

EL PRECEDENTE JUDICIAL
EN MATERIA CONSTITUCIONAL
*CAMILO JOSÉ DAVID HOYOS**



THE JUDICIAL PRECEDENT IN
CONSTITUTIONAL MATTERS

RESUMEN

En el presente artículo se destacan aspectos importantes del precedente judicial en materia constitucional con relación a la *ratio decidendi* y al *decisum*, efectuándose precisiones determinantes entre una y otra que permiten establecer con meridana claridad cuándo estamos en verdad frente a esta institución jurídica como elemento vinculante dentro del ordenamiento jurídico, destacándose además otros aspectos importantes de esta figura jurídica con relación al tema de reformar la Constitución.

Palabras clave: Precedente constitucional; *Ratio decidendi*; *Decisum*; Reforma constitucional.

ABSTRACT

This article highlights important aspects of the judicial precedent in constitutional matters in relation to the *ratio decidendi* and the *decisum*, making precise determinations between one and the other, that allows to establish with complete clarity, when we are in fact against

* Abogado de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma, Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Estudiante Regular de los cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires; e-mail: [cadaho@gmail.com].

this Legal institution as a binding element within the legal system; Also highlighting other important aspects of this legal figure in relation to the issue of reforming the constitution.

Keywords: Constitutional Precedent; *Ratio Decidendi*; *Decisum*; Constitutional Reform.

Fecha de presentación: 12 de octubre de 2016. Revisión: 26 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2016.



En Colombia existen dos clases de precedentes judiciales: El que elabora la Corte Constitucional y el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país.

El primero existe desde la Sentencia C-104 de 11 de marzo de 1993¹; el segundo, desde la Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001².

I. EL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al hablar del precedente de la Corte Constitucional es preciso hacer una distinción que esta corporación no ha logrado hacer con la contundencia y claridad requeridas³: se trata de la distinción entre el *decisum* y la *ratio decidendi* en las sentencias de constitucionalidad.

Se advierte que no va a compararse acá el *decisum* y la *ratio decidendi*, en tanto elementos de un fallo cualquiera⁴; la distinción reclamada recae sobre la clasificación que nuestra Corte Constitucional hace de uno y otro elemento en tanto partes de una sentencia de constitucionalidad: Mientras que el *decisum* gozaría de cosa juzgada *erga omnes* explícita, la *ratio decidendi* gozaría de cosa juzgada *erga omnes* implícita.

1 M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>].

2 M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>].

3 Contundencia y claridad que, en este punto, la Corte Constitucional siempre se ha atribuido inmerecidamente

4 El primero, vale la pena recordarlo, es la decisión (de carácter general y abstracto o de carácter particular y concreto) que resuelve el caso particular en discusión, y el segundo, es la norma general y abstracta en la cual se fundamenta dicha decisión. Así se encuentra ilustradamente, por demás, en cualquier jurisprudencia o doctrina que trate la materia, incluyendo la de la misma Corte Constitucional.

Pues bien, al atribuir a ambos conceptos al del *decisum* y al de la *ratio decidendi* la misma cualidad (gozar de cosa juzgada *erga omnes*) y distinguirlos en sus fallos de constitucionalidad, principalmente, por el carácter explícito o implícito de esta cualidad, pareciera sensato concluir que ambas partes de la sentencia de constitucionalidad constituyen especies de un mismo género: el de precedentes judiciales de la Corte Constitucional, más esto no es correcto: ni la decisión de la Corte Constitucional de declarar exequible una norma jurídica, ni la decisión de declararla inexecutable son normas jurídicas⁵, y al no ser normas jurídicas⁶, no son precedentes⁷.

II. SI ES PRECEDENTE LA *RATIO DECIDENDI* DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Por otra parte, la norma o normas jurídicas de carácter general y abstracto que motivan la decisión de declarar exequible o inexecutable una determinada disposición, esto es, la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad, sí constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano. Ello es así a partir de la Sentencia C-104 de 1993 ya citada.

En esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo dos posturas: la primera, consistente en afirmar que la *ratio decidendi* de las

5 Una norma jurídica es una proposición prescriptiva perteneciente a un ordenamiento jurídico. Por proposición se entiende una palabra “o un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto”. NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 43 a 45; en las normas jurídicas el carácter prescriptivo proviene de su función: “influir en el comportamiento ajeno para modificarlo” (ibíd., p. 45).

6 “En segundo lugar, la derogación se distingue de la anulación por un aspecto importante. La anulación consiste, a grandes rasgos, en la ‘cancelación’ de una norma: y nada más. La derogación no consiste en absoluto en la simple ‘cancelación’ de una norma preexistente. Toda forma de derogación exige el dictado de una nueva norma: la derogación, a diferencia de la anulación, no es un acto jurisdiccional sino ‘normativo’ en sentido estricto (productor de normas)”. RICCARDO GUASTINI. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, México D. F., Gedisa, 1999, p. 373.

7 Valdría la pena mencionar una excepción: los fallos de constitucionalidad condicionada, en los cuales el sentido normativo acogido por la Corte Constitucional sí constituye precedente judicial en sentido estricto.

8 En la sentencia, así como en general en el derecho, en ocasiones se habla de precedente y en ocasiones se emplea la palabra “jurisprudencia” para referirse al mismo objeto: “La

sentencias de constitucionalidad es precedente judicial⁸ de carácter obligatorio; la segunda, que éste era el único precedente aplicable en Colombia, pues, en tanto “heredera de la tradición jurídica latina”, en el país la jurisprudencia de los demás tribunales y jueces sólo podría jugar un papel auxiliar o “secundario”.

La segunda postura será objeto de ulterior análisis porque esto no tiene ya vigencia en nuestro ordenamiento.

Al precedente judicial en Colombia se le abrió las puertas con la Sentencia C-104 de 1993 recién citada que señala:

Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país en la que se encuentra la del Consejo de Estado, existen semejanzas y diferencias.

Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias, tanto de la Corte Constitucional –art. 21 del Dcto. 2967 de 1991–, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad –art. 175 del Código Contencioso Administrativo– tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes.

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, (salvo lo establecido para la reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar –art. 230 CP–, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional –art. 243 CP–, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

Lo primero que llama la atención del anterior apartado es que al emplear las expresiones “jurisprudencia”, “providencias” o “pronunciamiento jurisdiccional”, la Corte se refiere indistintamente, al mismo tiempo, a dos fenómenos radicalmente distintos con lo que termina así por confundir.

El legislador, tal vez intuyendo aquí una oportunidad de preservar su hegemonía en la función soberana de producción normativa,

jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales deciden en forma uniforme” (Sentencia C-104 de 1993, cit.).

buscó prevalerse de esta falta de claridad, consagrando la siguiente disposición en el artículo 48 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996⁹, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia:

Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional.

Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive [Por ello] La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene carácter obligatorio general.

Por supuesto, la Corte Constitucional, que suele compensar su habitual falta de claridad, advirtió oportunamente que lo más conveniente era declarar la inexecutable parcial de este artículo:

... De lo dicho, se desprende claramente la inexecutable de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1.º. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella¹⁰.

9 *Diario Oficial*, n.º 42.746, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

10 Cfr. Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>].

III. EL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SE CONFIGURA CON UNA SOLA SENTENCIA

Al hablar del precedente, la doctrina y la jurisprudencia suelen aludir a un conjunto de decisiones uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que éste nace cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencias. La Corte Constitucional prescinde de esta reiteración como requisitos para la configuración de sus precedentes, los cuales, en adelante, obligan apenas se profieran.

IV. EL PRECEDENTE DE LOS DEMÁS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL PAÍS

La Sentencia C- 836 de 2001 ya citada, es otra de aquellas que se conocen como “hito” para el derecho colombiano, en tanto introduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En dicha sentencia se resuelve:

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

Por lo anterior, en adelante, el artículo 4.º de la Ley 169 de 31 de diciembre de 1896¹¹, modificatorio del artículo 10.º de la Ley 153 de 15 de agosto de 1887¹², habrá de entenderse de la siguiente manera:

tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable y los jueces deberán

11 *Diario Oficial*, n.º 10.235, de 14 de enero de 1897, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17755>].

12 *Diario Oficial*, n.º 7.151 y 7.152, de 28 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>].

aplicarla, lo cual no obsta para que la Corte varíe su doctrina en caso de que juzgue erróneas sus decisiones anteriores.

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS SOBRE EL DEBER DE APLICAR EL PRECEDENTE

La norma jurídica sobre el deber de aplicar el precedente y la norma jurídica dispuesta en un precedente en particular son dos normas del todo distintas que no deben jamás confundirse, aunque presenten características comunes. Así, materialmente, es decir, desde el punto de vista de su contenido, objeto o conducta regulada, sólo existen dos diferencias: La primera prescribe el deber de aplicar los precedentes; la segunda puede versar sobre cualquier otra conducta¹³.

En cuanto a su aspecto formal, en primer lugar, ambas son precedentes: la norma jurídica que prescribe el deber de aplicar el precedente también es un precedente, pues hace parte de la *ratio decidendi* de algunas sentencias de la Corte Constitucional; y en segundo lugar, mientras la primera norma tiene la misma jerarquía de una norma constitucional, o en otras palabras, tiene rango constitucional, los demás precedentes podrán tener rango constitucional, legal o administrativo, según el caso.

VI. CRÍTICAS AL PRECEDENTE JUDICIAL

Así, y a pesar de los varios pronunciamientos de la Corte sobre el tema, el artículo 230 de la Constitución colombiana mantiene una regla última y preponderante, la cual usamos para atacar el denominado “precedente jurisprudencial”. Esto pues cuando la Carta señala que:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial¹⁴.

13 Alguno dirá “siempre y cuando la conducta no sea necesaria o imposible”, lo cual es discutible.

14 Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

De ahí que para nosotros es tan clara la norma constitucional que no parece necesario consultar su espíritu. No obstante la Corte Constitucional decidió que por imperio de la ley debía entenderse no solo la ley en sentido formal, sino también su interpretación, que, en últimas, determina el contenido y el alcance de los preceptos legales.

Lo más preocupante a nuestro entender es que el asunto no paró ahí. La Corte también señaló que era necesario reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano de la jurisdicción ordinaria civil, penal y laboral), el Consejo de Estado (máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa) y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (no solo a la suya).

Lo anterior porque se le daba mayor coherencia al sistema jurídico y se protegía el derecho a la igualdad, lo cual a su vez repercutía en una mayor seguridad jurídica. Una tesis que no compartimos por oponernos fehacientemente a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, que debería llamarse precedente jurisprudencial-legislativo.

Ahora, en concreto para el caso colombiano, se tiene que con la sanción de las leyes 1395 de 12 de julio de 2010¹⁵ y 1437 de 18 de enero de 2011¹⁶, la discusión vuelve a tomar fuerza. Y se reanima un debate jurídico que estaba en el olvido. ¿Estas normas legalizan la obligatoriedad del precedente jurisprudencial?...¹⁷.

Debe señalarse así que estas nuevas leyes introducen unos cambios fundamentales en cuanto a la agilidad del sistema jurídico, pero también se desnaturaliza la función de la rama judicial en Colombia. Lo anterior es manifiesto, pues son plurales los artículos en los que las normas citadas se refieren de manera expresa o tangencial a la obligatoriedad del precedente.

15 Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, *Diario Oficial*, n.º 47.768, de 12 de julio de 2010, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html].

16 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

17 “La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley”, en *Ámbito Jurídico*, 4 de febrero de 2011, disponible en [<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Procesal-y-Disciplinario/noti-110204-06-la-obligatoriedad-del-precedente-jurisprudencial-es-ley>].

Por ejemplo, la Ley 1395 de 2010 dispone que las entidades públicas, en determinados casos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, en materia ordinaria o contencioso administrativa, se hayan proferido en cinco o más casos análogos. Además, permite que jueces, tribunales y cortes no tengan en cuenta los turnos para fallo cuando existan precedentes jurisprudenciales y que las salas especializadas decidan los recursos de apelación cuando se requiera establecer un precedente. Por su parte, el actual Código Contencioso Administrativo vigente desde el 2 de julio de 2012, introdujo la denominada extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, obligando a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de ese alto tribunal al adoptar sus decisiones en casos semejantes.

Otro ejemplo claro es cuando se introduce el denominado recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que busca

asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida¹⁸.

En opinión de uno de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, “estas normas legalizaron lo que, por vía jurisprudencial, ya había tornado obligatorio la Corte Constitucional”. Y continúa indicando que la Ley 1395 introduce varias normas que intentan desarrollar legalmente la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes, pero es el nuevo Código Contencioso Administrativo el que se despacha a favor del precedente, al consagrar el recurso extraordinario de unificación.

Así mismo, para LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, también ex magistrado del Consejo de Estado, es importante tener en cuenta que el mecanismo de unificación de sentencias está más orientado a la administración que a los jueces:

El código, más que consagrar el precedente, que juega para el juez, obliga a la administración a aplicar las sentencias de unificación que han salido del

18 Ídem.

Consejo de Estado. Ahí hay una diferencia conceptual, por eso ni siquiera hablamos de precedente jurisprudencial.

A nuestro modo de ver, se tiene que al magistrado Álvarez JARAMILLO se le olvida que el artículo 230 constitucional es claro, y sus normas no admiten interpretación.

Por otra parte, el constitucionalista CARLOS BERNAL PULIDO tiene otra percepción. A su juicio, las nuevas normas sí implementan la fuerza vinculante de la jurisprudencia:

Con el recurso extraordinario de unificación, por ejemplo, se trata de crear un precedente claro, cuando hay disparidad de criterios. ¿Y cuál es el sentido de establecer un precedente claro? Pues que, de ahí en adelante, se aplique obligatoriamente en todos los casos¹⁹.

Para nosotros, se está legalizando así una figura tomada de Inglaterra, la cual no va a favor de la separación de poderes propia del sistema administrativo francés adoptado por Colombia, el cual viene desnaturalizando las funciones del judicial y el legislativo, generando males social.

A juicio de Álvarez JARAMILLO lo que busca el nuevo Código Contencioso Administrativo es trazar una línea de acción para los jueces, la administración y los ciudadanos, quienes necesitan moverse en un marco de seguridad jurídica:

Puesto que según la realidad jurídica, muchos asuntos quedaban en segunda instancia en los tribunales y en Colombia se estaba conociendo cantidad de sentencias distintas sobre situaciones jurídicas con iguales supuestos de hecho y de derecho. Ahora, sin cercenar la autonomía e independencia del juez, el ciudadano tiene un instrumento que le garantiza su derecho a la igualdad, y la administración, elementos para decidir²⁰.

TAMAYO JARAMILLO también comparte esta última opinión, pero no cree que la aplicación del precedente garantice la coherencia del sistema jurídico, a menos que se trate de un sistema total de preceden-

19 Ídem.

20 "La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley", cit.

tes, como en el derecho anglosajón. De lo contrario, explica, se crearía un sistema binario en el que es imposible la coherencia, pues se aplicaría tanto la jurisprudencia como la ley.

Opinión que no carece de fundamento, pues aunque ambos magistrados están a favor del precedente, la realidad también denota que no puede haber seguridad jurídica cuando se ha creado un sistema binario donde se aplica en unos casos la Constitución y la ley y en otros la jurisprudencia de la Corte. Cuando se tiene que para iniciar un precedente son necesarios cinco puntos de derechos sobre un mismo tema, lo cual lleva a extraer que la primera decisión se constituye en un posible delito de prevaricato, pues nos alejamos por vía interpretativa de lo que señala una norma.

Otra respuesta clara es que es muy difícil garantizar un precedente jurisprudencial en todos los casos, por ejemplo, en un evento de responsabilidad del Estado tramitado ante el Consejo de Estado²¹, es muy difícil garantizar la aplicación del precedente, a menos que, por ejemplo, se diga que la responsabilidad del Estado por actividades peligrosas es objetiva:

En el resto de asuntos, donde la prueba del nexo causal o del daño y su cuantía son diferentes en cada caso, me pregunto... ¿Se puede crear un precedente obligatorio?²².

No obstante, consideramos oportuna la decisión de la Corte Constitucional cuando indicó que el precedente puede inaplicarse, pero sólo cuando se expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la decisión²³.

Lo paradójico es que esa posibilidad de inaplicarse el precedente jurisprudencial también se hizo por vía jurisprudencial.

21 Ver como ejemplo LUIS GERMÁN ORTEGA RUÍZ y CORINA DUQUE AYALA. "La constitutionnalité des politiques du gouvernement relatif au renouvellement de l'administration publique et le 'social maintien'", en *Revista Virtual Via Inveniendi et iudicandi*, disponible en [<http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/download/2948/2817>].

22 Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, portal [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitución/procedimientos_reforma.html].

23 Sentencia C-836 de 2001, cit.

Pero, que se puede pensar como profesor de derecho constitucional colombiano y como estudioso del derecho administrativo de Colombia, cuando la Corte Constitucional, máximo órgano protector de la Carta de 1991, no sólo inaplica el artículo 230 constitucional, sino que obvia los mecanismos a través de los cuales se modifica la Constitución, además de hacerlo directamente por vía interpretativa y no por los mecanismos señalados por la Norma de normas...

VII. ¿CÓMO SE MODIFICA LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA?

El último título de la Carta Política de 1991 ya citada (Título XIII) está dedicado a la reforma de la Constitución. Del artículo 374 al artículo 379 la Constitución se dedica a regular la manera como ha de ser reformada. El último artículo del título y de la Constitución se dedica a otro asunto: a derogar la Constitución anterior y todas sus reformas.

El artículo 374 refiere a que la Constitución podrá ser reformada por: el Congreso de la República, una Asamblea Constituyente o el propio pueblo mediante referéndum.

De acuerdo con el artículo, habría en principio tres maneras de reformar²⁴ la Constitución.. Se hace notar que reforma se opone a expedir una nueva Constitución que es una función que no puede válidamente prohibirse al constituyente originario, al soberano, al pueblo²⁵.

El artículo 375 establece qué sujetos tienen la iniciativa de reforma constitucional y el procedimiento al cual habrá de avocarse. Señalando como tales: al Gobierno, a los congresistas, el 20% de los concejales o de los diputados del país, o los ciudadanos en un porcentaje no inferior al 5% del censo electoral vigente²⁶.

24 La expresión quiere decir "volver a formar, rehacer, modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo", ver REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Madrid, RAE, sv. "reformar", disponible en [<http://dle.rae.es/?id=VeG42ZB>].

25 Universidad de Antioquia, cit.

26 El Gobierno es el Ejecutivo según está definido en el artículo 115 de la misma Carta. Los congresistas son los miembros del Legislativo (senadores o representantes a la Cámara). Los diputados son los representantes del colegiado administrativo que en los departamentos acompaña a los gobernadores y Los concejales, los miembros de la corporación edilicia municipal, también administrativa y que acompaña al Alcalde.

Todos ellos son funcionarios que elige el pueblo mediante sufragio universal y secreto. Los ciudadanos son todos los nacionales mayores de edad (18 años mientras la ley no determine otra edad) sujetos a alcanzar el 5% del censo electoral, que está compuesto por aquellos con capacidad de votar y que se hayan inscrito para el efecto.

Como se percibe, a excepción del Gobierno, los sujetos con iniciativa requieren cumplir una calidad de conjunto, deben llenar un requisito numérico específico para reformar la Constitución.

Frente al trámite del proyecto, establece el segundo inciso del artículo 375 que deberá someterse a un tránsito de dos períodos ordinarios y consecutivos. Es decir no en sesiones de carácter extraordinario ni en períodos discontinuos.

El trámite exige que el proyecto aprobado en el primer período por la mayoría de los asistentes sea publicado por el Gobierno. Para la aprobación en el segundo período se exige y cualifica la necesidad de un quórum mayor: se requiere la mayoría de los miembros de cada cámara y no ya solo de la mayoría de los asistentes.

El inciso tercero establece que en el segundo período consecutivo y ordinario dedicado al estudio y debate de la iniciativa a proyectos de reforma constitucional, los congresistas sólo pueden debatir propuestas formuladas en el primer período de sesiones, estableciendo una clara limitación al Congreso y al Gobierno.

El artículo 375 se dedica a reglar la reforma que puede hacer el Congreso.

El artículo 376 de la Constitución establece que mediante ley el Congreso puede llamar al pueblo para decidir si convoca una asamblea constituyente para reformar la Constitución.

El inciso primero establece para el efecto la necesidad de la aprobación decisoria de la mayoría de una y otra cámara legislativa. También se completa con la decisión de competencia, período y composición de la asamblea constituyente que la propia ley determine.

Para que el mecanismo opere, se requiere que sea aprobada la convocatoria de la ley por no menos de la tercera parte del censo electoral. La votación sería por voto directo, en acto electoral que no podrá coincidir con otro diferente. Si se elige la asamblea, se suspende temporalmente la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución. El cuerpo de reforma constitucional elegido puede darse su propio reglamento.

Trata el artículo 376 del segundo sujeto con posibilidad de reformar la Constitución. No obstante es necesario señalar que se requiere el concurso del Congreso pues para el establecimiento de la ley debe contarse con él²⁷.

El artículo 377 establece que deberán someterse a referendo las reformas de la Constitución que apruebe el Congreso, cuando se refieran a los derechos y sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al propio Congreso, si lo solicita dentro de los seis meses siguientes a su promulgación, un 5% de los ciudadanos del censo electoral. La reforma del Congreso quedaría derogada, denegada sería mejor expresión, si la votación del referendo es negativa por la mayoría, siempre que la participación en la votación llegare siquiera a la cuarta parte del censo electoral.

De acuerdo con este artículo, el pueblo participa en referendo para aprobar o denegar una reforma hecha a la Constitución por el Congreso de la República. El papel del pueblo es complementario y está restringido a unos *quantums* y a un tiempo determinado. Como en los anteriores artículos, la reforma está en el Congreso de manera más directa y él mismo es parte de un proceso complementario.

El artículo 378 se refiere a la iniciativa del Ejecutivo o los ciudadanos en concordancia con el artículo 155 de la propia Carta, en lo que el Congreso puede someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional que él mismo incorpore a la ley, con aprobación de la mayoría de los miembros de cada sección legislativa. Este referéndum estará sujeto a un temario en el que el pueblo puede disponer afirmativa y negativamente de acuerdo a las distintas propuestas de cada disposición sometida a este tipo de mecanismo de participación constituyente. El *quantum* de la votación afirmativa debe ser superior a la mitad de sufragantes siempre que su número exceda la cuarta parte del total de integrantes del censo electoral.

El artículo 155 se refiere a la iniciativa de reforma legal o constitucional con unos *quantums* exigidos y referidos a los mismos sujetos del artículo 375. Para el pueblo, los ciudadanos, la iniciativa popular por propio mandato del artículo 155 se complementa de acuerdo a lo establecido por el artículo 163 de la Carta, en lo que hace el trámite

27 Universidad de Antioquia, cit.

de urgencia para que el Congreso tramite preferencialmente ciertas materias.

Al finalizar el artículo 155 dice que los ciudadanos pueden participar, además, a través de un vocero que deberá ser escuchado por el Congreso.

De manera diferente al anterior referendo, el derogatorio del artículo 377, la iniciativa del propio referendo nace de la participación popular pero no en respuesta a una proposición del Congreso. La iniciativa pasa por el Congreso y la posibilidad de decisión es más amplia pues puede negar y afirmar en una misma votación frente al articulado que se propone. El trámite de urgencia de la ley mediante la cual se convoca al referendo de iniciativa popular, con lo que se asegura por lo menos su estudio.

Para terminar, el artículo 379 establece una limitación a la Corte Constitucional en su ejercicio del control de constitucionalidad. Reduce la posibilidad de la declaratoria de inexecutable a la violación de las normas de este título particular y establece un período de un año para la solicitud o acción de inconstitucionalidad que se cuenta a partir de la promulgación del acto y con ajuste a lo estipulado en el numeral 2 artículo 241, que se refiere a la misión de la Corte Constitucional como custodia de la supremacía y la integridad de la Constitución, para lo cual tiene como función decidir de manera preventiva acerca de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo o asamblea constituyente para la reforma de la Constitución, control circunscrito solo al examen de constitucionalidad a requisitos formales o de procedimiento, no respecto de los contenidos. Son de esta manera complementarios los artículos 379 y numeral 2 del 241 de la Constitución y no presentan contradicción alguna.

Resulta novedosa la introducción de la consulta popular que en realidad no aparece en el Título XIII y no parece que fuera en Colombia un mecanismo de reforma constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BIAGI, MARTA CRISTINA. *Pesquisa Científica: Roteiro Prático para Desenvolver Projetos e Teses*, Curitiba, Juruá Editora, 2009.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987.

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CONTRERAS CALDERÓN, JORGE ANDRÉS. “El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 41, n.º 115, pp. 331 a 361, julio-diciembre de 2011, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1068>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-104 de 11 de marzo de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>].

Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>].

Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>].

ECO, UMBERTO. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, LUCÍA BARANDA y ALBERTO CLAVERÍA IBÁÑEZ (trads.), 6.ª ed., México D. F., Gedisa, 2009, disponible en [http://www.upv.es/laboluz/master/seminario/textos/umberto_eco.pdf].

GUASTINI, RICCARDO. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, México D. F., Gedisa, 1999

HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO; CARLOS FERNÁNDEZ COLLADO y PILAR LUCIO BAPTISTA. *Metodología de la investigación*, México, D. F., Mc Graw Hill, 1998.

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley”, en *Ámbito Jurídico*, 4 de febrero de 2011, disponible en [<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Procesal-y-Disciplinario/noti-110204-06-la-obligatoriedad-del-precedente-jurisprudencial-es-ley>].

Ley 153 de 15 de agosto de 1887, *Diario Oficial*, n.º 7.151 y 7.152, de 28 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>].

Ley 169 de 31 de diciembre de 1896, *Diario Oficial*, n.º 10.235, de 14 de enero de 1897, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17755>].

Ley 270 de 7 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.746, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

Ley 1395 de 12 de julio de 2010, Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, *Diario Oficial*, n.º 47.768, de 12 de julio de 2010, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html].

Ley 1437 de 18 de enero de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

LUIS GERMÁN ORTEGA RUÍZ y CORINA DUQUE AYALA. “La constitutionnalité des politiques du gouvernement relatif au renouvellement de l’administration publique et le ‘social maintien’”, en *Revista Virtual Via Inveniendi et iudicandi*, disponible en [<http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/download/2948/2817>].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., Madrid, RAE, sv. “reforma”, disponible en [<http://dle.rae.es/>].

Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, portal [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitución/procedimientos_reforma.html].

