia, sino en general la providencia de condiciones y leyes justas, entre otras.⁸

Y precisamente, es en el Estado en donde la persona encuentra seguridad y paz, facilitando que se establezca un orden jurídico que permite la coexistencia del arbitrio y libertad de las personas a través del derecho. La seguridad jurídica y la paz son inseparables, y el derecho y su carácter instrumental permite la coexistencia de la libertad de las personas impidiendo que la fuerza haga prevalecer la voluntad de uno sobre otro, facilitando que la razón sea el camino de la convivencia de libertades.⁹

⁷ Hobbes explica como la desconfianza impide un acuerdo en el estado de naturaleza. Así expone: *“Dada esta situación de desconfianza mutua, ningún procedimiento tan razonable existe para que un hombre se proteja a sí mismo, como la anticipación, es decir, el dominar por medio de la fuerza o por la astucia a todos los hombres que pueda, durante el tiempo preciso, hasta que ningún otro poder sea capaz de amenazarle. Esto no es otra cosa sino lo que requiere su propia conservación, y es generalmente permitido”*. Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Capítulo XIII, editado por Manuel Sánchez Sarto. (México: Fondo de Cultura Económica, 2017).

⁸ Hobbes indica que la seguridad es la justificación del Estado y así explica: *“La MISIÓN del soberano (sea monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el bien del pueblo el de procurar la seguridad del pueblo; a ello está obligado por la ley de naturaleza, así como a rendir cuenta a Dios, autor de esta ley, a nadie sino a Él. Pero por seguridad no se entiende aquí una simple conservación de la vida, sino también de todas las excelencias que el hombre puede adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado”*. Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Capítulo XXX, editado por Manuel Sánchez Sarto (México: Fondo de Cultura Económica, 2017).

⁹ Kant tiene varias referencias al concepto de derecho, y desde la perspectiva de la voluntad y la libertad, se destaca aquella que lo concibe de la siguiente manera: *“El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal”*. Immanuel KANT. *Obras de Immanuel Kant. Teoría y Práxis* (Iberia Literatura, 2015).

La eficacia del derecho para garantizar la paz y la vida social bajo un escenario en donde las libertades coexisten y pueden tener su máxima expresión, solo con aquellas restricciones indispensables para la libertad de los demás y la vida en comunidad, implica la existencia de las instituciones y reglas que reflejan los valores, principios y acuerdos fundamentales sobre la vida en sociedad. Así, la democracia se expresa en las instituciones y reglas que facilitan la mayor participación en la decisión de la mayoría, respetando los derechos de las minorías, y con base en el pluralismo y la alternancia en el poder, permitiendo la paz y la justicia en las relaciones de la vida social.¹⁰ Esta fórmula, propia del estado de derecho, construye una serie de instituciones a través de las cuales se canalizan los debates sociales sobre lo justo y conveniente, y allí, en condiciones de normalidad, bajo un marco previsto en una Constitución, la sociedad, a través de la palabra y la razón, decide el camino de su desarrollo y evolución.

Ahora bien, en algunos eventos, el debate sobre lo justo y lo conveniente asciende a valores esenciales, y en este ámbito, la reforma de la Constitución o su cambio total, así como la interpretación de sus cláusulas, adquieren especial relevancia y exigen la aplicación estricta de los límites, formas, procedimientos y requisitos, ya que se pueden impactar los fundamentos del orden jurídico y la justificación misma del Estado y el derecho en sus bases esenciales de paz y seguridad.

En el estado de derecho, las discusiones de la justicia¹¹ deben canalizarse por medio de las instituciones, y no por fuera de ellas comprometiendo

¹⁰ Fioravanti se refiere a la esencia de la democracia de la siguiente forma: “*Así, entre una constitución democrática que contiene ese ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como puro acto de la mayoría, no se debe dudar en preferir la primera y conminar a la segunda a una verdadera y propia sanción de invalidez a través del pronunciamiento del tribunal constitucional. Así ha sintetizado el mismo Kelsen de manera eficaz esta posición: Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el Parlamento y así en la paz social, la justicia parece instrumento idóneo para realizar esta idea.*”¹⁵⁵ [...] Lo que equivale a decir, en el contexto de la argumentación kelseniana, que la justicia constitucional, al declarar inválidas las leyes contrarias a la constitución – y en particular al esencial principio del pluralismo político y social -, no hace más que realizar el ideal democrático restableciendo la integridad de ese principio, reportando la situación a la ideal condición de equilibrio, tutelando los derechos de las minorías y rechazando el intento de utilizar la ley para afirmar el dominio de la mayoría”. Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, editado por Manuel Martínez Neira (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 158.

¹¹ La reflexión sobre la justicia ha caracterizado la historia de la humanidad. Dentro de sus formulaciones más destacadas está aquella presentada por Ulpiano que afirma: “*Justicia es la*

la existencia misma de la democracia y el sistema normativo, así como su eficacia para garantizar la paz y la seguridad. Precisamente, algunas reflexiones superan la perspectiva lógica del derecho, y analizando su ontología, invitan al jurista a buscar su ser en el mundo de los valores en donde la paz ostenta un papel principal.¹²

constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". DIGESTO, Ulpiano, Reglas, libro I.

- ¹² El estudio de justificación del orden jurídico con base en su eficacia y la posibilidad atribuida al jurista para realizar sus reflexiones en el ámbito ontológico del derecho fue expuesto en la Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, expediente No. 2214 (351-E) por la Corte Suprema de Justicia en la que se declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de ese mismo año que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente en Colombia. La Corte expuso: "*Puede el derecho visualizarse desde dos perspectivas: la lógica y la ontológica. La primera lo muestra como un conjunto de normas, es decir, de juicios hipotéticos que imputan una cierta consecuencia a un antecedente, a través del "deber ser", para usar la terminología kelseniana, "si es A debe ser B"; dichas normas se vinculan entre sí en cuanto la de inferior jerarquía se creó conforme a la de superior jerarquía, es la llamada "teoría de los grados del derecho" o de la "pirámide jurídica", también debida al filósofo vienés. Tiene el defecto fundamental de que no puede dar respuesta adecuada a la pregunta sobre por qué vale la norma de grado superior, es decir la Constitución. Para algunos dicha validez proviene de una norma de derecho internacional (Von Verdross); para otros, como uno de lo ponentes, es una norma de derecho natural. Kelsen se coloca en una difícil situación pues al apelar al concepto de eficacia, introduce un elemento del mundo del ser, lo cual contraría la pureza metodológica que quiso lograr con su "Teoría Pura del Derecho", aunque trate de salvar esa obvia crítica hablando de una norma fundamental como presupuesto gnoseológico del orden jurídico y describiendo la relación entre validez y eficacia como la "tensión entre el 'deber' y el 'ser'". A este respecto conviene transcribir algunas ideas de su obra más reciente: "Por último llegamos a alguna constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por un usurpador individual o por alguna clase de asamblea. La validez de esta primera constitución es el último presupuesto, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal... El documento que contiene la primera constitución es una constitución real, una norma obligatoria solamente bajo la condición de que la norma básica se presupone ser válida... respuesta podría ser que los autores de la primera constitución tenían poder derivado de Dios... Cada jurista presumirá que el orden antiguo –al cual no corresponde ya ninguna realidad política– ha cesado de ser válido, y que todas las normas que son válidas dentro del nuevo orden, reciben su validez exclusivamente de la nueva constitución. Síguese de aquí, de este punto de vista jurídico, que las normas del viejo orden no pueden reconocerse más como normas válidas... Tan sólo el fenómeno de la revolución muestra claramente el significado de la norma básica... Si tratamos de hacer explícita la presuposición sobre la cual descansan estas consideraciones jurídicas, encontramos que las normas del viejo orden se miran como carentes de validez porque en conjunto, ha perdido su eficacia... La eficacia de todo el orden legal es una condición necesaria para la validez de cada una de las normas de dicho orden. "Una conditio sine qua non, pero no una conditio per quam... El principio de legitimidad está restringido por el principio de efectividad... La norma básica de un orden legal nacional no es producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos. La función de la norma básica consiste en hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, y ello significa la interpretación de hechos como la creación y aplicación de normas válidas... Por lo tanto un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado. La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad,*

Sin embargo, debe advertirse que la comprensión de un nuevo pacto social por fuera de los cauces y límites previstos en la misma Constitución que contiene y expresa la decisión política de establecer un sistema jurídico, encierra peligros de caos y confusión que pueden, a su vez, generar escenarios de fuerza y violencia a través de revoluciones o golpes de Estado, y por tal razón, los debates sobre la justicia deben conseguir que la democracia, el Estado y el derecho, mejoren y se perfeccionen, pero no deben deslegitimar su existencia. Precisamente, la gran virtud de la democracia es servir de escenario o ámbito de construcción y desarrollo dentro de un entorno pacífico y seguro, a través de reglas y procedimientos que garanticen la mayor participación posible y faciliten que la mayoría se exprese respetando los derechos de las minorías.

Aquí adquieren especial relevancia las reflexiones en torno a la existencia o no de límites a los poderes que fundamentan y establecen el orden jurídico, esto es, principalmente al poder constituyente originario o primario, y también, con menor dificultad, al poder constituyente secundario o derivado. Igualmente, son especialmente importantes las reflexiones en torno a limitar el poder de determinar el sentido y alcance de las normas

*de su eficacia. La relación que existe entre la validez y la eficacia de un orden legal —es, por así decirlo, la tensión entre el deber ‘y el ser’— puede determinarse solamente por niveles máximos y mínimos... La eficacia del derecho pertenece al ámbito de la realidad y se llama frecuentemente el poder del derecho. Si sustituimos eficacia por poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en el problema más común de ‘derecho capacidad’. Y entonces la solución aquí presentada se convierte tan sólo en la expresión precisa del truísmo según el cual aunque el derecho en sentido objetivo no puede existir sin poder, sin embargo, dicho derecho y poder, derecho subjetivo y capacidad, no son lo mismo. Hans KELSEN, ‘Teoría General del Derecho y del Estado’ (Massachusetts: Harvard University Press, Cambridge, 1949), 115 a 121. Pero el asunto es de mayor calado: El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (Vid. Giorgio DEL VECCHIO y Luis RECASENS SICHERS, *Filosofía del Derecho*, I (México: Unión Tipográfica y Editorial Hispano Americana-UTHEA, 1946), 153-155. Uno de esos valores es la paz; no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra constitución, que conforme dice la Sentencia número 31 de mayo 19 de 1988 (MM. PP. doctores Hernando Gómez Otálora y Jaime Sanín Greiffenstein) proferida por esta Corporación, sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones. Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 10 de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad”. (Subrayado fuera del texto)*

constitucionales para garantizar la defensa e integridad de la Constitución, bajo la arquitectura del control de constitucionalidad, y el presupuesto de un órgano especializado que ostente el poder de la última palabra como los Tribunales Constitucionales.

Lo anterior, sin dejar de destacar la necesidad inaplazable del establecimiento de límites al ejercicio del poder, para evitar crear un escenario que deslegitime al derecho y al Estado, que afecte la paz y la seguridad. Así, en forma más precisa, se trata de dos de los asuntos más críticos que se encuentran en el fundamento y origen de la decisión política de crear un sistema jurídico a través de una Constitución; por un lado, los límites al pueblo que ejerce el poder constituyente primario u originario, y, por otro, los límites al tribunal constitucional que defiende la superioridad del texto constitucional. Esta aproximación exige igualmente estudiar los posibles límites a los principios de soberanía popular y de supremacía constitucional, bajo la perspectiva que comprende que la vigencia de los citados principios, así como su ejercicio, no pueden ser utilizados interesadamente por regímenes autoritarios para contrariar y reducir la libertad que les sirve de base y fundamento, en busca de una legitimidad popular de la cual carecen naturalmente.

La inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario

La teoría del poder constituyente, que lo divide en poder constituyente originario o primario y poder constituyente secundario o derivado, encuentra su origen en la diferenciación aportada por el abate Sieyès, a través de la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido. La famosa tesis era expuesta afirmando que las leyes son fundamentales porque están fundadas en la voluntad nacional antes de la Constitución.¹³

¹³ El carácter fundamental de las normas constitucionales bajo la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido era explicado de la siguiente forma: *“La nación existe, ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla. En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales*

Por su parte, el problema de los límites al ejercicio del poder constituyente requiere solucionar aquella cuestión previa consistente en resolver el dilema que se presenta al considerar que la Constitución es establecida por el máximo poder político, y si esto último acaece, cómo es posible vincular el poder político a la Constitución. La respuesta de este asunto, según Zagrebelsky, igualmente se encuentra, desde el punto de vista del ordenamiento constitucional establecido, en la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido de Sieyès, sin que, en todo caso, pueda existir una solución completamente satisfactoria, ya que el mismo autor italiano advierte que desde el punto de vista externo, la política como fuente productora del derecho trasciende el derecho positivo.¹⁴ Aquí precisamente es donde se refleja con mayor intensidad el problema de los límites al poder constituyente originario o primario, ya que el derecho no podría limitar aquello que le es externo y que además le crea.

La concepción del ejercicio del poder constituyente originario o primario sin una referencia espacio-temporal concreta, que presupone la decisión política de fundar un sistema jurídico a través de la promulgación por primera vez de una Constitución y la consecuencia lógica de esta

son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda Constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser restablecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y depende en último análisis de la nación". (Subrayado fuera del texto). Emmanuel SIEYÈS, *¿Qué es el tercer Estado?* (Madrid; Ed. Aguilar, 1973), 72.

¹⁴ Zagrebelsky reconoce la solución en la obra de Sieyès de la siguiente forma: *"La doctrina del poder constituyente como poder soberano plantea un problema formidable, de cuya resolución depende la misma posibilidad de pensar la Constitución en términos jurídicos y, por ello, vinculantes. Si la Constitución está establecida por el máximo poder político ¿Cómo puede decirse que éste se halle vinculado a ella? [...] Para dilucidar ese problema, resulta fundamental la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, debida a la elaboración del abate Sieyès, el gran teórico de los acontecimientos revolucionarios antes de la llegada de los jacobinos al poder. Esta es la distinción que se le reconoce como gran innovación conceptual en el campo de la teoría política, que presenta elementos de contacto con la americana, un poco anterior; entre poder originario y poder delegado. Pero es aquella y no ésta la que ha influido en el ámbito de cunetas ciencia constitucional. Por medio de la distinción que acaba de formularse, los poderes ordinarios o constituidos pueden vincularse jurídicamente a la ley fundamental establecida por el poder constituyente: lo cual - adviértase - sólo relativamente constituye una solución satisfactoria, únicamente desde el punto de vista del ordenamiento constitucional establecido y en función de la efectividad que logre asumir. Desde un punto de vista externo a ese ordenamiento, cuando su efectividad se manifiesta como insuficiente, cobra fuerza la observación de que la política, como fuente productora del derecho, trasciende de modo necesario al derecho positivo y, por tanto, a la misma Constitución que se halle establecida"*. (Subrayado fuera del texto). Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti* (Turín; UTET, 1993), 68-69.

aproximación consistente en la inexistencia de límites, desborda la realidad de las sociedades que expresan los valores y principios que los caracterizan en su sistema jurídico.

En este mismo orden de ideas, algunas tesis¹⁵ afirman que el poder constituyente originario o primario se ejerce por una sola vez, y con posterior-

¹⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE explica: “En ambas formas se ejercita el poder constituyente. Pero se puede señalar una diferencia entre los casos en que se opera el ejercicio conjunto de ambas -como ocurre en el momento inicial de la emancipación de los países americanos-, y los casos en que sólo se ejercita en la segunda forma, es decir, como voluntad jurídica cuando se concreta a revisar o reformar las cláusulas de la Constitución existente. En el primer caso, cuando abarca el doble carácter de acto constituyente y de elaboración de una Constitución, se cumple una etapa del poder constituyente, que podríamos denominar etapa de primigeneidad. Cuando sólo se ejercita para revisar la Constitución, se cumple una etapa de continuidad. Una vez dictada la Constitución, el poder constituyente, como función, entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión de la Constitución o la reforma parcial de ella. Toda creación o modificación constitucional corresponde al poder constituyente, que es función y, también, cualidad característica de esa función. No se trata únicamente de las formas o procedimientos, sino de la cualidad o naturaleza de la función que se ejerce y de la materia sobre la cual se ejerce. Sea conjuntamente con el acto inicial y creador de un Estado, o más tarde cuando ya existe una Constitución escrita, la sanción de cláusulas constitucionales -no importa en qué cantidad o extensión- es siempre función constituyente y requiere el ejercicio del poder constituyente. El poder constituyente corresponde al pueblo como función mediante la cual ejerce el dominio de sí mismo y se fija el marco de su futura actividad, incluso de su propia actividad constituyente. En eso consiste su autolimitación. Como el ejercicio del poder constituyente es discontinuo, cada vez que se pone en movimiento dentro de la etapa de continuidad, se halla condicionado jurídicamente por sí mismo, es decir, por la vigencia de una Constitución anterior; a la que está obligado a respetar como autolimitación para el futuro. [...] Cuando el poder constituyente se ejerce en la etapa de primigeneidad -es decir, la etapa inicial y creadora del Estado- actúa sin limitación alguna, porque la única limitación posible consistiría en la preexistencia de una voluntad jurídica, proveniente del mismo titular y dotada de sus mismas características. Puede ocurrir que una revolución -no un simple golpe de Estado- retrotraiga el poder constituyente al punto inicial, es decir, a la etapa de primigeneidad. Para eso es indispensable que la revolución asuma el significado de un acto de voluntad política inequívocamente dirigido a destruir el sistema de gobierno o estructura estatal o el orden jurídico, y se proponga declaradamente reemplazarlos por otros nuevos. De lo contrario, si se trata únicamente de un golpe de Estado, para cambiar los gobernantes y con ello la orientación política positiva, se permanece en la etapa de continuidad, y con mayor motivo cuando el golpe de Estado acata el orden jurídico establecido y solicita para esa actitud el consentimiento público, como ocurre cuando las nuevas autoridades juran el cumplimiento de la Constitución hasta entonces vigente. Luis Recaséns Siches, en la segunda edición, copiosamente aumentada, de su libro Vida humana, sociedad y derecho, insiste en negar carácter constituyente a toda reforma constitucional. “Esta facultad de reformar la Constitución -dice-, aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el derecho constituido, y, a fuerza de tal, está regulada y limitada por éste. En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de toda vinculación a organizaciones pretéritas” Observamos que el derecho es siempre constituido

ridad entra en reposo, pudiéndose activar cuando quiera realizar alguna modificación, que en todos los eventos será una expresión de pretensiones que se construyeron en el sistema anterior y, en ese sentido, al ser la misma sociedad la que realiza el cambio, en realidad, estará expresándose el mismo poder constituyente. De esta forma, se sostiene que no se trata de dos poderes constituyentes diferentes, originario o primario y derivado o secundario, sino de un mismo poder que se aprecia en términos de continuidad, pero en momentos distintos. Así, en una etapa de primigeneidad se confunden el acto constituyente y el poder constituyente, y posteriormente, entra en latencia y estaría listo para entrar nuevamente en movimiento. Sin embargo, inclusive esta parte de la doctrina, presentada por el profesor Sánchez Viamonte, afirma que en la etapa de primigeneidad no hay límites.

Precisamente, los cambios constitucionales son presentados bajo la idea de continuidad ya que los sistemas jurídicos no se producen en el vacío, sino que son el resultado de múltiples factores que influyen y los determinan, entre los que está, inclusive, la inercia del ordenamiento jurídico anterior, incluso si se expide una Constitución para cambiar totalmente un texto constitucional vigente. En ese sentido, en Colombia, con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1991, se dejó vigente todo el orden jurídico establecido ante la imposibilidad de cercenar totalmente la vida social, y bajo la tesis de la recepción de las normas, aceptó la normatividad anterior en la medida en que no contraríen el nuevo texto constitucional.¹⁶

por el poder constituyente, pero no es un poder constituido. Si la facultad de reformar la Constitución no incumbe al poder constituyente, ¿qué otro poder puede ejercerla? ¿Qué otro poder puede crear, instituir o constituir el derecho que el gobierno ordinario debe acatar, incluso en lo que respecta a su existencia y funcionamiento? No basta reconocer que la reforma constitucional tiene carácter extraordinario, es indispensable reconocer que es función constituyente y que sólo el poder constituyente puede ejercerla como titular". (Subrayado fuera del texto) Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Poder constituyente* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957), 575 y ss.

¹⁶ La Corte Constitucional explicó: "*La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal, hacía imperativa la derogatoria de la Carta vigente hasta entonces, como lo ordena el artículo 380 de la CP, amén de que ello se sujetaba al arbitrio del Constituyente. Otra cosa acontece con la legislación preconstitucional, la que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional. Es así como el artículo 4° de la CP ordena que, en caso de incompatibilidad entre la Carta y la ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, dado su carácter de norma superior. En este orden de ideas, sólo en la medida*

La misma situación se presentó en España; sin embargo, allí el contexto político fue totalmente diferente, y la Constitución de 1978 previó un cambio esencial y total consagrando el Estado Social y Democrático de Derecho frente a la dictadura que lo antecedió.

La inexistencia de límites al ejercicio del poder constituyente originario o primario fue afirmada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sentencia 138 de 1990, la cual declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de ese año que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente. Esta providencia, con base en la soberanía de la nación y acudiendo a la jurisprudencia de la misma Corte, en especial a dos decisiones de 1957 y 1987,¹⁷ sostuvo que el pueblo cuando decide dictar una Constitución, no

en que una norma sea incompatible con el nuevo orden constitucional, deviene contraria a la Carta, y debe entenderse derogada. Repetidamente la Corte Constitucional ha coincidido en la doctrina que sobre esta materia dejó sentada la Corte Suprema de Justicia que, a continuación, se cita: “La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el caso que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformatoria o derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: “Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia pág 85 de 1991)”. Corte Constitucional, Sentencia C - 486 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia explicó sobre el particular: “6. *Límites del poder Constituyente Primario [...] Siendo la Nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos. Así lo ha sostenido la Corte en dos fallos relativos al plebiscito del 10 de diciembre de 1957: El primero de ellos fue el de noviembre 28 de 1957 (M. P. doctor Guillermo Hernández Peñaloza), en dos de cuyos apartes se lee: “... porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. “El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”. (Sentencia de noviembre 28 de 1957. M.P., doctor Guillermo Hernández Peñaloza, G. J. tomo 86, números 2188, 2189 y 2190, p. 431). Más recientemente, en la Sentencia número 54 de 9 de junio de 1987 (M. P. doctor Hernando Gómez Otálora), se lee: “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*

está sujeto a la normatividad vigente y anterior. En especial, con base en aquella concepción unitaria e indivisible de la soberanía de la cual surge el poder constituyente, se afirmó que es posible, para la nación, dictar una nueva Constitución.

En el mismo orden de ideas, el carácter soberano del poder constituyente primario y originario conlleva que no se puedan imponer límites diferentes a aquellos que él mismo establece, sin tener en cuenta la Constitución vigente, y así explicó:

5. El constituyente primario [...] Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma Constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Río Negro (1863) para modificarla.¹⁸

Dentro del mismo razonamiento, la Corte decidió profundizar el concepto de democracia participativa que orientó la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, resaltando las diferencias entre la democracia directa e indirecta, y explicando que el constituyente primario se refirió a esta última. Igualmente, la Corte en su momento fue consciente de la trascendencia de la decisión que estaba adoptando y confió que la nación tendría la sabiduría para definir su destino, sin que se esté dando un salto al vacío ya que se recoge lo que fue, lo que es y lo que ha sido la nación para tan importante propósito. Así, con base en estas reflexiones expone su criterio y explica que es necesario superar las barreras que restringe la expresión de ese poder constituyente primario, el cual, según la Corte, en tiempos de tiniebla tendrá la capacidad para definir su curso histórico.¹⁹

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". Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia expuso sobre el tema: "7. Límites impuestos por el constituyente primario en las elecciones del 9 de diciembre [...] 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-

No obstante las anteriores reflexiones, con posterioridad, la Corte Constitucional en Colombia indicó la existencia, al menos de algunos límites al ejercicio del poder constituyente primario u originario expresado por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, convocada con el fin de promulgar una Constitución opuesta o integralmente diferente a la Constitución vigente, ya que desde la perspectiva de la competencia, el pueblo puede atribuir a la Asamblea facultades amplias, fijando una agenda propia, cambiando la Constitución por otra, sin que desaparezcan totalmente los límites que ya no estarían en la Constitución sustituida, sino que se originarían en normas imperativas de derecho internacional o en

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 ésta efectivamente represente a la Nación, por ejemplo, perfeccionando el sistema de votación, el funcionamiento del Congreso y la accesibilidad a éste 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 premonitoria; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro 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”. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

los convenios internacionales de derechos humanos –a título de ejemplo–. Así, no hay límites de competencia,²⁰ pero no debería existir en el estado

²⁰ La Corte Constitucional expuso sobre este tema: “En primer lugar, cabe señalar que a pesar de tratarse de una ley de iniciativa ciudadana, en todo caso se trata de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, según el tenor del artículo 374 de la Carta. Por lo tanto el referendo constitucional de iniciativa ciudadana no sólo está sujeto a requerimientos procedimentales, sino también a los límites competenciales a los que previamente se hizo alusión. Esta apreciación resulta también del tenor del artículo 3° constitucional según el cual “[l]a soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (negritas añadidas), de este enunciado se desprende que a pesar de ser el depositario de la soberanía el pueblo cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución. Parafraseando a Elster[72] el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. Máxime si se tiene en cuenta que a pesar de provenir de una iniciativa ciudadana, como ocurre en el presente caso, el texto sometido a referendo debe ser aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el cual puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial que contó con el apoyo ciudadano, de manera tal que la voluntad popular inicialmente manifestada no necesariamente ha de coincidir con el texto finalmente sometido a votación, circunstancia que quita todo peso al argumento de que la reforma surgiría exclusivamente de la actuación del pueblo como constituyente primario y por lo tanto carece de límites de competencia. La misma mediación del Congreso y la participación final del pueblo que se reduce a aprobar o improbar el texto normativo sometido a su votación, deja serias dudas sobre su actuación en este caso como constituyente originario, pues las estrictas regulaciones procedimentales a las que está sujeta la participación popular riñen con la esencia misma de este concepto el cual doctrinalmente siempre ha sido caracterizado como ilimitado y no sometido a cauces procesales. Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado. Situación diferente se presenta cuando ya no se trata de la reforma de la Constitución vigente sino de su cambio, evento en el cual la Corporación ha reconocido, en la citada sentencia C-551 de 2003, que “la fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es ‘rebelde a una integración total en el sistema de normas y competencias’, y por ello no admite una institucionalización total”. Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma” y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”. En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos- Así pues, de los distintos mecanismos contemplados

de derecho un poder para producir la norma, incluso la constitucional, sin límites y, por tal razón, hay que reflexionar sobre otro tipo de límites y sobre quién los define.

El pueblo dispone el establecimiento de límites para su expresión a través de la institucionalidad y el acierto de ellos

El establecimiento de las Constituciones, y el carácter fundante de un sistema jurídico derivado de la decisión política de implementarlo, exige que se regule detalladamente la forma a través de la cual el poder político se encauza, a fin de modificar el texto constitucional creado y dispuesto en la sociedad. Estas normas deben regular el tema con especial equilibrio, ya que de su acierto depende la solvencia, fundamento y legitimidad de la Constitución y, por tal razón, de todo el ordenamiento jurídico de la nación. En tal virtud, deben ser el resultado de un arduo diseño de autocontrol de la voluntad política de la nación que impida la reforma innecesaria o ilegítima de la Constitución, comprometiendo todo el sistema jurídico y su eficacia, y, a su vez, deben servir como canal de expresión de la decisión política pacífica que desea realizar un cambio en sus valores y principios fundantes, sin cercenar la posibilidad de expresión legítima de la voluntad popular. Es aquí en donde debe existir un equilibrio perfecto entre aquella situación descrita por la filosofía del derecho como el poder fáctico de lo normativo y el poder normativo de lo fáctico, sin que sea posible dictar una norma, en especial la Constitución, sin vocación de permanencia, ya que este solo hecho en ese nivel crearía una extrema fragilidad a todo el ordenamiento jurídico, así como tampoco una norma absolutamente petrificada que asfixie cualquier posibilidad de modificación que desee la sociedad.

La Constitución de 1991 decidió prever tres (3) mecanismos de reforma constitucional con la necesaria participación del Congreso de la República. En efecto, es el Congreso de la República como poder constituido que expresa el poder político institucionalizado que en todos los casos debe

en el artículo 374 constitucional el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta y, por lo tanto, la vía de referendo constitucional no es idónea para transformar los principios estructurantes plasmados originalmente en el texto constitucional". (Subrayado fuera del texto). Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

decidir reformar la Constitución, ya sea directamente por medio de actos legislativos, o permitiendo que lo haga el pueblo mediante un referendo o una Asamblea Nacional Constituyente.

En el mismo sentido, es el Congreso de la República el órgano de Estado encargado de decidir y fijar los caminos de expresión para el poder constituyente originario o primario que quiera fundar una nueva Constitución, a través de una ley y una Asamblea Nacional Constituyente (artículo 376, CP) votada de manera expresa para el cambio total de la Carta o para la sustitución de la totalidad o de algunos de sus ejes identitarios. Aquí adquiere especial relevancia el uso de la razón y el derecho por encima de la fuerza y la presión, garantizando que la democracia constitucional sea un sistema de instituciones, normas y reglas que facilitan la expresión de las mayorías y respetan los derechos de las minorías, y no simplemente la decisión mayoritaria por fuera de cauces, reglas o normas que, en algunas oportunidades de la historia de la humanidad, se ha desbordado y creado escenarios de caos y violencia. Por tal motivo, la expresión del poder constituyente primario y originario es jurídica y no solamente política, puesto que en la democracia el poder político se debe expresar con el derecho, y no partir del supuesto que afirma en todos los casos que la política es anterior al derecho y por ende no existen límites al poder constituyente originario o primario. En ese sentido, política y derecho son conceptos inseparables para efectos del ejercicio del poder constituyente primario u originario.

Entonces, el Constituyente de 1991 creó una estructura rígida de reforma constitucional a partir de los artículos 374 a 380 de la Constitución a través de tres (3) mecanismos dentro de los cuales, dos (2) de ellos se desarrollan con la participación del Congreso de la República por medio de leyes, y uno lo adelanta directamente el Congreso de la República a través de actos legislativos²¹ que exigen la realización de ocho (8) debates, tienen una iniciativa legislativa cualificada, se deben aprobar en dos (2) periodos

²¹ Constitución Política. Artículo 375. “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo periodo sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.

ordinarios y consecutivos y, aprobados en el primero de ellos, deben ser publicados por el Gobierno, y en el segundo periodo, solo pueden debatirse iniciativas aprobadas en el primero, exigiendo una mayoría absoluta para su aprobación. Por su parte, los otros dos (2) mecanismos requieren igualmente estrictos requisitos, formas y procedimientos; así la Asamblea Nacional Constituyente²² se convoca por medio de una ley aprobada por el Congreso de la República que definirá su competencia, composición y periodo, exige que en su convocatoria participe por lo menos una tercera parte del censo electoral y que sea elegida por voto directo de los ciudadanos²³ en un acto electoral que no puede coincidir con otro, y el referendo constitucional, se convoca por medio de una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, y la reforma exige que se apruebe por la mayoría de los sufragantes y que participe al menos una cuarta parte del censo electoral. El referendo se debe presentar de tal manera que los electores escojan libremente que votan positivamente o negativamente.

Ahora bien, por otro lado, dentro de los procesos de reforma constitucional debe advertirse un riesgo o peligro derivado de la noción misma de Constitución. En efecto, la Constitución es un concepto polémico y, en la medida de lo posible, refleja la pluralidad que existe al interior de la sociedad y, en tal virtud, debe ostentar una pretensión de neutralidad. Sin embargo, al reflejar la sustancia política de un pueblo, ostenta el peligro derivado de su conversión en un concepto combativo y simbólico

²² Constitución Política. Artículo 376. “Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento”.

²³ Constitución Política. Artículo 378. “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral”.

que encuentra su fundamento en su adecuación instrumental para la controversia frente al contradictor o adversario político más allá de la voluntad de su conocimiento.²⁴ Así, las pretensiones de autoritarismo se expresan en algunas oportunidades, en la intención de capturar a la Constitución y convertirla en el principal instrumento de lucha política y posible mecanismo de opresión, bajo la ya conocida implementación de constituciones semánticas. En estos casos, el autoritarismo acude al pueblo y a la inexistencia de límites del poder constituyente primario u originario para falsear el espíritu liberal del constitucionalismo e implementar una nueva Constitución que facilite su perpetuidad en el poder. El anterior riesgo para la sociedad debe, además de advertirse, reducirse a través de múltiples mecanismos propios del control al poder en el estado de derecho en las democracias.

En un escenario de reforma, la justificación política que puede ostentar una iniciativa de reforma constitucional, así como el mecanismo y ejercicio mismo del poder de reforma²⁵ y el cambio constitucional, deben adelantarse con absoluto respeto de los elementos esenciales del concepto

²⁴ García Pelayo explica el tema de la siguiente forma: “*El concepto de constitución es uno de los que ofrece mayor pluralidad de formulaciones. Esta pluralidad, común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias del espíritu, se encuentra acrecida en este caso por dos motivos. En primer término, porque si la mayoría de los conceptos jurídico - políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento llevado a cabo desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz, en muchos casos, de una incisión más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista “neutral”; pero no es menos cierto que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. Más a estas razones de índole subjetiva se une otra de carácter objetivo, a saber: el hecho que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculasen sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. Todo esto explica que la palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución “real”, de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Más como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como un todo*”. Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 33.

²⁵ Pérez Royo señala en este sentido que: “*una de las particularidades de la Constitución es el hecho de ser la única norma que establece provisiones procedimentales acerca del modo en que ha de procederse a su reforma*”. Javier PÉREZ ROYO, “*La reforma de la Constitución*” (Madrid: Congreso de Diputados, 1987), 9.

de Constitución,²⁶ estos son, el principio de separación de poderes y la garantía de los derechos, según las previsiones de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, ya citada, evitando que el texto superior sea todo lo contrario, o sea, una expresión de aparente legitimidad de un régimen que realmente es autoritario o un instrumento que se usa para acabar con la oposición política.

Y precisamente, en todos los casos, la importancia, fuerza y prestigio de la Constitución deben mantenerse y es necesario cuidar que se disminuyan a través de muchos procesos de reforma. Hesse afirma: “*el prestigio y la fuerza de la Constitución quedan afectados cuando ésta es reformada con frecuencia*”.²⁷ La Constitución colombiana ha tenido más de 60 reformas en 33 años. Algunas de ellas, con perplejidad integraron normas legales en su texto,²⁸ y muchas otras, regularon asuntos que claramente podrían estar contenidos en leyes e incluso en actos administrativos. Esta realidad ha podido crear una sensación de tolerancia a la reforma constitucional, por decir lo menos, especial, en el sentido de disminuir las preocupaciones que surgen cuando se presentan los proyectos que pretenden la reforma de la Carta Política. En tal virtud, bajo este presupuesto, no puede dejar de advertirse que la utilización interesada del concepto de Constitución como un instrumento de lucha política de un determinado grupo, facción, partido o gobernante y la aparente justificación subyacente al cambio constitucional con el llamado al pueblo como poder originario o primario afecta la democracia. Por el contrario, ese gran poder constituyente originario o primario, reconocido como ilimitado en cuanto a la competencia para tratar todos los temas que desee, debe encauzarse desde el derecho y por medio de los procedimientos y formas previstos en la Carta, para que así, en realidad, la premisa del ejercicio organizado, más no caótico

²⁶ Santamaría Pastor explica el surgimiento sedimentario del concepto de Constitución como una norma de rango superior, una norma que prevé la organización y funcionamiento de los poderes públicos, una norma fundacional y una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades, el cual se vería desconocido si la Carta Política es instrumentalizada por una facción, grupo o partido que no respete el límite al poder ni la garantía de los derechos. Ver: Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Constitución, un concepto polémico y cambiante, Extracto de fundamentos de derecho administrativo* (Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 1998), 412.

²⁷ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional: Límites de la mutación constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 97.

²⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 48. Acto Legislativo 1 de 2005.

o interesado, del máximo del poder político que ostenta el pueblo, sea en realidad un ejercicio democrático y no la aparente legitimación de regímenes o estructuras autoritarias que vulneren el principio esencial de control y alternancia del poder.

Ahora bien, como se mencionó previamente y se citó en la Sentencia de la Corte Constitucional C-141 de 2010, el pueblo puede decidir sustituir la Constitución vigente y promulgar una nueva a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente expresamente convocada para tal fin por el pueblo, único evento, según la jurisprudencia, en el que no estaría sujeto a límites de competencia.

Sin embargo, en este punto es absolutamente indispensable aclarar que la Constitución sustituida no puede limitar la competencia de la Asamblea Constituyente que promulga la nueva Constitución, pero eso no significa que puedan subvertirse los procedimientos y formas previstas para que el pueblo se exprese dentro de un Estado Social de Derecho, de tal manera que solo puede llegarse al punto de adoptar tal decisión de cambio total, previo el respeto de los requisitos previstos para el efecto; que en todo caso exigirán la ley previa aprobada por el Congreso de la República que expresamente decida acudir a este mecanismo para sustituir plenamente la Constitución o sus núcleos esenciales, y aún más, en este evento, es indispensable apreciar, que las sociedades democráticas—que como máxima expresión de la libertad deciden acudir a la soberanía popular y establecer una nueva Constitución— no pueden contradecir el catálogo axiológico que fundamenta su poder y crear por el contrario un texto que limite y restrinja el ejercicio de la libertad, estableciendo un régimen sin alternancia real en el poder o sin un verdadero sistema de frenos y contrapesos que lo limite, violando así la garantía de los derechos, principalmente de la libertad, y en tal virtud, contradiciendo y deslegitimando desde su origen el establecimiento de esa nueva Carta.

Desde una perspectiva lógica basada en la eficacia como presupuesto de validez de la norma, es posible apreciar que el sistema jurídico no puede prever una fórmula por fuera del orden jurídico para modificarse. Si así lo hiciera, evidenciaría una contradicción que afecta la legitimidad del sistema jurídico, el cual se sustenta en su capacidad de producir efectos en la sociedad, es decir, su eficacia. Por eso, que el orden jurídico afirme que no existen límites jurídicos frente al poder constituyente originario

o primario, que a su vez crea el orden jurídico, supone la contradicción del presupuesto de la libertad como fundamento del sistema normativo, y sobre todo, del fundamento de la decisión política de implementarlo e instaurarlo.

Ahora bien, con base en las anteriores reflexiones y en este punto, es importante reiterar que un asunto es la inexistencia de *límites de competencia* frente al ejercicio del poder constituyente primario u originario, y otro diferente, la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario, que como se ha dicho, al menos se encuentra limitado por la protección de la libertad que le sirve de fundamento, y según la jurisprudencia citada en nuestro contexto, por el catálogo de derechos humanos previsto en el derecho internacional aplicable en Colombia y en los países civilizados. En el mismo sentido, no puede dejar de destacarse que tal y como se documentó en España en 1978 o en Colombia en 1991, el sistema jurídico siguió vigente por la mínima necesidad de vivir bajo el derecho que tiene cualquier sociedad incluso cuando cambia el texto superior, y así, esta normatividad inferior, producto de la Constitución sustituida necesariamente condicionará, y en un alto grado limitará, un cambio total de régimen o sistema, resaltando aquellas reflexiones del constitucionalismo que enseñan que la Constitución en ningún caso es un salto al vacío, y que refleja la tradición jurídica y la historia de la sociedad que pretende regular.

Finalmente, sobre el particular debe aclararse que, incluso en el momento de primigeneidad, el poder constituyente originario o primario busca un cauce o camino para que el pueblo pueda expresarse y organice la voluntad popular encaminada a dictar una Constitución Política, y esa vía, necesariamente se encuentra en el derecho y es jurídica, ya sea a través del reglamento de una Asamblea Nacional Constituyente, o en el evento de la sustitución de una Constitución vigente por medio de las formas y procedimientos que le permiten en la práctica organizar la expresión del poder constituyente originario o primario. Y es que, desde el punto de vista práctico y lógico, es imposible que el pueblo, sin una referencia procedimental que permita organizar la voluntad popular, se exprese y decida votar la nueva Constitución.

Así las cosas, en Colombia, como fue explicado por la Corte Constitucional, la posibilidad de promulgar una nueva Constitución y permitir que el pueblo como poder constituyente primario u originario se exprese y sustituya la

Constitución vigente se puede realizar a través de una Asamblea Nacional Constituyente convocada y votada expresamente para el efecto, y en tal virtud, no es posible acudir a procedimientos o mecanismos por fuera del texto Constitucional actual, ya que no se impide, bajo ningún punto de vista, que sin límites de competencia, el poder constituyente originario o primario promulgue un nuevo texto. La anterior precisión es indispensable para proteger la democracia, los derechos de las personas, el control del poder, y en general, el constitucionalismo como técnica que evita el ejercicio arbitrario de la autoridad y facilita la máxima expresión posible de la libertad de las personas.

El poder de la última palabra para decidir el Derecho

El poder público que se expresa a través de normas es el poder político, institucionalizado por medio de una Constitución que establece un sistema jurídico y prevé unas competencias para que el poder no transite por fuera del derecho. De esta manera, la atribución de competencias para la creación del derecho y su producción dentro de un sistema jurídico, así como su autorizada y última interpretación, constituye el gran poder en el estado de derecho, sin que pueda jamás partirse de que la última interpretación implique la ausencia de límites o control.

La labor de los Tribunales Constitucionales ostenta dentro de este planteamiento una gran complejidad, puesto que al ser el intérprete del texto constitucional y en tal virtud expresar el sentido y alcance de la norma fundante de un ordenamiento jurídico, sus argumentos y posturas son igualmente superiores y esenciales, adquiriendo las características de un órgano de cierre, y creando, dentro de la teoría constitucional que justifica y explica el control de constitucionalidad, la imperiosa necesidad de explorar los límites al ejercicio de su función. Precisamente, aquí, pueden agudizarse las más delicadas imperfecciones del sistema jurídico.

La Corte Constitucional ha afirmado que entre ella y la Constitución no puede pasar ni una hoja de papel. Así, desde el inicio de su funcionamiento en la Sentencia C-113 de 1993 dijo lo siguiente:

Además, inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los

efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.”²⁹

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, en su labor de defensa de la integridad y supremacía de la Constitución, acude a interpretar el texto superior, y en dicha labor, determina el sentido y alcance de sus disposiciones. Esta función es especialmente delicada, ya que implica desarrollar las normas constitucionales, y en algunas ocasiones, puede crear reglas y subreglas que en sí mismas constituyen una creación del derecho. Es más, la Corte Constitucional tiene una gran variedad de sentencias, caracterizadas por su propia jurisprudencia, que revelan un amplio margen de interpretación e integración del orden jurídico. Entre otras, hay sentencias condicionadas, sustitutivas, integradoras, manipulativas, sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucional o situaciones constitucionalmente relevantes, sentencias que llenan omisiones legislativas absolutas o relativas, sentencias que exhortan al Congreso de la República a legislar sobre determinadas materias, sentencias con diversos efectos *erga omnes*, *inter partes*, *inter pares* o *inter comunis*, sentencias con efectos retroactivos, ultraactivos o retrospectivos, por mencionar solo algunas.

Y precisamente, dentro de la amplitud de la competencia atribuida a los Tribunales Constitucionales para defender la integridad y supremacía de la Carta Política, ostenta un papel trascendental igualmente la existencia de mutaciones constitucionales o cambios no formales a la Constitución que pueden servir para adaptar la norma a las nuevas realidades, pero, en todo caso, deben ser el producto de cauces y límites que respeten la competencia atribuida, y en tal virtud, no alteren el contenido esencial de los valores y principios constitucionales que deben defender. Jellinek explica la diferencia entre la reforma y la mutación en su conocida conferencia en 1906 y allí expone como pueden mutar los contenidos constitucionales:

Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta [a] las necesidades y opiniones variables de los hom-

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

bres,¹³ lo mismo ocurre con el legislador cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación.³⁰

La defensa de la integridad y supremacía de la Constitución a través de la revisión de las leyes y los decretos con fuerza material de ley que la Constitución prevé; o sea, los decretos legislativos, los decretos extraordinarios y los decretos que ponen en vigencia el Plan Nacional de Desarrollo cuando el Congreso de la República no lo aprueba dentro de los plazos previstos en la Constitución, y la función de selección y posterior revisión de las acciones de tutela³¹ se desarrollan dentro de un especial ámbito de interpretación que presupone un juicio de validez piramidal desde la cúspide del ordenamiento jurídico compuesto por las disposiciones constitucionales; ahora bien, el juicio de las normas que reforman a la propia Constitución por vicios de procedimiento o de competencia –como lo ha reconocido la propia jurisprudencia– requiere estructuras diferentes y revela con mayor intensidad la necesidad de controles y límites al poder judicial que ostenta la competencia para cumplir dicha función.

El peligroso camino de un amplio margen de discrecionalidad para evaluar la sustitución de la Constitución y la identidad de la misma

Colombia adoptó en el año 2003 el test de sustitución de la Constitución,³² y con base en él, concibió que es posible revisar la reforma constitucional dentro de los vicios de competencia para determinar que no se está sustituyendo la Constitución. En esta labor, puede determinar si se está cambiando un eje identitario de la Carta Política, lo cual no se puede llevar a cabo a través del ejercicio del poder ordinario de reforma constitucional que ostenta el poder constituido, y en tal virtud, la Corte determina cuándo se está excediendo la competencia para modificar la Constitución, porque, precisamente, se cambia uno de los citados ejes.

Ahora bien, debe señalarse igualmente que la técnica de las cláusulas pétreas o inmodificables no fue adoptada por la Constitución de 1991; sin

³⁰ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (Argentina: Ediciones Olejnik, 2023), 22.

³¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 241.

³² Corte Constitucional, Sentencia C- 551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

embargo, la jurisprudencia constitucional, aplicando el test de sustitución, ha indicado varios temas o materias que constituyen la identidad de la Constitución, y no pueden ser reformados por el Congreso que ostenta el poder constituyente derivado o secundario. Así entre otros, ha señalado los siguientes: el Estado Social de Derecho,³³ la separación de poderes,³⁴ el principio democrático,³⁵ la alternancia en el poder,³⁶ el bicameralismo,³⁷ la carrera administrativa y el principio del mérito,³⁸ la justicia, la moralidad pública y la prevalencia del interés general,³⁹ los derechos de las víctimas en sede de la justicia transicional,⁴⁰ el marco democrático participativo,⁴¹ la participación política,⁴² el deber y la obligación de respetar, garantizar proteger los derechos humanos,⁴³ el autogobierno, independencia y autonomía de la Rama Judicial,⁴⁴ la igualdad en dos expresiones (el sistema electoral y la reelección presidencial)⁴⁵ y el principio del mérito,⁴⁶ la supremacía constitucional,⁴⁷ la dignidad humana,⁴⁸ el principio de legalidad⁴⁹ y la paz y justicia transicional.⁵⁰ Esta determinación de los ejes identitarios revela

³³ Corte Constitucional, Sentencias C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-1200 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil; C-644 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-740 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-397 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-305 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-253 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-140 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; C-193 de 2020, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-089 de 2022, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-757 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-305 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; C-333 de 2012 y C-640 de 2012, M. P. María Victoria Calle.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-1040 y 1045 de 2005, Sala Plena, y C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-249 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-415 del 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2022, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

la especial limitación que tiene el poder de reforma, compuesto por las competencias atribuidas al Congreso de la República, y aquellas asignadas al Tribunal Constitucional que revisa solo vicios de competencia y procedimiento, sin que deba en ningún caso, pronunciarse sobre los asuntos sustantivos, materiales o de fondo.

El asunto central que exige la reflexión sobre la materia se concreta en la función de defensor de la integridad y supremacía de la Constitución, y en el carácter de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que al tratarse de la Constitución Política, como norma superior y suprema, fundante de todo el sistema normativo, conlleva que sea el órgano quien dicte la última interpretación sobre el ordenamiento jurídico, lo cual representa un gran poder, sin que exista la atribución a otro órgano del Estado de revisar o controlar sus decisiones. Adicionalmente, a través de la función de revisión constitucional de las acciones de tutela contra providencias judiciales se potencializa dicho poder y, en algunos eventos, la Corte Constitucional ha revocado decisiones judiciales adoptadas por otras altas cortes como el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia; en tal virtud, se ha generado el conocido choque de trenes, que en algunas épocas ha tenido especial intensidad.

Y es que, la concepción democrática y jurídica del control constitucional y su naturaleza preminentemente judicial (no política) exigen que su ejercicio se desarrolle dentro de límites jurídicos estrictos y precisos. Nada más peligroso para un Tribunal que alejarse de la norma constitucional, y so pretexto de su interpretación se convierta en un actor político que ya no controla judicialmente la constitucionalidad de las normas, sino que políticamente participa en el ejercicio del poder, y así controvierte políticamente en un grado o nivel no previsto por las Constituciones a los actores e instituciones políticas o las posturas políticas de facción o partido. Aquí adquiere especial relevancia no desnaturalizar la justificación contramayoritaria del control de constitucionalidad que permite evitar que las mayorías desconozcan los derechos de las minorías e impidan su expresión, y así, eviten el principio consustancial a la democracia consistente a la alternancia del poder. La naturaleza de la función del Tribunal Constitucional es judicial y no política, y sus pronunciamientos son expresión del derecho a través de la jurisprudencia y no del poder político —es derecho y no política— es jurisprudencia y no poder.

Así las cosas, una de las funciones que con mayor rigor y limitación debe ejercer la Corte Constitucional, es aquella de revisión de las reformas constitucionales, evitando que amplios márgenes de discrecionalidad en la aplicación del test de sustitución de la Constitución le permitan fijar alcances y contenidos que cambien el texto constitucional, atribuyéndose un poder que no deriva de la Carta, y que crearía un entorno de inseguridad jurídica muy profundo, comprometiendo el estado de derecho y su certeza.

En este sentido, la determinación de los ejes identitarios de la Constitución exige la aplicación estricta de métodos y técnicas que aseguren la consistencia y solvencia en todos los casos, sin que un margen amplio de discrecionalidad, derivado de aplicaciones diversas del test de sustitución de la Constitución, facilite incongruencias que vulneren el principio básico de seguridad jurídica.

El control de constitucionalidad dentro del principio de limitación de poderes. Los límites a todas las jurisdicciones, incluyendo la jurisdicción constitucional

El ejercicio de la función jurisdiccional es estrictamente reglado y en tal virtud, las normas que lo regulan establecen los precisos términos dentro de los cuales debe cumplirse. En este sentido, todas las Cortes están sometidas a los límites que establece la Carta Política y demás normas aplicables; sin embargo, es indispensable preguntarse cuáles órganos del Estado, que hagan parte de otras ramas del poder público, o en general, cuáles Cortes dentro de la rama judicial ostentan la posibilidad de limitar el ejercicio de la función atribuida a la Corte Constitucional como máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional. Igualmente, es necesario preguntarse qué controles internos pueden servir para revisar la actividad y el cumplimiento de sus funciones como guardiana de la Constitución.

En términos generales no existe una norma en la Constitución Política de Colombia que le atribuya la función de revisar y controlar las sentencias o autos proferidos por la Corte Constitucional como Tribunal Constitucional a ningún órgano del Estado en cualquiera de sus ramas. Ahora bien, a través de la nulidad,⁵¹ la Corte puede revisar sus propias providencias cuando la

⁵¹ La Corte Constitucional ha explicado sobre el particular: “2. *El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 prevé la posibilidad de que se declare la nulidad de un proceso adelantado ante la Corte Constitucional, antes de que se produzca el fallo, “únicamente por violación*

citada nulidad es originada en la sentencia. Por su parte, es también posible que la Sala Plena de la Corte Constitucional conozca de asuntos a cargo de las Salas de Revisión y unifique jurisprudencia. Finalmente, en el ámbito del autocontrol, existe un régimen de incompatibilidades en los juicios de constitucionalidad previsto en el Decreto 2067 de 1991⁵² y un régimen de incompatibilidades e inhabilidades consagrado en sede de tutelas en donde se aplican las normas del Código de Procedimiento Penal.⁵³

Por otro lado, en el ámbito de los controles externos por otras ramas del poder público y las Cortes, la Constitución Política en sus artículos 178

al debido proceso". No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que si la vulneración proviene de la sentencia se podrá solicitar la nulidad dentro del término de ejecutoria de la decisión[15]. Esta posibilidad es excepcional, no se trata de un recurso y procede únicamente para conjurar la grave afectación del derecho al debido proceso. Por lo tanto, excluye pretensiones dirigidas a reabrir el debate definido en la sentencia, discutir nuevamente los hechos y pretensiones, proponer asuntos alternativos o exponer mejores criterios hermenéuticos. De manera que, la nulidad no es un recurso de reconsideración, una nueva instancia procesal ni mucho menos una oportunidad probatoria[16]. En atención al carácter excepcional de las nulidades de las sentencias de esta Corporación, en el Auto 031A de 2002[17] se definieron algunos lineamientos generales sobre las solicitudes de nulidad, a saber: (i) la observancia de una carga argumentativa sería dirigida a evidenciar la violación del debido proceso[18]; (ii) la petición no puede estar dirigida a controvertir criterios de forma, argumentación o suficiencia del razonamiento[19]; (iii) la admisión de cuestionamientos a la valoración probatoria como fundamento de la nulidad es excepcional[20]; y (iv) no basta con una afectación a una regla procesal o un yerro en la actividad de juzgamiento, sino que debe demostrarse una ostensible, probada, significativa y trascendental afectación de la garantía al debido proceso. Por lo tanto, la violación debe tener repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos. En síntesis, la procedencia de la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional es excepcional y está circunscrita a graves afectaciones del debido proceso que hayan incidido en el sentido de la decisión y que, además, se desprendan directamente de la sentencia censurada. Este objeto excluye la nulidad como una instancia para resolver las inconformidades de las partes e intervinientes, o conjurar defectos de procedimiento o de valoración probatoria que no afecten la decisión final del caso objeto de estudio[21]". Corte Constitucional, Auto A-588/22, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵² Decreto 2067 de 1991, artículos 25 y 26.

⁵³ Decreto 2591 de 1991 artículo 39. Código de Procedimiento Penal. Artículo 56.

numeral 3,⁵⁴ 174⁵⁵ y 175,⁵⁶ numerales 2 y 3, y 235, establece el fuero de los magistrados de la Corte Constitucional, y así prevé que sean investigados por la Cámara de Representantes y juzgados por indignidad y por delitos comunes en el Senado de la República, y en este último caso, por la Corte Suprema de Justicia.

En la arquitectura constitucional antes descrita, no debe dejar de llamarse la atención sobre la tensión que existe en las democracias por el control del poder que se presenta entre los Parlamentos y los Tribunales Constitucionales, en donde, en todo caso, en nuestro sistema jurídico se atribuye al Congreso de la República la función no solo de promulgar las leyes, sino, adicionalmente, de reformar la Constitución, y así mismo, la de elegir a los magistrados de la Corte Constitucional de las ternas remitidas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Todo lo anterior, sin dejar de reiterar que la Corte Constitucional tiene límites en el ordenamiento jurídico y que su función la debe ejercer dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la Constitución Política, sin embargo, las técnicas, teorías y en general diferentes posibilidades de interpretación de la Constitución, han creado un entorno de gran poder de interpretación de la Constitución Política que obliga a un exigente ejercicio de autocontrol.

⁵⁴ Constitución Política. “Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación”.

⁵⁵ Constitución Política. “Artículo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

⁵⁶ Constitución Política. “Artículo 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas: 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. 3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema”.

Y es que, en este contexto, el estado de derecho y la democracia exigen no solo que los Tribunales Constitucionales tengan límites, sino, adicionalmente, controles efectivos, que permitan evitar que en el cumplimiento de sus funciones y ante la posibilidad de ostentar el poder de la última palabra para interpretar la Carta Política y dictar el derecho, actúen sin ningún tipo de control efectivo, y de esta manera, afecten la realización real del principio del control del poder. Sin lugar a dudas, en la actualidad, la manera en que se ejerce el control de constitucionalidad y la tensión subyacente entre los Tribunales Constitucionales y los Parlamentos que expresan una determinada concepción democrática basada en la libertad y dentro de un estado de derecho, refleja la contención del poder, y hace parte de la tradicional teoría de frenos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Conclusiones

- Según la Corte Constitucional, el poder constituyente originario o primario es ilimitado en cuanto a su competencia, pero es limitado por las normas imperativas del derecho internacional y los convenios internacionales de derechos humanos.
- El ejercicio del poder constituyente originario o primario necesita al derecho por medio de un procedimiento o forma que permita su expresión para el establecimiento de una Constitución, encontrando en el derecho su propio límite.
- El poder constituyente originario o primario se encuentra limitado por la libertad que le sirve de fundamento y no puede contradecir el constitucionalismo liberal que es su base y soporte.
- El poder constituyente originario o primario no es un salto al vacío, y se nutre de la historia y los valores, principios y reglas existentes en la sociedad que decide la promulgación por primera vez, o el cambio total, de una Constitución.
- El poder constituyente originario o primario se encuentra en la práctica condicionado por toda la legislación y las normas que rigen en la sociedad en el momento de su ejercicio, sin que sea posible fundar en su totalidad un sistema jurídico, en tal virtud, actúa sobre un sistema jurídico ya en funcionamiento.

- Incluso en el establecimiento de una Constitución y en la defensa e integridad de su supremacía, el derecho libra una batalla intensa y compleja por limitar y controlar el poder, estableciendo las formas, requisitos y procedimientos para su expresión.
- La Corte Constitucional se encuentra limitada por aquel mandato que ordena que cumpla su función dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la Constitución Política.
- La Corte Constitucional tiene mecanismos internos que permiten revisar sus propias decisiones y así controlar el ejercicio de su función.
- La Corte Constitucional tiene mecanismos de control por medio de la regulación del fuero de sus integrantes que atribuye las correspondientes competencias para su investigación y juzgamiento a otros órganos del Estado.
- Los frenos y contrapesos se expresan igualmente en la tensión existente entre los Parlamentos y los Tribunales Constitucionales realizando el principio de control del poder.

Bibliografía

Doctrina

DE VEGA GARCÍA, Pedro. “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 100 (1998): 13-56.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducido por Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional: Límites de la mutación constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Argentina: Ediciones Olejnik, 2023.

- KANT, Immanuel. *Obras de Immanuel Kant*. Iberia Literatura, 2015.
- PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Congreso de Diputados, 1987.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La Constitución, un concepto polémico y cambiante, Extracto de fundamentos de derecho administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid: Aguilar, 1973.
- ULPIANO, Reglas. Libro I. Digesto. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/14.pdf>
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti*. Turín: UTET, 1993.

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E) de la Corte Suprema de Justicia.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M. Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1200 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-644 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-1040 y 1045 de 2005, Sala Plena.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-740 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-757 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-249 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-305 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-333 de 2012, M. P. María Victoria Calle.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-415 del 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-640 de 2012, M. P. María Victoria Calle.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-084 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-031 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-253 de 2017, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-630 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-140 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-193 de 2020, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-294 de 2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-089 de 2022, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Auto A-588 de 2022, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Normas

Constitución Política de Colombia

Código Civil de Colombia

Código de Procedimiento Penal

Decreto 2067 de 1991

Decreto 2591 de 1991

Normas internacionales

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789.