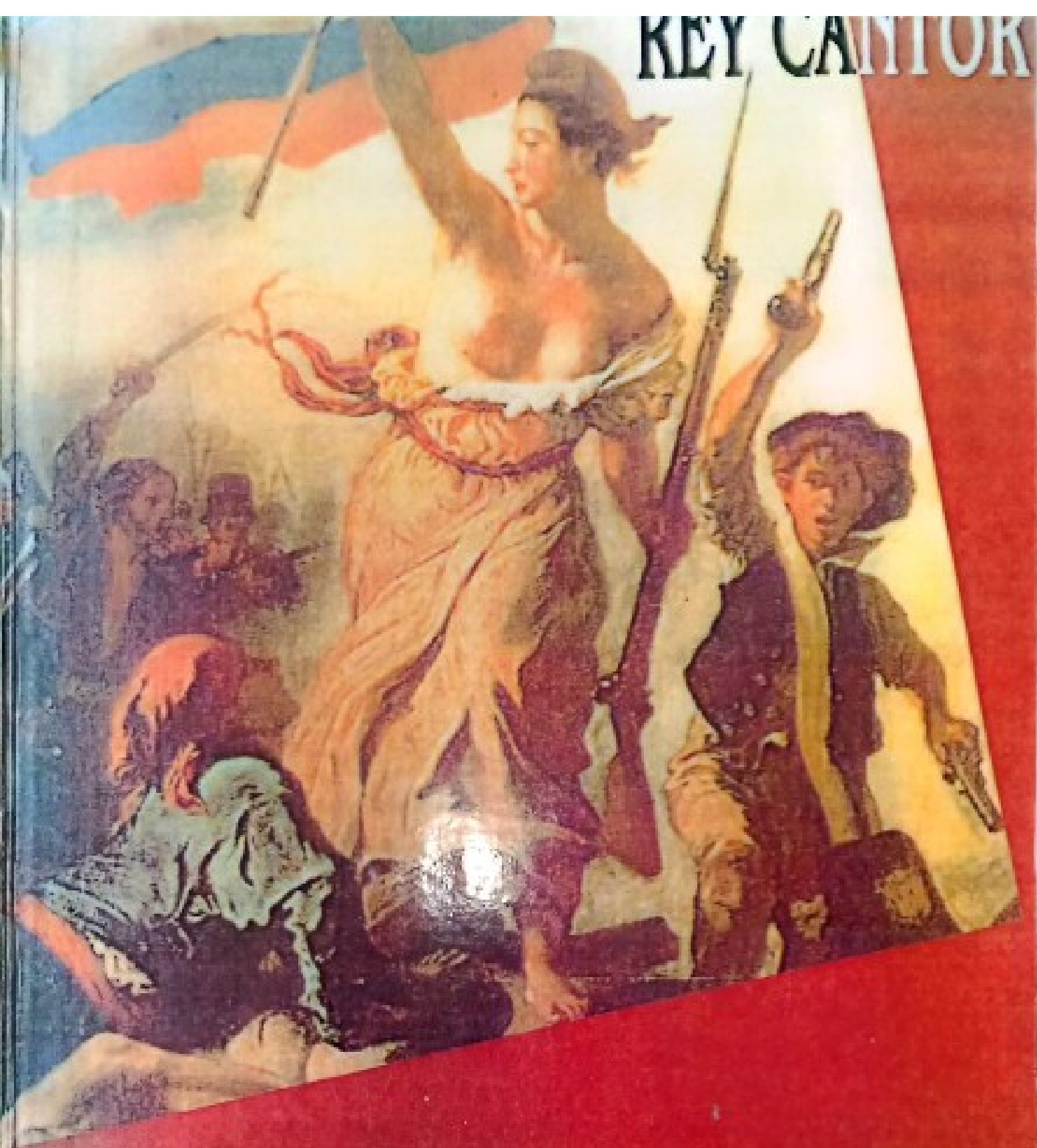


KEY CANTOR



REFERENDO,
ASAMBLEA CONSTITUYENTE
Y CONGRESO

ERNESTO REY CANTOR

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Libre de Colombia

**REFERENDO,
ASAMBLEA
CONSTITUYENTE
Y CONGRESO**

Segunda Edición

**BREVARIOS JURÍDICOS
NÚMERO 5**



EDICIONES CIENCIA Y DERECHO

Primera Edición: año 2000

Segunda Edición: septiembre 2003

© ERNESTO REY CANTOR
Apartado Aéreo N° 1391
Bogotá - Colombia

© EDICIONES CIENCIA Y DERECHO
Carrera 6a. No. 8-38
Teléfono: 5996753
Edición: CARLOS ARTURO BELLO C.

© LIBRERÍA CIENCIA Y DERECHO

ISBN 958-9157-42-4

Impresión y Encuadernación: Silo Impresores Ltda.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982).

© 2003

Fraternalmente,

*Al amigo, profesor y tratadista de Derecho
Constitucional argentino Jorge Reinaldo Vanossi,
con la admiración, cariño y aprecio de siempre.*

*A mis amigos y profesores de Derecho
Constitucional, en la Universidad Libre
-Seccional Cali, en homenaje a su vocación
y dedicación académicas:*

*Marino Gutiérrez Osorio
-Jaime Gutiérrez Grisales
Alberto Ramos Garbiras
Libardo Orejuela Díaz
Carmenza Echeverry
Carlos Mejía Yusti
Germán García
Carlos Peralta*

ERNESTO REY CANTOR.

ÍNDICE

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	I

CAPÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN

1. ETIMOLOGÍA Y SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN.	5
2. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?	6
3. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES	7
a) <i>De su materialidad</i>	7
1) Constituciones escritas	7
2) Constituciones consuetudinarias	8
b) <i>De su contenido o forma</i>	10
1) Constitución material	10
2) Constitución formal	11
c) <i>De su revisión o reforma</i>	13
1) Constitución rígida	13
2) Constitución flexible	14
4. DIFERENCIACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN RÍGIDA Y FLEXIBLE: SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	14
5. CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	15
a) <i>Clasificación ontológica</i>	16
1) Constitución normativa	16
2) Constitución nominal	17
3) Constitución semántica	18
b) <i>Constitución viviente (living constitution)</i>	19
c) <i>Constitución viviente y garantista</i>	19
6. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	20
a) <i>Proceso legislativo ordinario</i>	20
b) <i>Proceso legislativo constituyente</i>	21
7. LA ESTRUCTURA Y EL CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES	23

	Pág.
a) <i>Parte dogmática</i>	24
b) <i>Parte orgánica</i>	25
c) <i>Cláusula de la reforma</i>	26
d) <i>El preámbulo. Concepto</i>	27
8. EL PODER CONSTITUYENTE	28
9. PODER PRECONSTITUYENTE	32
10. EL PROCESO CONSTITUYENTE	34
a) <i>La iniciativa para la reforma</i>	35
b) <i>El órgano (o sujeto) constituyente derivado o reformador</i>	36
c) <i>La función constituyente (procedimientos)</i>	37
d) <i>El acto constituyente</i>	37
11. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O REFORMADOR	39
a) <i>Límites autónomos</i>	39
1) Límites procesales	39
a. Límites formales	39
b. Límites temporales	39
2) Límites sustanciales	39
b) <i>Límites heterónomos</i>	40
12. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	41
a) <i>Supremacía material y supremacía formal</i>	42
b) <i>La supremacía en el ordenamiento jurídico colombiano</i>	42
c) <i>El ordenamiento jurídico</i>	43
1) Categoría de las normas jurídicas	44
2) Jerarquía de las normas jurídicas	45
a. Normas superiores	46
b. Normas inferiores	46
3) Clasificación de las normas constitucionales	46
a. Normas operativas	46
b. Normas programáticas	46
c. Normas con temas mayores (o sustanciales)	49
d. Normas con temas menores	50
13. LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE 1991	50

CAPÍTULO II

ORIGEN, FORMAS Y CONCEPTO DE LA DEMOCRACIA

	PÁG.
1. LA DEMOCRACIA Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA	51
a) <i>Etimología y noción de democracia</i>	51
b) <i>Formas de democracia</i>	51
1) Democracia directa	52
a. Elementos de la democracia directa	54
1. El voto como derecho	54
2. El mandato imperativo	54
3. Revocatoria del mandato	55
b. La democracia en Suiza	55
2) Democracia indirecta	58
a. Elementos de la democracia indirecta	61
1. El voto como función	62
2. El mandato es colectivo	62
3. El mandato no es imperativo	62
b. El ocaso de la democracia indirecta	63
3) Democracia semi-directa	64
a. Origen de la democracia semi-directa	66
b. Objetivos de la democracia participativa	66
c. La democracia participativa como valor, principio fundamental y fin del Estado	69
d. El principio democrático (universal y expansivo)	71
e. El derecho fundamental a participar	71
f. Formas de democracia participativa en la Constitución de 1991	72
1. La participación - información	73
2. La participación - decisión	74
3. La participación - gestión	75
4. La participación - fiscalización	75
5. La participación - electoral	76
g. Los mecanismos de participación democrática	77
h. Democracia participativa	78
i. El derecho a participar y los derechos humanos	78
1. La Carta de la OEA	79
2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	79

	PÁG.
3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos ..	80
4. La Carta democrática interamericana	80
5. La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos	81
j. La iniciativa popular	82
1. Definición	82
2. Modalidades de iniciativa popular	83
3. Efectos y consecuencias	83
k. El referendo y el plebiscito	87
1. En orden a la materia: es constitucional y legislativo	93
2. En orden al tiempo: en sucesivo y en preventivo	94
3. En orden a la eficacia: en constitutivo y en abrogativo ...	94
4. En orden al fundamento jurídico: en obligatorio y en facultativo	94
4) Nuestro concepto	97
a. El referendo	97
b. El plebiscito	100
c. El referendo-plebiscitario	101

CAPÍTULO III

LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

1. INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA Y NORMATIVA ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS. DEFINICIÓN	107
2. REFERENDO	110
a) <i>Referendo derogatorio</i>	111
b) <i>Referendo aprobatorio</i>	112
c) <i>Referendo constitucional</i>	113
d) <i>Referendo legislativo</i>	113
3. LA INSCRIPCIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR	114
a) <i>Los promotores y voceros</i>	114
b) <i>El formulario para la inscripción de la iniciativa popular</i>	116
1) Requisitos para la inscripción de iniciativas populares	117
2) Registro de iniciativas populares	119
c) <i>El formulario para el trámite de la iniciativa popular</i>	120
1) Verificación de la Registraduría	124
2) Anulación de respaldos ciudadanos	124

	PÁG.
4. CERTIFICACIÓN DE LA REGISTRADURÍA	126
5. ACCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CONTRA EL CERTIFICADO	126
6. LOS PLAZOS Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO	128
7. PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS INICIATIVAS POPULARES ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS	128
8. APROBACIÓN DEL PROYECTO POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	131
9. NEGATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	132
a) <i>El referendo aprobatorio de iniciativa popular</i>	132
b) <i>Convocatoria al referendo aprobatorio de iniciativa popular</i>	133
10. CONVOCATORIA DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL	133
11. PERÍODO PARA LA RECOLECCIÓN DE APOYOS	134
12. CONTENIDO DE LA TARJETA ELECTORAL	136
13. LA TARJETA ELECTORAL PARA EL REFERENDO CONSTITUCIONAL	139
14. NOMBRE Y ENCABEZAMIENTO DE LA DECISIÓN	141
15. PROMULGACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS, LEYES, ORDENANZAS, ACUERDOS O RESOLUCIONES LOCALES APROBADOS EN REFERENDOS	141
16. VIGENCIA DE LA DECISIÓN	142
17. REFERENDO CONSTITUCIONAL APROBATORIO A INICIATIVA DEL GOBIERNO NACIONAL	144
18. EL PLEBISCITO	145
a) <i>Definición legal</i>	145
b) <i>Definición doctrinaria</i>	145
c) <i>Las contradicciones de la Corte Constitucional</i>	148
19. CONSULTA POPULAR	151
a) <i>Consulta popular para convocar una Asamblea Constituyente</i>	155
1) Origen	155
2) La Asamblea Constituyente en la historia constitucional colombiana	156
a. Colegio Constituyente	156
b. La Convención de Ocaña	156
c. La Convención de Rionegro	157
d. El Consejo Nacional de Delegatarios	157
e. La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa	157
f. La Asamblea Nacional de Colombia	158
g. La Asamblea Nacional Constituyente (ANAC)	158
h. La Asamblea Constituyente	159

	PÁG.
b) <i>Base constitucional</i>	159
c) <i>Base legal</i>	160
1) <i>Iniciativa y convocatoria de la consulta</i>	160
2) <i>Contenido de la ley de convocatoria</i>	161
3) <i>Control de Constitucionalidad</i>	161
4) <i>La tarjeta electoral</i>	161
5) <i>Fecha para la realización de la consulta</i>	162
d) <i>Nuestro concepto</i>	162
20. <i>REVOCATORIA DEL MANDATO</i>	163
21. <i>CABILDO ABIERTO</i>	169
a) <i>Origen</i>	169
b) <i>Definición</i>	170
c) <i>Oportunidad</i>	170
d) <i>Regulación normativa</i>	170
22. <i>CONTENIDO Y ALCANCES JURÍDICOS DEL ARTÍCULO 316</i> <i>DE LA CONSTITUCIÓN (EL TRASTEEO ELECTORAL)</i>	172

CAPÍTULO IV

DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. <i>EL POR QUIÉN, EL CÓMO, Y EL CUÁNDO, DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL</i> ...	178
2. <i>EJERCICIO DEMOCRÁTICO: RECREACIÓN SOBERANA-POPULAR</i> <i>DE LA CONSTITUCIÓN</i>	181
a) <i>Por recreación representativa (democracia indirecta)</i>	181
1) <i>Órgano especial, convocado al efecto</i>	181
2) <i>Órgano ordinario y permanente</i>	181
b) <i>Por recreación popular (democracia semi-directa)</i>	181
1) <i>Referendo derogatorio (art. 377)</i>	181
2) <i>Referendo aprobatorio (art. 378)</i>	182
3. <i>PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL</i>	183
a) <i>Reforma por el Congreso (art. 375)</i>	183
b) <i>Reforma por Asamblea Constituyente (art. 376)</i>	185
c) <i>Reforma por el pueblo (arts. 377 y 378)</i>	186
1) <i>Referendo derogatorio de iniciativa popular (procedimiento</i> <i>agravado de reforma)</i>	186
2) <i>Referendo aprobatorio de iniciativa popular (procedimiento</i> <i>ordinario de reforma)</i>	188

	PÁG.
3) Los umbrales	191
4) Interpretación del contenido y alcances jurídicos del artículo 378	193
a. Tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado	193
b. Tesis de El Espectador	195
c. Tesis de JAIME VIDAL PERDOMO	197
d. Nuestro concepto	197
4. REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL	205
5. LA TRILOGÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA	208

ANEXOS

ANEXO No. 1: Primera variante, Artículo 378	211
ANEXO No. 2: Segunda variante, Artículo 378	212

CAPÍTULO V

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONCEPTO	213
2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. FORMAS	214
a) <i>Control formal</i>	214
b) <i>Control material</i>	214
3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PARÁMETROS	214
4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CLASIFICACIÓN	215
a) <i>Control previo de constitucionalidad</i>	216
b) <i>Control de constitucionalidad por vía de acción</i>	216
c) <i>Control de constitucionalidad por vía de excepción</i>	217
d) <i>Control oficioso de constitucionalidad</i>	217
5. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD	217
a) <i>Generalidades y características</i>	219
b) <i>Los vicios de inconstitucionalidad</i>	221
1) Vicios formales	222
2) Vicios materiales	224
c) <i>La inconstitucionalidad formal de la "convocatoria"</i> <i>a referendo constitucional</i>	225

	PÁG.
1) <i>Primera hipótesis. Si el Congreso aprueba el proyecto de reforma constitucional</i>	225
2) <i>Segunda hipótesis. Si el Congreso no aprueba el proyecto de reforma constitucional</i>	226
d) <i>Los vicios de procedimiento de exclusivo rango constitucional (art. 379).</i>	229
e) <i>El parámetro de constitucionalidad del proceso de formación del proyecto de ley</i>	231
6. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE ACCIÓN	232
a) <i>Generalidades y características</i>	233
b) <i>Control de constitucionalidad de los referendos legislativos</i>	234
c) <i>Control de constitucionalidad de las consultas populares y plebiscitos nacionales</i>	237
1) <i>Vicios de procedimiento en la convocatoria y realización de las consultas populares</i>	237
2) <i>Vicios de procedimiento en la convocatoria y realización de los plebiscitos nacionales</i>	239
3) <i>El objeto del control de constitucionalidad de las consultas y plebiscitos</i>	240
7. EL PROCESO CONSTITUCIONAL	243
a) <i>Procesos constitucionales ordinarios</i>	243
b) <i>Procesos constitucionales especiales</i>	244
8. TRÁMITE DEL PROCESO CONSTITUCIONAL ORDINARIO	244
a) <i>Reparto</i>	245
b) <i>Estudio de la admisibilidad</i>	245
1) <i>Inadmisión de la demanda</i>	245
2) <i>Rechazo de la demanda</i>	246
3) <i>Admisión de la demanda</i>	246
a. <i>Comunicaciones</i>	246
b. <i>Traslado al Procurador General de la Nación</i>	246
c. <i>Fijación en lista</i>	247
d. <i>Decreto de pruebas</i>	247
4) <i>Deliberación preliminar</i>	248
5) <i>Audiencia pública</i>	248
6) <i>Registro del proyecto</i>	248
7) <i>Sentencia</i>	248
8) <i>Notificación</i>	248

	PÁG.
9. EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD PREVIO Y POR VÍA DE ACCIÓN	249
a) <i>Que el Congreso apruebe el proyecto contentivo de la reforma constitucional</i>	249
b) <i>Que el Congreso no apruebe el proyecto contentivo de la reforma constitucional</i>	249
c) <i>La sentencia</i>	250
1) Sentencia de exequibilidad	251
2) Sentencia de inexecuibilidad	252
d) <i>Vicios de inconstitucionalidad subsanables</i>	254
e) <i>Vicios de inconstitucionalidad insubsanables</i>	257
10. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD "REFORZADO" DE LA CONVOCATORIA A REFERENDO	258
11. DEL ESCRUTINIO EN EL REFERENDO CONSTITUCIONAL	264
a) <i>Lectura del acta con el número total de sufragantes</i>	266
b) <i>Apertura de la urna</i>	266
c) <i>El cómputo de votos</i>	266
d) <i>Verificación de la validez de los votos</i>	269
1) El escrutinio de votos válidos	270
2) Los votos válidos y el acta de escrutinio	271
3) Lectura de los resultados	271
4) Declaratoria de los resultados	271
5) Sanción y promulgación	271
12. LOS UMBRALES Y LOS CÁLCULOS ARITMÉTICOS	272

INTRODUCCIÓN

A manera de introducción, debemos plantear las siguientes preguntas: ¿Qué es una Constitución? ¿Cómo se clasifican las Constituciones? ¿Cuál es la estructura y el contenido de las Constituciones? ¿Quién establece las Constituciones?, y ¿qué es la supremacía de la Constitución? Si el lector responde estos interrogantes, puede prescindir de la lectura del primer capítulo, porque conoce los delineamientos esenciales de la *Teoría de la Constitución*.

El tema central del presente libro es la democracia semidirecta (comúnmente denominada *democracia participativa*). Para la correcta comprensión de esta institución política, se supone que el lector conoce las formas de democracia que han existido en la historia constitucional, como son la democracia directa y la democracia indirecta. La democracia participativa se realiza por medio de los siguientes mecanismos de participación ciudadana: el referendo, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa popular, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato. Si el lector domina estos temas, también puede prescindir de la lectura del segundo y tercer capítulos para pasar al estudio del cuarto capítulo que se relaciona con la reforma de la Constitución por parte del Congreso, la Asamblea Constituyente y el pueblo, a través del *referendo constitucional*. Ahora bien, para llegar a este último, se parte de una iniciativa popular, mecanismos que, sumados, confluyen en dos instituciones denominadas *referendo aprobatorio de iniciativa popular* y *referendo derogatorio de iniciativa popular*. Si el lector domina, además, los anteriores temas, entonces podrá prescindir de la lectura del cuarto capítulo y leer solamente el quinto.

Por su parte, el quinto capítulo trata del control de constitucionalidad *previo* del referendo o de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, de manera que si el lector también conoce

este tema, mejor prescinda de la lectura del libro, el cual ha sido escrito en la forma más elemental posible para facilitar la comprensión de los estudiantes de Derecho, así como de las personas ajenas a esta disciplina.

Carolema, domingo 23 de julio de 2000

ERNESTO REY CANTOR.

— La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; ella consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa en modo alguno: es la misma o es otra.

— Los diputados del pueblo no son sus representantes, ni pueden serlo, no son más que comisionados suyos que no pueden concluir nada definitivamente.

— Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado, es nula, no es una ley.

— Sea lo que sea, desde el instante en que un pueblo se da representantes, ya no es libre; ya ni siquiera es pueblo¹.

¹ JUAN JACQUES ROUSSEAU, *Del contrato social*, Ed. Cajica, México, 1957, capítulo XV, "De los diputados o representantes", págs. 163 a 168.

CAPÍTULO I

DE LA CONSTITUCIÓN

1. ETIMOLOGÍA Y SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN

Según Rolando Tamayo y Salmoran² "Constitutio (onis) viene del verbo latino constituere³ que significa 'poner', 'colocar', 'levantar', 'construir', 'fundar'.

"(...)

"Constitutio tiene, en principio, varios significados. Los más importantes son:

"a) 'Estado', 'postura', 'condición', 'carácter', constitución. Así, *Constitutio Corporis* (Ciceron): 'El estado del cuerpo, complexión', 'la forma de ser de algo'.

"b) 'Arreglo', 'disposición', 'orden', 'organización', (...). Así, *Constitutio Reipublicae* (Ciceron): 'La organización del Estado'.

"c) 'Norma' (Constitución, 'estatuto', 'ley', 'ordenanza' (...). 'Lo justo se basa en la naturaleza o en la ley'⁴.

² ROLANDO TAMAYO y SALMORAN, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pág. 40.

³ *Constitutio*, *as*, *ere*, *stitui*, *stitutum*, el cual se forma, a su vez, de la partícula *cum* que significa 'con', y el verbo *stare* (*statuo*: *uís*, *vere*, *ut*, *utum*). Cfr. BLÁNCQUEZ FRAYLE, AGUSTÍN, *Diccionario Latino-Español*, Barcelona, Sopena, 1967, t. I, pág. 461.

⁴ TAMAYO y SALMORAN, *op. cit.*, pág. 40.

2. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?

El interrogante corresponde al título de la obra del socialista Fernando Lassalle, quien la absuelve diciendo que la Constitución es “la expresión escrita de la suma de los factores reales de poder que rigen a un país”¹.

Según RODRIGO BORJA Constitución “Es el conjunto sistemático de normas jurídicas fundamentales que rigen la organización y funcionamiento de un Estado y que señalan los derechos y garantías de sus miembros”².

La anterior definición comprende la estructura y contenido de las Constituciones modernas: la parte dogmática y la parte orgánica, que explicaremos oportunamente.

Las Constituciones actuales en occidente están determinadas “ideológicamente por tres ideas fundamentales: la limitación del poder, la garantía de los derechos fundamentales y la supremacía y la permanencia de la Constitución Política”³. Con estas ideas concebiríamos el concepto de Constitución y su clasificación.

Las Constituciones Políticas se clasifican de diversa forma, según el parámetro desde donde se les considere; para el objeto del presente escrito algunas de estas formas⁴, el principio de la *supremacía de la Constitución* es su punto de referencia, lo cual implica una diferencia de grados entre la Constitución y la ley, es decir, una relación jerárquica entre ésta y aquella; sólo así se comprenderá el establecimiento de dos procedimientos para la expedición de las normas jurídicas en una Constitución catalogada como *rígida*., como por ejemplo la Constitución de 1991: un

¹ FERNANDO LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, 1932, pág. 14.

² RODRIGO BORJA, *Enciclopedia de la Política*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 161.

³ RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *Democracia y participación política*, San José de Costa Rica, Ed. Juricentro, 1991, pág. 134.

⁴ Constitución material y constitución formal; constitución rígida y constitución flexible.

procedimiento ordinario para la expedición de las leyes y el procedimiento extraordinario para la aprobación de las reformas constitucionales. Bueno, este sería un aspecto formalista. El otro aspecto, el material, se referirá al reconocimiento y a la realización efectiva de los derechos.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

BIDART CAMPOS⁹ emplea los vocablos Constitución escrita y formal para referirse con exclusividad a la supremacía constitucional; para entender su esencia y significado debemos volver a la tradicional clasificación de las Constituciones, a fin de comprender la razón de ser de la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta además unos criterios o parámetros diferenciadores; para ello seguiremos los parámetros de clasificación diseñados por el constitucionalista chileno HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹⁰, con algunas variaciones y exponiendo nuestras definiciones, en relación con la Constitución de 1991.

Las Constituciones se clasifican desde distintos puntos de vista, a saber:

a) *De su materialidad.* Según que consten o no en un texto escrito, se clasifican en:

1) *Constituciones escritas.* Son aquellas que, como su nombre lo indica, constan en un texto escrito, es decir, que se hallan "codificadas"; por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y la Constitución francesa de 1791, fruto de las revoluciones liberales burguesas; a partir de estas Constituciones se generalizó en Europa y América la expedición de Constituciones escritas. En Colombia, desde la Constitución de Cundinamarca de 1811 hasta la Constitución de 1991, las Constituciones que se han expedido son escritas.

⁹ GERMÁN BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires (Argentina), 1987, pág. 38.

¹⁰ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ y OTRO, *Teoría de la Constitución*, Edición Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago (Chile), 1994, pág. 65.

2) *Constituciones consuetudinarias*. “Consuetudinario” proviene del vocablo latino *consuetudo*, que implica diversos significados; algunos “se refieren a hechos; a un hábito individual profundamente arraigado; y al hábito de varias personas al cual denominamos ‘*usus*’ o ‘*mos*’”¹¹; para otros autores equivale a costumbre. Estas Constituciones se basan primordialmente en la costumbre; tradicionalmente también se les ha denominado Constituciones no escritas. Las Constituciones consuetudinarias “son aquellas que se forman por la lenta evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica”¹²; por ejemplo, Gran Bretaña, Nueva Zelandia e Israel.

“La verdad sobre Gran Bretaña puede enunciarse diciendo que no han escrito la Constitución en vez de afirmar que tiene una Constitución no escrita”¹³.

“Pero es menester advertir que lo ‘no escrito’ no debe tomarse rigurosamente. Más preciso es hablar de Constituciones ‘no codificadas’ que de ‘no escritas’, porque en realidad las llamadas Constituciones no escritas constan de documentos dispersos y no codificados”¹⁴.

Refiriéndose a esta clasificación de las Constituciones MIGUEL A. ERMERDJIAN comenta que “una Constitución (...) puede ser *parcialmente escrita*, como en los casos del Reino Unido y de Nueva Zelandia, en los cuales coexisten leyes constitucionales sancionadas por el Parlamento, con costumbres constitucionales que también tienen fuerza obligatoria”¹⁵.

¹¹ TAMAYO y SALMORAN, *op. cit.* pág. 228.

¹² RENÉ FRIGNET, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, pág. 1, citado por Nogueira Alcalá, *op. cit.*, pág. 66.

¹³ K.C. WHEARE, *Las Constituciones Modernas*, Nueva Colección Labor, Barcelona, pág. 19.

¹⁴ RODRIGO BORJA, *op. cit.*, pág. 163.

¹⁵ MIGUEL A. ERMERDJIAN, ¿Qué es una Constitución?, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Año 1, 2000, No. 1, pág. 32.

En efecto, en la historia constitucional inglesa se han expedido, entre otros, los siguientes instrumentos: *Carta Magna* del rey JUAN SIN TIERRA de junio 15 de 1215; *Petition of Rights* de junio 7 de 1628; *Habeas Corpus Act.* de mayo 27 de 1679; y el *Bill of Rights* de 16 de diciembre de 1689.

Las Constituciones escritas tienen ventajas, como la *demostrabilidad*, es decir, que en cualquier momento se demuestra su existencia exhibiendo su texto; la *estabilidad*, es decir, que su contenido sea estable y protegido contra posibles modificaciones¹⁶, desconociendo el procedimiento previsto en dicho instrumento. CARLOS PELLEGRINI expresa: “Tenemos instituciones casi humanamente perfectas; pero no basta. Las Constituciones –se ha dicho– se escriben porque hay temor de que se olviden y por eso vale más una costumbre mediana que cien constituciones buenas (...)”¹⁷.

“La falta de una Constitución escrita es ventajosa por dos razones. En primer lugar, la Constitución británica no es un producto de la ideología o de la concepción política de unas personas en particular; representa las experiencias acumuladas por siglos de labor práctica de gobierno (...). En segundo lugar, una Constitución no escrita tiene la ventaja de ser flexible (...). El que la Constitución británica sea una Constitución no escrita acarrea la consecuencia de que sea la historia una parte de la Constitución”¹⁸.

Esta clasificación ha sido criticada. Según WHEARE “no existe ningún país que tenga una Constitución totalmente escrita, ni tampoco ninguno que carezca totalmente de Constitución escrita”¹⁹. “Además podría

¹⁶ JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1997, pág. 6.

¹⁷ Cita de JUAN F. SAGOVIA, en *El concepto de Constitución en el pensamiento de Carlos Pellegrini*, en el diario jurídico argentino *El Derecho* de enero 9 de 1989, pág. 3.

¹⁸ SIR IRVOR JENNINGS, *El Régimen Político de la Gran Bretaña*, Madrid, Ed. Tecnos, 1962, págs. 11, 12, 13 y 21.

¹⁹ Cita de ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1987, pág. 12.

criticarse por carecer de utilidad, pues sólo sirve para diferenciar la Constitución del Reino Unido de todas las demás²⁰.

Siendo nuestras Constituciones escritas, se presentan algunas prácticas consuetudinarias, como por ejemplo, para la elección del designado a la Presidencia de la República, era costumbre que el presidente hiciera el “guiño” a favor de un candidato para que el Congreso lo eligiera; en la Constitución de 1886 no estaba previsto que el Gobierno sancionara el proyecto de acto legislativo que la reformaba, sino que por costumbre se efectuaba²¹; en la actualidad sucede lo mismo (art. 375).

b) *De su contenido o forma.* Según el contenido de las Constituciones o la forma como se expiden, se clasifican en:

1) *Constitución material.* Es un conjunto de normas, principios y valores que regulan la organización de los órganos de las ramas del poder público y el funcionamiento del Estado, reconocen los derechos de las personas y los ciudadanos y establecen los mecanismos de protección procesal, democráticamente.

Dos elementos son relevantes en esta definición: El *poder* y los *derechos*, considerándose éstos como una limitación de aquél, cuya efectividad se logra con los citados mecanismos. Este conjunto –de normas, principios y valores–, debe lograrse democráticamente o de lo contrario podría establecerse una Constitución carente de legitimidad. /

“Este (...) conjunto de principios fundamentales no se llamó comúnmente Constitución hasta la época de la Revolución Americana y la Revolución Francesa. En 1787 los norteamericanos declararon: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos (...) disponemos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América». A partir de esta época el hecho de tener un documento escrito con los principios de la or-

²⁰ PEREIRA MENAUT, op. cit., pág. 12.

²¹ Cfr. PÉREZ ESCOBAR, op. cit., pág. 15.

ganización gubernamental se generalizó y la palabra *Constitución* adquirió este significado”²², surgiendo así la “idea de la Constitución”.

La Constitución colombiana de 1991 se puede apreciar en esta dimensión. Veamos: la *justicia* se considera como un **valor** (desde el punto de vista filosófico), en el preámbulo de la Constitución. El Título I consagra los **principios** fundamentales, entre otros, la *democracia participativa*, el *respeto a la dignidad humana*, la *solidaridad*²³ de las personas (art. 1º), la *supremacía constitucional* (art. 4º), etc. Otros **principios** emergen del texto normativo de la Constitución, es decir, que se encuentran implícitos, como por ejemplo, el principio de que “Nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio” (arts. 28, 29 y 229). Las *normas* corresponden al conjunto del texto normativo (los 380 artículos). Este conjunto (valores, principios y normas) conforma la Constitución en sentido material.

La democracia participativa se fundamenta a su vez en el *principio democrático*, el cual constituye –en tratándose de la interpretación constitucional–, “una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que pueden surgir al examinar o aplicar un precepto”²⁴.

La finalidad de las Constituciones en el Estado constitucional moderno, según el tratadista costarricense RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, “consiste justamente en servir como instrumento de limitación del poder y, al mismo tiempo, en garante efectivo de los derechos de los ciudadanos”²⁵.

2) *Constitución formal*. Es un conjunto de normas que, siguiendo un procedimiento extraordinario, son establecidas por un órgano especial, distinto al procedimiento ordinario que se debe observar para la expedición de las leyes.

²² WHEARE, op. cit., págs. 8 y 9.

²³ También puede entenderse como *fraternidad*.

²⁴ Sentencia C-089 de 1994, M.P. EDUARDO CIPRIENTES MUÑOZ.

²⁵ RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995, pág. 25.

En otras palabras, como se enunció, se presentan dos procedimientos para la expedición de las normas jurídicas: el extraordinario para las constitucionales y el ordinario para las leyes.

En sentido material lo básico es el *contenido* de las normas que integran ese conjunto normativo, y en sentido formal es el *modo* como se debaten, aprueban y expiden dichas normas constitucionales.

“Constitución formal y Constitución sustancial, no están necesariamente en contraste”²⁶, es decir, no se contraponen. “La Constitución material puede *no coincidir* con la Constitución formal en todo o en parte”²⁷, así como también pueden coincidir plenamente, cuando la Constitución tiene vigencia sociológica, esto es, cuando se aplica realmente en el orden social, económico, político y cultural de un país.

“En sentido amplio, podemos afirmar que toda la constitución formal, desde su preámbulo hasta el último artículo, es *normativa*. En ella hay *normas*. Lo que ocurre es que algunas de estas normas contienen *principios* y *valores*. Dígase, si se prefiere, que los consignan, los proponen, o los propugnan”²⁸.

La Constitución de 1991 es un texto escrito y codificado; se puede considerar en los dos conceptos, material y formalmente y, además, como conjunto de principios, valores y normas que no son fáciles de reformar, lo que se demuestra a continuación.

El sentido formal de Constitución nos conduce a los conceptos de Constitución rígida y Constitución flexible²⁹.

²⁶ GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional comparado*, Espasa-Calpe S.A., 1983, Madrid, pág. 133.

²⁷ GERMAN J. BRIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1994, pág. 87.

²⁸ BRIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed. cit., pág. 109.

²⁹ Véase JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

c) *De su revisión o reforma.* Según que sean difíciles o fáciles de reformar, las Constituciones se clasifican en:

1) *Constitución rígida.* Las normas que integran una Constitución rígida sólo pueden ser reformadas a través de un procedimiento extraordinario, formalista y, por ende, solemne, diferente al procedimiento ordinario para la expedición de las leyes; formalismos que la revisten de estabilidad y continuidad político-jurídicas, a fin de garantizar la *seguridad jurídica*; en otras palabras, la Constitución rígida es difícil de reformar.

"La rigidez puede consistir fundamentalmente en que:

"a) debe seguirse un *procedimiento especial* a cargo de un *órgano también especial* que hace la reforma; o sea que procedimiento y órgano reformatorios difieren de los legislativos comunes; a este tipo de rigidez se le llama orgánico;

"b) basta seguir un *procedimiento especial* a cargo del *mismo órgano legislativo* (parlamento o congreso); o sea que el procedimiento es distinto al de la legislación común, pero el órgano es el mismo; a este tipo de rigidez más benigno se lo denomina rigidez por *procedimiento agravado* o rigidez formal"³⁰.

Son ejemplos de Constitución rígida la de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, la Constitución de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución colombiana de 1991.

Según la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 es rígida³¹.

Este tipo de Constituciones conduce a la distinción jerárquica entre Constitución y ley, surgiendo así el principio de la supremacía de la Constitución.

³⁰ BRIDART CAMPOS, op. cit., pág. 102.

³¹ Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

2) *Constitución flexible*. Con base en los parámetros anteriores podemos afirmar que la Constitución flexible es aquella fácil de reformar, porque para su enmienda se debe observar el procedimiento ordinario que el órgano competente (Congreso, Parlamento, o Asamblea, según el régimen político) sigue para la expedición de las leyes; por ejemplo, las Constituciones de la Gran Bretaña y Nueva Zelanda.

Siendo la Constitución de Gran Bretaña no escrita y flexible, ¿cuál es el procedimiento para su reforma? “El procedimiento consuetudinario de creación es aquel mediante el cual la *descripción* de un ‘acto repetido’ (‘acostumbrado’) se convierte en el contenido de una norma jurídica”¹².

4. DIFERENCIACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN RÍGIDA Y FLEXIBLE: SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

En las Constituciones flexibles no existe jerarquización entre Constitución y ley; no hay diferencias de grado; se encuentran en el mismo nivel jerárquico, lo cual descarta la existencia de la supremacía de la Constitución y la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido.

Las Constituciones formales y rígidas se caracterizan por reglar dos procedimientos diferentes para la producción de normas jurídicas: Un procedimiento extraordinario para la reforma de las normas constitucionales y un procedimiento ordinario para la expedición de las leyes. En algunas Constituciones el primer procedimiento lo observa un órgano especial llamado Asamblea Constituyente y el segundo lo cumple el órgano legislativo ordinario (Congreso, Parlamento o Asamblea). Existen Constituciones en que los cuerpos colegiados elegidos popularmente, son competentes para ejercer la *función constituyente* y la *función legislativa*, por ejemplo la de Colombia.

Las Constituciones flexibles consagran un solo procedimiento por medio del cual el órgano legislativo (Congreso o Parlamento) expide las leyes y reforma la Constitución.

¹² TAMAYO y SALMORAN, op. cit., pág. 289.

La anterior clasificación de las Constituciones también se critica porque “coloca todas las Constituciones del mundo en la categoría de las rígidas y solo deja unas pocas en la otra categoría”³³. Además, “las Constituciones flexibles no son las que más cambian. En realidad, algunas Constituciones rígidas han sido modificadas muchas más veces que las flexibles, como la (...) mejicana de 1917, que rara vez ve pasar un año sin ser modificada. Esto se explica porque la frecuencia con que una Constitución se modifica tiene poco que ver con lo que el legislador constituyente previó y deseó un día quizás lejano y en unas circunstancias diferentes”³⁴.

En síntesis, podemos afirmar –siguiendo a BIDART CAMPOS–, que a la Constitución escrita, formal y rígida se le erige con la calidad de suprema: solo este tipo de Constituciones lleva inmerso el principio de la *supremacía de la Constitución*, lo que significa que fluye la distinción jerárquica entre Constitución y leyes.

La rigidez de las Constituciones también depende de la existencia y eficacia del control de constitucionalidad. ЕКМЕКДЖАН sostiene que “si no existe un órgano que ejerza el control de constitucionalidad, la pretendida rigidez no es tal. Pero si tal órgano existe, tampoco puede afirmarse la rigidez, ya que el órgano controlante (generalmente el Poder Judicial o un tribunal especial), puede apartarse de lo que dispone la Constitución, so pretexto de interpretarla”³⁵. El juez constitucional, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, debe ser cuidadoso y mesurado al aplicar el control de constitucionalidad, a fin de no incurrir en interpretaciones desproporcionadas de la Carta, convirtiéndose en poder constituyente o legislador, atentando contra el Estado social y democrático de derecho.

5. CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Para el constitucionalista venezolano ALLAN R. BREWER-CARLAS “la supremacía de la Constitución está clara y estrechamente vinculada con

³³ PEREIRA MENAUT, op. cit., pág. 13.

³⁴ Ibídem, págs. 13 y 14.

³⁵ ЕКМЕКДЖАН, op. cit., pág. 37.

el carácter rígido de la misma, es decir, con el principio de que las normas de la Constitución sean inmunes ante los poderes del legislador ordinario. Esta característica de la Constitución constituye una tendencia general en el derecho constitucional en el mundo entero (...)”³⁶.

En otras palabras, las Constituciones rígidas solo pueden ser reformadas siguiendo un procedimiento extraordinario, denominado en el constitucionalismo colombiano *proceso legislativo constituyente*, caracterizado por contener reglas preestablecidas y precisas amparadas por la supremacía de la Constitución; cualquier regla “nueva” que se pretenda establecer ajena a dicho procedimiento es inconstitucional; como por ejemplo, la “regla” según la cual el Congreso no tiene competencia para introducir modificaciones sustanciales a un proyecto de reforma constitucional –de iniciativa del Gobierno–, que se someta a referendo; es inconstitucional por la sencilla razón de que se trata de una “regla” no prevista en la Constitución (el proyecto de reforma constitucional presentado al Congreso, en el gobierno de ANDRÉS PASTRANA ARANGO).

Finalmente, podemos afirmar que la *rigidez* de las Constituciones garantiza la *supremacía de la Constitución*, tema que ampliaremos al finalizar el presente capítulo.

a) *Clasificación ontológica*. El constitucionalista alemán KARL LOEWENSTEIN considera que “el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”³⁷. En otras palabras, según el grado de correspondencia entre lo establecido en la Constitución y la realidad económica, social, política y cultural que el pueblo vive. En este orden de ideas las constituciones se clasifican así:

1) *Constitución normativa*. “(...) radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Su pun-

³⁶ BREWER-CARLAS ALLAN, *La justicia constitucional*. Documento preparado para el Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho público), Toledo, Fundación DBV, diciembre 1994, págs. 13 y 14.

³⁷ KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1982, pág. 217.

to de partida es la tesis de que una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica (...). Para que una Constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente 'vivida' por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización (...). Para ser real y efectiva, la Constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella (...). Para usar una expresión de la vida diaria: la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente"³⁸. Como ejemplos el autor alemán cita las Constituciones de la Gran Bretaña, Estados Unidos, Suecia, Francia e Italia.

2) *Constitución nominal*. "El carácter normativo de una Constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso cabe calificar a dicha Constitución de nominal (...). Lo que la Constitución nominal implica es que los pre-supuestos sociales y económicos existentes –por ejemplo, la ausencia de educación en general y, en particular, de educación política.– (...), en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación, de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política. Probablemente la decisión política que condujo a promulgar la Constitución, o este tipo de Constitución, fue premura. La esperanza, sin embargo, persiste, dada la buena voluntad de los detentadores y los destinatarios del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la Constitución (...). Y para continuar con nuestro símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido"³⁹. Como

³⁸ LOEWENSTEIN, op. cit., pág. 217.

³⁹ LOEWENSTEIN, op cit., pág. 218.

ejemplos se citan las Constituciones de Argentina, Brasil, México, Costa Rica y Colombia. La nuestra es nominal porque se espera que el cuerpo político (el pueblo) crezca para ponerse dicho traje, en decir, la Constitución, para lo cual se requiere educarlo por medio de la pedagogía constitucional (art. 41).

3) *Constitución semántica*. “(...) si bien la Constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado. Mientras la tarea original de la Constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder (...). En lugar de servir a la limitación del poder, la Constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político. Y para continuar con el simil anterior: el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz”⁴⁰. LOEWENSTEIN presenta como ejemplos la Constitución de Cuba del dictador Fulgencio Batista tras su golpe de Estado de 1952; la Constitución de la URSS en el Gobierno socialista de JOSÉ STALIN. Clasificamos en esta modalidad la Constitución de Chile de 1980 de la dictadura militar de AUGUSTO PINOCHET UGARTE, porque era un burlesco, por cuanto él gobernó con el Congreso clausurado, violando los derechos humanos, basado en las disposiciones transitorias que le conferían plenos poderes.

La clasificación ontológica, en mi concepto, gira alrededor de dos elementos: la economía estatal y la cultura de los pueblos. Un Estado económicamente fuerte y un pueblo civilizado permitirán, eventualmente, una correspondencia y coherencia entre la vida real (económica, política y social) del pueblo y lo que establece la Constitución, porque se

⁴⁰ LOEWENSTEIN, op. cit., pág. 219.

lograría la realización y protección de los derechos humanos, en forma efectiva y eficaz; en Colombia nuestra Constitución está lejos de ser normativa.

Recientemente ha surgido un nuevo concepto de Constitución denominado la *Constitución Viviente* que a continuación exponemos con una breve referencia a Colombia.

b) *Constitución viviente (living constitution)*. “La idea de ‘constitución viviente’ (*living constitution*) pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional (...).

“Quizá la mejor definición de ‘constitución viviente’ no venga dada por PERRY, sino que se encuentra en la obra de CHARLES y WILLIAM BEARD, cuando afirman: ‘la teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mística. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es’⁴¹.

“Bajo esta perspectiva, la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante”⁴²; por ejemplo, la Constitución de los E.U.

c) *Constitución viviente y garantista*. Aplicando el anterior concepto en el derecho constitucional colombiano tenemos que nuestra Constitución es viviente y garantista; lo primero porque –en tratándose de los derechos– las autoridades públicas y el pueblo (personas, ciudadanos) son conscientes de que la Constitución ha reconocido unos derechos y si eventualmente aquellas los transgreden, la misma Carta Política establece sus *mecanismos de protección procesal*, lo que en segundo

⁴¹ Cit. por PRITCHETT, C. HERMAN, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1965, pág. 1.

⁴² NÉSTOR PEDRO SAGÜES, Sobre el concepto de ‘Constitución viviente’ (*living constitution*). En revista *Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar, Año I, 2000, No. 1.

lugar la caracterizaría como garantista, como por ejemplo, la acción de tutela es un mecanismo de protección procesal que pertenece al patrimonio político del pueblo, por cuanto las personas que consideran vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales acuden directamente ante el juez competente solicitando su protección o amparo; también se ha generalizado con éxito el ejercicio de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos. Sucede lo mismo con la acción de inconstitucionalidad que los ciudadanos promueven contra las leyes ante la Corte Constitucional, y, en menor medida, la acción de nulidad contra los actos administrativos, ejercida por las personas ante el juez administrativo competente. Recientemente la ciudadanía se ha familiarizado con el referendo constitucional.

En conclusión, nuestra Constitución es viviente en la medida en que las personas y los ciudadanos son conscientes de ser titulares de derechos consagrados en la Constitución. Es *garantista* porque aquellos ejercitan las garantías, o mejor, los *mecanismos de protección procesal* para defender los derechos que la Constitución reconoce alrededor del respeto de la dignidad humana. Similar situación sucede en Costa Rica con los controles de constitucionalidad y el amparo constitucional.

6. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Siguiendo las clasificaciones de las Constituciones consideradas anteriormente, podemos afirmar que nuestra Constitución es escrita, material, formal y rígida, por cuanto ella establece dos procedimientos para la expedición de las normas jurídicas, desarrollados por la Ley 05 de junio 17 de 1992, “por la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”, a saber:

a) *Proceso legislativo ordinario*. En términos generales, éste proceso se encuentra descrito en el art. 157 de la Constitución, así:

“Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

“1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

"2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de la Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.

"3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

"4. Haber obtenido la sanción del gobierno".

En términos específicos, estos requisitos se detallan en los artículos 154 a 169 de la Carta.

Por su parte, la Ley 05 en el capítulo sexto, regula y desarrolla el *proceso legislativo ordinario*, artículos 139 a 217. Armonizando la preceptiva constitucional con las disposiciones de esta ley, se concluye que todo proyecto de ley debe ser aprobado en cuatro debates: en primer debate en la correspondiente comisión constitucional permanente en cada Cámara (o sea dos debates) y en segundo debate en la plenaria de cada una de las Cámaras (esto es, dos debates). Cumplidos a cabalidad estos requisitos, el Congreso ejerce *función legislativa*, o sea aquella "para elaborar, interpretar, reformar y derogar las leyes y códigos en todos los ramos de la legislación" (Ley 05, art. 6º, num. 2).

b) *Proceso legislativo constituyente*. Este proceso tiene sus bases en el título XIII de la Carta (arts. 374 a 379), en el cual se establecen tres procedimientos de reforma constitucional: Por el Congreso (art. 375), por una Asamblea Constituyente (art. 376) y por el pueblo mediante referendo, con dos modalidades: el referendo convocado por un 5% de ciudadanos inscritos en el censo electoral para derogar un acto legislativo (art. 377) y el referendo con proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional, propuesto también por un 5% (art. 378); en otras palabras, se articulan la iniciativa popular con el referendo; por ello el primero se denomina derogatorio (referendo derogatorio de iniciativa popular), y el segundo aprobatorio (referendo aprobatorio de iniciativa popular).

En efecto, en la reforma constitucional por el pueblo se distingue a su vez dos procedimientos: un procedimiento *aggravado* de reforma por

cuanto comprende un trámite complejo y dispendioso (aprobación de un proyecto de acto legislativo, en 8 debates), porque se trata de los temas mayores de la Constitución: los *derechos fundamentales*, sus *garantías* como la acción de tutela, el *habeas corpus*, el *habeas data* y el *recurso* de insistencia; los *procedimientos de participación popular*, como el plebiscito, consulta popular, iniciativa popular, cabildo abierto, revocatoria del mandato, etc. y el *Congreso* (art. 377); y un *procedimiento ordinario de reforma* abreviado y sumario (aprobación de un proyecto de ley, en cuatro debates), para los temas menores de la Carta, como son los relacionados con la parte orgánica (art. 378).

La Corte Constitucional, refiriéndose a este proceso, en Sentencia C-643 de mayo 31 de 2000, expresó lo siguiente: “(...) el legislador otorgó una regulación específica e independiente a otro aspecto del trámite legislativo que denominó proceso legislativo constituyente, dentro del cual recibieron particular atención los asuntos de reforma constitucional que deben ser sometidos a referendo; allí encuentran cabida los proyectos de reforma constitucional con iniciativa del gobierno o ‘de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva’ (artículo 229 numeral 2º)”⁴³.

Estos procedimientos se adelantan en el Congreso, previas las formalidades prescritas para cada uno de ellos en las citadas disposiciones constitucionales. A su vez, la Ley 05, capítulo séptimo, arts. 218 a 229, desarrolla el *proceso legislativo constituyente*, aclarando que para el referendo constitucional esta ley estableció lo que se denomina *proceso constituyente primario*.

Cuando la reforma constitucional la realiza el Congreso por medio de un acto legislativo (art. 375), ejerce función constituyente⁴⁴ y en los demás casos, esto es, por medio de una Asamblea Constituyente o a

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-643 de mayo 31 de 2000, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁴⁴ *Función Constituyente*, para reformar la Constitución Política mediante actos legislativos (Ley 05, art. 6º, num. 1); disposición parcialmente inconstitucional por cuanto excluye el *proyecto de ley* que incorpora una reforma constitucional que se somete a referendo (art. 378), en ejercicio de *función preconstituyente*.

través de un referendo el Congreso, ejerce *función preconstituyente*, y el pueblo la *función constituyente* aspecto que ampliaremos más adelante.

Lo anterior nos permite concluir que la existencia de dos procedimientos, uno para expedir proyectos de ley y otro para expedir reformas constitucionales, es lo que determina que la Constitución colombiana sea rígida.

¿Cuál es la estructura y el contenido de las Constituciones?

7. LA ESTRUCTURA Y EL CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES

El antecedente histórico lo hallamos en la Revolución Francesa: *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, artículo décimo sexto, que expresa: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los *derechos*, ni determinada la *separación de poderes*, carece de Constitución”. Cuando esta Declaración se incorporó a la Constitución Francesa de 1791, se integraron en una sola estructura el contenido de las Constituciones, como se dijo anteriormente, en una *parte dogmática* y una *parte orgánica*.

“(...) el contenido de una Constitución debe obedecer, como es natural, a los objetivos que ésta se propone y que son fundamentalmente (...) los de organizar el ejercicio del poder en el Estado y fijar los principios esenciales que deben inspirar la acción pública, mediante la consagración de los derechos y libertades de que son titulares los asociados, individual o colectivamente. De esta manera se puede afirmar que una Constitución debe constar, básicamente, de dos tipos de normas: normas de carácter orgánico y normas de carácter dogmático. Las primeras son todas aquellas que se refieren directamente al primero de los objetivos señalados: la organización del poder en el Estado. Las segundas consagran los derechos, libertades y responsabilidades de los asociados y establecen los principios filosóficos que deben inspirar la acción de los gobernantes.

“Por ello se habla en las Constituciones de una ‘parte orgánica’ y de una ‘parte dogmática’. Pero, además, las Constituciones contienen,

por lo general, una '*cláusula de reforma*', es decir, una o varias normas destinadas específicamente a prever y describir los mecanismos para su propia reforma"⁴⁵.

Con base en la anterior doctrina, nos proponemos definir las partes que contiene –por lo general– toda Constitución, con particular referencia a Colombia.

a) *Parte dogmática*. Es aquella parte de las Constituciones que contiene los principios filosóficos, ideológicos y políticos que la nutren y retroalimentan; los derechos que se reconocen (fundamentales, sociales, económicos y culturales, colectivos y del ambiente) y los mecanismos de protección procesal (acciones de tutela, de cumplimiento, populares, *habeas corpus*, *habeas data* y recurso de insistencia), como también la estructura (centralista o federalista) y fines del Estado, la concepción política de la soberanía (popular o nacional) y de la democracia (directa, indirecta, o semidirecta), considerados éstos últimos como *principios fundamentales*. En esta parte de la Constitución se condensan los pilares del Estado social y democrático de derecho, reconociendo los derechos humanos como limitante del poder político. Las conquistas de los pueblos civilizados se miden por el catálogo de los derechos y mecanismos de protección procesal que en la Constitución se establezcan, siendo una constante histórica la relación de conflicto (en mayor o menor intensidad) entre el *poder* y los *derechos*: el Estado todopoderoso y la persona humana.

La parte dogmática es la esencia, la sustancia de las Constituciones establecidas o reformadas democráticamente, producto del consenso de las fuerzas políticas en movimiento en un *proceso constituyente*.

La parte dogmática de la Constitución suele ser protegida por el Constituyente, estableciendo procedimientos de reforma extraordinarios, solemnes y, por ende, dispendiosos y lentos, a fin de evitar los cambios continuos, sorpresivos e improvisados, garantizando la estabilidad ju-

⁴⁵ VLADIMIRO NARANJO MUSA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 8ª ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 2000, pág. 335.

ridico-política, lo cual la caracteriza como *rigida*, como lo vimos anteriormente; por ejemplo, la Constitución colombiana ha previsto en el artículo 377 que para reformar normas relacionadas con derechos fundamentales, sus garantías como la acción de tutela, los procedimientos de participación popular (referendo, plebiscito, consulta popular, iniciativa popular, cabildo abierto y revocatoria del mandato) o el Congreso, se debe tramitar un proyecto de *acto legislativo* en dos periodos ordinarios y consecutivos, lo cual implica cuatro debates en el primero y cuatro debates en el segundo (art. 375).

En el evento de que sea aprobada la reforma, se someterá a la decisión del pueblo –a iniciativa de los ciudadanos– para que por medio de un referendo decida si deroga alguno o algunos de los precitados temas *sustanciales* que conforman la parte dogmática de la Carta Magna. La razón de ser de esta modalidad de referendo consiste en que si la reforma constitucional es regresiva, por ejemplo, que se disminuya o restrinja, o modifique el catálogo de los derechos fundamentales (establecimiento del voto obligatorio sin consultarle previamente al pueblo) o se reduzcan los mecanismos de participación popular, o se establezcan limitaciones a la acción de tutela, será el mismo pueblo, como *constituyente primario*, quien reivindicará sus conquistas diciéndole “NO” a la reforma que introdujo el Congreso –en su condición de *constituyente secundario*–, a la dogmática de la Constitución que solidifica el Estado social, democrático de derecho diseñado no para retroceder sino para avanzar en las aspiraciones de un pueblo que busca la paz y la justicia.

Novedoso resulta para el constitucionalismo colombiano, en la temática objeto del referendo del artículo 377, la introducción de la institución del Congreso; seguramente el Constituyente de 1991 lo incluyó por su vocación democrática porque sus miembros representan al pueblo, titular de la soberanía, del poder político y del poder constituyente, según voces de los artículos 3 y 133 de la Carta, cuyo eco retroalimenta el querer popular que en las urnas refrenda o no los cambios constitucionales sustanciales que se logran con *legitimidad*.

b) *Parte orgánica*. Es aquella parte de las Constituciones que regula la estructura y organización de los órganos (Congreso, Gobierno y

los Jueces) de las ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) del poder público del Estado; determina el reparto de competencias estatales, esto es, la asignación, distribución y establecimiento de las funciones o atribuciones de tales órganos, entidades y autoridades públicas, y en general de algunos servidores públicos.

Las normas contenidas en la parte orgánica, a excepción del Congreso, pueden ser reformadas siguiendo un procedimiento menos complejo, como el previsto en el artículo 375, para el cual el Constituyente no previó la citación del pueblo a referendo. No obstante lo anterior, las normas de la parte orgánica también pueden ser reformadas por medio de un *proyecto de ley* que incorpore una reforma constitucional, a iniciativa del Gobierno o del pueblo (un número de ciudadanos equivalente al cinco por ciento del censo electoral), para ser sometido a referendo (referendo aprobatorio de iniciativa popular).

Esta modalidad de referendo se diseñó no para reformar la esencia, la sustancia (parte dogmática) de la Constitución sino sus *temas menores*, por ejemplo, la creación o supresión de órganos o entidades (excepto el Congreso), como las Asambleas Departamentales, las Contralorías, las Personerías, los honorarios de los Concejales, etc., aspectos éstos de la parte orgánica de la Constitución.

c) *Cláusula de la reforma*. Toda Constitución debe diseñar el procedimiento para su reforma, el que se identifica con el denominado por la doctrina *proceso constituyente*. El procedimiento de reforma comprende varias etapas, a saber: el instrumento por medio del cual se reforma (proyecto de acto legislativo o ley), el titular de la iniciativa de reforma, el órgano que la realiza, los temas objeto de reforma y el trámite que se va a seguir. Si éste dificulta la reforma o la facilita, la Constitución será rígida o flexible, respectivamente. No obstante, el procedimiento de reforma de que trata el artículo 378 (por medio de *proyecto de ley*) se identifica con el procedimiento ordinario utilizado para la expedición de todos los proyecto de ley (4 debates); aspectos jurídicos que permitirían catalogar nuestra Constitución como semirígida, según algunos autores.

Las anteriores son las *partes* de una Constitución y que, por consiguiente, integran su estructura y definen su contenido. Independientemente

de la controversia acerca de si los *preámbulos* forman parte o no de las Constituciones, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pasaremos a su estudio.

d) *El preámbulo. Concepto.* El tratadista SEGUNDO V. LINARES QUINTANA expresa lo siguiente: “Como indica el sentido gramatical del término, el Preámbulo de la Constitución comporta la introducción, el exordio o el prólogo, en donde los Constituyentes declaran, en forma sintética a la vez que sistemática, los grandes fines, principios y propósitos de la Ley Fundamental y Fundacional del Estado constitucional (...), explicitando *la esencia, el alma o el espíritu*; es decir, la fórmula política de aquélla; por lo que debe ser primordialmente, tenido en cuenta en su interpretación y aplicación, esclareciendo el exacto significado y alcance del texto constitucional”⁴⁶.

“El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella (...). El Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de indole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”⁴⁷.

El preámbulo de la Constitución de 1991 contiene como fines “fortalecer la unidad de la Nación” e “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. Reconoce la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, como **valores** desde el punto de vista filosófico. La democracia participativa y orden político, económico y social justo, son **propósitos** que el Estado puede alcanzar. No obstante lo anterior, la democracia participativa que ondea el texto normativo se considera además como un valor, porque

⁴⁶ SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 743 y 744.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

significó para los Constituyentes la razón de ser del nuevo ordenamiento jurídico fundamental que se expidió en 1991, estableciendo un Estado social, democrático y de derecho⁴⁸. Por ejemplo, el trabajo es un valor (en el preámbulo), es un principio fundamental (art. 1º) y un derecho fundamental (art. 25); la paz es considerada como un valor, un principio y un fin, según Sentencia C-048 de 2001 de la Corte Constitucional.

Ese conjunto de fines, valores y propósitos energizan la luz (*techo ideológico*), que irradia e ilumina el texto constitucional, para su adecuada y correcta interpretación, así como también de las demás normas inferiores (leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones locales, etc.).

¿Quién establece o reforma las Constituciones?

8. EL PODER CONSTITUYENTE

“Significa ‘lo que constituye’, ‘lo que establece’, ‘lo que crea’, ‘lo que organiza institucionalmente’”⁴⁹. “Si por ‘poder’ entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por ‘constituyente’ el poder que constituye o da constitución al Estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política.

“El poder constituyente puede ser originario y derivado.

“Es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional o de primigeneidad del Estado, para darle nacimiento y estructura.

⁴⁸ “**PREÁMBULO.** El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente...”.

⁴⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, pág. 11.

"Es derivado cuando se ejerce para *reformular la Constitución*"³⁰.

El poder constituyente originario también recibe el nombre de primario y el poder constituyente derivado la denominación de secundario, o poder de reforma, o poder constituyente constituido.

Siguiendo a BIDART CAMPOS, en el mismo sentido JORGE REINALDO A. VANOSSI, comenta lo siguiente:

"En el primer caso se trataría del poder constituyente que actúa en el momento de la Constitución originaria, es decir, la primera vez que se da a la comunidad un ordenamiento jurídico; mientras que en el segundo caso estaríamos ante el ejercicio del poder encargado de la reforma de la Constitución vigente. Lo que se quiere con esta distinción es llamar la atención sobre una diferencia incuestionable, que nadie rechaza ni en la teoría ni en la práctica: es la diferente situación que existe entre la *creación* o recreación revolucionaria de un ordenamiento constitucional (poder constituyente originario) y su modificación sin solución de continuidad (poder constituyente derivado).

"Desde este punto de vista podríamos hablar, pues, de un poder constituyente fundacional o revolucionario y de un poder constituyente de reforma de la Constitución"³¹.

En otras palabras, en la etapa de la creación (fundación) del ordenamiento constitucional acaece el *nacimiento* del Estado, para el cual el constituyente originario establece la primera Constitución Política. En la hipótesis de la *recreación* (revolución) del ordenamiento constitucional (se supone la existencia de la Constitución) estamos frente a la *transformación* de la estructura (económica, social y política) del Estado, en la cual actúa el constituyente originario, en su condición de revolucionario, a fin de establecer una Constitución, por ejemplo, la

³⁰ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo I, ed. cit., pág. 189.

³¹ JORGE REINALDO A. VANOSSI, *Teoría constitucional*, Tomo I, *Poder Constituyente*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 123 y 124.

Revolución Francesa de 1789 y la Revolución bolchevique rusa de 1918. En las dos hipótesis (fundacional y revolucionaria), el poder constituyente originario tiene plena realización. En Colombia, el pueblo actuó como constituyente primario, en el llamado “plebiscito” de 1º de diciembre de 1957, siendo en realidad un referendo constitucional con plebiscito, aspecto que ampliaremos más adelante.

Posteriormente viene otra etapa: la correspondiente a la **reforma** de la Constitución, sea ésta creada o recreada, necesitará de su actualización conforme a las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas.

En síntesis, cronológicamente se presentan dos etapas del poder constituyente: La primera para la *creación* de la Constitución y la segunda para su *reforma*. En la primera etapa actúa el constituyente originario sin sometimiento a procedimientos preexistentes y en la segunda el constituyente *constituido* (derivado o reformador), sujeto a los procedimientos establecidos en la Constitución para su reforma, distinguiéndose la existencia de dos procedimientos: Uno para la expedición de las leyes y otro para las reformas constitucionales. Como se expresó con anterioridad, esta duplicidad de procedimientos caracteriza una Constitución como *formal y rígida*. Según EKMEKDJIAN “en las Constituciones que son realmente rígidas, el poder constituyente está nitidamente separado de los poderes constituidos. No sucede así en las Constituciones flexibles”⁵¹.

Aplicando este criterio doctrinal concluimos que el artículo 3º de la Constitución de 1991, contempla dos formas de poder constituyente: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo (constituyente primario), del cual emana el poder público (poder constituido). El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

El poder público está conformado por tres ramas (la legislativa, la ejecutiva y la judicial) y los órganos que las integran (el Congreso, el

⁵¹ EKMEKDJIAN, op. cit., pág. 37.

Gobierno y los jueces, respectivamente), según voces del artículo 113 de la Carta. De los tres poderes *constituidos* sólo el Congreso encarna el poder constituyente *constituido* (secundario, derivado o instituido) cuando ejerce exclusivamente la *función constituyente* reformando la Constitución. En tratándose de la *función legislativa* el Congreso actúa simplemente como un poder constituido. En otras palabras, el Congreso es un poder constituyente constituido (reforma constitucional) y, a su vez, poder *constituido* (expedición de leyes).

Un tema del cual no nos ocuparemos es el relacionado con los *titulares del poder constituyente*, o sea, los sujetos del poder constituyente en la historia constitucional. La doctrina coincide en señalar que los titulares son: Dios, el rey o monarca, la nación, el pueblo, el rey y el parlamento en un condominio constituyente, un grupo minoritario organizado (la aristocracia o la oligarquía) y el dictador militar⁵¹. Sin embargo, actualmente la doctrina democrática coincide en señalar al *pueblo* como titular del poder constituyente.

En la *segunda etapa* no siempre actúa el poder constituyente derivado. En algunas ocasiones parte de la actuación la realiza el poder *preconstituyente*; institución que se define a continuación con sus variantes de ejercicio y luego estudiaremos su aplicabilidad en el derecho constitucional colombiano, específicamente para el referendo derogatorio y referendo aprobatorio previstos por los artículos 377 y 378 de la Carta, respectivamente.

El constitucionalista argentino NÉSTOR PEDRO SAGÜES define el papel que asume el poder constituyente derivado en dos etapas, en algunas constituciones, a saber:

“El ejercicio del poder constituyente derivado puede contar con dos tramos: a) el *preconstituyente*, y b) el *constituyente* en sentido estricto. El primero es contingente, en el sentido de que algunas constitucio-

⁵¹ JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Conferencias de Derecho Constitucional General*, Bogotá, 1977, pág. 14 y VANROSSI, op. cit., pág. 281.

nes lo contemplan y otras no. El otro, por supuesto, es inevitable para que haya reforma constitucional.

"Así, se llama 'proceso preconstituyente' al de *convocatoria* del poder constituyente derivado (...).

"En esa etapa preconstituyente participan dos tipos de sujetos: a) los que tienen *derecho de iniciativa*, en el sentido de que son habilitados para *proponer* oficialmente la reforma constitucional, y sin cuyo concurso, por ende, ella no podría realizarse, y b) los que *deciden* la convocatoria (desde luego, también son sujetos indispensables en este trámite reformista) del posterior poder constituyente derivado (generalmente, una asamblea o convención) que consumará la operación de cambio de la Constitución"⁵⁴.

Lo último se explicaría en nuestra Constitución, así: en el referendo constitucional aprobatorio (art. 378) el Gobierno o el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, tienen el *derecho de iniciativa* para proponer el proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional al Congreso, y este es el que *decide* si convoca al pueblo para que apruebe la reforma en las urnas. Lo mismo sucede en el evento de que el Congreso convoque por ley la Asamblea Constituyente; en las dos hipótesis el Congreso actúa como *poder preconstituyente*.

9. PODER PRECONSTITUYENTE

El tratadista argentino CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE sostiene que "las legislaturas (entiéndase Congreso) o las Convenciones (entiéndase Asamblea Constituyente) en donde se discuten y redactan las enmiendas constitucionales sólo desempeñan una tarea técnica y publicitaria, que podríamos denominar preconstituyente, y que consiste en proponer al pueblo las enmiendas que éste es dueño absoluto de aceptar o rechazar"⁵⁵. Se refiere el autor a aquellos proyectos de reforma constitucio-

⁵⁴ NESTOR PEDRO SAGLES, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, págs. 318 y 320.

⁵⁵ CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *El poder constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 504.

nal que proyecta el Congreso o la Asamblea Constituyente, con el fin de que el pueblo las apruebe con su voto en las urnas (el referendo constitucional). Por su parte, SAGÜES con ejemplos explica cómo opera el poder *preconstituyente*: "Muchas Constituciones distinguen un poder preconstituyente, previo al constituyente, y que opera como *órgano de convocatoria* de éste.

"Ese poder preconstituyente es diverso: algunas veces lo cumple el Congreso ordinario (p. ej., en nuestro país (se refiere a Argentina) la declaración de necesidad de reforma debe ser decidida por el Poder Legislativo, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, según el art. 30 de la Constitución Nacional. Luego actuará la Asamblea Constituyente; otras, un grupo de ciudadanos que puede demandar el funcionamiento del poder constituyente (en Suiza, cien mil electores). Tienen también poder de iniciativa el Poder Ejecutivo (Francia, Constituciones de 1802 y 1870); el Poder Judicial (en materia de asuntos judiciales: Constituciones de Perú y de Ecuador), etc. El poder preconstituyente puede hallarse compartido, también, entre varios sujetos.

"La importancia jurídico-política del *poder preconstituyente* deriva no sólo de lo indispensable que es su decisión para que se ponga en marcha el proceso de reforma constitucional, sino también porque, en algunos casos, encuadra la tarea del poder constituyente constituido (así, en la Argentina fija el temario y el tiempo en el cual éste puede funcionar)"⁴⁴.

En Colombia el Congreso actúa como poder constituyente secundario o derivado, cuando reforma la Constitución por medio de un acto legislativo (art. 375). Cuando expide la ley de convocatoria a una Asamblea Constituyente actúa como *poder preconstituyente* (art. 376), así como también en el evento de que el pueblo se convoque para que derogue un acto legislativo (referendo derogativo art. 377), o apruebe un proyecto de ley que incorpora una reforma constitucional (referendo aprobatorio art. 378). En estas dos últimas hipótesis el pueblo soberano

⁴⁴ NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, págs. 104 y 105.

no actúa al final del proceso como poder constituyente primario, y el Congreso en su condición de poder *preconstituyente*, ejerciendo función *preconstituyente*. En la primera hipótesis, la Asamblea Constituyente asumiría el papel de poder constituyente secundario o derivado y el Congreso sería un poder *preconstituyente*.

El poder constituyente, en términos generales, se desenvuelve por medio de un *proceso constituyente* que comienza con una iniciativa y culmina con el *acto constituyente*, llámese Constitución o reforma constitucional. A este proceso constituyente nos referiremos.

10. EL PROCESO CONSTITUYENTE

Forma parte de la teoría del poder constituyente una institución política denominada *proceso constituyente*. Sostiene IGNACIO DE OTTO Y PARDO que "aunque la expresión proceso constituyente puede inducir a pensar que se trata del proceso de elaboración de una Constitución, lo cierto es que abarca un conjunto más amplio de fenómenos (...)"⁵⁷.

El proceso constituyente lo definimos de la siguiente forma: *Son las distintas etapas por las que transitan los proyectos de Constitución o de reforma constitucional que convergen democráticamente a una decisión político-jurídica final legítima.*

En nuestra definición se contempla el momento en que actúa el poder constituyente primario u originario (nacimiento de la Constitución) y el que corresponde al poder constituyente secundario o derivado (reforma de la Constitución).

En tratándose del poder constituyente secundario o poder constituyente reformador, como se expresó anteriormente, ese conjunto de fenómenos que se denomina *proceso constituyente* comprende varias etapas: la iniciativa para la reforma, el órgano o poder constituyente derivado, la función constituyente y el acto constituyente.

⁵⁷ IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *Qué son la Constitución y el proceso constituyente*, Biblioteca de divulgación política, Barcelona, Editorial La Gaya Ciencia, 1977, pág. 63.

a) *La iniciativa para la reforma*. "Esto significa que los distintos supuestos de ejercicio *autocrático* y de ejercicio *democrático* del poder constituyente son de rigurosa aplicación a la etapa de revisión de las Constituciones (...). Vamos a considerar separadamente las dos etapas de la revisión, consistentes en la apertura o iniciación del procedimiento y en la reforma propiamente dicha.

"1) *Iniciativa exclusiva del poder ejecutivo*: tiene una connotación autocrática y un sabor bonapartista, ya que se practicó durante los imperios de los dos Napoleones, pero reservaron únicamente para el "gobierno" la promoción de las reformas constitucionales (v. gr., el senado consulto del 6 termidor del año X). Es el sistema que siguen actualmente las Constituciones de Portugal (1933) y de Japón (1946);

"2) *Iniciativas exclusivas del poder legislativo*: tiene un compromiso democrático y un sabor pluralista, habiéndose practicado en las Constituciones francesas de 1791, del año III, y de 1946; siendo el sistema de Constitución argentina (art. 30) y uno de los caminos previstos en la Constitución norteamericana. También la Constitución de Irlanda (1937);

"3) *Iniciativa indistinta del poder ejecutivo y legislativo*: es el sistema que siguió el régimen constitucional francés de 1875, inspirado en la moderación y el equilibrio de los poderes; también lo adopta la Constitución degaullista de 1958, pero en la práctica ha degenerado en un neto predominio de la iniciativa ejecutiva. Es el sistema de la Constitución de Dinamarca;

"4) *Iniciativa conjunta del pueblo y el poder legislativo*: son injertos de la democracia directa en el régimen representativo, que se expresan en formas semi-directas de democracia, ya sea como derecho de iniciativa popular (Suiza) o como referéndum *ante legem* (E.U.), que no puede confundirse con la adopción de iguales técnicas en la etapa de la aprobación de las reformas"³⁸.

³⁸ VANOSSE, op. cit., págs. 318 y 319.

La iniciativa exclusiva del poder ejecutivo para la reforma de la Constitución significó históricamente el ejercicio autocrático del poder constituyente reformador, lo cual determinó que se abrieran otros espacios políticos democráticos, a fin de limitar el poder ejecutivo con claras y precisas competencias, con participación popular. Sostiene SÁNCHEZ VIAMONTE que "en este asunto como en cualquier otro, se debe interpretar restrictivamente las atribuciones del Poder Ejecutivo y no reconocerle más que aquéllas que le están expresamente conferidas por la Constitución. Es la única manera de no hacer concesiones al despotismo ejecutivo, tan frecuente en nuestros países americanos"³⁹. De ahí que en las Constituciones contemporáneas la intervención del Gobierno en el proceso constituyente se limita única y exclusivamente a activar la iniciativa de reforma en el Congreso; precluida esta primera etapa participa por medio de sus ministros en los debates en el proceso de formación del proyecto de acto legislativo o del proyecto de ley, según el caso, dentro de las reglas preestablecidas del procedimiento. También se justificó históricamente otras formas combinadas de iniciativa del poder ejecutivo y del legislativo; como por ejemplo, la Constitución de 1991, en el artículo 375, le asignó la iniciativa para presentar proyectos de acto legislativo al Gobierno o a diez miembros del Congreso, el treinta por ciento de los concejales o diputados del país, o los ciudadanos en un número equivalente al cinco por ciento del censo electoral vigente; y la iniciativa del Gobierno o la iniciativa popular, representada por un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral, para promover un proyecto de ley con una reforma constitucional (art. 378).

b) *El órgano (o sujeto) constituyente derivado o reformador*. Es aquel órgano competente y exclusivo para reformar la Constitución, como el Congreso (art. 375). Cuando el Congreso convoca al pueblo para elegir una Asamblea Constituyente, o para que derogue o apruebe un texto constitucional, el órgano cumple el papel de poder *preconstituyente*. En la primera hipótesis, la Asamblea actúa como **constituyente derivado**

³⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, op. cit., pág. 509.

y en la segunda el pueblo se realiza en su condición de **constituyente** **primario**.

c) *La función constituyente (procedimientos)*. El poder constituyente (el Congreso) que realiza la reforma de la Constitución (poder reformador), lo hace en ejercicio de *función constituyente* (art. 375) que difiere de la *función legislativa*, como se explicó anteriormente. "La función (reformadora) que analizamos se diferencia de la función legislativa estatal, porque sus resoluciones son creadoras de derecho originario, de normas del mismo rango de las producidas por el constituyente, en tanto la legislación estatal es siempre reglamentación de las normas de la Constitución"⁶⁰.

Como se expresó, el Congreso ejerce función *preconstituyente* cuando convoca la Asamblea Constituyente o llama al pueblo a referendo.

d) *El acto constituyente*. "La idea del *acto constituyente* pertenece al profesor francés EMILIO BOUTMY, quien da ese nombre al hecho o hechos históricos de voluntad política, necesarios para la formación y estructuración de un Estado (...). El acto constituyente es un hecho realizado por el pueblo (...), el acto constituyente es voluntad política"⁶¹.

En la etapa de la creación del ordenamiento constitucional y del nacimiento del Estado, el pueblo se manifiesta soberanamente mediante un *acto constituyente*; lo mismo sucede en la etapa de la recreación del ordenamiento constitucional (reforma constitucional) cuando en las urnas los ciudadanos aprueban un texto normativo, mediante el mecanismo del referendo constitucional, constituyendo la votación un hecho político, el cual refleja la voluntad política del pueblo materializada en el acto constituyente. "El poder constituyente se manifiesta de manera inmediata y eficaz en el acto constituyente del Estado y, luego, en la normación constitucional del mismo y sus reformas"⁶².

⁶⁰ MARIO DE LA CUEVA, *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa S.A., México, 1982, pág. 148.

⁶¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, op. cit., págs. 563, 564 y 565.

⁶² LUIS CARLOS SÁCHICA, *Derecho Constitucional General*, 4ª ed., Santafe de Bogotá, 1999, pág. 20.

Para LUIS CARLOS SÁCHICA "un proceso constituyente supone:

"a) Una clara decisión política de cambio, adoptada por quienes tienen capacidad real para realizar la opción que se proponen;

"b) Un procedimiento definido, cierto y conducente;

"c) Metas determinadas y viables, y

"d) Legitimación popular que apoye la voluntad política de cambio. Así las cosas, cuenta en ello tanto lo político –voluntad de los factores reales de poder y pueblo– como los medios jurídicos: las formas y la legitimidad del proceso"⁴¹.

Entre los elementos de un proceso constituyente el maestro SÁCHICA destaca "un procedimiento definido", es decir, que se halle establecido obviamente en la Constitución, con *reglas* precisas y determinadas que definan con certeza el cauce por el cual transite la reforma. Estas *reglas* constituyen los límites del poder constituyente reformador. Si éstas son indefinidas e inciertas, las conquistas democráticas del pueblo peligran en su permanencia en el ordenamiento político fundamental, por cuanto todo cambio dependerá políticamente de quien detente el poder político. Sin sometimiento a procedimientos preestablecidos se degeneran los principios democráticos, por la incontrolable autocracia del gobernante; por ejemplo, establecer límites al constituyente reformador de última hora, como "la regla" que imposibilita al Congreso para introducir modificaciones sustanciales al proyecto de reforma, desdibujando así la *decisión política de cambios*, lo cual convierte el proceso constituyente en ilegítimo y, por ende, el acto reformador, con la consecuencia de ser viciado de inconstitucionalidad al desconocer los principios rectores democráticos del sistema político, espina dorsal de las reformas constitucionales al estimarse que éstas son producto de un gran contrato social celebrado entre los distintos actores políticos, con el fin de revestirlas de legitimidad y legalidad.

⁴¹ LUIS CARLOS SÁCHICA, op. cit., pág. 27.

11. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O REFORMADOR

Seguiremos la clasificación de los límites del poder constituyente⁴⁴ que presenta VANOSI, a fin de examinar los tres procedimientos de reforma a la Constitución de 1991:

a) *Límites autónomos*. Se denominan así porque provienen de la propia Constitución, o sea, que son "internos" al ordenamiento que se reforma; límites que se dividen en:

1) *Límites procesales*. Son aquellos que se refieren al trámite que debe cumplir la reforma en cuanto a su procedimiento. Estos límites se subdividen así:

a. *Límites formales*. Concretamente se refieren al procedimiento que debe seguir el órgano competente para la reforma, como por ejemplo que el trámite del proyecto de acto legislativo tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, la votación de la mayoría de los miembros de cada Cámara (art. 375).

b. *Límites temporales*. Son los plazos de prohibición cuyo cumplimiento es indispensable antes de poder realizar la reforma; por ejemplo la Constitución de Cúcuta de 1821 estableció que dentro de los diez años siguientes a su expedición no se podría reformar; lo mismo sucedió con la Constitución argentina de 1853.

2) *Límites sustanciales*. Son las limitaciones de *contenido o sustantivas*; frecuentemente conocidas con el nombre de "cláusulas pétreas"; por ejemplo, el art. 29 de la Constitución de 1886, establecía que: "El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso". La Constitución de 1991 en el art. 377 estableció límites para reformar los siguientes *temas*: derechos fundamentales, sus garantías, procedimientos de participación popular o el Congreso. Se trata de límites *sustanciales*, que como se expresó anteriormente, tienen como objetivo preservar, conservar la parte dogmática de la Constitución de los continuos, inesperados e improvisados cambios constitucionales. Otros límites se relacionan con la aprobación en *doble vuelta* y con mayoría califi-

⁴⁴ Cfr. VANOSI, op. cit., págs. 178 y 179.

cada de un proyecto de acto legislativo, y la posibilidad de un referendo derogatorio, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicho acto. En otras palabras, la Constitución colombiana consagró unos límites *procesales formales* para preservar y conservar parcialmente la parte *sustantiva* o material de la Constitución, esto es, los cuatro temas anteriormente mencionados (límites sustanciales), caracterizando nuestra Constitución como rígida. JAMES BRYCE, refiriéndose a los aspectos que favorecen la rigidez de las Constituciones, entre otros motivos, menciona el siguiente: "(...) Al deseo de los ciudadanos –es decir, al de la parte de la población que disfruta de los derechos políticos– de asegurar sus propios derechos cuando están amenazados y delimitar la acción del gobernante o gobernantes"⁵⁵.

El maestro SÁCHICA al respecto sostiene que "el poder reformador es una simple competencia jurídica reglada y limitada por la Constitución (...) está restringida a *mantener* la Constitución adecuándola, sin poder cambiarla (...) el poder de reforma es, ante todo, un *poder conservador* (...)"⁵⁶ (lo resaltado es nuestro).

b) *Límites heterónomos*. Así denominados por cuanto derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma; o sea, que son "externos" al derecho nacional, el cual los incorpora, como por ejemplo los tratados o convenios internacionales que reconocen derechos humanos, aprobados por ley del Congreso (art. 93), forman parte del orden jurídico interno con prevalencia; así como también los *actos normativos* expedidos por órganos supranacionales, relacionados con la integración económica (arts. 150, num. 16 y 227), como ejemplo la Comunidad Andina (antiguo Pacto Andino); proceso que da "origen a un 'derecho' (comunitario derivado o secundario) que ingresa directa y automáticamente al ordenamiento interno de los Estados para obligarlos a cumplirlo"⁵⁷. El

⁵⁵ BRYCE JAMES, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1962, pág. 100.

⁵⁶ SÁCHICA, op. cit., pág. 21.

⁵⁷ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, "Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Edición de Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, pág. 15.

constituyente derivado o reformador no tiene competencia para modificar la preceptiva internacional mencionada. Esto sin contar con el fenómeno contemporáneo de la *globalización*, la cual según BIDART CAMPOS "es una realidad sin regreso que, seguramente, se hará cada vez más intensa (...)"⁶⁸.

Como lo expresamos anteriormente, la Constitución de 1991 establece los elementos que fundamentan el Estado social, democrático y de derecho. La soberanía popular –principio fundamental– es la base sobre la cual se construye la democracia semidirecta (o participativa), que logra su realización por medio del referendo, el plebiscito, consulta popular, iniciativa popular, cabildo abierto y revocatoria del mandato; por ello el objeto del próximo capítulo consistirá en estudiar el origen, las fórmulas y el concepto de la democracia.

12. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

"(...) en los sistemas jurídicos la idea de jerarquía entre las partes del sistema que llamaremos normas, es consustancial, tanto si el sistema se forma de arriba-abajo, deducción, como si se forma de abajo-arriba, inducción, porque forma parte de la lógica del sistema que unas normas sean superiores o inferiores a otras. Siempre la estructura relacional del sistema jurídico supuso la jerarquía normativa. Unas normas superiores son causa de otras inferiores y éstas son efecto de las primeras; las ideas de producción, para las superiores y de ejecución para las inferiores es un lugar común y esta idea que es interna al sistema se incorporará como núcleo decisivo, junto con la idea de separación de poderes, a la moderna teoría de la Constitución"⁶⁹.

Se trata de la supremacía de unas normas, fundada en el escalonamiento jerárquico de otras normas que le son inferiores.

⁶⁸ BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 14.

⁶⁹ PÉREZ-BARRIA MARTÍNEZ GREGORIO y DORADO PORRAS JAVIER, Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII, en la obra *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, Volumen I, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2001, pág. 159.

El tratadista argentino Humberto Quiroga Lavie⁷⁰ define la Supremacía Constitucional como “la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado”.

La Corte Constitucional ha expresado que “en virtud del principio de la supremacía de la Constitución (...) las demás normas deberán desarrollar su contenido y materialmente no podrán contravenir a sus preceptos (...)”⁷¹. “Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, ésta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango”⁷².

a) *Supremacía material y supremacía formal.* La Constitución colombiana de 1991 se caracteriza por su supremacía material y formal⁷³. La supremacía material se relaciona con el contenido normativo que consagra los derechos de las personas y de los ciudadanos, como también la estructura y la organización de los órganos de las ramas del poder público del Estado. La supremacía formal se relaciona con los procedimientos extraordinarios que para su reforma establece la Constitución.

Estas breves consideraciones permiten adentrarnos en el estudio de la supremacía de la Constitución en el Estado social, democrático de derecho colombiano, no sólo como un principio constitucional propiamente dicho, sino desde el ángulo de su preceptiva normativa en la Constitución de 1991.

b) *La supremacía en el ordenamiento jurídico colombiano.* El principio de la supremacía constitucional está contenido en dos disposicio-

⁷⁰ HUMBERTO QUIROGA LAVIE, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, pág. 15.

⁷¹ Sentencia C-003 de 14 de enero de 1993, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Proceso Acumulado N° D-099, D-125 y D-127.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, M. P.: HERNANDO HERRERA VARGAS, págs. 1113.

nes de la Constitución de 1991: implícitamente en el artículo 4° cuando expresa que "*La Constitución es norma de normas*" y expresamente en el artículo 241 de la Carta que preceptúa que "*a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...)*". Esa integridad excluye del nivel en que se hallan las normas constitucionales otro tipo de normas (las ordinarias) y propende por la incolumidad de la normatividad constitucional. La supremacía conlleva el sometimiento de las normas inferiores a las superiores o sea las constitucionales; aquellas están verticalmente subordinadas a estas, a fin de fortificar esa relación de dependencia y contribuir a *mantener dicha integridad*, guardando así un equilibrio jurídico normativo.

"La existencia de la Constitución, como sistema o conjunto de normas, no es independiente de su efectiva aplicación a la realidad concreta que pretende modelar. La deliberada configuración normativa de la Constitución —*norma de normas*— exige la institucionalización de una eficiente y organizada reacción contra su incumplimiento. Como lo expresaron los constituyentes ponentes del tema sobre control de constitucionalidad, «el corolario lógico de la jerarquía de normas en cuya cima se encuentra la Constitución, es la necesidad de un control de constitucionalidad que vuelva eficaz el principio de superioridad de las normas constitucionales. Así en el caso de contradicción entre la ley inferior y la ley superior, es esta última la que deben aplicar los tribunales, los cuales rehusarán aplicar la ley inferior o bien declararán su inconformidad con la Constitución»"⁷⁴.

c) *El ordenamiento jurídico*. La supremacía de la Constitución es principio rector del ordenamiento jurídico del Estado, o como lo expresa el jurista mexicano HÉCTOR FIX-ZAMUDIO "la supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo sistema jurídico"⁷⁵.

⁷³ Este tema se relaciona estrechamente con el de Constitución en sentido material y Constitución formal que estudiamos anteriormente.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-006, 12 mayo 1992.

⁷⁵ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Cuadernos constitucionales, México-Centroamérica, N° 12, UNAM, 1994, pág. 12.

El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas expedidas por los órganos del Estado facultados por el Constituyente o el legislador para ello. Se entiende por normas jurídicas, las contenidas en la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno Nacional con o sin fuerza de ley, las ordenanzas departamentales, los decretos del gobernador con o sin fuerza de ordenanza, o sea, aquellos que suelen llamarse decretos ordenanzaes, los acuerdos distritales, municipales, los actos de los alcaldes (decretos o resoluciones), entre los cuales están contemplados los decretos con fuerza o sin fuerza de acuerdo, los acuerdos populares y las resoluciones locales o acuerdos locales, etc. Este es el orden de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico estatal colombiano. El conjunto normativo que integra el ordenamiento jurídico está subordinado a la normatividad constitucional. Escala jerarquizante que implica que la norma inferior debe guardar armonía con la normatividad superior a la cual está sometida.

“La Constitución ejerce su supremacía sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto”⁷⁶, concluye ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

1) *Categoría de las normas jurídicas.* La supremacía conlleva a la distinción de dos tipos de normas jurídicas. Sostiene ALEJANDRO E. GHIGLIANI⁷⁷ que el problema del “control de constitucionalidad se plantea dentro de un orden jurídico en que pueden distinguirse dos categorías de normas positivas: Unas, de jerarquía superior, las llamadas «normas constitucionales», que instituyen los órganos creadores del derecho con su respectiva competencia, establecen las reglas básicas que rigen el funcionamiento del Estado y reconocen, a la vez, los derechos esenciales de los individuos. Otras, de jerarquía inferior, las «normas ordinarias», que actuando dentro de su respectiva competencia producen los órganos creados, como se ha dicho, por las «normas constitucionales»”.

⁷⁶ ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes*. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, 1993, pág. 726.

⁷⁷ ALEJANDRO E. GHIGLIANI, *Control Jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1952, pág. 1.

En el ordenamiento jurídico constitucional colombiano se distinguen jerárquicamente dos categorías de normas jurídicas:

Normas superiores o de mayor jerarquía, llamadas normas constitucionales.

Normas inferiores u ordinarias de menor jerarquía, como las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos municipales y las resoluciones locales, etc.

Según HANS KELSEN⁷⁸ “en términos figurados se califica como norma superior a aquella que constituye el fundamento de otra: es superior con respecto a esta otra. Esta aparece entonces como inferior a ella”.

La prelación de la norma superior implica que no podría transgredirla o violarla una norma de inferior jerarquía, sencillamente, porque se trata de normas supremas o normas que tienen prioridad en la jerarquía de la normatividad jurídica del Estado. Si la violación se realiza, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución se obtiene por medio del *control de constitucionalidad*.

“En efecto, por ‘constitucionalidad de las leyes’ se entiende la ‘adecuación formal y material de las leyes a lo establecido por la Constitución’⁷⁹; “*constitucionalidad* (...) en forma específica, entiéndase con ella a la subordinación o adecuación que media entre leyes, decretos (...) con relación a las leyes fundamentales o constitucionales”⁸⁰.

2) *Jerarquía de las normas jurídicas*. Enseña KELSEN que “el sistema jurídico no es un sistema de normas jurídicas situadas todas al mismo nivel, sino un edificio de varios pisos superpuestos, una pirámide o jerarquía formada (por así decir) de un cierto número de pisos o capas

⁷⁸ HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, París, Dalloz, 1962, pág. 255.

⁷⁹ *Diccionario Jurídico Espasa*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 2001, pág. 399.

⁸⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, tomo III, 1955, pág. 1035. Citas de ERNESTO REY CANTOR, *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001, pág. 6.

de normas jurídicas⁸¹. En otras palabras las normas jurídicas no están *mezcladas* indistintamente unas con otras, ni ubicadas en *un mismo plano* jerárquico, sino que se encuentran situadas en una *escala de jerarquías*. Utilizando la figura geométrica piramidal kelseniana, en el ordenamiento jurídico colombiano, tenemos que las normas se encuentran, en términos generales, jerarquizadas y escalonadas de la siguiente forma:

a. Normas superiores. Las normas de orden jurídico superior son por esencia supremas y se hallan consagradas en la Constitución. La norma suprema se aplica en todo el territorio nacional por tener el Estado una estructura unitaria o centralista; como tal es de categoría mayor a la legislación ordinaria.

De este nivel forman parte los principios y los valores que estudiamos con anterioridad.

b. Normas inferiores. Las normas del ordenamiento jurídico inferior son en su conjunto todas las normas comúnmente denominadas como ordinarias: leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones locales.

3) *Clasificación de las normas constitucionales.* Las normas de la Constitución son supremas y, por lo tanto, se hallan en el mismo nivel de jerarquía. Sin embargo, BIDART CAMPOS las clasifica en:

"a. *Normas operativas* (o autosuficientes, o autoaplicativas). Son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible.

"b. *Normas programáticas.* Son, como lo indica el adjetivo, las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar

⁸¹ Kelsen, *op. cit.*, pág. 299.

plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete"⁸².

Como ejemplos de normas operativas en la Constitución de 1991 señalamos las siguientes: artículo 11 (derecho a la vida), artículo 13 (principio y derecho a la igualdad), artículo 14 (toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica), artículo 22 (el derecho y el deber a la paz) y artículo 83 (principio de la buena fe), etc. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-039 de 1997, expresó: "(...) siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85)"⁸³.

Con relación a las normas programáticas citamos como ejemplos: artículo 21 (se garantiza el derecho a la honra. *La ley señalará la forma de su protección*), artículo 36 (se reconoce el derecho de asilo *en los términos previstos en la ley*), artículo 42, inciso 7 (*la ley reglamentará la progenitura responsable*), artículo 56 (se garantiza el derecho de huelga... *la ley reglamentará este derecho*) y artículo 60 (el Estado promoverá, *de acuerdo con la ley*, el acceso a la propiedad).

Resaltamos como norma programática el artículo 103 de la Carta que expresa: "son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

"La ley los reglamentará (...)".

La Ley Estatutaria 134 de mayo 31 de 1994 define cada uno de los citados mecanismos de participación y reglamenta su *convocatoria* y su *realización*; ley que articulará el procedimiento de reforma constitucional por el pueblo, o sea el referendo constitucional (arts. 377 y 378) y, por tanto, constituirá el tema esencial del presente libro.

⁸² BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed. cit., pág. 110.

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de abril 7 de 1999, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

La Constitución consagra normas, en principio, programáticas que la jurisprudencia reconoce como operativas; por ejemplo: el artículo 53 establece que “el Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. *La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:* igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, etc. Suponiendo que el Congreso no expida la ley sobre el Estatuto del Trabajo, esta omisión no impedirá que la persona humana pueda legítimamente exigir de la autoridad pública (el juez o la administración) la aplicación de los principios mínimos fundamentales laborales.

Desde otro punto de vista, las normas constitucionales se clasifican según la distinción de los procedimientos de reforma de la Constitución, atendiendo a los *temas* objeto de reforma. Esta clasificación se deriva, según PEDRO DE VEGA, de la Constitución de España de 1978, en la que se distinguen dos procedimientos de reforma, a saber:

El *procedimiento especial* del artículo 168 de la Constitución es complejo y difícil, porque se trata de las reformas a las siguientes partes: título preliminar (principios y valores); de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sección 1ª, capítulo segundo del título I (artículos 15 a 55); y de la Corona, (de los Reyes) título II. Estas son normas de *mayor rango*.

El *procedimiento general* del artículo 167 de la Carta sigue una tramitación similar a la establecida para la legislación ordinaria y se emplea para la reforma de los demás artículos de la Constitución, exceptuando los temas contenidos en las partes anteriormente mencionadas⁸⁴.

“Las normas de primer rango, protegidas en el artículo 168, se diferencian del resto de los preceptos constitucionales (...) única y exclu-

⁸⁴ Cfr. PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, págs. 143 a 146.

sivamente, por el procedimiento de reforma. Son, sin duda, normas superiores, pero sin que en la definición de esa superioridad intervenga ningún tipo de contenido valorativo (...).

"Si, bajo la regulación compleja que en él se hace (art. 168), lo que se pretende amparar son los bienes y valores políticos supremos del ordenamiento constitucional (...)"⁸⁵.

Al respecto, MIGUEL CARBONELL, sostiene: "(...) al tener dos procedimientos diferenciados, se pueden producir notables disfuncionalidades en el sistema de fuentes, alterando la jerarquía paritaria de todas las normas constitucionales para crear un doble rango dentro de ellas: las que fueren especialmente rígidas (esto es, las incluidas en el procedimiento del artículo 168), se ubicarían en una posición de primacía, mientras que las protegidas por el procedimiento menos rígido quedarían en segundo escalón". (*Sobre la reforma constitucional y sus funciones*, en la obra colectiva "Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdu, tomo II, UNAM, 2000, pág. 869).

"En nuestro concepto esta técnica constitucional la adoptó el Constituyente de 1991, lo que nos permite ampliar la clasificación de las normas constitucionales, en la siguiente forma:

c. *Normas con temas mayores (o sustanciales)*. La reforma de los siguientes temas constitucionales se realiza siguiendo el *procedimiento agravado*, previsto en el artículo 377 de la Constitución, a saber: los derechos constitucionales fundamentales (capítulo I, título II); sus garantías; los procedimientos de participación popular y el Congreso. El procedimiento implica tramitar un proyecto de Acto Legislativo, en dos periodos ordinarios y consecutivos (8 debates). Si un 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, dentro de los seis meses siguientes a la publicación del Acto Legislativo en el Diario Oficial, lo solicita, se convocará un referendo derogatorio, a fin de que el pueblo decida en las urnas si deroga o no la reforma constitucional.

⁸⁵ DE VEGA, op. cit., págs. 155 y 148.

d. *Normas con temas menores.* La reforma de los demás temas constitucionales, obviamente exceptuados los cuatro temas enumerados anteriormente, seguirá el *procedimiento ordinario* consagrado en el artículo 378, para lo cual se tramitará un proyecto de ley (4 debates) que incorpore la reforma constitucional que el pueblo aprobará en referendo.

De la anterior clasificación de normas constitucionales se infiere que, en nuestro concepto, las referidas a los temas mayores no es que sean jerárquicamente superiores a las que contienen los temas menores, sino que el Constituyente, como se expresó, las protegió al establecer para su reforma un procedimiento agravado, en favor del pueblo. No obstante, es sugestiva la tesis jurídica contraria.

En el capítulo IV de la reforma constitucional ampliaremos el estudio y en el capítulo V, al tratar el control de constitucionalidad, examinaremos la inconstitucionalidad formal en el evento de que se reformen normas contentivas de los temas mayores, siguiendo equivocadamente el procedimiento del artículo 378.

13. LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE 1991

Finalmente y como lo expresamos anteriormente, la Constitución de 1991 establece los elementos que fundamentan el Estado social, democrático y de derecho. La soberanía popular –principio fundamental– es la base sobre la cual se construye la democracia semidirecta (o participativa), que logra su realización por medio del referendo, el plebiscito, consulta popular, iniciativa popular, cabildo abierto y revocatoria del mandato; por ello, el objeto del próximo capítulo consistirá en estudiar el origen, las formas y el concepto de la democracia, en el marco normativo jurídico-político de la Constitución de 1991, lo que nos permitirá referirnos a una Constitución democrática, “y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política o el Estado de derecho como Estado constitucional”⁹⁶.

⁹⁶ MANUEL ARAGÓN. *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, págs. 13 y 14.

CAPÍTULO II

ORIGEN, FORMAS Y CONCEPTO DE LA DEMOCRACIA

1. LA DEMOCRACIA Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Previamente a la enunciación y estudio de los mecanismos de participación, definiremos la democracia y estudiaremos en la historia sus distintas formas.

a) *Etimología y noción de democracia.* El vocablo *democracia* proviene del griego *democratia*, de *demos* que significa pueblo y *kratos* que significa poder, es decir, poder del pueblo. En términos generales, la democracia es el "gobierno del pueblo". El Presidente de los Estados Unidos, Abraham Lincoln (1861-1865) en su célebre discurso, pronunciado en la ciudad de Gettysburg (Estado de Pennsylvania), definió la democracia como "el gobierno del pueblo, por el pueblo, y para el pueblo", la cual se consagró como principio en el artículo 2º de la Constitución francesa de 1958.

b) *Formas de democracia.* La democracia ha tenido distintas formas en la historia del derecho constitucional; por lo tanto, conviene hacer un somero y elemental estudio descriptivo de la democracia, sus manifestaciones y variantes de aplicación, a fin de precisar con claridad el concepto de los mecanismos de participación popular por medio de los cuales se desenvuelve la democracia semidirecta (o participativa), para lo cual acudimos a la doctrina constitucional extranjera y nacional; y luego examinaremos su consagración en la Constitución de 1991, y el desarrollo en la Ley Estatutaria 134 de mayo 31 de 1994, "por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana", como son: la iniciativa popular, el referendo, el plebiscito, la consulta popular, la revocatoria del mandato y el cabildo abierto, enfatizando en los tres primeros.

1) *Democracia directa*. La democracia directa (o clásica) tuvo su origen en la antigua Grecia, concretamente en Atenas, y se realizó en la ciudad-Estado. Los ciudadanos se reunían inicialmente en la plaza de mercado –el ágora–; posteriormente lo hicieron en la colina de PNYX (al oeste del ágora) a deliberar en asamblea popular (*ecclesia*), dadas las circunstancias de orden geográfico y demográfico que permitían su ejercicio: un pequeño territorio y un número reducido de ciudadanos (eran ciudadanos los hijos –mayores de veinte años– de padres oriundos de Atenas, exceptuándose los metecos y los esclavos). Esta forma de participación política, debida a los helenos, llevaba el nombre de *polis*, que equivale a ciudad-Estado. Los ciudadanos participaban en las deliberaciones (votaban con la mano alzada) y en la toma de decisiones para determinar la acción política, ejerciendo directamente el gobierno. Se trataba de la intervención directa y, por ende, no existía la *representación*.

JUAN JACOBO ROUSSEAU defendió esta forma de democracia al exponer la teoría de la *soberanía popular* en *El contrato social*, obra de la cual extraemos las siguientes citas:

“El soberano puede, en primer lugar, confiar el depósito del gobierno a todo el pueblo o a la mayor parte del pueblo, de suerte que haya más ciudadanos magistrados que ciudadanos simples particulares. A esta forma de gobierno se le da el nombre de *democracia*”.

“Afirmo, pues, que como la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede estar representado más que por él mismo: el poder puede muy bien transmitirse, pero no la voluntad (...).

“La soberanía no puede estar representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; es la misma; o es otra; no hay término medio”¹.

¹ JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social*, Madrid, Edit. Campos, 1969, libro segundo, capítulo primero, pág. 65, libro tercero, capítulo decimoquinto, págs. 65, 125 y 170.

En la concepción de ROUSSEAU el titular de la soberanía es el *pueblo*, quien la ejerce directamente y, por lo tanto, no existe representación. Las características del poder soberano se enuncian, según ROUSSEAU así: es un poder inalienable, indivisible y supremo.

"Cuando ROUSSEAU afirmó que la soberanía es indelegable, quiere decir que no es delegable el poder constituyente, porque es un poder primario, extraordinario, supremo y directo, que corresponde (...) concretamente al pueblo (...) de donde resulta que, a juicio de ROUSSEAU, es el pueblo el titular del poder constituyente, y debe ejercerse de un modo directo en asamblea"².

De la anterior teoría se infieren distintas instituciones políticas: la democracia directa y la soberanía popular que en la teoría política de Rousseau el constitucionalista argentino CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, explica así: "ROUSSEAU atribuye a la expresión soberanía un significado nuevo, que corresponde a una concepción popular y democrática. *Es el poder que tiene el pueblo de darse sus propias leyes, de organizarse políticamente y de gobernarse por sí mismo*"³ (lo resaltado es del autor). Advierte y aclara el precitado autor que ROUSSEAU se refiere a las leyes "relativas a la constitución y organización del Estado y a la forma de gobierno (...). Ese primer *cuerpo de leyes* es la Constitución, y el pueblo, reunido extraordinariamente, ejerce un poder legislativo especial: el poder constituyente"⁴.

También del discurso político de ROUSSEAU se deduce otra institución política: El poder constituyente, siendo el pueblo su único titular y, por ende, el autor de la Constitución Política y, además, ejerce el poder político y el poder soberano.

Se aclara que "la noción de 'pueblo' puede interpretarse de maneras opuestas, según se haga hincapié en los ciudadanos que lo componen o en la comunidad que ellos forman (...). JEAN JACQUES ROUSSEAU se

² SÁNCHEZ VIAMONTE, op. cit., págs. 114 y 115.

³ *Ibidem*, pág. 313.

⁴ *Ibidem*, págs. 114 y 115.

vincula a la primera tendencia. Para él, la soberanía del pueblo es la suma de las diferentes fracciones de soberanía que detentan todos y cada uno de los individuos en particular”⁵.

a. *Elementos de la democracia directa.* No obstante lo anterior, en el pensamiento político de ROUSSEAU se admite a regañadientes que el pueblo designe excepcionalmente gobernantes, con las siguientes instituciones políticas, a saber:

1. *El voto como derecho.* ROUSSEAU expresa lo siguiente: “Supongamos que el Estado esté compuesto por diez mil ciudadanos. El Soberano solo puede ser considerado colectivamente y como cuerpo. Pero cada particular en calidad de súbdito es considerado como individuo. De modo que el soberano es al súbdito como diez mil es a uno; es decir, que cada miembro del Estado no tiene más que la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque le esté sometido todo entero”⁶. En otro aparte, ROUSSEAU, comenta: “El derecho del voto es un derecho que no puede ser arrebatado a los ciudadanos por nada”⁷. En otras palabras, todo ciudadano tiene un voto, lo que conduce al sufragio universal; por lo tanto, el ciudadano ejerce el voto como un derecho, porque “le pertenece como detentador de una parcela de soberanía, de la cual nadie puede privarle”⁸.

“Esta doctrina de ROUSSEAU se llama tradicionalmente teoría de la ‘soberanía fraccionada’. Tiene como resultado una representación igualmente fraccionada: cada ciudadano posee una parte del mandato que los electores otorgan a su elegido”⁹.

2. *El mandato imperativo.* Según ROUSSEAU el elegido está atado por la voluntad del elector, lo que significa que el mandante le imparte

⁵ MAURICE DUVERGER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 3ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1970, pág. 116.

⁶ ROUSSEAU, op. cit., págs. 115 y 116.

⁷ ROUSSEAU, op. cit., pág. 125.

⁸ DUVERGER, op. cit., pág. 116.

⁹ DUVERGER, op. cit., pág. 116.

unas instrucciones al mandatario para el ejercicio del poder, es decir, que se establece un vínculo jurídico-político entre el elector y el elegido que se denomina mandato imperativo.

3. *Revocatoria del mandato.* De lo anterior se deduce que si el elegido no acata las instrucciones contenidas en el mandato, el mandante podrá revocarle el mandato.

En la Constitución de 1991 se estableció el mandato imperativo para gobernadores y alcaldes únicamente (art. 259), aclarando que no recibió esta denominación, sino la de *voto programático*, según el cual el candidato inscribe con su postulación un programa, por el que los ciudadanos votan y que al incumplir las obligaciones derivadas de él, generan la posibilidad de la revocatoria del mandato; aspectos que ampliaremos en el capítulo III.

Estas instituciones de la democracia directa son adoptadas para darle vida a la democracia semi-directa en el constitucionalismo colombiano, como lo veremos más adelante.

b. *La democracia en Suiza.* Actualmente la democracia directa se practica en Suiza con el nombre de *Landsgemeinde*. Según la Constitución Política del 12 de septiembre de 1848 el régimen político suizo es federal. El Estado está dividido en 23 cantones. Cada cantón es un Estado Federado con una Constitución. Suiza tiene una población de 6'500.000 habitantes y el territorio tiene una extensión de 41.288 km².

La *Landsgemeinde* se conoce comúnmente como la asamblea general del pueblo. "Su característica es el hecho de que la totalidad del cuerpo electoral no sólo está formalmente investida del poder supremo, sino que lo ejerce efectivamente mediante una reunión anual ordinaria al aire libre, que tiene lugar el último domingo de abril o el primero de mayo. *Landsgemeinde* es presidida por el *Landammann* (presidente del consejo cantonal). La iniciativa pertenece bien al Consejo, bien a un grupo de ciudadanos; pero en este caso sus propuestas

han de ser dirigidas previamente al Consejo, que es el dueño del orden del día¹⁰.

Esta forma de participación directa del pueblo la hallamos actualmente en tres cantones suizos. El cantón Unterwald, que a su vez está conformado por dos medios cantones, denominados *Obwalden* y *Nidwalden*; el cantón de *Appenzell*, integrado por los cantones de *Rhodes Extérieures* y *Rhodes-Intérieures*, y el tercer cantón se llama *Glaris*.

Estos tres cantones en número de habitantes no alcanzan al 3% de la población total. La extensión territorial de cada cantón es pequeña. Estos dos factores permiten que los varones suizos puedan congregarse en la plaza pública o en una pradera al aire libre, durante un día domingo, a fin de expresar individual y públicamente sus opiniones políticas, exponiendo opciones políticas para un gran debate popular. La congregación pública suele realizarse ordinariamente, como se dejó expresado, el último domingo de abril o el primero de mayo, período que corresponde a la primavera. También puede ser extraordinaria cuando lo piden un determinado número de municipios, o porque así se haya acordado en la reunión ordinaria. El consejo cantonal está facultado para hacer la citación extraordinaria. Se resalta que en 1972 las mujeres obtuvieron los derechos políticos.

Sostiene ALBERTO ANTONIO SPOTA que "el *Landsgemeinde* es una típica institución de democracia directa, sobre la base de una sociedad esencialmente igualitaria (...). El igualitarismo entre los reunidos, aparece siendo la plataforma de base de la convocatoria y la esencia del actuar de cada integrante del grupo"¹¹, y como tal, cada ciudadano tiene derecho de proponer, debatir y decidir políticamente; por ejemplo, en el pequeño cantón *Appenzell Rhodes Exterior*, tenemos que en el pueblo reposa la soberanía que ejerce directamente reunido en el

¹⁰ REMEDIO SÁNCHEZ FERRÍZ, *El régimen político suizo, Regímenes políticos actuales*, 2ª ed., Edt. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 494 y 495.

¹¹ ALBERTO ANTONIO SPOTA, *Democracia directa y semidirecta en Suiza*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, págs. 11 y 15.

Landsgemeinde o indirectamente, a través de los funcionarios que ha elegido, en el *Landsgemeinde*, en la primera forma actúa como cuerpo constituyente reformando la Constitución cantonal, y expide las leyes como órgano legislador¹².

El profesor español REMEDIO SÁNCHEZ¹³ comenta que las funciones de la *Landsgemeinde*, aunque varían de unos cantones a otros, son, en general, las siguientes:

a) Legislativas, que consisten en:

1. Revisión de la Constitución;
2. Aprobación y, en algunos casos, discusión de los proyectos de ley;
3. Aprobación del presupuesto;
4. Concesión de ciudadanía;
5. Autorización de decretos del gobierno cantonal que exijan cierta cuantía del gasto;
6. Creación y supresión de cargos y empleos.

b) Electorales, referidas a las actuaciones:

1. Del Consejo Ejecutivo del cantón;
2. De los tribunales principales;
3. De los funcionarios superiores.

“Para explicar el mantenimiento de estas instituciones de democracia directa, ya un poco anacrónicas, conviene tener presente:

”a) Que funcionan únicamente en tres cantones, los menos poblados de la confederación helvética;

”b) Que el trabajo de las asambleas populares es minuciosamente preparado por un consejo cantonal elegido, y que la asamblea se limita prácticamente a aprobar o a desaprobar lo que ha sido elaborado por el consejo;

¹² Cfr. SPOTA, op. cit., págs. 56 a 58.

¹³ Cfr. SÁNCHEZ FERRER, op. cit., pág. 494.

"c) Que cuando se trata de problemas técnicos y jurídicos, la asamblea no es capaz de discutir y casi ni siquiera de justificar su negatividad y, en general, acepta las proposiciones que se le hacen"¹⁴.

Se reitera que la democracia directa se practica en los tres cantones suizos citados. No obstante, ROUSSEAU afirma con acierto:

*"Si hubiera un pueblo de dioses
se gobernaría democráticamente.
Un gobierno tan perfecto no es para hombres"*¹⁵.

Finalizando esta parte podemos afirmar que la democracia directa se convirtió en irrealizable, porque con el desarrollo de los pueblos creció el cuerpo electoral y el área de los territorios de los Estados se extendió notablemente, dificultando la convocatoria de todos los ciudadanos, por lo que se acudió a otra forma de democracia, la democracia indirecta.

2) *Democracia indirecta*. También se le denomina *democracia representativa*; es aquella en que el pueblo no ejerce directamente el poder, sino por medio de elegidos por la ciudadanía, que a través del sufragio se convierten en sus representantes. En otras palabras, el poder es ejercido por representantes elegidos por el pueblo. Surge así la teoría de la representación. Según RODRIGO BORJA, en la representación "se considera que los gobernantes ocupan el lugar del pueblo y ejercen sus derechos, de manera que los actos de aquellos se reputan ejecutados directamente por éste"¹⁶.

"La idea de la representación nació en el instante en que entró en contradicción el principio democrático de que el pueblo es la única fuente del poder político con la impracticabilidad del gobierno directo"¹⁷.

¹⁴ ANDRÉ HALBRIOU, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág. 485.

¹⁵ ROUSSEAU, op. cit., pág. 128 y 129.

¹⁶ BORJA, op. cit., pág. 872.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 873.

CARLOS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU y EMANUEL SIEYÉS fueron partidarios de la democracia representativa. Este promovió la nueva forma de democracia durante la Revolución Francesa. En el célebre escrito *¿Qué es el Tercer Estado?*, afirmó:

"Los asociados son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercer fácilmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacen? Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de libertad nacional, y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración"¹⁸. (Procuración significa representación).

En la "*Exposición Razonada*" que SIEYÉS presentó al comité de Constitución, el 20 y 21 de julio de 1789, con el objeto de justificar las bases de su proyecto de Declaración de derechos del hombre y el ciudadano, expresó lo siguiente:

"(...)

"La nación es el conjunto de asociados, iguales todos en sus derechos y libres en sus comunicaciones y en sus compromisos respectivos".

Y luego agregó:

"(...)

"No es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente, sino que puedan entregar su confianza a representantes que sólo se reunirán para dicho objeto, sin poder ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos"¹⁹.

El gran aporte del abate SIEYÉS consiste en haber planteado la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, cuando expresa: "Estas leyes llamadas *fundamentales*, no en el sentido de que puedan

¹⁸ EMANUEL SIEYÉS, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Ediciones Aguilar, S.A., Madrid, 1973, pág. 485.

¹⁹ Cita de R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, págs. 1165 y 1166.

hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tomarlas. En cada parte, la Constitución no es obra del *poder constituido*, sino del *poder constituyente* ¹⁹.

En la concepción de SIEYÉS la *nación* es la titular de la soberanía, ejercida por sus representantes, reunidos en un parlamento, un congreso o una asamblea. De las anteriores teorías fluyen las siguientes instituciones políticas: la democracia indirecta y la soberanía nacional (teoría de la representación); la distinción entre poder constituyente (autor de la Constitución) y los poderes constituidos, ejerciendo competencias distribuidas, determinadas y reguladas en la Constitución, lo cual se conoce como el principio del *reparto de competencias*.

La Nación, como titular de la soberanía, la hallamos en el artículo 3º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*: "El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano ni individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella".

Esta concepción político-jurídica también se consagró en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, en los siguientes términos: "La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación, y ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrá atribuirse su ejercicio. La nación, de quien únicamente emanan todos los poderes (...)" (tít. III, arts. 1º y 2º).

De esta forma los franceses se inventaron un ente colectivo y abstracto llamado Nación, la cual no podía expresarse por sí misma; reforzando la estrategia política crearon la prohibición del mandato imperativo en el art. 7º de la sección III del capítulo I del título III, de la Constitución de 1791 que expresa: "Los representantes nominados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de toda la nación, y no se les podrá imponer a ellos mandato alguno".

¹⁹ SIEYÉS, op. cit., pág. 109.

Obsérvese que el elemento sobresaliente es, la *representación* que, como se expresó, surgió necesariamente de "la contradicción que se plantea entre el pueblo, titular de la soberanía, y la imposibilidad física del gobierno directo"²¹.

"(...) la democracia representativa nació también de la convicción de que los representantes elegidos por los ciudadanos son capaces de juzgar cuáles son los intereses generales mejor que los ciudadanos, demasiado cerrados en la contemplación de sus intereses particulares, y por tanto la democracia indirecta es más apropiada para lograr los fines para los cuales había sido predispuesta la soberanía popular"²².

En Colombia la Constitución de 1886 consagró la concepción de la soberanía nacional, en los siguientes términos: "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación..." (art. 2°).

a. *Elementos de la democracia indirecta.* "Durante la Revolución Francesa, la Asamblea constituyente inventó otra teoría de la representación, fundada en la idea de que la soberanía no pertenece indivisa a los ciudadanos, sino a la 'nación', es decir, a la colectividad de ciudadanos considerada como un ser real distinto de los individuos que la componen. La teoría de la 'soberanía nacional' respondía exactamente a los deseos de la burguesía liberal, que deseaba, al mismo tiempo, fundamentar el poder en la elección y la representación para descartar a la aristocracia e impedir que las masas populares se aprovecharan del derecho de voto para conquistar ellas el poder. La idea de soberanía nacional permitía resolver esta contradicción"²³.

La anterior es la llamada *representación nacional*, por oposición a la *representación fraccionada* de ROUSSEAU.

²¹ BORJA, op. cit., pág. 223.

²² NORBERTO BOBBIO, *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pág. 36.

²³ DUVERGER, op. cit., pág. 117.

De la soberanía nacional y de la representación nacional emergen los elementos de la democracia indirecta: el voto como función, el mandato colectivo y el mandato representativo.

La Constitución colombiana de 1886 contiene los elementos de la democracia representativa, que se enumeran a continuación, siguiendo la exposición de DUVERGER:

1. *El voto como función.* "Si el titular de la soberanía es la nación y no los ciudadanos que la componen, el poder electoral se atribuye a éstos solamente, como órganos encargados de designar a los representantes de la nación. Al ejercerlo están cumpliendo una función pública, no ejercitando un derecho (...) la nación tiene la facultad de atribuir el poder electoral sólo a aquellos que considere más dignos o más aptos. El sufragio no tiene por qué ser universal"²⁴.

El art. 179 preceptuaba: "El sufragio se ejerce como función constitucional (...)". En otras palabras, el ciudadano no tenía un derecho al voto sino que lo ejercía como una función, un deber cívico.

2. *El mandato es colectivo.* "El carácter colectivo de mandante —la nación— tiene también como corolario el carácter colectivo del mandatario: un diputado no representa a sus electores y a su circunscripción, sino que el conjunto de los diputados representa a toda la nación"²⁵.

El art. 105 establecía: "Los individuos de una y otra cámara representan a la Nación entera (...)". En otras palabras, el conjunto de los Congresistas (Senadores y Representantes) representaba a la totalidad de la nación.

3. *El mandato no es imperativo.* "(...) Si el mandato de representación lo concede la nación, colectividad que no puede expresarse por sí misma, los diputados son la única expresión posible de la voluntad nacional: ejerce un '*mandato representativo*' (...). Si el conjunto de los diputados representan al conjunto de la nación, los representantes no es-

²⁴ DUVERGER, op. cit., pág. 117.

²⁵ *Ibidem*.

tán ligados a un mandato preciso recibido de sus electores, puesto que los verdaderos mandantes no son éstos, sino la nación. Esta, al ser un ser colectivo incapaz de expresarse, no puede dar instrucciones a sus representantes; solamente les da el mandato de representarla, es decir, de expresarla. Así, los diputados son libres en cuanto a sus actos y a sus decisiones, que son la expresión de la nación”²⁶.

El art. 179 de la Constitución de 1886 expresaba: “(...) El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato ni confiere mandato al funcionario electo”. Es decir que el mandato es representativo.

En esta modalidad de democracia no existió la revocatoria del mandato por la sencilla razón de que los elegidos representaban a la Nación considerada como un ente colectivo y no a los ciudadanos-electores. En otras palabras, los congresistas no representaban a sus electores, ni al departamento en el cual se eligieron, sino a la nación entera; y como la nación no podía expresarse, por lo tanto no era revocable el mandato.

Interpretando integral y sistemáticamente los artículos 2º, 105 y 179 de la Constitución de 1886, podemos afirmar que el ejercicio de la democracia indirecta terminaba en el momento en que el ciudadano depositaba el voto en las urnas y elegía a los gobernantes; realizado este ejercicio democrático, en el futuro el pueblo no volvía a actuar, sino en la próxima elección, dejando de ser pueblo.

b. *El ocaso de la democracia indirecta.* La historia reciente de los pueblos civilizados (de democracia indirecta) indica que era una necesidad política que los ciudadanos *participaran* en la toma de decisiones políticas y jurídicas, por convocatoria de los elegidos (gobernantes), es decir, que los ciudadanos no se limitaran únicamente a concurrir a las elecciones, sino que además de elegir comparezcan a las urnas para adoptar con un *SI* o un *NO* tales decisiones que se les propone, lo que se conoce actualmente como democracia *participativa* o semi-directa; para lograrlo se necesitó en Colombia expedir una nueva Constitución que consagrara esta forma de democracia.

²⁶ DUVERGER, op. cit., pág. 119.

3) *Democracia semi-directa*. Según MAURICE DUVERGER la democracia semi-directa es "una especie de colaboración de los ciudadanos y de sus representantes"²⁷; comúnmente se conoce como *democracia participativa*. "Podemos entender la democracia participativa como la forma de gobierno intermedia entre la clásica democracia representativa o electiva y la democracia directa, o el gobierno del pueblo por el pueblo en el sentido más estricto de la palabra (...)"²⁸.

"La democracia participativa constituye una alternativa entre la democracia directa y la representativa, que toma fundamento en la noción de soberanía popular por oposición a la de soberanía nacional que sirve de soporte al modelo de democracia representativa"²⁹.

Esta forma de democracia también se denomina *participativa*, lo que implica un pleonismo, por la sencilla razón de que la democracia por esencia significa *participación*. No obstante, en la Constitución colombiana de 1991 esta denominación es un hilo conductor que recorre su texto a partir del preámbulo: arts. 1º, 2º, 3º, 40, 95, num. 5, 103, etc.

La democracia semi-directa tiene la base en el artículo 3º de la Constitución de 1991, que preceptúa: "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa (democracia directa) o por medio de sus representantes (democracia indirecta), en los términos que la Constitución establece".

¿Cómo el pueblo ejerce directamente la soberanía? Por medio de tres mecanismos típicos de la democracia directa: la iniciativa popular, el referendo y la revocatoria del mandato.

¿Cómo el pueblo ejerce indirectamente la soberanía? El artículo 133 da la respuesta en los siguientes términos: "Los miembros de cuerpos co-

²⁷ DUVERGER, op. cit., pág. 124.

²⁸ Gaceta del Congreso No. 156, Ponencia para primer debate en el Senado de la República al Proyecto de Ley número 92 de 1992, "por la cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana", Ponente: Senador Rafael Amador Campos, pág. 3.

²⁹ Sentencia C-179 de marzo 12 de 2000, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CARRA.

legiados de elección directa representan al pueblo (...)”, o sea, que el *mandato es representativo* (o colectivo) para senadores, representantes, diputados, concejales, ediles y constituyentes, quienes “deberán actuar consultando la justicia y el bien común”. El *mandato es imperativo* solo para gobernadores y alcaldes. En el capítulo III ampliaremos estos temas.

Examinemos cómo se integró la democracia semi-directa en la Constitución de 1991, entendida como fusión de la democracia indirecta, con la democracia directa. En efecto, de la democracia indirecta (Constitución de 1886) tomó el mandato representativo. Veamos:

a) *El voto como función*. Se infiere de los artículos 260 y 133 de la Constitución de 1991.

b) *El mandato es colectivo*. “Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo” (art. 133).

c) *El mandato no es imperativo*. De lo anterior se infiere que el mandato es representativo, para los congresistas, diputados, concejales, ediles y constituyentes (arts. 133 y 260).

De la democracia directa se adoptaron las siguientes instituciones en la Constitución de 1991:

a) El voto como derecho: “El voto es un derecho (...)” (art. 258).

b) El mandato imperativo: “Quienes elijan Gobernadores y Alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato” (art. 259).

c) La revocatoria del mandato. De lo anterior se infiere que si el elegido (gobernador y alcalde) no cumple con el programa, el pueblo podrá revocarle el mandato.

De las normas anteriormente citadas y del art. 188 de la Constitución, se infiere que el Presidente de la República no representa al pueblo y al elegirsele no se le impone un mandato imperativo, porque tan solo “simboliza la unidad nacional”. Los Congresistas si bien representan al pueblo, tampoco se les impone un mandato imperativo, por me-

dio del sufragio, pero podrán perder su investidura en los casos previstos en el art. 183 de la Carta.

a. *Origen de la democracia semi-directa.* La gestación de la democracia semi-directa acaece a finales del siglo XVIII en Suiza, país que además de venir practicando la *Landsgemeinde*, introdujo por primera vez en su ordenamiento jurídico la iniciativa popular y el referendo. La Constitución Federal de Suiza del 12 de septiembre de 1848 “solo contenía bases rudimentarias para llegar a la democracia directa (...). 1874 y 1891 fueron años decisivos para el perfeccionamiento de la democracia directa en la Confederación, y los derechos políticos caracterizan desde entonces a Suiza (...). El movimiento de revisión de 1874 terminó casi veinte años después, en 1791. Mediante una votación popular se introdujo la *iniciativa popular* también en la Confederación (...)”³⁰.

Ampliaremos este tema más adelante.

b. *Objetivos de la democracia participativa.* En esta modalidad de democracia lo esencial es la *participación* de los ciudadanos. El Constituyente FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, al sustentar una ponencia en la Asamblea Nacional Constituyente, sostuvo: “que los mecanismos de Democracia Participativa cumplen múltiples objetivos, que se refuerzan entre sí:

“1. Realizar el ideal del Estado democrático de derecho, permitiendo el acceso (sic) de todo ciudadano a la toma de decisiones políticas.

“2. Permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios. De esta manera se sancionan con mayor efectividad la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular.

“3. Permitir la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales razonables pero efectivos de expre-

³⁰ OSWALD SIGG, *La política en Suiza*, Editor Pro Helvetia, 1998, págs. 9 y 11.

sión. De esta manera la Democracia de la Participación constituye, por definición, un Estado para el desarrollo de la paz.

"4. Permitir la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado. Así. p. ej., en caso de controversia entre el legislativo y el ejecutivo sobre la sanción de una ley por motivos de inconveniencia, se acudirá al pueblo en referéndum.

"(...)

"7. Conservar las decisiones políticas fundamentales, de la reforma de la Constitución Material, en manos exclusivas del pueblo. Todo mecanismo de reforma constitucional en el que participe el pueblo versa sobre los aspectos esenciales del Estado, y no sobre los meramente adjetivos..."¹¹ (lo resaltado es nuestro).

De los objetivos de la participación, según el Constituyente CARRILLO FLÓREZ, se deduce, entre otras cosas, que la reforma de la *Constitución material*, (esto es, la parte dogmática de la Constitución) le corresponde al Constituyente primario, o sea, el pueblo por vocación política tiene el derecho de conservar los temas que forman parte de dicha dogmática, de tal manera que si se reforma uno o varios de estos temas, es el pueblo el que finalmente toma la decisión política de derogarla por medio del referendo constitucional. El Constituyente de 1991 reservó cuatro temas a la voluntad del pueblo: los derechos fundamentales, sus garantías, los procedimientos de participación popular y el Congreso (art. 377, Const.), preservando con esta técnica la *parte dogmática* de nuestra Constitución. Este aspecto jurídico se ampliará más adelante.

En otras palabras, en la democracia participativa los ciudadanos eligen a sus representantes y estos en su condición de gobernantes citan a aquellos a las urnas, a fin de que adopten decisiones sobre distintas opciones (jurídicas o políticas), a través del sufragio. "En la democracia participativa el pueblo no solo elige sus representantes, por medio

¹¹ Constituyente: FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, *Instituciones de la democracia participativa, objetivos de la participación*, Gaceta Constitucional No. 107, junio 24 de 1991, pág. 8.

del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido”³².

De la combinación de la democracia directa y la democracia indirecta, surge la democracia *semi-directa*, cuya realización logra el pueblo, en ejercicio de su soberanía, por medio de los siguientes mecanismos de participación ciudadana: la iniciativa popular, el referéndum, la consulta popular, el plebiscito, revocatoria del mandato y el cabildo abierto. En el primer mecanismo, la acción política se despliega directamente del cuerpo ciudadano hacia los gobernantes; en los tres mecanismos siguientes, la acción se desenvuelve a la inversa, esto es, de los gobernantes al pueblo. En la revocatoria de mandato, como en el primer caso, de los ciudadanos proviene la acción hacia los gobernantes, con el fin de sustituir en sus cargos a los elegidos y, a su vez, los gobernantes despliegan la acción hacia el cuerpo electoral para que elija al sucesor del mandatario revocado (gobernadores o alcaldes). En el cabildo abierto los gobernantes locales promueven la acción para que los ciudadanos-residentes expongan ante tales autoridades asuntos de interés para la comunidad.

“En este marco de desarrollo de la interacción individuo-sociedad-Estado, la participación expresa un proceso social de intervención de los sujetos en la definición del destino colectivo”³³.

En síntesis, se trata de la colaboración política de los ciudadanos (el pueblo) y los representantes (los gobernantes), como bien puntualiza el constitucionalista DUVERGER. O como lo sostiene MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA: “(...) Los instrumentos de la democracia participativa son un complemento de las instituciones de la democracia representativa”³⁴.

³² Sentencia C-180 de abril de 1994, Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”.

³³ Sentencia C-180 de 1994, op. cit.

³⁴ MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *La hora de la verdad*, El Espectador, julio 22 de 2000, pág. 8-A.

Estos mecanismos reflejan la democracia participativa, en la cual convergen las dos formas de democracia que le precedieron históricamente: la directa y la indirecta o representativa. "Se pretende pues, la complementación de los modelos –democracia representativa y directa– aprovechando las virtudes del sistema representativo e incorporando las ventajas de la participación ciudadana, todo lo cual estructura la base del esquema de democracia participativa"³⁵.

c. *La democracia participativa como valor, principio fundamental y fin del Estado.* La Constitución colombiana de 1991 consagra la democracia participativa como valor, principio fundamental y fin del Estado, en la siguiente forma:

Como valor filosófico, en el preámbulo: "El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación, y asegurar a sus integrantes (...) dentro de un marco jurídico, *democrático y participativo* (...)".

Como *principio* fundamental, el artículo 1º, preceptúa: "Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...) *democrática, participativa* y pluralista (...)".

Entre los *fin*es del Estado se halla el principio fundamental de: "(...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (...) (art. 2º).

"Los artículos 1º y 2º de la Carta relevan la importancia dada a la participación en el nuevo esquema de organización política, en cuanto introducen otro elemento fundamental. En efecto, lejos de concebirla como una práctica deseable dentro del comportamiento político de los colombianos, la erigen en principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad, lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de vida y el de fomen-

³⁵ Sentencia C-180, op. cit.

tar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernen al destino colectivo”³⁶.

La soberanía popular y la democracia participativa son *principios fundamentales*, que el artículo 3° consagra así: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

“(...) el pueblo elige sus representantes, pero se reserva la posibilidad de ejercer directamente la soberanía cuando lo desee (...). La democracia participativa no se contrapone, por lo tanto, a la democracia representativa, sino que la enriquece y perfecciona, al delimitar los alcances del mandato y hacer posible la intervención directa del depositario exclusivo de la soberanía”³⁷.

El artículo 3° de la Constitución, como *principio fundamental* del ordenamiento jurídico, se erige en espina dorsal de los procedimientos de reforma de la Constitución establecidos en el título XIII (arts. 374 a 380), por cuanto el pueblo es el titular de la soberanía y, por ende, es el soberano. Si bien es cierto que “el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes”, también es cierto que el poder soberano se ejerce “*en los términos que la Constitución establece*”.

En efecto, los procedimientos de reforma constitucional se deben interpretar sistemáticamente con los principios fundamentales consagrados en el artículo 3°: La soberanía popular y la democracia participativa, con énfasis en el referendo constitucional (aprobatorio y derogatorio) de iniciativa popular; procedimiento que viabiliza el ejercicio de la soberanía popular, toda vez que el pueblo puede actuar como promotor del proyecto de reforma constitucional (iniciativa popular) y al final votar la reforma constitucional (referendo). En otros términos, el pueblo así mismo no se puede convocar directamente para reformar la Constitución, toda

³⁶ Sentencia C-180, op. cit.

³⁷ Gaceta del Congreso No. 156, Ponencia para primer debate en el Senado de la República al proyecto de ley número 92 de 1992, “por la cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana”, Ponente: Senador RAFAEL AMADOR CAMPOS, pág. 3.

vez que los tres procedimientos de reforma constitucional se activan por intermedio del Congreso (arts. 375, 376, 377 y 378), tal como lo estudiaremos más adelante, especialmente en el cuarto capítulo.

Manifestamos que no compartimos el criterio de Cepeda Espinosa, al afirmar en una entrevista que "la Constitución Nacional y la Ley 134 de 1994 permiten realizar un referendo, para reformar la Constitución, sin necesidad de tramitarlo en el Congreso; para ello se requiere (...) el respaldo de las firmas del 10% de los ciudadanos del censo electoral"³⁸; razones que expondré en el capítulo IV.

d. *El principio democrático (universal y expansivo)*. La Corte Constitucional en Sentencia C-089 de 1994 se refirió al principio democrático, en su doble condición: universal y expansivo. "Se dice que es *universal* en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es *expansivo* pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción".

e. *El derecho fundamental a participar*. El artículo 40 preceptúa: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la formación, ejercicio y control del poder político; para hacer efectivo este derecho puede:

"1. Elegir y ser elegido.

"2. Tomar parte en elecciones, plebiscito, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

³⁸ Cfr. El Espectador, *¿Con pueblo y sin Congreso? Sí o No*, mayo 15 de 2000, pág. 7-A.

"(...)

"4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

"5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas".

Es un derecho constitucional fundamental de todo ciudadano suscribir su apoyo a una iniciativa popular, así como también lo es el participar en los referendos y en la revocatoria del mandato de los elegidos en los casos establecidos en la Constitución, como son los casos de los gobernadores y los alcaldes únicamente (art. 259), ya que para los congresistas se estableció la pérdida de la investidura por las causales expresamente contempladas en el art. 183 de la Constitución. El Presidente de la República no está sujeto a los mecanismos mencionados, es decir, que no existe en la Constitución ninguna institución política que permita separar del cargo al primer mandatario, salvo los procesos que se adelanten en su contra en el Congreso (arts. 175 num. 2 y 178 num. 3), por la comisión de delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o a la indignidad por mala conducta, aspecto que ampliaremos más adelante.

Cuando quiera que la autoridad pública *vulnere o amenace* alguno de los derechos fundamentales enumerados en el art. 40 de la Constitución, el ciudadano podrá ejercer la acción de tutela, de conformidad con el art. 86 de la Carta.

f. *Formas de democracia participativa en la Constitución de 1991.* "La democracia participativa es, pues, algo más que la clásica democracia electiva. Por medio de ella, el pueblo toma parte directamente en la gestión de sus asuntos, por medio de la información, la decisión, la cogestión (sic) y la fiscalización.

"Desde este punto de vista, encontramos que la Constitución presenta una concepción integral de la democracia participativa:

- "- La participación-información;
- "- La participación-decisión;

- "- La participación-gestión;
- "- La participación-vigilancia, fiscalización, y
- "- La participación-electoral.

"Esta visión general la sintetiza el inciso 1° del artículo 40: 'Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público'³⁹.

Examinemos brevemente las distintas formas de participación siguiendo la ponencia para primer debate presentada por el senador Rafael Amador Campos:

1. *La participación-información.* "La democracia informativa es, en este orden de ideas, la primera condición de posibilidad de la participación política integral y de la democracia participativa. Información de doble vía: para que los mandatarios conozcan en todo momento las necesidades, las expectativas y las demandas de sus mandatarios (sic), y para que estos estén al tanto de las decisiones que se tomen supuestamente en su nombre, las puedan confirmar o improbar si es del caso, y conocer la forma como estas decisiones son ejecutadas. Poder manifestarse por el monto, la destinación y el uso que se le debe dar a los dineros públicos y a sus contribuciones, y ser informados con objetividad y veracidad al respecto"⁴⁰.

Esta modalidad de participación tiene su fundamento en el artículo 20 que consagra el derecho de informar y el derecho a recibir información veraz e imparcial. También está consagrada en el artículo 74, conocido como el derecho fundamental del acceso ciudadano a los documentos públicos⁴¹, y en el artículo 75 el derecho de acceso al uso del espectro electromagnético. El artículo 209, inciso 1 consagra el principio de publicidad en la función administrativa, el cual permite la transparencia de la actuación administrativa de los servidores públicos y, por ende, el derecho ciudadano a obtener información al respecto.

³⁹ Gaceta del Congreso No. 156, op. cit., pág. 3.

⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 156, op. cit., pág. 3.

⁴¹ Véase ERNESTO REY CANTOR, *Acceso a los documentos y recursos de insistencia*, Bogotá, Empresa Editorial de Cundinamarca, Edicursdi, 1993.

2. *La participación-decisión.* "Es, aunque no se agota en él, el ámbito propio de la democracia semi-directa o referendaria, conocida pero no generalizada en las democracias modernas (...) plasmada, a guisa de principio fundamental, en el artículo 2º de la Constitución: «Son fines esenciales del Estado ... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación».

"Dentro de la amplia gama de posibilidades de esta forma de participación democrática, cabe enunciar mecanismos como:

- "- La iniciativa popular en las corporaciones públicas;
- "- El referendo aprobatorio de iniciativa popular ;
- "- El referendo derogatorio de iniciativa popular;
- "- La consulta popular;
- "- El voto programático, y
- "- El cabildo abierto"⁴².

Estos mecanismos tienen su respaldo jurídico en las siguientes disposiciones constitucionales: art. 40, nums. 2, 5 y 7 anteriormente citados. El art. 103 que enumera los mecanismos de participación democrática que citaremos más adelante. El art. 104 sobre la consulta popular nacional y el art. 105 que trata de la consulta popular departamental y municipal. El art. 106 regula la iniciativa popular en las entidades territoriales. El art. 155 acerca de la iniciativa popular de carácter legislativo, es decir, proyectos de ley o de reforma constitucional. El art. 170 se refiere al referendo derogatorio legislativo. El art. 259 consagra la revocatoria del mandato de gobernadores y alcaldes. El art. 374 estableció la reforma constitucional por el pueblo mediante referendo, el cual tiene dos modalidades: el referendo derogatorio de un acto legislativo (art. 377) y el referendo aprobatorio de un proyecto de ley (art. 378). El art. 375 establece la iniciativa popular para proyectos de acto legislativo. El art. 376 establece el procedimiento de reforma por medio de una asamblea constituyente.

⁴² Gaceta del Congreso N° 156, op. cit., págs. 3 y 4.

En el capítulo III y siguientes utilizaremos las denominaciones *referendo aprobatorio de iniciativa popular* (art. 378) y *referendo derogatorio de iniciativa popular* (art. 377).

3. *La participación-gestión.* "También la Constitución Nacional es explícita y rica al consagrar esta forma de participación democrática: la posibilidad de intervención directa de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, y en especial de aquellos que tienen una incidencia más directa en la calidad de la vida de la población, como es el caso de los servicios públicos"⁴³. La participación-gestión tiene sus bases constitucionales en los arts. 40 num. 7, el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos⁴⁴. El art. 125 se relaciona con los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, el ingreso, ascenso y retiro en los empleos. El art. 318 trata de las comunas o corregimientos municipales y de las juntas administradoras locales con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía. El art. 340 garantiza la participación-gestión en las instituciones y actividades de planificación. Finalmente, el art. 369 se relaciona con la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios.

4. *La participación-fiscalización.* "Sin lugar a dudas una de las formas prioritarias de la participación democrática y del ejercicio directo de la soberanía del pueblo es la fiscalización y vigilancia de las acciones de sus gobernantes y de todos aquellos que ejercen algún tipo de poder en su nombre y representación"⁴⁵. Los fundamentos constitucionales de esta modalidad de participación se hallan en las siguientes disposiciones: art. 40 num. 4, anteriormente transcrito, y el num. 5 consagra el derecho fundamental ciudadano de "interponer acciones públicas en

⁴³ Gaceta del Congreso No. 156, op. cit., pág. 4.

⁴⁴ Véase la Ley 581 de mayo 31 de 2000, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional", Diario Oficial No. 44.026.

⁴⁵ Gaceta del Congreso N° 156, op. cit., pág. 4.

defensa de la Constitución y de la ley". Este es el fundamento constitucional de la acción popular de inconstitucionalidad contra las leyes y la acción popular de nulidad contra los actos administrativos. El art. 88 constitucionalizó las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos. El art. 103 num. 3 estableció el deber estatal de contribuir "a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan".

5. *La participación-electoral.* "Como hemos indicado, la participación-elección es el único mecanismo considerado en la democracia representativa para el ejercicio de la soberanía popular y de la participación política. En ella, nuestro sistema político había avanzado, tímida y lentamente, por el camino del sufragio universal, proporcional y directo"⁴⁶. La Constitución contiene las bases de esta modalidad de participación en las siguientes disposiciones: el art. 40 consagra el derecho fundamental a elegir y ser elegido (num. 1), y a "tomar parte en elecciones" (num. 2). El art. 103 consagra el voto como un mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, el cual merece la observación de que el voto no es un mecanismo de participación en esencia y en estricto sentido, sino el instrumento político por el cual el ciudadano ejerce el derecho al sufragio, mediante el cual ejercita los mecanismos de participación democrática. El art. 258 consagra el voto como "un derecho y un deber ciudadano". El art. 260 regula la elección directa de las principales autoridades públicas y miembros de corporaciones públicas.

Estas son las formas de participación democrática consagradas en la Constitución.

Se observa que a partir del preámbulo y a lo largo del texto normativo de la Carta la democracia participativa es una constante, lo cual

⁴⁶ Gaceta del Congreso No. 156, op. cit., pág. 4.

nos permite afirmar que la Constitución de 1991 es la Carta de la democracia participativa y de los derechos humanos, entre los cuales se halla el derecho ciudadano a participar en las múltiples oportunidades que la Constitución señala, tal como lo hemos enunciado. De modo que la Constitución, en lo que concierne a los procedimientos de reforma constitucional, se debe interpretar teniendo como parámetro la democracia participativa, considerándola como un *valor, un principio, un fin y como derecho constitucional fundamental*, además de estimarse que el derecho a participar es uno de los **derechos humanos** reconocidos en los instrumentos internacionales que citaremos más adelante.

En el capítulo IV exponemos nuestro concepto jurídico en relación con el referendo aprobatorio de iniciativa popular, con fundamento en esta conclusión.

g. Los mecanismos de participación democrática. Ampliando lo anteriormente expuesto, tenemos que el título IV de la Constitución trata de “la participación democrática”, el capítulo I regula “Las formas de participación democrática” y el artículo 103, preceptúa: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

“La ley los reglamentará (...)”.

La reglamentación de esta materia, según el artículo 152 literal d, corresponde a una ley estatutaria. Esta es la Ley Estatutaria 134 de mayo 31 de 1994, “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, modificada por la Ley 741 de mayo 31 de 2002, “por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, reglamentarias del voto pragmático”. Definimos las leyes estatutarias como “una ampliación normativa de la voluntad constituyente que regula sustancialmente determinadas materias descritas en la Constitución Política, a fin de complementar su contenido”⁴⁷.

⁴⁷ ERNESTO REY CANTOR, *Leyes estatutarias, orgánicas y cuadro*, en Revista de la Universidad Libre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Nueva Época, enero-febrero-marzo 1994 No. 2., Santa Fe de Bogotá, D.C., pág. 33.

En este estatuto se define cada uno de estos mecanismos y se señala el procedimiento para su convocatoria y realización; previamente al análisis de esta ley, por razones de orden metodológico y para una mayor ilustración, estudiaremos tales mecanismos a la luz de la doctrina, haciendo especial énfasis en la iniciativa popular, el referéndum, el plebiscito y la consulta popular (especialmente para convocar una Asamblea Constituyente), y particularmente la combinación de los dos primeros mecanismos para reformar la Constitución por intermedio del Congreso y el último para promover dicha reforma por fuera del órgano legislativo ordinario.

h. *Democracia participativa*. Nuestro concepto. Aclaremos anteriormente que hablar de democracia participativa es un pleonismo. Con base en las notas de clase de derecho constitucional general “definimos la *democracia participativa* como un conjunto de mecanismos según los cuales los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, bien sea como elegido o eligiendo a sus representantes en el Estado y, a su vez, adoptando decisiones políticas, jurídico-normativas o administrativas (plebiscitos, referendos, consultas populares), o proponiéndolas (iniciativas populares)⁴⁸.

i. *El derecho a participar y los derechos humanos*. El art. 93 de la Constitución preceptúa: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*.”

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Como se dejó expuesto, el derecho ciudadano a participar está reconocido en el art. 40 de la Constitución. De conformidad con el preci-

⁴⁸ Notas de clase de derecho constitucional general, Universidad Libre, 1992, pág. 42. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 20 de noviembre de 1995, M.P.: ERNESTO REY CANTOR, Demandante: Danilo Armando Suárez Acevedo, Exp. 5466.

tado art. 93, este derecho se interpreta a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En el sistema interamericano de derechos humanos, del cual Colombia es Estado Parte, los instrumentos internacionales que lo rigen son los siguientes:

1. *La Carta de la OEA*. El sistema interamericano de derechos humanos tiene su Constitución. Se trata de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que en su preámbulo destaca lo siguiente:

"(...) *Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;*

"Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; (...)".

El Capítulo II trata de los *principios*. El artículo 3º, preceptúa: "Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios:

"(...)

"d. La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos **sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa**".

2. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. En el artículo XX reconoció el derecho de sufragio y de participación en el Gobierno, en los siguientes términos: "Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el Gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres"⁴⁹.

⁴⁹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

3. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conocida también como Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos; en el art. 23 se reconocieron los derechos políticos, en la siguiente forma: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

"a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, *directamente o por medio de representantes* libremente elegidos;

"b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores"³⁰.

Este tratado fue aprobado por el Congreso colombiano por medio de la Ley 16 de 30 de diciembre de 1972³¹ y, por consiguiente, forma parte del orden jurídico interno con prevalencia sobre las demás leyes, como por ejemplo, las leyes estatutarias 134 de 1994 (y su Decreto Reglamentario 895 de 2000) y 741 de 2002.

Los instrumentos internacionales contienen la democracia semi-directa, que en términos similares se consagró en el art. 3° de la Constitución al preceptuar que: "El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes". A nivel internacional se distinguen claramente dos derechos humanos: El derecho a participar y el derecho de elegir y ser elegido. El derecho a participar directamente se realiza con las iniciativas populares y los referendos.

4. *La Carta democrática interamericana*. La asamblea general de la OEA, en sesión extraordinaria, en la ciudad de Lima (Perú), el 11 de octubre de 2001, adoptó la Carta democrática interamericana, de la cual resaltamos lo siguiente:

En el preámbulo, se expresó: "REAFIRMANDO que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática (...)".

³⁰ Suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

³¹ Diario Oficial, núm. 33.780.

En los artículos 3º y 7º se reconoció lo siguiente:

“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (art. 3º).

“La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas Constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos” (art. 7º).

5. *La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.* Es digno de destacar que el ejercicio de la democracia en América debe ser efectivo, para lo cual los Estados-Parte deben reconocer los derechos humanos para la participación directa de los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos, garantizando la realización de iniciativas populares y referendos. Estos tratados se interpretarán de manera especial.

Su interpretación se hace en consideración del *objeto y fin* del tratado, o sea “orientándolo en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional” esto es, la persona humana (interpretación *pro homine*), como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵². En otras palabras, la interpretación no se realiza en favor del Estado, sino en beneficio de la persona humana, que en tratándose de derechos políticos lo será el ciudadano, toda vez que el Estado, al ratificar el tratado, se compromete a cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, en relación con los ciudadanos bajo su jurisdicción.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de Viviana Gallardo y otros, Nº G107/81, Serie A, Considerando 16.

Examinemos a continuación los mecanismos de participación democrática, omitiendo el origen y el desarrollo de cada uno de ellos, dada la brevedad del presente trabajo. Sin embargo, recomendamos la obra del jurista peruano FRANCISCO MIRO QUESADA RADA, titulada *Democracia directa y derecho constitucional*¹³.

j. *La iniciativa popular*. "Implica una combinación de la democracia representativa con la democracia directa"¹⁴. Institución de origen suizo.

1. *Definición*. Según PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA "La iniciativa popular consiste en la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal a una determinada fracción del cuerpo electoral". Para Manuel GARCÍA-PELAYO la iniciativa popular "es el derecho de una fracción del cuerpo electoral a proponer el establecimiento de nuevas formas jurídicas o la abrogación de las existentes"¹⁵.

En la Constitución Política de 1845 en el cantón de Vaud de Suiza, se estableció por primera vez la iniciativa popular, la que se extendió al orden federal con la Constitución del 12 de septiembre de 1848. En este orden solo procede para materias constitucionales, y en tratándose de enmiendas totales. Desde 1891 se estableció para reformas parciales. En cambio, en los demás cantones puede utilizarse para asuntos tanto constitucionales como legales. La Constitución suiza define la iniciativa popular como "una petición presentada por 100.000 ciudadanos suizos con derecho a voto, solicitando la adopción de un nuevo artículo constitucional o la abrogación o modificación de determinados artículos de la Constitución en vigor" (art. 121-2). Anteriormente se requerían 50.000 firmas. La reforma constitucional de septiembre 25 de 1977 elevó esta cifra a 100.000 firmas que deben ser recogidas en un térmi-

¹³ Ediciones Artes y Ciencias, Lima, 1990.

¹⁴ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 235.

¹⁵ Cfr. BISCARETTI, op. cit., pág. 421.

no de un año y medio. La ley de diciembre 17 de 1976 estipula las formalidades y requisitos de la etapa de la recolección de firmas.

2. *Modalidades de iniciativa popular.* BISCARETTI DI RUFFIA comenta que "tal iniciativa se distingue (además de, como se ha dicho, en *constitucional y legislativa*), en iniciativa popular *simple* cuando se concreta puramente en una moción encaminada a que las Cámaras aprueben una ley con un contenido específico. Iniciativa popular *formulada* cuando, en cambio, el proyecto de la ley debe ser ya completamente elaborado por los mismos que lo presentan"⁵⁶.

En la primera hipótesis la ciudadanía presenta la petición proponiendo la legalización del aborto, por ejemplo; y en la segunda redacta el texto del proyecto que se somete a la consideración parlamentaria. Estas dos modalidades de iniciativa popular están previstas en el número 4 del artículo 121 de la Constitución suiza, el cual dice: "La petición de la iniciativa puede revestir la forma de una proposición concebida en términos generales o la de un proyecto redactado en todas sus partes".

En Suiza, de 1848 a 1849 se presentaron 40 iniciativas populares de revisión constitucional, de las cuales 11 fueron aprobadas mediante referéndum y 29 rechazadas por el pueblo.

3. *Efectos y consecuencias.* Para MICHELI GUILLAUME-HOFNUNG la iniciativa popular "es una solicitud jurídicamente apremiante que puede tender a resultados diferentes según el sistema jurídico. Ello puede promover una revisión total o parcial de la Constitución; puede promover un procedimiento que desemboque en una nueva ley ordinaria o un nuevo acto administrativo, o también puede obligar a la administración a iniciar una operación tan compleja como una operación de urbanismo, como es el caso de ciertos cantones suizos, o al menos a enfocarla muy seriamente y en caso de rechazo a promover una justificación motivada"⁵⁷.

⁵⁶ MANUEL GARCÍA-PELAYO, op. cit., pág. 554.

⁵⁷ BISCARETTI DI RUFFIA, *El referéndum*, traducción de Esperanza Tursaguilla de Duque, Agora Editores, Medellín, 1989, pág. 16.

"Es claro que la iniciativa es un acto propio de aquella fracción del cuerpo electoral que lo ha realizado (función, por tanto, pública, pero no estatal); y encuentra específica justificación particularmente en aquellos ordenamientos que someten automáticamente el proyecto de ley propuesto, cuando no es acogido por las Cámaras, a un referéndum"⁵⁸.

De esta manera, advierte PHILIPPE ARDANT: "podrá el pueblo desautorizar a sus representantes. Estos pueden, así mismo, ser pasados por alto si el sistema permite someter directamente el proyecto al referéndum, pedir a los ciudadanos que abroguen una ley que está en vigencia.

"El principio representativo resulta bastante maltrecho por causa de esta técnica, ya que fuerza a los parlamentarios a obrar tal vez contra su voluntad y hasta pueda prescindir de ellos en la elaboración de la ley"⁵⁹. El argumento del precitado profesor francés tiene su sustento en la Constitución suiza al preceptuar que:

"(...)

"5) Cuando la petición de la iniciativa esté concebida en términos generales, las Cámaras Federales, si la aprueban, procederán a la reforma parcial en el sentido indicado y someterán el proyecto a la adopción o a la repulsa del pueblo y de los cantones. Si, por el contrario, no la aprueban, la cuestión de la reforma parcial será sometida a referéndum; si la mayoría de los ciudadanos suizos que tomen parte en la votación se pronuncia por la afirmativa, la Asamblea Federal procederá a la reforma ajustándose a la decisión popular.

"6) Cuando la solicitud revista forma de proyecto articulado en todas sus partes y la Asamblea Federal le dé su aprobación, será sometido al pueblo y a los cantones para su adopción. Si la Asamblea Federal no estuviere conforme con el proyecto, podrá elaborar uno distinto o recomendar al pueblo que objete el proyecto propuesto y someter a vo-

⁵⁸ BISCARETTI, op. cit., pág. 421.

⁵⁹ PHILIPPE ARDANT, *Instituciones políticas de droit constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Traducción del doctor Rodrigo Naranjo Vallejo, 1989, pág. 187.

tación su contraproyecto o su proposición de negativa al mismo tiempo que la propuesta emanada de la iniciativa popular" (art. 121).

El art. 122 de la Constitución suiza, preceptúa: "Una ley federal determinará las formalidades que deberán observarse para las peticiones de iniciativa popular y para las votaciones relativas a la reforma de la Constitución Federal".

La ley federal sobre los derechos políticos de 17 de diciembre de 1976 y un decreto de aplicación⁶⁰ del 24 de mayo de 1978, regularon la materia relacionada con la iniciativa popular.

OSWALD SIGG, refiriéndose a la iniciativa popular en suiza, comenta lo siguiente: "Este instrumento esencial de la democracia directa ofrece al pueblo la posibilidad de abordar y regular cuestiones políticas directamente a nivel de la Constitución, sin que el Gobierno o el Parlamento puedan intervenir directamente en contra. Es cierto que el Consejo Federal o la Asamblea Federal⁶¹ tienen la posibilidad de presentar simultáneamente una contra propuesta y hacer que también se vote sobre ella. Sin embargo, no puede modificar el texto de la iniciativa. También aquí la iniciativa, o la contraposición, es aceptada si la una o la otra consigue obtener el apoyo de la mayoría del pueblo y de los cantones"^{62, 63}. (Cursivas fuera del texto).

En similar sentido OLIVER DUHAMEL y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, sostienen lo siguiente: "En tal caso, las autoridades federales no pueden impedir la votación popular. El Parlamento ejerce solamente un control sobre la validez formal de la proposición. Si la iniciativa popular es formulada en términos generales, se habla entonces de un deseo

⁶⁰ Equivalente al decreto reglamentario en el derecho colombiano.

⁶¹ El Consejo Federal corresponde al Gobierno, integrado por siete miembros elegidos por la Asamblea Federal, o sea, el poder legislativo bicameral: El Consejo Nacional compuesto de 200 miembros, representantes de la totalidad de la población. El Consejo de los Estados, integrado por 46 miembros que representan a los cantones.

⁶² SIGG, op. cit., pág. 28.

⁶³ OLIVIER DUHAMEL y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Las democracias, entre el derecho constitucional y la política*, TM Editores, Universidad de los Andes, 1997, pág. 63.

que el Parlamento traduce en proyecto de ley constitucional. Pero la mayoría de las veces, la iniciativa se presenta bajo la forma de un proyecto. El Parlamento puede entonces contentarse en dejar que los ciudadanos voten por dicho texto, u oponer a este último un contraproyecto⁴⁴ (lo resaltado es nuestro).

DAVID BROOKS comentando el libro de DAVID S. BRODER titulado *Democracia descarrilada y acciones populares y el poder del dinero*, expresa lo siguiente: "En 1997, este viajó a la Costa Occidental a cubrir allí iniciativas o acciones populares. Lo impresionó la forma como el proceso del referendo eclipsó al Legislativo, dejando prácticamente sin oficio a los representantes, pues los votantes resolvían directamente los más urgentes problemas políticos, como suicidio con asistencia médica, impuestos y litigios. Más aún: observó que los votantes no se limitaban a suplantarse a los legisladores, sino que los consideraban usurpadores, como una clase hostil cuya principal actividad es frustrar la voluntad popular"⁴⁵ (lo resaltado fuera del texto).

De lo anterior se infiere que en Suiza la Asamblea Federal no tiene competencia para modificar el texto de la iniciativa popular. Su actuación se circunscribe a aprobar o improbar el proyecto. Lo mismo sucede en algunos Estados federados de los Estados Unidos de Norteamérica. En el primer capítulo del presente trabajo sostuvimos que esta limitación parlamentaria es ajena a los procedimientos legislativo ordinario (expedición de proyectos de ley) y legislativo constituyente colombianos (expedición de reformas constitucionales). En su oportunidad analizaremos que esta institución no tiene cabida ni fundamento jurídico en el derecho constitucional colombiano, por cuanto los procedimientos de reforma constitucional son reglados y, por ende, claros, determinados y precisos. Por lo tanto, el Congreso tiene competencia para introducir modificaciones (formales y sustanciales) a un proyecto de iniciativa popular.

⁴⁴ DURAMIEL y CEFEDA, op. cit., pág. 63.

⁴⁵ DAVID BROOKS, *Democracia descarrilada, acciones populares y el poder del dinero, poder popular o representatividad*, Via directa o indirecta, Examen al referendo en E.U, El Tiempo, Lecturas Dominicales, 28 de mayo 2000, pág. 7.

Estos son los antecedentes histórico-jurídicos de la normatividad fundamental colombiana, relacionados con la iniciativa popular, según la cual un 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso (proyectos de acto legislativo o de ley), y en el evento de no ser adoptados, se podrá solicitar al Registrador Nacional del Estado Civil que acceda a la continuación del trámite para la recolección de un 5% adicional de firmas, a fin de completar un 10% y luego proceder a la convocatoria del pueblo para que en la urnas decida si aprueba o rechaza, total o parcialmente, el proyecto de reforma constitucional, previo control de constitucionalidad de la Corte Constitucional (art. 241, num. 2); institución que se denomina *referendo aprobatorio de iniciativa popular*; aspectos que ampliaremos más adelante.

k. *El referendo y el plebiscito*. En primer lugar, sea lo primero advertir que el plebiscito en nuestro concepto, ni en la definición que ofrece la Ley 134 de 1994, es un mecanismo de participación ciudadana para reformar la Constitución. En segundo lugar, prevenimos al lector que tampoco es un instrumento popular para rechazar la actuación política de un gobernante y que, por consiguiente, indefectiblemente se separe del cargo.

En otras palabras, en Colombia al Presidente de la República no es posible constitucional y legalmente deponerlo del cargo por voluntad popular, mediante el sufragio (plebiscito en nuestro concepto). El meollo del asunto radica en la forma como la Ley 134 definió el plebiscito, en el artículo 7º, en los siguientes términos: "El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada *decisión* del ejecutivo", norma que recibió el aval de la Corte Constitucional al ser declarada exequible, siguiendo determinada doctrina constitucional foránea.

Lo anterior se precisa en razón de que, para algunos constitucionalistas, por medio del plebiscito se establecen y se reforman las Constituciones; por ello se estudian conjuntamente, a fin de establecer el contenido, alcance y diferencias político-jurídicas entre el referendo

y el plebiscito y, además, porque los dos vocablos se utilizan indistintamente como si fueran sinónimos, como sucede en Uruguay. En Chile, por ejemplo, cualquier citación al cuerpo electoral es plebiscito; se utiliza para adoptar decisiones políticas o jurídicas, excepto elecciones.

En la doctrina no hay unanimidad conceptual al respecto. Para una corriente de constitucionalistas la distinción radica fundamentalmente en que el plebiscito es un voto de confianza o de rechazo a la gestión política del gobernante y el referendo es la ratificación de un texto. Examinemos a continuación los criterios de autorizados constitucionalistas⁶⁶ extranjeros, a fin de establecer la diferencia conceptual de los precitados mecanismos de participación.

1. MAURICE DUVERGER. El profesor francés define los procedimientos de la democracia semi-directa en la forma expresada como “una especie de colaboración de los ciudadanos y de sus representantes”⁶⁷, y luego añade que “Los ciudadanos pueden también intervenir acerca de una decisión tomada o preparada por sus representantes. El procedimiento más corriente es entonces el del referéndum. Los representantes (parlamento o gobierno) preparan un texto, sobre el que son llamados a pronunciarse todos los ciudadanos por sufragio universal. Si lo aceptan, el texto se convierte en ley; si lo rechazan, el texto no se aplica. A veces, el sistema tiene variantes. Existe la ‘opción’ si a los ciudadanos se propone un solo texto para aprobar o rechazar, o varios, entre los cuales deben escoger. Hay ‘veto’ si el texto elaborado por los gobernantes se aplica, a menos que un cierto número de ciudadanos solicite (durante un determinado plazo) que se proceda a una votación sobre el asunto: entonces se cae de nuevo en el mecanismo del referendun”⁶⁸.

“Se llama *plebiscito* al voto de confianza personal a un hombre y siendo referéndum la aprobación o el rechazo de un texto”⁶⁹.

⁶⁶ En la doctrina extranjera, MAURICE DUVERGER, KARL LOEWENSTEIN, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, MANUEL GARCÍA-PILAYO y JORGE REINALDO A. VANOSSE.

⁶⁷ DUVERGER, op. cit., pág. 124.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 125.

⁶⁹ *Ibidem*.

Esta es la concepción jurídica con mayor aceptación doctrinaria.

A continuación exponemos la tendencia alemana en relación con el plebiscito, el cual se utilizó para definir áreas territoriales, principalmente.

2. KARL LOEWENSTEIN. El profesor español ALFREDO GALLEGO ANABITARTE comenta que fiel a MAX WEBER, LOEWENSTEIN centró la política en la lucha por el poder. Partiendo de este ángulo, el jurista alemán explica que "en el lenguaje corriente, el concepto *plebiscito* se usa para una variedad de actos de participación del pueblo en el proceso del poder y, algunas veces, hasta como sinónimo de elecciones. Sin embargo, aunque esta expresión ha sido generalmente usada para designar las votaciones sobre la *forma de Estado*, debería quedar reservada a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas. En la mayor parte de los casos, el plebiscito significa una votación popular sobre una cuestión territorial como la modificación de las fronteras internas o externas de un Estado, o el cambio de soberanía de todo un territorio. El plebiscito territorial (nuevamente otra criatura rousseauiana de la Revolución Francesa) fue, en principio usado frecuentemente para legalizar las conquistas de anexiones de territorios extranjeros y, ocasionalmente durante el siglo XIX, también para el ejercicio del derecho de autodeterminación nacional. Su aplicación más constructiva fue en el proceso que condujo a la unidad de Italia"⁷⁰.

El constitucionalista alemán LOEWENSTEIN, al estudiar las tres modalidades de autocracia, considera la que denomina "El cesarismo plebiscitario de Napoleón", o sea, el tipo de gobierno autoritario representado por Napoleón, del cual destaca lo siguiente: "(...) Bajo la Constitución del año VIII (1799), que había sido proyectada en sus rasgos fundamentales por Napoleón, fueron establecidos no menos de cuatro cuerpos representativos o asambleas. Las decisiones políticas fundamentales eran iniciadas por el primer cónsul y sus ministros en el marco del Consejo de Estado, la institución creada por Napoleón con

⁷⁰ LOEWENSTEIN, op. cit., págs. 97, 180 y 331.

más éxito y duración. EL cuerpo legislativo (*Corps Législatif*) deliberaba sobre las medidas legislativas que eran presentadas para ejecutar las decisiones políticas, pero no le estaba permitido votar sobre ellas. Tras esto, el Tribunado votaba sobre los proyectos de ley sin poder a su vez discutirlos”⁷¹ (negritas fuera del texto).

Luego añade LOEWENSTEIN:

“(...) Cuando Napoleón hubo justificado la confianza puesta en él por la nación francesa a través de sus éxitos en la guerra y en la paz, manteniendo y consolidando las conquistas sociales y burguesas de la Revolución Francesa, el Tribunado que se había mostrado más refractario que las otras asambleas fue suprimido sin más, y el Cuerpo legislativo fue condenado a desaparecer”⁷² (negritas fuera del texto).

Según el historiador NORMAN LOWE, siendo Hitler Canciller de Alemania, su partido político participó en las elecciones del 5 de marzo de 1933, para el parlamento. La campaña electoral fue sumamente violenta; el edificio del Reichstag (órgano legislativo) fue incendiado, por lo cual se trasladó al teatro de la Ópera Kroll; los 55 “amisas negra” rodearon el edificio dificultando el ingreso de los parlamentarios comunistas (muchos estaban ya encarcelados), mientras gritaban a coro “Queremos la ley, o fuego y muerte”; finalmente el gobierno nazi obtuvo la aprobación de las leyes. El 23 de marzo del mismo año se expidió la *Ley Facultativa* que se impuso al Reichstang y que facultaba el Gobierno nazi para introducir leyes sin su aprobación. Todas las leyes serían dictadas por el canciller e inmediatamente entraban a regir⁷³.

Como se observa esta práctica es propia de los gobiernos autocráticos. Lo anterior dista mucho de la realidad política colombiana, distinguida por su tradición democrática. En efecto, el Gobierno del

⁷¹ LOEWENSTEIN, op. cit., pág. 83.

⁷² *Ibidem*, pág. 84.

⁷³ NORMAN LOWE, *Guía ilustrada de la historia moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, págs. 164, 165 y 166.

Presidente Andrés Pastrana sostuvo la tesis jurídica consistente en que el proyecto de ley por el cual se convoca al pueblo soberano de Colombia a un referendo constitucional, "*el Congreso no puede modificar sustancialmente el temario o articulado del proyecto (...)*", tan solo puede "*evaluar la conveniencia del mismo y revisar formalmente el temario (...)*"⁷⁴.

LOEWENSTEIN admite el referéndum como una auténtica participación del electorado en el procedimiento de enmienda de la Constitución efectuada por el parlamento; otra es la posición de la doctrina italiana. Traemos a colación a uno de sus más grandes exponentes, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, citado por la Corte Constitucional colombiana⁷⁵, con el objeto de establecer la diferencia esencial entre referéndum y plebiscito y, además, para justificar la constitucionalidad de la definición de este último mecanismo en la Ley 134 de 1994, a fin de evitar que el Presidente de la República sea rechazado por la ciudadanía cuando su actuación política no merezca la confianza y credibilidad del pueblo y, consecuentemente, tenga que retirarse del cargo.

3. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA. El constitucionalista italiano comenta que "*el referéndum se concreta en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo*", y mientras que el *referendo* se ha caracterizado siempre "*por una nota de excepcionalidad y de carácter extraordinario, que ha excluido hasta ahora cualquier regulación suya uniforme, de orden tanto interno como internacional. El plebiscito debería más precisamente referirse a una manifestación del cuerpo electoral no actuada en relación con un acto normativo (como el referéndum), sino, más bien, respecto a un simple hecho o suceso, concerniente a la estructura esencial del Estado o de su gobierno, por ejemplo, una adjudicación de territorio, el mantenimiento o la mutación de una forma de gobierno, la designación de una determinada persona en un oficio particular, etc.*"⁷⁶.

⁷⁴ Gaceta del Congreso N° 98, miércoles 5 de abril de 2000, págs. 15 y 16.

⁷⁵ Sentencia C-180 de abril 14 de 1994, M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

⁷⁶ Cfr. BISCARETTI, op. cit., pág. 425.

Obsérvese que el constitucionalista italiano circunscribe el concepto de plebiscito a un *simple hecho o suceso*, para lo cual cita algunos ejemplos en la historia europea, los cuales distan mucho de la realidad colombiana, por un lado, y por el otro lado, a renglón seguido el autor advierte que "el uso del término en tal acepción *parece más exacto* que el sostenido por otros autores (...)". O sea que admite la relatividad conceptual del término plebiscito y, a su vez, que existen otras tendencias doctrinarias; luego, al parecer la doctrina italiana no es la más autorizada y mucho menos la única. Transcribimos a continuación la totalidad del texto que aparece citado parcialmente en la sentencia de la Corte Constitucional, para corroborar lo anterior.

Luego agrega BISCARETTI: "El uso del término en tal acepción *parece más exacto* que el sostenido por otros autores, que prefieren indicar con él o una manifestación popular sustantiva, no ligada a algún acto de órganos estatales (por ejemplo: BATTELI, CROSA), o bien, simplemente, una forma inferior de *referéndum*, en la cual no se ofrece alternativa alguna al cuerpo electoral (por ejemplo: HAURIQU, DUVERGER ¡que recuerdan los plebiscitos napoleónicos!).

"Obsérvese, además, que los *plebiscitos* realizados con motivos de *hechos o sucesos* poco antes mencionados han adoptado naturalezas jurídicas muy diversas en los casos concretos, presentándonos ora como condiciones *resolutivas* de nuevas estructuras constitucionales ya instauradas (como, por ejemplo, sucede con los *plebiscitos* celebrados en varias regiones de Italia en 1860-70, acerca de su incorporación, ya ocurrida, al reino de Cerdeña, o de Italia, y acerca del mantenimiento de la institución monárquica, con la dinastía saboyana, que había extendido allí su autoridad), ora, en cambio, como condiciones suspensivas de las nuevas estructuras constitucionales, subordinadas para su plena realización al resultado positivo de la correspondiente manifestación popular (como ocurrió, por ejemplo, en los numerosos *plebiscitos* celebrados después de la Primera Guerra Mundial).

"Pero, en todo caso, los plebiscitos se presentan como manifestaciones de voluntad de determinadas colectividades populares y no ya de los Estados, del cual aquellas ya han formado o van a formar parte (con

la consecuencia de que parecen asumir siempre la naturaleza de actos de derecho interno, aunque, por sus reflejos y por su regulación, puedan adquirir alguna relevancia en el derecho internacional)⁷⁷.

Como ejemplo de *simple hecho o suceso*, el autor menciona los siguientes plebiscitos: En el movimiento de formación de la unidad italiana (1860-70), la anexión del reino de Cerdeña, de varios ex-Estados y provincias de la península, la cesión al Imperio francés de Hiza y Saboyá; la decisión de la Unión Real entre Suecia y Noruega (1905); para adjudicar territorios, el Sobre (1935), bajo el control de la Sociedad de Naciones; en los territorios de Briga y Tenda (1997), después de su anexión a Francia, y otros tantos germanos después de la Primera Guerra Mundial: Germano Belgas de Eupea y Malmedy, germanodanesas del Schleswig, germanopolacas de Allenstein, de Marien Cerder y de Alta Silesia y austroyugoslavos de Carintia.

Así mismo, BISCARETTI cita a los franceses DUVERGER y HAURIUO con los plebiscitos napoleónicos, lo cual permite inferir la existencia de otras posturas doctrinarias en relación con el plebiscito.

Con estas advertencias conceptuales pasaremos a la clasificación del referendo que presenta el constitucionalista italiano, con el objeto de desentrañar el origen del referendo constitucional previsto por el artículo 377 de nuestra Constitución y, por consiguiente, precisar su contenido y el alcance jurídico, como también el referendo consagrado en el artículo 378.

BISCARETTI identifica el procedimiento *agravado* con el carácter rígido de la Constitución (italiana) para su reforma, lo cual la dificulta por el complejo y dispendioso procedimiento a seguir.

La clasificación del referéndum en los diversos ordenamientos estatales se presenta en formas muy diferentes, a saber:

1. *En orden a la materia: es constitucional y legislativo.* El referéndum constitucional se explica así: Las leyes de reforma de la Cons-

⁷⁷ BISCARETTI, op. cit., págs. 276, 422, 425 y 426.

titución y las leyes constitucionales son aprobadas por cada una de las cámaras con dos deliberaciones sucesivas, con intervalos no menores de tres meses; pero cuando las cámaras hayan aprobado la revisión en segunda votación con mayoría absoluta, pero no la de dos tercios, la reforma será publicada inmediatamente para que llegue a conocimiento de la opinión pública, pero sin ser promulgada, ya que, dentro de los tres meses siguientes, un quinto de los miembros de cada cámara, o 500.000 electores, o cinco consejos regionales, podrán requerir que la reforma sea sometida a referéndum. Y si se obtiene la mayoría de los votos válidos de los electores será promulgada y publicada de modo definitivo.

El referendo legislativo ha sido, en cambio, solo acogido con eficacia abrogativa, simplemente frente a una ley formal, u otra normal equiparada y, por tanto, no respecto a una ley constitucional.

2. *En orden al tiempo: en sucesivo y en preventivo.* El referéndum sucesivo es aquel que sigue, cronológicamente, al acto estatal, para conferirle o quitarle existencia o eficacia.

El referendo preventivo o programático es aquel que antecede al acto estatal fijando algunos principios generales.

3. *En orden a la eficacia: en constitutivo y en abrogativo.* El referéndum es constitutivo si tiende a conferir existencia o eficacia a una norma.

El referendo es abrogativo si se encamina, en cambio, puramente a abrogar una norma vigente, sin que pueda sustituirla otra distinta.

4. *En orden al fundamento jurídico: en obligatorio y en facultativo.* El referendo es obligatorio cuando la Constitución lo imponga, necesariamente, para la formulación de algunas normas jurídicas.

El referendo es facultativo cuando, en cambio, simplemente pueda ser requerido por un determinado porcentaje del cuerpo electoral, o por cierto número de Estados-miembros de regiones autónomas, o por un determinado quórum de parlamentarios, o, en fin, por el jefe del Estado

en el caso de contraste con las cámaras o entre las cámaras, y frecuentemente solo al darse determinadas circunstancias⁷⁸.

El referendo constitucional del artículo 377 de nuestra Carta guarda estrecha similitud con el referéndum constitucional italiano: las reformas se debaten en las cámaras en dos períodos de sesiones sucesivos; en el segundo la votación requiere la mayoría absoluta. Tras ser aprobada se procede a su promulgación para el conocimiento de la opinión pública, dentro de los tres meses siguientes, 500.000 electores (caso italiano), y seis meses un 5% de la ciudadanía (caso colombiano), podrá requerir que la reforma constitucional se someta a referéndum; en ambas situaciones el voto afirmativo de la mayoría determina la aprobación o derogación de la reforma.

Nótese que en la preceptiva nuestra se contemplan cuatro temas puntuales de reforma para tratar, por medio de esta modalidad de referendo: derechos fundamentales y sus garantías; mecanismos de participación ciudadana y el Congreso. En el referendo del artículo 378 no se especifica la temática.

4. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. El tratadista italiano define el *referendum* como un "derecho del cuerpo electoral a pronunciarse sobre una medida legislativa"⁷⁹ y el *plebiscito* implicaba siempre una decisión popular, pero sobre la adopción de una *decisión política* antes que la de un texto normativo como en el caso del referéndum⁸⁰.

En la anterior definición de plebiscito se observa un cambio notable respecto de las anteriores, por cuanto los votantes se pronuncian acerca de una *decisión política* y no un simple *hecho o suceso*, como una cuestión territorial o el cambio de una forma de gobierno.

En términos similares citamos las definiciones de los siguientes constitucionalistas.

⁷⁸ Cfr. BISCARETTI, op. cit., pág. 422.

⁷⁹ DE VERGOTTINI, op. cit., págs. 234.

⁸⁰ DE VERGOTTINI, op. cit., pág. 235.

5. MANUEL GARCÍA-PELAYO. "*Referéndum: derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias.*

"*Plebiscito es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, político, en el genuino sentido de la palabra. No gira en torno a un acto legislativo, sino a una decisión política, aunque susceptible quizá de tomar forma jurídica*"⁸¹ (lo resaltado es nuestro).

6. JORGE REINALDO A. VANOSI. El tratadista argentino lo define así: "El referéndum es un mecanismo o procedimiento por el cual el cuerpo electoral participe en la actividad legislativa o constituyente, aceptando o rechazando las resoluciones de los órganos del Estado. El plebiscito, en cambio recae sobre un acto de naturaleza predominantemente político, que puede ser una decisión constitucional o de gobierno. No gira en torno de un simple acto legislativo sino de una *decisión política*, aunque puede tomar forma jurídica también, en los casos de manifestación de confianza en un hombre o en un régimen político" (lo resaltado es nuestro)⁸².

Estas últimas definiciones de plebiscito se asemejan a la definición del artículo 7º de la Ley 134, en el siguiente aspecto: "El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo (...) mediante el cual apoya o rechaza una determinada *decisión* (...)". Las diferencias esenciales radican en: Los tratadistas se circunscriben a una *decisión política* y el legislador colombiano a una decisión a secas, o sea, que puede ser o no política (en el artículo 77 se refiere a *políticas del Ejecutivo*). Obsérvese que los constitucionalistas extranjeros no indican cuál órgano estatal convoca a plebiscito. La Ley 134 establece que el Gobierno Nacional (El presidente y todos los ministros) cita "al pueblo para que se pronuncie sobre *políticas del Ejecutivo*" (art. 77), mientras en la definición general se refiere a "una determinada decisión del Ejecutivo".

⁸¹ GARCÍA-PELAYO, op. cit., págs. 183 y 184.

⁸² JORGE REINALDO A. VANOSI, *Teoría Constitucional*, ed. cit., pág. 307.

Más adelante volveremos sobre el tema al tratar la consulta popular, despejando los interrogantes que surgen con el anterior planteamiento.

4) *Nuestro concepto.* Siguiendo una corriente de constitucionalistas extranjeros, reitero mis conceptos expuestos en mi trabajo "*Plebiscito y referéndum*"⁸³, publicado en 1989, obviamente actualizándolo con la Constitución de 1991 y la Ley Estatutaria 134, en lo que concierne al referendo, la iniciativa popular y la consulta popular; pero no así en relación con el plebiscito, porque el legislador colombiano se apartó de la definición que presenta la doctrina clásica, según la cual *se cita al pueblo para que apoye o rechace la gestión política del gobernante*, precisamente para evitar la caída de los Presidentes que pretendan darse aires napoleónicos o dictatoriales como Pinochet o Fujimori.

a. *El referendo.* El referendo en sentido amplio, es la participación de la ciudadanía en la aprobación de una Constitución Política, o su reforma, o de una ley, o un acto administrativo, siendo su normatividad proyectada por el gobierno, o el parlamento, o una asamblea constituyente, o una revolución triunfante, a fin de organizarse políticamente por medio del sufragio.

En sentido restringido, es la participación ciudadana en la aprobación o derogación de un texto normativo, a través del sufragio.

En la expresión *texto normativo* está comprendido el *proyecto* de acto, como también el acto en sí.

En tratándose de proyecto, tienen cabida proyectos de: acto legislativo, de ley, o de actos administrativos, tales como una ordenanza, un acuerdo municipal, o una resolución local. Si se refiere al *acto*, esto es, el producto acabado, también procede. En la primera hipótesis, el referendo sería *aprobatorio*, ya que el cuerpo ciudadano aprueba el proyecto y, por ende, se convierte en *acto*; y en la segunda sería derogato-

⁸³ ERNESTO REY CANTOR, *Referéndum y plebiscito*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1989, pág. 1.

rio el referendo y como tal desaparece el acto del ordenamiento jurídico. Veamos ejemplos de la primera definición de referendo.

Las Cortes españolas redactaron un texto que el constituyente primario adoptó como la Constitución Política, el 6 de diciembre de 1978. El 30 de julio de 1989 el cuerpo electoral chileno refrendó una reforma (de 54 artículos) a la Constitución de 1980, proyectada por concertación del gobierno militar y las fuerzas opositoras.

En Uruguay, el 16 de abril de 1989, el pueblo ratificó la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, referida a delitos cometidos por los militares durante la dictadura.

Con este procedimiento popular también se refrendan actos administrativos, se profiere una decisión administrativa y se somete a la voluntad popular; por ejemplo, en Ginebra se convocó al pueblo para que refrendara una decisión administrativa relacionada con la construcción de un parqueadero subterráneo en el paseo del observatorio.

En Guatemala, en octubre de 1998, el Congreso aprobó un proyecto de reforma constitucional, el cual contenía, entre otros textos, un acuerdo de paz firmado en 1996, entre el Presidente Álvaro Arzú y la unidad revolucionaria nacional guatemalteca; reforma que fue rechazada en las urnas el 16 de mayo de 1999.

Según lo que disponga la Constitución Política, el referendo lo proyecta y lo convoca el Parlamento o el Congreso, o una asamblea constituyente, a través de un texto normativo. En otros casos el gobierno proyecta el texto y ordena la citación popular con un decreto.

No todas las veces el órgano legislativo o el ejecutivo proyectan el texto, sino que la competencia puede radicar en una asamblea nacional constituyente.

El 30 de abril de 1980 la asamblea del pueblo de Egipto proyectó una reforma a la Constitución de 1971 que a su vez se ratificó en referéndum el 22 de mayo de 1980.

En Venezuela el Presidente de la República, HUGO CHÁVEZ, el día 25 de julio de 1999 citó al pueblo para elegir una Asamblea Constituyente, con el objeto de expedir una nueva Constitución que el pueblo aprobó en referendo en 15 de diciembre de 1999.

FIDEL CASTRO llegó al poder por la vía revolucionaria en Cuba, en 1959. El comité central del partido comunista creó una comisión de estudios jurídicos encargada de redactar la Constitución socialista de Cuba, la cual fue aprobada en referendo constitucional el 15 de febrero de 1976.

Estas formas de participación ciudadana son ejemplos de referendo que nos permiten explicar los elementos de nuestra definición.

En algunos ordenamientos jurídicos, con este mecanismo de participación popular, se ratifica un tratado público internacional. El presidente Sadat logra el 26 de marzo de 1979, en Washington, la firma del tratado de paz egipcio-israelí. En Egipto, en abril de 1979, el tratado se sometió a un referendo y obtuvo el respaldo del 99% de los votos. En 1991 se firma en Maastricht (Holanda) el tratado de la Unión Europea. El 18 de mayo de 1993, en Dinamarca, el pueblo aceptó, mayoritariamente, su incorporación al Mercado Común Europeo y en forma semejante se pronunciaron los británicos, el 5 de junio de 1995. En 1993, en plena guerra, se celebró el plan de paz Vance-Owen (Cyrus Vance y David Owen, mediadores internacionales), y los ciudadanos serbios de Bosnia respondieron negativamente en las urnas a dos preguntas: ¿Está usted a favor del plan de paz Vance-Owen?, ¿Está usted a favor de la República Serbia (en Bosnia) independiente con el derecho a la integración, en condiciones de igualdad con otros pueblos y Estados? Esta participación ciudadana fue calificada como referendo (El Espectador, mayo 14/93) y plebiscito (El Tiempo, mayo 19/93).

No en todos los casos se somete a la decisión popular un texto normativo. En Suiza se han efectuado referendos acerca de "opciones políticas, problemas de sociedad. Es esta última utilización la de mayor consideración. La gente se pronuncia sobre la inmigración, supresión del ejército, construcción de un aparcadero subterráneo, remodelación de

un barrio, manipulaciones genéticas, política nuclear (...)”⁴⁴, comenta el profesor francés PHILIPPE ARDANT.

Un caso *sui generis* es el de Puerto Rico. El 3 de julio de 1950 el presidente Truman sanciona la Ley 600 de Constitución y Convenio “para la organización de un gobierno constitucional para el pueblo de Puerto Rico”. En un referendo los puertorriqueños aprobaron el texto con 387.016 votos a favor y 119.169 en contra, y quedaron a su vez facultados para redactar su Constitución por medio de una asamblea constituyente. El constituyente primario ratificó la Carta con 374.369 votos, frente a 82.923 en contra. El 22 de abril de 1952 Truman envía al Congreso la Constitución para su aplicación. El gobernador Luis Muñoz Marín, el día 25 de julio de 1952, hace la proclamación de la Constitución de Puerto Rico y la fundación del Estado Libre Asociado. El gobernador Hernández Colón, el día 2 de enero de 1989, anuncia a los puertorriqueños la necesidad de que se pronuncien por medio de referéndum acerca del estatus político de Puerto Rico. Los senadores norteamericanos J. Bennet Johnston y James McClure, en junio de 1989 promovieron el trámite de “La ley del referéndum sobre el estatus de Puerto Rico”, citando al pueblo puertorriqueño el 4 de junio de 1991 a un referéndum para que adoptara su forma de Estado.

b. El plebiscito. El plebiscito se define como la intervención ciudadana que con el sufragio apoya o rechaza la actuación política de un gobernante. Generalmente se trata de un jefe militar que mediante un golpe de Estado asume el poder y se convierte en dictador; por ejemplo, el 4 de enero de 1978 los chilenos apoyaron en las urnas la conducta política del general Pinochet, tras ser censurado por la ONU por violar los derechos humanos; el 5 de octubre de 1988 decidieron rechazar su continuidad en el poder presidencial.

En un plebiscito el 1º de diciembre de 1980 los uruguayos le dijeron “NO” a los militares que buscaban el respaldo popular. Se sometió a la consideración ciudadana un proyecto constitucional que tenía por

⁴⁴ PHILIPPE ARDANT, op. cit., pág. 116.

objeto legalizar la participación militar en el Gobierno, por medio del Consejo de Seguridad Nacional, para la toma de las decisiones nacionales. Por un lado se sometió al escrutinio popular un proyecto de texto constitucional (referendo) y por el otro lado, el modelo de Gobierno cívico-militar, instituido por los militares en 1973 (plebiscito). Los ciudadanos uruguayos votaron en contra del Gobierno de turno, constituyendo el aspecto esencial de la citación a las urnas.

No siempre tienen ocurrencia —por separado— estos dos mecanismos de participación democrática. En ocasiones por tratar de obtener la voluntad popular respecto de un *texto normativo*, se logra además el *voto de confianza* para el gobernante que propone el texto. Personalmente considero que esta modalidad de participación ciudadana se denominaría referendo-plebiscitario; institución que he venido proponiendo desde 1989.

c. El referendo-plebiscitario. El referendo-plebiscitario es la participación ciudadana para adoptar un texto normativo, apoyando políticamente al gobernante que lo proyecta y convoca; por ejemplo, el 11 de septiembre de 1980 los chilenos dijeron "SI" a la Constitución Política (referendo) que había proyectado la junta de gobierno de Pinochet. En la vigésima-séptima disposición transitoria se estableció que el jefe estatal continuaría en el poder presidencial por ocho años (plebiscito).

El 1° de diciembre de 1957 el pueblo colombiano, a través del sufragio, ratificó el restablecimiento de la Constitución de 1886 y, a su vez, aprobó una reforma constitucional que se le introdujo (*referendo*), previa convocatoria de la junta militar de gobierno que reemplazó al general Gustavo Rojas Pinilla, gestor y actor del golpe de Estado del 13 de junio de 1953, por medio del cual se suspendió dicha Constitución. Esta Junta continuó en el poder con el apoyo electoral del pueblo, con fundamento en el artículo 10 del acto refrendado que expresó: "El Presidente de la República tomará posesión del cargo el 7 de agosto de 1958, y hasta esa fecha continuará ejerciendo la Presidencia de la República la junta de gobierno..." (plebiscito). Este voto se interpreta de dos formas: como el respaldo popular al gobierno de facto que lo con-

vierte en un gobierno con *legitimidad y legalidad*, a través del sufragio, esto es, un gobierno militar de derecho o como una decisión ciudadana para que la junta no continuara en el poder a partir del 7 de agosto de 1958.

De una u otra forma la Junta Militar continuó en el poder, respetando la Constitución restablecida y su reforma refrendado en las urnas por el constituyente primario; acontecimiento popular que recibe el nombre de referendo-plebiscitario.

En Siria, Abid Al-Chichakli llega al poder por un golpe de Estado, y el 5 de septiembre de 1950 promulga una nueva Constitución aprobada por una asamblea constituyente. El 29 de noviembre de 1951 se disuelve la cámara de diputados y se suspende la Constitución. Chichakli concentra todos los poderes y prohíbe los partidos políticos, afianzando una dictadura. En julio de 1952 logra que en un referéndum se apruebe una nueva Constitución y, a su vez, la permanencia en la presidencia de la república.

En Francia se critica la figura del referéndum por-que termina convirtiéndose en plebiscito, sostiene DUVERGER⁴¹. “El referéndum sobre la Constitución francesa tuvo lugar el 28-30 de septiembre de 1958 en Argelia y el 30 de septiembre en Francia y en otros territorios de ultramar. El resultado superó las esperanzas más optimistas de los partidarios de DE GAULLE: en Francia metropolitana, la Constitución fue aprobada con 17'667.000 contra 4'624.000 votos, que corresponde al 78,5% del electorado que tomó parte en la votación. En el fondo solo en lo formal hubo un referéndum sobre la Constitución; materialmente fue, sin embargo, un plebiscito sobre la persona y el programa del general De Gaulle, al cual se habían unido muchos que en realidad hubiesen rechazado la Constitución”⁴², concluye LOEWENSTEIN.

En la práctica suelen presentarse casos de referéndum-plebiscitario bastante complejos. En Bélgica por medio de la Ley del 11 de fe-

⁴¹ DUVERGER, op. cit., pág. 125.

⁴² LOEWENSTEIN, op. cit., pág. 117.

brero de 1950 se le preguntó al pueblo: "¿Está usted de acuerdo con que el rey Leopoldo vuelva al ejercicio de sus poderes constitucionales?". El 16 de octubre de 2002 se preguntó lo siguiente: ¿Está usted de acuerdo en que Saddam Hussein siga siendo presidente?

En Colombia, el Gobierno del Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ, previo el procedimiento previsto en el artículo 378 de la Constitución, por medio de Ley 796 de enero 21 de 2003 convocó a un referendo y sometió a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional incorporada en dicha ley; el proceso *preconstituyente* estaba abrigado por un ambiente político que parecía indicar que el pueblo apoyaba políticamente al gobernante con su propuesta, fenómeno político que podría denominarse *referendo-plebiscitario*.

CAPÍTULO III

LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El art. 103 de la Constitución preceptúa: "Son mecanismos de participación del pueblo, en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato".

"La ley los reglamentará".

Esta ley corresponde a la Ley Estatutaria 134 de 1994² (art. 152, literal d. Const.) que en palabras de NÉSTOR PEDRO SAGÜES serían las "reglas infraconstitucionales". En otras palabras, deben integrarse sistemática y dialécticamente las normas constitucionales (arts. 377 y 378) con las contenidos en la Ley 134 que regulan la iniciativa popular y el referendo, a fin de establecer el procedimiento de reforma constitucional por el pueblo.

Algunos de los mecanismos de participación se relacionan estrecha e inescindiblemente (iniciativa popular y referendo) con los procedimientos de reforma constitucional (referendo derogatorio y referendo aprobatorio, arts. 377 y 378), conformando un conjunto de *formas* eminentemente procedimentales; las primeras reglamentadas en la Ley Estatutaria 134 de 1994 y las segundas contenidas en la Constitución, respectivamente; conjunto instrumental que el poder constituyente derivado debe observar plenamente cuando el pueblo decide participar de-

¹ Se aclara que el voto no es un mecanismo de participación, sino el instrumento por medio del cual los ciudadanos activan los mecanismos enumerados.

² Declarada exequible parcialmente en Sentencia C-180 de 1994, M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

mocráticamente en la reforma de la Constitución. Este poder “está sometido a las reglas jurídicas impuestas por una Constitución en vigor y por las reglas infraconstitucionales dictadas de acuerdo con aquella”³, como lo es la Ley 134, en el caso colombiano.

Veamos cómo operan estas *formas* en el procedimiento de reforma de la Constitución.

Siguiendo la Ley Estatutaria 134 de 1994⁴ y el Decreto 895 de mayo 18 de 2000, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se reglamenta la parte operativa de la Ley 134 de 1994”⁵, la Ley Estatutaria 741 de mayo 31 de 2002, “por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, reglamentarias del voto pragmático”⁶, en este capítulo estudiaremos la iniciativa popular para promover *proyectos* de acto legislativo y de ley (denominada legislativa) ante el Congreso para reformar la Constitución, combinándola con el referendo aprobatorio, en el evento de que la corporación no los adopte, lo que se denomina *referendo aprobatorio de iniciativa popular*. Es decir, que trataremos estos mecanismos de participación ciudadana a nivel nacional.

También analizaremos el plebiscito, la consulta popular, la revocatoria del mandato y el voto programático.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-643 de mayo 31 de 2000, expresó lo siguiente: “(...) el constituyente de 1991 avanzó en los alcances de dicha iniciativa y los proyectó al plano de las reformas constitucionales cuyo origen sea externo al Congreso de la República, pues señaló que los ciudadanos pueden presentar directamente proyectos de reforma constitucional ante el Congreso de la República, mediante propuestas de reforma constitucional o proyectos para ser so-

³ NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, págs. 276 y 296.

⁴ Sobre el trámite del proyecto de ley en el Congreso véase la obra *La Democracia en Colombia* de JAIME BUENAHORA FERRÉS-CORDERO, 2ª ed., Tercer Mundo Editores, 1997.

⁵ Diario Oficial No. 44.016 de mayo 25 de 2000.

⁶ Declarado exequible parcialmente en Sentencia SU-1122 de 2001, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, actores: Angélica Lozano, Armando Novoa y Antonio Navarro Wolf.

metidos a referendo, como en idéntica forma se autorizó para el gobierno (C.P., arts. 155, 375 y 378)".

Examinemos, en primer lugar, las disposiciones contenidas en la Ley 134 y, en segundo lugar, las del Decreto Reglamentario 895, el cual fue objeto de control jurisdiccional ante el Consejo de Estado⁷, que oportunamente citaremos.

1. INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA Y NORMATIVA ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS. DEFINICIÓN.

"La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamente, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente" (art. 2º)⁸.

Debemos aclarar que desarrollaremos el presente capítulo en atención a la iniciativa popular legislativa, es decir, cuando se trata de proyectos de actos legislativos o proyectos de ley, reformatorios de la Constitución Política, por cuanto, los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 28, 29, 30, 31, 32 inciso 3 y 38 y conc. de la Ley 134 regulan en general las iniciativas populares legislativas y normativas. Sin embargo, el artículo 32, inciso 1 textualmente solo se refiere a la iniciativa popular de *proyecto de ley*, no obstante que el Título IV, al cual pertenece, trata *De los referendos*. Se hace esta advertencia con el objeto de establecer que el artículo 32 debe interpretarse sistemática, integradora y dialécticamente con las demás disposiciones legales an-

⁷ Sección Primera, Sentencia de junio 21 de 2001, Consejera Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, Actor: Partido Liberal Colombiano, Exp. No. 6378.

⁸ Se destaca lo resaltado debatidos y modificados por su medular importancia.

tes mencionadas en relación directa con los artículos 3º, 40 numeral 5, 103, 155, 375, 377 y 378 de la Constitución Política, con el objeto de demostrar que el *referendo aprobatorio de iniciativa popular* no sólo se refiere a proyectos de ley, sino que también comprende los proyectos de actos legislativos, reformativos de la Constitución, es decir, que uno y otro tienen fundamento jurídico en la Constitución y la Ley Estatutaria 134, como se explicó en el comienzo del presente capítulo. En otras palabras, el artículo 32 no solo se ocupó de los referendos legislativos sino también de los referendos constitucionales; por lo tanto, en estricta técnica legislativa el artículo 33 de la Ley 134 acerca del referendo constitucional es innecesario y, además, por ser fiel transcripción del artículo 378 de la Constitución, no tiene sentido su descenso en el título IV que reguló, como se dijo, “los” referendos sin distinción alguna.

Interpretando el alcance jurídico del artículo 32 la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente: “Por su parte, el referendo aprobatorio se deriva del principio de soberanía popular y de la cláusula general de la Constitución que permite al legislador *regular formas de participación diferentes* a las que la misma Carta Política contempla; su **objetivo** es darle eficacia a la iniciativa popular, que de no contar con este instrumento, se podría convertir en un esfuerzo improductivo y frustrante, lo cual desestimularía la presentación de iniciativas populares”⁹.

La jurisprudencia constitucional articula el referendo con la iniciativa popular, a fin de darle eficacia a ésta, surgiendo una forma articulada de participación denominada **referendo aprobatorio de iniciativa popular**, con fundamento en el artículo 32, en concordancia con los citados artículos de la Ley Estatutaria 134, declarado éste exequible y, como tal, estaría amparado por la cosa juzgada constitucional, a pesar del superficial estudio de la Corte.

La Sentencia C-180 de 1994 de la Corte Constitucional señala las hipótesis de iniciativa popular:

⁹ Sentencia C-180 de 1994.

1. "En primer lugar, un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva, pueden presentar ante el Congreso proyectos de ley o de reforma constitucional (C.P., artículos 154 y 155) (...)".

2. "Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional un número igual o superior al 30% de los Concejales o Diputados del país. Así mismo, el 30% de los Concejales y el 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral vigente, podrán presentar (...), proyectos de acto legislativo (C.P., artículo 375 en concordancia con el 155)".

3. "Igualmente, un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley (C.P., artículo 170)".

4. "Así mismo, el número de ciudadanos que determine la ley, podrá solicitar la creación de una provincia (C.P., artículo 321)".

El legislador estatutario distingue el objeto de la iniciativa teniendo en cuenta si es legislativa (proyectos de acto legislativo y de ley) o normativa (proyectos de ordenanzas, acuerdos, resoluciones), o sea, actos administrativos. De esta última modalidad no me ocuparé. Aclárese que es viable promover reformas constitucionales por medio de proyectos de actos legislativos (art. 375) o de ley (art. 378), según el *tema* que se pretenda reformar, tal como lo hemos explicado en el primer capítulo y lo ampliaremos en el cuarto.

Obsérvese que el Congreso está facultado para *debatir* el texto del proyecto de iniciativa popular, introduciéndole *modificaciones*¹⁰, tanto formales como sustanciales, toda vez que el legislador estatutario no distinguió el tipo de estas modificaciones. "Si el Congreso puede modificar el proyecto presentado por el pueblo, con mayor razón puede modificar el presentado por el Gobierno"¹¹. El fundamento de esta tesis

¹⁰ Según la definición de iniciativa popular (art. 2 ley 134).

¹¹ JAIME ARAÚJO RENTERÍA, *El referendo en Colombia*, Santafé de Bogotá, Ecos Ediciones, 2000, pág. 44.

jurídica se encuentra en los arts. 154 y 378 de la Constitución. En efecto, el artículo 154 inciso 3, preceptúa: “las cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno”. Como se observa la norma es clara y como quiera que el referendo se incorpora a un proyecto de ley, este sería modificable.

Recientemente el gobierno de Álvaro Uribe Vélez presentó a consideración del Congreso un proyecto de ley contentivo de una reforma constitucional; en trámite para el primer debate el gobierno introdujo nuevos artículos, lo que llevó a los congresistas a proponer otras disposiciones; unas y otras implicaban modificaciones sustanciales al proyecto inicial. Al respecto, la Corte, expresó: “En la ley de referendo, la iniciativa gubernamental para presentar temas nuevos se agota entonces con la presentación del proyecto, pues en ese momento quedan fijados los límites y el marco temático del referendo (...) no se pueden introducir nuevos temas ni por el Gobierno ni por el Congreso”¹².

Estudiemos en primer lugar, la definición de referendo y su clasificación, a fin de relacionarlo con la iniciativa popular, en lo que se denomina *referendo aprobatorio de iniciativa popular* y, en segundo lugar, volveremos a la iniciativa popular para continuar con su inscripción y su trámite ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.

2. REFERENDO

“Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un **proyecto de norma jurídica**¹³ o derogue o no una norma ya vigente.

“*Parágrafo.*—El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local” (art. 3°).

Nos ocuparemos del análisis del referendo a nivel nacional.

¹² Sentencia C-551 de julio 9 de 2003 (Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003).

¹³ La Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1994 declaró la exequibilidad de los arts. 1°, 2° y 3°, entendiendo por *norma jurídica* tanto los actos legislativos, como las leyes, ordenanzas, acuerdos y resoluciones locales.

De la definición de referendo se infiere la clasificación del referendo en derogatorio y aprobatorio.

a) *Referendo derogatorio*. "Un referendo derogatorio es el sometimiento de un acto legislativo, de una ley (...), en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo *deroga* o no" (art. 4°).

El fundamento constitucional de esta modalidad de referendo lo hallamos en los artículos 377 y 170 de la Carta¹⁴. El primero con la denominación de *referendo constitucional derogatorio* y el segundo como *referendo legislativo derogatorio*. De la lectura de estas disposiciones se infiere que el referendo se promueve mediante iniciativa popular. En el primer caso, se exige el 5% y en el segundo, la décima parte de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, es decir, que para derogar un acto legislativo reformativo de la Constitución se requieren menos firmas que para derogar una ley, lo cual parecería un contra sentido cuantitativo. Sin embargo, existe una explicación para la primera hipótesis: si la reforma ha versado acerca de alguno o algunos de los cuatro temas contemplados en el artículo 377 (derechos fundamentales, sus garantías, mecanismos de participación popular o el Congreso), los ciudadanos (el pueblo) tienen el legítimo derecho *constitucional fundamental* de manifestarse por medio de un referendo derogatorio de iniciativa popular

¹⁴ "Artículo 377.- Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral". (Referendo constitucional derogatorio).

"Art. 170.- Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley.

"La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurren al acto de consulta, siempre y cuando participe en esta una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral.

"No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la ley de presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias". (Referendo legislativo derogatorio).

en contra de la reforma constitucional que ha sido regresiva, por ejemplo: se restringe el catálogo derechos fundamentales, o se elimina alguno de los mecanismos democráticos, o se limitan los alcances jurídicos de la acción de tutela (por ejemplo, que la acción no proceda contra sentencias o que sea improcedente para amparar algunos derechos sociales; para lograr la derogatoria la participación popular debe facilitarse y no obstaculizarse con un número altísimo de firmas ciudadanas por recoger.

b) *Referendo aprobatorio*. "Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un *proyecto* de acto legislativo, de una ley (...) *de iniciativa popular* que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que este decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente" (art. 5º). Entiéndase por corporación el Congreso.

Obsérvese que esta norma consagra el referendo aprobatorio de iniciativa popular, tanto de proyectos de acto legislativo como de *proyectos* de ley.

En tratándose de reformas constitucionales, los artículos 40, num. 5, 155 y 375 de la Constitución, en concordancia con el art. 5º de la Ley 134 contienen las bases del referendo aprobatorio de *proyectos* de actos legislativos (así, el art. 32 de ésta ley solo se refiera a *proyectos* de ley) y el artículo 378 los fundamentos del referendo aprobatorio de proyectos de ley; en la primera hipótesis, si el 5% de los ciudadanos no logra la aprobación del proyecto de acto legislativo por el Congreso, el pueblo promueve el referendo con el objeto de aprobarlo en las urnas; lo mismo sucede en la segunda hipótesis, cuando el proyecto de ley tampoco es adoptado en el Congreso (art. 378 Const. y art. 32 ley 134). En las dos hipótesis el comité de promotores recoge un 5% adicional de firmas (completando el 10%), a fin de abrir el camino a las urnas y tomar la decisión popular. En otras palabras, el referendo constitucional es la salida político-jurídica, cuando el Congreso no aprueba el *proyecto* de acto legislativo o proyecto de ley de iniciativa popular. Las disposiciones citadas de la Constitución y los artículos 2º, 5º y 32 de la Ley 134 articulan el referendo aprobatorio de iniciativa popular, a fin de evitar que el Congreso frustre la voluntad popular. De lo con-

trario bastaría que el Congreso no aprobara el proyecto que contiene la reforma constitucional para que no hubiese referendo. Según Lijphart: "En sí mismo el referendun es un paso modesto hacia la democracia directa, pero, combinado con la iniciativa, se convierte en un paso gigantesco"¹⁵.

El artículo 307 de la Carta consagra otra modalidad de referendo aprobatorio, el cual se prevé como mecanismo para convertir una región en entidad territorial.

Aunque la Ley 134 no contempla otras clasificaciones, de nuestro repertorio incluimos además las siguientes:

c) *Referendo constitucional*. Es la participación de la ciudadanía en la aprobación de un proyecto de Constitución Política o de un proyecto de reforma constitucional, por medio del sufragio; por ejemplo, la Constitución de España fue aprobada por el pueblo en las urnas, el 6 de diciembre de 1978; en Chile el pueblo aprobó la Constitución el 11 de septiembre de 1980 y posteriormente adoptó la reforma constitucional de 30 de julio de 1989.

En efecto, en la Constitución de 1991 se consagraron dos clases de referendo constitucional, a saber: el *referendo constitucional derogatorio de un acto legislativo* (art. 377) y el *referendo constitucional aprobatorio de un proyecto de ley* (art. 377). De cada uno de ellos nos ocuparemos más adelante.

d) *Referendo legislativo*. Es la participación de la ciudadanía en la aprobación de un proyecto de ley o en la derogación de una ley ya vigente, por medio del sufragio; por ejemplo, en Uruguay, el 16 de abril de 1989, el pueblo ratificó la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, referida a delitos cometidos por los militares durante la dictadura.

En nuestro ordenamiento jurídico dos clases de referendo legislativo están establecidos. Veamos: el *referendo legislativo derogatorio*

¹⁵ Citado por HERNANDO YEPES ARCELA, *Sólo la Constitución puede reglar la modificación de sus propias normas*, Bogotá, *Ámbito Jurídico*, Jurispráctica, número 3, octubre de 2002.

de una ley ya vigente (art. 170 Const.) y el *referendo legislativo aprobatorio* de un proyecto de ley (art. 5º, Ley 134).

Con fundamento en las anteriores definiciones continuaremos con el tema planteado inicialmente, a fin de desarrollar el procedimiento a seguir para impulsar la iniciativa popular, la cual se articula con el referendo, dividido en dos partes, a saber: la primera relacionada con la *inscripción* de la iniciativa popular y la segunda con el *trámite* de la iniciativa popular.

3. LA INSCRIPCIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR

El procedimiento comprende las formalidades y los requisitos que el vocero del comité de promotores debe cumplir para inscribir la iniciativa¹⁶.

a) *Los promotores y voceros*. "Para ser promotor de una iniciativa legislativa y normativa, o de una solicitud de referendo, se requiere ser ciudadano en ejercicio y contar con el respaldo del cinco por mil¹⁷ de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral; cumpliendo con este requisito, podrán también ser promotores una organización cívica, sindical, gremial, indígena o comunal del orden nacional, departamental, municipal o local, según el caso, o un partido o movimiento político, que debe cumplir con el requisito de la personería jurídica en todos los casos.

"Además del cumplimiento de los requisitos exigidos en el inciso 1, en el caso de las organizaciones, partidos o movimientos políticos,

¹⁶ "Inscripción. De conformidad con el artículo 12 de la Ley 134 de 1994, se entiende por inscripción el acto mediante el cual el vocero del comité de promotores entrega formalmente a la Registraduría del Estado Civil correspondiente los formularios en los cuales consta que a lo menos el 5 por 1.000 de los ciudadanos que integran el censo electoral de la circunscripción respectiva apoya la constitución de un comité de promotores de un proyecto articulado. La inscripción de la iniciativa ciudadana puede corresponder a una iniciativa legislativa y normativa o a la solicitud de un referendo conforme a lo previsto en la Ley 134 de 1994". (Línea a) del art. 2º del Decreto 895 de 2000).

¹⁷ El censo electoral vigente es de 25.175.428 ciudadanos aptos para sufragar. El cinco por mil corresponde a 125.877 ciudadanos y el 5% a 1.258.771 ciudadanos, según información suministrada por la Dirección de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil a solicitud de Viviana Stella Ortega Barrera.

la iniciativa legislativa y normativa y la solicitud de referendo deberá ser aprobada en asamblea, congreso o convención, por la mayoría de los asistentes con derecho a voto, y será la misma asamblea la que los elija.

"Deberán constituirse en comité e inscribirse como tales ante la Registraduría del Estado Civil de la correspondiente circunscripción electoral. Este comité estará integrado por nueve ciudadanos, y elegirá el vocero, quien lo presidirá y representará. Si el promotor es la misma organización, partido o movimiento, el comité podrá estar integrado por sus directivas o por las personas que estas designen para el efecto.

"En el caso de que la iniciativa legislativa sea presentada por un grupo de concejales o de diputados, el comité será integrado por cinco de ellos, en uno y otro caso, quienes elegirán a su vocero. Por el solo hecho de ser concejal o diputado se podrá ser promotor" (art. 10).

De conformidad con esta disposición pueden ser promotores de iniciativa populares:

- 1) Los ciudadanos (arts. 155, 170, 375, 377 y 378, Const.);
- 2) Las organizaciones con personería jurídica;
- 3) Los partidos o movimientos políticos con personería jurídica;
- 4) Los Concejales o Diputados (arts. 155 y 375, Const.).

Adviértase que la formalidad de los promotores se exige tanto para las iniciativas populares como también para impulsar referendos. En una u otra hipótesis los requisitos y formalidades que estudiaremos son comunes a estos mecanismos participativos, con las diferencias previstas en la Ley 134.

Es importante destacar que para darle seriedad y viabilidad a la formulación de la iniciativa, la normatividad exige que los interesados deben contar con el respaldo del cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral y, además, constituirse en comité, eligiendo a su vez al vocero que llevará la representación ante la Registraduría y el Congreso. El art. 10 trata de la elección del vocero

por el comité de promotores. Esta elección debe acreditarse ante la Registraduría, por ejemplo, con un acta en que se narre la constitución del comité, su integración y la elección del vocero.

Los miembros del comité de promotores y su vocero deben inscribirse en la Registraduría, para lo cual el Registrador Nacional del Estado Civil expide una resolución por la cual se inscribe el Comité de Promotores, el vocero y la iniciativa ciudadana de referendo constitucional, como ejemplos, la Resolución No. 2119 de mayo 15 de 2000, mediante la cual se inscribió el *"referendo contra la corrupción"*, siendo vocero MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA¹⁸; la Resolución No. 2378 de junio 18 de 2002, de inscripción del *"referendo político y social"*, con LUIS EDUARDO GARZÓN como vocero.

El precitado artículo 2º, literal a) del Decreto 895 establece que "la inscripción de la iniciativa ciudadana puede corresponder a una iniciativa legislativa y normativa o a la solicitud de un referendo".

El artículo 3º del precitado decreto se refiere a dos tipos de formularios diferentes: el formulario para la inscripción (art. 11, Ley 134) y el formulario para el trámite (art. 16, Ley 134).

En la tramitación de los dos formularios la Corte Constitucional, en Sentencia SU-1122 de 2001, distingue dos etapas, a saber: "en la primera, se apoya fundamentalmente un promotor y unos lineamientos generales, en la segunda, un texto concreto. Ello implica que en cada etapa el ciudadano brinda su apoyo para propósitos distintos"¹⁹; aspectos que ampliaremos a continuación.

b) *El formulario para la inscripción de la iniciativa popular.* La Registraduría Nacional del Estado Civil tiene el deber de elaborar el

¹⁸ Esta resolución fue demandada y la sección primera del Consejo de Estado, en auto de junio 27 de 2000, M.P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, rechazó la demanda por considerar que "El acto acusado no es un acto político de índole administrativa, puesto que la función estatal en la cual se inscribe es la legislativa, en primer orden, y constituyente en último término (...) el acto demandado, no es por modo alguno un acto administrativo (...)". Actor: Nohora Elizabeth Parra Gómez, Exp. 6332. En similar sentido auto de julio 12 de 2000, M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Exp. 6312.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1122.

formulario para realizar la inscripción, en el cual aparecerá el número de firmas que deben recoger los promotores para presentar e inscribir la iniciativa o la solicitud de referendo. "En tales formularios los ciudadanos interesados recolectarán el respaldo del 5 por 1.000 del censo electoral correspondiente exigido para constituirse en comité promotor" (art. 3º, lit. a), Dec. 895).

Esta sería la primera etapa, según la Sentencia SU-1122 de 2001 de la Corte Constitucional; en esta etapa se "consagra una regulación exigua que únicamente se explica por el hecho de que mediante ella se institucionaliza un mecanismo para legitimar incipientes proyectos de convocatoria a referendo, operando a la manera de una suerte de plebiscito de los promotores. La ausencia de un término o plazo para presentar los apoyos implica que el Estado reconoce que es necesario generar un consenso previo a la promoción de una actividad de participación ciudadana. Con ello, se busca garantizar la seriedad del proceso y del proyecto, así como asegurar un respaldo ciudadano que haga razonable que un Estado pobre en recursos asuma la tarea de organizar, aún de manera incipiente, un proceso democrático participativo.

"Por otra parte, la ausencia de un término en la primera fase, tiene como consecuencia que la búsqueda de apoyo a los promotores puede demandar un tiempo considerable, (...), quienes promueven la iniciativa son, por así decirlo, 'dueños' del proyecto y el destino del mismo está atado directamente a su capacidad de convencimiento".

Finalmente, cualquier ciudadano tiene el derecho de solicitar y obtener gratuitamente el formulario²⁰.

1) *Requisitos para la inscripción de iniciativas populares.* "Al momento de la inscripción de una iniciativa (...), el vocero del comité de promotores deberá presentar el formulario que le entregó la Registraduría

²⁰ El alumno de la Universidad Libre Diego Alejandro Sandoval Garrido promovió una acción de cumplimiento contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, por cuanto incumplió el deber de entregar los formularios (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sentencia de enero 31 de 2002, M.P.: WILLIAM GIRALDO GIRALDO, Exp. ACU 2001-542).

del Estado Civil correspondiente, diligenciado con la siguiente información:

"a) El nombre completo y el número del documento de identificación de los miembros del comité de promotores y de su vocero, previamente inscritos ante la registraduría correspondiente;

"b) La exposición de motivos de la iniciativa legislativa y normativa o de la solicitud de referendo que promueven y el resumen del contenido de la misma;

"c) En el caso de la iniciativa popular legislativa y normativa ante una corporación pública, o de la solicitud de un referendo aprobatorio, el título que describa la esencia de su contenido, y el proyecto de artículo;

"(...)

"e) El nombre de las organizaciones que respaldan la iniciativa legislativa y normativa o la solicitud del referendo con la prueba de su existencia y la copia del acta de la asamblea, congreso o convención en que fue adoptada la decisión, o, en su defecto, la lista con el nombre, la firma y el número del documento de identificación de las personas que respaldan estos procesos;

"f) En el caso de solicitud de referendo derogatorio, el texto de la norma que se pretende derogar, el número que la identifica y la fecha de su expedición, y

"g) Cuando la iniciativa legislativa sea promovida por concejales o diputados, el municipio o departamento respectivo" (art. 12).

"(...) Los requisitos que el artículo 12 exige para el diligenciamiento del formulario de inscripción son razonables pues guardan relación con la naturaleza misma de las instituciones y proponen su buen funcionamiento"²¹.

²¹ Sentencia C-180 de 1994.

El vocero debe presentar el texto del proyecto de articulado con una exposición de motivos (se redacta en forma de proyecto de acto legislativo o de ley), con el objeto de determinar con precisión cuál es el contenido de la propuesta, cumpliendo además con las formalidades anteriormente enumeradas, aclarando que si se trata de una iniciativa popular de reforma constitucional (proyectos de acto legislativos o de ley), es obvio que las materias pueden ser diversas. Se observa además que los requisitos para impulsar una iniciativa popular son aplicables a los referendos, sea aprobatorio o derogatorio, como se advirtió con anterioridad; aspecto que ampliaremos más adelante cuando estudiemos el contenido y alcances jurídicos del art. 32 de la Ley 134.

Es importante resaltar que en una iniciativa popular una vez inscrita no se puede modificar su texto²². La razón radica en que los ciudadanos al firmar la propuesta lo hacen en relación con un texto normativo que se le ha presentado; por lo tanto, el comité de promotores no está facultado para modificarlo, contrariando la voluntad ciudadana que lo apoya democráticamente.

2) *Registro de iniciativas populares*. “El registrador (...) asignará un número consecutivo de identificación a las iniciativas (...) con el cual indicará el orden en que estos han sido inscritos y la fecha de su inscripción. Así mismo, llevará un registro de todas las iniciativas (...) inscritas, e informará inmediatamente del hecho a la corporación correspondiente (...) e informará trimestralmente a la ciudadanía, por un medio idóneo de comunicación escrito, sobre los procesos de recolección de firmas en curso” (art. 14).

“Se entiende por registro la asignación de un número consecutivo de identificación, por parte del registrador correspondiente, a las iniciativas legislativas y normativas así como a las solicitudes de referendo con el cual se indica el orden en que estos han sido inscritos y la fecha de inscripción” (art. 2º, lit. b), Dec. 895).

²² MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Comparación de los referendos*, El Espectador, mayo 5 de 2000, pág. 10-A.

Es importante el registro de la iniciativa por cuanto la asignación del número que le corresponde permitirá no solo su identificación, sino también el orden cronológico que le corresponderá, en el evento de que posteriormente se inscriban otras iniciativas similares o semejantes; por ejemplo, la Registraduría le asignó el número 001 a la iniciativa del "*referendo constitucional convocando al pueblo soberano de Colombia*", con su vocero, el senador JIMMY CHAMORRO CRUZ, la iniciativa "*referendo contra la corrupción*", se distinguió con el número de radicación 002, siendo vocero MANUEL JOSÉ CEPEDA y el "*referendo político y social*", con LUIS EDUARDO GARZÓN como vocero y con el número 003.

Esta es la primera parte del trámite de la inscripción de la iniciativa. Efectuada la inscripción de la iniciativa, el Registrador dispondrá de un término de quince (15) días para la elaboración y entrega de un segundo formulario (varios ejemplares) con el cual comienza el trámite de la segunda parte, o sea, la relacionada con la recolección de las firmas que apoyan el proyecto de articulado.

Efectuada la inscripción del comité de promotores comienza la campaña para impulsar la iniciativa popular o la solicitud de referendo²³.

c) *El formulario para el trámite de la iniciativa popular.* "El documento sobre el cual firmarán los ciudadanos que apoyan la iniciativa (...), deberá ser un formulario diferente a aquél con el cual se efectuó la inscripción en la Registraduría (...) y contendrá cuando menos la siguiente información:

"a) El número que la Registraduría del Estado Civil le asignó a la iniciativa legislativa (...);

"b) La información requerida en el formulario presentado para la inscripción (...), de conformidad con los artículos 11 y 12 de la presente ley, y

²³ "Se entiende por campaña el período comprendido entre el momento de la inscripción del comité de promotores ante la Registraduría del Estado Civil correspondiente, hasta las doce (12) de la noche del día anterior al señalado para la votación" (artículo 2º, Resolución 03089 de mayo 3 de 2000, expedida por el Consejo Nacional Electoral).

"c) El resumen del contenido de la propuesta y la invitación a los eventuales firmantes a leerlo antes de apoyarlo.

"El texto de la iniciativa (...) y su resumen, no podrá contener alusiones personales ni hacer publicidad personal o comercial.

"En el caso de las firmas que se recolecten por correo, según lo previsto en el artículo 19 de esta ley, el documento en que se firme deberá contener la información exigida en el presente artículo.

"Los promotores deberán anexar además el texto completo del articulado correspondiente y las razones que lo hacen conveniente para que el ciudadano que desee conocer el proyecto completo tenga la posibilidad de hacerlo. Si se trata de una solicitud de *referendo derogatorio*, se anexará el texto de la norma en cuestión" (art. 16) (lo resaltado es nuestro).

El art. 16 anteriormente transcrito forma parte del capítulo 2, del título II de la Ley 134 que "regula lo relativo al trámite de las solicitudes de referendo y de trámite de iniciativa legislativa, inscritas. Contrario a lo que ocurre con el proceso de inscripción, en esta etapa se exigen varios elementos que la tornan completamente distinta, orgánica y finalísticamente.

"(...)

"De la lectura sistemática de esta regulación se desprende que una vez inscrita la solicitud de convocatoria a referendo el proceso deja de ser plebiscitario, en la medida en que se somete a consideración de la población un texto cuyo contenido debe ser visible y cuyos motivos para proponerse deben ser explícitos (art. 16)"²⁴.

"La Registraduría diseñará un formulario específico que se ajuste a la naturaleza de la iniciativa o solicitud de referendo para que los promotores procedan a recolectar el porcentaje de apoyos requerido, que

²⁴ Sentencia SU-1122 de 2001.

será equivalente al 5% o al 10% del censo electoral según el caso" (art. 3°, lit. b), Decreto 895).

El segundo formulario debe reunir los requisitos enumerados con esteroidad para garantizar que los ciudadanos que apoyen con sus firmas la propuesta se enteren con claridad de su contenido, para lo cual contarán con el derecho a conocer el texto del proyecto. Además, en el formulario deben figurar los siguientes requisitos: "el ciudadano deberá escribir en el formulario, de su puño y letra, la fecha en que firma, su nombre, el número de su documento de identificación, el lugar y la dirección de su residencia, todo esto en forma completa y legible, y su firma. Si la persona no supiere escribir imprimirá su huella dactilar a continuación del que firme a su ruego". Esta formalidad es de trascendental importancia, por cuanto los peritos grafólogos de la Registraduría, al cotejar la firma del ciudadano (que apoya la iniciativa) con la firma que aparece inscrita (cuando solicitó y se le expidió la cédula de ciudadanía) deben coincidir; todo con el fin de evitar las falsificaciones o suplantaciones. De la claridad y transparencia como se llenen los formularios depende que se certifique la autenticidad de las firmas.

Los promotores contarán con un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de la entrega de los formularios, para la recolección de las firmas de los ciudadanos inscritos en el censo electoral que apoyan la iniciativa. Dentro del citado término legal los promotores deberán entregar al Registrador los formularios debidamente diligenciados; de lo contrario la iniciativa se archivará, a excepción de que "si el número mínimo de firmas requerido no se ha cumplido y aún no ha vencido el plazo para la recolección de firmas podrá continuarse con el plazo por el período que falte y un mes más". O sea que el plazo puede ser de (7) meses para la recolección de firmas. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de junio 21 de 2001, precisó lo siguiente: "(...) el plazo del que dispone para recolectar las firmas adicionales se contabilizará a partir de la expedición de la decisión del Registrador. Dicho en otras palabras, entre tanto el asunto se encuentre a consideración del respectivo Registrador, no corre el plazo por el periodo que falte y un mes más a que se refiere el inciso 2 del artículo 22 de la Ley 134 de

1994"²⁵. Es decir, que habría suspensión de términos, lo que facilitaría la participación democrática.

En la Registraduría Nacional del Estado Civil, el vocero suscribirá un acta de entrega de los formularios para la inscripción de apoyos ciudadanos, con el objeto de establecer la fecha a partir de la cual se contabiliza el plazo de seis (6) meses para la recolección de firmas. "Se trata de establecer para los promotores un plazo razonable, pues las autoridades públicas, es decir, la organización electoral y el Congreso de la República, a partir de este momento sabrán si realmente existe interés en modificar el texto de la Constitución Política"²⁶.

Como se advirtió anteriormente, de la lectura de la Ley 134 la Corte, en la citada Sentencia T-1122 de 2001, distingue dos etapas en relación con la *inscripción* y el trámite de la iniciativa popular, como si se tratara de dos procesos heterogéneos, lo cual se descarta diáfananamente con los salvamentos de voto a esta sentencia, en los siguientes términos:

"Teniendo como presupuesto que el ciudadano que firma en la etapa de recolección de apoyos para la inscripción de promotores y solicitud de referendo ha tenido la oportunidad de conocer el texto de la misma, es razonable afirmar, dentro de los principios de interpretación y desarrollo de la democracia participativa, que quien desea que una determinada persona sea promotor de una propuesta no solo apoya la idoneidad del sujeto para desempeñarse en tal calidad, sino que también apoya la propuesta la cual ésta promueve".

Finalmente, no compartimos la enfática conclusión de la Corte de que el artículo 32 de la Ley 134 se refiere a referendos aprobatorios de proyectos de ley de iniciativa popular, pero no a reformas constitucionales, por la sencilla razón de que el artículo 32 se relaciona con la solicitud de un número de ciudadanos no menor al diez por ciento de convocatoria a un referendo para la aprobación de un proyecto de ley, sin hacer distinciones de ninguna clase, lo que significa, al tenor del ar-

²⁵ Consejo de Estado, Sentencia 21 de junio de 2001.

²⁶ Sentencia SU-1122 de 2001.

tículo 5° de la Ley 134 en concordancia con el artículo 155 de la Constitución, que el proyecto de ley podrá contener una reforma constitucional. La tesis jurídica contraria desdibuja la *democracia participativa* con fundamento en la soberanía del pueblo, según el artículo 3° de la Carta; aspecto que ampliaremos en el capítulo IV en nuestro concepto.

1) *Verificación de la Registraduría*. "El Registrador Nacional del Estado Civil señalará el procedimiento que deba seguirse para la autenticidad de los respaldos y podrá adoptar técnicas de muestreo científicamente sustentadas, previa aprobación de las mismas por el Consejo Nacional Electoral" (art. 23).

En cumplimiento de la anterior disposición el Registrador Nacional del Estado Civil, expidió la Resolución No. 5641 de octubre 30 de 1996, "por la cual se reglamenta el procedimiento para la verificación de las firmas que respaldan o apoyan los distintos mecanismos de participación ciudadana". En esta Resolución se señala el *procedimiento para la revisión* (art. 4°); el artículo 5° trata de la *verificación grafológica*; el artículo 6° se relaciona con la *verificación de los datos sobre inscritos y votantes*²⁷. Así como también se establece la *técnica de muestreo y el procedimiento* para aplicarla (art. 7°), la cual fue aprobada por el Consejo Nacional Electoral el 25 de junio de 1996 (Acta No. 27).

2) *Anulación de respaldos ciudadanos*. El artículo 19 de la Ley 134 que estamos comentando establece que la Registraduría podrá anular los respaldos suscritos en documentos que no cumplan los requisitos señalados anteriormente en el artículo 16, como también cuando se presente alguno de los siguientes casos:

- a) Fecha, nombre o número de la cédula de ciudadanía ilegibles o no identificables.
- b) Firma con datos incompletos, falsos o erróneos.

²⁷ *Artículo 6°*. "Para determinar si los ciudadanos que respaldan o apoyan los distintos mecanismos de participación se encuentran inscritos en el respectivo censo electoral, o son votantes (en el caso de las revocatorias del mandato), los funcionarios electorales deben consultar los archivos físicos tales como listas de sufragantes (E-10), y registros de votantes (E-11). Los archivos alfabéticos o de identificación deben ser igualmente confrontados para constatar la correspondencia entre los nombres y los números de cédula de ciudadanía".

- c) Firmas de la misma mano.
- d) Firma no manuscrita.
- e) No inscrito en el censo electoral correspondiente.

"Este artículo contempla dos causales de nulidad diversas, que es necesario distinguir, una para todas las firmas y otra para firmas individuales; la primera se presenta cuando el formulario no reúne los requisitos exigidos por la ley (...), caso en el cual se deben anular todas las firmas de ese formulario y la segunda, cuando estando el formulario bien, sin embargo, una de las firmas ha sido recogida sin los requisitos legales"²⁸.

El Decreto 895, en el artículo 8º reguló lo atinente a *firmas repetidas*. En estos casos "se tendrá por válida la que tenga la fecha más reciente. Cuando una misma persona haya respaldado dos veces la misma iniciativa, sólo valdrá el último respaldo". A su vez, el artículo 9º trata de la anulación de firmas, según el cual "*serán anulados por la Registraduría (...) los respaldos y apoyos que no cumplan los requisitos establecidos en el último inciso del artículo 19 (...)*". Tales requisitos son de interpretación restrictiva. El que la fecha corresponda a una misma mano no anulará la firma si los demás datos son auténticos.

"La Registraduría correspondiente certificará por escrito el porcentaje de respaldos anulados, indicando de manera separada a cuál de las causales previstas en la ley se deben las anulaciones".

Consideramos que se trata de un acto administrativo (la certificación)²⁹, contra el cual el comité de promotores, por intermedio del vocero, podrá interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con suspensión provisional (artículos 85 y 152 del C.C.A.), ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo y se ordene tener en cuenta los apoyos anulados por el Registrador.

²⁸ ARAÚJO RENTERÍA, op. cit., págs. 63 y 64.

²⁹ Contiene una declaración unilateral de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.

4. CERTIFICACION DE LA REGISTRADURÍA

"En el término de un mes, contado a partir de la fecha de la entrega de los formularios por los promotores y hechas las verificaciones de ley, el respectivo registrador del estado civil certificará el número total de respaldos consignados, el número de respaldos válidos y nulos y, finalmente si se ha cumplido o no con los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la iniciativa (...)" (art. 24). "La organización electoral certificará, para todos los efectos legales, el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana" (art. 27).

El artículo 2º, literal c) del Decreto 895, preceptúa que: "se entiende por certificación el acto mediante el cual el Registrador del Estado Civil declara que se han cumplido los requisitos exigidos en cada una de las etapas de realización de los mecanismos de participación ciudadana desde la inscripción de iniciativas (sic) solicitudes de referendo hasta la presentación de la iniciativa legislativa y normativa ante la corporación pública correspondiente o de la solicitud de referendo ante el Registrador del Estado Civil correspondiente".

El certificado del registrador constituye la prueba del cumplimiento de los requisitos relacionados con el apoyo ciudadano (firmas), lo cual identifica la iniciativa popular como mecanismo de participación ciudadana, así como también acredita el cumplimiento de la formalidad constitucional; por ejemplo, del cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral (art. 155 en conc. arts. 375 y 378).

Cuando la iniciativa es promovida por los concejales o los diputados, el Registrador Nacional del Estado Civil certifica si está suscrita por el 30% de los mismos.

5. ACCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CONTRA EL CERTIFICADO

"Una vez que la Registraduría correspondiente haya expedido el certificado a que se refiere el artículo anterior (se trata del artículo 24, Ley 134), conservará los formularios por veinte (20) días. Durante ese término, los promotores podrán interponer ante la jurisdicción contencio-

so-administrativa las acciones a que haya lugar cuando, por la anulación de firmas, no se hubiere obtenido el apoyo requerido.

"Cuando se haya interpuesto alguna acción contra la decisión de la registraduría, los formularios deberán conservarse mientras esta se resuelve" (art. 25).

Por medio del certificado la Registraduría declara que no se cumplió con el requisito del 5% de apoyo ciudadano, lo cual configura la existencia de un acto administrativo de carácter particular y concreto contra el cual procedería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el art. 85 del C.C.A. (con solicitud de suspensión provisional), por medio de la cual los promotores presentarán la respectiva demanda, dentro de los veinte (20) días siguientes a la expedición del certificado, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare la nulidad del certificado y se ordene tener en cuenta las firmas anuladas, a título de restablecimiento del derecho, según fuere el caso. Obsérvese que la ley le dio legitimación a los promotores únicamente, es decir, que en principio otra persona no tendría legitimación para demandar la nulidad del certificado cuando se acredite el cumplimiento del 5% de apoyo ciudadano. Además, el término de caducidad de la acción contencioso-administrativa es especial: 20 días, contados a partir de la notificación personal del acto administrativo.

Obsérvese que el legislador le asignó la calidad jurídica de *acto administrativo* a la certificación al establecer acción contencioso-administrativa en su contra, precisamente porque contiene una declaración unilateral de la voluntad de la administración que produce efectos jurídicos; declaración que se realiza en el ejercicio de *función administrativa*. Concluida esta etapa con la presentación del proyecto de reforma constitucional (de acto legislativo o de ley) ante el Congreso continúa el procedimiento; órgano que actuará en ejercicio de función preconstituyente (por tratarse de proyectar una reforma constitucional) y no de función legislativa; el pueblo como constituyente primario refrendará dicho proyecto, produciéndose el acto constituyente (acto definitivo), previo control de constitucionalidad de la Corte sobre el proyecto de convocatoria a referendo.

6. LOS PLAZOS Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

El Decreto 895, en el artículo 7°, se refirió a los plazos establecidos en la ley estatutaria y a los que deba fijar la organización electoral, en los siguientes términos: "A los plazos establecidos en la Ley 134 de 1994, se aplicarán los criterios generales de interpretación. Por lo tanto, los plazos en días se contarán teniendo en cuenta los hábiles y los plazos en meses o semanas serán calendarios.

"Vencido alguno de los plazos establecidos en la ley para que la Registraduría expida la certificación a que hubiera lugar, el Registrador del Estado Civil correspondiente dictará el acto en el cual se declare el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos señalados en la ley. *Si el certificado no fuera expedido oportunamente se entenderá que los requisitos fueron satisfactoriamente llenados y, vencido el término, los promotores continuarán desempeñando sus actividades normalmente.*

*"Lo mismo se aplicará a todos los demás plazos establecidos en la Ley 134 de 1994, incluidos aquellos que deba fijar la Organización Electoral"*³⁰.

La norma transcrita se refiere en general a los plazos contenidos en la Ley 134 y en especial al plazo establecido para la expedición del certificado en el cual se declare el cumplimiento o no de los requisitos de ley; concretamente se relaciona con el artículo 24 de la Ley 134 que consagra el término de un mes, contado a partir de la entrega de los formularios de apoyo o respaldo, para que el Registrador del Estado Civil correspondiente expida el certificado.

7. PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS INICIATIVAS POPULARES ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

"Una vez *certificado* por la Registraduría del Estado Civil (...), en cumplimiento de los requisitos de una iniciativa legislativa (...), exige-

* ³⁰ La parte resaltada se declaró nula con la precitada sentencia de junio 21 de 2001, Consejo de Estado.

dos por esta ley, su vocero presentará dicho certificado con el proyecto de articulado y la exposición de motivos, así como la dirección de su domicilio y la de los promotores, ante la secretaria de una de las Cámaras del Congreso de la República (...).

"El nombre de la iniciativa, el de sus promotores y vocero, así como el texto del proyecto de articulado y su exposición de motivos, deberán ser divulgados en la publicación oficial de la correspondiente corporación" (art. 30).

Agotada la segunda etapa ante la Registraduría, comienza el trámite de la iniciativa popular ante el Congreso por parte del vocero, quien presentará formalmente el proyecto de acto legislativo o de ley (en original y dos copias) con el certificado ante la secretaria de la Cámara de Representantes o del Senado de la República. Este servidor público dejará constancia de la presentación de dicho proyecto y procederá a radicarlo y clasificarlo por materia, autor, clase de proyecto y comisión que deba tramitarlo (Ley 05 de 1992, art. 144). Evacuado este trámite el secretario ordenará la publicación del proyecto en la Gaceta del Congreso, de conformidad con el artículo 157, num. 1 de la Constitución, a fin de darle curso en la comisión constitucional permanente respectiva (Comisión Primera). Según el artículo 155, inc. 2 de la Constitución el vocero "será oído por las cámaras en todas las etapas del trámite", para lo cual deberá ser convocado previamente. Durante el trámite se aplicarán las formalidades consagradas en el art. 163 de la Carta que se relaciona con el mensaje de urgencia que el Presidente de la República puede remitir a la corporación en la cual se halle el proyecto en trámite, con el fin de que se decida sobre él dentro de un plazo de treinta (30) días; manifestación de urgencia que puede repetirse en todas las etapas del proyecto, gozando de prelación en el orden del día, lo cual permite excluir la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva comisión o plenaria de la Cámara se pronuncie sobre su aprobación.

Varios aspectos jurídicos se deben aclarar y precisar. En primer lugar, no se requiere que el Presidente de la República remita el *mensaje de urgencia* al Congreso, por cuanto el art. 31, num. 1 de la Ley

134 establece que "a la iniciativa popular (...) se aplicarán las disposiciones establecidas en el artículo 163 de la Constitución Política". Es decir, que el mensaje de urgencia opera automáticamente, sin que se requiera de la nota presidencial. En segundo lugar, ¿cómo se contabiliza el término de los treinta (30) días de que dispone cada Cámara para decidir? El artículo 157 de la Constitución enumera los requisitos que deben reunirse para que un proyecto sea ley y en el numeral 2 establece que "el reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras". La Ley 05 en el artículo 169 enumera los casos en que las comisiones permanentes sesionan conjuntamente, entre otros, se halla el mensaje de urgencia; por lo tanto, una vez presentado el proyecto contentivo de la iniciativa popular, las comisiones primeras de Senado y Cámara sesionarán conjuntamente para dar primer debate. A continuación, por ejemplo, la plenaria de la Cámara dará el segundo debate, dentro de los treinta (30) días siguientes a la aprobación en primer debate, y luego la plenaria del Senado dará el segundo debate, dentro del mismo término. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente: "(...) la respectiva Cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta (30) días"¹¹. Es claro que la respectiva Cámara, en la cual se haya iniciado el trámite del proceso legislativo ordinario, decida en el término de treinta días y a continuación la otra Cámara decidirá en otros treinta días. Si se vencen estos plazos y no se aprueba el proyecto, consideramos que el Congreso, en este caso exclusivamente, pierde competencia para continuar el trámite legislativo¹², es decir, no puede ejercer *función constituyente*, porque el pueblo (5% de ciudadanos) ejercerá directamente su soberanía (art. 3º, Const.), para lo cual los promotores recogerán un 5% adicional de firmas para completar un 10% y luego solicitar ante el registrador la convocatoria de un referendo para aprobar el proyecto de reforma constitucional por parte del *constituyente primario* (el pueblo).

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 6 de noviembre de 1997.

¹² En los demás casos, es decir, en los que no se tramite un proyecto de ley que contenga una reforma constitucional para ser sometida a referendo, el Congreso no pierde competencia, una vez vencido el término de que trata el art. 163 de la Constitución. Sentencia C-374 de agosto 13 de 1997, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Valga la pena destacar que el artículo 155 de la Constitución, el artículo 31 de la Ley 134, el artículo 158 y conc. de la Ley 05 garantizan la participación ciudadana –por medio del vocero– durante el desarrollo del proceso legislativo constituyente, siendo ágil su trámite por tratarse de una iniciativa del pueblo.

Además del vencimiento del término de los treinta (30) días en cada una de las Cámaras, en el Congreso puede darse una de dos posibilidades: que se apruebe el proyecto de acto legislativo o proyecto de ley, o que no se apruebe.

Finalmente, destacamos que si los congresistas no atienden el mensaje de urgencia presidencial están evadiendo una “obligación incluídible, que deben cumplir, so pena de sanción”³³.

8. APROBACIÓN DEL PROYECTO POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Cumplido el trámite para la aprobación del proyecto contentivo de la reforma constitucional, se remitirá su texto a la Corte Constitucional para que, previo el trámite de un proceso constitucional ordinario (regulado en el Decreto 2067 de septiembre 4 de 1991, art. 42), decida sobre la constitucionalidad del proyecto, en ejercicio de un control previo de constitucionalidad (vicios de procedimiento en su formación); proceso constitucional con fijación en lista (10 días); el traslado al Procurador General de la Nación (30 días); registro del proyecto de fallo (30 días) y la sentencia (60 días). “No obstante, la Corte podrá reducir los términos aquí previstos cuando los considere necesario...” (art. 42, Dec. 2067). Si el fallo es de exequibilidad, el Gobierno en un término de ocho (8) días, expedirá un decreto por el cual se convoca al pueblo para que decida en las urnas si aprueba o no el proyecto ley. Si el referendo es afirmativo, el Gobierno Nacional sancionará el proyecto y ordenará su publicación en el Diario Oficial en un término de ocho (8) días. A partir de la fecha de la publicación comenzará la vigencia de la ley, a menos que se establezca otra fecha para su vigencia.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 13 de agosto de 1997, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Este es nuestro criterio jurídico.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en auto de Sala Plena de enero 20 de 2003, consideró que el control de constitucionalidad se verifica sobre la ley y no respecto del proyecto de ley. En este orden de ideas se ordenó devolver al Congreso el proyecto de ley, con el objeto de que se remitiera al Gobierno para su sanción y promulgación; en cumplimiento de esta providencia, el Presidente de la República remitió a la Corte la Ley 796 de enero 21 de 2003, "por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional".

En el capítulo V ampliaremos el tema del control previo de constitucionalidad de la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, según el procedimiento previsto por el art. 378 en concordancia con el art. 241 num. 2 de la Constitución y el Decreto 2067 de 1991.

9. NEGATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Es posible que el Congreso no apruebe el proyecto de acto legislativo o de ley. En esta hipótesis, el pueblo no pierde sus esperanzas, por cuanto el art. 32 de la Ley 134 permite su convocatoria, articulando así la iniciativa con el referendo, lo que se denomina referendo aprobatorio de iniciativa popular. Veamos el procedimiento.

a) *El referendo aprobatorio de iniciativa popular.* Utilizaremos esta denominación y también la de referendo constitucional.

El artículo 32 expresa: "*Respaldo para la convocatoria.* Un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional (...), podrá solicitar ante el registrador del estado civil (...) la convocatoria de un referendo para la aprobación de un proyecto de ley (...) de iniciativa popular que sea negado por la corporación (el Congreso) o vencido el plazo de que trata el artículo 163 de la Constitución Política (...)"

En primer lugar, textualmente la norma se refiere a **proyecto de ley** y no a proyecto de acto legislativo, lo cual no descarta que, como lo advertimos al iniciar el presente capítulo, las dos hipótesis se hallen contempladas en el ordenamiento jurídico, es decir que el referendo aprobatorio de iniciativa popular tenga por objeto un proyecto de acto legislativo o de ley. En segundo lugar, obsérvese que el artículo 32 se denomina "*respaldo para la convocatoria*" y forma parte del Título IV *De los referendos* de la Ley 134; los artículos 32 y 34 a 40 regulan el trámite de la convocatoria de referendo de iniciativa popular; estas disposiciones no se refieren al trámite del referendo constitucional aprobatorio de iniciativa del Gobierno Nacional (art. 378).

b) *Convocatoria al referendo aprobatorio de iniciativa popular.* Como se estudió anteriormente, el artículo 32 prevé la posibilidad de que el vocero del comité de promotores acuda a la Registraduría Nacional del Estado Civil con el objeto de solicitar formularios para la recolección de un cinco por ciento (5%) de firmas adicionales, completando así un diez por ciento (10%), para lo cual dispone de un nuevo plazo de seis (6) meses. El cinco por ciento (5%) adicional refuerza la voluntad popular, es decir, el pueblo reitera su deseo de intervenir directamente en la aprobación de su proyecto, por medio de la votación, toda vez sus representantes (los Congresistas) subestimaron el poder soberano del pueblo. Recolectadas las firmas adicionales y expedido el certificado respectivo por el Registrador ¿qué sucede con el proyecto de acto legislativo o de ley negado por el Congreso? Se remitirá a la Corte Constitucional para su control previo, surtiéndose el mismo trámite anteriormente expuesto. Al respecto, se presentan dos tesis jurídicas que analizaremos en el capítulo V.

Finalmente, se recuerda que el referendo aprobatorio también tiene por objeto la aprobación popular de proyectos de ley que no tengan por objeto reformar la Constitución, lo que se conoce como referendo legislativo.

10. CONVOCATORIA DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL

"Expedidas las certificaciones por la registraduría del estado civil correspondiente, sobre el número de apoyos requerido, así como el fa-

llo de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional, (...), convocará el referendo mediante decreto, en el término de ocho días, y adoptará las demás disposiciones necesarias para su ejecución" (art. 34).

Se aclara que al pueblo se le convoca para la aprobación de un proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional.

Por otra parte, se resalta que el Gobierno tiene especiales atribuciones para adoptar disposiciones necesarias para la ejecución del referendo, para lo cual podrá dictar decretos o resoluciones que confluayan a la concurrencia del pueblo a las urnas. En lo demás, corresponderá a la Registraduría Nacional del Estado Civil preparar la logística para que dicha concurrencia se realice, esto es, elaborar el tarjetón correspondiente, el cual debe contener los requisitos y formalidades que más adelante se indicarán.

A grandes rasgos, este es el procedimiento a seguir cuando se trata del referendo aprobatorio de iniciativa popular.

11. PERIODO PARA LA RECOLECCIÓN DE APOYOS

"Inscrita una solicitud de referendo, la organización electoral fijará un plazo de un mes para la inscripción de otras iniciativas legislativas y normativas sobre la misma materia, sean estas complementarias o contradictorias de la primera, siempre y cuando hayan sido consideradas y no aprobadas por el Congreso (...). Transcurrido dicho plazo, se inicia el de seis meses para la recolección de las firmas adicionales de los ciudadanos. Ningún ciudadano podrá suscribir su apoyo a más de una iniciativa.

"Será sometida a referendo la iniciativa presentada al registrador del estado civil correspondiente, dentro del término antes señalado, que según certificación del mismo registrador, haya recogido el mayor número de apoyos válidos, siempre y cuando este número sea al menos igual al exigido en la presente ley, y sus promotores harán campaña por el 'sí'.

"Los promotores de las otras iniciativas podrán hacer campaña por el 'SI' o por el 'NO', y gozarán de los beneficios especiales de que tratan

los artículos siguientes, si la iniciativa que promueven logra, cuando menos, el apoyo del diez por ciento de los ciudadanos que conformen el respectivo censo electoral, según certificación del respectivo registrador.

"Parágrafo.—No serán admitidas nuevas iniciativas sobre la misma materia antes de que el proceso del referendo haya culminado en todas sus partes" (art. 38).

ARAÚJO RENTERÍA comenta esta disposición: "(...) Tan pronto reciba la solicitud de grupos de ciudadanos, que constituyan por lo menos el 10% del censo electoral, la Registraduría fijará el plazo de *un mes* para la inscripción de otras iniciativas legislativas y normativas sobre la misma materia (proyectos de reformas constitucionales), sean éstas complementarias o contradictorias de la primera, *que igualmente no hubieren sido aprobadas por el Congreso Nacional* (art. 38, inc. 1).

"Si se presentan varias iniciativas (contrapropuestas), se empieza entre ellas una competencia para saber cuál tiene más apoyos válidos, la que tenga más, será la que se presente a la decisión del pueblo y sus promotores podrán hacer campaña por el 'sí'. Los promotores de las otras iniciativas que tuvieron menor apoyo podrán hacer campaña por el 'sí' o por el 'no' (art. 38, incisos 2 y 3).

"Pasado este mes se inicia el plazo de seis meses para recoger firmas adicionales de los ciudadanos por sobre las ya presentadas al Congreso en la fallida tentativa de legislación o convocatoria a referendo (art. 38, inc.1).

"Transcurridos los seis meses la Registraduría cuenta las firmas y determina cuál es la propuesta que más apoyos válidos hubiere recibido para que ésta sea la sometida a referendo (art. 38, inc. 2)"²⁴.

A continuación analizaremos el artículo 41 acerca del *contenido de la tarjeta electoral* y el artículo 42 que se relaciona con las especificidades de la tarjeta para el referendo constitucional. La tarjeta

²⁴ ARAÚJO RENTERÍA, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

electoral se elaborará independientemente si el referendo es convocado a iniciativa del Gobierno o a iniciativa popular (art. 378).

El artículo 41 se refiere implícitamente al *referendo constitucional* y al *referendo legislativo*, así como expresamente a los *referendos derogatorio o aprobatorio*; éste último si es para reformar la Constitución, no importa si la iniciativa proviene del Gobierno o del pueblo (art. 378).

El artículo 41, numeral 3 se relaciona con el "articulado sometido a referendo"; se infiere que podrán ser varios o muchos artículos, lo cual está acorde con el artículo 378, el que además permitiría un *temario*, sometido a votación popular, respecto del cual el artículo 41 guardó silencio.

No obstante lo anterior, la convocatoria a referendo que se hace por medio de la Ley 796 de 2003, contiene un solo artículo y el texto del articulado propuesto.

12. CONTENIDO DE LA TARJETA ELECTORAL

"El registrador del estado civil correspondiente, diseñará la tarjeta electoral que será usada en la votación de referendos, la cual deberá, por lo menos, contener:

"1. La pregunta sobre si el ciudadano *ratifica* o *deroga* integralmente la *norma* que se somete a referendo.

"2. Casillas para el sí, para el no y para el voto en blanco.

"3. El articulado sometido a referendo" (art. 41).

Esta disposición no distingue la clase de normas que se someterán a referendo, por lo que hay que entender que se trataría de un **proyecto** de acto legislativo o un **proyecto** de ley (referendo aprobatorio), o de un acto legislativo o de ley en vigencia (referendo derogatorio), que obviamente contienen un *articulado*.

Con motivo del control de constitucionalidad de la Ley 796, la Corte en relación con los artículos 41 y 42, que le señalan al Registrador los contenidos mínimos que debe contener la tarjeta electoral, expresó: "(...) no incluyen la hipótesis de notas informativas o de preguntas intro-

ductorias respecto del articulado de la reforma"³⁵. Sin embargo, "la Corte considera que las notas introductorias deben satisfacer ciertos requisitos como (i) estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, (ii) que sea valorativamente neutro, (iii) ser breves en la medida de lo posible, (iv) no ser superfluas o inocuas, y (v) ser comprensivas del objeto que el artículo expresa. Para la Corte la satisfacción de estos requisitos garantiza que las notas introductorias (i) no sean un factor de manipulación de la decisión política, (ii) no induzcan la respuesta del elector, (iii) no presenten información parcial o engañosa y, por lo tanto, no vicien la voluntad política, (iv) garanticen condiciones favorables para el correcto ejercicio del derecho político, (v) otorguen pulcritud y corrección al proceso de convocatoria, y (vi) revistan de un mayor grado de legitimidad la decisión que se tome"³⁶.

No obstante lo anterior, la Corte estimó —respecto de la Ley 796—, que "La incorporación en el texto de un referendo de notas introductorias (título y pregunta) al artículo sometido a consideración del pueblo es inconstitucional; algunas de estas notas (i) están redactadas de manera que inducen una respuesta afirmativa en el votante, o (ii) dan una información incompleta del sentido del artículo a ser aprobado, (iii) o realmente no es evidente el vínculo entre el propósito enunciado en la pregunta y el texto a ser aprobado"³⁷.

Otro aspecto inconstitucional es el voto en blanco: "La previsión de la casilla para el voto en blanco es inconstitucional, ya que desconoce la regulación específica del artículo 378 de la Carta, que sólo prevé el voto afirmativo y negativo, pues establece que los ciudadanos deben poder escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. El voto en blanco también afecta la libertad del votante cuando se trata de un referendo multitemático convocado en un contexto jurídico que ofrece estímulos materiales a los ciudadanos que participen votando"³⁸.

³⁵ Sentencia C-551 de 2003.

³⁶ Sentencia C-551 de 2003.

³⁷ Sentencia C-551 de 2003.

³⁸ Sentencia C-551 de 2003.

En conclusión, el numeral 2 del artículo 41 que contempla la posibilidad del voto en blanco, ¿es o no inconstitucional? Resulta curiosa y contradictoria la argumentación de la Corte frente al nuevo artículo 258 de la Constitución³⁹ (que forma parte del título IX “De las elecciones [...]”, capítulo I “Del sufragio y de las elecciones”), que contempla el voto en blanco para elegir miembros de corporaciones públicas, gobernadores y alcaldes; norma ésta que se interpretará sistemática, integral y dialécticamente con el derecho constitucional fundamental de todo ciudadano a participar tomando “parte en elecciones, plebiscitos, referendos” (art. 40., num. 2), por medio del voto considerado como participación soberana del pueblo (art. 106); disposiciones éstas del título IV “De la participación democrática” de la parte dogmática de la Constitución que iluminados por la democracia participativa (como valor, en el Preámbulo), principio fundamental (art. 1°), considerada entre los fines del Estado (art. 2°) y como derecho fundamental (art. 40) e irradiadas por los principios de la democracia participativa universal y expansiva (construcción jurisprudencial, en Sentencia C-089 de 1994), nos permitirá interpretar sistemáticamente⁴⁰ la citada preceptiva constitucional con el artículo 378, a fin de concluir que esta disposición no excluye el voto en blanco como tampoco el voto en bloque, sino que por el contrario facilita, abre con efectividad democrática las urnas para que los ciudadanos que no deseen votar positiva o negativamente puedan votar en blanco, cumpliendo así con el deber constitucional de “participar en la vida política (...) del país” (art. 95, num. 5). Todo porque la *democracia participativa* es el “principio rector y orientador de toda la Constitución” (C.P., art. 1°); principio que como hilo conductor une armónicamente la parte dogmática⁴¹ con la parte orgánica de la Consti-

³⁹ Reformado por el artículo 17 del Acto Legislativo número 01 de julio 03 de 2003, “por el cual se adopta una reforma política constitucional” (D.O. No. 45.237).

⁴⁰ En la interpretación sistemática “no hay cláusulas solitarias en la Constitución, ya que ella es un todo; que sus normas debe entenderse enlazadas entre sí; que el operador no debe magnificar el sentido de alguno de sus preceptos, ni minimizar el de otros; y que debe compatibilizar positivamente, y no destruir entre sí, a las reglas de la ley suprema”. NESREA PUERTO RICO, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, pág. 139.

⁴¹ Cfr. Sentencia C-551 de 2003.

tución, dando prevalencia a la aplicación de aquella sobre ésta, como expresamente lo ha reconocido la Corte Constitucional⁴².

13. LA TARJETA ELECTORAL PARA EL REFERENDO CONSTITUCIONAL

“La tarjeta para la votación del referendo constitucional deberá ser elaborada de tal forma que, además del contenido indicado en el artículo anterior, presente a los ciudadanos la posibilidad de escoger libremente el articulado que *aprueban* y el articulado que *rechazan*, mediante casillas para emitir el voto a favor o en contra de cada uno de los artículos cuando el elector no vote el proyecto en bloque. En todo caso, habrá una casilla para que vote el proyecto en bloque si así lo desea” (art. 42).

Del texto se desprenden distintos elementos con los siguientes aspectos jurídicos.

Como la norma se relaciona con el referendo constitucional, y no hizo distinción alguna, hay que inferir que se refiere a los *proyectos* de acto legislativo o de ley, o a un acto legislativo o una ley que contiene un *articulado* que el pueblo aprobará o derogará, según se trate de un referendo aprobatorio o un referendo derogatorio.

El “voto en bloque” –en el texto de la Ley 796– se declaró inconstitucional, según la Corte:

“El voto en bloque de un referendo multitemático viola la libertad del elector y desnaturaliza la figura del referendo constitucional, al convertirlo en una expresión de apoyo o rechazo al promotor del referendo. El voto en bloque de un referendo multitemático de origen presidencial tiende además a convertir la consulta a la ciudadanía en un mecanismo plebiscitario, que no es constitucionalmente idóneo para la reforma a la Carta. (...) Las autoridades electorales, a fin de respetar el texto aprobado por el Congreso y salvaguardar la libertad del elector, organizarán la tarjeta electoral, de tal manera que inmediatamente después de

⁴² Cfr. Sentencia T-105 de 2003.

cada artículo sometido a consideración del pueblo, se encuentre la pregunta al ciudadano sobre si aprueba o no dicho artículo⁴⁰.

En otras palabras, si el contenido es monotemático, ¿el voto en bloque sería constitucional? Absurdo, porque los proyectos de reforma de la Constitución podrán referirse a diversos temas, entre otras razones, por no requerirse la unidad de materia. Recuérdese que el texto constitucional votado el 1º de diciembre de 1957 en su contenido era multitemático y heterogéneo (referendo constitucional) y al referirse expresamente a la permanencia en la Presidencia de la República de la Junta Militar de Gobierno, integrada por cinco militares identificados con nombre y apellidos, lo caracterizó además como un plebiscito.

La Ley 796 de convocatoria a referendo, en ninguno de sus apartes se refería a la conducta o gestión política del Gobierno de Uribe Vélez, para inferir que se trataba de provocar un pronunciamiento plebiscitario, con el voto de apoyo o rechazo. Las conjeturas e inferencias de la Corte obedecen a elucubraciones subjetivas incompatibles con el objeto del control de constitucionalidad que recae sobre un texto normativo, sujeto a una confrontación exclusivamente jurídica y objetiva.

Examinemos otros aspectos jurídicos diversos.

El diseño y contenido de la tarjeta electoral deberá ser claro y preciso para que el ciudadano entienda el texto sometido a su consideración y le permita *votar libremente* en bloque el temario (art. 378, inc. 2), o *articulado*, o votar en forma selectiva o individualizada.

La pregunta y el texto (temario y/o articulado) deben tener conexión, sin ser permitidas las preguntas inductivas, o engañosas, o temarios en contra de determinadas materias, porque de ser así los votantes *no podrían escoger libremente lo que van a votar*, es decir, que estarían atados antidemocráticamente a una decisión política programada, desconociéndose el ejercicio del derecho al voto como una de las manifestaciones de la *libertad a sufragar*. Estos aspectos meramente *formales* constituirían *vicios de procedimiento en la formación del pro-*

⁴⁰ Sentencia C-551 de 2003.

yecto de ley que convoca a un referendo porque, como se dijo, limitarían la libertad política ciudadana.

El artículo 47 se analizará sistemáticamente con el artículo 42, a fin de lograr su interpretación armónica porque, como se ha expresado, el pueblo se pronuncia respecto de un **proyecto**.

14. NOMBRE Y ENCABEZAMIENTO DE LA DECISIÓN

"La decisión adoptada en referendo se denominará acto legislativo, ley (...), según corresponda a materias de competencia del Congreso de la República (...), y así se encabezará el texto aprobado.

"Si se trata de una ley o de un acto legislativo aprobado mediante referendo, el encabezamiento deberá ser el siguiente según el caso:

"El pueblo de Colombia decreta" (art. 47).

En primer lugar, se aclara que el pueblo aprueba un proyecto de ley o un proyecto de acto legislativo; en segundo lugar, se destaca que la decisión adoptada por el pueblo es lo que se denomina *acto constituyente*; en tercer lugar, dicho acto podrá revestir la forma de acto legislativo o de ley, cuando sea sancionado por el Presidente el proyecto respectivo.

Podría darse la posibilidad de que el pueblo apruebe parcialmente el proyecto de reforma constitucional; aspecto que ampliaremos adelante.

El artículo 47 transcrito y los artículos 48 (sanción y promulgación) y 49 (vigencia), regulan el trámite subsiguiente a la aprobación en las urnas del proyecto de ley o proyecto de acto legislativo, según fuere el caso.

15. PROMULGACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS, LEYES, ORDENANZAS, ACUERDOS O RESOLUCIONES LOCALES APROBADOS EN REFERENDOS

"Aprobado un referendo, el Presidente de la República, (...) según el caso, *sancionará* la norma y dispondrá su promulgación en el término de ocho días, contados a partir de la declaración de los resultados por parte de la Registraduría del Estado Civil correspondiente, so pena de incurrir en causal de mala conducta" (art. 48).

El título de la norma transcrita trata de la promulgación de actos legislativos y de leyes aprobados en referendos, y el contenido implícitamente se refiere a proyectos, o sea, que el pueblo en referendo podrá aprobar proyectos de acto legislativo o de ley.

En efecto, si el pueblo aprueba en referendo un **proyecto de acto legislativo o de ley**, corresponderá al Gobierno Nacional sancionarlo y, por ende, culminará con esta decisión el proceso de formación del acto, el cual será *promulgado* o publicado.

En la hipótesis en que el pueblo apruebe parcialmente el proyecto de reforma constitucional, el Gobierno sancionará el proyecto de ley o de acto legislativo con el articulado ratificado, excluyendo obviamente el articulado no aprobado, según el escrutinio de los votos que realice la Registraduría y la consiguiente declaratoria de los resultados.

En síntesis, se someterá en las urnas a decisión del pueblo, el **proyecto** de normatividad declarado exequible por la Corte Constitucional; el Constituyente lo refrendará, la Registraduría hará la declaración de los resultados y el Gobierno Nacional lo sancionará y promulgará. Como se expresó, con el voto mayoritario del pueblo se produce el *acto constituyente*, como decisión democrática de los ciudadanos que encarnan el Constituyente primario, la cual finalmente se materializará en la Constitución Política, a través de su reforma.

16. VIGENCIA DE LA DECISIÓN

“Los actos legislativos, las leyes, (...) entrarán en vigencia a partir del momento de la publicación, a menos que en la misma se establezca otra fecha.

“La publicación deberá hacerse a los ocho días siguientes a la aprobación de los resultados por la organización electoral en el Diario Oficial o en la publicación oficial de la respectiva corporación y de no realizarse, se entenderá surtida una vez vencido dicho término, configurándose para el funcionario reticente una causal de mala conducta” (art. 49).

El referendo constitucional convocado por la Ley 796 de 2003, entraría a regir a partir de la promulgación de ésta ley⁴⁴ (según lo preceptuado por el art. 2º de la misma), lo que constituye un contrasentido porque si el pueblo aprueba su texto el 25 de octubre de 2003, –fecha ésta de convocatoria mediante Decreto 2000 de julio 17 de 2003, expedido por el Gobierno–, ¿Cuándo entraría en vigencia la reforma constitucional? Hay que entender que la vigencia comenzará a partir de la publicación en el Diario Oficial del texto aprobado en las urnas y contenido en un acto legislativo o en una ley. Así culmina el proceso de formación del acto constituyente por el cual se reforma la Constitución.

De esta forma termina el tema propuesto.

El trámite anterior para la iniciativa popular también es aplicable a la solicitud de referendo, por ello las disposiciones de los arts. 10 a 31 de la Ley 134 se refieren simultáneamente a iniciativa popular legislativa y normativa y solicitudes de referendos.

No se debe olvidar que los artículos de la Ley 134, anteriormente transcritos, se declararon exequibles en Sentencia C-180 de 1994, la cual ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y produce efectos *erga omnes*. No obstante, la Corte la ha desconocido en Sentencia C-551 de 2003, como se advirtió y se indicará más adelante.

En conclusión, se presentan en el ordenamiento jurídico analizado las dos modalidades de referendo constitucional: el aprobatorio de un proyecto de acto legislativo (artículos 155 y 375) y el aprobatorio de un proyecto de ley (art. 378); este último a iniciativa popular.

Finalmente compartimos el criterio jurídico de MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cuando expresa: "(...) sacar adelante el referendo de iniciativa popular es el camino hacia la construcción de un acuerdo más profundo, más sólido y más democrático: el que nace de las firmas de millones de colombianos y se sella en las urnas"⁴⁵.

⁴⁴ La promulgación se hizo en el Diario Oficial No. 45.076 de enero 21 de 2003.

⁴⁵ MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Se esfumó la posibilidad de acuerdo*, El Espectador, mayo 20 de 2000, págs. 10-17.

17. REFERENDO CONSTITUCIONAL APROBATORIO A INICIATIVA DEL GOBIERNO NACIONAL

No hemos analizado el referendo constitucional aprobatorio cuando la iniciativa proviene del Gobierno. Recordemos el texto del artículo 378 que preceptúa: "Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrán someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley".

El Gobierno propone el proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional y por intermedio de los Ministros lo presenta al Congreso; si es aprobado se remite directamente a la Corte Constitucional para el control de constitucionalidad, y se sigue el trámite anteriormente señalado, esto es, la citación del pueblo a las urnas; si el Congreso no lo aprueba se archivará el proyecto. En los capítulos IV y V se ampliará el tema.

A esta modalidad de referendo –a iniciativa del Gobierno–, se le aplicarán, como se expresó, los artículos 41 y 42 (el tarjetón electoral), 47 (nombre y encabezamiento de la decisión), 48 (sanción del proyecto de ley y promulgación de la ley) y 49 (vigencia de la reforma constitucional) de la ley estatutaria 134, por ser la única que *regula* los mecanismos de participación ciudadana, en especial el referendo y la iniciativa popular que en una hipótesis se articulan para lograr la convocatoria y decisión del pueblo en las urnas.

A iniciativa del Gobierno del Presidente Uribe Vélez el Congreso expidió la Ley 796 de 2003 convocando a pueblo a aprobar la reforma constitucional en ésta contenida, para lo cual el Gobierno, como se expresó, citó al constituyente primario para el 25 de octubre, por Decreto 2000.

Según la jurisprudencia constitucional de la Corte, las exigencias o formalidades que la Constitución consagra para esta modalidad de referendo de origen gubernamental son las siguientes: "(i) la reserva de iniciativa en favor del Gobierno, (ii) la aprobación por mayoría abso-

luta de los miembros de ambas cámaras, (iii) la forma especial de redacción de las preguntas para garantizar la libertad del elector y (iv) que los proyectos de reforma constitucional que dicha ley contiene no reforman *per se* las disposiciones de la Carta, ya que no han sido aprobados aún por la ciudadanía⁴⁶.

18. EL PLEBISCITO

Se analizarán las definiciones legal y doctrinaria, a fin de destacar las contradicciones de la Corte Constitucional.

a) *Definición legal*. “El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo” (art. 7º).

El artículo 77, relacionado con el plebiscito, preceptúa: “El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, podrá convocar al pueblo para que se pronuncie sobre las políticas del Ejecutivo que no requieren aprobación del Congreso, excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes correspondientes (...)”.

El artículo 77, inc. 2, expresa: “En ningún caso el plebiscito podrá versar sobre la duración del período constitucional del mandato presidencial, ni podrá modificar la Constitución Política”.

b) *Definición doctrinaria*. Recordemos nuestra definición de plebiscito, a fin de confrontarla con la definición legal, “El plebiscito se define como la intervención ciudadana que con el sufragio apoya o rechaza la actuación política de un gobernante”.

Las normas jurídicas que definen el plebiscito merecen las siguientes observaciones:

⁴⁶ Sentencia C-551 de 2003.

En primer lugar, el artículo 7° define el plebiscito como aquella *decisión* del Ejecutivo que el pueblo apoya o rechaza, sin precisar qué clase de decisión toma el Presidente, es decir, si se trata de una decisión administrativa, política o de gobierno, por cuanto puede actuar como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Suprema Autoridad Administrativa. Ello permite inferir claramente que el legislador dejó en manos del Presidente su propia suerte para permanecer en el cargo, esto es, que mediante el plebiscito, tal como lo definimos nosotros, no se podrá en Colombia someter a consideración del pueblo la conducta o gestión política del gobernante. Es obvio que el Presidente no va a tomar la *decisión* relacionada con su permanencia en el poder, a fin de que el pueblo decida si continúa o no en el cargo.

En segundo lugar, el artículo 76 se refiere expresamente a “las políticas del ejecutivo que no requieren aprobación del Congreso”, pero ¿cuáles políticas serán?, ¿Luego el Presidente no es elegido por el pueblo para que maneje la política? Recordemos que en términos generales “*la política es el arte de gobernar los pueblos*”. Y ¿cuáles serán las políticas que no requieran aprobación del Congreso?

En tercer lugar, el artículo 77, inc. 2 es claro al asegurar la permanencia en el cargo del Presidente de la República por el periodo constitucional para el cual fue elegido, es decir, que en ningún caso el pueblo podrá decidir en las urnas si apoya o rechaza la conducta o gestión política del primer magistrado.

Se infiere de las anteriores normas que el plebiscito se definió de tal manera que el pueblo no tenga la oportunidad política de deponer al Presidente. Obra esta del Congreso al redactar y aprobar el texto de la Ley 134 de 1994.

A continuación examinaremos el estudio y análisis jurídicos del plebiscito, según la Sentencia C-180 de 1994, en la cual la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“El plebiscito se inspira en el principio de la soberanía popular, que impone por obligación al mandatario, recurrir al depositario básico del poder –el pueblo– para definir el rumbo, orientaciones o moda-

lidades del Estado. De ahí que pueda ser definido como la convocatoria directa al pueblo para que, de manera autónoma, defina su destino. No se trata entonces, de la refrendación de la política a seguir, ni incluso de la consulta obligatoria sobre la situación de quienes conforman el gobierno".

Lo anterior merece las siguientes observaciones: la Corte respalda la definición legal de plebiscito (art. 7º, Ley 134) y, por consiguiente, se aparta de la doctrina tradicional que lo define siendo el gobernante el sujeto alrededor del cual el pueblo rechaza o apoya su actuación política; por otra parte, al pueblo no le corresponde definir *el rumbo, orientaciones o modalidades del Estado*. Son los gobernantes a quienes les incumbe tomar las grandes decisiones para tales efectos; para ello fueron elegidos por el pueblo, esto es, para que gobiernen. Las modalidades, orientaciones o el rumbo del Estado se pueden definir mediante reformas constitucionales, según la oportunidad política, o simplemente expidiendo las leyes que desarrollan los mandatos constitucionales.

Luego agrega la Corte lo siguiente:

"Como se anotó de manera precedente, el plebiscito es el pronunciamiento que se le solicita al pueblo acerca de una *decisión fundamental* para la vida del Estado y de la sociedad. A diferencia del referendo, en el cual se le consulta a los ciudadanos acerca de un texto normativo ya formalizado para que se pronuncien afirmativa o negativamente, en el plebiscito, se le consulta sobre una decisión no plasmada en un texto normativo para que se pronuncie favorable o desfavorablemente; es decir, que no se propone un determinado texto legal a la decisión del pueblo, sino que se somete a su consideración la decisión como tal" (lo resaltado fuera del texto).

La Corte se refiere a una "*decisión fundamental*" y el artículo 7º trata de una decisión del Ejecutivo, sin precisar si es o no fundamental. No olvidemos que la Corte en la Sentencia C-180 cita la definición de plebiscito del autor italiano BISCARETTI DI RUFFIA, según la cual *el pueblo se pronuncia acerca de "un simple hecho o suceso"*.

La Corte tampoco precisa qué tipo de decisión adoptaría el Ejecutivo, tan solo expresa que "La decisión del pueblo es obligatoria, por manera que no requiere ni de refrendación, ni de adopción bajo la forma de ley o decreto".

Más adelante la Corte expresa:

"Como ya quedó dicho, el plebiscito es una especie de consulta popular. Por tal razón, para que su convocatoria y realización se haga en forma constitucionalmente válida, se precisa cumplir con las exigencias previstas en el artículo 104 C.P. Por tanto, es indispensable el concepto previo y favorable del Senado de la República".

La Corte asimiló el plebiscito a la consulta popular a nivel nacional, no obstante que se trata de dos mecanismos de participación democrática diferentes, máxime que la Ley 134 los define por separado en los artículos 7° y 8°; ampliaremos el análisis al estudiar la consulta popular.

En cuanto a la *convocatoria y realización* del plebiscito la Constitución no regula las materias; por lo tanto acudimos al inciso 2 del artículo 77 de la Ley 134 que expresa: "El Presidente deberá informar inmediatamente al Congreso su intención de convocar un plebiscito, las *razones* para hacerlo y la *fecha* en que se llevará a cabo la votación, la cual no podrá ser anterior a un mes ni posterior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del Presidente. El plebiscito no podrá coincidir con otra elección". A su vez, al inciso 1 del artículo 78, preceptúa: "*Concepto obligatorio de las cámaras y previo de la Corte Constitucional*. Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en que el Presidente haya informado sobre su intención de realizar un plebiscito, ninguna de las dos cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo". En el capítulo V estudiaremos el control de constitucionalidad de la convocatoria y realización del plebiscito.

c) *Las contradicciones de la Corte Constitucional*. Apartándose de la Sentencia C-180, la Corte en Sentencia C-551 de 2002 señaló otros

alcances jurídico-políticos al plebiscito, en dos aspectos a saber: en primer lugar “(...) un referendo multitemático (...) desnaturaliza la figura del referendo constitucional, al convertirlo en una expresión de apoyo o rechazo al proponente del referendo”⁴⁷. Se refería expresamente la Corte al voto en bloque, a fin de justificar la inconstitucionalidad de su inclusión en un artículo de la Ley 796, porque además se trataba de “una manifestación de apoyo o rechazo a un gobierno sea en su investidura o a políticas de su exclusiva competencia”⁴⁸.

La Corte se fundamenta en el constitucionalismo suizo e italiano, según los cuales se exige que “las disposiciones sometidas a referendo no se refieran a temas disímiles, precisamente para asegurar la libertad del elector y evitar que éste pierda su carácter”⁴⁹; cita como ejemplo, el referendo derogatorio del estatuto penal. Este trasplante no es de recibo en nuestro constitucionalismo porque: 1) nuestra Constitución ni la ley exigen que el texto a refrendar no sea multitemático y heterogéneo; 2) en el ejemplo propuesto se trataba de un referendo legislativo del estatuto penal que dista mucho del referendo constitucional, en cuanto a su contenido, esencia y efectos jurídicos, como se expresó anteriormente.

Luego agrega la Corte, para mayores contradicciones, lo siguiente: “La Corte considera que las anteriores consideraciones (sic) son aplicables en el caso colombiano, pues no sólo la Carta (...) distingue entre referendo y plebiscito, y señala inequívocamente que la Constitución no puede ser reformada plebiscitariamente”⁵⁰.

La experiencia italiana no es aplicable en Colombia, entre otras razones, porque en un referendo legislativo, la reacción del pueblo frente al poder punitivo del Estado lo conduce inexorablemente a considerar el grado de legitimidad política de quienes están gobernando y son proponentes de la ley impositiva de castigos; distinta sería la situación si

⁴⁷ Sentencia C-551 de 2003.

⁴⁸ Sentencia C-551 de 2003.

⁴⁹ Sentencia C-551 de 2003.

⁵⁰ Sentencia C-551 de 2003.

el pueblo se pronunciara respecto del texto para reformar la Constitución (referendo constitucional), en el cual no se incluyan normas acerca de la permanencia y continuidad de quienes están gobernando, porque en ésta hipótesis se trataría de un referendo-plebiscitario, como por ejemplo, el colombiano del 1° de diciembre de 1957 y el chileno de 1980, en torno de la junta militar presidida por Pinochet.

Por otra parte, no es cierto que nuestra Carta distinga entre referendo y plebiscito; es cierto que una de las modalidades para reformar la Constitución sea con el pueblo (arts. 377 y 378), lo que se denomina referendo constitucional; procedimiento éste que con los señalados por los artículos 375 (reforma por el Congreso) y 376 (reforma por la Asamblea Constituyente), estructuran el título XIII de la Carta, sin que en éste se mencione o se prohíba el plebiscito, en tratándose “de la reforma de la Constitución”. El plebiscito en la Carta está consagrado como un derecho fundamental (art. 40, num. 2); como una forma y mecanismo de participación (art. 103) y como objeto del control de constitucionalidad posterior (art. 241, num. 3). En ninguna parte la Constitución define el plebiscito o señala sus alcances o cita un caso para su aplicación; por ello no es cierto que “la Carta (...) señala inequívocamente que la Constitución no puede ser reformada plebiscitariamente”. Lo cierto es que la Corte claramente se equivocó, y aún más cuando se refirió a:

“Una expresión de apoyo o rechazo (...) confianza o desconfianza en los proponentes del referendo”.

Una pregunta clave surge: ¿Quiénes son los proponentes de la reforma constitucional? ¿El Gobierno de Uribe Vélez que tuvo la iniciativa de presentar un proyecto que el Congreso modificó sustancialmente, o éste órgano en su condición de poder preconstituyente?; son éstas las dos únicas posibilidades.

Lo evidente es que la convocatoria se realiza con ley del Congreso, quien constitucionalmente es el único que podría citar al pueblo proponiéndole un texto de reforma constitucional; siguiendo la lógica de la Corte, los proponentes serían los congresistas que no “gobiernan” sino que legislan, y en esta oportunidad ejercieron función preconstituyente. Recuérdese que Uribe Vélez ambientó una reforma política contra la co-

rrupción política, forzando la reducción del Congreso a una sola Cámara; finalmente salió triunfante el órgano que nos convoca.

Por otra parte, si el fondo jurídico de las consideraciones de la Corte se basa en el principio de "la libertad del elector", como quiera que el texto a votar es divisible, el pueblo hubiera podido votar en contra con el "voto en bloque", o sencillamente no haberlo votado así para pronunciarse selectivamente pregunta por pregunta; en una u otra hipótesis votaría libremente.

En segundo lugar, el voto positivo o negativo por el artículo de la prolongación del período de las autoridades políticas territoriales (gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles) si era una norma de contenido plebiscitario, porque el pueblo iría a las urnas apoyando o rechazando la prórroga del período de estos servidores públicos, según el grado de confianza o desconfianza hacia ellos.

19. CONSULTA POPULAR

"La consulta popular es la institución mediante la cual, una *pregunta*, de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que este se pronuncie formalmente al respecto.

"En todo caso, la decisión del pueblo es obligatoria.

"Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República" (art. 8°).

El artículo 50 preceptúa: "*Consulta popular nacional*. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo una *decisión de trascendencia nacional*. No se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución Política".

Sea lo primero advertir que según las definiciones de la Ley 134 en el plebiscito se trata de una *decisión* y la consulta se refiere a una *pregunta*. Cuando se *pregunta* al pueblo es para que responda a un *interrogante* y, por lo tanto, estricta y esencialmente no se trata de una *decisión*. Sin embargo, el artículo 50 transcrito contempla como elemento de la consulta una decisión de trascendencia nacional.

En síntesis, según los artículos 7° (definición del plebiscito) y 50 (consulta popular), el objeto de la convocatoria al pueblo es una decisión del gobierno.

Según la Sentencia C-180:

“La Constitución Política diferencia las consultas populares por razón de su radio de acción y, de consiguiente, en cuanto al nivel a que pertenece tanto el acto como la autoridad que convoca. Así, en el ámbito nacional tiene lugar la consulta mediante el plebiscito, respecto de decisiones sobre asuntos que incumben a toda la nación” (lo resaltado es nuestro).

Obsérvese que la Corte considera como objeto de la consulta un *acto*, lo cual da la impresión que se trata de una decisión tomada. Sin embargo, a renglón seguido la Corte expresa:

“(…)

“De modo general, puede afirmarse que la consulta popular es la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo *para sondear, conocer y percibir sus expectativas*, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas” (cursivas fuera del texto).

No queda claro si al pueblo se le somete a su consideración un *acto* o se le formula una pregunta a manera de sondeo con el fin de tomar una decisión, según las expectativas populares al respecto. Reitero que la definición doctrinal de plebiscito que citó la Corte tiene por objeto un *simple hecho o suceso*. Entonces, ¿la consulta popular tiene como

finalidad obtener el pronunciamiento popular respecto de un acto o un hecho?

La Corte agrega:

“Es, pues, el parecer que se solicita a la comunidad política o cívica para definir la realización o buscar el apoyo generalmente, en relación con actuaciones administrativas en el ámbito local”.

Con esta afirmación la Corte circunscribe el objeto de la consulta a las actuaciones administrativas, lo cual descarta la posibilidad de que al pueblo se le interrogue acerca de aspectos distintos a los administrativos, cuando la definición de consulta se refiere a *una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local* (art. 8°). Dicha afirmación jurisprudencial la reitera la Corte, así:

“El artículo 8° del proyecto, consagra la consulta popular como mecanismo de participación, a través del cual el pueblo se pronuncia de manera obligatoria acerca de una pregunta de carácter general, que le somete el Presidente de la República –artículo 104 C.P.–, el gobernador o el alcalde –artículo 105 C.P.– según el caso, para definir la realización o buscar el apoyo generalmente de *actuaciones administrativas* de carácter trascendental en el ámbito nacional, regional o local (...)”.

Si el legislador fue confuso, de la anterior jurisprudencia no queda claro cuál es el concepto de plebiscito y consulta popular a nivel nacional. Lo que si está claro es que al Presidente de la República el pueblo colombiano no lo puede separar de su cargo, a través del sufragio.

Acerca de la *convocatoria y realización* de la consulta popular nacional el artículo 104 de la Constitución contiene sus bases, cuyo texto expresa: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección”.

En el capítulo V ampliaremos el tema al estudiar el control de constitucionalidad.

Valga la pena destacar que en la consulta popular la Constitución exige "previo concepto favorable del Senado", mientras que en el plebiscito el Gobierno debe *informar* al Congreso de la República su intención de convocar un plebiscito, osea que se presentan notorias diferencias en la convocatoria de los dos mecanismos de participación ciudadana.

Es importante resaltar que el abogado y periodista GERMÁN SUÁREZ, durante el término de fijación en lista en el proceso constitucional, a través del cual se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, "por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana", cuestionó la constitucionalidad de la definición de plebiscito consignada en el artículo 7º, en los siguientes términos: "Entonces, si el plebiscito se refiere en el proyecto a la participación popular en relación con una decisión del Ejecutivo, también se está confundiendo esta institución con el referéndum, por cuanto, como se observó, en éste el objeto es la participación ciudadana que apoya o rechaza un texto normativo.

"Por lo anterior, el Ejecutivo toma sus decisiones a través de actos normativos, tales como los decretos y resoluciones, etc.

"Por lo consiguiente, para el proyecto de ley estatutaria el plebiscito y el referéndum equivaldrían a lo mismo, pése a que existe clara diferencia conceptual entre ellos...".

Sobre el particular la Corte no profundizó acerca del verdadero y real objeto de los plebiscitos, toda vez que el artículo 7º, al definir el plebiscito, se circunscribe a una *decisión* (y en similar sentido el artículo 50 define la consulta popular), mientras que en el artículo 77 se refiere a *políticas* del Ejecutivo. Entonces, ¿cuál es el objeto del plebiscito?

Se resalta que en las consultas populares y en los plebiscitos, su realización no puede versar sobre temas que impliquen modificación a la Constitución Política (arts. 50 inc. 2 y 78 inc. 2). En la consulta se

somete a la votación del pueblo un "texto", pero su objeto no puede versar sobre *proyectos de articulado* (arts. 52 y 53), porque este es el objeto de los referendos constitucionales y legislativos, según la definición del artículo 5° de la Ley 134 sobre referendo aprobatorio, el cual consiste, como se explicó, en "el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de acuerdo o de una resolución local (...) a consideración del pueblo (...)".

En el capítulo V ampliaremos estos temas al estudiar el control de constitucionalidad de estos mecanismos de participación ciudadana (art. 241 num. 2 y 3, Const.).

Finalmente, el artículo 56 se relaciona con los efectos de la consulta, cuyo texto expresa: "*Efectos de consulta*. Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses".

En conclusión, al pueblo no se le consulta un proyecto de articulado, pero la votación afirmativa convierte la decisión del Gobierno en obligatoria, dando lugar a la expedición de leyes, ordenanzas, acuerdos, etc.

a) *Consulta popular para convocar una Asamblea Constituyente*. Previamente al estudio de la normatividad constitucional y legal sobre la Asamblea Constituyente, es importante averiguar su origen y establecer en la historia colombiana las Constituciones expedidas por medio de éste órgano de origen democrático.

1) *Origen*. En Estados Unidos de Norteamérica, se utilizó por primera vez el mecanismo de la Convención Constituyente expidiendo la

Constitución Federal, el 17 de septiembre de 1787, en Filadelfia. En el artículo V se estableció este procedimiento para su enmienda, sin ser utilizado alguna vez, por cuanto el congreso Federal ha realizado las enmiendas constitucionales.

En Estados Unidos se denominó convención constituyente y en Francia Asamblea Constituyente; sistema este que se ha adoptado en el constitucionalismo latinoamericano; por ejemplo, para la expedición de las Constituciones de Brasil (1988), Argentina (1994), Perú (1979) y Colombia (1991), entre otros.

En Francia los Estados Generales decidieron transformarse en Asamblea Constituyente que el 3 de septiembre de 1791 expidió la primera Constitución escrita (se establecieron la monarquía constitucional y la soberanía nacional); posteriormente, la Asamblea Legislativa, en 1792 convocó la Convención Nacional y el 24 de junio de 1793 expidió la Constitución (consagró la soberanía popular y el referéndum para la aprobación de los actos del órgano legislativo unicameral).

2) *La Asamblea Constituyente en la historia constitucional colombiana.* Breve y descriptivamente examinaremos los procesos constituyentes que concluyeron con Constituciones Políticas expedidas por Asambleas Constituyentes.

a. *Colegio Constituyente.* El 20 de julio de 1810 los patriotas, liderando al pueblo, dieron el grito de independencia y suscribieron la llamada Acta de la Independencia que, en nuestra opinión, es la primitiva e incipiente Constitución Colombiana. El 27 de febrero de 1811 se integró el Colegio Constituyente de Cundinamarca y en un mes de labores expidió la Constitución de Cundinamarca; a partir de este año las provincias de Cartagena, Antioquia, Tunja, Mariquita, Neiva y Popayán, expiden sus Constituciones Provinciales.

En 1821 se expidió la Constitución de Cúcuta que previó que su reforma no podría hacerse antes de 10 años (artículo 191).

b. *La Convención de Ocaña.* Violando el artículo 191 de la Constitución de 1821, se expide el Decreto del 7 de agosto de 1827, por me-

dio del cual se convoca la Convención de Ocaña para que se apruebe una nueva Constitución, en la cual se enfrentan dos bloques: uno liderado por el Libertador Simón Bolívar y el otro por el General Francisco de Paula Santander; conflicto que no se resolvió consensualmente, lo cual condujo al fracaso de la Convención, tras el retiro de los seguidores de Bolívar. El Libertador, el 27 de agosto de 1828, expidió un decreto orgánico, asumiendo el supremo poder hasta el 20 de enero de 1830, fecha esta de la instalación del Congreso Constituyente de Colombia (también llamado el Congreso Admirable) y de la renuncia del cargo de Presidente. Se expide la Constitución "Nonata" de 1830; recibió este nombre porque no entró con vigencia y simultáneamente sobrevino la disolución de la Gran Colombia.

c. *La Convención de Rionegro*. En la guerra civil de 1861 el General Tomás Cipriano de Mosquera derrotó al Presidente de la Confederación Granadina Mariano Ospina Rodríguez, quien dictó el decreto del 7 de abril de 1862, integrando una Convención que sesionó en Rionegro y liderada por el Olimpo Radical (Liberal) expidió la Constitución Federalista de Rionegro, el 8 de mayo de 1863.

d. *El Consejo Nacional de Delegatarios*. Los liberales revolucionarios, sucumben en junio de 1885 en la batalla de La Humareda; Rafael Núñez reiterado su eslogan "Regeneración Administrativa Fundamental o catástrofe", en el balcón del palacio de San Carlos pronunció un ferviente discurso anunciando que "La Constitución de 1863 ha dejado de existir". El 10 de septiembre de 1885 dictó el Decreto 594, por el cual convocó el Consejo Nacional de Delegatarios, integrado con dos delegatarios designados por cada uno de los nueve Estados Federales. Este órgano (de mayoría conservadora) aprobó unas bases para la adopción de la nueva Constitución, con ratificación de las municipalidades. Don Miguel Antonio Caro se convirtió en el líder ideológico y jurídico del Consejo que expidió la Constitución de 1886, caracterizada por el centralismo político y la descentralización administrativa.

e. *La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa*. En medio de la grave crisis económica que vivía Colombia, a raíz de la guerra de los "Mil Días", en 1904 es elegido Rafael Reyes, Presidente de la Re-

pública; para resolver el problema económico solicitó facultades extraordinarias al Congreso y ante la negativa, Guillermo Valencia le expresó: "Desde los tiempos de Cromwell, se arriendan las casas de los parlamentos hostiles". Reyes escogió los miembros para una Asamblea Nacional (de mayoría conservadora y con liberales como Rafael Uribe Uribe y Benjamín Herrera), que sesionó de 1905 hasta 1909; hizo unas reformas de corta vigencia además de reelegir a Rafael Reyes.

f. *La Asamblea Nacional de Colombia.* Derrocado Rafael Reyes lo sucedió en la Presidencia Ramón González Valencia. Se convocó al pueblo a las urnas y se eligieron los miembros de la Asamblea Nacional, integrada por liberales y conservadores; se expidió el Acto Legislativo No. 3 de 1910, que consagró la acción popular de inconstitucionalidad, eliminó la pena de muerte y redujo el período presidencial a cuatro años, entre otras reformas constitucionales a la Constitución de 1886.

g. *La Asamblea Nacional Constituyente (ANAC).* En el gobierno de Laureano Gómez, el Congreso de la República, violando el artículo 218 de la Constitución, aprobó el Acto Legislativo No. 1 de 1952, por el cual se convocó una Asamblea Nacional Constituyente, cuyos miembros fueron designados por el Congreso, el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, además de los representantes de la Federación Nacional de Cafeteros, Fenalco, la Andi, la Asociación Bancaria, las Asociaciones de Cooperativas y gremios sindicales; la gran mayoría de sus miembros pertenecían al partido conservador. La instalación estaba prevista para el 15 de junio de 1953 y el 13 de junio el Teniente Coronel Gustavo Rojas Pinilla derrocó del poder a Laureano Gómez con un golpe de Estado, suspendiéndose la vigencia de la Constitución de 1886. No obstante, la Asamblea inició sus sesiones y ratificó en el gobierno a Rojas Pinilla; entre sus reformas se aprobó el sufragio femenino y proscribió el comunismo; se disolvió en 1957.

El 10 de mayo de 1957 Rojas Pinilla entregó el poder a una Junta Militar, integrada por cinco Generales, y el 1º de diciembre convocó al pueblo al (denominado por nosotros) referendo – plesbicitario, con un doble objetivo: restablecer la vigencia de la Constitución de 1886 con una reforma constitucional (de trece artículo) que se le introdujo (refe-

réndum) y, a su vez, el pueblo votó por la continuidad de la Junta Militar en el poder hasta el 7 de agosto de 1958 (plebiscito).

h. *La Asamblea Constituyente*. Finalizando la década de 1980 fueron asesinados vilmente los candidatos presidenciales Bernardo Jaramillo Ossa, Carlos Pizarro Leóngomez, Jaime Pardo Leal y Luis Carlos Galán; hechos violentos que generaron el movimiento universitario de la séptima papeleta, siendo su objetivo la convocatoria de una Asamblea Constituyente, a fin de promover una reforma profunda de las instituciones políticas. El Presidente César Gaviria Trujillo expidió el Decreto Legislativo 1926 de agosto 24 de 1990, por el cual se convocó al pueblo para elegir los miembros de una Asamblea Constituyente, el 9 de diciembre del mismo año; se establecieron sus límites, fijando un temario de reforma restringido, así como también se señalaron las calidades para ser elegido constituyente que por cierto fueron muy formalistas. La Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción constitucional, declaró parcialmente inexecutable el decreto³¹, entre otras normas, la limitación del temario, abriendo así la plena competencia de la Asamblea para expedir una nueva Constitución, como en efecto se logró con la aprobación de la Constitución de 1991, en la cual intervinieron delegatarios que representaban a los partidos liberal y conservador, el movimiento revolucionario M-19, a los indígenas, cristianos, etc. Constitución que respira democracia participativa por todos sus poros normativos; tema central de presente trabajo³².

b) *Base constitucional*. Entre los procedimientos de reforma constitucional, el título XIII consagró en el art. 376 de la Carta, la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los siguientes términos:

"Art. 376.—Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en vo-

³¹ En el proceso constitucional intervinieron con éxito numerosos ciudadanos y estudiantes universitarios, entre otros, Marcela Neira Londoño (Universidad Santo Tomás de Aquino), acusando por inconstitucionales varias disposiciones del Decreto 1926.

³² En cuanto a la historia del proceso constituyente de 1990 véase: JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA (profesor de derecho constitucional), *Reflexiones sobre democracia participativa en Colombia*, Revista Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, pág. 79.

tación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine”.

En efecto, los requisitos constitucionales que la ley de convocatoria debe reunir son: la *competencia*, es decir, cuáles son los temas de la Constitución para reformar; el *período*, esto es, el tiempo durante el cual sesionará la asamblea y la *composición*, se refiere al número de constituyentes a elegir.

Los demás requisitos están en la ley.

c) *Base legal*. La Ley 134, en los artículos 58 a 63, reguló el procedimiento para la convocatoria. Analicemos esta normatividad.

1) “*Iniciativa y convocatoria de la consulta*. El Congreso de la República, mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una u otra cámara, podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente para reformar **total o parcialmente** la Constitución” (art. 58).

Aunque no se infiere del art. 376 de la Constitución, en la Ley 134 que se comenta es claro que la reforma constitucional podrá ser **total** (es decir, cambiar la Constitución vigente por otra), o **parcial**. El pueblo toma la decisión convocando la asamblea. Como se expondrá adelante, el pueblo votará los **temas** de reforma que se le sometan a su consideración (delimitando la competencia).

Estimamos que en los demás procedimientos de reforma constitucional, esta no podrá ser total, salvo en el caso del referendo aprobatorio de iniciativa popular, por la sencilla razón de que el pueblo actúa *directamente*, como Constituyente Primario, en ejercicio de su soberanía, siempre y cuando el proyecto de Acto Legislativo se someta previamente a consideración del Congreso y este no lo apruebe o deje vencer los plazos de treinta (30) días de que dispone cada Cámara para tramitarlo y aprobarlo, como se dejó expuesto anteriormente.

El artículo 58 se declaró exequible en la Sentencia C-180, o sea que la Constitución podrá ser reformada totalmente por una Asamblea Constituyente. Sin embargo, en Sentencia 551, la Corte estimó que la

Constitución no podrá ser sustituida "por otra totalmente distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario". En efecto, y como se observó, el pueblo (constituyente primario) votará la convocatoria de la Constituyente y simultáneamente decidirá si acepta o no la reforma total de la Constitución.

2) "*Contenido de la ley de convocatoria*. Además de la convocatoria de la asamblea constituyente, la ley deberá definir el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, la competencia de la asamblea, la fecha de su iniciación y su periodo" (art. 59).

Tres requisitos deberá contener esta ley: el número de constituyentes a elegir; período de duración de la Asamblea y su competencia.

Por competencia ha de entenderse los *temas* de reforma de que se ocupará la Asamblea.

3) "*Control de constitucionalidad*. Sancionada la ley³³ que convoca la consulta, el Presidente de la República la remitirá a la Corte Constitucional para que esta decida previamente sobre su constitucionalidad formal, de conformidad con lo establecido en los artículos 241 inciso 2º, y 379 de la Constitución Política" (art. 60).

El control de constitucionalidad es previo, porque se efectúa con anterioridad a la concurrencia de los ciudadanos a las urnas: "con anterioridad al pronunciamiento popular", preceptúa el art. 241, num. 2.

El objeto del control de constitucionalidad recae sobre los vicios de forma de la ley de convocatoria a la asamblea, mientras que en el referendo constitucional el control recae sobre el proyecto de acto legislativo o de ley que contiene la reforma constitucional; aspectos jurídicos que ampliaremos en el capítulo V.

4) "*La tarjeta electoral*. La tarjeta electoral para la consulta deberá ser diseñada de tal forma que los electores puedan votar con un 'sí' o un 'no' la convocatoria y los demás temas que serán competencia de la asamblea" (art. 61).

³³ Se sanciona el proyecto de ley.

Como se observa, en la convocatoria se determina con precisión los temas objeto de la reforma constitucional para que el pueblo se pronuncie, caracterizando esta forma de participación como un *referendo consultivo* (según la doctrina extranjera) toda vez que el pueblo se manifiesta acerca del texto normativo (la ley por la cual se consulta la convocatoria) y a través del voto refrendará los temas. Como quiera que la norma no hizo distinción alguna podrá someterse a consideración popular cualquier tema constitucional, a fin de reformar **total o parcialmente** la Constitución, como se expresó anteriormente.

5) "*Fecha para la realización de la consulta.* La consulta para convocar una asamblea constituyente y la elección de sus delegatarios serán dos actos separados.

"Esta deberá realizarse entre los dos y los seis meses a partir de la fecha de expedición de la ley. Estos mismos términos rigen para la elección de los delegatarios de la asamblea, contados desde la fecha de promulgación de los resultados por el Consejo Nacional Electoral. Las dos votaciones no podrán coincidir con otro acto electoral" (art. 63).

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-180 de 1994, expresó: "Se entiende que tanto la elección de delegatarios como la consulta para que el pueblo apruebe la convocatoria a una Asamblea Constituyente, son dos actos totalmente distintos, en cuanto de uno se deriva la posibilidad de que haya lugar a realizarse el otro; así, para poder elegir delegatarios, es requisito *sine qua non* que el pueblo se haya pronunciado de manera favorable a la convocatoria de la Asamblea Constituyente".

En otras palabras, el pueblo comparecerá a las urnas en dos oportunidades: La primera para votar por la convocatoria de la Asamblea, su *período y composición* y los *temas* objeto de la reforma constitucional. En la segunda, el pueblo elegirá los Constituyentes o Delegatarios.

d) *Nuestro concepto.* La Asamblea Constituyente es un órgano integrado por un número determinado de Delegatarios, elegidos po-

pularmente, con competencia para reformar total o parcialmente la Constitución, en ejercicio del poder constituyente constituido, de conformidad con la ley de convocatoria, previamente declarada exequible.

Como lo anotamos en el primer capítulo, el Congreso es un órgano preconstituyente y la Asamblea actúa como poder constituyente derivado; aspectos que ampliaremos en el capítulo IV.

20. REVOCATORIA DEL MANDATO

La Ley 134, en el art. 6º, contiene la siguiente definición: "La revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde".

La Ley 134 fue subrogada por la Ley 741 de mayo 31 de 2002, "por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, reglamentarias del voto pragmático".

En efecto, el artículo 64 de la Ley 134, subrogado por el art. 1º de la Ley 741, preceptúa: "Los artículos 7º de la Ley 131 de 1994 y 64 de la Ley 134 de 1994, quedarán así:

"La revocatoria del mandato procederá, siempre y cuando se surtan los siguientes requisitos:

"1. Haber transcurrido no menos de un año, contado a partir del momento de la posesión de respectivo alcalde o gobernador.

"2. Mediar por escrito, ante la Registraduría Nacional, solicitud de convocatoria a pronunciamiento popular para revocatoria, mediante un memorial que suscriban los ciudadanos en número no inferior al 40% del total de los votos que obtuvo el elegido".

El Registrador Nacional del Estado Civil expidió la Resolución N° 5641 de octubre 30 de 1996, "por la cual se reglamenta el procedimiento para la verificación de firmas que respaldan o apoyan los distintos mecanismos de participación ciudadana", y en el artículo 1º se estableció que "para inscribir (...) la revocatoria del mandato de un gobernador o

alcalde, el Comité de Promotores y el vocero deberán presentar ante los delegados y el Registrador Nacional (...) el formulario correspondiente debidamente diligenciado, acompañado de las firmas que contienen los respaldos para la inscripción". De modo que el trámite de la revocatoria del mandato sigue los delineamientos de la inscripción de una iniciativa legislativa o normativa, o solicitud de referendo.

La *revocatoria del mandato* tiene estrecha relación con el *voto programático*, siendo su fundamento el artículo 259 de la Constitución, que expresa: "Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático".

La Ley Estatutaria 131 de mayo 9 de 1994, "por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones", en el artículo 1° definió el voto programático, en los siguientes términos: "En desarrollo del artículo 259 de la Constitución Política, se entiende por voto programático el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura".

La normatividad corresponde a la concepción roussoniana del *mandato imperativo*; los ciudadanos imponen al gobernador o alcalde obligaciones que surgen del programa por el cual votaron; se trata de un nexo jurídico-político entre el elector y el elegido que se traduce en un voto de confianza. "(...) el mandato es una relación de confianza fundada en el principio de la buena fe, por medio de la cual una persona –el mandante– logra hacerse presente en donde no puede estarlo, por medio de otra –el mandatario–"⁵⁴. Cuando la confianza se pierde por el incumplimiento de las obligaciones se presenta la posibilidad de revocar el mandato.

En los demás casos, previstos en la Constitución, el mandato es *representativo* por cuanto el elegido no contrae *obligaciones* con el

⁵⁴ Sentencia C-011 de 1994, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

elector y, por ende, no habrá revocatoria, como sucede con los senadores, representantes, diputados, ediles, constituyentes y Presidente de la República.

A continuación analizamos las siguientes disposiciones de la Ley Estatutaria 131, subrogada, como se expresó, por la Ley 741.

El art. 2º, preceptúa: "En desarrollo de los artículos 40 y 103 de la Constitución Política, la revocatoria del mandato por incumplimiento del programa de gobierno, es un mecanismo de participación popular, en los términos de esta ley".

El art. 3º, expresa: "Los candidatos a ser elegidos popularmente como gobernadores y alcaldes deberán someter a consideración ciudadana un programa de gobierno, que hará parte integral de la inscripción ante las autoridades electorales (...)".

"Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En otras palabras, en el nuevo esquema filosófico de la Carta el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante y luego desaparece durante todo el periodo que media entre dos elecciones –como en la democracia representativa–, sino que durante todo el tiempo el ciudadano conserva sus derechos políticos para controlar al elegido –propio de la democracia participativa–. El ciudadano no se desentiende de su elección"³³.

Los programas de gobierno los proponen los candidatos a Gobernador o Alcalde a los ciudadanos y por medio del voto lo apoyan, derivándose *obligaciones* a cargo del elegido; por consiguiente, la revocatoria será individual "en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley" (art. 40, num. 4, Const.), o sea, en los exclusivos casos de Gobernador y Alcalde; por lo tanto, en el derecho constitucional colombiano no procederá la revocatoria colectiva, como por ejemplo, de los Congresistas; primero, porque la Constitución estableció para estos la

³³ Sentencia C-011 de 1994, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

pérdida de la investidura, por las causales taxativamente previstas por el artículo 183; segundo, por cuanto el despojo de la investidura no le corresponde al pueblo elector, sino al Consejo de Estado, previo un procedimiento constitucional (art. 184) previsto en la Ley 144 de julio 13 de 1994, "por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas"⁵⁶; tercero, por la sencilla razón de que la disolución del parlamento es institución del régimen parlamentarista y no del régimen presidencialista, y cuarto, como corolario de lo anterior tenemos que la pérdida de la investidura no es un procedimiento de participación democrática y, por todo lo anterior, el Constituyente no lo incluyó en el artículo 103 de la Constitución, como tampoco en la Ley 134 de 1994.

"La revocatoria del Congreso es una figura ajena al procedimiento del referendo y, posiblemente, a cualquier procedimiento, porque el período de los senadores y representantes, y con mayor razón el del propio Presidente de la República, está fijado en la Constitución y no existe mecanismo popular de ninguna clase para reducirlo (...)"⁵⁷.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la Observación General N° 25, expresó: "(...) las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos, deberán establecerse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables, que comporten procedimientos justos y equitativos"⁵⁸.

El art. 7° de la Ley 131, subrogado por el art. 1° de la Ley 741, trata de los requisitos para la revocatoria del mandato, cuyo texto expresa: "La revocatoria del mandato procederá, siempre y cuando se surtan los siguientes requisitos:

"1. Haber transcurrido no menos de un año, contado a partir del momento de posesión del respectivo alcalde o gobernador.

⁵⁶ La pérdida de investidura se hizo extensiva a los diputados, concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales, en el art. 48 de la Ley 617 de octubre 6 de 2000.

⁵⁷ ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, *Una página para doblar*, El Tiempo, domingo 28 de mayo de 2000, págs. 1-25.

⁵⁸ Cita de la Comisión Andina de Juristas, *Protección de los Derechos Humanos*, Santa Fe de Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, segunda edición, 1999, pág. 194.

"2. Mediar por escrito, ante la Registraduría Nacional, solicitud de convocatoria a pronunciamiento popular para revocatoria, mediante un memorial que suscriban los ciudadanos en número no inferior al 40% del total de votos que obtuvo el elegido".

En primer lugar, el Alcalde dispone del primer año de su mandato para demostrarle al pueblo el cumplimiento de su programa, obviamente no en forma plena, pero sí dar prueba de su ejecución. Todo radica en la confianza popular que se tenga de la autoridad política del mandatario seccional o local.

En segundo lugar, la Ley 131 le exige a los ciudadanos que votaron por gobernador o alcalde que sustenten las razones que animan a revocarle el mandato, en un memorial dirigido al Registrador respectivo (art. 8º), mientras que la Ley 134 se refiere al formulario de solicitud de convocatoria a la votación para la revocatoria, el cual debe contener las razones que la fundamentan, por la insatisfacción general de la ciudadanía o por el incumplimiento del programa de gobierno (art. 65); consideramos que esta última disposición es clara y precisa al exigir la manifestación de las razones que no son otras que el incumplimiento del programa porque en él, como se explicó anteriormente, constan las obligaciones que asumió el candidato.

En tercer lugar, para darle seriedad al mecanismo de participación y, por ende, estabilidad al mandatario en el cargo, se exige que un número de ciudadanos "en número no inferior al 40% del total de votos que obtuvo el elegido", soliciten la revocatoria del mandato.

El artículo 69 de la Ley 134, subrogado por el art. 2º de la Ley 741, trata de la aprobación de la revocatoria del mandato, cuyo texto expresa: "Solo para efectos del voto programático, procederá la revocatoria del mandato para gobernadores y alcaldes, al ser esta aprobada en el pronunciamiento popular por la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea inferior al cincuenta y cinco por ciento (55%) de la votación válida registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario".

Rendido el informe por la Registraduría sobre el resultado de la votación al Presidente de la República o al Gobernador, se considerará revocado el mandato y, por ende, opera la causal de falta absoluta del alcalde, prevista en el artículo 98, literal g) de la ley 136 de 1994, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios". El Registrador expide un certificado rindiendo el informe precitado y dentro de los treinta (30) días siguientes convocará a elecciones para escoger el sucesor. Durante el periodo que transcurra entre la fecha de la revocatoria y la fecha de posesión del nuevo mandatario, el Presidente o el Gobernador designará en calidad de encargado a un ciudadano del mismo grupo, partido o movimiento político del mandatario revocado, quien dará cumplimiento al programa inscrito por este (arts. 71 a 75, Ley 134). Esta ley ni la Ley 131 prevén lo siguiente: "(...) el candidato a nuevo alcalde deberá anexar a la inscripción de su candidatura (...) el programa de gobierno que someterá a consideración de la ciudadanía" (art. 107, Ley 136/94).

La reforma introducida a la Ley Estatutaria 134 por la Ley Estatutaria 741 tiene como principal propósito abrir los canales democráticos para la participación en la revocatoria del mandato de los ciudadanos que no votaron por Alcalde ni Gobernador. Alcance que la Corte Constitucional fijó así: "El artículo 103 superior, al enumerar los distintos mecanismos de participación democrática distingue claramente entre el voto y la revocatoria del mandato, por lo cual no es posible fundir en un solo concepto inescindible ambas nociones. Si bien es cierto que la revocatoria como mecanismo de control supone el concepto del voto por programas de gobierno, esta relación no puede llegar hasta el extremo de considerar que los ciudadanos que se abstuvieron de participar en la elección de un mandatario local quedan excluidos del ejercicio de la más importante forma de control político prevista para el nivel departamental y municipal.

"(...)

"De otro lado, la nueva exégesis integral de los textos superiores que lleva concluir que no solo quienes eligieron al alcalde o gobernador pueden participar en la revocatoria de su mandato, sino que todos

los ciudadanos tienen el derecho de hacerlo, realiza de mejor forma la doctrina de la soberanía popular que adoptara la Constitución de 1991 como sustento de la forma de democracia participativa⁵⁹.

Finalmente se advierte que la ley no previó la revocatoria del mandato como causal de inhabilidad para ser elegido alcalde.

21. CABILDO ABIERTO

Estudiaremos a continuación los orígenes del Cabildo Abierto y su regulación en la Ley Estatutaria 134.

a) *Origen*. Los antecedentes históricos nos remontan al 20 de julio de 1810, día en que se reunió un cabildo abierto y se adoptó el Acta de Independencia. Brevemente se exponen los siguientes hechos: "A las seis de la tarde el pueblo armado llenaba la plaza principal precipitándose sobre el palacio del virrey y pidiendo a voces se les entregaran Llorente y los españoles Infiesta y Trillo. La confusión reinaba en toda la ciudad; las campanas de las iglesias tocaban a fuego; el batallón a órdenes de Moledo se incorporó a los patriotas; la ola crecía por instantes, y el pueblo entero pedía con agudas voces un Cabildo Abierto donde pudieran hacerse oír sus representantes, lo que dos veces fue negado por el Virrey; pero a la tercera y más enérgica petición, temiendo que su severidad fuera causa de mayores desastres y por el consejo del Oidor don Juan Jurado, concedió Cabildo Extraordinario, el cual se instaló en las primeras horas de la noche, presidido por este funcionario peninsular.

"Pero las turbas, no contentas con esto, invadían ya el recinto de las sesiones en la casa consistorial, y a pesar de la negativa del mandatario español y de su representante, comenzó a funcionar el Cabildo Abierto, verdadera asamblea popular que por entonces era de estilo, convocada extraordinariamente para tratar negocios importantes e imprevistos⁶⁰.

⁵⁹ Sentencia C-179 de marzo 12 de 2002, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁶⁰ MANUEL ANTONIO POMBO y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, *Constituciones de Colombia*, recopiladas y precedidas por una breve reseña histórica. Tomo I. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Prensas del Ministerio de Educación Nacional, 1951, pág. 85.

Como fruto del Cabildo Abierto se instaló la Junta Suprema del Nuevo Reino de Granada y en la madrugada del 21 de julio se adoptó el Acta de la Independencia, siendo sus protagonistas José Acevedo y Gómez, Camilo Torres Tenorio y Miguel de Pombo. "Sin lugar a dudas, el Acta de Independencia del 20 de julio de 1810 es el documento político más importante de la historia patria (...), punto de partida del constitucionalismo colombiano"⁶¹.

b) *Definición*. "El cabildo abierto es una reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad" (Ley 134, art. 9º).

c) *Oportunidad*. En cada período de sesiones ordinarias de los concejos municipales o distritales, o de las juntas administradoras locales, deben celebrarse por lo menos dos sesiones en las que se considerarán los asuntos que los residentes en el municipio, distrito, localidad, comuna o corregimiento, soliciten sean estudiados y sean de competencia de la corporación respectiva".

d) *Regulación normativa*. Los artículos 82 a 89 de la Ley 134 señalan el procedimiento a seguir para la convocatoria a un Cabildo Abierto. "Un número no inferior al cinco por mil del censo electoral del municipio, distrito, localidad, comuna o corregimiento, según el caso, podrán presentar ante la secretaría de la respectiva corporación la solicitud razonada para que sea discutido un asunto en cabildo abierto, con no menos de quince días de anticipación a la fecha de iniciación del período de sesiones (...)", preceptúa el artículo 82. El artículo 86 consagra la posibilidad de que todas las personas que tengan interés puedan asistir a los cabildos. El artículo 87 establece la obligación para el Presidente de la Corporación de dar respuesta a los planteamientos y solicitudes ciudadanas.

⁶¹ ARMANDO GÓMEZ LATORRE, *El Acta del 20 de julio de 1810*, El Tiempo, diciembre 29 de 1997, pág. 5ª.

La Corte Constitucional, en sentencia C-180, expresó: "Como esta Corte lo anotó, a propósito de la definición que de esta figura se hace en el art. 9º, y que consignó en precedencia el '*interés*' que conforme a los artículos 83 y 86, califica tanto los asuntos que pueden ser de deliberación en cabildo, como las personas con derechos a asistir, desde luego, enfatiza la especial relación existente entre los sujetos residentes en el respectivo municipio o distrito y los asuntos que conciernen a sus habitantes. La constitucionalidad de esta exigencia la respalda el art. 316 de la Carta que, en aras de la verdadera democracia local, claramente dispone que en la decisión de asuntos de ese carácter, solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

"Se trata de un mecanismo nuevo en nuestro ordenamiento constitucional, cuya única mención aparece en el artículo 103, inciso primero de la Carta Política. Es allí donde el Constituyente deja en manos del legislador su reglamentación, de la cual se ocupan las normas señaladas en este capítulo.

"Son disposiciones que se limitan a regular y desarrollar el instrumento del cabildo abierto, y que efectuando el análisis de las mismas, no presentan oposición alguna a las normas superiores, por lo que esta Corte las encuentra ajustadas a la Constitución".

La normatividad transcrita y la jurisprudencia constitucional ameritan las siguientes consideraciones:

La Corte Constitucional resalta el elemento de la **residencia** de los ciudadanos que deseen participar en los cabildos abiertos, a fin de evitar que de un municipio se trasladen sus habitantes a otro municipio, con el fin de plantear asuntos de interés comunitario (art. 81).

"En el mes de diciembre de 1990 en un pequeño escrito propuse a la Asamblea Constituyente, entre otras instituciones políticas, la consagración constitucional de la democracia participativa, con énfasis en el nivel municipal. Para ello formulé como recomendación la vecindad de los ciudadanos en los municipios en que se realizara la participación democrática, en los siguientes términos: 'La vecindad es condición indispensable para evitar el traslado de electores de un municipio a otro,

garantizando así la independencia de una comunidad local para manejar sus propios asuntos”⁶².

22. CONTENIDO Y ALCANCES JURÍDICOS DEL ARTÍCULO 316 DE LA CONSTITUCIÓN (EL *TRASTEEO ELECTORAL*)

En la Constitución de 1991, en el artículo 316, se estableció la siguiente limitación al derecho al sufragio y, por ende, a la participación ciudadana: “En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

En la doctrina el derecho al sufragio tiene un doble sentido, a saber: el derecho de sufragio activo, o sea, el derecho a ser elector, el derecho a elegir, y el derecho de sufragio pasivo, esto es, el derecho a ser elegible, “el sufragio pasivo significa, el derecho a presentarse como candidato a las elecciones”⁶³.

“El derecho de elegir como capacidad electoral configura subjetivamente el derecho electoral activo; y el de ser elegido, el derecho electoral pasivo”⁶⁴.

Es claro que la preceptiva constitucional limita el ejercicio del derecho de sufragio activo, es decir, del elector, para lo cual estableció un *deber* constitucional: ser residente en el respectivo municipio. No se establecieron limitaciones, ni prohibiciones para el sufragio pasivo que de ellas se derivarán efectos y consecuencias jurídicas para el elegido.

Analicemos el desarrollo legal del artículo 316.

La Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, en el

⁶² ERNESTO REY CANTOR, “Democracia participativa, consulta popular e iniciativa popular”, en la obra colectiva *Constitucionalistas ante la Constituyente*, Bogotá, 1990, pág. 171.

⁶³ MANUEL ARAGÓN REYES, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en la obra colectiva *Democracia y representación en el umbral del Siglo XXI*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pág. 7.

⁶⁴ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed. cit., pág. 53.

artículo 183 consignó la siguiente definición de residencia: "Entiéndese por residencia para los efectos establecidos en el artículo 316 de la Constitución Política, el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee alguno de sus negocios o empleo".

La Ley 163 de agosto 31 de 1994, "por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral", en el art. 4º, inciso 1 contempló la siguiente definición de *residencia electoral*, así: "Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.

"Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio".

En el inciso 4, expresó: "(...) cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción".

En desarrollo de esta preceptiva el Consejo expidió la Resolución No. 024 de 2000, modificada por la Resolución No. 4172 de 2003, por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para dejar sin efecto la inscripción de cédulas por violación de las exigencias previstas en el artículo 316 de la Constitución, concretamente por el "trasteo electoral".

El nuevo Código Penal, en el artículo 389, tipificó el "fraude en inscripción de cédulas", en los siguientes términos: "El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años".

De esta forma se desarrolló legalmente el mandato constitucional.

En efecto, el legislador precisó la limitación para el ejercicio del derecho al sufragio activo del votante y estableció las consecuencias penales por su desconocimiento.

Con estas precisiones llegaremos a las siguientes conclusiones:

a) El artículo 316 únicamente establece un *deber constitucional* que consiste en que los ciudadanos tienen que ser residentes en el municipio para participar en la elección de sus autoridades locales (alcalde, concejales y ediles) y para la toma de decisiones sobre asuntos locales (tales como plebiscitos, referendos y consultas populares municipales) y correlativamente se consagra una prohibición para los ciudadanos que no sean residentes en el respectivo municipio, que se traduce en no participar en tales eventos democráticos. Esta es la limitación para la participación ciudadana del votante.

En otras palabras, la preceptiva constitucional no establece limitaciones ni requisitos para los elegidos, sino *deberes constitucionales* para los electores.

b) Obsérvese que esta norma constitucional consagró el adverbio *solo*, con el objeto de precisar, determinar e identificar el *sujeto* de la oración gramatical en cabeza de los "*ciudadanos residentes en el respectivo municipio*", a fin de que puedan *participar* "en las votaciones que se realicen para las elecciones de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter".

c) Consecuencialmente, solo los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, podrán votar, en ejercicio del derecho de sufragio activo, es decir, que el sujeto de la oración gramatical es el elector y, por consiguiente, es claro que el elegido no es el sujeto y, por ende, él no estaría cubierto por ninguna prohibición y mucho menos que las consecuencias jurídicas de la prohibición para el elector se extiendan para el elegido.

d) En efecto, el deber y la prohibición constitucionales no estructuran una *causal de nulidad electoral*, porque ese no fue el pensamiento del Constituyente; el espíritu constituyente fue el de proscribir

el *trasteo electoral*. Obviamente que el Constituyente no sería ingenuo en establecer una causal de esta índole y en la forma prevista por el art. 316; por la siguiente sencilla y elemental razón: ¿cómo se establecería si los “electores trasteados”, efectivamente votaron por el candidato que resultó triunfador en las elecciones, siendo el voto secreto? ¿Qué hacer con los votos trasteados por todos los candidatos? ¿Sería lógico anular todos los votos de una urna, en la cual se depositaron válidamente sufragios de ciudadanos residentes en el municipio? De todas maneras debe protegerse el derecho a elegir y ser elegido, como derecho fundamental y derecho humano.

En conclusión, el espíritu del Constituyente fue el de afianzar la transparencia de la democracia local, evitando el “trasteo de electores” de un municipio a otro, para lo cual limitó los efectos jurídicos de la norma a los electores única y exclusivamente, y la intención o espíritu del Constituyente no fue, como se dijo, la de establecer prohibiciones e inhabilidades electorales para los elegidos.

Para establecer el “trasteo electoral” como causal de nulidad electoral, se requiere que el Congreso por ley lo consagre; pero ¿cómo se probaría?

La Ley 796 de 2003 de convocatoria a referendo, en el artículo 7º que subrogaría el artículo 183 de la Constitución, entre las causales para perder la investidura, se halla la participación “en prácticas de transhumancia electoral” (numeral 6).

Como se observa, el Constituyente por el momento no ha tenido la intención de establecer como causal de nulidad electoral el “trasteo electoral”, mucho menos el legislador.

CAPÍTULO IV

DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

"El poder de revisión constitucional nace de la propia Constitución y, por lo tanto, está comprendido en la especie de las normas constitucionales, dado que se rige por una de ellas"¹.

"Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado.

"Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución"².

¹ VANOSI, op. cit., pág. 138.

² Sentencia C-551 de 2003.

Para un análisis integral de la reforma de la Carta, debemos recordar y aplicar las siguientes instituciones políticas: poder constituyente –originario (ilimitado) y derivado (limitado)–, y su cauce por el que transita, el proceso constituyente y sus etapas: la iniciativa para la reforma; el órgano que la realiza (la competencia), en ejercicio de función constituyente (siguiendo unas reglas de procedimiento) y el resultado de este ejercicio, el acto constituyente. Para lo cual, trabajaremos con estas instituciones estudiadas en el primer capítulo.

1. EL POR QUIÉN, EL CÓMO Y EL CUÁNDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El desarrollo de este planteamiento, se relaciona con tres preguntas que formula PEDRO DE VEGA, en la reforma a una Constitución: el *¿por quién?* el *¿cómo?* y el *¿cuándo?*¹. Veamos en nuestro ordenamiento cómo se respondería a estos interrogantes.

El título del presente capítulo corresponde al enunciado del Título XIII de la Constitución. El artículo 374, preceptúa: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

La norma responde el *¿por quién?* Son tres órganos a quienes se les ha asignado la competencia para la reforma: Congreso, Asamblea Constituyente y el pueblo.

El *¿cómo?* se realiza la reforma, conduce a los procedimientos a seguir, previstos en la Constitución, a saber:

El procedimiento reglado en el artículo 375, que se inicia con un proyecto de acto legislativo.

El procedimiento consagrado por el artículo 376, activado por un proyecto de ley.

El procedimiento para convocar un referendo constitucional, con dos modalidades, a saber:

¹ De Vega, op. cit., págs. 81, 87 y ss.

El procedimiento **aggravado** para reformar los temas mayores de la Constitución, por medio de un proyecto de acto legislativo, regulado por el artículo 377.

El procedimiento **ordinario** para la reforma de los temas menores de la Carta, a través de un proyecto de ley, reglado en el artículo 378.

Los anteriores procedimientos constitucionales se desarrollan, a su vez, en:

La ley, a saber:

La Ley Orgánica 05 de 1992, reglamento del Congreso, prevé un **procedimiento legislativo constituyente** (arts. 221 a 226), con unas reglas adicionales para el trámite de los proyectos de actos legislativos, en desarrollo del art. 375 de la Carta.

La Ley Estatutaria 134 de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana, en los artículos 58 a 63, contiene reglas adicionales a las previstas en el artículo 376 de la Constitución para convocar la Asamblea Constituyente. La Ley 05 en los artículos 220 y 228 contienen otras reglas.

La citada Ley 134, como se estudió en el capítulo anterior, reguló la convocatoria a los referendos constitucionales, así: artículos 10 a 31, inscripción y trámite de las iniciativas populares y de las solicitudes de referendo; artículos 32 a 49, tratan de la convocatoria, materias, campañas, contenido de la tarjeta electoral y votación de los referendos (aprobatorios o derogatorios), sean constitucionales o legislativos (Ley 05, art. 229).

Estas son las reglas de procedimiento, previstas en la Constitución y las leyes orgánica y estatutaria citadas. De esta forma se responde ¿el cómo? se realiza la reforma.

En cuanto al tercer interrogante ¿cuándo? se efectuará la reforma. La Constitución de 1991 no establece plazos para presentarla, pero sí oportunidades; por ejemplo, el proyecto de acto legislativo deberá presentarse, debatirse y aprobarse en sesiones ordinarias del Congreso. En cuanto a la Asamblea Constituyente, la reforma se hará dentro del periodo que la ley señale. Se realizará el referendo derogatorio si así lo solicita el pueblo dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo.

Una de las diferencias esenciales entre uno y otro procedimiento radica en los temas que se someterán a reforma constitucional. La selección del procedimiento dependerá del tema materia de la reforma.

Hemos venido sosteniendo en la cátedra de derecho constitucional –a partir de 1991– que de los artículos anteriormente transcritos se concluye diáfananamente que la reforma constitucional cualquiera que sea el procedimiento a seguir, deberá someterse a consideración del Congreso, interpretando tales disposiciones en armonía con la Ley Estatutaria 134 de 1994, en lo que se relaciona con el referendo aprobatorio de iniciativa popular y el referendo derogatorio de iniciativa popular; se concluye que su diferenciación depende de los temas constitucionales que se someterán a reforma.

Al respecto, el maestro LUIS CARLOS SÁCHICA, refiriéndose a los constituyentes de 1991, expresa lo siguiente: “(...) ¿cómo se les ocurre condicionar todos los procedimientos de reforma de la Constitución –iniciativa popular y de los concejales y diputados, referendo de origen gubernamental, asamblea constituyente– al previo permiso del Congreso? ¡Qué tontería!”⁴. En otra oportunidad SÁCHICA, sostiene lo siguiente: “(...) trátese de iniciativa popular, referendo, plebiscito o asamblea constituyente, es el Congreso el que en últimas pondera la oportunidad, conveniencia y alcances de la propuesta que no tiene origen en su seno, poseedor de la llave que autoriza o no la reforma proyectada (...)”⁵.

En similar forma JORGE ARANGO MEJÍA expresa: “Si se revisan los artículos 374 a 380 se llega a la conclusión de que todas las reformas de la Constitución pasan por el Congreso (...)”⁶.

Como se expresó, aplicando los principios y las instituciones políticas estudiadas en el primer capítulo (teoría del poder constituyente y

⁴ LUIS CARLOS SÁCHICA, *No me eche la culpa*, D' Artagnan, El Espectador, jueves 13 de abril de 2000, pág. 11-A.

⁵ LUIS CARLOS SÁCHICA, *Una Constitución rígida e impermeable*, *Ámbito Jurídico*, Año III-No. 56, del 15 al 28 de mayo de 2000, pág. 3.

⁶ JORGE ARANGO MEJÍA, *Algunas reflexiones sobre el referendo reformativo de la Constitución*, Trabajo inédito, mayo 2 de 2000, pág. 15.

sus límites) y en el segundo (democracia semidirecta, iniciativa popular combinada con el referendo), trataremos el tema del ejercicio del poder constituyente secundario o reformador, presentando la siguiente clasificación⁷ de los procedimientos de reforma establecidos en la Constitución:

2. EJERCICIO DEMOCRÁTICO: RECREACIÓN SOBERANA-POPULAR DE LA CONSTITUCIÓN

a) *Por recreación representativa (democracia indirecta)*: mediante un:

1) *Órgano especial, convocado al efecto*. La asamblea constituyente (poder constituyente secundario o reformador), convocado por el Congreso (poder preconstituyente, en ejercicio de función preconstituyente), art. 376.

2) *Órgano ordinario y permanente*. El Congreso de la República (poder constituyente secundario o reformador) que en ejercicio de *función constituyente* aprueba en ocho debates un proyecto de acto legislativo reformativo de la constitución (art. 375), culminando así el proceso de reforma.

b) *Por recreación popular (democracia semi-directa)*, mediante un:

1) *Referendo derogatorio (art. 377)*. El Congreso (poder preconstituyente, en ejercicio de función preconstituyente) aprueba el proyecto de acto legislativo que reforma la Constitución en los siguientes temas sustanciales: derechos fundamentales, sus garantías, procedimientos de participación popular o el Congreso. El cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integren el censo electoral podrán solicitar que se convoque al pueblo (constituyente primario, ejerce la función *constituyente*), a fin de que derogue por referendo el acto legislativo, defendiendo y preservando así la dogmática de la Constitución, fruto de conquistas democráticas.

⁷ Adoptamos la clasificación de VANossi, op. cit., págs. 300 y 301.

2) *Referendo aprobatorio (art. 378)*. El Gobierno o el cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integren el censo electoral (poderes preconstituyentes), tienen la iniciativa para presentar un proyecto de ley contentivo de una reforma constitucional, con el objeto de que el Congreso (poder preconstituyente) la incorpore a la ley y convoque al pueblo (constituyente primario) para que en referendo apruebe el proyecto de reforma constitucional.

En esta modalidad de referendo no se mencionan temas; se infiere que procederá la reforma, cuando verse sobre los demás temas constitucionales, excepto los cuatro temas señalados en el art. 377.

Los ciudadanos y el Congreso ejercen función *pre-constituyente* y el pueblo ejercerá función *constituyente*. Esta es la hipótesis que según NÉSTOR PEDRO SAGÜES "el poder preconstituyente puede hallarse compartido, también, entre varios sujetos"⁸. Valga la pena recordar que en esta modalidad de referendo, aunque la reforma constitucional esté contenida en un *proyecto de ley*, el Congreso al aprobarlo está ejerciendo una función *preconstituyente* y no simplemente la función legislativa ordinaria, por la sencilla razón que se trata de la reforma a la Constitución.

Estudiemos en nuestra normatividad constitucional los dos procedimientos de reforma constitucional por medio de referendo, a fin de interpretar cada una de las normas que los consagran, acudiendo al derecho constitucional comparado, según el cual las Constituciones de los distintos Estados en el mundo establecen diversos procedimientos de reforma, con el objeto de encontrar en dicho examen los posibles antecedentes de estos mecanismos de participación ciudadana. En los últimos tiempos la tendencia política consiste en que el órgano que expide la Carta Política crea "en la Constitución escrita diversas categorías de normas en cuanto a sus posibilidades de revisión o reforma, de tal modo que algunos contenidos resulten más fáciles de modificar y otros contenidos queden más a cubierto de los cambios (...)"⁹. La técnica es la siguiente:

⁸ SAGÜES, op. cit., pág. 104.

⁹ VARIOSI, op. cit., pág. 207.

" (...) que la constitución prevea para su reforma dos procedimientos diferentes, que podrían articularse en función de estas variables:

"a) que un procedimiento –más difícil– sea empleado para los supuestos de reforma 'total' de la Constitución y otro mecanismo –más fácil– sea utilizado en los casos de reformas 'parciales' del texto constitucional".

"b) que para la modificación de ciertos artículos de la constitución que se reputan muy importantes y definitorios del régimen exista un proceso lento, mientras que para la reforma de los artículos que se ponderan menos trascendentales se siga un mecanismo más rápido y menos complicado, debiendo establecerse en la propia constitución qué casos corresponden al primero y cuáles al segundo"¹⁰.

En esta variable se halla la Constitución de España de 1978, en la cual se distingue dos tipos de normas constitucionales, según lo que estudiamos finalizando el primer capítulo.

Esta última variante de técnica constitucional, en nuestro concepto, constituye los antecedentes de los artículos 377 y 378, atendiendo a los temas constitucionales a reformar por medio de estos dos procedimientos.

3. PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Los tres procedimientos de reforma constitucional, según los temas constitucionales objeto de la misma, están consagrados en la siguiente forma:

a) *Reforma por el Congreso (art. 375)*. "Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente.

¹⁰ VANOSI, op. cit., págs. 208, 209 y 210, por ejemplo, en las Constituciones de Sudáfrica (art. 118): para reformar el artículo que rige la propia reforma constitucional y la igualdad de idiomas; Swazilandia: para la revisión de ciertas materias especiales previstas en la 1ª y 2ª parte del anexo 4 de la Constitución; Trinidad - Tobago (secc. 38), para ciertos asuntos.

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

"En este segundo periodo sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero".

Al respecto, la Corte Constitucional señala lo siguiente: *

"Cuando la reforma la realiza el Congreso de la República, el acto legislativo correspondiente debe cumplir los requisitos que contemplan la misma Constitución y algunas disposiciones de la Ley Orgánica 5 de 1992, o Reglamento del Congreso. Las exigencias constitucionales son las que se señalan a continuación:

"-*Iniciativa*. Los proyecto de Acto Legislativo pueden provenir del Gobierno, de los miembros del Congreso en número no inferior a 10, del veinte por ciento de los concejales o de los diputados, y de los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente (art. 375 C.P.).

"-*Publicación en la Gaceta*. El proyecto de Acto Legislativo debe publicarse en la Gaceta del Congreso antes de darle curso en la Comisión respectiva (art. 157-1 C.P. y art. 144 ley 5/92).

"-*Informe de ponencia*. El acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y a él deberá dársele el curso correspondiente (art. 160 C.P.).

"-*Aprobación*. El acto legislativo deberá aprobarse en dos periodos ordinarios y consecutivos, así: en la primera legislatura por la mayoría de los asistentes y en la segunda por la mayoría de los miembros de cada Cámara (art. 375 C.P.).

"-*Publicación*. Aprobado el proyecto en el primer periodo, el Gobierno deberá publicarlo (art. 375 C.P.)"¹¹.

¹¹ Sentencia C-543 de octubre 1º de 1998.

Se destaca que la iniciativa para la reforma es variada, revistiendo singular importancia la iniciativa popular; un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el censo electoral podrán promover un proyecto de acto legislativo y si el Congreso no lo aprueba podrán acudir al referendo aprobatorio siguiendo el trámite del artículo 32 de la Ley 134, aunque esta disposición se refiera exclusivamente al proyecto de ley. Como lo analizamos en el tercer capítulo, consideramos que esta disposición también es aplicable a los proyectos de actos legislativos, toda vez que la definición de referendo aprobatorio contempla esta clase de proyectos (art. 5º), así como también la de iniciativa popular (art. 2º). De modo que los ciudadanos acudirán a la Registraduría para continuar con la recolección de un cinco por ciento (5%) de firmas adicionales para un total de diez por ciento (10%) y luego comparecerán a las urnas, previo examen de la Corte Constitucional.

El procedimiento del artículo 375 debe armonizarse con el procedimiento del artículo 377, independientemente de que el proyecto de acto legislativo provenga de una iniciativa popular. Me explico: si es aprobada la reforma y se refiere a uno o varios de los temas *sustanciales* previstos por el artículo 377, sería posible que un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos promuevan la convocatoria a un referendo derogatorio del acto legislativo aprobado por el Congreso, por el cual se modifica, subroga, deroga disposiciones que se relacionen con los **derechos fundamentales**, sus garantías, **mecanismos de participación popular** o el Congreso. Si el acto legislativo no se ocupó de ninguno de estos temas, no procederá el referendo derogatorio.

b) *Reforma por Asamblea Constituyente (art. 376)*. "Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una u otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

"Se entenderá que el pueblo convoca a la asamblea si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

"La asamblea deberá ser elegida por voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elec-

ción quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el tiempo señalado para que la asamblea cumpla sus funciones. La asamblea adoptará su propio reglamento”.

Los requisitos que deberá contener la ley de convocatoria de la asamblea y las demás formalidades se estudiaron en el capítulo anterior.

En este procedimiento el Congreso es el competente para precisar los temas objeto de reforma constitucional por la Asamblea Constituyente, siempre y cuando el pueblo apruebe (con una votación equivalente a la tercera parte de los ciudadanos inscritos en el censo electoral) que convoca la Asamblea, para reformar la Carta en esos precisos y determinados temas constitucionales, previo control de constitucionalidad de la Corte. Podrá suceder que el pueblo no vote favorablemente la convocatoria por no estar de acuerdo con los temas materia de la reforma. En últimas el pueblo soberano decidirá si faculta o no a la Asamblea Constituyente para reformar total o parcialmente la Constitución, como lo dejamos expuesto ampliamente en el capítulo III, reiterando que mediante este procedimiento es procedente la reforma total de la temática constitucional de conformidad con el artículo 58 de la Ley 134 de 1994.

El control de constitucionalidad previo de la ley de convocatoria de la asamblea, se estudiará en el próximo capítulo.

c) *Reforma por el pueblo (arts. 377 y 378).* Este mecanismo de participación se denomina *referendo constitucional*, el cual tiene dos modalidades, según la temática objeto de la reforma y su procedimiento, a saber:

1) *Referendo derogatorio de iniciativa popular (procedimiento agravado de reforma).* Se caracteriza esta modalidad de referendo por su lento y complejo procedimiento, lo que justifica su denominación de agravado.

“Artículo 377.—Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo so-

licita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”.

Esta modalidad de referendo tiene por objeto someter al Congreso y posteriormente al pueblo, a alguno o algunos de los siguientes temas *sustanciales* que se aprueban por *acto legislativo*:

- a. Derechos constitucionales fundamentales (Capítulo I del Título II);
- b. Sus garantías (como por ejemplo la acción de tutela);
- c. Procedimientos de participación popular (el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa popular y la revocatoria del mandato), y
- d. El Congreso.

El procedimiento agravado debe seguir los siguientes pasos: La reforma constitucional se realiza por un proyecto de *acto legislativo*, el cual se tramitará siguiendo un *proceso legislativo constituyente*, en la forma prevista por el artículo 375 de la Constitución, o sea, en dos períodos ordinarios y consecutivos, (Ley 05/92, arts. 218 y ss.) con ocho debates. Una vez aprobado el acto normativo y promulgado por el Gobierno Nacional, esto es, publicado en el *Diario Oficial*, dentro de los seis meses siguientes el pueblo, representado por un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral, podrá solicitar la convocatoria a un referendo constitucional para derogar en las urnas, a través de sufragio, el acto legislativo contentivo de la reforma constitucional. Como se observa se trata de un procedimiento *agravado* de reforma por lo complejo y dispendioso de su trámite.

La Corte Constitucional, refiriéndose a esta modalidad de referendo, lo califica de *aprobatorio*¹², por cuanto el acto legislativo aprobado por el Congreso tiene por objeto reformar uno o varios artículos de la Cons-

¹² Sentencia C-180 de 1994, op. cit.

tución que se relacionen con una, o varias, o todas las materias mencionadas en el precitado artículo 377. Si el resultado electoral es afirmativo, la reforma constitucional quedará derogada por voluntad del pueblo. No obstante lo anterior, ninguna disposición constitucional impide que el pueblo *refrende* el acto legislativo reformativo de la Constitución. En otras palabras, que no lo derogue y, por ende, lo ratifique, porque es posible que se cite al pueblo a las urnas para derogar el acto legislativo y la respuesta popular sea contraria, es decir, positiva, lo que equivale a *refrendar* el texto normativo. Esta sería una modalidad de referendo aprobatorio implícitamente concebida por el artículo 377; por ejemplo, un cinco por ciento de los ciudadanos solicita el referendo con el objeto de derogar el acto legislativo, y en las urnas comparece un gran número de ciudadanos que supera esta cifra y refrenda el acto, es decir, que esta modalidad de referendo puede ser aprobatorio y derogatorio.

En síntesis, el referendo constitucional previsto por el artículo 377 es eminentemente **temático**, toda vez que el Constituyente, con el fin de preservar las **materias** objeto de la reforma, estableció un procedimiento lento y complejo, es decir, unos *límites sustanciales* para el ejercicio del poder constituyente reformativo, a fin de preservar la parte dogmática de la Constitución, con vocación eminentemente democrática, tal como lo estudiamos en el primer capítulo.

Esta modalidad recibe la denominación de **referendo derogatorio de iniciativa popular**, además porque si los ciudadanos no promueven la iniciativa popular (la recolección de un 5% de firmas del censo electoral) no habrá convocatoria a las urnas para el referendo; o sea que se deben articular los dos mecanismos de participación democrática para que opere la derogación de las normas constitucionales.

2) *Referendo aprobatorio de iniciativa popular (procedimiento ordinario de reforma)*. Se denomina así este procedimiento por ser rápido y abreviado.

"*Artículo 378.*—Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, po-

drán someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente (...)".

Finalmente, esta modalidad de referendo, en nuestro concepto, es de carácter *residual*, por cuanto tiene por objeto someter a la consideración del Congreso y posteriormente a la decisión del pueblo los **demás temas constitucionales**, (esto es, **exceptuando los cuatro temas anteriormente enumerados**, art. 377) o sea, los temas que *se ponderan menos trascendentales* (temas menores), para los cuales el Constituyente ha permitido la *flexibilidad* de la reforma, a través del trámite de un proyecto de ley que se aprueba en cuatro debates, guardando las formalidades del *proceso legislativo ordinario*; por ello lo denominamos procedimiento *ordinario* de reforma para distinguirlo del procedimiento *agravado* de reforma (art. 377).

Este referendo es aprobatorio y, a su vez, derogatorio de las disposiciones constitucionales que contienen los *temas menores*; por ejemplo, el pueblo aprueba el proyecto de ley que incorpora la reforma constitucional y, además, deroga las disposiciones que se refieran a las asambleas departamentales o a los honorarios de los Concejales.

En otras palabras, por medio del referendo constitucional previsto por el artículo 378, no es viable someter a consideración del Congreso y mucho menos a la decisión democrática del pueblo, reformas a *temas sustanciales*, que por ejemplo se relacionen con el Congreso (disminución del número de sus miembros), o con la libertad de ejercicio del sufragio estableciendo el voto obligatorio (derecho constitucional fundamental), sencillamente porque esta temática corresponde a la modalidad del referendo previsto por el artículo 377 de la Carta Política. En el evento de que se someta a consideración del Congreso y sea aprobada la reforma constitucional, el proyecto de ley que la incorpora *estaría viciado de inconstitucionalidad formal o de procedimiento*, por seguir un trámite que no le corresponde, toda vez que se debe presentar al Congreso un proyecto de acto legislativo para ser aprobado siguiendo el trámite de un *proceso legislativo constituyente* (ocho debates), y no un

proyecto de ley que se aprueba acatando el desarrollo del *proceso legislativo ordinario* (en cuatro debates) previsto en los artículos 154 a 169 de la Constitución y en la Ley 05/92, arts. 139 y ss.

El titular de la iniciativa para la reforma constitucional no puede seleccionar arbitrariamente el procedimiento de reforma que se acomode a las circunstancias políticas, toda vez que las competencias son regladas dependiendo de las materias objeto de la reforma constitucional.

Así lo quiso el Constituyente al señalar cuatro temas mayores específicos para el referendo del art. 377 y para los demás temas menores el referendo del art. 378. Esta es la técnica moderna utilizada para reformar las constituciones, como por ejemplo, las de Sudáfrica, Swazilandia y Trinidad y Tobago.

Otro aspecto para destacar es el de la iniciativa para la reforma constitucional, o sea, quiénes son sus actores. En el capítulo III nos ocupamos de la iniciativa popular (el 5% de los ciudadanos); en el presente capítulo nos referimos a la iniciativa del Gobierno Nacional para proponer el proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional que se someterá a referendo (art. 378).

De conformidad con el artículo 154 de la Constitución "las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta (...) del Gobierno Nacional (...)", y según el artículo 115 "(...) El Gobierno Nacional está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el gobierno. Ningún acto del Presidente (...) tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito (...) por el ministro del ramo respectivo (...)".

Con base en las anteriores disposiciones constitucionales el proyecto de ley que contenga la reforma constitucional debe suscribirse por el Presidente de la República y el ministro o el director del departamento administrativo correspondiente, a fin de conformar constitucionalmente el Gobierno. Nuestra apreciación jurídica la fundamentamos en la Sentencia C-084 de 1995 de la Corte Constitucional que expresa:

“La iniciativa legislativa es la facultad de **proponer** proyectos de ley ante el Congreso de la República, que la Constitución atribuye a múltiples actores (C.P., arts. 154, 155 y 156)”. En el caso del referendo del artículo 378 el autor que propone la reforma es el Gobierno, que se conforma como se expresó anteriormente. Distinta es la **presentación** del proyecto. Al respecto la Corte, en la Sentencia C-084 citada, expresó: “(...) la iniciación es la etapa primigenia del proceso legislativo, consistente en el comienzo de este por medio de la **presentación** de un proyecto en una de las Cámaras”. Consideramos que el Gobierno, por medio de los ministros, puede presentar el proyecto de ley. En efecto el artículo 200 de la Constitución preceptúa: “Corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: 1. Concurrir a la formación de las leyes, **presentando** proyectos por intermedio de los ministros (...)”. De modo que **proponer** el proyecto (iniciativa legislativa) es diferente a **presentarlo** (iniciación legislativa).

3) *Los umbrales*. El artículo 378, inciso 2 de la Carta, preceptúa lo siguiente:

“La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral”.

¿Esta es la norma aplicable a las reformas constitucionales aprobadas por vía de referendo? Una primera apreciación nos conduciría a contemplar las dos modalidades de referendo constitucional: el derogatorio (art. 377) y el aprobatorio (art. 378). Una segunda apreciación permite inferir que se refiere únicamente al referendo aprobatorio, porque: 1) Trata de la aprobación (no derogación) de reformas constitucionales, y 2) El inciso 2 en análisis forma parte del artículo 378 que prevé la reforma constitucional por referendo y sólo se circunscribe a su aprobación. Si ésta fuera una interpretación correcta, ¿cuál sería la participación de sufragantes y el voto mayoritario en un referendo derogatorio? ¿Dejó el constituyente una laguna constitucional? El intérprete la llenará.

* Ver cuadros anexos al final del capítulo.

La Ley 134 en el artículo 45 sobre mayorías reglamentó la materia al decir: "En todo referendo, el pueblo tomará decisiones obligatorias por medio de la mitad más uno de los votantes, siempre y cuando haya participado una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral (...)".

Interpretando el inciso 2 del artículo 378 y el artículo 45, se infieren dos umbrales, a saber:

—*De participación.* "El umbral es el porcentaje o número mínimo a partir del cual se produce un efecto determinado"¹¹. Consiste en que concurren a las urnas una cuarta parte de los ciudadanos inscritos en el censo electoral; por ejemplo, si el censo asciende a 24.000.000 de inscritos, se requerirá que 6.000.000 (la cuarta parte) de ciudadanos concurren a sufragar.

—*De aprobación.* Si se obtienen los 6.000.000 de sufragantes, para que cada norma jurídica sea aprobada se requerirá el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, es decir, 3.001.000 de votantes por el "sí".

La Corte interpretó la norma, en Sentencia C-551, así:

"En cada una de las reformas propuestas, las autoridades electorales, para determinar si la reforma propuesta fue o no aprobada, deberá verificar si ésta (i) obtuvo o no más de la mitad de los votos, y (ii) si el número total de votos a favor o en contra de esa propuesta supera o no la cuarta parte de los sufragios posibles, conforme al censo electoral. Por ende, el hecho de que un ciudadano concurre a las urnas en un referendo constitucional que consta de varias preguntas no puede ser interpretado como si esa persona hubiera participado automáticamente en todas las preguntas, pues esa tesis desconoce su libertad como sufragante, ya que le impide decidir diferenciadamente cuáles artículos vota en forma negativa o en forma positiva, y frente a cuáles decide no participar por opción individual o como parte de un propósito de un grupo de ciudadanos que invitan legítimamente a la abstención para evitar que esa pregunta específica alcance el umbral mínimo de participación y, por ende, no sea aprobada".

Al final nos referiremos a los escrutinios.

¹¹ El Tiempo, septiembre 1° de 2003, pág. 17.

En la Sentencia C-180, la Corte expresó lo siguiente al referirse al artículo 45 de la Ley 134: "La constitucionalidad de esta disposición, se constata al apreciar la coincidencia de su contenido con el de los artículos 170, inciso segundo y 378, inciso segundo de la Constitución".

4) *Interpretación del contenido y alcances jurídicos del artículo 378.* Han surgido diversas interpretaciones acerca del referendo aprobatorio de iniciativa popular consagrado en el artículo 378 de la constitución. Al final presentamos nuestro concepto.

a. *Tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.* En concepto de agosto 6 de 1998, se expresó lo siguiente: "La sala estima que el Congreso al tramitar la ley tiene la facultad de examinar la propuesta de reforma constitucional, pero dicho análisis no tiene como finalidad introducir modificaciones al temario o articulado constitutivo de la propuesta presentada por el Gobierno Nacional o los ciudadanos, sino *evaluar la procedencia o conveniencia de la convocatoria del referendo y, como consecuencia, aprobar o negar el respectivo proyecto de ley.* Desde el punto de vista formal, es posible que el Congreso efectúe al temario o articulado del proyecto de reforma constitucional los *ajustes de redacción necesarios para que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente* (lo resaltado es nuestro).

"Por tanto, se considera que no son procedentes las modificaciones sustanciales del temario o articulado del proyecto de reforma constitucional objeto de referendo, porque si esto fuera posible la iniciativa de la reforma dejaría de tener como únicos titulares al Gobierno Nacional o al número de ciudadanos previstos en la Constitución, para convertirse en una iniciativa del Congreso o mediatizada por este. El Constituyente definió claramente quién es el titular de dicha iniciativa de referendo; de ninguna manera la otorga al Congreso o determina que es conjunta"¹⁴.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. CESAR HOYOS SALAZAR, Radicación No. 1131. Revista *Jurisprudencia y Doctrina* No. 322, octubre de 1998, págs. 1442 a 1449.

Esta tesis no tuvo en cuenta la naturaleza y el desarrollo del **proceso constituyente** el cual, como se dejó expuesto en el primer capítulo, abarca distintas etapas. La primera, corresponde a la **iniciativa de la reforma constitucional**, o sea a los "requisitos y condicionamientos comunes, que se refieren al momento en que puede iniciarse y a los sujetos habilitados para hacerlo"¹³. ¿Quién tiene competencia para presentar un proyecto de acto legislativo o de ley? El Gobierno, un número determinado de congresistas o de ciudadanos, o de concejales, o diputados, según prevé la Constitución. Se advierte que el Gobierno no es titular del **poder constituyente** y mucho menos ejerce **función constituyente**. Si lo fuera no sería necesario someter a consideración del Congreso el proyecto de reforma constitucional, porque el Ejecutivo la aprobaría sin la intervención de otros órganos. La segunda se relaciona con el **poder constituyente (el órgano) constituido**, secundario o reformador, o sea el competente para hacer la reforma. En una primera hipótesis, sería el Congreso (art. 375) y en una segunda, la Asamblea Constituyente (art. 376); por consiguiente, estos órganos ejercen función constituyente, en forma exclusiva, pero no quienes tienen la iniciativa de la reforma. En una u otra hipótesis, se observarán las reglas del procedimiento previamente establecidas, en las cuales no se halla la "regla" de que el *Congreso no le puede introducir modificaciones sustanciales al proyecto de reforma propuesto por el Gobierno*. Esta "regla" no está prevista en el título XIII de la Constitución ni en la Ley Estatutaria 134 de 1994. Si el poder constituyente constituido (el Congreso) tiene competencia para introducir las modificaciones al proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional de iniciativa popular, como claramente lo permite el artículo 2º de la Ley 134, con mayor razón podrá hacerlo cuando la iniciativa provenga del Gobierno, órgano que no ejerce función constituyente. Lo anterior tiene además fundamento en el artículo 154 de la Constitución que expresa: "(...) Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno". Un Congreso que no pueda ejercer a plenitud la función constituyente no es constituyente constituido.

¹³ EDUARDO ESPIN, *Derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, Volumen I, pág. 52.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de octubre 1° de 1998, expresó: "(...) tratándose de cuerpos representativos, plurales, deliberantes y heterogéneos, como lo es el Congreso de la República, es inherente al debate la expresión de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la discusión puesta en tela de juicio"¹⁶.

No sobra reiterar nuevamente, como lo dejamos expuesto en el capítulo III al estudiar el referéndum y el plebiscito, LOEWENSTEIN comenta que bajo la Constitución del año VIII (1799), proyectada por Napoleón, el Tribunado votaba sobre los proyectos de ley sin poder a su vez discutirlos, lo que trajo como consecuencia su supresión y el cuerpo legislativo fue condenado a desaparecer. Posteriormente, en 1933, HITLER introdujo la modalidad de ordenar a la policía acosar a los parlamentarios que se oponían a sus proyectos de ley, según comenta el historiador NORMAN LOWE.

Un antecedente positivo de la tesis del Consejo de Estado lo hallamos, como también se expuso en el capítulo III, en el derecho constitucional suizo, en el cual el parlamento no puede introducir modificaciones sustanciales al proyecto promovido por iniciativa popular. Obsérvese que la iniciativa no proviene del Gobierno sino del pueblo suizo.

Finalmente, se aclara y se reitera que cuando el Congreso aprueba el proyecto de acto legislativo o de ley (que será sometido a referendo) actúa como *poder pre-constituyente* y el pueblo como *constituyente primario*, tal como lo dejamos expuesto en el primer capítulo.

b. *Tesis de El Espectador*: "(...) es claro para nosotros que el texto *no puede* ser modificado por el Congreso, como se desprende de una juiciosa lectura de la norma: 'Por iniciativa del Gobierno ... el Congreso, mediante ley..., podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso *incorpore* a la ley' (...). El

¹⁶ M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, actora: Karin Irina Kuhfeldt Salazar.

Gobierno tiene dos posibilidades: La primera, presentar al *Congreso* un proyecto de acto legislativo (art. 375) que se tramita en cuatro *períodos* continuos de dos legislaturas y que está claramente sujeto a *discusión* y a que el Congreso le introduzca los cambios que a bien tenga.

"La segunda, es la del referendo (art. 378) y aquí solo puede el *Congreso incorporar* o no el proyecto de reforma constitucional que el *Gobierno* solicita le sea presentado al *pueblo* para que este decida.

"Es bastante obvio que el Congreso, que hace las leyes y aprueba los actos legislativos, no puede someter sus iniciativas a la *consideración* del pueblo, pues sería un enorme contrasentido; precisamente el *Gobierno* recurre a un referendo cuando el asunto es de urgencia *manifiesta* y no hay tiempo de tramitar una reforma por la vía ordinaria (art.375), o cuando la naturaleza de la reforma no permite esperar que el *Congreso* la estudie con serenidad y, por ello, se acude al constituyente *primario* del cual, a la vez, emana la autoridad del Presidente de la República y la del Congreso Nacional (...)”¹⁷.

Esta tesis incurre en los siguientes errores: En primer lugar, acepta que el Congreso tiene competencia para reformar la Constitución (luego ejerce función constituyente), por medio de un proyecto de acto legislativo o de ley. En la primera hipótesis podrá discutirlo e introducirle cambios y en la segunda no puede hacer lo mismo, ya que tiene competencia para *incorporar* el proyecto de reforma a la ley, como si se tratara de una función mecánica, desconociendo la *función preconstituyente* del Congreso. La interpretación exegética de las Constituciones no es de recibo en el derecho constitucional contemporáneo. En segundo lugar, los distintos procedimientos de reforma no se establecieron en atención a la *urgencia manifiesta* para promoverla y aprobarla, según la crisis que viva el país, como si el Constituyente hubiera concebido que el procedimiento del artículo 378 es procedente cuando se presente urgencia manifiesta y cuando esta no ocurra procedería la aplicación del trámite del artículo 375 ¿Quién mide la urgencia mani-

¹⁷ El Espectador, *Referendo intocable*, 28 de abril de 2000, pág. 10-A.

fiesta? ¿El Gobierno que propone o el Congreso que aprueba la reforma? El pueblo colombiano ha vivido en urgencia manifiesta hace muchos años. En tercer lugar, el procedimiento del artículo 375 es para estudiar con serenidad la reforma, mientras que el consagrado en el artículo 378, el Congreso no tendría serenidad para estudiarla. En cuarto lugar, es cierto que la autoridad del Presidente y del Congreso emana del pueblo, aclarando que los miembros de este representan al pueblo (art. 133), mientras que aquél no.

c. *Tesis de JAIME VIDAL PERDOMO.* "Al no ser una propuesta ordinaria, la ley que somete a referendo el proyecto de reforma constitucional de iniciativa gubernamental no está atada a los cambios que los congresistas quieran introducirle, como ocurre con las leyes normales.

"En la Constitución de 1991 se estableció el paso por el Congreso después de que al comienzo sólo debía dársele aviso de la iniciativa presidencial. Esa intervención del legislador tiene el carácter de un control político, por lo que puede no aprobar la ley.

"Pero no introducirle modificaciones, pues con ello se puede alterar o desnaturalizar la iniciativa que la Constitución puso exclusivamente en los hombros del Gobierno (...)"¹⁴.

Esta tesis tampoco la compartimos por las razones jurídicas esbozadas anteriormente y que ampliaremos más adelante.

d. *Nuestro concepto.* El referendo aprobatorio de iniciativa popular es un mecanismo de participación democrática, según el cual un cinco por ciento de ciudadanos inscritos en el censo electoral someten a consideración del Congreso un proyecto de acto legislativo o de ley, reformatorio de la Constitución, y ante su negativa en aprobarlo, el pueblo soberano lo adopta a través del sufragio con un apoyo ciudadano del diez por ciento del precitado censo.

¹⁴ JAIME VIDAL PERDOMO, *El referendo y el destino de Colombia*, El Espectador, abril 29 de 2000, pág. 11-A.

Nuestra tesis jurídica. Los referendos constitucionales aprobatorios de iniciativa popular (proyectos de acto legislativo o de ley), deben someterse a consideración del Congreso y tienen control previo de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, sea que se aprueben o no en este cuerpo colegiado.

Las normas constitucionales y legales, fundamento de nuestra tesis jurídica, son las siguientes:

Constitución Política:

Artículo 3°.—"La soberanía reside exclusivamente en el pueblo (constituyente primario)¹⁹, del cual emana el poder público (poderes constituidos). El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece".

"Artículo 133.—Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo (...)"

"Artículo 155.—Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva (...)"

"Artículo 241.—A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

"(...)

"2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo (...) para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación".

¹⁹ El contenido del paréntesis considérese fuera del texto normativo porque lo incluyó el autor.

"Artículo 375.—Podrán presentar proyectos de acto legislativo (...) los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente".

"Artículo 378.—Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

"La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral".

Es claro que los ciudadanos en el porcentaje indicado pueden presentar ante el Congreso proyectos de acto legislativo o de ley, reformatorios de la Constitución, mediante el mecanismo de participación democrática denominado iniciativa popular.

La Ley Estatutaria²⁰ 134 de 1994, "por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana", artículos 2º, 5º y 32, en su orden preceptúan:

"Artículo 2º.—Iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas. La iniciativa popular legislativa (...) ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, (...), según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente".

20 ERNESTO REY CANTOR, "Las leyes estatutarias son una amplificación normativa de la voluntad constituyente que regulan sustancialmente determinadas materias descritas en la Constitución Política, a fin de complementar su contenido", op. cit., pág. 33.

Se advierte que la iniciativa popular legislativa se circunscribe a proyectos de acto legislativo y de ley, según la definición del legislador.

"Artículo 5º.-Referendo aprobatorio. Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley (...) de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente".

Esta norma articula el referendo con la iniciativa popular, en la hipótesis de que el Congreso no la adopte; de ahí que se denomine referendo aprobatorio de iniciativa popular, el cual tiene por objeto proyectos de acto legislativo o de ley, en desarrollo de los artículos 155, 375 y 378 de la Constitución.

"Artículo 32.-Respaldo para la convocatoria. Un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional, (...), podrá solicitar ante el registrador del estado civil correspondiente la convocatoria de un referendo para la aprobación de un proyecto de ley, (...) de iniciativa popular que sea negado por la corporación respectiva o vencido el plazo de que trata el artículo 163 de la Constitución Política, o solicitar la derogatoria total o parcial de leyes (...)".

Esta disposición reproduce parcialmente el artículo 5º anteriormente transcrito, en lo que se relaciona con los proyectos de ley, pero los proyectos de acto legislativo ¿Los olvidó el legislador estatutario? No; obsérvese que la Ley Estatutaria 134 en los artículos 11 al 16, 18 al 22, 28 al 32, inciso 3 y 38 y conc. tratan de la iniciativa popular legislativa (o sea, proyectos de acto legislativo o de ley). Sin embargo, en el artículo 32, inciso 1 se refirió a proyectos de ley; por lo tanto, debemos interpretar sistemática, integradora y dialécticamente los artículos 155, 375 y 378 de la Constitución con el conjunto de normas de la Ley 134 que regulan la iniciativa popular normativa, a fin de concluir que el artículo 32 consagra el referendo aprobatorio de iniciativa popular y, por

ende, comprende implícitamente proyectos de acto legislativo, además de referirse a proyectos de ley, reformativos de la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-180 de 1994, expresó: "Por su parte, el *referendo aprobatorio* se deriva del principio de soberanía popular y de la cláusula general de la participación diferentes a las que la misma Carta Política contempla; *su objetivo es darle eficacia a la iniciativa popular que de no contar con este instrumento, se podría convertir en un esfuerzo improductivo y frustrante*, lo cual desestimularía la presentación de iniciativas populares" (lo resaltado es nuestro).

La jurisprudencia constitucional articula el referendo con la iniciativa popular, a fin de darle eficacia a ésta, surgiendo una forma diferente de participación denominada **referendo aprobatorio de iniciativa popular**, por creación del artículo 32 de la Ley Estatutaria 134, el cual fue declarado exequible y, como tal, está amparado por la cosa juzgada constitucional.

Según el artículo 2º de la Carta ¿cuáles son los términos que la Constitución establece? Veamos:

Los argumentos jurídicos de nuestra tesis son los siguientes:

a) La democracia participativa está concebida como un valor (desde el punto de vista filosófico) en el preámbulo de la Constitución, es decir, que la razón de ser de su esencia explica y justifica de por sí la **participación directa del pueblo en la toma de decisiones políticas**, en el evento de que el Congreso no las adopte, como sucede con la **iniciativa popular de reforma constitucional** (proyectos de acto legislativo o de ley, art. 155 de la Constitución, art. 2º, Ley 134), que el Congreso no aprueba, o deja vencer los términos de 30 días de que dispone cada cámara para decidir (art. 163 de la Constitución). O sea que si los congresistas, en su condición de representantes, no ejercen el poder soberano, el pueblo directamente lo asume en referendo aprobatorio de iniciativa popular;

b) Como principio fundamental la democracia participativa es elemento integrante del Estado social de derecho. Por ello, el derecho

constitucional contemporáneo lo denomina Estado social y democrático de derecho (art.1º de la Constitución);

c) El Estado social y democrático de derecho tiene como fines esenciales: "(...) garantizar la efectividad de los derechos (...) consagrados en la Constitución; facilitar la participación de 'todos' en las decisiones que los afectan y en la vida (...) política (...) de la Nación (...)", art. 2º. De modo que el Estado es el garante de la participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos de gobierno, entendida la participación como un derecho del cuerpo ciudadano que se denomina pueblo; pueblo soberano, titular del poder constituyente;

d) Considerado en su individualidad todo ciudadano tiene el derecho constitucional fundamental de participar en el ejercicio del poder político y, por consiguiente, puede: tomar parte en referendos y tener iniciativa en las corporaciones públicas –como el Congreso– (Const., art. 40, num. 2 y 5). En efecto, un cinco 5% de ciudadanos inscritos en el censo electoral tienen el derecho político de presentar ante el Congreso proyectos de acto legislativo o de ley reformativos de la Constitución (Constitución, arts. 155, 375 y 378 en conc. arts. 2º y 5º de la Ley 134/94). Correlativamente el ciudadano tiene el deber constitucional de "participar en la vida política (...) del país" (art. 95, num. 5 de la Constitución);

e) "Los derechos (...) consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (art. 93 inc.2), integrando así el llamado *bloque de constitucionalidad*; por lo tanto, el derecho constitucional fundamental a participar en el ejercicio del poder político se debe interpretar a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito del *sistema interamericano de derechos humanos*, la Constitución que lo rige es la Convención Americana de derechos humanos, que en el artículo 23 reconoció los derechos políticos, así: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, **directamente** o por medio de representantes libremente elegidos..."²¹. La interpretación

²¹ Suscrito en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobado por la Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, Diario Oficial Núm. 33.780.

de la Convención se hace en consideración del *objeto y fin* del tratado, o sea "orientándolo en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional" esto es, la persona humana (*interpretación pro homine*), tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de derechos humanos²². En otras palabras, la interpretación no se realiza en favor del Estado (Gobierno o Congreso), sino en beneficio de la persona humana, que en tratándose de derechos políticos lo será el ciudadano, toda vez que el Estado al ratificar el tratado se compromete a cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, en relación con los ciudadanos bajo su jurisdicción. Ello (en términos de democracia participativa) significa que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar directamente en la dirección de los asuntos públicos cuando sus representantes no deciden, como en los referendos aprobatorios de iniciativa popular;

f) Reflexionemos que la democracia participativa considerada como *valor* filosófico, entendida como *principio* constitucional y reconocida como *derecho fundamental* (techo ideológico de la Constitución) de los ciudadanos que la promueven, está irrigada en la parte dogmática de la Constitución, cuyas normas deben interpretarse sistemática, integradora y dialécticamente con la preceptiva de la parte orgánica, en la cual están contenidos los procedimientos de reforma constitucional (título XIII, arts. 374 a 380), que se promueven, en algunos casos, por el impulso ciudadano (5%) y culminan con un acto constituyente, fruto de la ratificación del Constituyente primario (iniciativa + referendo);

g) Las normas que integran una y otra parte de la Constitución, pueden ser *programáticas* u *operativas*. Las primeras son aquellas que para su aplicación necesitan ser desarrolladas por el legislador; mientras que las segundas se aplican directamente; por ello se considera que la Constitución no lo concibe todo, esto es, el procedimiento para la convocatoria y realización del referendo no está en ella regulado, como tampoco la iniciativa popular. El artículo 103 de la Carta consagró los mecanis-

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de Viviana Gallardo y otros, N° G 107/81, Serie A, Considerando 16.

mos de participación ciudadana, pero su reglamentación se la atribuyó a la ley, concretamente a la ley estatutaria (art. 152, literal d). En desarrollo de estas disposiciones programáticas se expidió la Ley 134 de 1994, que despliega la amplificación de la voluntad constituyente en lo que la Constitución no determinó²¹; por lo tanto, la ley 134 nos servirá de medio instrumental para la interpretación constitucional integradora de los mecanismos de participación popular con los procedimientos de reforma constitucional, a fin de darle al conjunto normativo correcta y efectiva aplicación por tener *fuerza normativa* y, por ende, ser exigible, obligatorio y vinculante, garantizando así el ejercicio de la función constituyente;

h) Si el Congreso (poder constituido) no aprueba el proyecto de reforma constitucional de origen popular, es decir, que el poder soberano no es ejercido por medio de los representantes, el pueblo ejerce la soberanía en forma directa (art. 2º, Const.), porque en él reside *exclusivamente*, para lo cual los promotores recogen un 5% adicional de firmas, completando un 10% (art. 32, Ley 134), a fin de adoptar el proyecto de acto legislativo o de ley, en un referendo constitucional, previo control de constitucionalidad de la Corte, toda vez que cada ciudadano (integrante del pueblo) tiene el derecho fundamental a participar en el referendo y el Estado debe garantizar con efectividad ese derecho, cumpliendo con los fines esenciales que el constituyente le trazó, con el objeto de lograr la realización del Estado social y democrático de derecho. Todo alrededor del principio fundamental del respeto de la dignidad humana. De lo contrario, el pueblo no podría ser pueblo y dejaría de ser constituyente primario;

i) Tal actuación política explica la razón de ser de la nueva modalidad de democracia (semidirecta) que a partir del preámbulo permea a lo largo de nuestra Constitución, entendida ésta como un todo dinámico, armónico e inescindible (de la parte orgánica con la parte dogmática) que, en conjunto, integran su estructura normativa, la cual se recrea por

²¹ Esta clase de leyes se conocen en el derecho constitucional foráneo con la denominación de *leyes constitucionales* o *leyes cuasiconstitucionales*.

el pueblo soberano que, en su condición de constituyente primario, no puede estar a merced de la inacción e indecisión de los poderes constituidos, llámese Congreso o Gobierno; así el pueblo ejerce directamente su soberanía "en los términos que la Constitución establece";

j) El control previo de constitucionalidad tiene por objeto la convocatoria popular a un referendo, la cual puede originar dos variantes: la primera, que el Congreso apruebe el proyecto de acto legislativo o de ley; la segunda, que no se apruebe o se venzan los plazos de treinta (30) días de que dispone cada cámara para decidir; en este evento el comité de voceros recogerá un cinco (5) por ciento adicional de firmas (completando un diez por ciento), y someterá luego a control de constitucionalidad tal convocatoria, sólo por vicios de procedimiento en su formación; puede suceder que los ciudadanos recojan como mínimo un diez (10) por ciento de firmas en un término de seis (6) meses y, consecuentemente, pidan al Registrador Nacional del Estado Civil que convoque directamente al pueblo a las urnas sin acudir al Congreso; en esta hipótesis este servidor público tiene el deber de remitir la iniciativa popular normativa (proyecto de acto legislativo o de ley) a la Corte Constitucional para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad; si no lo hiciera, la Corte aprehenderá de oficio su conocimiento porque a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y lo más probable será que la Corte la declare inconstitucional por no haber sido sometida a consideración del Congreso; incluso cualquier ciudadano, en ejercicio del derecho de petición, podrá solicitar a la Corte que ejerza jurisdicción constitucional en el asunto, por cuanto goza del derecho fundamental a la supremacía de la Constitución, de conformidad con los artículos 4º, 40 numeral 6, 241 numeral 2, en concordancia con el numeral 6 del artículo 214 y el párrafo del artículo 215 de la Constitución; aspecto jurídico que ampliaremos en el próximo capítulo.

4. REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como lo expresamos al iniciar el capítulo III y el presente capítulo, y siguiendo al tratadista argentino NÉSTOR PEDRO SAGÜES, el procedimien-

to de reforma a la Constitución "está sometido a las reglas jurídicas impuestas por una Constitución (...) y por las reglas infraconstitucionales dictadas de acuerdo con aquella"²⁴. En este orden de ideas, las reglas de procedimiento para la reforma están contenidas en la Constitución y en la ley. ¿Cuál ley? Aunque parezca exótico para algunos constitucionalistas colombianos, nos remitimos a la doctrina extranjera para demostrar que en la ley también se establecen formalidades a seguir por el órgano competente para la reforma constitucional.

PEDRO DE VEGA, sostiene lo siguiente: "Las fuentes que explícitamente regulan el procedimiento de reforma en el ordenamiento español, se encuentran en la Constitución (arts. 166 y 169), en el Reglamento del Congreso (...) y en la ley orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. A ellas forzosamente habrá que recurrir como criterio de referencia"²⁵.

El anterior criterio doctrinario es aplicable en el derecho constitucional colombiano, por las siguientes razones:

a) Porque en el diseño de los procedimientos de reforma a la Constitución (Título XIII), se siguieron como modelo los consagrados en la Constitución de España de 1978 (procedimiento general de reforma, art. 167 y procedimiento especial o agravado de reforma, art. 168), por parte del Constituyente de 1991. El primero equivale al procedimiento mediante el referendo aprobatorio (art. 378) y el segundo al referendo derogatorio (art. 377), teniendo como directriz diferencial los *temas mayores* (o sustanciales) consagrados en éste último y los *temas menores* en la primera modalidad de referendo.

En este orden de ideas, las reglas procedimentales son las consagradas en la Constitución (arts. 377 y 378) y en la ley estatutaria 134 de 1994, en las disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para el trámite de los referendos (arts. 3, 4, 5, 32 a 49).

²⁴ SAGÜES, op. cit., págs. 276 y 296.

²⁵ PEDRO DE VEGA, op. cit., pág. 128.

b) Porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa y coherente en señalar que la Ley 05 de 1992, "reglamento interno del Congreso", debe observarse "de manera estricta y rigurosa en el examen de los trámites estatuidos" para la reforma constitucional (Sentencia C-543 de 1998).

c) Finalmente, porque la Corte, al definir el *bloque de constitucionalidad*, engloba las normas de la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias en determinados campos; normas legales ésas que son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por la Corte Constitucional, de tal manera que el proyecto de ley por el cual se convoca al pueblo a un referendo constitucional aprobatorio (art. 378), en su trámite debe estar sometido a éstas leyes y a la Constitución y si no es así podría ser declarado inexecutable por vicios de inconstitucionalidad en su formación (art. 241, num. 2).

En efecto, la Corte ha expresado lo siguiente:

"Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos"²⁴.

d) Refuerzan la anterior argumentación los siguientes artículos del reglamento interno del Congreso, a saber:

Entre las funciones que el reglamento le asigna al Congreso se halla la *función constituyente*, para reformar la Constitución Política mediante actos legislativos (art. 6°).

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997 M.P.: EDUARDO CIPUENTES MUÑOZ.

Como corolario de lo anterior, se infiere que el reglamento debe observarse en el trámite de los proyectos de reforma constitucional. En efecto, el artículo 219, al asignarle a las Cámaras Legislativas atribución Constituyente, preceptúa que éstas tienen la competencia de enmendar la Constitución, "mediante el procedimiento dispuesto expresamente en la misma ley fundamental, y *reglamentando con la máxima autoridad en la presente ley*" (lo resaltado fuera del texto). En términos similares reafirma lo anterior el artículo 221.

Por último, el artículo 227 de la Ley 05 se refiere a las *reglas de procedimiento aplicables* del proceso legislativo ordinario en el proceso legislativo Constituyente, en los siguientes términos: "Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores referidas al proceso legislativo ordinario que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, tendrán en el trámite legislativo Constituyente plena aplicación y vigencia".

Lo anterior significa que la formalidades, solemnidades y reglas a observar por el Congreso, en el trámite, debate y aprobación de los proyectos de ley (arts. 139 a 217 del reglamento) son aplicables, en cuanto no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, en la formación de los proyectos de actos legislativos, y obviamente en el proyecto de ley, por el cual se convoca al pueblo a un referendo constitucional aprobatorio, asignándosele a éste un trámite especial denominado *Del proceso Constituyente primario* (art. 229).

En el orden constitucional, en el trámite de los proyectos de actos legislativos, según el procedimiento de reforma previsto por el artículo 375, son aplicables las reglas previstas en el artículo 157 de la Carta, cuyo desarrollo se halla contemplado en los artículos 154 a 169 de la Constitución.

5. LA TRILOGÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA

"Una (...) cuestión discutida es si debe existir un único procedimiento de reforma, igual para la modificación de cualquier precepto constitucional, o si, por el contrario, deben diferenciarse los procedi-

mientos *según se trate de reformar una u otra parte de la Constitución*.

"En el fondo del problema se encuentra la pregunta por la «fundamentalidad» de los preceptos constitucionales. Es decir, lo que hay que contestar primero para estar en capacidad de resolver con éxito la duda del único o doble procedimiento, es si dentro de la Constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener una especial protección frente a la reforma; en otras palabras, se trata de saber si conviene tener dentro de la Constitución un «núcleo duro» de normas, compuesto casi siempre por los derechos fundamentales y/o por la forma de Estado (...)»²⁷ (lo resaltado fuera del texto).

La anterior apreciación doctrinal nos permite reafirmar que la razón de ser de la existencia de varios procedimientos de reforma tiene una explicación. Que el Constituyente estableció un procedimiento *agravado* para proteger determinadas normas constitucionales, por el contenido de las mismas, ante eventuales reformas que puedan producirse por coyunturas políticas como sería la elección mayoritaria de congresistas de ideología fascista enemigos de las reformas democráticas. Esas normas consagran los *temas mayores* de la Constitución, como son, en el caso colombiano, los derechos fundamentales y sus garantías (la acción de tutela), los procedimientos de participación popular y el Congreso. A excepción de éste último tema, los tres primeros son temas que conforman la parte *dogmática* de la Constitución que política y jurídicamente merecen salvaguardarlas con procedimientos de reforma complejos, difíciles y dispendiosos, por ejemplo, la "doble vuelta" en la aprobación del proyecto de reforma, lo que implica que sea debatido en dos periodos de sesiones ordinarias y consecutivas (ocho debates); la aprobación por el voto de la mitad más uno de los miembros de las comisiones primeras constitucionales permanentes y de las plenarias de cada una de las Cámaras. Ante la eventualidad de una reforma regresiva, el pueblo podrá solicitar su convocatoria a un referendo constitucional derogatorio, con el objeto de preservar la normatividad

²⁷ CARBONELL, op. cit., pág. 868.

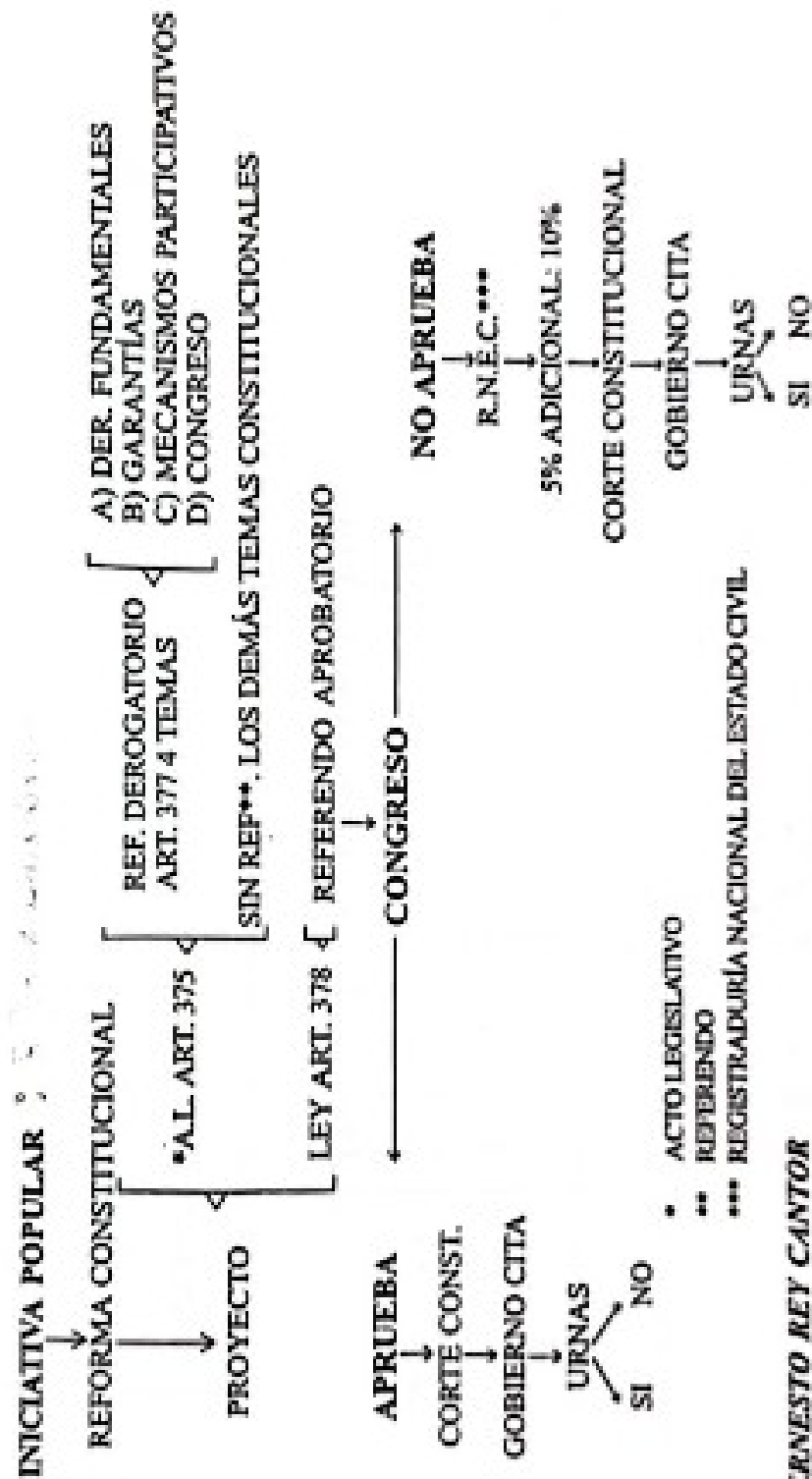
fundamental anterior, dejando sin efecto la nueva normatividad constitucional, fruto de la reforma. En otras palabras, reaparece el Constituyente primario, ejerciendo su poder soberano, a fin de enfrentar a un poder constituido (el Congreso) que le ha sustituido sus conquistas democráticas establecidas en la Constitución, por medio de una reforma constitucional antidemocrática.

No sucede lo mismo si se trata de reformar la parte orgánica de la Constitución, porque los órganos, sus competencias y los procedimientos que deben observarse, no tienen el mismo raigambre jurídico que las normas contenidas en la parte dogmática, a excepción del Congreso que es el órgano de representación popular y sobre el cual se edifica uno de los pilares del Estado democrático, social de derecho.

De todas maneras, los pueblos tienen derecho a que las normas de la Constitución sean reformadas, con el objeto de adaptarlas a las nuevas circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales. De ahí la importancia y el aporte de la Revolución Francesa. En efecto, el artículo 28 de la Constitución de 1793, expresó lo siguiente: "Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras".

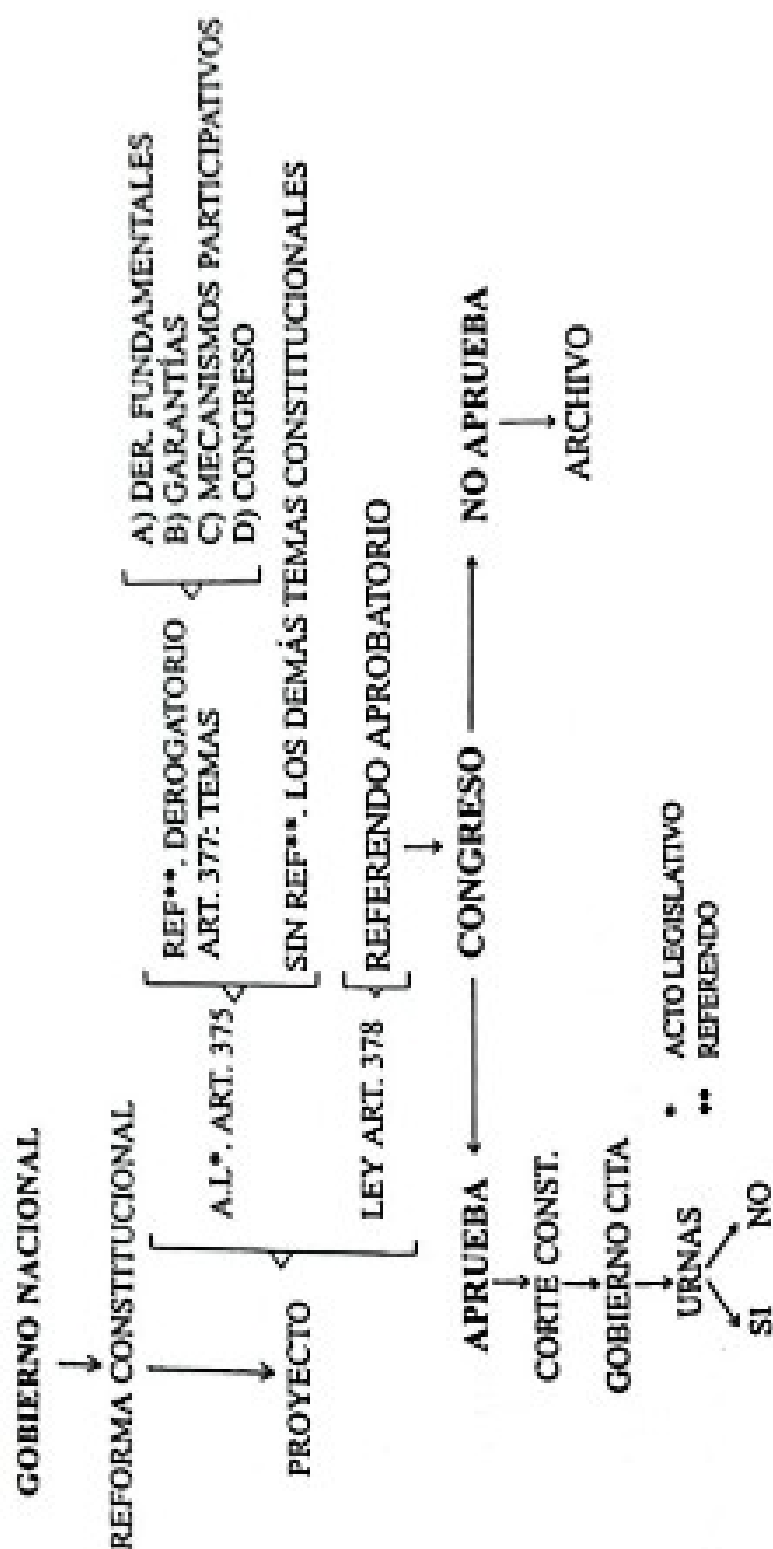
ANEXO Nº 1

PRIMERA VARIANTE: ARTÍCULO 378



ANEXO N° 2

SEGUNDA VARIANTE: ARTÍCULO 378

**ERNESTO REY CANTOR.**

CAPÍTULO V

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

El ordenamiento jurídico colombiano contempla cuatro sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, siendo su objeto la preservación de la supremacía constitucional; tarea ésta que le corresponde a la jurisdicción constitucional; por medio de estos mecanismos jurídicos todo ciudadano puede demandar ante la Corte Constitucional los actos legislativos, las leyes, los decretos con fuerza de ley, los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos nacionales, por motivos de inconstitucionalidad, o *motu proprio*, la Corte decidirá definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados públicos, los decretos legislativos del gobierno, o de los proyectos de ley que éste objete por motivos de inconstitucionalidad, de los proyectos de ley estatutaria, de la convocatoria a un referendo constitucional o una asamblea constituyente, como también no sólo la Corte, sino otras autoridades públicas y los particulares que administran justicia tienen competencia para inaplicar la ley por vía de excepción, aclarando que no todos los controles enunciados sirven para solucionar cualquier conflicto de inconstitucionalidad, sino que a cada control se le atribuyen determinados conflictos, según el reparto de los mismos establecido en la Constitución y la ley.

En relación con el control de constitucionalidad, estudiaremos los siguientes aspectos: concepto, formas, parámetros y clasificación.

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONCEPTO

La Corte Constitucional precisa el concepto del control de constitucionalidad, en los siguientes términos: "(...) en ejercicio del control que a la Corte le compete cumplir como guardiana de la integridad

y supremacía de la Constitución, es claro que éste (...) se realiza confrontando (...) el precepto legal tal como fue aprobado por el Congreso, con las normas constitucionales presuntamente violadas, para determinar si se adecúa o no al Estatuto Superior, tanto por su aspecto *formal* como por el *material*¹.

Del concepto de control de constitucionalidad se desprenden sus formas.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. *FORMAS*

El control de constitucionalidad reviste dos formas, a saber:

a) *Control formal*. Esta forma de control está dirigida "a constatar el sometimiento del órgano legislativo a los trámites impuestos por el mismo ordenamiento para exteriorizar su voluntad de manera ordenada y armónica"².

b) *Control material*. Este control está "instituido para preservar la supremacía constitucional mediante la confrontación de contenidos, a fin de mantener en el ordenamiento sólo aquellos que la interpretan y aplican fielmente"³.

De los controles formal y material se infieren los vicios de inconstitucionalidad formal y material que más adelante se analizarán.

3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. *PARÁMETROS*

La Corte Constitucional, en el concepto de *bloque de constitucionalidad*, ha tenido como parámetros del control de constitucionalidad, lo que se expresa a continuación: "Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del con-

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-388 de agosto 22 de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

² Corte Constitucional, Sentencia C-669 de agosto 20 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GÁLVEZ.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-669 de agosto 20 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GÁLVEZ.

trol de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, como sucede con los convenios de derechos internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos⁴.

En este orden de ideas la Corte Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad, debe utilizar como parámetros no solo los principios, valores y normas, sino también las leyes orgánicas y las leyes estatutarias. En efecto, en el capítulo que estamos desarrollando utilizaremos como parámetros del control de constitucionalidad la Ley Estatutaria 134 de 1994 y la Ley Orgánica 05 de 1992, así mismo seguiremos la normatividad que regulan los controles de constitucionalidad y los procesos constitucionales. En efecto, el Presidente de la República, con fundamento en el artículo 23 transitorio de la Constitución Política de 1991, expidió el Decreto 2067 de septiembre 4 de 1991, "por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional"; preceptiva ésta que suelo denominar *código de procedimiento constitucional*.

Se advierte que algunas reglas de procedimiento de los procesos constitucionales están contenidas en el Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 05 de octubre 15 de 1992), que en nuestro criterio son inconstitucionales.

4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CLASIFICACIÓN

A continuación se clasifican los controles de constitucionalidad consagrados en el ordenamiento jurídico, a fin de ubicar los dos controles que se estudian específicamente en este capítulo:

Los controles de constitucionalidad se clasifican así:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-358/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a) *Control previo de constitucionalidad:*

- 1) Proyectos de leyes (Const., art. 241, num. 7; Dec. 2067, capítulo VI, arts. 32 a 35).
- 2) Proyectos de leyes estatutarias (Const., art. 241, num. 8; Dec. 2067, capítulo VIII, arts. 39 a 41).
- 3) Constitucionalidad de la convocatoria a:
 - a. Un referendo constitucional (Const., art. 241, num. 2; Dec. 2067, art. 42, inc. 1)¹.
 - b. Una asamblea constituyente (Const., art. 241, num. 2; Dec. 2067, art. 42, inc. 1).

b) *Control de constitucionalidad por vía de acción:*

- 1) Actos legislativos (Const., art. 241, num. 1; Dec. 2067, capítulos I a IV, arts. 2° a 24).
- 2) Leyes (Const., art. 241, num. 4; Dec. 2067, capítulos I a IV, arts. 2° a 24).
- 3) Decretos con fuerza de ley (Const., art. 24, num. 5; Dec. 2067, capítulos I a IV, arts. 2° a 24):
 - a. Decretos extraordinarios.
 - b. Decretos sobre el Plan de Desarrollo Económico y Social.
- 4) Referendos legislativos (Const., arts. 241, num. 3 y 379; Dec. 2067, art. 42, inc. 2).
- 5) Consultas populares nacionales (Const., arts. 241, num. 3 y 379; Dec. 2067, art. 42, inc. 2).
- 6) Plebiscitos nacionales (Const., arts. 241, num. 3 y 379; Dec. 2067, art. 42, inc. 2).

¹ La Corte Constitucional en Sala Plena profirió el auto de 20 de enero de 2003 y enlistó este asunto en el *Control oficioso de constitucionalidad*, entratándose de la Ley 796 de 2003, por la cual se convoca a un referendo constitucional.

- c) *Control de constitucionalidad por vía de excepción (Const., art. 4°).*
- d) *Control oficioso de constitucionalidad:*
 - 1) Decretos legislativos de estados de excepción (Const., arts. 214, num. 6, 215 parágrafo, y art. 241, num 7; Dec. 2067, capítulo VII, arts. 36 a 38).
 - 2) Decreto legislativo de suspensión de la votación para un referendo (Ley 134 de 1994, art. 43).
 - 3) Decreto legislativo de suspensión de la votación para consulta popular (Ley 134 de 1994, art. 57).
 - 4) Tratados públicos internacionales y las leyes que lo aprueban (Const., art. 241, num. 10; Dec. 2067, art. 44).

Según el tema objeto de estudio, en el presente trabajo nos ocuparemos únicamente de los controles de constitucionalidad consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 241 de la Constitución. Según la Corte Constitucional el primero denominado control previo y el segundo control posterior (y por vía de acción, es decir, que se activa por medio de una acción popular de inconstitucionalidad que ejercita cualquier ciudadano, art. 379 de la Constitución).

5. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Está consagrado en el artículo 241, cuyo texto preceptúa:

"A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

"(...)

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

En Sentencias C-180 de 1994 y C-551 de 2003, la jurisprudencia de la Corte Constitucional explica los alcances jurídicos de este control de constitucionalidad, que nosotros calificamos de *previo*.

En la Sentencia C-180, se expresó:

"La referencia que en ella (se relaciona con el art. 34 de la Ley 134) se hace al 'fallo de la Corte Constitucional' se declara *exequible*, en el entendido que se refiere a la decisión que a esta corporación le compete proferir con anterioridad al pronunciamiento popular sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, sólo por vicios de procedimiento, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 241 de la Carta Política.

"Una interpretación distinta del fragmento que se glosa no se acompañaría con el artículo 241 de la Carta. En efecto, esta norma únicamente sujeta a control previo de constitucionalidad la convocatoria a referendo de un acto reformativo de la Constitución (artículo 241-2 Cons. Pol.) (...)" (Lo resaltado es nuestro).

"El artículo 44 prevé un control previo de constitucionalidad del texto que se somete a referendo, a ejercerse por la Corte Constitucional cuando se trate de referendos legales de carácter nacional, o por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa competente, en el caso de los referendos normativos departamentales, distritales, municipales o locales, cuya tramitación comprende un período de fijación en lista para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la iniciativa y el Ministerio Público rinda su concepto.

"Debe advertirse, en relación con esta norma, que el artículo 241 numeral 2° de la Carta es categórico en establecer que el control que con anterioridad al pronunciamiento popular debe la Corte Constitucional ejercer, tiene por único objeto examinar la constitucionalidad del acto de convocatoria del referendo para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. No puede entonces la Corte, so pena de contrariar la Constitución, ejercer un control previo y de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo. Respecto de los actos reformativos de la Constitución, la corporación única-

mente puede ejercerlo por vicios de procedimiento en su formación, y mediando acción pública ciudadana conforme al artículo 241-1 CP* (las negrillas fuera del texto).

En la Sentencia C-551, se expresó:

“Conforme a lo anterior, el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la ley mediante la cual se convoca un referendo constitucional se caracteriza por ser *previo* al pronunciamiento popular; *concentrado*, por estar exclusivamente a cargo de la Corte Constitucional; *judicial*, por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo; *automático*, ya que opera por mandato imperativo de la Carta Política; *integral*, pues corresponde a la Corte verificar todos los eventuales vicios en el procedimiento de esa ley; *específico*, por cuanto la Corte sólo puede examinar los vicios de procedimiento de la ley ya que no le corresponde estudiar su contenido material; *participativo*, pues se faculta a los ciudadanos a coadyuvar o impugnar la constitucionalidad; *definitivo*, porque el texto sometido a control no podrá volver a ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional; y delimitado por la propia Constitución en los artículos 379 y 241 ord. 2^º.”

En cuanto al objeto de control, en la Sentencia C-551, se dijo: “(...) el control ejercido por esta Corte, si bien se contrae al examen de los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la Ley 796 de 2003, recae también, y de manera inevitable, sobre el texto mismo de la ley, pues esta Corporación debe examinar si la presentación del articulado sometido a la aprobación del pueblo asegura o no la libertad del votante”.

a) *Generalidades y características*. De las sentencias de la Corte se desprenden las siguientes generalidades y características:

1) Se denomina *previo* el control porque su ejercicio se realiza “con anterioridad del pronunciamiento popular”, es decir, antes de que el pue-

* Corte Constitucional, Sentencia C-551 de julio 9 de 2003, M.P. EDUARDO MONTALEONE LYNETT.

blo concurra a las urnas, a fin de evitar que se pronuncie sobre un texto con vicios formales de constitucionalidad.

2) El objeto del referendo no es un acto como lo señala la Corte, toda vez que al pueblo se le somete a su aprobación un *proyecto* de acto legislativo o de ley que contiene la reforma constitucional; si el resultado de la votación es positivo, el Gobierno Nacional procederá a la sanción del *proyecto* y su publicación (Ley 134 de 1994, art. 48). Diferente es la situación cuando se trata de una asamblea constituyente, por cuanto el Congreso aprueba un proyecto de ley por el cual se convoca la asamblea; el Gobierno lo sanciona y la ley se somete al control de constitucionalidad de la Corte, es decir, que este se practica sobre un acto, mientras que en la primera hipótesis no es un acto formado, sino un *proyecto de acto*. Posiblemente la interpretación equivocada proviene de la forma como quedó redactado el artículo 42 del Decreto 2067, cuyo texto expresa: "Cuando la Corte deba decidir sobre la constitucionalidad por vicios de forma de una ley en que se convoque a un referendo para reformar la Constitución (...)"; impropriamente se utiliza el vocablo ley, cuando lo correcto es *proyecto de ley*, porque sencillamente el pueblo refrenda el *proyecto* que no aprobó el Congreso, tal como se desprende de las definiciones de referendo⁷ y referendo aprobatorio (art. 5º de la Ley 134) y, además, por cuanto el *proyecto* ratificado popularmente será sancionado por el Gobierno Nacional (art. 48) y por el acto de la sanción se convertirá en ley⁸ (art. 157, Const.).

Refuerzan las anteriores conclusiones los siguientes apartes de la Sentencia C-180 de 1994 que, en la parte pertinente, expresan lo siguiente:

"El referendo es el mecanismo mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, expresadas en un texto ya elaborado de *proyecto* (...)".

⁷ El referendo "es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe (...) un *proyecto de norma jurídica* (...)".

⁸ "La sanción de un *proyecto de ley* es, entonces, el acto mediante el cual el Presidente de la República la suscribe y da fe de su existencia y autenticidad. (...) La sanción es condición indispensable para que un *proyecto de ley* se convierta en ley de la República (...)", Sentencia C-543 de octubre 1º de 1998, citada anteriormente.

"El artículo 3 del proyecto se limita a enunciar y definir el referendo dentro de los parámetros que la Constitución señala, como derecho de todo ciudadano a pronunciarse acerca de la aprobación de un *proyecto* de norma jurídica (...)".

"En los términos anteriores, verifica la Corte que el proyecto recoge la doctrina universal que distingue el referendo del plebiscito en cuanto en aquel el pronunciamiento se le pide al pueblo en relación con un texto normativo ya elaborado que bien puede ser un *proyecto* de norma jurídica (...)".

Finalmente, obsérvese que el artículo 42 del Decreto 2067 no se refirió a los proyectos de actos legislativos que también pueden ser objeto de referendo aprobatorio (arts. 155 y 375). No obstante lo anterior, en el artículo 42 se considera implícitamente contenido el referendo aprobatorio convocado mediante un proyecto de acto legislativo, según la definición prevista por el citado artículo 5º de la Ley 134, tal como se analizó y demostró en el capítulo III.

b) *Los vicios de inconstitucionalidad.* "En este punto, el artículo 241 superior es la guía ineludible, pues esa disposición establece una competencia diferenciada de la Corte sobre los distintos actos sujetos a su control, con base en una distinción entre los distintos vicios de inconstitucionalidad. En efecto, esa norma señala que en relación con las leyes, los decretos con fuerza de ley, los proyectos y las leyes estatutarias, la competencia de esta Corte abarca no sólo el examen de los "*vicios de procedimiento en su formación*" sino también el estudio de la inconstitucionalidad derivada del "*contenido material*" del acto controlado (ords. 4º, 5º y 8º). En cambio, en relación con los actos reformativos a la Constitución, la convocatoria a un referendo o Asamblea Constituyente, y las consultas populares o los plebiscitos del orden nacional, la competencia de la Corte se encuentra restringida al análisis de los "*vicios de procedimiento en su formación*" (ords. 1º, 2º y 3º)".*

* Sentencia C-551 de 2003.

Los vicios de inconstitucionalidad se clasifican en dos: vicios formales o de procedimiento y vicios materiales o sustanciales.

1) *Vicios formales*. Son *vicios formales* aquellos que surgen durante el proceso de formación del proyecto, bien sea un proyecto de acto legislativo o un proyecto de ley. Estos vicios se presentan por violación de las reglas procedimentales previstas en la Constitución (arts. 154 a 169, Título XIII, arts. 374 a 379), o en la ley orgánica del reglamento interno del Congreso (Ley 05 de 1992)¹⁰, que deben observarse durante el trámite del proyecto; por ejemplo, el proyecto de ley no se publicó en la Gaceta del Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; que entre el primero y segundo debates no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se tome por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente. En tratándose de proyectos de actos legislativos que no se presente informe de ponencia en la comisión encargada de tramitarlo en primer debate; debatir en la segunda vuelta iniciativas no presentadas en la primera; que en la segunda vuelta no se apruebe el proyecto con el voto de la mayoría de los miembros de las comisiones o de las plenarias de las cámaras. En la expedición de los decretos que el Gobierno Nacional no esté conformado por el Presidente de la República y los correspondientes ministros y/o directores de departamento administrativo, en la forma prescrita por el artículo 115 de la Carta.

En relación con el referendo constitucional, prevé el artículo 378 que “el referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger *libremente* (...)”, lo que significa que no serían de recibo, como se explicó en el capítulo anterior, las preguntas inductivas, engañosas o en contra de un aspecto jurídico, porque se presentarían los vicios de inconstitucionalidad formal por violación del precitado artículo 378 y,

¹⁰ “En ejercicio de dicha función la Corte (se refiere al control de constitucionalidad de los actos legislativos) debe proceder de manera estricta y rigurosa en el examen de los trámites estatuidos por el Constituyente y la ley orgánica para esa clase de actos, con el objeto de verificar su validez formal”, Sentencia C-543/98, ya citada.

además, por desconocimiento del artículo XX de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, que reconoce el derecho al sufragio, así: "toda persona (...) tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente (...), y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres". El artículo 23 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, reconoce que "todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente (...) por voto secreto que *garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*". "El voto de los ciudadanos (...) ha de ser la manifestación de una decisión libre, esto es, de una voluntad no coaccionada"¹¹.

En efecto, las preguntas inductivas podrían ser una forma de coacción sobre el votante las cuales, formalmente, estarían afectadas de inconstitucionalidad. La Corte al respecto expresó: "(...) según los términos en que sean redactadas las preguntas, éstas pueden ser manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas, o equívocas, lo cual puede conducir a la desinformación, al error o a la falsa percepción del fenómeno político"¹².

El análisis de la preceptiva internacional de los derechos humanos debe hacerse al interpretar el derecho constitucional fundamental a la participación (art. 40, num. 2, Const.), de conformidad con las normas internacionales transcritas, por mandato del artículo 93 de la Constitución.

Al respecto, la Corte en Sentencia C-551, expresó:

"La Constitución ha establecido una protección especial y reforzada de la libertad del votante en los referendos constitucionales, la cual cumple una función imprescindible: garantizar la libre formación de la voluntad política de la ciudadanía y por ende la legitimidad de la decisión popular en el referendo"¹³.

¹¹ ARAGÓN REYES, op. cit., pág. 6.

¹² Sentencia C-551 de 2003.

¹³ Sentencia C-551 de 2003.

2) *Vicios materiales*. Son *vicios materiales* aquellos en que el *contenido* material de la ley o del decreto es incompatible con la sustancia de la Constitución; por ejemplo, el proyecto de ley que establezca la confiscación de bienes para quienes los hayan adquirido mediante enriquecimiento ilícito, o para los que cometan determinados delitos; así se cumpla a cabalidad con la ritualidad del trámite del proyecto en el Congreso, éste sería contrario al art. 34 de la Constitución que prohíbe la pena de confiscación, porque la *materia* del proyecto es contraria a la *materia* regulada por la norma constitucional; también se consideran vicios materiales, los vicios de competencia y de unidad de materia, según jurisprudencia constitucional.

Los vicios materiales no tienen cabida en este tipo de control previo de constitucionalidad (convocatoria a un referendo constitucional o a una Asamblea Constituyente), por la sencilla razón de que la reforma constitucional implica la sustitución de materias constitucionales, es decir, que la materia contenida en el proyecto obviamente tendrá que ser diferente a la materia regulada en la norma constitucional a reformar y, además, "porque las decisiones de la voluntad constituyente no pueden, por su misma naturaleza, quedar subordinadas a la aquiescencia de ningún poder constituido, salvo la competencia estricta y precisa atribuida a la Corte para efectos del *control formal*"¹⁴ (lo resaltado fuera del texto). No obstante lo anterior, podrían presentarse vicios materiales en un proyecto de reforma constitucional.

Al respecto, la Corte en Sentencia C-551, expresó: "(...) La exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos".

La primera categoría de vicios se refiere a vicios de forma o de procedimiento, es decir, "vicios de procedimiento en su formación". Según la Corte Constitucional, por vicios de procedimiento en su formación se entiende: "(...) violación del trámite exigido para su aprobación

¹⁴ Sentencia C-543/98.

por la Constitución y el reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma (...)”¹⁵. Consideremos que esta apreciación jurídica no es aplicable en toda su extensión, en el control de constitucionalidad previo de los referendos constitucionales, por las razones que exponemos a continuación.

c) *La inconstitucionalidad formal de la “convocatoria” a referendo constitucional*. Los vicios de forma se predicán respecto de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente, según el artículo 241 numeral 2 ¿Qué se entiende por convocatoria, cuál sería su objeto y quién convoca? Convocatoria viene del vocablo convocar. “*Convocar*. Citar, llamar a varias personas para que concurran a lugar o acto determinado”¹⁶. Según esta definición hay un convocante y un convocado: el segundo sería el pueblo y el primero ¿quién lo será? El artículo 34 de la Ley 134 trata de la “*convocatoria del referendo*” y expresa que el Gobierno Nacional convocará el referendo mediante decreto. El Gobierno no *convoca*, sino que *cita* al pueblo a las urnas en una fecha determinada. Es el Congreso el que convoca por medio del *proyecto* de ley (art. 378), y si éste *proyecto* no es aprobado y su autoría corresponde a un cinco por ciento (5%) de ciudadanos, una vez que se agote la recolección de firmas un cinco por ciento (5%) adicional para completar un 10 por ciento (10%), es éste número de ciudadanos el que *convoca* al pueblo (integrado por el número total de ciudadanos inscritos en el censo electoral) al referendo para que apruebe el *proyecto* de reforma constitucional contenido en el *proyecto* de ley (art. 32 de la Ley 134). Como se observa, en gran parte todo depende de si el Congreso aprueba o no el *proyecto* de acto legislativo o de ley, por el cual se somete a referendo una reforma constitucional.

Al respecto se podrían presentar una de dos hipótesis jurídicas:

1) *Primera hipótesis*. Si el Congreso aprueba el *proyecto* de reforma constitucional. Si el Congreso aprueba el *proyecto* no se pre-

¹⁵ Sentencia C-543/98.

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, vigésima edición, 1987, tomo II, pág. 375.

senta dificultad alguna porque la Corte examinará si existen vicios de procedimiento en la formación del *proyecto*, para lo cual constatará el cumplimiento de las reglas procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley Orgánica 05 de 1992.

En síntesis, la Corte sólo conoce de la constitucionalidad del proyecto de acto legislativo o proyecto de ley que reforma la Constitución (arts. 375 y 378) que una vez tramitado y aprobado por el Congreso adolezca de vicios en su formación.

En esta hipótesis, la convocatoria se realizaría con el proyecto de acto legislativo o de ley aprobado, según el caso.

Si el Congreso no aprueba el proyecto, ¿la Corte no tendría competencia? Respondemos con el estudio de la segunda hipótesis.

2) *Segunda hipótesis. Si el Congreso no aprueba el proyecto de reforma constitucional.* La controversia jurídica surgiría si el Congreso no aprueba el proyecto de acto legislativo o de ley reformativo de la Constitución (arts. 375 y 378) de iniciativa popular, porque de todas formas se procederá a la convocatoria del pueblo a las urnas cumpliendo las formalidades legales anteriormente analizadas (recolección de un 5% adicional de firmas para un total del 10%, art. 32, Ley 134 de 1994); dicha convocatoria constituye el objeto del control de constitucionalidad, según el artículo 241, num. 2 de la Constitución, pero ¿cuál es el proyecto de acto, o cuál el acto formado que dispone la convocatoria? ¿Cuáles serían los vicios de procedimiento en su formación, si el proyecto no surtió el trámite del proceso legislativo constituyente? Es decir, como no se aprobó, no existe un proyecto formado y, por ende, no se presentarían los vicios de procedimiento en su formación. En otras palabras, ¿el control no tendría objeto?

En esta hipótesis, la Corte tendría competencia para ejercer control previo de constitucionalidad sobre el texto del proyecto que convoca al referendo; el texto que contiene la reforma constitucional deberá expresar que el pueblo se convocará para que decida acerca de su aprobación; en ello radica la esencia del referendo; pero ¿sobre qué recaerían

estos vicios? Obviamente que sobre la convocatoria. El art. 241 num. 2 de la Carta que establece el control de constitucionalidad previo, no se refiere concretamente a proyectos de acto legislativo o de ley; se circunscribe expresamente a la convocatoria contenida en estos proyectos. Por lo tanto, los vicios en su formación se fecundan en el mismo texto que la contiene; por ejemplo, si el proyecto de ley de reforma constitucional (art. 378), cuya iniciativa proviene del pueblo (art. 155), contempla como tema constitucional la limitación de los alcances jurídicos de la acción de tutela, o la reducción del número de congresistas, o la supresión de algún derecho constitucional fundamental, o la modificación de unos de los mecanismos de participación popular, el vicio de inconstitucionalidad es palpable, porque los temas (mayores) sustanciales de reforma enunciados deberían estar contenidos en un proyecto de acto legislativo, cuyo procedimiento corresponde a los delineamientos formales señalados en el art. 377 y no en un proyecto de ley que tiene trámite diferente (art. 378), a través del cual se reforman las disposiciones de la Constitución que contienen los temas menores. En suma, el proyecto de ley por el cual se hará la convocatoria del pueblo estaría viciado de inconstitucionalidad en su formación, por violación del art. 377 de la Constitución y la Corte Constitucional lo declararía inexecutable por vicios de forma o de procedimiento.

En esta segunda hipótesis jurídica, la convocatoria se realizaría mediante el proyecto de acto legislativo o de ley no aprobado.

También podrían evidenciarse otros vicios de procedimiento en la formación de la convocatoria, considerando que la Constitución no establece la forma y el trámite para hacerla. ¿En dónde está regulado el procedimiento para la convocatoria a un referendo constitucional? En la Ley Estatutaria 134 de 1994. Recordemos que las leyes estatutarias las definimos como "una amplificación normativa de la voluntad constituyente que regulan sustancialmente determinadas materias descritas en la Constitución, a fin de completar su contenido"¹⁷. Por lo tanto, los vicios de procedimiento en la formación de la convocatoria podrían ori-

¹⁷ REY CANTOR, *Leyes estatutarias, orgánicas y cuadro*, ed. cit., pág. 33.

ginarse por la violación del artículo 32 y concordantes de la Ley 134, el cual se refiere a la convocatoria de un referendo. Según esta disposición, para la convocatoria se exige que los promotores recojan un 5% adicional de firmas, a fin de completar un 10% del censo electoral, para lo cual dispondrán de otros seis meses; por lo tanto, se repite el trámite previsto en los artículos 16 a 27 de esta ley, a saber: el formulario para el trámite de la solicitud de referendo, sobre el cual firmarán los ciudadanos que lo apoyan, en un plazo que no exceda los seis meses, vencido el cual el Registrador Nacional del Estado Civil dispondrá de un mes, contado a partir de la fecha de la entrega de los formularios, para la expedición del certificado que acreditará el número total de respaldos consignados (un 5% adicional) y, además, si se ha cumplido con los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la solicitud de referendo aprobatorio. Cumplido el trámite anterior, el 10% de los ciudadanos podrá solicitar al citado registrador la convocatoria a un referendo aprobatorio del proyecto de acto legislativo o de ley contentivo de reforma constitucional, previo el control de constitucionalidad de la Corte con el objeto de revisar si la convocatoria adolece de vicios de procedimiento en su formación.

Es importante advertir que los vicios de procedimiento se originan en la violación de los cánones constitucionales y de la Ley Orgánica 05 de 1992 que regulan el procedimiento para la formación de los proyectos de acto legislativo o de ley, según jurisprudencia constitucional, así como también se presentan estos vicios en la convocatoria a referendo constitucional por violación de los artículos 378 y concordantes de la Constitución (en el evento de ser aprobado por el Congreso), o de los artículos 32 y concordantes de la Ley 134 (en la hipótesis de no aprobarse por el Congreso).

En síntesis, consideramos que la Corte Constitucional tiene competencia para examinar la constitucionalidad del proyecto de reforma constitucional, bien sea que el Congreso lo apruebe o no, independientemente de que su normatividad esté contenida en un proyecto de acto legislativo o de ley.

Esta modalidad de referendo que se analiza se denomina *referendo constitucional*. El referendo legislativo será analizando en el siguiente aparte, con la ampliación que se expondrá al estudiar el control de constitucionalidad posterior.

d) *Los vicios de procedimiento de exclusivo rango constitucional (art. 379)*. Este artículo preceptúa: "Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

"La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2".

Se vislumbra claramente que la disposición es contradictoria con otras normas constitucionales y, por ende, resulta inoperante parcialmente por las siguientes razones:

1) Obsérvese que el artículo 379 se refiere a los referendos sin hacer distinción alguna, lo que permitiría inferir que están comprendidos los referendos constitucionales y legislativos.

2) La norma predica los vicios de forma respecto de los actos legislativos, la convocatoria a referendo (constitucional y legislativo), la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente, *solo* cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Constitución (o sea, las formalidades regladas en los artículos 374 a 379), excluyendo requisitos contemplados en el título VI, capítulo 3 de la Carta. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, como lo expusimos anteriormente, considera que los vicios de procedimiento de los proyectos de actos legislativos o de ley podrán surgir de la transgresión del artículo 375 o de los artículos 154 a 169 de la Constitución (título VI) respectivamente; precisando que estas disposiciones son aplicables, en lo pertinente, al procedimiento extraordinario previsto por el artículo 375. Además, por violación de las formalidades y ritos consagrados en la Ley 05 de 1992, también se generarían vicios de esta índole.

3) El artículo 241, numeral 2, circunscribe los vicios de procedimiento a la *convocatoria* del referendo constitucional o a una asamblea constituyente, y el numeral 3 a la *convocatoria y realización* de los referendos *legislativos*, consultas populares y plebiscito del orden nacional (título VIII). Estos vicios de forma concebidos en este título van más allá de la sola violación de los requisitos establecidos en el título XIII (artículo 379). ¿Cuál de estos dos títulos es aplicable? Es obvio que el título XIII no tiene vocación excluyente para ignorar los procedimientos previstos en otros títulos de la Constitución para la formación de dichos proyectos de ley de convocatoria a referendo constitucional, o de ley de convocatoria a referendo legislativo. Todo lo cual permite concluir lógicamente que el adverbio "sólo" genera contradicciones insalvables en la Constitución para su correcta interpretación. ¿El título VIII o el título XIII?

4) Haciendo caso omiso del adverbio "solo" (por inoperante), interpretamos sistemática, integradora y dialécticamente los artículos 241 (numerales 2 y 3) y 379 de la Carta Política, a fin de lograr efectiva aplicabilidad de la democracia participativa (entendida como valor, principio y derecho fundamental), que se desenvuelve por medio de los cinco mecanismos de participación popular anteriormente enunciados. En efecto, los vicios formales de inconstitucionalidad podrán originarse por la violación de los requisitos establecidos en el título XIII, en lo que corresponda al referendo constitucional (arts. 377 y 378) y asamblea constituyente (art. 376), y en el título VI (arts. 154 a 169), como también los vicios podrán adicionalmente surgir por la violación de las normas pertinentes de la Ley 134 de 1994, en lo que se refiere a la convocatoria y realización de los precitados referendos sobre leyes.

5) En principio, el artículo 379 no sería aplicable al referendo legislativo porque este se halla comprendido en el título VI, artículo 170 y no en el título XIII de la Constitución, del cual se derivan los vicios de inconstitucionalidad por violación de los requisitos establecidos en éste título; por lo tanto, los vicios emergen del artículo 170, del numeral 3 del artículo 241 y, además, por violación de las formalidades previstas en la Ley 134 para la *convocatoria y realización* del referendo legislativo.

6) Con fundamento en lo anterior, también se llega a otra conclusión. El artículo 379 tampoco sería aplicable al referendo constitucional porque en su inciso 2 estableció la acción de inconstitucionalidad contra los actos mencionados en el inciso 1, entre los cuales está el referendo, en términos generales, pero si volvemos al referendo constitucional el artículo 241, numeral 2 estableció su control de constitucionalidad sin que medie una demanda de inconstitucionalidad.

7) Como corolario de las dos conclusiones precedentes, llegamos a una tercera conclusión: que los vicios de forma que se podrían inferir del título XIII no serían aplicables a los referendos legislativos, aunque sí procedería contra éstos la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 379, inciso 2 de la Constitución, la cual no sería viable promoverla contra los referendos constitucionales, siendo aplicables para éstos, entre otros vicios de forma, los que podrían surgir de la inobservancia de los requisitos del título XIII.

8) Como se estudiará posteriormente, el artículo 379 y no el artículo 241 numeral 3 estableció la acción popular de inconstitucionalidad contra los referendos legislativos, consultas populares y plebiscitos nacionales, con caducidad de un año, contado a partir de la promulgación del *acto*. Valga la pena preguntar ¿cuáles son esos *actos*? ¿Y cómo se promulgan?, a fin de establecer no sólo el término de caducidad, sino también el objeto sobre el cual recaería la acción, o sea que lo demandable es el acto, pero ¿cuál acto? Las respuestas se estudiarán a continuación con el siguiente control, pero previamente examinemos el parámetro del control de constitucionalidad, siguiendo a la Corte.

e) *El parámetro de constitucionalidad del proceso de formación del Proyecto de Ley.* "Cuando el artículo 379 de la Constitución establece que la convocatoria a referendo sólo podrá ser declarada inconstitucional cuando se violen los requisitos establecidos en el artículo pertinente de dicho título XIII de la Carta v.gr. el artículo 378, eso no significa que el control de la Corte sólo pueda tomar en consideración esa disposición, por la sencilla razón de que el trámite propio de la convocatoria a un referendo constitucional, no se encuentra regulado exclusivamente en el título XIII, ya que el artículo 378 superior reenvía a

varias disposiciones que no hacen parte del mencionado título. Por ejemplo, cuando se habla en el artículo 378 de la iniciativa del Gobierno, habrá que determinar según el artículo 115 del Estatuto Superior quiénes integran el Gobierno; circunstancia similar se presenta cuando la misma norma añade que la iniciativa puede tener origen en los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, es decir, se requiere en este caso un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva. Además, de acuerdo con el mismo artículo 155, los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las cámaras en todas las etapas del trámite¹⁸.

6. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE ACCIÓN

El artículo 241 de la Constitución, expresa lo siguiente:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

“(...)”

“3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”.

En la Sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional interpreta el alcance de este control en la siguiente forma:

“Además, en relación con los referendos sobre leyes, instituye un control posterior y no previo, según se desprende del numeral 3º del artículo 241 de la Carta.

“(...)”

“Por lo demás, tratándose de referendos sobre leyes, aunque el control constitucional comprende el examen material, sin embargo, es pos-

¹⁸ Sentencia C-551 de 2003.

terior a su expedición al tenor del numeral 3° del ya citado artículo 241 CP, requiriéndose también de acción ciudadana. Así las cosas, aun en este caso tampoco podría constituirse un control previo, pues una previsión en tal sentido –como la que aquí se analiza– desconoce el precepto constitucional que se ha citado.

"En efecto, el artículo 241, numeral 3° de la Carta contempla un control posterior respecto del acto de referendo sobre leyes, consultas o plebiscitos del orden nacional; si dicho control fuera previo, se habría incluido en el numeral 2°; de otra parte, la circunstancia de que el numeral 3° señala que respecto de las consultas o plebiscitos el control procede 'sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización' corrobora el carácter posterior del control, como quiera que dicha modalidad supone que el acto ya está formado, a lo cual se suma que el control previo es la excepción ya que, en términos generales, lo que existe es el control del acto ya formado.

"Respecto del numeral 3° del artículo 241, en los que se refiere al pronunciamiento de la Corte sobre 'la constitucionalidad de los referendos sobre leyes', entiende la Corte que su pronunciamiento debe producirse, pues, con posterioridad a la realización del referendo y versar sobre el contenido de la ley que hubiere sido aprobada, o fuere resultante de dicho referendo. En este caso el pronunciamiento no se limita, pues, como en el de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, al procedimiento en su formación, sino que recae sobre el fondo mismo de la ley" (lo destacado es nuestro).

a) *Generalidades y características.* De la anterior sentencia se desprenden las siguientes generalidades y características:

Según la Corte el control se denomina posterior por cuanto se activa después de que el pueblo comparezca a las urnas a refrendar la ley o a responder a la consulta popular o al plebiscito, siempre y cuando un ciudadano ejerza la acción popular de inconstitucionalidad presentando una demanda ante la Corte, según se desprende del art. 379 (y no del art. 241 num. 3 de la Constitución), o sea que estos tres mecanismos de participación popular están sometidos a control de constitucionalidad

por vía de acción. Esta explicación es necesaria por cuanto el art. 241 enumera solo tres casos en los cuales un ciudadano podrá demandar un acto legislativo (num. 1), una ley (num.2) o un decreto con fuerza de ley (num. 5), mientras que en el numeral 3 no se estableció expresamente la posibilidad de demandar por inconstitucionalidad los referendos legislativos, las consultas populares y los plebiscitos de orden nacional. El art. 241 adolece de técnica normativa. El control no debería denominarse específicamente posterior, sino control de constitucionalidad por vía de acción en términos generales, como lo dejamos expuesto.

b) *Control de constitucionalidad de los referendos legislativos.*

1) ¿El objeto del control del referendo legislativo recae sobre el proyecto de ley o una ley vigente? El artículo 241 num. 3 se circunscribe a "los referendos sobre leyes". ¿Cuáles son estos referendos? Obviamente que se trata de los llamados por la doctrina referendos *legislativos*, por cuanto el num. 2 del artículo 241 se refiere exclusivamente al referendo *constitucional*, o sea, el que se convoca mediante un proyecto de acto legislativo o proyecto de ley para reformar la Constitución.

Por otra parte, el artículo 35, inciso 2 de la Ley 134, preceptúa que "para efectos del referendo derogatorio son leyes las expedidas por el Congreso y los decretos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que este le haya conferido". Esta disposición es contradictoria y excluyente; lo primero porque en la definición de referendo derogatorio (art. 4) no se incluyeron los decretos; lo segundo porque no se incluyeron los demás decretos con fuerza de ley, distintos a los decretos extraordinarios.

El *referendo legislativo* tiene su fundamento en el referendo aprobatorio, tal como se define por el artículo 5º de la Ley 134, en los siguientes términos: "Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley (...), de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente (el Congreso), a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente". De modo que el referendo aprobatorio tiene un doble objeto: primero, cuando se trata de un proyecto de ley contentivo de una reforma constitucional (art. 378) y segundo, cuan-

do el proyecto de ley se refiera a materias distintas de la reforma constitucional, como por ejemplo, los proyectos de ley por los cuales se reglamenta el espacio público, el medio ambiente o el antisequestro, o de reconocimiento de derechos para homosexuales y lesbianas, etc., de iniciativa popular y que el Congreso no lo haya adoptado. Son estas las modalidades de referendo aprobatorio. ¿Esta última clase de referendos (proyectos de ley) podrá ser sometida al control de constitucionalidad de que trata el num. 3 del art. 241? En principio y a primera vista parecería que no, porque esta norma trata de los "referendos sobre leyes" y no sobre proyectos de ley; por consiguiente, el control se aplicaría a los referendos esencialmente legislativos, concretamente en el evento de que al pueblo se le someta a consideración una ley vigente, a fin de que la derogue, según lo preceptuado por el art. 170 de la Constitución que consagra el referendo derogatorio de leyes. Recuérdese que el art. 4º de la Ley 134, define el referendo derogatorio en la siguiente forma: "Un referendo derogatorio es el sometimiento (...) de una ley (...), a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no". En otras palabras, el referendo legislativo podrá ser: sobre un proyecto de ley (aprobatorio) o acerca de una ley (derogatorio), como lo expusimos al comenzar el capítulo 3. De tal manera que el referendo derogatorio de una ley vigente es el contemplado en la hipótesis de que trata el art. 241 num. 3, mientras que en esta hipótesis no tiene cabida el referendo aprobatorio de una ley, así como tampoco tiene recibo en el num. 2 del art. 241. En síntesis, el referendo de proyectos de ley no tiene control de constitucionalidad; por ejemplo, si mediante una iniciativa popular se somete a consideración del Congreso un proyecto de ley "por el cual se regula la restitución de los bienes de uso público" y no se aprueba, se podrá someter directamente a referendo sin control de constitucionalidad de la Corte, ya que ésta tiene competencia para los referendos aprobatorios de una reforma constitucional (num. 2) y en tratándose de los referendos derogatorios de una ley vigente (num. 3), pero no cuando se trata de un simple proyecto de ley que será sometido a referendo. Además, una razón adicional: para los mecanismos participativos enumerados en el numeral 3 del artículo 241, el artículo 379 consagró la acción de inconstitucionalidad, la cual procede contra leyes refrendadas y no contra proyectos de ley promovidos por iniciativa popular para

ser sometidos a referendo. En síntesis, los artículos 241 numeral 3 y 379 de la Carta excluyeron del control de constitucionalidad los proyectos de ley que se someterían a referendo.

2) Con fundamento en lo anterior, estimamos que mediante iniciativa popular (un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral), se podrá solicitar ante la Registraduría Nacional del Estado Civil la convocación a un referendo para la derogatoria de una ley vigente (art. 170, Const.) en forma directa, es decir, sin control previo de inconstitucionalidad; realizado el referendo, procedería el control que la jurisprudencia de la Corte denominó *posterior* por operar después del pronunciamiento popular, o sea, una vez se exprese la voluntad popular. ¿Sobre cuál acto se aplicaría el control? ¿Cuál sería el acto demandable? El artículo 170 expresa que “la ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurren al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral (...)”. Quiere decir lo anterior que por la voluntad del pueblo quedaría derogada la ley, es decir, dejaría de regir la ley. Luego ¿qué se demandaría? ¿La inexistencia de la ley? Es probable que la Corte ejerza jurisdicción constitucional, como lo ha expresado jurisprudencialmente, en relación con leyes derogadas, porque es probable que sigan produciendo efectos jurídicos y, además, por cuanto es posible que durante su vigencia se hayan expedido actos administrativos, cuyos efectos jurídicos se prolonguen después de la derogatoria legal. Sin embargo, consideramos que la Corte no tiene competencia para juzgar la constitucionalidad de los referendos derogatorios de leyes; sería absurdo e inconcebible que la Corte asumiera competencia contra la desaparición del mundo jurídico del “acto” sobre el cual recaería el control de constitucionalidad.

En síntesis, no hay control de constitucionalidad previo ni posterior de los proyectos de ley sometidos a referendo (excepto cuando contiene una reforma constitucional), como tampoco de los referendos sobre leyes, por carencia de objeto.

Lo anterior nos releva de continuar con el estudio de los vicios de forma y materiales de los referendos sobre leyes, pero vale la pena ha-

cer una última consideración. Será viable la convocatoria a un referendo de una ley, respecto de la cual la Corte Constitucional con anterioridad la había declarado exequible, con fundamento en una demanda en que se invocaron los vicios de forma y los vicios de materia ¿Tendría sentido convocar al pueblo para derogar la ley y luego promover el control posterior de constitucionalidad señalando vicios de procedimiento en su *convocatoria y realización*?

c) *Control de constitucionalidad de las consultas populares y plebiscitos nacionales.* ¿Cuáles serían los vicios de procedimiento de que podrían adolecer las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional? En tratándose de estos mecanismos, el control sólo procedería por vicios de procedimiento en su *convocatoria y realización*, es decir, que la Corte no tendría competencia para examinar vicios materiales.

En primer lugar, nos ocuparemos de las consultas populares.

¿En qué consiste la *convocatoria y realización*? En cuanto a la convocatoria nos remitimos al artículo 104 de la Constitución, que contiene las bases de la *convocatoria y realización* de las consultas populares nacionales, cuyo texto expresa lo siguiente: "El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo *decisiones de trascendencia nacional*. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección".

Según el artículo 8º de la Ley 134 la consulta "es la institución mediante la cual una pregunta, de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional (...), es sometida por el Presidente de la República (...), a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto".

1) *Vicios de procedimiento en la convocatoria y realización de las consultas populares.* Serían vicios, por ejemplo, que el Presidente con concepto desfavorable del Senado, adoptara la decisión sin la firma de algún ministro, de citar al pueblo a las urnas para que se mani-

fieste acerca de una decisión de transcendencia nacional. Además, podrían darse otros vicios en la *convocatoria*, por ejemplo, que se omita la *justificación* de la consulta y el *informe* sobre la fecha de su realización; formalidades éstas previstas por el artículo 53 de la Ley 134 que el Presidente de la República debe cumplir¹⁹, previamente al envío del texto de la consulta al Senado para que emita su concepto. En el primer ejemplo se presenta la violación directa (art. 104) y con el segundo ejemplo la violación indirecta (arts. 103 y 104) de la Constitución y directa del artículo 53 de la Ley 134. En cuanto a la *realización* de la consulta, el vicio podría consistir en que ésta se llevara a cabo en concurrencia, por ejemplo, con la elección de diputados, concejales, etc. En éstas hipótesis la consulta estaría viciada de inconstitucionalidad formal en su *convocatoria* y *realización*. Sin embargo, se advierte que contra la citada decisión (una vez realizada la consulta popular), procedería la acción de nulidad por motivos de inconstitucionalidad y/o ilegalidad ante el Consejo de Estado; es probable que este tribunal suspenda provisionalmente los efectos jurídicos de la decisión y posteriormente declare su nulidad. En otras palabras, los vicios en la *convocatoria* no tendrían control de constitucionalidad por vía de acción (demanda de inconstitucionalidad) ante la Corte, por no ser un acto de su competencia. En cuanto a la *realización* de la consulta ¿cómo se desenvuelve la procedencia del control, una vez que el pueblo ha concurrido a las urnas? ¿Cuál sería el objeto del control?

El artículo 50 señala que al pueblo se le consulta una *decisión de transcendencia nacional*; decisión que ha tomado previamente el Gobierno Nacional. ¿Cómo se materializa esta decisión? Mediante un *texto* según se infiere de los artículos 52 y 53. ¿Qué forma adoptaría el *texto*? Lo más apropiado sería un decreto, el cual tendría control de legalidad ante el Consejo de Estado, como se vio anteriormente, descartando el control de constitucionalidad de la Corte. En cuanto al procedimiento

¹⁹ El artículo 53 de la Ley 134, preceptúa: "En la consulta popular de carácter nacional, el texto que se someterá a la decisión del pueblo, acompañado de una *justificación* de la consulta y de un *informe* sobre la fecha de su realización, será enviado por el Presidente de la República al Senado para que, dentro de los veinte días siguientes, emita concepto favorable. Por decisión de mayoría de sus miembros, el Senado podrá prorrogar este plazo en diez días más".

para la realización de la consulta, la Ley 134, en el artículo 54 trata de la "fecha para la realización de la consulta popular", expresa: "La votación de la consulta popular nacional, se realizará dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del pronunciamiento del Senado de la República, o del vencimiento del plazo indicado para ello (...)". El artículo 55 se refiere a la "decisión de la consulta". Los vicios surgen por la no realización de la consulta en los plazos indicados, o que ésta no obtenga la votación prevista por la citada disposición y sin embargo la registraduría certifique que se logró la votación afirmativa con las cifras numéricas referidas anteriormente. No de otra forma podrían ocurrir los vicios en la realización de la consulta popular. (¿Cuáles serían otros vicios?).

En segundo lugar, nos ocuparemos de los plebiscitos nacionales.

2) *Vicios de procedimiento en la convocatoria y realización de los plebiscitos nacionales.* En el capítulo III estudiamos las ambiguas definiciones de plebiscito contenidas en los artículos 7º y 77 inciso 1 de la Ley 134²⁰, aclarando que la Constitución no se ocupó del tema, como sí lo hizo respecto de la consulta popular nacional. Recordemos que la Corte Constitucional, en las tantas veces citada Sentencia C-180 de 1994, expresó que "el plebiscito es una especie de consulta popular. Por tal razón, para que su convocatoria y realización se haga en forma constitucionalmente válida, se precisa cumplir con las exigencias previstas en el artículo 104 C.P.". Consideraciones jurídicas que no compartimos por las razones expuestas anteriormente y porque la Corte asimiló el plebiscito con la consulta popular, siendo instituciones diferentes entre sí.

No obstante la anterior advertencia, el inciso 2 del artículo 77 de la Ley 134, relacionado con la *convocatoria* del plebiscito, expresa lo siguiente: "(...) El Presidente deberá informar inmediatamente al Congreso su intención de convocar un plebiscito, las razones y la fecha en que se llevará a cabo la votación (...)".

²⁰ El plebiscito "es el pronunciamiento del pueblo acerca de una determinada decisión del Ejecutivo" (art. 7º); es la convocatoria del pueblo para que se pronuncie sobre políticas del Ejecutivo" (art. 77).

Al omitir las *razones* o la *fecha* en la decisión, se presentarían los vicios de procedimiento en su *convocatoria*.

La *realización* del plebiscito se define en los siguientes artículos de la citada Ley 134, a saber:

Refiriéndose a la fecha, el citado inciso 2 del artículo 77 expresa: "(...) La cual no podrá ser anterior a un mes ni posterior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del Presidente. El plebiscito no podrá coincidir con otra elección".

El artículo 78, inciso 1, preceptúa: "Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en que el Presidente haya informado sobre su intención de realizar un plebiscito, ninguna de las dos cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo".

El artículo 79 trata de la "campana a favor o en contra del plebiscito", cuyo texto establece lo siguiente: "El acceso de los partidos y movimientos políticos a los espacios de televisión financiados por el Estado se hará de conformidad con lo establecido para el referendo constitucional.

"El Gobierno dispondrá del mismo tiempo en televisión para expresar su opinión sobre el plebiscito. El uso de estos espacios se hará dentro de los veinte días anteriores a la fecha para la votación".

Si se omiten o se transgreden alguna o algunas de las anteriores formalidades, el procedimiento en la *realización* del plebiscito estaría viciado de inconstitucionalidad por violación indirecta de la Constitución, en similares circunstancias a las anotadas anteriormente para la consulta popular. De todas maneras sería de rara ocurrencia tales vicios, por lo elemental de las formalidades, salvo la publicidad televisiva.

3) *El objeto del control de constitucionalidad de las consultas y plebiscitos.* ¿Qué se demandaría en las consultas populares y en los plebiscitos nacionales, a fin de activar el control de constitucionalidad por vía de acción? La aplicación de este control se facilita cuando se trata

de demandar actos legislativos, leyes o decretos con fuerza de ley; entratándose de estos mecanismos de participación, todo se dificulta. En la consulta popular al pueblo se le somete a su consideración una *decisión de trascendencia nacional* emitida por el Gobierno, a través de una pregunta de carácter general (artículos 8º y 50, Ley 134), para que conteste con un "sí" o un "no" (art. 52), por medio de la votación. "Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la cuarta parte de los electores que componen el respectivo censo electoral" (art. 55).

La respuesta a la pregunta general de la consulta estará contenida en la mayoría de los sufragios representativos del "sí" o del "no". ¿Se demandarían los sufragios contentivos de la respuesta a la consulta? En principio parecería que no, porque las controversias jurídicas originadas en las urnas son de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es conveniente aclarar que la acción contencioso-administrativa electoral tiene por objeto una elección o un nombramiento de un ciudadano (un acto administrativo electoral), a fin de que el juez administrativo competente declare su nulidad, de conformidad con las normas pertinentes del C.C.A. que regulen el control de legalidad de los actos administrativos. En este caso se trata de votaciones a una consulta y no de elecciones de ciudadanos. En cambio, en el control de constitucionalidad que estudiamos no sería viable demandar las votaciones, porque ¿cómo se confrontarían éstas con la Constitución, en aplicación del control de constitucionalidad? Absurdo.

¿Sería procedente demandar la pregunta general formulada en el tarjetón? Suponiendo que se declara su inexecutable ¿qué pasaría con la votación? ¿Se mantendría incólume? Consideramos que son inescindibles la pregunta y la respuesta (la votación), las cuales tienen como antecedente una *decisión de trascendencia nacional* adoptada por el Gobierno. Entonces, ¿se demandaría únicamente esta decisión? La respuesta es afirmativa. Se demanda la decisión por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización para lo cual, y en cumplimiento de uno de los requisitos de la demanda de inconstitucionalidad, se debe seña-

lar y transcribir literalmente el texto de la decisión del Ejecutivo, indicando y explicando los vicios de su *convocatoria y realización* (Decreto 2067 de 1991, artículo 2º, num. 2). De modo que la inconstitucionalidad se origina en el mismo momento en que se hace la convocatoria (la decisión) y se prolongaría hasta la realización de la votación. En otras palabras, el vicio de inconstitucionalidad es coetáneo y simultáneo con el acto, nace en éste y se prolonga, además, con posterioridad a la expedición del acto (en su realización). Probados los hechos que germinan los vicios se declarará la inexequibilidad de la *decisión* materializada, como se explicó anteriormente, en un decreto sin fuerza de ley, porque no se trata de aquellos decretos a los que la Constitución le asigna la fuerza de las leyes, los cuales están claramente definidos en ella, y algunos de ellos sometidos al control de constitucionalidad de la Corte. En el caso en estudio si la acción se promoviera contra este decreto, la demanda se presentaría ante el Consejo de Estado en ejercicio de la acción de nulidad.

En el plebiscito se somete a la consideración del pueblo una decisión del Ejecutivo (art. 7º), relacionada con sus políticas que no requieran de aprobación del Congreso (art. 77). El título VIII (arts. 77 a 80) de la Ley 134 regula el procedimiento a seguir para la *convocatoria y realización* de los plebiscitos, sin especificar la forma como se somete a votación la decisión del Gobierno; consideramos que ante el vacío legislativo de los plebiscitos le son aplicables, en lo pertinente, las reglas de procedimiento de la consulta popular nacional, sin asimilar conceptualmente el plebiscito (como especie) con la consulta popular (como género), como lo hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 de 1994; tesis que no compartimos por razones expuestas en el capítulo III. En relación con el control de constitucionalidad de los plebiscitos, nos remitimos a lo expresado para la consulta popular, porque en los dos mecanismos, en últimas, al pueblo se le somete a su consideración una *decisión*.

Analizados los alcances jurídicos de los controles de constitucionalidad previo y por vía de acción, nos corresponde estudiar el trámite procesal a seguir en la Corte Constitucional para su examen, para lo cual

entraremos a considerar el proceso constitucional a seguir para cada uno de ellos.

La Constitución de 1991 introduce, por primera vez en la historia del derecho procesal, la institución procesal, denominada *proceso constitucional*; por lo tanto, pasamos a definir y clasificar los procesos constitucionales.

7. EL PROCESO CONSTITUCIONAL

El distinguido tratadista argentino OSVALDO ALFREDO GOZAINI presenta la siguiente definición: "Se denominan procesos constitucionales las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente efectivo para la tutela, protección y fomento de ellos"²¹.

NÉSTOR PEDRO SAGÜES sostiene que los procesos constitucionales son los procedimientos programados para instrumentar la tutela de la supremacía de la Constitución²².

En nuestro concepto, en términos generales, el proceso constitucional tiene por objeto la preservación y guarda de la supremacía constitucional a través de los controles de constitucionalidad, en la Corte Constitucional, según las competencias que le asigna el artículo 241 de la Constitución, y de conformidad a la reglamentación contenida en el citado Decreto 2067 de 1991.

En este decreto se regulan dos tipos de procesos constitucionales:

a) *Procesos constitucionales ordinarios*. Se tramitarán y decidirán por esta vía los siguientes asuntos:

1) La acción popular de inconstitucionalidad (Dec. 2067, capítulos I a IV, arts. 2º a 24; Const. arts. 241, num. 1, 4 y 5 y 379).

²¹ OSVALDO ALFREDO GOZAINI, *La justicia constitucional, garantías, proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 206.

²² SAGÜES, op. cit., pág. 227.

2) Proyecto de ley estatutaria (Dec. 2067, capítulo VIII, arts. 39 a 41; Const., art. 241, num. 8).

3) Proyecto de ley de convocatoria a un referendo constitucional y ley de convocatoria a una asamblea constituyente (Dec. 2067, art. 42, inc. 1; Const. art. 241, num. 2).

4) Referendo legislativo, consultas populares nacionales y plebiscitos nacionales (Dec. 2067, art. 42, inc. 2; Const. art. 241, num. 3).

5) Tratados públicos internacionales y las leyes que los aprueban (Dec. 2067, art. 44; Const. 241, num. 10).

b) *Procesos constitucionales especiales*. Por esta vía se tramitarán y decidirán los siguientes asuntos:

1) Objeciones presidenciales a los proyectos de ley (Dec. 2067, capítulo VI, arts. 32 a 35; Const. art. 241, num. 8).

2) Decretos legislativos en los estados de excepción (Dec. 2067, capítulo VII, arts. 36 a 38; Const. art. 241, num. 7)²¹.

3) Decreto legislativo de suspensión de la votación de los referendos durante los estados de excepción (Dec. 2067, art. 43).

4) Decreto legislativo de suspensión de la votación para la consulta popular durante los estados de excepción (Dec. 2067, art. 57).

8. TRÁMITE DEL PROCESO CONSTITUCIONAL ORDINARIO

Como se dejó expuesto anteriormente, la acción popular de inconstitucionalidad se tramitará y decidirá a través del proceso constitucional ordinario regulado en los capítulos I a IV, arts. 2º a 24 y concordantes del Decreto 2067 de 1991. Por esta vía se tramitará, entre otros, el con-

²¹ Cfr. ERNESTO REY CANTOR, *Introducción al derecho procesal constitucional*, ed. cit., págs. 41 y 42.

trol de constitucionalidad previo del proyecto de ley convocatorio de un referendo constitucional y de la ley que convoca a una asamblea constituyente, así como también el control de constitucionalidad por vía de acción de los referendos legislativos, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional, cuando un ciudadano promueva una acción popular de inconstitucionalidad.

Veamos el trámite del proceso constitucional ordinario, y al final examinaremos lo aplicable al precitado control previo.

El trámite procedimental a seguir es el siguiente:

Recibido el asunto se radicará y se le asignará un número.

a) *Reparto*. Corresponde al Presidente de la Corte Constitucional repartir, para su sustanciación, los asuntos de constitucionalidad, de conformidad con el programa de trabajo y reparto que determine el pleno de la misma (art. 3º, Dec. 2067); el magistrado a quien le corresponda el asunto se denominará magistrado ponente o sustanciador.

b) *Estudio de la admisibilidad*. El magistrado sustanciador dispondrá del término de diez (10) días para proveer sobre la admisibilidad de la demanda, bien sea admitiéndola o inadmitiéndola²⁴.

1) *Inadmisión de la demanda*. Esta tendría lugar por los siguientes motivos:

a. Cuando la demanda no cumpla con alguno o algunos de los requisitos formales previstos en el artículo 2º del Decreto 2067, se le concederán tres días al demandante para que proceda a corregirla, señalándole con precisión los requisitos incumplidos.

b. Cuando se considere que la demanda no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea ino-

²⁴ En los procesos ordinarios, diferentes a los promovidos por acción de inconstitucionalidad, obviamente no se profiere auto admisorio, sino un auto por medio del cual se asume el conocimiento, por ejemplo de la Ley 796 de 2003, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional (véase auto de 18 de febrero de 2003). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE. Exp. CFR-001).

cuo, se ordenará al actor que se subsane, a fin de integrar la *unidad normativa*; de lo contrario, en el fallo la Corte oficiosamente podrá hacer la integración.

2) *Rechazo de la demanda*. En los siguientes casos la demanda será rechazada:

a. Cuando el actor no subsane los defectos formales señalados por el magistrado ponente, dentro del término legal.

b. Cuando la demanda se relacione con normas que hayan sido objeto de sentencia con tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta.

c. Cuando la Corte sea incompetente, es decir, que según el artículo 241 de la Carta no le corresponda conocer del asunto.

d. Consideramos que también habrá lugar al rechazo de la demanda cuando la acción se encuentre caducada (art. 43, Dec. 2067).

3) *Admisión de la demanda*. Cumplidos los requisitos de forma, se admitirá la demanda mediante auto de "cúmplase", disponiéndose las siguientes órdenes para la Secretaría General:

a. *Comunicaciones*. "Comunicar"²⁵ el auto admisorio de la demanda al Presidente de la República, Presidente del Congreso, organismos o entidades del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de las normas, según el caso, quienes directamente o por intermedio de apoderado podrán presentar por escrito las razones que justifiquen la constitucionalidad de las normas sometidas a control, dentro de los diez (10) días siguientes al recibido del oficio comunicatorio (art. 244, Cons.; art. 11, Dec. 2067).

b. *Traslado al Procurador General de la Nación*. El Procurador deberá intervenir en todos los procesos que se adelanten en la Corte Constitucional, rindiendo concepto (arts. 242, num. 2, 278, num. 5,

²⁵ El artículo 244 de la Constitución, expresa: "comunicará (...) la iniciación de cualquier proceso", y el artículo 11 del Decreto 2067 se refiere a la comunicación del auto admisorio, cuando lo correcto procesalmente sería hablar de notificación del precitado auto.

Const.)²⁶; para tal fin el magistrado ponente, en el mismo auto admisorio, dispondrá correrle traslado por el término de treinta (30) días, con entrega de copia del expediente.

c. *Fijación en lista*. La fijación en lista por el término de diez (10) días para que cualquier ciudadano impugne o defienda la constitucionalidad de las normas acusadas. De esta forma se garantizará la participación democrática de la ciudadanía; el interviniente por medio de un memorial expresará los motivos por los cuales *impugna*²⁷ la constitucionalidad de las normas contenidas en el proyecto que se someterá a referendo, o en su caso expresará los argumentos de *defensa* de la constitucionalidad de las normas²⁸. Cuando se trate de "vicios en su formación, es requisito indispensable que (...) señale en forma clara y precisa cuáles hechos son los que dan lugar a la infracción de los cánones constitucionales"²⁹ y de la ley orgánica "reglamento interno del Congreso",

d. *Decreto de pruebas*. El magistrado sustanciador podrá decretar pruebas que se practicarán en el término de (10) diez días en los siguientes casos:

a) Cuando sea necesario establecer los trámites que antecedieron al acto sometido al control de constitucionalidad de la Corte, es decir, por vicios de forma o de procedimiento.

b) Cuando se trate de probar *hechos* relevantes para adoptar el fallo correspondiente.

Vencido el término de diez (10) días para practicar pruebas, se correrá el traslado al Procurador para el concepto.

²⁶ El Procurador interviene en todos los procesos constitucionales, "dada su calidad de representante de los intereses de la sociedad y de defensor del orden jurídico", Sent. C-534 de mayo 10 de 2000, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, actor: CLAUDIA INÉS GARCÍA MARROQUIN.

²⁷ *Impugnar* equivale a coadyuvar las pretensiones de la demanda.

²⁸ Se trata de la intervención de terceros en el proceso constitucional (art. 242, num. 1, Const.).

²⁹ Sentencia C-543 de 1998.

4) *Deliberación preliminar*. Admitida la demanda y en cualquier oportunidad procesal, un magistrado de la Corte podrá solicitar por escrito que se reúna la sala plena para llevar a cabo una *deliberación preliminar* sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a control. El Presidente de la Corte convocará dentro de la semana siguiente a la presentación de la solicitud, a fin de que se reúna el pleno de la corporación, para tal fin.

5) *Audiencia pública*. Cualquier magistrado podrá proponer hasta diez (10) días antes del vencimiento del término para dictar sentencia, que se convoque una audiencia para que quien hubiere dictado la norma o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante concurren a responder preguntas para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar *hechos* relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca la audiencia.

6) *Registro del proyecto*. Vencido el término para que rinda concepto el Procurador, se iniciará el cómputo de treinta (30) días para que el magistrado sustanciador registre el proyecto de sentencia, en la secretaría general de la corporación.

7) *Sentencia*. Precluido el término previsto en el numeral anterior y realizado el registro del proyecto, comenzarán a correr los sesenta (60) días de que dispondrá la Corte para proferir la sentencia.

8) *Notificación*. "La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión" (Dec. 2067, art. 16, inc. 2).

Se advierte que los términos de 30 días para el procurador y de 60 días para la sala plena de la Corte, están establecidos en el art. 242, num. 4 de la Constitución. Sin embargo, en tratándose de la revisión de constitucionalidad de la convocatoria a referendo constitucional, "la Corte podrá reducir los términos aquí previstos cuando lo considere necesario para decidir con anterioridad al pronunciamiento popular", se-

gún preceptúa el artículo 42 del Decreto 2067. Se aclara que la facultad para reducir los términos está asignada a la Corte y no al Procurador, quien podrá presentar su concepto ante la Corte con anticipación al vencimiento de los 30 días, si a bien lo tiene.

9. EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD PREVIO Y POR VÍA DE ACCIÓN

En el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de acto legislativo o de ley, a través de los cuales se convoca al pueblo a referendo constitucional, se podrán presentar una de dos hipótesis:

a) *Que el Congreso apruebe el proyecto contentivo de la reforma constitucional.* En esta hipótesis el presidente del Congreso remitirá a la secretaria de la Corte Constitucional el proyecto aprobado, para el control de constitucionalidad. Sin embargo, la sala plena de la Corte, por auto de 20 de enero de 2003, concluyó "que el control ejercido por la Corte es un control posterior a la sanción y promulgación de la ley correspondiente (...)"; tesis reiterada en auto de sala plena de 22 de mayo del mismo año, agregando que "(...) la Corte por regla general ejerce control sobre las leyes y sobre los proyectos de ley, sin que la convocatoria a un referendo se incluya expresamente como un proyecto que sea objeto de control previo de constitucionalidad". Tesis jurídica que no compartimos, por lo expresado en el desarrollo del presente libro.

b) *Que el Congreso no apruebe el proyecto contentivo de la reforma constitucional.* Como se estudió en los capítulos anteriores, los promotores de la iniciativa popular acudirán a la Registraduría Nacional del Estado Civil para solicitar formularios y continuar con la recolección de un 5% de firmas adicionales, a fin de completar un 10%; cumplidas estas formalidades, el vocero presentará el proyecto de reforma constitucional (proyecto de acto legislativo o de ley), con el certificado expedido por el registrador que acredite dicho cumplimiento, en la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el control previo de constitucionalidad.

En las dos hipótesis expuestas, el proyecto de reforma constitucional se someterá a reparto, y el magistrado a quien corresponda dictará

el auto por el cual *asumirá* el conocimiento de la misma, lo que equivale a dar impulso a la iniciación al proceso constitucional (porque no hay admisión de la demanda), que se desarrollará como lo explicamos con anterioridad, es decir, en el mismo auto se decretará oficiosamente la práctica de las pruebas pertinentes, si fuere necesario (10 días contados a partir de la comunicación del auto). Una vez practicadas las pruebas se ordenarán las comunicaciones a las autoridades públicas que hubieren participado en la elaboración de las normas, la fijación en lista (por 10 días) y simultáneamente el traslado al Procurador (por 30 días); vencido este término, pasará el expediente al despacho del magistrado ponente para el registro del proyecto de fallo (por 30 días) y a partir de la fecha del registro comenzará a correr el término máximo de 60 días para proferir el fallo por la Sala Plena.

Veamos a continuación cómo podría ser la sentencia, los vicios formales que se declararían y las variantes para subsanarlos.

c) *La sentencia*. No olvidemos que el control de constitucionalidad es formal y recaerá sobre la convocatoria a referendo. La Corte sólo tiene competencia para revisar si se presentan vicios de procedimiento en la formación del proyecto de ley, por el cual se convocará el referendo y se someterá a consideración del pueblo el proyecto de reforma constitucional (art. 241, num. 2, Const.).

Por lo tanto, la Corte no podrá examinar vicios materiales o sustanciales contenidos en el proyecto de ley, como se dijo, sólo *vicios de procedimiento en su formación*. "En efecto, lo propio de un vicio formal es que la autoridad —en este caso el Congreso— está facultada para desarrollar ciertas regulaciones por medio de una determinada forma, y al utilizar esa forma incurre en irregularidades de trámite"³⁰.

¿Qué se entiende por *formación*? Según el Diccionario de la Lengua Española "*formación*" significa: "Figura exterior o forma"³¹. Por

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-600-A de diciembre 11 de 1995, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

³¹ Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Edit. Espasa-Calpe, S.A., vigésima edición, T. III, 1984, pág. 653.

forma se entiende: "Figura o determinación exterior de la materia", o "requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos"³². También debe considerarse el vocablo *formalidad*, que significa "Cada uno de los requisitos que se han de observar o llenar para ejecutar una cosa"³³.

No obstante las anteriores precisiones, la Corte en Sentencia C-551, expresó: "(...) el control ejercido por esta Corte, si bien se contrae al examen de los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley (...), recae también, y de manera inevitable, *sobre el texto mismo de la ley*, pues esta corporación debe examinar si la presentación del articulado sometido a la aprobación del pueblo asegura o no la libertad del votante" (lo resaltado fuera del texto).

Al proferir sentencia se podrá dar una de dos posibilidades: que el fallo sea de exequibilidad o de inexequibilidad, o mixto. Examinemos cada una de estas posibilidades.

1) *Sentencia de exequibilidad*. Ejecutoriada la sentencia, inmediatamente la secretaría general de la Corte enviará sendas copias auténticas de la misma al Presidente de la República, quien dentro de los ocho días siguientes, mediante decreto, citará al pueblo a referendo, y al Registrador Nacional del Estado Civil para que proceda a elaborar la tarjeta electoral con el texto declarado exequible. Consideramos que los efectos jurídicos de la providencia se producirán una vez quede en firme la misma. Sin embargo, en Sentencia C-551 de 2003 la Corte ordenó la *comunicación* al Presidente de la República de la parte resolutive de la misma, al día siguiente de ser adoptada la decisión, con el objeto de que fijara la fecha de la votación del referendo, la cual no podrá ser anterior a treinta (30) días, ni posterior a seis (6) meses, ambos contados a partir de la publicación del decreto, expedido por el Gobierno Nacional para tal efecto.

³² Op. cit., pág. 653.

³³ Op. cit., pág. 654.

2) *Sentencia de inexequibilidad*. La inexequibilidad podrá ser total o parcial y los vicios que la producirían podrán ser sancables e insancables.

Las normas aplicables en la revisión de constitucionalidad y en el procedimiento a seguir, en tratándose de vicios de inconstitucionalidad formal sancables, son las siguientes: el párrafo del art. 241 de la Carta (en general, para los actos afectados por vicios de procedimiento), el artículo 167, inciso 4 de la Constitución (en especial, para las objeciones presidenciales a los proyectos de ley por motivos de inconstitucionalidad), el artículo 41 del Decreto 2067 de 1991 (en especial, para los proyectos de leyes estatutarias que la Corte le devolvería al Congreso, por vicios de inconstitucionalidad total o parcial) y el artículo 45 del Decreto 2067, el cual es transcripción del párrafo del artículo 241, con algunas innovaciones. El reglamento interno de la Corte Constitucional, en el art. 67, regula específicamente el procedimiento a seguir, en el evento de que los vicios de inconstitucionalidad sean sancables; reglamento que cuestionamos por inconstitucional.

Examinemos esta normatividad para establecer las posibles variantes.

El artículo 241, en su párrafo, preceptúa lo siguiente:

"Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto".

La innovación que el artículo 45 del Decreto 2067 le introdujo al párrafo transcrito, se refiere al plazo máximo que tendría la autoridad para subsanar, y está contenida en el inciso 2° que preceptúa: "Dicho término no podrá ser superior a treinta días contados a partir del momento en que la autoridad esté en capacidad de subsanarlo".

El párrafo del artículo 241 transcrito, merece las siguientes explicaciones y observaciones:

En primer lugar, se refiere al "*acto* sujeto a control". ¿Qué se entiende por *acto*? y ¿cuáles serían los *actos*? Respondemos estas preguntas en el siguiente orden:

Los *actos* sujetos a control están contenidos en la enumeración del artículo 241 de la Constitución; por ejemplo las leyes; para su *formación* se debe seguir un procedimiento y cumplir unos requisitos. El art. 157 claramente establece que "ningún *proyecto* será *ley* sin los requisitos siguientes"; se distingue entre el *proyecto* de *acto* y el *acto* en sí. En otras palabras, para ser *ley* el *proyecto* deberá someterse al trámite previsto en la Constitución y en el reglamento interno del Congreso (la Ley 05 de 1992); aprobado el *proyecto* "por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción" (arts. 165, 157, num. 4, 200, num. 1) y realizada ésta el *proyecto* se convierte en *ley*, en *acto ya formado*. En términos similares, se forman los *proyectos* de *actos* legislativos, previo el cumplimiento de los requisitos generales del art. 157 y los requisitos específicos del art. 375, aclarando que estos *proyectos* de reforma constitucional no requerirán de la sanción del Gobierno, según Sentencia C-543 de 1998.

Para efectos del control de constitucionalidad, y según las competencias de la Corte Constitucional enumeradas taxativamente en el artículo 241 de la Constitución, son *actos*: los reformativos de la Constitución –*actos* legislativos– (num. 1); las leyes (num. 4); los decretos con fuerza de ley (num. 5); los decretos legislativos (num. 7), y los tratados internacionales y las leyes que los aprueban (num. 10).

Son *actos* porque cumplieron todas las solemnidades y reglas para su formación, es decir, se trata del *acto ya formado*. En este orden de ideas, ¿cómo se subsanarían los vicios de procedimiento de los precitados *actos*?

Los *actos* legislativos, las leyes, los decretos y los tratados –considerados como *actos*– al ser declarados inconstitucionales por la Corte por vicios de procedimiento no serían subsanables y, por consiguiente, desaparecerían del ordenamiento jurídico, haciendo tránsito a cosa juzgada la sentencia que así lo declare. Lo que podría hacer la autoridad

(Congreso o Gobierno) que profirió el acto, sería *reproducir* su contenido material, siempre y cuando la declaratoria de inexecutable se haya producido por vicios de forma, porque si fuere por vicios de fondo se aplicará la prohibición del artículo 243, inciso 2 de la Constitución; reproducir implicaría tramitar nuevamente el proyecto de ley o de acto legislativo, observando plenamente las reglas y solemnidades en el proceso de su formación (art. 243, Const.) y si se trata de la convocatoria a referendo no tendría sentido repetir el trámite en las comisiones y en las plenarias.

d) *Vicios de inconstitucionalidad subsanables*. La Ley Orgánica 05, en el artículo 2º enumera los principios para su interpretación, entre otros, el *principio de corrección formal de los procedimientos*, cuyo texto expresa:

“(…)

“2. *Corrección formal de los procedimientos*. Tiene por objeto subsanar los vicios de procedimiento que sean corregibles, en el entendido que así se garantiza no sólo la constitucionalidad del proceso de formación de las leyes, sino también los derechos de las mayorías y las minorías y el ordenado adelantamiento de las discusiones y votaciones”.

La Corte Constitucional se ha referido al *principio de instrumentalidad de las formas procesales*, expresamente consagrado en el artículo 228 de la Carta, según el cual, “las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo, tiene entonces plena aplicación en la interpretación de las reglas constitucionales que gobiernan la aprobación de las leyes (...)”. Luego agrega: “(...) las normas constitucionales relativas al trámite legislativo nunca deben interpretarse en el sentido de que su función sea la de entorpecer e impedir la expedición de leyes, o dificultar la libre discusión democrática en el seno de las corporaciones representativas, pues ello equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental”³⁴.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-737 de julio 11 de 2001, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, y con ponencia del mismo magistrado la Sentencia C-055 de 1996.

Según este principio, estima la Corte "que la constatación de que ocurrió una irregularidad en el trámite de una ley, no conlleva inevitablemente que el juez constitucional deba siempre retirarla del ordenamiento. Es necesario que, previamente, el juez examine:

"(i) si ese defecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley;

"(ii) en caso de que la irregularidad represente un vicio, debe la Corte estudiar si existió o no una convalidación del mencionado vicio durante el trámite mismo de la ley;

"(iii) si el vicio no fue convalidado, debe la Corte analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al Presidente para que subsanen el defecto observado; y

"(iv) si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, de conformidad con los lineamientos arriba trazados, y respetando siempre el principio de *razonabilidad*"³⁵.

Luego agrega la Corte: "(...) uno de los límites para la posibilidad de sanear un vicio es el principio de *razonabilidad*, que impide cubrir con la apariencia de un saneamiento lo que, en realidad, equivale a rehacer un paso fundamental del proceso de formación de la ley".

El reglamento del Congreso trata de los vicios de inconstitucionalidad en los proyectos. En efecto, el artículo 202 se refiere a los vicios subsanables, en los siguientes términos:

"Cuando la Corte Constitucional encuentre, en la formación de la ley o del acto legislativo, vicios de procedimiento subsanables, ordenará devolver el proyecto, la ley o el acto legislativo a las Cámaras Legislativas para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. En este evento se dará prioridad en el Orden del Día.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-737 de julio 11 de 2001, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

"Subsanado el vicio dentro de los treinta (30) días siguientes a su devolución, se remitirá a la misma Corte para que decida definitivamente sobre su exequibilidad.

"Las Cámaras podrán subsanar los vicios presentados atendiendo las consideraciones y procedimientos formulados por la Corte Constitucional. En su defecto, una Comisión Accidental de mediación presentará una propuesta definitiva a las Plenarias para su aprobación o rechazo".

Esta disposición es transcripción del artículo 45 del Decreto 2067 el cual, a su vez, reproduce el párrafo del artículo 242, haciendo distinción entre el proyecto y la ley, o el acto legislativo. Al respecto nos remitimos a las observaciones formuladas anteriormente.

El artículo 203 del reglamento del Congreso trata de los proyectos declarados inconstitucionales parcialmente, cuyo texto expresa lo siguiente:

"Cuando una Cámara rehaga e integre un proyecto de ley declarado parcialmente inconstitucional por la Corte Constitucional, según lo previsto en el artículo 167 de la Constitución Política, enviará el texto a la otra Cámara para su aprobación. Una vez cumplido este trámite se remitirá a la misma Corte el proyecto para su fallo definitivo".

Esta preceptiva es aplicable en el control de constitucionalidad previo del proyecto de ley de convocatoria a un referendo constitucional aprobatorio, bien sea que se haya promovido a iniciativa del Gobierno o por iniciativa popular (art. 378, Const.). El control se realiza en un doble examen.

En el primer examen, si la Corte considera que el proyecto está afectado de inexequibilidad, procederá la aplicación, en lo que fuere pertinente, del artículo 167 inciso final de la Constitución (*rehacer*³⁶ e integrar las normas), siempre y cuando que el Congreso haya aprobado el pro-

³⁶ *Rehacer*. "Volver a hacer lo que se había (...) hecho mal". Diccionario de la Lengua Española, Madrid, tomo V, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1994, pág. 1164.

yecto con anterioridad; en la otra hipótesis (si no se aprobó), el proyecto se devolverá a los promotores de la iniciativa popular, para que rehagan e integren las disposiciones afectadas de inconstitucionalidad, si es procedente y posible.

En el segundo examen, es decir, una vez cumplido lo anterior, el proyecto contentivo de la reforma con las disposiciones rehechas e integradas, en segundo debate por las plenarias de cada Cámara, se remitirá a la Corte para que profiera el fallo definitivo; ejecutoriada esta providencia se le remitirá copia auténtica de la misma y el texto del proyecto de ley contentivo de los artículos declarados exequibles al Presidente de la República para que proceda, mediante decreto, a convocar el pueblo para el referendo, en el día que señale para el efecto, previa elaboración del tarjetón por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

e) *Vicios de inconstitucionalidad insubsanables*. El artículo 5° inciso 2 del reglamento del Congreso consagra esta clase de vicios, en los siguientes términos:

"1. Toda reunión de congresistas que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales. En este evento sus decisiones carecerán de validez, y a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno.

"2. El vulnerarse las garantías constitucionales fundamentales".

Los artículos del proyecto de ley de convocatoria a referendo que se aprueben por el Congreso, en contravención de la primera hipótesis contemplada por la disposición transcrita, serían inconstitucionales y los vicios que las originaría serían insubsanables, lo que implicaría que la Corte en sentencia declarararía su inexequibilidad y, por consiguiente, el archivo del proyecto. En estos términos, la segunda hipótesis daría lugar a vicios sustanciales que escaparían al control de constitucionalidad de la Corte.

Como ejemplos de vicios insubsanables podrían citarse las preguntas inductivas, porque impedirían que el ciudadano *pueda escoger li-*

brevemente en el temario o articulado qué vota positivamente y qué vota negativamente. En efecto, las preguntas manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas o equívocas, que empleen lenguaje emotivo, o que estén incompletas, lo cual puede conducir a la desinformación, al error, o a una falsa percepción del fenómeno político³⁷. Cuando siguiendo el procedimiento reglado en el artículo 378, el Congreso apruebe un proyecto de ley convocando un referendo constitucional para que el pueblo apruebe en las urnas normas jurídicas que reformen los *temas mayores* de la Constitución, reservados al procedimiento especial establecido en el artículo 377; por ejemplo, en la Ley 796 de enero 21 de 2003 (de convocatoria a referendo de un proyecto de reforma constitucional), la inclusión de los siguientes temas: El Congreso. La eliminación de las suplencias de los congresistas; el voto nominal de los congresistas; los servicios administrativos del Congreso y la pérdida de la investidura de los congresistas. Los derechos fundamentales. Las limitaciones cuantitativas (congelación) de los salarios y pensiones de los servidores públicos; recursos para la educación.

En el anterior ejemplo se observa que a la reforma constitucional se le dio un trámite inadecuado, es decir, se siguió el procedimiento equivocado, generando el vicio de inconstitucionalidad formal, el cual es, como se dijo, insubsanable.

10. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD "REFORZADO" DE LA CONVOCATORIA A REFERENDO

Desconociendo la Sentencia C-180 de 1994 y otras providencias, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió el auto de 20 de enero de 2003, con el objeto de someter la ley de convocatoria a referendo constitucional, en primer lugar, al control de constitucionalidad oficioso o automático y, en segundo lugar, al control de constitucionalidad por vía de acción sobre actos posteriores del proceso de reforma constitucional, híbrido que denominó "control reforzado" de constitucionalidad.

³⁷ Sentencia C-551 de 2003.

En la parte pertinente, el auto de enero 20, expresa lo siguiente:

"(...)

"4. Con todo, cabe anotar que la *"Constitución ha establecido un control reforzado, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley mencionada, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución. Y este control reforzado es razonable por cuanto, como ya se señaló, la reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord. 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior"*. Como el control automático que realiza la Corte es un control integral y la sentencia produce efectos de cosa juzgada, la acción pública debe versar sobre actos posteriores del proceso de reforma constitucional que no fueron objeto de control automático (subrayas fuera del original)".

El anterior fragmento jurisprudencial merece las siguientes observaciones:

a) Que no es cierto que la Constitución haya establecido un control reforzado; ¿cuál es o cuáles son las disposiciones que así lo señale expresamente? No las hay. La Corte ha sido enfática en sostener que la enumeración de sus competencias contenidas en el artículo 241 es taxativa.

b) La ley de convocatoria a referendo constitucional previamente al pronunciamiento popular tiene control automático e integral de constitucionalidad, y la sentencia produce efectos de cosa juzgada; ¿cuál es su objeto? La ley que contiene el articulado, las preguntas y el temario, o sea, lo que sería objeto de pronunciamiento popular. Según la Corte, "la demanda sólo es viable con respecto a etapas posteriores del proceso de reforma constitucional. ¿Cuáles son esas etapas posteriores? La Constitución ni la Ley Estatutaria 134 consagran dichas etapas. Lo cierto es que la última etapa del proceso de reforma coincide con la decisión popular.

c) La decisión política del pueblo se traduce en un *acto constituyente*. ¿Cuáles serían los “actos” posteriores del proceso de reforma constitucional que no fueran objeto de control automático?

d) Después del proceso de reforma constitucional no existen “actos”, por cuanto este *proceso constituyente* culmina con la producción del acto constituyente, el cual escapa a cualquier control de constitucionalidad, por ser fruto del poder constituyente primario, y no tendría competencia un poder constituido, como lo es la Corte Constitucional, para revisar la constitucionalidad de la voluntad del pueblo.

e) En efecto, la Corte se apoya en el inciso 1 del artículo 379 de la Constitución³⁸ que, en materia de referendos, se refiere a la **convocatoria** de referendo, y la convocatoria que se hace mediante ley no es demandable, porque esta tiene control automático, como lo expresó la Corte, apoyándose en el numeral 2 del artículo 241 de la Carta, para rechazar las demandas de inconstitucionalidad que algunos ciudadanos presentaron contra la convocatoria a referendo constitucional contenida en la Ley 796 de 2003.

Además, la convocatoria a referendo tiene control de constitucionalidad sólo por vicios de procedimiento en su formación, o sea, en la formación del proyecto de ley; sancionado el proyecto termina el proceso de su formación.

f) El inciso 2 del artículo 379 preceptúa: “La acción pública contra estos *actos* (...)”. ¿A cuáles actos se refiere la norma? Los actos legislativos, son demandables (art. 241, num. 1), que no sería el caso, porque el referendo constitucional del artículo 378 se convoca por ley, como tampoco lo sería la consulta popular, porque ésta se convoca mediante una pregunta de carácter general (art. 82, Ley 134) y las preguntas no son actos y tampoco serían demandables, como no lo son el

³⁸ El artículo 379, preceptúa: “Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

“La acción pública (40 num. 6) contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2”.

resultado de la consulta, como lo estudiamos en el capítulo III; el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente al igual no sería demandable, porque tiene control previo y automático de constitucionalidad. En otras palabras, el referendo constitucional referido en las voces del artículo 379 no es demandable, porque en armonía con el artículo 241, num. 2, el control se verifica sobre la convocatoria al referendo, objeto del control previo y automático, como lo señaló la Corte.

g) Veamos por qué tampoco procederá la acción de inconstitucionalidad contra la convocatoria a referendo, para lo cual reiteraremos, a manera de síntesis, de lo que expusimos con anterioridad en el aparte denominando "control de constitucionalidad por vía de acción", respecto de los asuntos contemplados, en el numeral 3 del artículo 241 de la Carta, en especial el referendo sobre leyes (referendo legislativo), a saber:

1) Queda descartado del análisis el control de constitucionalidad por vía de acción de la convocatoria del referendo constitucional, por las razones anotadas.

2) Como corolario de lo anterior, el control a que se refiere el num. 3 del art. 241, en primer lugar, sería respecto de los referendos sobre leyes, o sea, el referendo legislativo.

3) El referendo legislativo, a su vez, puede ser: *aprobatorio*, si versa sobre un proyecto de ley de iniciativa popular que el Congreso no haya adoptado y, por consiguiente, se sometería a consideración del pueblo para que decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente (art. 5º, Ley 134). Es obvio que no procedería la acción de inconstitucionalidad contra el "proyecto" de ley aprobado popularmente, por cuanto el artículo 374, inciso 2 se refiere a los "actos" mencionados en el inciso 1 de ésta disposición. *Derogatorio*. Según la definición del art. 4º de la Ley 134, el referendo (legislativo) derogatorio, "es el sometimiento (...) de una ley (...), a consideración del pueblo para que éste decida si la deroga o no". En otras palabras, el pueblo en las urnas deroga una ley vigente, lo que equivale a su desaparición del mundo jurídico, luego ¿cuál sería el "acto" objeto de la acción de inconstitucionalidad?

4) En síntesis, no procederá el control previo ni posterior de los proyectos de ley sometidos a referendo (salvo el que contiene una reforma constitucional), ni tampoco de los referendos sobre leyes y, lo que es más grave, no es viable el control por vía de acción del proyecto de ley ni de la ley, sometidos a referendo.

Lo anterior nos permite aseverar que el artículo 379 de la Carta, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad de “la convocatoria a referendo”, es inoperante y el artículo 241 no le asigna competencia a la Corte para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra “actos posteriores del proceso de reforma constitucional que no fueron objeto de control automático” (según voces del auto de enero 20 de 2003). ¿Cuál sería el numeral del artículo 241 que facultaría a la Corte para ello? No será el num. 4, porque éste se contrae a la acción contra leyes, distintas a la ley de convocatoria a referendo constitucional; el num. 3, tampoco lo sería por tratarse de “referendos sobre leyes”; el num. 2 le atribuyó competencia al tribunal constitucional para conocer por vía del control automático y previo (con anterioridad al pronunciamiento popular) de la ley por medio de la cual se convoca al pueblo para que refrende la reforma constitucional contenida en la ley, según la jurisprudencia de dicho tribunal; y el num. 1, mucho menos, porque la acción de inconstitucionalidad se dirigiría contra “los actos reformativos de la Constitución”, y ¿cuáles serían esos “actos”? Por exclusión se supone que se trata de los Actos Legislativos, expedidos siguiendo el procedimiento de reforma contemplado en el artículo 375 de la Carta, y posible y dudosamente el acto reformativo final producido por la Asamblea Constituyente, porque el “acto” de su convocación (que sería la ley, de conformidad con el art. 376 de la Constitución y el art. 60 de la Ley 134), no sería objeto de acción como equivocadamente lo prevé el artículo 379, sino de control automático y previo de constitucionalidad. En efecto, no existe el numeral en el artículo 241 que le asigne expresamente a la Corte la competencia para conocer de la acción contra “actos posteriores del proceso de reforma constitucional”, para estructurar el llamado “control reforzado”. Este tipo de control no tiene fundamento en el artículo 241, porque las competencias de la Corte son taxativas “en los estrictos y precisos términos” que dicha norma contempla. “A

la Corte Constitucional únicamente se le pueden asignar nuevas competencias mediante un acto reformativo de la Constitución", según lo expuesto en la Sentencia C-180 de 1994.

h) ¿Cuál otro acto (diferente al acto constituyente) posterior a la decisión política del pueblo adoptada en las urnas –aprobando la reforma constitucional–, sería objeto de acción de inconstitucionalidad? Ninguno, por las siguientes explicaciones:

1) Realizada la votación en todo el país, corresponderá a la Registraduría Nacional del Estado Civil proceder al escrutinio, con el fin de verificar si se cumplieron las formalidades consagradas en el inciso 2º del artículo 378 de la Constitución, relacionadas con dos cálculos aritméticos, a saber:

a. *El umbral de participación.* Se trata del número de ciudadanos que deberán "participar" sufragando, para lo cual se exigirá que concurren como mínimo la cuarta parte de *sufragantes* del total de ciudadanos que integren el censo electoral. Si el total de sufragios no excede esta cifra, fracasará la convocatoria y no habrá referendo.

Si se sobrepasa el umbral de participación, procederá el segundo cálculo aritmético, o sea, el umbral de aprobación.

b. *El umbral de aprobación.* Se trata del voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragantes para la "aprobación" del texto normativo propuesto, cálculo aritmético que se contabilizará en relación con la suma de sufragios que arroje el umbral de participación.

2) Efectuado el escrutinio de los votos, si se cumplen las citadas exigencias constitucionales, la Registraduría proferirá la *declaración* de los resultados de los escrutinios, esto es, un acto administrativo de contenido *electoral*, bien sea que prospere o no el referendo.

3) Contra este acto administrativo, procederá la *acción* (no de inconstitucionalidad) *de nulidad* comúnmente denominada acción de nulidad "electoral", aclarando que en tratándose de referendo, no se elige

a ciudadanos, sino que se vota por un "SI" o por un "NO", respecto de un texto normativo.

4) La competencia para conocer de esta acción contencioso administrativa corresponderá al Consejo de Estado, en única instancia (C.C.A., art. 128, num. 13).

5) Entonces, ¿cuál es la acción de inconstitucionalidad que procedería contra el "acto reformativo de la Constitución" y que sea posterior al proceso de reforma constitucional? La última palabra la tendrá la Corte Constitucional para justificar el control de constitucionalidad "reforzado".

11. DEL ESCRUTINIO EN EL REFERENDO CONSTITUCIONAL

Previamente al desarrollo del tema enunciado, se debe precisar el concepto o la definición de algunas instituciones políticas, alrededor de las cuales giran los debates ciudadanos en las urnas, teniendo en cuenta como punto de referencia el llamado por la Constitución *censo electoral* que se diferencia con el concepto de *cuerpo electoral*, el cual se define a continuación.

"*El cuerpo electoral* es un nombre plural o colectivo con el que se designa al conjunto de personas que componen el *electorado activo*, y que por esto disfrutan (...) del derecho de sufragio"³⁹.

El censo electoral se deriva del cuerpo electoral; con antelación a precisar su concepto, se define el vocablo "*censo* (del latín *census*). Padrón o lista que los censores romanos hacían de las personas (...). Registro general de ciudadanos con derecho de sufragio activo"⁴⁰.

El *censo electoral* es una lista o registro que comprende el conjunto de ciudadanos en ejercicio para sufragar, en elecciones o vota-

³⁹ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo II, op. cit., pág. 53.

⁴⁰ *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, tomo II, vigésima edición, 1984, pág. 303.

ciones, en el lugar que determine la ley, bien sea por estar inscritas o incorporadas sus cédulas de ciudadanía en la lista para sufragar en dicho lugar.

La diferencia entre cuerpo electoral y censo electoral radica en el *registro*; en el primero están comprendidos todos los ciudadanos, y en el segundo solo los ciudadanos que estén inscritos en dicho censo, del cual se toma la base cuantitativa para realizar los escrutinios.

Escrutinio "es el acto por el cual se cuentan los votos consignados por cada candidato o lista en la respectiva elección para saber su resultado" (Consejo de Estado, auto de Sala Plena de agosto 2 de 1967).

Se aclara que no se trata de elegir a algún ciudadano. En el referendo se trata de los votos consignados por el "SI" o por el "NO".

De la lectura del artículo 378, inciso 2º, se diferencian nitidamente dos vocablos, a saber: "*sufragantes*" y "*votos afirmativos*" (válidos) y, por ende, con efectos jurídicos distintos. En el primero, se tiene en cuenta el factor cuantitativo exclusivamente, es decir, que se cuentan todos los sufragios, mientras que en el segundo lo determinante será el factor cualitativo, esto es, que se atenderá a la cualidad, o sea, a la *validez* de los votos, a fin de determinar su aprobación o no.

En el referendo constitucional el escrutinio se efectuará en dos oportunidades: un primer escrutinio para establecer la cuarta parte de los *sufragantes* del total de ciudadanos que integran el censo electoral, que como tal deben comparecer a las urnas, a fin de establecer el *umbral de participación*.

Si se sobrepasa este umbral, procederá el siguiente escrutinio:

Un segundo escrutinio con el objeto de contabilizar los *votos válidos*, a fin de verificar si se rebasó el *umbral de aprobación*, esto es, si se obtuvo más de la mitad de los votos afirmativos de los sufragantes que comparecieron en un número que excedió la cuarta parte de dichos sufragantes.

Se aclara que los ciudadanos manifestarán su voluntad política por medio de *tarjetas electorales*.

En efecto, el artículo 11 del Acto Legislativo número 01 de julio 3 de 2003, "por el cual se adopta una reforma política", reformó el artículo 258 de la Constitución y se refiere al empleo de *tarjetas electorales* (conocidas comúnmente como "tarjetón") para la elección de candidatos, los que se utilizarán también para los referendos (Ley 134, artículo 41), y en especial para el referendo constitucional (Ley 134, artículo 42).

Para realizar los escrutinios de las tarjetas electorales son aplicables las normas del Código Electoral, en lo que fuere compatible (Ley 134, art. 106).

Siguiendo el Código Electoral, examinemos cómo se realizaría el escrutinio.

Las votaciones en los municipios estarán a cargo de los *jurados de votación*, siguiendo las etapas señaladas a continuación:

a) *Lectura del acta con el número total de sufragantes*. Cerrada la votación, uno de los miembros del jurado leerá en voz alta el número total de sufragantes, el que hará constar en el acta de escrutinio y en el registro general de votantes, con el objeto de establecer el número de ciudadanos que sufragaron en la respectiva mesa de votación.

b) *Apertura de la urna*. El jurado públicamente abrirá la urna en que fueron depositados los tarjetones.

c) *El cómputo de votos*. Un jurado contará uno a uno los tarjetones que se hallen en la urna respectiva y contabilizará el *total* de éstos, de lo cual resultará un cómputo que se hará constar en el acta de escrutinio, operación que se denomina *cómputo de votos*.

El cómputo de votos coincide con el *umbral de participación* de que trata el artículo 378, inciso 2º de la Constitución: que el número de sufragantes exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

El cómputo de votos (total), en mi concepto, comprendería lo siguiente:

- 1) Votos por el "SÍ".
- 2) Votos por el "NO".
- 3) Votos nulos.
- 4) Tarjetón sin marcar.

Al respecto, el Consejo Nacional Electoral, el 2 de septiembre de 2003 expidió un concepto jurídico en respuesta a una consulta que formuló la Registradora Nacional del Estado Civil, en el cual precisó, entre otros, los siguientes aspectos jurídicos:

"A efectos de determinar el umbral deben tenerse en cuenta las **normas electorales** sobre votos nulos y tarjetas no marcadas, como quiera que de conformidad con el ordenamiento vigente, se considera que un ciudadano ha sufragado cuando ha manifestado en algún sentido su voluntad mediante el voto, de modo tal que no es su comparecencia física ante la mesa de votación, sino la manifestación de su preferencia mediante alguna de las opciones que contiene el voto, lo que permite inferir que se manifestó mediante el sufragio.

"Así pues, las tarjetas no marcadas no se tienen en cuenta para determinar si se superó el umbral o quórum democrático. Para este efecto sólo se cuentan los votos marcados, que pueden ser, como se sabe, a favor del texto propuesto (por el sí), o en contra del mismo (por el no).

"(...).

"Ahora bien, este criterio que desde entonces ha sostenido el Consejo Nacional Electoral, y que resulta aplicable en materia del referendo constitucional objeto de la presente consulta, se funda principalmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, este alto tribunal, en Sentencia de 24 de noviembre de 1999, Sección Quinta, expresó lo siguiente:

"«Cuando la persona que acude al puesto de votación no utiliza en la tarjeta electoral una de las expresiones del sentido del voto dispuestas por el legislador señaladas en la tarjeta electoral, en realidad, no ha

votado, pues la ley no le otorga a esa conducta efecto jurídico alguno, ni es contabilizable, por tanto, para efectos de cuociente electoral».

“De modo, pues, que es imperioso concluir que la simple comparecencia del ciudadano ante las mesas electorales no constituye su ‘voto’, sino que el mismo lo es el hecho de señalar alguna de las casillas que la tarjeta electoral tiene dispuestas para que se manifieste su voluntad. Si el ciudadano no manifiesta nada, entonces no ha votado, y si sólo se manifiesta respecto de algunas de las preguntas hechas, entonces sólo ha votado por esas particulares preguntas, sin que la omisión de voto que se presenta respecto de las otras preguntas del mismo tarjetón, puedan contabilizarse como ‘votos’ a efectos de determinar el umbral o quórum democrático” (negrillas fuera del texto).

En efecto, el concepto jurídico comprende una *declaración unilateral de la voluntad de la administración que produce efectos jurídicos*, es decir, que contiene un acto administrativo, el cual seguramente será aplicado por la Registraduría.

No comparto este criterio jurídico del Consejo Nacional Electoral, porque:

El Consejo no indica ni determina cuáles son las **normas electorales** que regulan la materia relacionada con las “tarjetas no marcadas”; al parecer no existe en la actualidad norma vigente al respecto.

La Constitución ni la ley le asignan competencia al Consejo para establecer por medio de un acto administrativo (como lo es el concepto jurídico) *limitaciones* al derecho constitucional fundamental del sufragio (art. 40, num. 1, Const.), restándole efectos políticos a la voluntad del sufragante, por la cual expresa su opinión política. Corresponderá al legislador ordinario (el Congreso) *regular*, mediante leyes estatutarias, las materias relacionadas con los derechos fundamentales (art. 152, lit. a)), entre otros, el derecho a sufragar, cuyo núcleo esencial implica que se “debe en todos los casos en que sea válidamente emitido tenerse en cuenta”⁴¹; di-

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-145 de marzo 23 de 1994.

cha validez o invalidez la definirá previamente también el Congreso mediante ley estatutaria; órgano legítimo de *representación* del pueblo; representación de la cual carece el Consejo Nacional Electoral.

Además, el concepto jurídico es contrario al *principio de la eficacia del voto*, contenido en el artículo 1º, literal 3 del Código Electoral, cuyo texto expresa: "cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector".

Es claro que el artículo 378 de la Constitución es de contenido electoral, porque se refiere a normas jurídicas que establecen dos cálculos aritméticos sobre la base de más de la mitad de sufragantes que votan afirmativamente y que éstos sufragantes excedan de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral. Esta clase de cálculos aritméticos reglados en la norma, permite diversas interpretaciones.

Aplicando el principio electoral de la "*eficacia del voto*", en la interpretación del artículo 378, es elemental comprender que los *tarjetones no marcados* se deben contabilizar para efectos de establecer el cálculo aritmético del *umbral de participación*, por dos razones:

La primera, porque el umbral de participación se refiere expresamente a *sufragantes* y no a *votantes*, es decir, que para satisfacer este umbral se deben contabilizar todos los sufragios que aparezcan en las urnas.

La segunda, porque sin fundamentos legales ni jurídicos el Consejo le está dando el carácter o calificación de invalidez a la manifestación de la voluntad política de un sufragante que deposita un *tarjetón no marcado*, ¿cuál es la norma jurídica de la cual se deriva éste efecto jurídico, es decir, de la invalidez?

d) *Verificación de la validez de los votos*. Los jurados de votación tienen competencia –de conformidad con el Código Electoral–, para verificar la *validez* de cada voto, según las causales de nulidad del voto preestablecidas por el legislador ordinario. El voto que se encuentre en las circunstancias previstas en una causal se declarará *nulo* por el jurado, único órgano competente para realizar esta verificación.

De esta forma, los jurados separarán los votos inválidos de los votos válidos, a fin de proceder al escrutinio de estos últimos.

1) *El escrutinio de votos válidos.* Esta forma de escrutinio se realizará descontando del cómputo total de votos los votos nulos y las tarjetas no marcadas, lo que arrojará el gran total de votos válidos que son de dos clases: votos por el "SÍ" o votos por el "NO".

Si el total de los votos por el "SÍ" (o como dice el artículo 378 votos afirmativos) rebasa más de la mitad de los sufragantes que comparecieron en un número que excedió la cuarta parte de tales sufragantes, se obtendrá el *umbral de aprobación*, lo que significaría que operaría la reforma constitucional, en relación con cada uno de los artículos propuestos, siendo triunfante el referendo constitucional.

Lo anterior merece dos explicaciones: la primera, que en el segundo escrutinio de votos no se contabilizan las tarjetas no marcadas, porque si bien el ciudadano *suftragó* (para efectos del umbral de participación), en realidad no *votó* por un "SÍ" o un "NO" a los quince proyectos de artículos propuestos para reformar la Constitución, pero si al menos marcó uno de ellos con el "SÍ", se contabilizará éste únicamente y se entenderá como un voto válido.

La segunda, que los votos nulos no son válidos y, por ende, obviamente no se contabilizarán para el umbral de aprobación.

En síntesis, el *resultado de validez* se aplica al segundo escrutinio para efectos del *umbral de aprobación*, pero no en relación con el primer escrutinio, porque se trata del *umbral de participación*.

Solo se establecerá el número de sufragantes que comparecieron a las urnas, sin calificar si es válida o no dicha participación porque, como dice la Corte Constitucional, se trata de la "*manifestación genuina del sentimiento político de un ciudadano*", quien podrá *sufragar* depositando el tarjetón y no *votar* por ninguna de las propuestas. En esta hipótesis, se trata de la abstención de votar, pero no de la abstención de participar.

2) *Los votos válidos y el acta de escrutinio.* El resultado del conteo de los votos válidos que realizan los jurados de votación, se hará constar en el acta de escrutinio, expresando el número de votos obtenidos por el "SÍ" y los votos por el "NO".

3) *Lectura de los resultados.* Firmada el acta por los jurados, se procederá a la lectura en voz alta de los resultados.

4) *Declaratoria de los resultados.* Concluidos los escrutinios municipales, corresponderá a la Registraduría Nacional del Estado Civil, recepcionar todos los resultados obtenidos en el país para establecer la votación válida nacional y proceder a hacer la *declaratoria* de los resultados, expidiendo un acto administrativo de contenido electoral, objeto de la acción de nulidad electoral.

5) *Sanción y promulgación.* Dentro de los ocho (8) días siguientes, contados a partir de la declaratoria de la Registraduría, el Gobierno Nacional deberá sancionar el *proyecto* de ley con el articulado de la reforma constitucional aprobado en referendo, y la respectiva ley se promulgará en el Diario Oficial, dentro del mismo término, a fin de que entre en vigencia la reforma constitucional, a menos que en la misma se establezca otra fecha (Ley 134, artículos 47, 48 y 49).

Al respecto, se presenta una incongruencia jurídica en relación con la *sanción* de que trata el artículo 48⁴² de la Ley Estatutaria 134. Recordemos que la Corte Constitucional, una vez recibido el proyecto de ley contentivo de la reforma constitucional, aprobado por el Congreso, dispuso por auto de 20 de enero de 2003 devolvérselo al Congreso para que el presidente del Senado lo remitiera al Gobierno Nacional para su sanción y promulgación; fue así como la Corte asumió el control previo de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, que contiene la reforma constitucional a votar el 25 de octubre del mismo año. Si el pueblo la aprueba, ¿qué sancionará el Gobierno? para

⁴² Preceptúa el artículo 48: "aprobado un referendo, el Presidente de la República (...), sancionará la norma y dispondrá su promulgación en el término de ocho días, contados a partir de la declaración de los resultados por parte de la Registraduría del Estado Civil (...)".

cumplir con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 134? Recuérdese que el Gobierno, el día 21 de enero de 2003 sancionó el proyecto de ley que se convirtió en Ley 796 y que fue sometida a control de constitucionalidad. Es lógico que no podría sancionarse dos veces el mismo texto normativo.

No obstante las anteriores consideraciones, la tarjeta electoral que oficializó la Registraduría Nacional del Estado Civil trae como encabezamiento lo siguiente: *Proyecto de acto legislativo. El pueblo de Colombia decreta*⁴³. ¿De modo que el pueblo no aprobaría el proyecto de reforma constitucional contenido en la Ley 796 que la Corte declaró exequible? ¿De dónde proviene la expresión “proyecto de acto legislativo”, si el Congreso lo que aprobó fue un proyecto de ley que, como se dijo, se convirtió en la Ley 796 de enero de 2003?

Dependiendo de lo que el pueblo apruebe mayoritariamente en las urnas, ¿procedería el control de constitucionalidad por vía de acción contra una ley o un acto legislativo?, a fin de darle viabilidad a lo que la Corte Constitucional denominó “control reforzado de constitucionalidad”.

12. LOS UMBRALES Y LOS CÁLCULOS ARITMÉTICOS

A fecha 1 de septiembre del 2003, según datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el censo electoral ascendía a 25.175.428 ciudadanos inscritos.

La cuarta parte de ésta suma es de 6.293.857 sufragios (*umbral de participación*). Esta cifra se divide por dos para un sub-total de 3.146.928, más uno, para un total de 3.146.929, que sería el número de los votos afirmativos (*umbral de aprobación*) por obtener, por cada uno de los puntos propuestos para la reforma constitucional, a fin de que ésta sea aprobada. Con base en éstos datos presentamos el siguiente ejemplo:

⁴³ Véase diario. *El Tiempo* de la edición del día domingo 14 de septiembre de 2003, pág. 1-16.

Censo Electoral : 25.175.428.

Cómo se obtiene el *umbral de participación*?

$$\text{Censo Electoral. } \frac{25.175.428}{4} = 6.293.857. \text{ Cuarta parte}$$

Cómo se obtiene el *umbral de aprobación*?

$$\frac{6.293.857}{2} = 3.146.928. \text{ La mitad de la cuarta parte}$$

$$3.146.928 + 1 = 3.146.929. \text{ Mínimo de votos afirmativos}$$

El cómputo del total de los sufragios es el siguiente:

<i>Por el si</i>	<i>3.146.929</i>
<i>Por el no</i>	<i>1.573.464</i>
<i>Nulos</i>	<i>393.366</i>
<i>No marcados</i>	<i>1.180.098</i>
<i>TOTAL</i>	<i>6.293.857</i>

Finalmente, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución N. 5315 de 23 de septiembre de 2003, "por medio de la cual se dictan normas sobre el escrutinio general de la votación sobre el referendo convocado mediante la ley 796 de 2003", y sin competencia reguló aspectos que corresponden exclusivamente al Congreso, como son, entre otros, los siguientes: preconteo de votos y escrutinio; votos nulos y la no contabilización de las preguntas no marcadas.

Las razones jurídicas de nuestro cuestionamiento son las mismas que se invocaron en relación con el concepto jurídico que emitió el Consejo.

El artículo 10 de la Resolución N. 5315 le asignó competencia al Consejo para declarar oficialmente el resultado de la votación del referendo, siendo la Registraduría Nacional del Estado Civil la competente, por haberlo establecido en forma especial el artículo 48 de la Ley Estatutaria 134 para los referendos; disposición ésta declarada exequible en la sentencia C-180 de 1994.

Bogotá, septiembre 30 de 2003



La Segunda edición de esta obra se actualiza con doctrina extranjera y la jurisprudencia constitucional reciente, en especial la sentencia C-551 de 2003. Haciendo énfasis en las distintas interpretaciones constitucionales, legales y reglamentarias sobre la institución del Referendo, como uno de los mecanismos de participación democrática, consagrados en nuestra constitución y que nos aprestamos a estrenar en nuestra vida institucional.

El Editor.



9 789589 157428