

UNIVERSIDAD DE CALDAS
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO



**PRINCIPALES LIMITES DEL PODER DE REFORMA EN EL MARCO DE LA
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Presentada por:

YEISON SAMUEL SOGAMOSO ELIZALDE

Asesor:

PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMÍREZ

Para obtener el grado académico de:

Magister en Derecho Público

COLOMBIA

2022

Agradecimientos

Primero a Dios por su amor, su bondad, su compasión, que me han permitido superar todas las adversidades y retos que me ha puesto la vida, pues sin él no sería nada, no sería la persona que hoy soy.

Segundo, a mi madre, mis hermanas, mi pareja y a mi compañera de trabajo, que día a día me motivaron a continuar, persistir y no desistir en este proceso de aprendizaje.

Tercero, pero no menos importante a mi Asesor, el Doctor Paulo Bernardo Arboleda Ramírez, por sus excelentes asesorías, apoyo, comprensión y motivación de comienzo a fin.

Dedicatoria

A mi madre, mi pareja y compañera de trabajo, quienes me apoyaron incondicionalmente, con su paciencia, comprensión y motivación. Así mismo a Dios, que toda la honra y gloria sea para él.

Índice de Contenidos

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO 1	11
EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	11
0. Introducción.....	11
1. Democracia	12
2. Democracia Constitucional Colombiana.....	16
3. Poder de Reforma Constitucional.....	20
Conclusiones	24
CAPITULO II.....	26
LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: Límites formales y sustantivos del poder de reforma constitucional en Colombia	26
0. Introducción.....	26
1. Límites al poder de reforma constitucional	27
1.1. Límites formales al poder de reforma constitucional:.....	29
1.2. Límites sustantivos o materiales al poder de reforma constitucional	33
2. Teoría de la sustitución constitucional.....	35
2.1. Aplicación del Test de Sustitución Constitucional al Acto Legislativo 01 de 2020	37

Conclusiones	46
CAPITULO III	48
LIMITES DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCION	48
0. Introducción	48
1. Control constitucional como límite al poder de reforma constitucional por parte de los jueces	49
2. Principios esenciales de la Constitución como límites al poder de reforma constitucional	54
3. Control de constitucionalidad sobre los actos legislativos y su aplicación al Acto Legislativo 01 de 2020	56
4. ¿Debe la Corte Constitucional limitar el poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana y de los principios esenciales de la Constitución Política de 1991?	60
Conclusiones	62
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES	67
REFERENCIAS	69

RESUMEN

En el presente documento se realizara un análisis de los principales límites al poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana, para ello, inicialmente se abordará desde diferentes doctrinantes el concepto de democracia, y de esta manera entrar en el campo de la democracia constitucional colombiana, determinando cómo está constituida y cuáles son los mecanismos de participación ciudadana que permiten la intervención en las decisiones que conciernen a todos, y con esto empezar a examinar el poder de reforma constitucional, por lo que seguidamente se abordaran los limites formales y sustantivos de dicho poder en Colombia y así dar paso a la Teoría de la Sustitución Constitucional implementada por la Corte Constitucional desde el año 2003, y su concerniente aplicación al Acto Legislativo 01 de 2020 por medio del cual se eliminó la prohibición de la cadena perpetua, dando vía libre para su aplicación frente a la comisión de determinados delitos contra niños, niñas y adolescentes, y finalmente se abordara de manera concreta los límites al poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana y de los principios esenciales, procediendo a realizar un estudio del control de constitucionalidad, estableciendo quien lo ejerce y a través de qué mecanismos o acciones, así como también la determinación de los principios que la Corte Constitucional ha definido como esenciales en la Constitución Política de 1991, y con esto precisar las razones por la cuales este máximo tribunal declaro inexecutable el acto legislativo antes mencionado, y en consecuencia fijando los argumentos por los cuales la Corte debe limitar el poder de reforma constitucional derivado.

Palabras clave: Principio democrático, Test de sustitución constitucional, principios esenciales, cadena perpetua, poder de reforma constitucional.

ABSTRACT

In the present document, an analysis will be made of the main limits to the power of constitutional reform in the framework of Colombian constitutional democracy, for which purpose, initially, the concept of democracy will be addressed from different doctrines, and thus enter the field of Colombian constitutional democracy, determining how it is constituted and what are the mechanisms of citizen participation that allow intervention in decisions that concern everyone, and with this to begin to examine the power of constitutional reform, so that the formal and substantive limits of that power in Colombia are then addressed and thus give way to the Theory of Constitutional Substitution implemented by the Constitutional Court since 2003, and its application to Legislative Act 01 of 2020, by which the prohibition of life imprisonment was eliminated, giving free rein to its application against the commission of certain crimes against children and adolescents, and finally, the limits to the power of constitutional reform within the framework of Colombian constitutional democracy and the essential principles will be addressed in a concrete manner, by carrying out a study of the control of constitutionality, establishing who exercises it and through what mechanisms or actions, as well as the determination of the principles that the Constitutional Court has defined as essential in the 1991 Constitution, and with this to specify the reasons why this supreme court declared the above-mentioned legislative act to be unenforceable, and consequently establishing the arguments by which the Court must limit the power of constitutional reform derived.

Keywords: Democratic principle, Constitutional substitution test, essential principles, life imprisonment, constitutional reform power.

INTRODUCCIÓN

Para entender el del poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional, se debe empezar por comprender el concepto de democracia, y no solo desde acepción básica del gobierno del pueblo para el pueblo como lo dice Santori, si no como un todo, más amplio, que abarca todo un sistema de gobierno, donde predomina la participación activa de los ciudadanos y sus representantes en la toma de decisiones colectivas, como lo desarrolla el mismo Santori, Carpizo, o Dahl que sintetiza diciendo que la democracia es el sistema de gobierno que permite enfrentar las necesidades sociales.

En ese sentido, la Constitución Política de 1991 consagra para Colombia un sistema democrático constitucional, en el que se establecen, garantizan y promocionan mecanismos de participación ciudadana, que permite al ciudadano de manera directa involucrarse en la toma de las decisiones en beneficio de todos, y/o través de sus representantes elegidos popularmente, decisiones de estos últimos que el poder judicial viene limitando, que como lo expone Bickel, da lugar a disposiciones contramayoritarias.

Por tanto, el poder de reforma constitucional está estipulado en la misma Constitución Política, a establecer y dotar de capacidades y funciones a determinados autoridades para que, a través de los mecanismos o procedimientos establecidos en la misma norma superior, adelanten las reformas que se consideren pertinentes, sin sobrepasar las condiciones de la delegación, según los señala Sieyés, pues se trata de un poder de reforma constitucional derivado y no originario.

Lo anterior, no quiere decir que la Constitución Política sea inmodificable, pues si bien es cierto que es la norma superior, ésta también debe de adecuarse y responder a los llamados de la sociedad, sin tener que ser alterada en su esencia con el fin de que pueda perdurar en el tiempo, según las aseveraciones de Risso, es por ello entonces que el poder de reforma puede ser ejercido por el Congreso de la Republica a través de

acto legislativo, el pueblo a través de referendo o por una asamblea nacional constituyente, que como se dijo, están sometidos a unos límites de procedimiento y de contenido, pues como lo ha dicho la Constitucional, efectuada la reforma, la Constitución debe conservar su esencia, sus principios y valores.

Es así que, la Corte Constitucional con el objetivo de verificar el contenido material de la reforma, en el año 2003 a través de su jurisprudencia implemento el Test de Sustitución desarrollándolo a través de tres premisas, una mayor, una menor y una de síntesis, que aplicadas al caso concreto del Acto Legislativo 01 de 2020 que permitió la implementación de la cadena perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano, determinan que es un acto contrario a los principios esenciales de la norma de normas, teniendo que ser declarado inexecutable.

Así las cosas, y como dice Mendieta, es claro que cuando existe incompatibilidad entre una disposición constitucional y otra ley o norma jurídica, se deberá aplicar la constitución, dada la supremacía de esta, que se garantiza a través del control constitucional, que, siguiendo a Rey, involucra al poder judicial en su jurisdicción constitucional, contencioso administrativa y ordinaria, así como también el control por vía de excepción que faculta a todo particular o servidor público inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución.

Por ello, la Corte Constitucional, al realizar el estudio de constitucionalidad de los actos que se le someten a su conocimiento, en sus pronunciamientos, realiza la tarea de establecer cuáles son los principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991 y que no debe ser modificados en su esencia, para que la reforma no se convierta en una sustitución, por tal motivo es que en el caso del Acto Legislativo 01 de 2020, determino que este vulneraba principios básicos axiales como el Estado Social y Democrático de Derecho, basado en la dignidad humana y en una regresividad en la política criminal, siendo claro entonces que la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución debe limitar el poder de reforma constitucional derivado.

En ese orden de ideas, el presente trabajo se desarrolla en tres capítulos, I. El poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana; II. Límites al poder de reforma constitucional: Límites formales y sustantivos al poder de reforma constitucional en Colombia y III. Límites de poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana y de los principios esenciales de la Constitución.

CAPITULO 1

EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

0. Introducción

Para hablar del poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional, este se debe abordar desde tres puntos: primero, se parte de una concepción básica que alude al gobierno del pueblo; para luego pasar a la conceptualización planteada por diferentes autores como Santori, Bobbio, Kelsen, entre otros, que llegan a determinar que la democracia es un sistema de gobierno, donde los representantes del pueblo a quienes se les ejerce control, toman las decisiones con fin de garantizar derechos y libertades para todos.

El segundo punto, se concentra en el sistema democrático constitucional colombiano, señalando que en la Constitución Política de 1991 se pasó de una democracia representativa a una democracia participativa en la que los ciudadanos no solo se limitan a ejercer su derecho al voto, si no que están más involucrados en la toma de decisiones a través del ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana, consagrados también en la misma Constitución y desarrollados por la Ley. En este contexto, cabe indagar si estos derechos de participación están siendo limitados en su desarrollo por los jueces de la república, quienes emiten decisiones que pueden ser contramayoritarias, desconociendo lo aprobado por los representantes del pueblo.

En el tercer punto, que hace alusión en concreto al poder de reforma constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, se hace énfasis en el poder de reforma derivado, como aquel poder que la propia Constitución otorga a determinadas autoridades para que a través de diferentes mecanismos realicen las modificaciones que se consideren necesarias, teniendo que acatar para ello los procedimientos establecidos

en la misma Constitución; para que dichas modificaciones no resulten ser una sustitución de los principios, valores y esencia de la norma de normas.

1. Democracia

La concepción del termino Democracia, proviene de los términos griegos “*demos*” y “*kratos*” que significan pueblo y gobierno respectivamente; es entonces etiológicamente la democracia el gobierno del pueblo, (Sartori, 2015. p. 8), lo que indicia su origen mas no su definición, pues para Santori existen dos definiciones: la primera descriptiva, que define la realidad, el ser y, la segunda prescriptiva, que abarca el ideal de lo que debería ser, el deber ser, y determina que éstas no son excluyentes entre sí, señalando que “sin la verificación, la prescripción es “irreal”; pero sin el ideal una democracia “no es tal”” (2015).

En ese sentido, para Santori la democracia está dada en el sentido ideal, es decir, el poder o gobierno del pueblo, entendido como una relación armónica entre gobernantes y gobernados en la que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado (1988); por lo que se habla de una sociedad libre, sin ningún tipo de opresión por parte del Gobierno y en la que los representantes del pueblo, responden ante él por sus acciones u omisiones.

La Democracia es entonces una forma de gobierno del Estado donde el poder es ejercido por el pueblo a través de los mecanismos de participación dispuestos para la toma de decisiones, como lo expresa Bobbio al señalar que “se entiende por régimen democrático un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados” (1986. p. 9), determinándose a través de ese conjunto de reglas quiénes están autorizados para la toma de las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos; afianzando esto, con los seis procedimientos universales en los que se infiere que en

una democracia debe de existir la libertad de expresión, de elección, igualdad, bienestar general y la capacidad para su ejercicio, al expresar Bobbio que,

1) Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él; 2) El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso; 3) Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados, en concurrencia entre ellos; 4) Deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos a elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos; 5) Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos; 6) Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones. (2009. p. 460).

En esa misma línea, Kelsen define la democracia como la "identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo" (1980. p. 30); dado esto, dentro de un ordenamiento jurídico estatal que haya sido creado por los mismos subordinados a través de los diferentes mecanismos que se contemplen para ello, como la democracia directa; es decir, una asamblea popular o por lo representantes del pueblo y/o autoridades como lo es la democracia representativa, en la que los representantes están avalados por un partido político, que para Kelsen juegan un papel importante en una democracia, al ser "uno de los elementos más destacados de la democracia real", pues otorga al ciudadano la capacidad de poder escoger entre diferentes alternativas de solución; es decir, que los partidos políticos permiten "reunir a los afines en ideas con objeto de garantizarles una influencia eficaz en la marcha de la vida pública" (p.35).

En ese orden, la democracia es la elección de los representantes y/o dirigentes del pueblo, elegidos por el pueblo, quienes deberán representar sus intereses por el termino concedido, es decir, que “la democracia es un sistema en el cual nadie puede seleccionarse a sí mismo, nadie puede investirse a sí mismo con el poder de gobernar y, por lo tanto, nadie puede arrogarse un poder incondicional e ilimitado” (Sartori, 1988. p. 204), por lo tanto, en una democracia nadie podrá declararse representante de otro sin tener su consentimiento, aprobación o elección, además de obligatoriamente tener que ser una representación limitada en el tiempo.

La democracia trae consigo entonces límites y controles al poder, que puede ser reducido en caso de ser necesario, pues dice Sartori que lo que la democracia no es, afecta adecuada y concluyentemente sobre lo que es y, agrega que “la democracia a gran escala es un procedimiento y mecanismo que genera una poliarquía abierta cuya concurrencia en el mercado electoral atribuye el poder al pueblo y específicamente hace valer la responsabilidad de los lideres para con los liderados” (p. 202).

En palabras más sencillas, la democracia hace referencia a una forma de gobierno, en la cual los ciudadanos participan en la toma de decisiones, en donde existe el bien común, la libertad y la igualdad para todos; siendo obligación de un gobierno democrático implementar las medidas necesarias para que las necesidades básicas de un ciudadano sean satisfechas, cuando menos en la medida que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente los derechos y libertades fundamentales; pues no puede existir democracia donde no haya garantía de los derechos humanos. Carpizo (2007. p. 357), recoge lo expuesto en su definición, así:

Democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.

Y agrega más adelante que “la democracia se edifica y preserva con reglas, éstas sólo pueden encontrarse en el orden jurídico, libremente construido por los representantes de los ciudadanos o por éstos mismos dentro de los cauces que señala la Constitución” (p. 365); es decir, que una democracia se sostiene en el tiempo, siempre y cuando no se alteren los preceptos que la constituyeron; o en caso de modificaciones, se haga conforme a los procedimientos establecidos, con el fin que el sistema o estructura estatal quede conforme a los intereses y al bienestar general, y por tanto, no se pierda o trasgreda la esencia de la constitución, como lo son sus principios, valores y fines.

En ese sentido, Adam Przeworski (1995) señala que la democracia es “el único mecanismo por el que el pueblo puede ejercer el poder y la única forma de libertad política factible en nuestro mundo” (p. 27) y, añade que en esta forma de gobierno la toma de decisiones es indirecta, por cuanto a la colectividad se le debe “ofrecer alternativas reales, partidos políticos que lean las preferencias de todos los ciudadanos y comparen el apoyo numérico para cada una de ellas” (2010, p. 167); es decir, que una vez conocidas las propuestas de cada partido político, el ciudadano pueda escoger libremente la opciones que considere mejor. Al respecto, Adam es claro en determinar que la democracia es un sistema en el cual algunos partidos pierden las elecciones. (1995. p. 14), ya que todos no pueden ganar; postulados que recogen lo ya expuesto en líneas anteriores, en el sentido que el poder del pueblo se ejerce a través de la democracia representativa, donde los ciudadanos en ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana, eligen sus líderes, con el fin de que estos mediante sus planes de gobierno, lleven por el mejor camino el sistema estatal.

Finalmente, y recogiendo todos los conceptos antes relacionados, Robert Dahl señala que la democracia será la forma de gobierno que a futuro rija en gran parte del mundo a través de una continua evolución que le permita enfrentar las necesidades sociales que se presenten (2004, p. 52); además, Dahl considera que la democracia ayuda a evitar gobiernos autócratas, crueles y depravados, garantizando derechos humanos, libertades, principios, participación, igualdad, entre otros aspectos, que otras

formas de gobierno no podrían (p. 48), pues la democracia es tolerancia, dialogo y discusión, es un espacio abierto a todas la ideas (Carpizo 2007) que permitan consensos en busca del progreso tanto personal como social.

Por tanto, la democracia es un sistema de gobierno, donde el pueblo, los ciudadanos creen tener el poder al intervenir en la toma de las decisiones que los involucran, pues eligen a sus representantes y les hace control ante sus acciones u omisiones, ya que al final de cuentas, son ellos quienes toman las decisiones, basados en la premisa que representan a las mayorías; siendo su deber ser, lograr que se garanticen derechos y libertades en igualdad para todos sus conciudadanos, y con ello mantener una buena relación que permita un sano ejercicio del poder.

2. Democracia Constitucional Colombiana

En Colombia como Estado Social de Derecho, la democracia está erigida desde la Constitución Política de 1991 en su preámbulo al señalar que, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, decreta, sanciona y promulga la Constitución para garantizar un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana; y seguidamente en su primer artículo ratifica esto, al establecer que,

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Y es así, como a lo largo de todo el articulado constitucional se desarrolla y fundamenta la democracia constitucional en Colombia, pues es claro que a partir de 1991 el Estado colombiano acogió “la democracia constitucional como su régimen político,

alrededor de los principios, valores y mandatos del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1). Dicha decisión la tomó el pueblo colombiano en un acto de libre ejercicio de su soberanía e independencia política” (Sentencia C-644 de 2004).

Así mismo, la Constitución Política de 1991 desarrolla una trascendencia de la democracia representativa a la democracia participativa, en la que los “administrados no se limitan a votar cada cierto tiempo, sino que tienen una injerencia directa en la decisión, ejecución y control de la gestión estatal en sus diversos niveles de gobierno” (Sentencia T-469 de 1992). Es así que a la luz de la Corte Constitucional la democracia participativa es la garantía que tiene todo ciudadano de incidir en diferentes ámbitos que permiten orientar al Estado y a la sociedad, como en el político, económico, administrativo, social, educativo, entre otros (Sentencia C-336 de 1994) y, que Cristina Pardo ha referenciado como la que permite a los ciudadanos a través de las estrategias constitucionales y legales tomar decisiones directamente o participar en sus debates y ejercer control directo sobre el ejercicio de la función pública (2011. p. 65).

En otras palabras, la democracia constitucional en Colombia está concebida como una democracia participativa que le da al ciudadano el derecho y la garantía de participar activa y permanente de las decisiones que lo gobiernan, tanto así que la participación está consagrada en la Constitución como un fin esencial del Estado (Constitución Política, 1991, Artículo 2). Vargas señala que la participación “implica el sentimiento de los ciudadanos de estar involucrados en el juego político, de ser tomados en cuenta en el debate político y no del sentimiento de tener que esperar pasivamente, las medidas favorables a su destino” (1994. p. 26), siendo entonces la acción y efecto de tomar parte en algo, como en procesos decisorios y políticos (Sánchez & Muriel. 2007. p. 12) a través de los diferentes mecanismos de participación que contempla el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es la misma Constitución la que consagra los mecanismos de participación, determinándolos en los artículos 40 y 103, como los medios a través de los cuales se materializa participación democrática, y se permite la intervención de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político, y que se encuentran

reglamentados por la Ley 134 de 1994, a saber, la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto (Artículo 1); y que a su vez, son promovidos y protegidos por la Ley Estatutaria 1757 de 2015, con el fin de garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político (Artículo 1).

La iniciativa popular legislativa y normativa, está contemplada como el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de normas jurídica ante la corporación pública correspondiente, llámese Congreso de la República, Asamblea o Concejo, para que sean debatidos, aprobados, modificados o negados; el referendo es la convocatoria al pueblo para que decida si aprueba o rechaza un proyecto de norma jurídica o derogue o no una ya vigente; la consulta popular es el mecanismo mediante el cual una pregunta de contenido general y de trascendencia municipal, departamental o nacional, es sometida a consideración del pueblo, por quien la convoque según su incidencia, siendo obligatoria la decisión adoptada por el pueblo; la revocatoria del mandato es un pronunciamiento directo de la ciudadanía a través del voto, en el que se decide terminar con el mandato dado a la máxima autoridad municipal o departamental, ejercicio que aunque se ha iniciado en reiteradas ocasiones, hasta la fecha no ha prosperado; por su parte, el plebiscito es una convocatoria a la ciudadanía efectuada por el ejecutivo nacional, para que determine si apoya o rechazada determinada decisión tomada por éste; el cabildo abierto, es la participación pública y directa de los ciudadanos ante el Concejo Municipal con el fin de debatir temas de interés para toda la comunidad (Congreso de la Republica. Ley 134 de 1994); y, por último, se encuentra el voto, el cual está instituido como el pilar fundamental de todo sistema democrático, pues es “el mecanismo idóneo para garantizar la participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2004). Así mismo “el voto constituye la base de la legitimidad y funcionamiento de la democracia instituida, pues garantiza la intervención directa de la población en los procesos electorales, y más concretamente, en los de elección de sus propios representantes o gobernantes” (Ibídem).

De acuerdo con lo anterior, la democracia participativa constitucional colombiana permite que los ciudadanos puedan i) determinar quién tomara las decisiones a través de la elección de sus representantes; ii) Promover una deliberación para la toma de decisiones a través del cabildo abierto o la iniciativa popular normativa; y iii). Adoptar una decisión directamente por medio del referendo o la consulta popular (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2015). La alta Corte ha dejado claro que los instrumentos de participación democrática no se limitan a la organización electoral, si no que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria (Sentencia C-336 de 1994), ya que las decisiones adoptadas a través de estos mecanismos repercuten en todas las esferas de la vida de una persona.

Ahora bien, pese a que la Corte Constitucional en su momento señaló que “el fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente” (Sentencia C-180 de 1994), las decisiones tomadas a través de dichos mecanismos de participación ciudadana están siendo limitadas o desconocidas por el poder judicial al declarar inexecutable leyes y actos legislativos que han sido aprobados por los representantes del pueblo, representando esto un poder contramayoritario, pues es una minoría la que decide si expulsa o no del ordenamiento jurídico normas que han sido creadas por los representantes del pueblo.

Y es que, como lo expone Bickel, los jueces hacen parte de la rama del poder público más antidemocrática, pues no son elegidos por el pueblo y no representan a las mayorías, (1978) por lo que no estarían facultados para modificar o corregir las leyes creadas por el legislativo, presentándose entonces un choque entre la decisión mayoritaria o democrática tomada por los ciudadanos o sus representantes y la posición contramayoritaria de los jueces o las cortes con el argumento de defender derechos fundamentales y, con ello, esquilmar la democracia representativa.

En ese mismo sentido se expresa Rivera (2011) al señalar que “el argumento contramayoritario es una imputación antidemocrática hecha al control jurisdiccional de la

constitucionalidad de las leyes en manos de un poder judicial no electo y constituye una objeción incrustada en el centro de nuestro pensamiento jurídico-democrático” (p. 408). Este autor aclara que por argumento contramayoritario se debe entender la falta de legitimidad del poder judicial frente al legislativo para realizar un control de constitucionalidad, pues es evidente que éstos funcionarios siendo minoría, y que no han sido elegidos por el pueblo, pueden vulnerar, anular y/o desconocer la voluntad de todo un pueblo, que se ha manifestado a través de sus legítimos representantes.

3. Poder de Reforma Constitucional

Una reforma constitucional tiene como objetivo adecuar las normas superiores a las necesidades sociales y políticas, y con ello asegurar su permanencia en el tiempo (Higuera 2017. p. 101). Es entonces el poder de reforma constitucional un poder constituido, creado y regulado por la misma constitución, teniendo establecido límites formales y materiales para su ejercicio y que se diferencia del poder constituyente, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, la modificación de la Constitución es un “acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el pueblo soberano a ciertos titulares, la cual habrá de ser ejercida siguiendo los procedimientos instituidos también por el soberano” (Sentencia C-1200 de 2003).

Es claro entonces que existe un poder de reforma originario o poder constituyente y, otro derivado o secundario, entendiendo por el primero, aquel que “tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010), que no está sometido a ningún control, ni límite jurídico, pues es el establecimiento de un orden jurídico nuevo.

El poder constituyente deviene del pueblo, que como lo dice Leiva “posee *per se* un poder soberano absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional,

pues sus actos son político-fundacionales, y no jurídicos; y su validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad” (2021. p.129), ocasionando por lo general, una ruptura del orden jurídico anterior, y en se mismo sentido Higuera señala que la Constitución no otorga poder a ninguna autoridad para que actúe contra ella y soporta su argumento citando a Sieyès (2008) “Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo de las condiciones de su delegación. Las leyes constitucionales son, en este sentido, “fundamentales” (2017. p. 104).

En ese sentido, al ser el poder constituyente un poder supremo, originario, eficaz y revolucionario, su función es crear un poder y orden jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003). Es importante tener presente que su análisis y desarrollo no es objeto de este trabajo, pues ha de enfocarse en los mecanismos de reforma a la constitución y lo que ello implica.

Es así que, por el poder de reforma constitucional o derivado, es un poder instituido por la misma constitución a determinadas autoridades para que efectúen las modificaciones que se consideren pertinentes, siguiendo los debidos procedimientos establecidos en la misma carta, por tanto, el poder de reforma derivado,

se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles. (Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010).

Así las cosas, el poder constituyente secundario no puede concebirse como un poder constituyente originario y, por tanto, no tiene la facultad o competencia para destruir la constitución, ya que, al ser un poder constituido, está sometido al imperio de la constitución, y en ese sentido, tampoco le está dada la facultad de sustituir la

constitución (Leiva, 2021. p. 130). La Corte Constitucional se ha referido a la sustitución como una transformación de tal magnitud y trascendencia que el texto constitucional antes de la reforma, resulta opuesto e integralmente diferente a lo establecido con la reforma, siendo incompatibles al cambiarse el sentido de la norma constitucional (Sentencia C-084 de 2016).

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Título XIII De la reforma de la Constitución, artículo 374, determina que ésta puede ser reformada a través de tres procedimientos, i) por el Congreso, ii) por una Asamblea Constituyente o iii) por el pueblo mediante Referendo, y que son desarrollados en los artículos posteriores.

Respecto de las modificaciones realizadas a través del Congreso de la República, éstas se materializan a través de actos legislativos, que son normas jurídicas expedidas por el Congreso con el objetivo de reformar, adicionar, o derogar algún artículo de la Constitución Política (Congreso de la Republica, Ley 5 de 1992. Artículo 221). Estos requieren de la iniciativa del Gobierno, de diez (10) miembros del Congreso, el 20% de los concejales o diputados o el 5% de los ciudadanos que conforman el censo electoral vigente; su trámite se desarrolla durante dos períodos ordinarios y consecutivos, según lo establece el artículo 375 constitucional, y que implica la realización de ocho debates parlamentarios, cuatro durante la primera vuelta que para su aprobación es necesario lograr una votación de la mayoría simple, y otros cuatro durante la segunda vuelta que requiere la aprobación de la mayoría absoluta (Quinche, 2020).

La segunda modalidad de reformar la Constitución, esto es por Asamblea Constituyente, el artículo 376 establece que el Congreso mediante Ley dispondrá que el pueblo decida si convoca o no a la Asamblea, según los términos indicados en la misma ley (Constitución Política de 1991); por tanto, el Congreso se sustrae de la tarea de reformar la Constitución, quedándole suspendida dicha facultad, la cual entrega a un cuerpo u órgano especial como lo es la Asamblea (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-222 de 1997).

Lo anterior, lo ha desarrollado y sintetizado la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2015, estableciendo ocho reglas básicas, que Quinche recoge así:

La competencia para su convocatoria corresponde al Congreso, siendo “quien efectúa la consulta”; la ley que dispone la consulta, debe ser aprobada por la mayoría absoluta de una y otra cámara; la misma ley debe indicar la competencia, el período y la composición de la asamblea constituyente; la Corte Constitucional tiene competencia para efectuar el control sobre la ley que convoca a la asamblea constituyente “solo por vicios de procedimiento en su formación”; la convocatoria solo procede si vota afirmativamente la tercera parte de los integrantes del censo electoral; aprobada la convocatoria por el pueblo, los ciudadanos deben elegir los miembros de la asamblea por voto directo y en acto electoral autónomo; una vez elegida la asamblea, queda suspendido el poder de reforma del que es titular el Congreso durante el término asignado para cumplir su labor; y la asamblea tendrá la competencia para fijar su propio reglamento (2020, p. 35).

En lo que refiere a la modificación de la Constitución a través del referendo, éste se encuentra concebido como el mecanismo de participación ciudadana “mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, expresadas en un texto ya elaborado de proyecto; lo hay para derogar reformas constitucionales y leyes, para aprobar reformas a la Constitución y para convocar asambleas constituyentes” (Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994); y que la Ley 134 de 1994 a definido como “la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente” (Artículo 3). En esta misma disposición legal se establece dos modalidades de referendo, el derogatorio que es el “sometimiento de un acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no” (artículo 4); y el aprobatorio que es aquel en el que se somete a consideración del pueblo una iniciativa

popular que no fue adoptada por la correspondiente corporación pública, para que decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente (artículo 4).

Este mecanismo de reforma a la Constitución involucra diferentes autoridades y fases, i) fase de iniciativa popular o gubernamental, con intervención del pueblo y de los órganos electorales; ii) fase legislativa, con participación del Congreso que expide la ley que convoca al referendo; iii) fase jurisdiccional, por parte de la Corte Constitucional con su control automático y iv) fase electoral que involucra al Presidente quien hace la convocatoria y las votaciones en si por parte del pueblo (Quinche. 2020).

Con todo lo anterior, queda claro que la Constitución Política de 1991 es una constitución rígida, pues para su reforma se requiere de un procedimiento establecido por ella misma, especial y diferente al procedimiento ordinario para la creación de leyes (Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1998), esto con la finalidad de una vez surtida la reforma, la esencia de la constitución, como sus principios y valores, no se pierdan o trasgredan.

Conclusiones

La democracia es un sistema de gobierno donde los ciudadanos bajo el entendido que tienen el poder a través de los diferentes mecanismos de participación ciudadana, intervienen en las decisiones que los involucran, como en la elección de sus representantes ante las diferentes instancias, quienes con la premisa de representar a las mayorías son los que toman las decisiones con el fin de garantizar derechos y libertades en igualdad para todas las personas.

En este sentido, la Constitución Política de 1991 desarrolla el paso de una democracia representativa a una democracia participativa, al permitir a los ciudadanos tener injerencia, incidencia y control en la gestión estatal y en el ejercicio de la función

pública, pues las decisiones que se toman a través de los mecanismos de participación repercuten en la vida individual, familiar, social y comunitaria y, trascienden a los ámbitos que orientan al Estado y a la sociedad como el político, económico, administrativo, social, educativo, entre otros.

Ahora bien, el poder contramayoritario es ejercido por el poder judicial, que no es elegido popularmente, pero que a través de un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes puede declarar la inexecutable de leyes y actos legislativos que han sido aprobados por los representantes del pueblo, con el argumento de defender derechos fundamentales; con ello se puede estar vulnerando, anulando y desconociendo la voluntad de todo un pueblo que se ha manifestado legítimamente.

Así las cosas, el poder constituyente originario es fundacional, pues tiene como objetivo el establecimiento de una nueva constitución, un nuevo orden jurídico, que en su creación no está sometido a ningún control, ni límite jurídico, cuya validez devine de la voluntad política de la sociedad.

De este modo, el poder constituyente secundario es un poder instituido por la misma constitución a determinadas autoridades para que efectúen las modificaciones que se consideren pertinentes, acogiendo los procedimientos establecidos por la misma constitución y, por tanto, no tiene la facultad o competencia para destruirla y/o sustituirla.

En este orden de ideas, la Constitución Política de Colombia de 1991 se considera una constitución rígida, al requerir para su reforma un procedimiento especial, pues la misma establece las formas y procedimientos a través de los cuales puede ser reformada, con el fin que una vez hecha la reforma, la constitución no pierda su esencia, valores y principios que la fundaron.

CAPITULO II

LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: Límites formales y sustantivos del poder de reforma constitucional en Colombia

0. Introducción

La Constitución Política es el fundamento de todo un sistema normativo, y de ella se desprende el diseño institucional y garantista del Estado, por tanto, la norma de normas debe de mantener su supremacía sobre las demás normas, pero inevitablemente, con el fin de adaptarse a nuevas necesidades y realidades sociales debe tener cierta flexibilidad que le permita adecuarse a esas circunstancias, sin perder su esencia original y estructural; y en ese sentido, como lo ha expuesto Risso (2005), las normas se deben adecuar según los comportamientos sociales con el fin de perdurar en el tiempo.

Es por ello que la misma Constitución establece los mecanismos a través de los cuales puede ser reformada, y que están sometidos a unos límites, por cuanto el poder de reforma constitucional no es absoluto, ya que, de acuerdo con la Corte Constitucional, efectuada la reforma la Constitución debe conservar su esencia, sus principios y valores. En ese orden, se habla entonces de límites formales y de límites materiales: los primeros corresponden al cumplimiento del procedimiento establecido que debe adelantar el órgano competente para efectuar la reforma, según el mecanismo. Y los segundos, hacen referencia al contenido de la reforma, por lo que el órgano reformador no puede emitir actos reformativos que sean contrarios al sentir de la norma suprema.

En ese orden de ideas, y con fin de verificar el contenido material de las reformas, la Corte Constitucional ha desarrollado un Test de Sustitución Constitucional, basado en una premisa mayor, una premisa menor y una premisa de síntesis, que aplicadas al caso concreto del Acto Legislativo 01 de 2020 “por medio del cual se reformó el artículo 34 constitucional” dando vía libre a la aplicación de la condena a cadena perpetua ante la

comisión de determinados delitos, se determinó que este limitaba o abolía principios esenciales de la Constitución Política de Colombia de 1991, teniendo que ser declarado inexecutable y por tanto expulsado del ordenamiento jurídico.

1. Límites al poder de reforma constitucional

Las normas en palabras de Aristóteles no deben conservarse siempre inmutables, sin embargo, advierte que para hacerse obedecer la ley “no tiene otro poder que el del hábito, y el hábito sólo se forma con el tiempo y los años, de tal manera que sustituir ligeramente las leyes existentes con otras nuevas, es debilitar la fuerza misma de la ley” (2006, p 31); en ese sentido, una constitución en determinado momento debe de someterse a modificaciones y/o reformas que le permita seguir perdurando en el tiempo, tal y como lo expone Risso al mencionar que “las reformas constitucionales se van dando de acuerdo al cambio en los comportamientos sociales, pues de no ser así la Constitución quedaría petrificada y no cumpliría sus funciones” (2005, p. 337).

En el caso de Colombia, efectivamente la Constitución Política de 1991 como se ha dicho, consagra tres mecanismos para hacer reformas constitucionales, por Acto legislativo, Asamblea constituyente y por Referendo (Artículo 374); dándole con ello el poder de reformar al legislador, al pueblo y a la asamblea nacional constituyente, quienes en su procedimiento para reformar la constitución, están sometidos a unos límites, “los cuales imponen diversas obligaciones al principio de flexibilidad, garantizando, mediante la rigidez, la estabilidad y supremacía de la Carta Magna” (Higuera, 2017. p. 101). Estos límites pueden ser explícitos e implícitos que como lo expone Sierra “los límites explícitos consisten básicamente en las restricciones procedimentales, y temporales” y, “los límites implícitos tratan de valores, principios, fines, derechos, instituciones, de manera que su ubicación o determinación se debe realizar mediante una interpretación” (1998, p. 27 - 29), y que la Corte Constitucional ha manejado como límites formales y límites materiales, al exponer en su Sentencia C-141 de 2010 que los “límites al poder de reforma no sólo son los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas

por la Constitución y las normas legales, sino también los que se derivan del alcance de su competencia, cual es reformar la Constitución”. Siendo este último, los límites materiales, pues al poder de reforma constituido, en su “facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

Ahora, la Corte Constitucional en Sentencia C-971 de 2004, trayendo a colación la Sentencia C-551 de 2003, ha expuesto que no se puede,

en ejercicio del poder de reforma de la Constitución expedir normas que impliquen “un cambio de una magnitud y trascendencia que transforme real y materialmente la Constitución o la forma de organización política en otra opuesta o integralmente diferente”, doctrina que se encuentra conforme con lo dicho por la Corte anteriormente en su Sentencia C-544 de 1992.

Y seguidamente la Corte añade que la reforma a la Constitución se debe dar dentro de los límites señalados por la misma Constitución, acatando la forma y los trámites previstos en la misma, es decir, la competencia y el procedimiento; y advierte que derogarla y sustituirla por otra, solo le corresponde al Pueblo como titular de la soberanía, pues el constituyente derivado no puede sobrepasar los límites materiales de su competencia, no puede optar por una sustitución integral de la norma suprema.

En ese orden, los límites al poder de reformar de la Constitución están dados en el sentido de que, hecha la reforma, la Carta debe conservar su esencia, su identidad y el sentido dado por el constituyente originario, por tanto, el poder de reformar de la Constitución no puede

desconocer los valores y principios que la informan pues, en tal caso, se produce tal sustitución desde el punto de vista cualitativo, aun cuando no se altere la redacción de todos los artículos constitucionales. Es decir, aún reformada, la

Constitución debe conservar la “identidad de su conjunto y desde una perspectiva material (Sentencia C-971 de 2004).

1.1. Límites formales al poder de reforma constitucional:

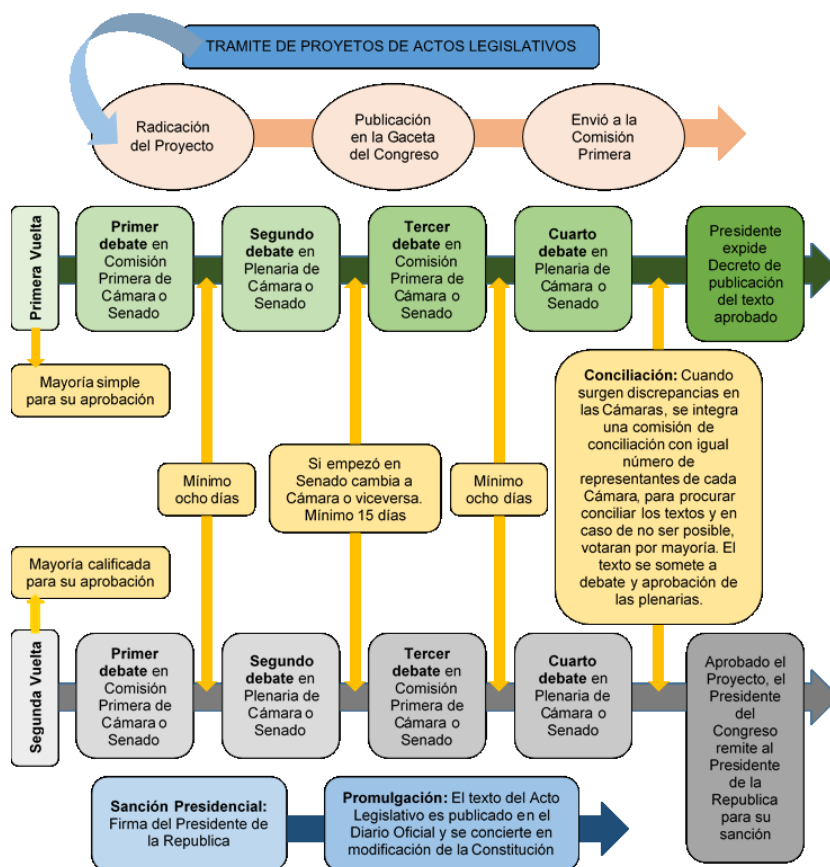
Los límites formales al poder de reforma constitucional se refieren a la forma, modo o procedimiento que debe llevar a cabo el órgano reformador, según las determinaciones de la misma Constitución y disposiciones legales y reglamentarias que complementen dicho proceso, pues esto estaría acorde con la facultad otorgada a la Corte Constitucional en el artículo 241 que establece que en el fin de conservar la integridad y supremacía de la Constitución, a la Corte le está facultado decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos, referendos y asambleas constituyentes sólo por vicios de procedimiento en su formación, que de acuerdo con Jiménez y Arboleda,

están constituidos por todas las anomalías en que se incurre durante el trámite legislativo o el proceso de reforma constitucional, ya sea por la omisión o quebrantamiento de cualquiera de los requisitos impuestos por el orden jurídico al proceso de formación y aprobación de las leyes, los que afectan su eficacia y validez (2020. p. 173).

Ese sentido, los actos reformativos, como ya se ha dicho se pueden dar de tres formas, esto es, los actos legislativos, el referendo y la asamblea nacional constituyente, determinándose para cada caso un procedimiento especial que debe ser cumplido con el fin de que la Corte Constitucional, una vez se le somete a su estudio dichas reformas, superen el estudio de constitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación (Constitución Política de 1991, Artículo 374 y siguientes).

Por tanto, un acto legislativo, en su proceso de formación y de acuerdo con el Reglamento del Congreso debe, primero, presentarse ante la Secretaria General de una

de las cámaras o en sus plenarios, bien sea por solicitud del Gobierno Nacional, por diez (10) miembros del Congreso, por un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva, o por un veinte (20%) por ciento de los Concejales o Diputados del país; segundo, deberá tramitarse en dos (2) periodos ordinarios y consecutivos, no necesariamente dentro de la misma legislatura; y tercero, para su aprobación se requeriría de ocho (8) debates, cuatro en primera vuelta, que debe ser aprobado por cada una de las cámaras por mayoría simple, y publicado por el Gobierno, y los otros cuatro debates, en segunda vuelta, donde se requeriría de mayoría absoluta para su aprobación. Así mismo, es claro que en la segunda vuelta no se podrán discutir temas que fueron rechazados o no incluidos en la primera; siendo aplicable a este trámite lo dispuesto para las leyes ordinarias, siempre y cuando no sean incompatibles, (Congreso de Republica, Ley 5 de 1992, Artículo 221 y siguientes), y que se puede resumir en el siguiente flujograma.



Fuente: Adecuación del flujograma publicado en la página web de la Corporación Excelencia en la Justicia (2022).

Ahora, es de precisar que el estudio de constitucionalidad de los actos legislativos es posterior y rogado, pues solo se activa, después de emitido el acto y cuando se instaura la demanda de inconstitucionalidad (Constitución Política de 1991, Artículo 2014.1), que deberá ser presentada en un término no superior a un año, pues una vez cumplido dicho termino se configura la caducidad de la acción (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 169)

En ese orden y siguiendo con el referendo, este debe ser a iniciativa del Gobierno o de al menos el 5% de ciudadanos que conforman del censo electoral (Congreso de la Republica, Ley 1757 de 2015, Artículo 9.a); teniendo que, el Congreso mediante ley, que debe ser aprobada por la mayoría de los miembros del Senado y Cámara de Representantes, someter a referendo un proyecto de reforma constitucional, que puede ser sobre cualquier temática de índole constitucional (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 170), en el que los electores libremente puedan escoger el temario o articulado, votando positiva o negativamente (Constitución Política de 1991, Artículo 378).

El referendo para su aprobación requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, que a su vez debe de exceder de la cuarta parte del total de ciudadanos que conforman el censo electoral (Constitución Política de 1991, Artículo 378; Congreso de la Republica, Ley 1757 de 2015, Artículo 41.b), y de acuerdo con la Corte Constitucional, la Carta Política proscribire dos fases de control jurídico a decisiones tomadas a través de este mecanismo: “En primer lugar, el control sobre la ley de convocatoria del referendo, que es de carácter automático, integral y limitado a los vicios de procedimiento y de competencia que se encuentren en la tramitación de la citada ley” (Sentencia C-141 de 2010); esto acorde con lo establecido en el Artículo 241.2 de la Constitución Política. En segundo lugar, trayendo a colación las Sentencias C-973 y C-1121 de 2004, señala que efectuado el acto reformativo y habiendo sido promulgado por el Presidente de la Republica, la “segunda fase de control son las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos ante la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, 2010), cuyo control se limita solo a verificar el cumplimiento de los requisitos en el procedimiento de formación del acto para esta modalidad.

Siguiendo con la asamblea nacional constituyente, el Congreso a través de ley aprobada por la mayoría de los miembros de la Cámara y el Senado podrá disponer que el pueblo por votación directa decida si convoca a una Asamblea Constituyente, (Constitución Política de 1991, Artículo 376), determinado en la misma ley, el número de delegatarios, la forma de su elección, la competencia el periodo de la asamblea (Congreso de la Republica, Ley 1757 de 2015, Artículo 20.e).

Para que haya lugar a la Asamblea, esta debe ser aprobada por una tercera parte de los integrantes del censo electoral, en un proceso electoral que no coincida con otro, y una vez electa la asamblea, el Congreso no podrá reformar la Constitución, hasta que se cumpla el termino señalado para la Asamblea.

Ahora bien, como dice Jiménez y Arboleda esta asamblea no es para suprimir o derogar la constitución vigente y, por tanto, debe ser una asamblea constituyente parcial, con el objetivo solo de modificar o incluir normas, según la competencia dada en la Ley que la convoca. Su control o revisión por parte de la Corte Constitucional debe de ser automático (2020. p. 171), en ese mismo sentido, el máximo tribunal constitucional ha dicho que “es competente para adelantar el control de constitucionalidad de la ley que somete a decisión del pueblo la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, únicamente por vicios de procedimiento en su formación” (Sentencia C-150 de 2015).

En ese entendido, es claro entonces que los límites formales al poder de reforma constitucional, son dados al estricto cumplimiento de los requisitos de forma o de procedimiento para poder materializar el acto reformativo a través de uno de estos mecanismos, y de acuerdo con el artículo 379 constitucional. La Corte Constitucional ha señalado que:

Debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este

caso el Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar válidamente la Constitución (Sentencia C-150 de 2015).

1.2. Límites sustantivos o materiales al poder de reforma constitucional

En lo que respecta a los límites sustantivos o materiales al poder de reforma constitucional, hay que dejar claro que estos hacen referencia al contenido de la reforma. Y es que una vez efectuada la reforma constitucional por el mecanismo que haya sido, esta debe de conservar la identidad, valores y principios, que le fueron dados por el constituyente originario; en tal sentido, la Corte Constitucional ha expuesto que la Constitución establece que puede ser modificada pero no sustituida por otra y que “al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan” (Sentencia C-551 de 2003), dejando claro que la sustitución solo puede ser obra del constituyente originario.

Acto seguido, en esa misma Sentencia la Corte Constitucional añade que:

Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

Es decir, que para saber si el poder de reforma incurrió en un vicio de competencia, la Corte debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por otra, y para ello debe acudir a los principios y valores dados contenidos en la Carta y en el bloque de constitucionalidad.

En ese orden, y pese a que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución le corresponde la Corte Constitucional (Constitución Política de 1991, Artículo 241), esta no estaría facultada para pronunciarse sobre el contenido material de la reforma, pues de acuerdo con el numeral 1 de este mismo artículo constitucional, la Corte está facultada es para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

No obstante, dada esa limitación para la Corte, ésta con la Sentencia C-551 de 2003 en el estudio de constitucionalidad del proyecto de ley por el cual se convocaba a un referendo y se sometía a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, empezó a realizar un control de contenido o material y, con ello a desarrollar la Teoría de la Sustitución Constitucional, en la que ha determinado que los principios, estructura y esencia de la constitución no se pueden perder o suprimir, pues de llegar a ocurrir no se estaría reformando si no sustituyendo la constitución y, esa no es una función conferida al Congreso de la Republica (Guzmán, Lucio y Fajardo, 2015. p 111). Por lo que, en ese mismo sentido, la Corte ha dicho que una sustitución de la constitución se presenta “cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente” (Sentencia C-1040 de 2005).

Es así entonces, que el máximo tribunal constitucional, determina que la competencia es un asunto inevitable del procedimiento y por tanto si quien expide la reforma no tiene competencia para ello, se estaría viciando el procedimiento; por tanto, en la Sentencia C-970 de 2004 se elaboró el test de sustitución consistente en tres premisas, la mayor, que tiene como objetivo “determinar si el principio presuntamente sustituido es un eje definitorio de la Constitución”; la menor tiene como objetivo “revisar si se han promovido la consolidación de una cláusula pétrea, o un límite intangible para el poder de reforma, el cual debe ser excluido”; y la de síntesis, que establece “las limitaciones sufridas por el principio esencial o si este fue abolido, o representa una afectación a la estructura y orden constitucional” (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 186), que

serán aplicadas en el siguiente acápite al Acto Legislativo 01 de 2020 con el fin de determinar si éste sustituyó la constitución o no.

2. Teoría de la sustitución constitucional

La Corte Constitucional con el fin de realizar el estudio de constitucionalidad material de las reformas efectuadas a la Carta, y determinar si estas han traspasado la facultad del órgano reformador, desde su jurisprudencia ha desarrollado el Test de sustitución constitucional, como lo es la Sentencia C-970 de 2004, donde se determinaron las tres premisas mencionadas en el acápite anterior y que se encuentran desarrolladas por la Sentencia C-1040 de 2005, al empezar por señalar que “el fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente”. Siendo entonces imposible reconocer la esencia de la constitución, por lo que la carta reformada ya no sería la original.

Seguidamente, en esta misma Sentencia la Corte determina que el juicio de sustitución implica un método de tres etapas específicas, que lo hace diferente al juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la constitución, radicando las diferencias en que:

La premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se

compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

En ese sentido, y profundizando en el Test de sustitución, es necesario traer a colación la siguiente cita, en la que la Corte señala siete puntos que se deben tener en cuenta al desarrollar las tres premisas. Los tres primeros corresponden a la premisa mayor, el cuarto y quinto a la premisa menor y, los dos últimos a la premisa de síntesis, así:

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

Adicionalmente, para complementar el estudio de la constitucionalidad, la Corte ha implementado el Test de la efectividad que tiene como objetivo verificar si las normas a reformar siguen siendo iguales antes y después de la reforma e impedir que haya una vulneración del presupuesto de generalidad de las normas constitucionales y, verificar que no se genere fraude a la constitución al sustituirse con la reforma otros principios estructurales de la constitución (Sentencia C-249 de 2012; Sentencia C-588 de 2009).

De este modo, es claro entonces que la aplicación del Test de sustitución constitucional requiere de una amplia carga argumentativa para el demandante, pues debe demostrar que la reforma ha sustituido a la constitución por otra, y para ello no basta con “argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con demostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior” (Guzmán, Lucio y Fajardo, 2015. p 131).

2.1. Aplicación del Test de Sustitución Constitucional al Acto Legislativo 01 de 2020

El Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política de 1991, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y se establece la prisión perpetua revisable, es decir, que solo se prohibió la pena de destierro y confiscación, dando vía libre a la aplicación de la cadena perpetua de manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, estableciendo además que debe de ser una medida revisable en un plazo no menor a veinticinco (25) años con el fin de evaluar la resocialización del condenado. Reforma que atendiendo a todo lo desarrollado en este trabajo es abiertamente inconstitucional, pues ha sustituido la Constitución Política de 1991, al pasar por encima de los principios y valores que son esencia de la carta, como se pasa a desarrollar con la aplicación del Test o Juicio de Sustitución Constitucional.

2.1.1. Premisa Mayor

La Premisa Mayor, tiene como objetivo determinar si los principios presuntamente sustituidos con la reforma son ejes definitorios de la constitución (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 185), teniendo que acudir para ello a los principios y valores constitucionales, al bloque de constitucionalidad y a la jurisprudencia constitucional, así:

1. Identificación de principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991:

- a) Principio de Dignidad Humana
- b) Principio de Libertad
- c) Principio de Igualdad
- d) Principio del Estado Social de Derecho
- e) Principio Democrático
- f) Principio de Progresividad y no Regresividad

2. Referentes normativos de los principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991:

a) Principio de dignidad humana

- Constitución Política de Colombia de 1991, Artículos 1, 2, 5 y 13
- Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-012 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia T-291 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.
- Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2021.

- Ley 599 de 2000, Artículo 1.
- Ley 906 de 2004, Artículo 1.
- Ley 65 de 1993, Artículo 5.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, Artículo 10.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 5, 6 y 11.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo.

b) Principio de Libertad

- Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo, Artículos 2, 5, 13, 28 y 34.
- Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia C-137 de 2019
- Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019.
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, Artículos 1, 2, 5, 7 y 29.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, Artículos 2, 5 y 9.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo, Artículo 5.
- Ley 906 de 2004, Artículo 2.

c) Principio de Igualdad

- Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo, Artículos 2, 5, 13 y 209
- Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 2014 (26 marzo)
- Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2021 (24 febrero)
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.

- Ley 906 de 2004, Artículo 4.
- Ley 599 de 2000, Artículo 7.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículos 3 y 14
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8 y 24.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 3.

d) Principio del Estado Social de Derecho

- Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo, Artículos 1, 2.
- Corte Constitucional, Sentencia C-566 de 1995
- Corte Constitucional, Sentencia SU-747 de 1998
- Corte Constitucional, Sentencia C-425 de 2005
- Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.
- Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2021

e) Principio Democrático

- Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo, Artículo 1
- Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 1994
- Corte Constitucional, Sentencia C-1110 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 2018.
- Corte Constitucional, Sentencia C-065 de 2021.
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 4.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, Artículo 29, 32.

f) Principio de Progresividad y no Regresividad

- Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 1, 2, 13, 48, 334 y 336
- Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 2018.
- Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 2.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, Artículo 26.

3. Argumentos fundamentales de los principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991

Los principios identificados como definitorios o esenciales de la Constitución Política de 1991, lo son porque son la base del Estado Colombiano, de su estructura y funcionamiento y, por tanto, permean toda la constitución política y el ordenamiento jurídico; siendo entonces Colombia consagrado como un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana y, en tal sentido, se debe cumplir con unos fines esenciales, como la garantía para todos los asociados en la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales que permiten a cada quien participar en igualdad, libertad en las decisiones que los afectan con el fin de avanzar en su proyecto de vida como a bien tengan; y es la misma Corte Constitucional la que en Sentencia C-288 de 2012 determinó que el principio del Estado Social de Derecho es un eje estructural de la constitución, al ser un elemento fundamental para garantizar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.

En este orden de ideas, la dignidad humana es un principio esencial de la Constitución Política, y lo ha dicho la Corte Constitucional, al señalar en la

Sentencia T-291 de 2016 que su contenido y alcance debe entenderse desde dos dimensiones, la primera, a partir de su objeto concreto de protección, a través de tres lineamientos, entendiendo la dignidad como i) autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características: ii) condiciones materiales concretas de existencia y iii) como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura; y la segunda, con base en su funcionalidad normativa, la dignidad humana ha de ser entendida como i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; ii) principio constitucional; y iii) derecho fundamental autónomo que equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.

Ahora bien, ligado a esto, se tiene que en el sistema penal colombiano la pena cumple con unas funciones, entre ellas la resocialización del condenado, que éste pueda reincorporarse a la sociedad de manera favorable, y esto solo es posible si el condenado sabe que a futuro va a tener la posibilidad de volver a integrarse a la sociedad, de volver a su libertad física, aspecto que no ocurriría al ser condenado a cadena perpetua, pues no existe la garantía de volver a ser parte de una vida social, familiar y laborar; y por tanto, la pena no cumpliría con su función de reinserción social al no existir el intereses del condenado, degradando así su dignidad humana y su sentir de ser tratado como un ser, como un fin a la percepción de ser tratado como un medio o instrumento, cuando la misma ley penal dispone que el derecho penal tendrá como fundamento la dignidad humana.

2.1.2. Premisa Menor

La premisa menor tiene como objetivo determinar si existe o se ha consolidado una clausula pétrea y el evitar imponerlas (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 186):

4. Irreductibilidad de los principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991

Una vez identificado los principios esenciales definitorios de la Constitución Política de Colombia, como se determina en el punto dos, es claro que estos no se reducen a un solo artículo constitucional, pues tienen su sustento desde el preámbulo y permean todo el articulado, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional desde 1992 en su Sentencia T-406, al señalar que la “Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma”.

Así mismo, cada principio también encuentra fundamento en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y en el bloque de constitucionalidad, lo que ratifica que estos principios esenciales no están concebidos en un solo artículo, si no que se encuentran en todo el ordenamiento jurídico.

5. Alternativas frente a la inexecutable del Acto Legislativa 01 de 2020

Teniendo claro que el Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable, ya fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-294 de 2021. Así pues, se debe plantear alternativas que busquen el mismo fin que el Acto legislativo, pero sin ser lesivo de los principios y valores constitucionales ya estudiados; es por ello que como alternativas se pueden plantear:

- Fortalecimiento, endurecimiento o aumento de las penas
- Creación y fortalecimiento de las políticas públicas en materia de salud.
- Creación y fortalecimiento de políticas públicas en materia de cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes, en ambientes familiares, sociales, educativos y comunitarios.
- Determinación de nuevos agravantes en la ley penal.

2.1.3. Premisa de Síntesis

Esta premisa como lo indica Jiménez y Arboleda determina si el principio definitorio de la Constitución fue abolido o limitado o si afecta la estructura y orden constitucional (2020.p. 186).

6. Abolición y/o limitación de los principios esenciales de la Constitución Política de Colombia de 1991

La Constitución Política de Colombia previo a la reforma en su artículo 34 disponía que, “se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. (...)”, y con la reforma del Acto Legislativo 01 de 2020 este artículo señalaba que,

“Se prohíben penas de destierro y confiscación.

(...)

De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua. Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico.

En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado”.

Esta modificación o reforma del artículo 34 constitucional, consiste entonces en permitir la prisión perpetua revisable en un tiempo no inferior a los 25 años, medida que desconoce los principios de la constitución identificados como esenciales, pues como se ha indicado, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, y por tanto, todo su ordenamiento jurídico también está enmarcado así; y es por ello que, en las disposiciones legales del derecho penal, también se enfatiza en el respeto a la dignidad humana, y en ese sentido, una condena a cadena perpetua es un retroceso en la búsqueda de la protección de los derechos de toda persona; además de desconocer los fines de la pena, en los que se ha determinado su función resocializadora, aspecto que no se cumple con dicha medida, ya que al saber la persona que no regresará a la vida en sociedad o que no recobrará su libertad, no tendrá interés absoluto en querer resocializarse.

Así mismo, este Acto legislativo desconoce la disposición creada por el constituyente primario de prohibir este tipo de condenas, pues claramente esta modificación daba vía libre a su implementación, sin que existieran reglas claras para ello, como el momento exacto de su revisión; y si una vez efectuada la revisión hubiese lugar a una disminución de la pena, pues la reglamentación de esta medida indica que cuando haya lugar a la revisión se impondrán penas temporales de 50 y 60 años, que dependiendo de la edad de la persona condenada, puede llegar al fin de su vida en su cumplimiento.

Es claro entonces que la reforma constitucional que se introducía con el Acto Legislativo 01 de 2020 abolía y limitaba los principios esenciales de la Constitución Política de Colombia de 1991, resultando en una sustitución en la que la dignidad humana ya no sería un eje fundante del Estado colombiano.

7. Incompatibilidad de la reforma con los principios definitorios de la Constitución Política de Colombia de 1991

Con todo lo anterior, es claro que la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 01 de 2020 que avalaba la implementación de la cadena perpetua revisable en un término no inferior a 25 años para delitos en los que un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, resulta ser inconstitucional o inexecutable, al ser una medida que no está en armonía con la esencia de la constitución y con su base de garantía y de respeto a la dignidad humana, como ya se ha expuesto, pues los derechos se deben de proteger, garantizar y respetar sin importar los extremos en que se encuentren, es decir, sin prejuicios de si es víctima o victimario, pues simplemente son personas y deben de ser tratados como tal.

Conclusiones

Las reformas a la constitución se deben llevar acabo conforme a las determinaciones de la misma constitución y con el respeto a los procedimientos establecidos para ello, sin sobrepasar los límites al poder de reforma constitucional, con el fin de la que reforma no sea declarada inexecutable y pueda ser incorporada satisfactoriamente en la norma de normas.

En ese sentido, los límites al poder de reforma constitucional son formales y materiales, los primeros hacen referencia al procedimiento propiamente dicho que se debe adelantar para llevar a cabo una reforma constitucional, que se determina según sea el órgano reformador; y los segundos, hacen referencia al contenido material de la reforma y a la competencia dada a cada órgano reformador para adelantarla, sin alterar la esencia de los principios y valores de la constitución.

De este modo, la Corte Constitucional con el fin de estudiar el contenido de las reformas, ha elaborado el Test o Juicio de Sustitución Constitucional, en el que, a través de una premisa mayor, una premisa menor y una premisa de síntesis, evalúa si los principios esenciales o definitorios de la Constitución han sido sustituidos, limitados o abolidos, llegando entonces a la conclusión de declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de las reformas constitucionales, según corresponda.

Así las cosas, una vez aplicado el Test de Sustitución Constitucional al Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se modificó el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se determinó que éste es inexecuible por desconocer los principios de la dignidad humana, el estado social y democrático de derecho, igualdad, libertad y progresividad.

CAPITULO III

LIMITES DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCION

0. Introducción

La Constitución Política de Colombia esta instituida como norma de normas y, por tanto, en el ordenamiento jurídico colombiano existe la supremacía constitucional, y ese sentido, cuando existe incompatibilidad entre una disposición constitucional y otra ley o norma jurídica, se deberá aplicar la constitución (Mendieta, 2018).

Para ello, como se ha determinado en la Constitución y en la ley, y siguiendo a Rey (2008), existen diferentes medios para llevar a cabo el control de constitucionalidad, que abarca a la jurisdicción constitucional, de lo contencioso administrativo y la ordinaria; y de los controles aplicados por diferentes autoridades, con el fin de mantener la rigidez, firmeza y supremacía de la Constitución.

Ahora bien, con el fin de determinar la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución y de leyes que son competencia de la Corte Constitucional, ésta a través de su jurisprudencia ha venido definiendo cuáles son los principios esenciales, axiales o definatorios de la norma superior, con el fin que estos no sean modificados en su esencia por las nuevas disposiciones que se han sometido a su control.

Es así como la Corte Constitucional al hacer el estudio de constitucionalidad y aplicar el Test de Sustitución al Acto Legislativo 01 de 2020, por medio de cual se suprimió la prohibición de la cadena perpetua contenida en el artículo 34 superior, consideró que dicha reforma vulneraba el principio esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, basado en la dignidad humana, y una regresividad en la

política criminal al no poderse cumplir con la resocialización del condenado, fin fundamental de la pena.

1. Control constitucional como límite al poder de reforma constitucional por parte de los jueces

El control de constitucionalidad es el mecanismo a través del cual se busca conservar la supremacía de la Constitución Política, al ser la norma de normas y por tener prioridad su aplicación sobre cualquier otra disposición normativa (Constitución Política de 1991, Artículo 4); por consiguiente, en el ordenamiento jurídico colombiano el control de constitucionalidad es mixto, (Flores, 2020. p. 166), pues es ejercido por la jurisdicción constitucional mediante la Corte Constitucional, la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del Consejo de Estado y de los Tribunales y Jueces Administrativos; además por parte de la jurisdicción ordinaria a través de todos los jueces de la república, desde la Corte Suprema de Justicia hasta los jueces promiscuos municipales (Rey, 2008. p. 70) y, finalmente por todos los servidores públicos y particulares, quienes amparados en el artículo 4 del texto superior, pueden inaplicar una norma por excepción de inconstitucionalidad (Mendieta y Tobón, 2018. p 58).

En ese orden, el control de constitucionalidad puede ser ejercido por vía de acción y a través de controles que no requiere de la interposición de alguna acción (Rey, 2008. p. 67), así:

1. Por Vía de Acción:

a) Acción Pública de Inconstitucionalidad: Es tramitada por la Corte Constitucional cuando los ciudadanos presentan demandas de inconstitucionalidad (Quinche, 2015. p. 41), contra:

- Actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación y para interponer la demanda solo se cuenta con un año, según lo dispuesto en el artículo 379 constitucional (Constitución Política de 1991, Artículo 241.1)
- Leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; por el contenido podrá presentarse la demanda en cualquier tiempo y por los vicios dentro del año siguiente a su promulgación (Constitución Política de 1991, Artículo 241.4).
- Decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (Constitución Política de 1991, Artículo 241.5).

b) Acción Pública de Nulidad: Es tramitada por el Consejo de Estado o por los Tribunales o Jueces Administrativos según la competencia territorial (Cifuentes, 2002), así:

- Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad: Puede ser promovida por cualquier ciudadano y en cualquier tiempo para que se “declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución” (Congreso de Republica, Ley 1437 de 2011, Artículo 135), siendo entonces competencia del Consejo de Estado, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 237.2 superior y 111.5 de la Ley 1437 de 2011.
- Acción de Nulidad: Consagrada en el Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 como el mecanismo que le permite a toda persona solicitar la nulidad de actos administrativos de carácter general y puede conocer de ella el Consejo de

Estado cuando el acto administrativo es de carácter nacional, y los Tribunales Administrativos, cuando el acto es de nivel territorial.

c) Acción de Tutela: Consagrada en el Artículo 86 constitucional como el mecanismo que tiene toda persona para en cualquier tiempo pueda buscar la protección de sus derechos fundamentales ante la vulneración o amenaza por parte de las autoridades públicas.

2. Controles que no requieren de acciones

a) Control Previo: Es ejercido oficiosamente por la Corte Constitucional (Ospina, 2019), para:

- **Proyectos de ley objetados por el Presidente:** Se presenta cuando un proyecto de ley, después del segundo debate es objetado por el Presidente de la Republica por razones de inconstitucionalidad, teniendo la Corte que decidir si es exequible o no; de serlo el Presidente deberá sancionarlo y, si es inexequible, se archivará. Este control no es integral, pues solo se limita a los puntos objetados por el Gobierno (Rey, 2008. p. 68; Constitución Política de 1991, Artículo 166, 167 y 241.8).
- **Proyectos de ley estatutaria:** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 153 y 241.8 superior, siendo un “tipo de control se caracteriza por ser automático, previo, integral, definitivo y participativo” (Rey, 2008. p. 69).
- **Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las que los aprueban:** Con fundamento en el artículo 241.10 de la Constitución Política, el Gobierno dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley, deberá enviar a la Corte el tratado y la ley aprobatoria para determinar su constitucionalidad (Rey, 2008. p. 69).

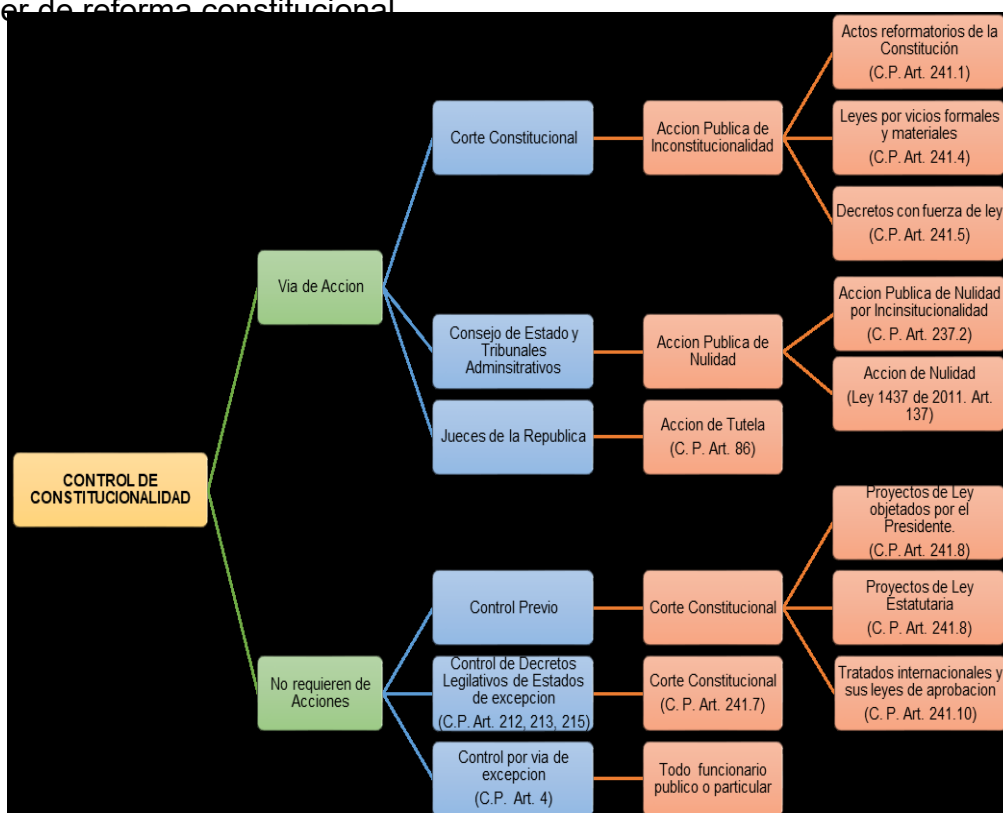
- b)** Control de constitucionalidad de decretos legislativos dictados con fundamento en los estados de excepción: Con fundamento en el artículo 241.7 de la Constitución, cuando el Gobierno emita decretos legislativos con fundamento en los artículos 212, 213 y 2015 sobre la declaración de guerra exterior, estado de conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica, respectivamente, estos deberán ser enviados a la Corte al día siguiente de su expedición para su estudio de constitucionalidad, de no ser así, la Corte lo hará oficiosamente. (Rey, 2008. p. 69).
- c)** Control por vía de excepción: Todo servidor público o particular amparado en el artículo 4 del texto superior que dispone que “(...) En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, puede dejar de aplicar una disposición legal o normativa por ser contraria a la Constitución, pues todo funcionario público está en la obligación de acatar la Constitución y ajustar sus actuaciones a la legalidad que abarca tanto la ley como la constitución y los tratados (Naranjo, 2003. Moreno, 1938), esto conforme a lo señalado por la Corte Constitucional:

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso

particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución (Sentencia C-122 de 2011).

Es así entonces que lo expuesto anteriormente, puede ser sintetizado en el siguiente flujograma, donde se observan los mecanismos y autoridades que puede llevar a cabo el control de constitucionalidad en Colombia, con el fin de garantizar la supremacía y firmeza de la Constitución Política de Colombia de 1991 y, con ello también limitar el poder de reforma constitucional.



Fuente: Elaboración propia.

2. Principios esenciales de la Constitución como límites al poder de reforma constitucional

El alto tribunal constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la constitución ha definido que los principios y valores fundamentales de la carta son aquellas prescripciones generales dotadas de fuerza normativa que aseguran la permanencia y la obligatoriedad del contenido material de la Constitución, haciendo referencia al respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona (Sentencia C-574 de 1992); en ese sentido, como lo expresa Jiménez y Arboleda los principios esenciales pueden identificarse de tres fuentes, I. Del derecho internacional y que hagan parte del bloque de constitucionalidad; II. Los principios históricos del Estado de Derecho y III. Los principios fundados en la jurisprudencia constitucional (2020, p. 179).

En esa línea es claro entonces que, como principios esenciales de la constitución y limitantes al poder de reforma, en relación con la primera fuente, se tiene la dignidad humana, derecho a la igualdad, la libertad, y en sí, todas aquellas garantías fundamentales que son inherentes e inalienables a la persona (p.179). Respecto de la segunda, como principios esenciales se han identificado, la división de poderes o “principio de pesos y contrapesos, la soberanía popular, la democracia participativa y deliberativa, el pluralismo, la autonomía e independencia judicial, la supremacía de la constitución y la igualdad” (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 180); y en cuanto a la tercera fuente, siguiendo con estos autores y Ríos, 2019. p. 123, se encuentran el principio del Estado Social y Democrático de Derecho; alternancia presidencial, rigidez constitucional, separación de poderes, autogobierno judicial, deliberación legislativa, el mérito para el acceso al servicio público, la función jurisdiccional en cabeza de órganos estatales, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, tal y como los ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-170 de 2012, al determinar algunos pilares básicos de la Constitución,

entre los cuales se destacan: (i) el principio de Estado de Derecho y la prohibición de normas ad-hoc de contenido puramente plebiscitario; (ii) la forma de Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana; (iii) el principio democrático y de supremacía constitucional; (iv) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa; (v) los principios de democracia participativa y de soberanía popular; (vi) la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la regla de alternancia en el ejercicio del poder.

Ahora bien, y en refuerzo de lo expuesto, en relación con las fuentes de los principios, dice Ramelli que,

Una vez identificado un "eje definitorio" se deben concretar sus contenidos y alcances, lo cual implica desentrañar sus elementos definitorios, actividad que resulta compleja, por cuanto aquéllos suelen presentar una estructura de principio y no de regla. En otras palabras, no se trata de normas que prevean un supuesto fáctico y una consecuencia jurídica, sino de mandatos de optimización. De allí que sus contornos suelen ser imprecisos, abiertos, abstractos, debiendo ser precisados recurriendo a distintas técnicas: origen y evolución histórica del principio, aportes del derecho comparado, antecedentes de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente, instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entre otros (2021. p. 39).

Sin embargo, la idea de que existan principios constitucionales inmodificables para algunos resulta inadmisibles pues ello "carece de todo fundamento jurídico: es simplemente absurdo que un texto normativo (la Constitución) pueda contener (o implicar) normas jerárquicamente superiores a sí mismo" (Guastini, 2014. p. 490-491), y, por tanto, su fundamento solo se encuentra en la argumentación jurisprudencial, como en su momento lo puso en evidencia la misma Corte Constitucional cuando al analizar una afirmación de la Sentencia C-551 de 2003 expreso que,

En primer lugar, se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, para acto seguido concluir que el poder de reforma no puede utilizarse para sustituir la cláusula de Estado social y democrático de derecho contenida en el artículo 1 de la Constitución, lo que convierte precisamente a esta disposición en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma. (Sentencia C-1040 de 2005).

De esta manera, será esta alta Corte la que al estudiar los casos que se le sometan a su conocimiento, la que continuará dando alcances y sentido a las normas constitucionales con el fin de que las mismas no sean sustituidas por otra norma diferente o con un sentido contrario al ya estipulado, y con ello propender la permanencia en el tiempo de la norma suprema, pues el juicio de sustitución tiene un carácter inacabado y en construcción, ya que los límites competenciales al poder de reforma constitucional solo se irán definiendo y delimitando cuando se desarrolle el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (Sentencia C-141 de 2010); y en todo caso, serán los jueces constitucionales los que determinarán si los principios esenciales “constituyen un elemento de medición y de objetividad para determinar la sustitución o extralimitación del poder de reforma” (Jiménez y Arboleda, 2020. p. 181).

3. Control de constitucionalidad sobre los actos legislativos y su aplicación al Acto Legislativo 01 de 2020.

Los Actos Legislativos, como una de los tres posibles mecanismos de reformar la Constitución, son “normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales” (Ley 5 de 1992, Artículo 221), y como ya se ha indicado, es a la Corte Constitucional a quien le corresponde revisar estos actos reformativos cuando son demandados en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, a cuyo control se le conoce como “un escrutinio estricto, porque se trata de verificar si el acto bajo examen judicial es o no expresión auténtica del poder

reformatorio. [...] cada control formal exige un examen riguroso de los requisitos que la Constitución estipula en términos explícitos” (Herdegen, 2005. p. 12).

En virtud de ello, desde el año 2003 con la Sentencia C-551 la Corte dio otro alcance a su función contenida en artículo 241.1 superior y determinó que la competencia del órgano que realiza la reforma hace parte de los vicios procedimentales, estableciendo entonces vicios relacionados con la formación del acto y vicios competenciales referidos al contenido material del acto, (Moreno, 2016. p. 262) porque no sirve que el órgano haya seguido el procedimiento para reformar la Constitución sino era el competente para efectuarlo, desarrollando para este último lo que ya hemos mencionado en el capítulo anterior, como la Teoría o Test de Sustitución Constitucional.

En ese entendido, entonces para que un acto legislativo sea analizado por la Corte Constitucional deberá como primera medida ser demandado por la ciudadanía dentro del año siguiente a su promulgación y, ahí dar lugar a la Corte para hacer ese juicio por vicios de procedimiento; esto de acuerdo con la exigencia emanada del principio de democracia y separación de poderes, ya que si se tiene conocimiento directo de los actos legislativos, se le otorgaría funciones del Congreso al Poder Judicial, sufriendo un desequilibrio en las ramas de poder público (Sentencia C- 373 de 2016).

Ahora bien, frente al caso concreto del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2020 por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable, se tiene que este fue publicado el 22 de julio del año 2020 en el Diario Oficial número 51.383, por tanto, el termino para demandarlo ante la Corte se cumplió el día 21 de julio de 2021. (Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2021).

Las demandas de inconstitucionalidad presentadas en dicho término, tuvieron como sustento vicios de procedimiento por la recusación presentada por un ciudadano contra miembros de la Comisión Primera del Senado de la República en el séptimo y octavo debate de la reforma; y en relación con este trabajo, por vicios competenciales,

al eliminarse la prohibición de la cadena perpetua, contenida en el artículo 34 constitucional, y con ello sustituirse la Constitución al cambiarse el sentido o esencia de la misma, pues al permitirse la aplicación de la cadena perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano, se desconocen principios contenidos en el Constitución Política de 1991, como el derecho a la dignidad humana (artículo 1), los fines esenciales del Estado (artículo 2) la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12), el derecho fundamental a la igualdad (artículo 13), la prohibición de penas imprescriptibles (artículo 28), el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29) y la prohibición de prisión perpetua (artículo 34) y los principios ya mencionados en el capítulo anterior. (Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021 y C-349 de 2021).

En otras palabras, los argumentos de los demandantes señalaban que esta reforma representaba un vicio de competencia, pues el Congreso de la República aprobó una reforma que terminó sustituyendo los principios esenciales de la Constitución antes enunciados, de acuerdo con la aplicación del Test de sustitución.

En ese orden, la Corte Constitucional dando trámite a la acción pública de inconstitucionalidad presentadas contra el Acto Legislativo 01 de 2020 el 02 de septiembre de 2021, contenidas en los expedientes D-13.915 y D-13.945 y contando con la Magistrada Sustanciadora Cristina Pardo Schlesinger, emitió la Sentencia C-294-21 en la que, haciendo el control de constitucionalidad, aplicó el Test de Sustitución.

En tal sentido, la Corte Constitucional, desconoció los argumentos de las posiciones a favor de la exequibilidad de la reforma, que estaban basadas en la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el entendido que el reconocimiento del interés superior del menor está por encima de los derechos de los demás, y que dicho reconocimiento es proporcional con la medida de la cadena perpetua, dados los actos punibles reprochados (Sentencia C-294 de 2021).

Así las cosas, para tomar su decisión la Corte abordó como ejes axiales o principios definitorios de la Constitución, el Estado Social y Democrático de Derecho,

haciendo énfasis en la importancia de la dignidad humana en la política criminal, y en la resocialización como función principal de la pena en un Estado Social de Derecho; de igual forma, analizó los alcances de la reforma y su contemplación en el derecho comparado y con base en esto determinó que,

El Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana es el eje definitorio de la Constitución. Con fundamento en este eje definitorio se estableció que el derecho a la resocialización de la persona condenada es el fin primordial de la pena privativa de la libertad intramural. Este fin esencial de la pena de prisión es acorde con el principio de la dignidad humana, pues solo si se reconoce que la persona condenada puede retomar su vida en sociedad, se comprende que es posible la modificación de su conducta y el desarrollo de su autonomía y su libre determinación. Conforme a lo anterior, la pena de prisión perpetua sin posibilidad de revisión puede constituir una pena cruel, inhumana y degradante, prohibida por los instrumentos internacionales, toda vez que se anula la esperanza razonable y efectiva de salir de la prisión y se margina definitivamente al individuo de la sociedad (Sentencia C-294 de 2021).

Es así que la Corte consideró que “acoger ahora una sanción como la prisión perpetua configura un retroceso en materia de humanización de las penas, en la política criminal y en la garantía de resocialización de las personas condenadas” (Sentencia C-294 de 2021); y, por tanto, en esta sentencia concluyó la Corte que el Congreso de la República con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2020, transgredió su poder de reforma al incluir la pena de prisión perpetua revisable en el artículo 34 de la Constitución, pues sustituye un eje definitorio de la Carta como lo es el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana al introducir una concepción distinta de la persona, incompatible con su dignidad y el reconocimiento de su autodeterminación.

En consecuencia, la Corte Constitucional resolvió declarar la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2020 "por medio del cual se modifica el artículo 34 de la

constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable".

4. ¿Debe la Corte Constitucional limitar el poder de reforma constitucional en el marco de la democracia constitucional colombiana y de los principios esenciales de la Constitución Política de 1991?

Para abordar este interrogante de manera concreta, es preciso recapitular que a la Corte Constitucional por mandato de la misma carta política, se le ha conferido la guarda de la integridad y supremacía de la constitución y que ésta, está instituida como norma de normas, y en tal razón, ninguna otra disposición normativa puede estar en contra vía a la norma superior (Constitución Política de 1991, Artículo 4 y 241), pues como lo afirma Kelsen “la norma que determina la creación de otra es superior a ésta; la creada de acuerdo a tal regulación, es inferior a la primera” (1950. p. 227), y en sentido, prevalece la norma superior sobre la inferior.

Ahora bien, para que la Corte Constitucional cumpla con dicha función tiene a su cargo decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos reformativos cualquiera que sea su origen, (Artículo 241.1); de este modo, una vez admitidas estas demandas, comienza el estudio de constitucionalidad de la reforma por vicios procedimentales en la formación y competenciales para estudiar el contenido de la reforma (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003; Moreno, 2016).

En ese orden, entonces el alto tribunal constitucional al hacer el estudio de constitucionalidad por vicios competenciales ha determinado que el “poder constituido no puede asumir el rol del poder constituyente por cuanto «estaría minando las bases de su propia competencia»” (Moreno, 2016. p. 264); es decir, que el Congreso de la Republica no podría o no tendría la facultad de reformar de fondo la Constitución, de cambiar el sentido y esencia de sus principios, pues, aunque la misma Corte ha dicho que la Constitución Política de 1991 no consagra cláusulas pétreas, ni principios

intangibles, tampoco autoriza la sustitución de la constitución (Sentencia C-551 de 2003), siendo ésta la razón por la cual ha previsto límites a la competencia del poder de reforma.

Estos límites al contenido de la reforma, o como ya se abordó en capítulos anteriores, límites materiales, “se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales” (Loewenstein, 1970. p. 192). Al respecto, García de Enterría (1984) señala que estos valores son jerárquicamente superiores (p. 99), principios que para la Corte son las que dotan de identidad, esencia y estructura a la Constitución Política y, de ahí, a todo el ordenamiento jurídico colombiano; por lo que estos no pueden ser susceptibles de ser modificados por el poder constituyente derivado, pues el único poder de reforma que no está sometido a límites jurídicos es el poder de reforma originario (Rojas, 2020, p. 9), pues como lo dice Sieyes “El poder constituyente todo lo puede [...] no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución [...]. Por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar” (Hernández, 1993. p. 144).

En ese sentido, la Corte Constitucional con el objetivo de mantener la supremacía, integridad y perdurabilidad de la Constitución, debe imponer límites al poder derivado de reforma constitucional, pues dentro del marco de la democracia constitucional, el sentir del pueblo con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, fue promulgar esa constitución, que en palabras de Sieyes (1973, p. 86), sería una constitución que en cada parte es obra del poder constituyente y no del poder constituido, que no puede cambiar nada según las condiciones de su delegación; por tanto, la Corte haciendo respetar dicho pronunciamiento soberano a través de cada análisis constitucional, deberá seguir determinado los límites a los que debe estar sometido el poder de reforma constitucional, pues éste no debe modificar, ni suprimir la estructura, ni la esencia dada a la carta superior, ya que al hacerlo, estaría sobrepasando sus competencias y perdiéndose la integridad de la norma de normas.

Ahora, la Corte con cada uno de sus estudios de constitucionalidad continuará determinando los principios definitorios, esenciales y/o ejes axiales en los que se funda

la constitución, con el fin que el poder de reforma constituyente no los exceda, y con ello garantizar la permanencia y durabilidad de la constitución, según el sentir dado por el poder constituyente en 1991. Así las cosas, la misma Corte ha dicho que el estudio de los límites competenciales es inacabado (Sentencia C-1040 de 2005), pues estos se siguen determinado y construyendo cada vez que se somete a conocimiento de este Tribunal una demanda de inconstitucionalidad.

Es claro entonces que la Corte Constitucional dentro del marco de la democracia constitucional y de los principios esenciales contenidos en la Constitución Política de 1991, sí debe de imponer y trazar los límites a los cuales debe estar sometido el poder de reforma constitucional constituido, con el fin de dar cumplimiento a su misión de conservar la integridad y la supremacía de la Constitución -de no ser así, ésta sería reformada atendiendo a los intereses de los gobernantes de turno-.

Conclusiones

En Colombia el control de constitucionalidad es mixto al ser tramitado por vía de acciones como la Acción Pública de Inconstitucionalidad, Acción Pública de Nulidad, Acción de Nulidad y Acción de Tutela, y a través de controles que no requieren la interposición de acciones, por ser controles previos y automáticos por parte de la Corte Constitucional.

En ese sentido, el control de constitucionalidad es ejercido por la Corte Constitucional, El Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos, y por todos los jueces de la república, así como también por todos los servidores públicos y particulares amparados en la excepción de inconstitucionalidad, cuando hay incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica.

Ahora bien, cuando la Corte Constitucional adelanta los estudios de constitucionalidad que le corresponden, con el fin de dar cumplimiento a su función de garantizar la guarda y supremacía de la carta, ha establecido que las nuevas leyes o reformas constitucionales deben estar acordes y en sintonía con los principios esenciales o definitorios y/o ejes axiales que fundamentan la esencia de la Constitución, y que por tanto, no pueden ser limitados o abolidos por que se estaría sustituyendo la normas de normas.

Es así como el máximo tribunal constitucional a través de su jurisprudencia ha determinado, como principios esenciales el Estado Social y Democrático de Derecho, la dignidad humana, la separación de poderes, la igualdad, el mérito, entre otros, y su aplicación o determinación como tal, depende del análisis realizado en cada caso en concreto.

En ese orden de ideas , la Corte Constitucional al estudiar las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se eliminó la prohibición de la cadena perpetua contenida en el artículo 34 constitucional, determinó que una medida como estas atentaba contra el principio del Estado Social y Democrático de Derecho basado en el respeto a la dignidad humana y, retrocedía en la humanización de las penas y de la política criminal, al no permitir la resocialización del reo -fin principal de la pena-.

CONCLUSIONES

Colombia está instituido como un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, que le permite a los ciudadanos intervenir en todas las decisiones que repercuten tanto en la vida individual y familiar, como social, política, económica y administrativa. y controlar la gestión estatal, ya sea de manera directa, a través de los mecanismos de participación ciudadana o por intermedio de sus representantes elegidos popularmente.

No obstante, el poder judicial en ejercicio de sus funciones se convierte en un poder –contramayoritario- al ser funcionarios que no son elegidos popularmente y que no representan a las mayorías, pero que pueden limitar y/o excluir del ordenamiento jurídico las decisiones tomadas por el pueblo a través de los mecanismos de participación ciudadana garantizados en la Constitución o través de los representantes que actúan con la convicción de representar a todas las personas en pro de mejorar su bienestar general.

En ese sentido, la Corte Constitucional en virtud de sus funciones contempladas en el artículo 241 constitucional, puede declarar la inexecutable de leyes y actos legislativos, bajo la premisa de resguardar la supremacía e integridad de la Constitución, pues esta no debe de ser reformada en sus principios o ejes axiales que son su identidad, esencia y estructura, por tal motivo, el poder de reforma constitucional derivado, consagrado en la misma Constitución, para determinadas autoridades, no puede sustituir o abolir dichos principios, pues es un poder limitado y sometido a procedimientos, contrario al poder de reforma constitucional originario que es fundacional y por ende sin límites o controles jurídicos.

Por tanto, Constitución Política de Colombia de 1991 es una constitución rígida, al determinar quién y cómo puede llevarse a cabo una reforma constitucional, es decir, que el poder de reforma constitucional derivado al momento de llevar a cabo una reforma, no

puede sobrepasar los límites formales y materiales, que están determinados en el acatamiento del procedimiento reglado para expedir la reforma constitucional, el contenido de la reforma y competencia del órgano reformador para adelantar dicha reforma.

Es por ello, que la Corte Constitucional al hacer el control de constitucionalidad de los asuntos que son o se someten a su conocimiento, implemento el Test de Sustitución Constitucional, basado en tres premisas, i) una mayor, permite identificar sin los principios presuntamente sustituidos, son ejes definitorios de la Constitución; ii) una menor, que tiene por objetivo verificar si se ha consolidado alguna cláusula pétrea y iii) una de síntesis, que determina si el principio definitorio de la constitución fue sustituido por la reforma y con ello proceder a declarar la exequibilidad o inexequibilidad de la reforma, como sucedió con el Acto Legislativo 01 de 2020, que al suprimir la prohibición de la cadena perpetua, y en consecuencia permitirse su aplicación cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, sustituyo principios esenciales de la constitución dignidad humana, el estado social y democrático de derecho, igualdad, libertad y progresividad.

Ahora bien, en lo que respecta al control de constitucionalidad, este es un control mixto, ya que es ejercido por todo funcionario o particular que en virtud del artículo 4 constitucional, puede inaplicar una norma jurídica por ser contraria a la norma de normas, además de ello, es un control que se ejerce por el poder judicial, en su jurisdicción constitucional, contencioso administrativa y ordinaria, a través de Acción Pública de Inconstitucionalidad, Acción Pública de Nulidad, Acción de Nulidad y Acción de Tutela, con el fin de mantener la supremacía e integridad de Constitución.

En ese orden, le corresponde a la Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, seguir determinando los límites al poder de reforma constitucional derivado, estableciendo los principios y ejes axiales de la norma superior, que no pueden ser sustituidos, tal y como lo ha hecho con el estudio de

constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2020, donde determino que la Estado Social y Democrático de Derecho basado en el respeto a la dignidad humana y la humanización de la política criminal, son principios definitorios que no pueden ser abolidos por el poder de reforma constituido.

RECOMENDACIONES

Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho, participativo y pluralista, debe de garantizar que las decisiones tomadas por los ciudadanos a través de los mecanismos de participación ciudadana consagrados en la Constitución Política de 1991 y/o a través de los representantes elegidos popularmente, se respeten y se acojan dentro del ordenamiento jurídico, siempre y cuando no sobrepasen los límites establecidos para su procedimiento y competencia.

En ese sentido, el poder contramayoritario al momento de realizar el estudio de constitucionalidad de las normas, actos o reformas que se le sometan a su conocimiento, deberá, establecer el sentido o identidad primaria de la norma y la realidad o llamado social que pide regulaciones para determinados comportamientos, con el fin de determinar la procedencia de estas nuevas normas en el sistema jurídico.

En ese orden, debe entonces el poder reforma constitucional constituido, acatar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el sentido de respetar los principios y ejes axiales de la Constitución Política de 1991, y no emitir actos que sean contrarios a la norma superior, en sus valores, esencia y estructura, es decir, que como poder de reforma constitucional derivado, debe de ceñirse estrictamente a los procedimientos establecidos a fin de evitar incurrir en vicios de formación o procedimiento y vicios materiales de contenido de la reforma y de competencia del órgano reformador para llevar a cabo dicha reforma.

Por ello, la Corte Constitucional deberá continuar determinando los principios definitorios o ejes axiales de la Constitución Política de 1991, pues como lo ha dicho la misma Corte, esta es una tarea inacabada, que se presenta cada vez que se promueve una demanda de inconstitucionalidad, permitiéndosele a este máximo tribunal en su

jurisprudencia, ratificar los principios definitorios ya identificados o establecer unos nuevos, según el contexto de cada caso en concreto.

Por tanto, la Corte Constitucional debe seguir reforzando su Teoría de Sustitución Constitucional, haciendo de ésta una teoría más sencilla, sintetizada y concreta, pues si bien es necesario que los principios esenciales estén soportados en diferentes referentes normativos, la Corte debe de ser más contundente y precisa en sus argumentos, con el fin de dar claridad y precisión en cuales son los principios esenciales de la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, para el caso del Acto Legislativo 01 de 2020 que suprimió la prohibición de la cadena perpetua permitiendo su aplicación cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, la Corte Constitucional determino que el fin de este Acto era proteger y cuidar la vida e integridad de los niños niñas y adolescentes, siendo entonces la cadena perpetua una medida desproporcionada y que no responde a su fin, por lo que para ello, el Gobierno deberá crear, implementar y fortalecer políticas públicas en materia de cuidado y protección para esta población en ambientes familiares, sociales, educativos y comunitarios, así como también implementar y fortalecer políticas públicas en materia de salud pública, y de prevención de conductas que atenten contra la integridad de los menores, y por otro lado podrá dentro del marco de la política criminal, aumentar las penas y/ o determinar nuevos agravantes para aquellas personas que cometan estos delitos.

Finalmente, es claro que la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución deberá seguir determinado los límites al poder de reforma constitucional secundario, a través del estudio de constitucionalidad y de la determinación de principios definitorios de la carta superior, con el fin de que la misma no sea sustituida y conserve su integridad y supremacía como norma de normas.

REFERENCIAS

- Aristóteles. (2006). *La Política*. Madrid; Istmo.
- Bickel, A. (1978) *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing.
- Bobbio, N. (1986) *El futuro de la democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2009) *Teoría General de la Política*. 3ra Edición. Madrid. Coord. M.
- Carpizo, J. (2007) Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL (119); pp. 325-348.
- Cifuentes, E. (2002). Jurisdicción Constitucional en Colombia. *Ius Et Praxis*, 8 (1), pp. 283-317
- Dahl, R. (2004). La democracia. *Postdata 10*; pp 11-55.
- Flores, M. (2020) Una mirada sobre el control de constitucionalidad en Colombia. *Forum*, (10); pp. 159-182.
- García de Enterría, E. (1984). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán, C. Lucio, C. & Fajardo, L. (2015) Capítulo III Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. L, Fajardo & M, González. *La Sustitución de la Constitución, Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda. pp. 111 – 139.

Herdegen, M. (2005). La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad. Reforma de la constitución y control de constitucionalidad. Bogotá: Fundación cultural javeriana de artes gráficas JAVEGRA. pp. 9-17.

Hernández, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, España: ISSN 021 1-5743, Año No 13, No 37, págs. 143-158.

Higuera, D. (2017) Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución. *Opinión Jurídica*, 16 (32); pp. 97-126.

Jiménez, C. & Arboleda, P. (2020). La sustitución de la constitución en Colombia: alcances y límites. En: M, Jiménez. (Ed). *El control de la constitucionalidad en episodios. Acerca del control constitucional como límite al poder*. Universidad de Caldas. pp. 159-207.

Kelsen, H. (1950). Teoría general del derecho y del Estado. México.

Kelsen, H. (1980). *Esencia y valor de la democracia*. México, Editora Nacional.

Leiva, E. (2021). La Constitución Política de 1991 como producto del poder constituyente primario en Colombia. *Revista NUEVA ÉPOCA*. 56. pp. 125-147.

Loewenstein, K. (1970). Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel.

Mendieta, D. & Tobón, M. (2018) El (des) control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios constitucionales*, 16 (2); pp. 51-88.

Moreno, F. (2016). La tesis de los límites competenciales al poder de reforma de la Constitución de Colombia de 1991: una mirada crítica desde la discrecionalidad judicial. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20; pp. 257-285.

Moreno, M. (1938). *Estudios Jurídicos*. Medellín: Tipografía Industrial.

Naranjo, V. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

Ospina, P. (2019). El control de constitucionalidad en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 16 (1), e-5590. DIO: 10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n1.5590

Pardo, C. (2011). *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*. Reflexiones sobre el carácter participativo de nuestra democracia. Colección Textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario.

Przeworski, A. (1995). *Democracia y mercado*. Cambridge: Cambridge University Press.

Przeworski, A. (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. México: Siglo XXI.

Quinche, M. (2015) *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario.

Quinche, M. (2020). Las reformas a la Constitución. Presidencialismo, circularidad y regresión. *Vniversitas*. 69. pp. 1–18.

Ramelli, A. (2021) Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. (48). pp 31-50.

Rey, J. (2008). El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Revista VIA IURIS*, (4); pp 63-74.

Ríos, J. (2019) Los elementos esenciales de la Constitución: Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional. Universidad de Antioquia.

Risso, M. (2005). Congreso internacional, reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Rivera, M. (2011). Esbozo de teoría contramayoritaria: Consideraciones de la countermajoritarian difficulty. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*. 28. pp. 407-428

Rojas, A. (2020) Límites al poder de reforma en la revisión constitucional del Acto Legislativo 01 de 2017. *Dos mil tres mil*, 22, e223.

Sánchez, C. & Muriel, J. (2007) ¿Participación Ciudadana en la Democracia? *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. 7 (12), pp. 11-29.

Sartori, G. (1988) *Teoría de la democracia, T. I: El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad.

Sartori, G. (2015). *¿Qué es la democracia?* México: Universidad Autónoma de México.

Sierra, H. (1998). La reforma de la constitución. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Sieyes, E. (1973): *¿Qué es el Tercer Estado?* Barcelona, Edición Aguilar S.A.

Vargas, A. (1994). *Participación social, planeación y desarrollo regional*. (2ª Ed.) Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.

Normas jurídicas

Constitución Política de la Republica de Colombia (1991) 2da Edición de la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.

Congreso de la Republica de Colombia. (06 de julio de 2015) Ley Estatutaria 1757 de 2015 Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. D.O. No. 49.565.

Congreso de la República de Colombia. (17 de julio de 1992) Ley 5 de 1992 Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. D.O. No. 40.483.

Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1994) Ley 134 de 1994 Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. D.O. No. 41.373.

Congreso de Republica de Colombia. (18 de enero de 2011) Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. D.O. No. 47.956.

Congreso de la Republica de Colombia. (22 de julio de 2020) Acto Legislativo 1 de 2020 Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable. D.O. No. 51.383.

Sentencias

República de Colombia, Corte Constitucional. (28 de octubre de 1992) Sentencia C-551/03. M.P. Ciro Angarita Baron

República de Colombia, Corte Constitucional. (14 de abril de 1994) Sentencia C-180/94. M.P. Hernando Herrera Vergara.

República de Colombia, Corte Constitucional. (21 de julio de 1994) Sentencia C-336/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional. (29 de abril de 1997) Sentencia C-222/97. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia, Corte Constitucional. (01 de octubre de 1998) Sentencia C-543/98. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional. (09 de julio de 2003) Sentencia C-551/03. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

República de Colombia, Corte Constitucional. (09 de diciembre de 2003) Sentencia C-1200/03. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional. (08 de marzo de 2004) Sentencia C-224/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional. (08 de julio de 2004) Sentencia C-644/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, (07 de octubre de 2004) Sentencia C-970/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, (07 de octubre de 2004) Sentencia C-971/04. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

República de Colombia, Corte Constitucional, (07 de octubre de 2004) Sentencia C-973/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, (09 de noviembre de 2004) Sentencia C-1121/04. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

República de Colombia, Corte Constitucional, (19 de octubre de 2005) Sentencia C-1040/05. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

República de Colombia, Corte Constitucional (27 de agosto de 2009) Sentencia C-588/09. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

República de Colombia, Corte Constitucional (26 de febrero de 2010) Sentencia C-141/10. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

República de Colombia, Corte Constitucional. (01 de marzo de 2011) Sentencia C-122/11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

República de Colombia, Corte Constitucional. (07 de marzo de 2012) Sentencia C-170/12. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

República de Colombia, Corte Constitucional (29 de marzo de 2012) Sentencia C-249/12. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

República de Colombia, Corte Constitucional (18 de abril de 2012) Sentencia C-288/12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

República de Colombia, Corte Constitucional (08 de abril de 2015) Sentencia C-150/15. M.P. Mauricio González Cuervo.

República de Colombia, Corte Constitucional. (24 de febrero de 2016) Sentencia C-084/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

República de Colombia, Corte Constitucional. (13 de julio de 2016) Sentencia C-373/16. M.P. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

República de Colombia, Corte Constitucional (02 de septiembre de 2021) Sentencia C-294/21. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

República de Colombia, Corte Constitucional. (14 de octubre de 2021) Sentencia C-349/21. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

República de Colombia, Corte Constitucional. (17 de julio de 1992) Sentencia T-469/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional (02 de junio de 2016) Sentencia T-291/16. M.P. Alberto Rojas Ríos.