

# **LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1971 EN FRANCIA Y DE 1991 EN COLOMBIA. UN ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA DE LA REVOLUCIÓN JURÍDICA\***

## **CONSTITUTIONAL CHANGES IN 1971 IN FRANCE AND IN 1991 IN COLOMBIA. AN ANALYSIS FROM THE POINT OF VIEW OF THE THEORY OF JURIDICAL REVOLUTION**

*Carlos Mario Dávila S.\*\**

*Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2012*

*Fecha de aceptación: 11 de enero de 2013*

### **Para citar este artículo / To cite this article**

Dávila S., Carlos Mario, Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la Teoría de la Revolución Jurídica, 126 Vniversitas, 123-163 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<123:CCFCRI>2.0.TX;2-W

---

\* Esta investigación se inscribe, en parte, dentro de los estudios de maestría realizados en la Universidad de la Sorbona bajo la dirección del Sr. Profesor Otto Pfersmann, trabajo suscitado el 12 de junio de 2012 ante un jurado conformado por el profesor mencionado y el Sr. Profesor Pierre Legrand. El autor agradece al Sr. Profesor asistente Régis Ponsard por sus valiosas apreciaciones cuando esto tan solo era un esbozo. Salvo mención en contrario las traducciones son del autor.

\*\* Licenciado en Derecho. Titular de un D.S.U. en Derecho administrativo de la Universidad Panthéon-Assas – Paris II y Magíster en Derecho comparado de la Universidad Panthéon-Sorbonne – Paris I. Docente de cátedra.

## **RESUMEN**

Francia revisa su Constitución en 1971; sin embargo, esta modificación no es hecha por alguno de los órganos autorizados en este mismo texto. Colombia sustituye su Constitución en 1991, empero, ¿estos cambios constitucionales se ajustaron a las normas jurídicas en vigor? Este escrito hace un recorrido por estas transformaciones jurídicas, todo esto aplicando la teoría de la revolución jurídica a dichos cambios para determinar el nuevo fundamento de validez de cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

**Palabras clave autor:** Derecho constitucional, teoría de la revolución jurídica, fundamento de validez, norma fundamental, revisiones constitucionales.

**Palabras clave descriptores:** Derecho constitucional, control de constitucionalidad, validez (derecho), cambios constitucionales, Colombia, Francia.

## ABSTRACT

*France revised its Constitution in 1971, but the modification was not carried out by one of the organs authorised by that same text. Colombia replaced its Constitution in 1991, but did these constitutional changes comply with the laws of the time? The present paper is an overview of these juridical transformations from the point of view of the theory of juridical revolution, which is applied in order to determine the new legal basis of each of these legal systems.*

**Keywords author:** Constitutional law, theory of legal revolution, basis of validity, basis rule, judicial review.

**Keywords plus:** Constitutional law, judicial review, effectiveness and validity of law, constitutional changes, Colombia, France.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. TEORÍA Y CONDICIONES DE CONFIGURACIÓN DE UNA REVOLUCIÓN JURÍDICA.- *A. La teoría de la revolución jurídica.*- 1. El término “revolución”.- 2. Presentación de la teoría de la revolución jurídica.- *B. Definición de conceptos esenciales.*- 1. Validez y conformidad.- 2. Legitimidad y eficacia.- II. LA CONFIGURACIÓN DE LA REVOLUCIÓN JURÍDICA DE 1971 EN FRANCIA Y DE 1991 EN COLOMBIA.- *A. El contexto y las decisiones “revolucionarias”.*- 1. El contexto de los “actos revolucionarios”.- 2. Las decisiones “revolucionarias”.- *B. La configuración de la revolución jurídica.*- 1. Las normas de habilitación.- 2. La revolución jurídica en los hechos.- *C. Ruptura de la continuidad jurídica y nacimiento de una nueva Constitución.*- 1. Ruptura de la continuidad jurídica.- 2. Nacimiento de las nuevas Constituciones.- CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial una nueva ola de constitucionalismo se pone en marcha. Se puede ver cómo en varios países se adoptan Constituciones con características similares. Es por eso que hoy por hoy asistimos a la universalización de un mismo modelo de justicia constitucional. Este nuevo derecho constitucional se caracteriza por la instauración de una Constitución como norma de normas, comportando un catálogo de derechos humanos, recursos de protección, una Corte o Tribunal constitucional y un control extendido de constitucionalidad de las diferentes normas del Estado. Esto llevó a la ruptura del legicentrismo<sup>1</sup>, esto es, la incuestionabilidad de la ley como expresión de la voluntad general. Con la llegada de estas nuevas Constituciones, entra también el principio de constitucionalidad, el cual impone el respeto a la Constitución, que desplaza a lo que tradicionalmente se conocía como el principio de legalidad. Es por ello que, también, se asiste a una globalización del derecho, en especial del derecho constitucional. Ahora bien, ¿cómo Francia y Colombia entraron en esta nueva generación del derecho, el derecho constitucional contemporáneo?

El 16 de julio de 1971 el Consejo Constitucional francés emite la Decisión DC 71-44, conocida bajo el nombre de *Libertad de asociación*, que transforma completamente el sistema jurídico de ese país. En efecto, con el fin de declarar la no conformidad de un texto de ley a la Constitución, dicho Consejo se basa en el preámbulo de la Constitución<sup>2</sup>. Este texto reenviaba al preámbulo de la Constitución anterior de 1946, el cual contenía una enunciación a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. De esta manera, dicha decisión del Consejo Constitucional abre la puerta para la llegada de este nuevo modelo de justicia constitucional en Francia. Además, con la concretización de las normas del preámbulo y aquello a lo que este hace referencia, la Constitución pasa de tener 92 artículos (en la época) a 128. El Consejo podía desde

1 Se toma este término de Louis Favoreu, “Le principe de constitutionnalité”, En: Louis Favoreu et ál., *Droit constitutionnel*, Dalloz, París, 120-44 (2012). Sobre este mismo punto, el profesor López Daza (2005, 28) afirma que “[e]l Estado legal nacido en el siglo XIX fue remplazado por el Estado constitucional hacia mediados del siglo XX”.

2 Aunque el Consejo Constitucional ya lo había mencionado en una decisión anterior, DC 70-39 del 19 de junio de 1970, no es sino en esta que lo utiliza para anular una norma.

entonces utilizar estas nuevas normas para hacer el control de constitucionalidad de las normas puestas a su disposición. Esto fue lo que la doctrina llamó en su época el bloque de constitucionalidad, el cual contribuyó a alargar el campo de acción del Consejo constitucional<sup>3</sup>. Así, este órgano pasa de ser un simple controlador de la actividad del parlamento y del ejecutivo, tal como había sido estipulado por los redactores de la Constitución, para convertirse en un verdadero juez constitucional<sup>4</sup>.

En Colombia, la Constitución de 1886 fue remplazada en 1991 a través de una Asamblea Constituyente. Dicho cambio produjo una gran transformación en la forma de concebir y de practicar el derecho por los diferentes actores jurídicos en Colombia. Es también el sentir del profesor López Daza (2005, 8) quien arguye que “[el] constitucionalismo colombiano desarrollado en el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho colombiano”. Se asiste desde entonces a una ruptura del formalismo jurídico, quizás, según algunos autores<sup>5</sup>, venido de la escuela francesa e instalado por más de un siglo en nuestro país. Se deja entonces lugar al constitucionalismo contemporáneo, comenzado con la Constitución alemana de Bonn, 1949<sup>6</sup>, de la cual varios Estados se inspiraron para redactar la suya. Además, en 1995, la Corte constitucional colombiana amplía su campo de normas de referencia al introducir, a su manera, el bloque de constitucionalidad<sup>7</sup>.

Ahora bien, la característica esencial de un Estado de derecho es que todas sus autoridades deben someterse a reglas previamente establecidas por un órgano habilitado para el efecto que determinan

3 Es importante anotar que el Consejo Constitucional no utiliza nunca esta expresión en sus decisiones.

4 Esto se vuelve más evidente con la apertura de la *saisine* (posibilidad de contestar un proyecto de ley antes de su promulgación por ser contrario a la Constitución) del Consejo constitucional a 60 senadores o 60 diputados con la reforma constitucional de 1974.

5 Ver al respecto Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá, 129-224 (2009) y Germán López Daza, *La Justicia constitucional colombiana*, Universidad Surcolombiana, Neiva, 245 (2005).

6 Algunos doctrinantes afirman que este nuevo constitucionalismo comienza con la Constitución austriaca de 1920.

7 Ver Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sin embargo esta figura diverge considerablemente de la francesa. Sobre el Bloque de constitucionalidad en Colombia ver César Londoño Ayala, *El Bloque de constitucionalidad*, Nueva Jurídica, Bogotá (2010) y Óscar Dueñas Ruiz, *Lecciones de teoría constitucional*, Librería del profesional, Bogotá, 7-8 (2001).

la forma de producción de otras normas y así sucesivamente, debiendo existir una continuidad jurídica en la cadena de producción normativa. Entonces, ¿estos cambios fueron realizados siguiendo las vías del derecho en vigor o se produjo una revolución en el sentido jurídico del término? Este es, en términos generales, el problema jurídico al cual trataremos de dar respuesta en esta investigación.

Dos hipótesis pueden adelantarse: la primera es que las decisiones producidas por los dos órganos en cuestión encuadrarían perfectamente dentro de la normatividad en vigor, y por consiguiente no hay revolución jurídica. La segunda hipótesis sería que estas actuaciones no encajan en las normas en vigor, y en consecuencia se puede decir que: a) Las decisiones emanadas son válidas, así los órganos involucrados hayan hecho un mal razonamiento; empero, todas las decisiones y actuaciones posteriores son malas aplicaciones de la Constitución; b) Los textos utilizados para reformar la Constitución no eran normas jurídicas válidas y, por consiguiente, se está en presencia de un cambio revolucionario en el sentido jurídico, y de ahí nacerán las nuevas Constituciones de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. En esta última hipótesis, es la nueva Constitución que nace después de la revolución jurídica que entra a validar y a fundar todo el orden jurídico. Es entonces tarea de esta investigación de establecer cuál de estas hipótesis tuvo lugar.

Para hacer esto, es necesario determinar las normas de habilitación a las cuales debían someterse los órganos concernidos. En Francia se estudiará si la mutación que sufrió la Constitución de 1958 con la decisión del Consejo Constitucional DC 71-44 de 1971 configura o no una verdadera revolución jurídica. Si consideramos los interrogantes que plantea el profesor J. Rivero: “*la breve fórmula introductoria por la cual el pueblo francés proclama solemnement su apego a los derechos del hombre tal como fueron definidos por la Declaración de 1789 confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946 ¿era algo más que una declaración de intención? ¿Hacía parte de la Constitución en el sentido técnico del término? ¿El apego proclamado iba incluso hasta mantener en vigor, dentro del derecho constitucional positivo, el preámbulo de 1946?*”<sup>8</sup>, será entonces necesario establecer si dicho órgano se acogió a las normas que se

8 “Décisions du Conseil constitutionnel. Décision du 16 Juillet 1971”, ajda, 538 (1971).

imponían a él. Por otro lado, en derecho colombiano, analizaremos el proceso de transición entre la Constitución de 1886 y la de 1991, en concreto, el proceso de la Asamblea Constituyente de 1991. Dentro de esto se abordará la inclusión de la séptima papeleta, los decretos gubernamentales convocando a elecciones y a contabilizar los votos, así como las respectivas decisiones de la Corte Suprema con el fin de determinar si estas actuaciones se sujetaron a las normas en vigor de la época. Este análisis será basado en la teoría de la revolución jurídica expuesta por el jurista austriaco Hans Kelsen, en su ya clásico *Teoría pura del derecho*, y en otros textos más.

En lo concerniente al estado del arte, de una parte, en derecho francés, varios textos, manuales y artículos de revistas se refieren a la revolución acaecida con la decisión *Liberté d'association*; sin embargo, la gran parte de autores tratan el tema desde un punto de vista más político y social, es decir, para mostrar que el Consejo Constitucional francés modificó el estado de cosas en derecho constitucional dando un “golpe de fallo” al gobierno al anularle dicha norma. Pero un análisis efectuado desde el punto de vista de esta teoría, es decir, el respeto de las normas en vigor por parte de dicha institución, no es abordado<sup>9</sup>. En Colombia varios estudios han sido consagrados al cambio seguido por el modelo jurídico colombiano después de la Constitución de 1991, aunque la mayoría de autores lo hace para mostrar los beneficios que este trajo al derecho y a la sociedad colombianos. Empero, lo tocante al análisis del respeto de las normas en vigor para determinar si estas fueron honoradas o no, es decir la aplicación de la teoría en cuestión, está ausente en gran parte de los teóricos de derecho constitucional colombiano.

Finalmente, el método utilizado en el presente estudio será el análisis inductivo-deductivo, así como el método histórico. Serán abordados los diferentes tratadistas en los respectivos países que se refieren al tema, así como las normas y las decisiones de los respectivos órganos inmiscuidos en esta investigación.

Puesto que se trata de un estudio en derecho comparado, este análisis nos llevará a determinar las diferencias y las similitudes

---

<sup>9</sup> Este tema es tratado por Otto Pfersmann, “L’élaboration et la révision des constitutions: La production du droit constitutionnel formel”, en: Louis Favoreu et ál., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 101-119 (2012); Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre-positif*, LGDJ – Bruylant, Bruselas, 113-17 (2005).

entre los dos objetos de estudio a tratar, es decir, los cambios vividos en los dos sistemas constitucionales. Es por ello que se intentará fijar en qué momento dicha revolución tuvo lugar; si es así, y de contera, establecer la nueva Constitución que surge de dicha transformación, lo cual es importante con el fin de determinar el nuevo fundamento de validez de todo el orden jurídico.

El objetivo de este trabajo no será decir si estos cambios fueron buenos o malos para los países en cuestión, sino mostrar en qué momento estos dos derechos firmaron su entrada al nuevo constitucionalismo. Este es el punto central de nuestra investigación, el punto de comparación.

Es por ello que, con el fin de determinar si dichos cambios jurídicos se acogieron al derecho en vigor o si constituyen una revolución jurídica, es menester, de antemano, comenzar estableciendo para tener claro lo que dichos términos significan así como otros aspectos necesarios para la comprensión de este estudio.

## **I. TEORÍA Y CONDICIONES DE CONFIGURACIÓN DE UNA REVOLUCIÓN JURÍDICA**

Una investigación no estará jamás completa sin la precisión previa de los conceptos necesarios con el fin de identificar y comprender lo que se quiere mostrar. Para ello se hablará primero de la teoría de la revolución jurídica como tal para luego precisar ciertos conceptos necesarios para la compresión de este trabajo.

### **A. La teoría de la revolución jurídica**

El término revolución es utilizado de diversas maneras por la doctrina. Unos lo hacen de manera política, como cuando se alude a la Revolución Francesa, la Revolución Norteamericana, la Revolución Rusa etc., y otros lo hacen de manera jurídica; tal es el caso que nos ocupa en esta ocasión.

## **1. El término “revolución”**

Es necesario distinguir entre una revolución en sentido político y una revolución jurídica. En el primer caso, se trata de todo aquello que suscitó la Decisión DC 71-44 en Francia, por ejemplo los comentarios de la prensa, las líneas escritas por varios teóricos del derecho constitucional francés etc. y, de otra parte, la revolución en sentido jurídico, a saber, la violación de una norma constitucional en vigor y de contera la sustitución total o parcial de la Constitución.

Sobre el primer término la mayoría de doctrinantes se han pronunciado; M. Verpeaux et ál. (2011, 235) dicen, comentando todas las decisiones del Consejo Constitucional, que “[s]u notoriedad rebasa la de las demás decisiones”; Francis Hamon y Michel Troper (2011, 842) afirman que “[e]n una decisión importante del 16 de julio de 1971, que uno puede incluso calificar de revolucionaria, en la medida que era contraria a las intenciones del Constituyente de 1958”; Guy Carcassonne (2009, 293) “[e]l giro mayor se produjo con la Decisión del 16 de julio de 1971”; para Jacques Robert (1971, 1171), “[e]l Consejo constitucional demostraba que su control no estaba limitado al solo plan de las relaciones entre poderes públicos sino que podía —y debía— extenderse al de los derechos y libertades del ciudadano”. Vemos cómo este autor se limita simplemente a alabar la decisión en cuestión; por otro lado, Louis Favoreu (2012, 122) escribe al respecto lo siguiente: “[d]urante más de siglo y medio, Francia fue fiel al principio de legalidad. El giro fue sin embargo dado de alguna manera, en dos tiempos: la nueva Constitución contiene la afirmación del principio de constitucionalidad. Pero este no se volvió efectivo sino a partir de 1971”; y, finalmente, Dominique Rousseau (2010, 34) comenta al respecto que “[p]ara ejercer su control, el Consejo se refiere por la primera vez, y ahí se sitúa la ‘revolución’, al Preámbulo de la Constitución de 1958” (comillas dentro del texto original).

En Colombia, el profesor Molina Betancur (2006, 429) sostiene al respecto de las revisiones de una Constitución, parafraseando a Kelsen, que “[e]n ocasiones estos cambios [se refiere a los cambios constitucionales] se efectúan por la vía regular que establece la misma Constitución y en otras ocasiones es por la fuerza a través de una revolución o un Golpe de Estado”, más adelante agrega “[l]a Constitución trae generalmente los órganos que la pueden reformar

*y su procedimiento, pero esto no se respeta siempre”* (ibid., 435) y concluye dando el ejemplo de 1991 en Colombia. Finalmente, el profesor Pérez Escobar (2010, 236) aduce al respecto de la revisión de la época que “*el procedimiento de la ‘Séptima papeleta’ era apenas un mecanismo de participación democrática para conocer la opinión de los electores acerca de la necesidad de reformar la Constitución Política por la vía no prevista en la Carta [...]], de ser mayoritaria la opinión a favor de esa iniciativa, entonces el Congreso debería proceder a modificar la Constitución en ese sentido para hacer viable jurídica-mente su convocatoria [se refiere a la convocatoria de una Asamblea Constituyente]. Pues, debería entenderse la voluntad popular como un mandato para el Constituyente secundario, que era el Congreso. Pero las cosas se dieron luego de manera diferente”*.

Se abordó lo que la doctrina francesa y colombiana dijeron con respecto al cambio jurídico de 1971 y de 1991, tanto en los comentarios de la época como en los textos actuales. Es tiempo ahora de volcarnos sobre la teoría de la revolución jurídica como tal.

## **2. Presentación de la teoría de la revolución jurídica**

La teoría de la revolución jurídica, en el sentido estricto del término, fue desarrollada por el jurista austriaco, miembro y fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen quien escribe al respecto “[l]a revolución [...] es toda modificación de la Constitución o toda modifi-cación o sustitución de Constitución que no son legítimas, es decir que no son hechas de conformidad con las disposiciones de la Constitución en vigor” (1962, 209). Como puede observarse, la legitimidad es uno de los factores importantes en la modificación constitucional para determinar si una revolución jurídica tiene lugar o no.

En efecto, “[h]ay reforma siempre y cuando sea posible de fundar la validez de un acto normativo formalmente constitucional a partir de un conjunto normativo formalmente constitucional en vigor. Ahí donde esta cadena se interrumpe, estamos confrontados a una ‘revolución’ en el sentido jurídico del término” (Pfersmann, 2012, 108, comillas dentro del texto original). La reforma hecha por fuera de estos términos constituye una interrupción de la continuidad jurídica, tal que Otto Gierke, citado por Schmitt, lo escribe: “[e]n el momento de trans-formaciones revolucionarias de la Constitución, se está enfrente de

*una violación del derecho, una interrupción de la continuidad jurídica, que puede imponerse por razones éticas o justificarse por la historia; sin embargo esto no le quita el carácter de violación de derecho. Esta violación puede, sin embargo, ser reparada y recibir después de todo un fundamento jurídico ‘gracias a cierto procedimiento suficiente del pueblo’ por ejemplo un arreglo constitucional o un referendo o la potencia salvadora de la costumbre”* (Schmitt, 1988, 35 comillas dentro del texto original). Sobre la cuestión de la “reparación” de la revolución se volverá en la segunda parte de este escrito.

Finalmente, para Kelsen “[u]na sola cosa cuenta: es que la Constitución en vigor es ora modificada, ora remplazada completamente por una nueva Constitución de una forma otra a la que esta prescribía” (1962, 209, énfasis dentro del texto original). Se puede ver, entonces, que se trata de la interrupción de la continuidad jurídica formal y que esto acaba ya sea en un cambio total, o en una reforma parcial de la Constitución.

No es, por consiguiente, necesario que una Constitución sea remplazada totalmente para que se hable de revolución jurídica. Puede que un simple cambio baste. En efecto, en ocasiones una pequeña reforma transforma todo el régimen jurídico de un Estado, mientras que una nueva Constitución puede continuar la línea precedente. Se colige entonces que el término revolución en sentido jurídico no debe analizarse con base en la cantidad de normas constitucionales modificadas sino sobre la calidad de estas.

Con el fin de identificar si una revolución jurídica ha tenido lugar al seno de un ordenamiento jurídico hay que ver tres cosas: a) la Constitución fue modificada, incluso remplazada; b) esta reforma no encuentra fundamento en las normas que la Constitución en vigor preveía y, por consiguiente; c) se produce una ruptura de la continuidad jurídica constituyendo, por tanto, una reforma ilegítima.

A modo de ver de quien esto escribe, esta teoría de la revolución jurídica fue desarrollada por Kelsen con el fin buscar y encontrar el nuevo fundamento de validez de un orden jurídico después de un cambio constitucional que no sigue las normas en vigor. En efecto, Kelsen era consciente que el derecho no es lógico, lo que sí debía ser lógico era la ciencia del derecho, empero, algunas reformas constitucionales y legales no se producen siguiendo las vías del derecho en vigor. Es por ello que en lugar de quedarse en una

crítica, pudiendo conllevar a un caos jurídico y político, este jurista decide producir una teoría con el fin de encontrar el fundamento jurídico de un orden jurídico después de una revolución como esta.

## B. Definición de conceptos esenciales

Un estudio de la teoría de la revolución jurídica no está completo sin la identificación y definición de ciertos conceptos esenciales claves para la comprensión del tema. Es por ello que serán abordadas las nociones de validez y conformidad, así como las de legitimidad y eficacia.

### 1. Validez y conformidad

La validez es de corriente asociada a la conformidad, especialmente cuando se intenta explicar o estudiar la teoría de la *Stufenbau*<sup>10</sup>. Es por esto que para aclarar esta confusión será necesario precisar lo que debe entenderse por validez para luego determinar lo que es el concepto de conformidad.

#### La noción de validez

Las condiciones de la validez de una norma dependen solamente del respeto de las normas formales, pues la validez concierne tan solo la existencia mas no la conformidad<sup>11</sup>. Esto se refiere entonces al respeto de las normas de procedimiento o de forma. La cuestión de la conformidad vendrá después de haber determinado si la norma existe, es decir, si es válida, pues para declarar una disposición conforme o no conforme a otra de un grado superior es necesario, de antemano, haber establecido su existencia.

El enunciado del artículo 61 de la Constitución francesa de 1958 utiliza la palabra “conformidad”. Ahora bien, el juez constitucional, como se dijo, debe determinar primero que todo si la norma existe, y para ello debe mirar las otras normas que condicionan su producción en tanto acto de voluntad que busca imponer la norma<sup>12</sup>.

10 Teoría de producción de derecho por niveles.

11 En este sentido Kelsen, 3 (1996) escribe: “si decimos: ‘una norma es válida’, debemos pensar que esa norma existe” (Comillas dentro del texto original).

12 Continuando en el mismo texto, Kelsen aduce: “Para existir,—es decir para que sea válida—es

Si las condiciones formales son reunidas, la norma nace a la vida jurídica, de lo contrario no puede tenerse como una disposición del ordenamiento jurídico.

Empero, la validez de una norma depende de pocas condiciones, a saber, de un acto de voluntad que busque hacerla existir. Estos actos son en general constreñidos por una norma superior, la cual contiene normas llamadas de “fondo”, pero ellas no se miran sino cuando se analiza la cuestión de la conformidad; para la validez lo que importa es que haya sido impuesta por un acto de poder y que cumpla los requisitos mínimos arriba enunciados.

### **La noción de conformidad**

El problema de la distinción entre validez y conformidad es de actualidad en la teoría del derecho. En efecto, cuando Adolf Merkl y los teóricos de la Escuela de Viena, incluido Kelsen, elaboraron esta distinción, las Constituciones en vigor no tenían consagrados muchos derechos de los que hoy se llaman fundamentales y, por otro lado, la norma constitucional en la mayoría de los casos no tenía aplicación directa como sí sucede el día de hoy. Estas Cartas regían la organización política del Estado y determinaban las competencias para la elaboración de leyes por parte del Parlamento. Se hablaba, entonces, de respeto de la Constitución en un sentido estricto o simple. Después de la entrada en vigor de diversas Constituciones con un extenso catálogo de derechos fundamentales y de la ruptura del principio de la ley como expresión de la voluntad general, los juristas tuvieron dificultades para distinguir entre la validez de una norma y la conformidad de la misma.

Con la ayuda de un ejemplo se tratará de explicar la cuestión. Una ley, aprobada por el Parlamento que prohíbe la circulación en la vía pública de ciertas personas a causa de su pertenencia religiosa, la cual respeta las normas de producción de normas, es una ley válida. Aun, en ciertas ocasiones, se puede predicar lo mismo de una ley que no ha respetado ciertos requisitos de producción. Esta norma es del todo válida, otra cosa es que pueda ser declarada no

---

*necesario que la norma sea impuesta por un acto de voluntad. No hay norma sin un acto de voluntad que busque imponerla o como dice de seguido la máxima: no hay imperativo sin imperador (Imperator), no hay mandato sin mandante”.*

conforme a una norma de un nivel superior, pero eso ya será en el avenir.

Se reitera entonces que la cuestión de la conformidad no puede ser analizada sino después de haber determinado la de la validez. La conformidad de una norma se analiza de acuerdo a otras normas de grado superior. No se hará aquí la distinción clásica entre normas de fondo y de forma, pues toda norma de forma contiene cuestiones de fondo y viceversa. En consecuencia, en el ejemplo dado, esta ley podría ser declarada no conforme por el órgano autorizado para ello, si lo hay, el cual es el encargado de controlar la conformidad de las normas sometidas a su consideración, en relación con una norma superior. De esta manera, esta ley podría ser destruida, o sacada del ordenamiento jurídico, pero para hacerlo habrá sido necesario establecer, de entrada, su existencia (validez).

Esta es una de las razones por las cuales se dice que en Francia la Constitución en vigor no instauró un sistema de control a priori de las leyes, pues, de una parte, no se trata de una ley propiamente dicha, ya que falta la firma del presidente y la publicación oficial; de otra parte, considerando que el proyecto de ley aprobado por el Parlamento no es todavía una ley en sentido estricto, se debería hablar más bien de corrección constitucional y no de control de constitucionalidad a priori, pues la finalidad del Consejo Constitucional francés es de impedir que se promulgue una ley que sería no conforme a la Constitución.

Se colige que una norma es válida si existe, y para declarar su conformidad o inconformidad es necesario haber establecido su validez. Se supone que las normas existentes deben ser respetadas, pues es la única forma de tener un orden jurídico globalmente eficaz. Si una reforma constitucional no respeta las normas de producción de normas establecidas por la Constitución de vigor, dichas modificaciones serán ilegítimas, es a este punto que se dedicará la siguiente sección.

## 2. Legitimidad y eficacia

Una revolución jurídica es el resultado de un cambio no legítimo. Este puede sin embargo devenir globalmente aceptado y por consiguiente eficaz si las nuevas normas jurídicas son, en general, observadas y respetadas al seno de una comunidad jurídica.

### La noción de legitimidad

La cuestión de la legitimidad concierne la transformación jurídica de la Constitución. En efecto, toda modificación, se supone, debe respetar las normas jurídicas en vigor, constituyendo en este caso un cambio legítimo. Sin embargo, cuando se está frente a una revolución jurídica, es porque esta no se produce respetando el orden jurídico en vigor, y por lo tanto se está en presencia de una modificación ilegítima de la Constitución. La tarea del jurista será entonces la de establecer el nuevo fundamento de validez del orden jurídico después de una revolución.

Tal proceso lo plasma Kelsen: “*la validez de las normas jurídicas que fueron recibidas bajo el imperio de la nueva Constitución establecida por vía revolucionaria no puede encontrar su fundamento inmediato en la antigua Constitución, que fue abrogada; este fundamento no se encuentra sino en la nueva Constitución. Sin duda el contenido de estas normas [las de carácter inferior, por ejemplo leyes o reglamentos] sigue siendo el mismo; pero el fundamento de su validez cambió, puesto que el fundamento de validez de todo el orden jurídico ha cambiado*” (1962, 210). Los nuevos actos jurídicos productores de normas solo serán legítimos si se ajustan a las nuevas normas constitucionales instauradas por la revolución jurídica, es decir, si se adecúan al nuevo orden jurídico fundado.

### La noción de eficacia

Un sistema jurídico eficaz es aquel que es globalmente respetado. Desde el momento en que el cambio constitucional introducido por vía revolucionaria, es decir ilegítimamente, es aceptado por la comunidad jurídica y por la sociedad en general, resulta que este nuevo orden es el que funda y entra a constituir el fundamento de

validez. La nueva norma fundadora es la que funda todo el sistema jurídico, las normas inferiores continúan siendo las mismas, pero su fundamento de validez no es el mismo. En efecto, las normas en vigor tirarán su validez ya no de la Constitución anterior sino de la nueva, y las normas que vengan deberán ser conformes a la Constitución establecida por vía revolucionaria, así haya sido una transformación no legítima, pues como esta deviene globalmente respetada, ya sea por vía de la costumbre o de cualquier otra forma, es la que constituye el fundamento de validez de todo el orden jurídico.

Ahora bien, “[s]i los revolucionarios fracasan, si el orden que ellos intentan instaurar se vuelve ineficaz, entonces su empresa no es interpretada como un orden jurídico de creación de derecho sino como un crimen de traición, y esto en virtud de la antigua Constitución”<sup>13</sup>. La cuestión pasa entonces por la aceptación del cambio o transformación constitucional. Si este es aceptado y respetado el acto revolucionario crea derecho, en el caso contrario, los revolucionarios serán perseguidos en justicia, y juzgados conforme a las normas que intentaron transformar.

## **II. LA CONFIGURACIÓN DE LA REVOLUCIÓN JURÍDICA DE 1971 EN FRANCIA Y DE 1991 EN COLOMBIA**

Estas decisiones “revolucionarias” tienen una historia y un contexto importante, llevando a la configuración de una revolución jurídica en los respectivos Estados. Esta termina con la ruptura de la continuidad jurídica y el nacimiento de nuevas Constituciones en los dos países.

13 Kelsen (2010, 172) sostiene al respecto: “si el antiguo orden cesa de ser eficaz y que el nuevo orden lo deviene —porque los individuos cuya conducta está reglada por el nuevo orden se comporten efectivamente, en su conjunto, de acuerdo con el nuevo orden—, entonces este orden será considerado como un orden válido. Desde entonces, la conducta efectiva de los individuos es juzgada lícita o ilícita en virtud del nuevo orden”.

## **A. El contexto y las decisiones “revolucionarias”**

En general, una revolución jurídica está precedida de un contexto particular en el cual las decisiones o actos “revolucionarios” se producen.

### **1. El contexto de los “actos revolucionarios”**

Colombia se encontraba en Estado de sitio desde 1984, que había sido declarado por vía del Decreto Gubernamental 1038 de ese año, basado en el artículo 121 de la Constitución vigente para la época, el cual regía dicho Estado de excepción. La situación interna de la nación era complicada a causa del enfrentamiento entre varios grupos armados. Desde 1986 se empieza a hablar de una reforma constitucional para poner fin a esta situación, pues los impulsores de la misma atribuían las causas del conflicto al mal funcionamiento e ineeficacia de las instituciones. El 10 de enero de 1990 el grupo guerrillero de las Farc saca un comunicado por medio del cual propone realizar un referendo para consultar al pueblo si quiere una Asamblea Constitucional<sup>14</sup>.

Poco tiempo después, siguiendo en el mismo año, un movimiento de estudiantes llamado la “séptima papeleta”<sup>15</sup> emprende manifestaciones en vista de lograr la convocatoria a una Asamblea Constitucional. Este movimiento tenía la esperanza de que con la convocatoria a una constituyente la paz sería lograda. Semanas después, el gobierno de la época emite el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, por el cual se autoriza a ingresar un boletín de voto en las elecciones del 27 de mayo del mismo año. Este contenía lo siguiente: “*Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada*

---

14 *El Tiempo*, 12 de enero de 1990, 6a.

15 Este movimiento compuesto especialmente de estudiantes de universidades privadas, tomaba su nombre del hecho que pugnaban por la inserción de un séptimo boletín de voto en las elecciones del 11 de marzo de 1990 donde se elegirían: 1) concejos municipales; 2) alcaldes; 3) diputados departamentales; 4) gobernadores de departamento; 5) representantes a la cámara y 6) senadores. El objetivo entonces de este movimiento era de impulsar la reforma de la Constitución de 1886 por vía de referendo.

*democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia? Sí. No.”<sup>16</sup>.*

Según el artículo 121 de la Constitución de 1886, sobre el Estado de sitio, el gobierno debía enviar a la Corte Suprema todos los decretos que dictara bajo este régimen, a fin que dicho tribunal se pronunciara sobre su conformidad a la Constitución. La Corte Suprema declara conforme este primer decreto en la Decisión 59 del 24 de mayo de 1990. Este tribunal, en asamblea plenaria, afirma, que no se puede interponer entre la esperanza del pueblo y la convocatoria a una Asamblea, pues esta podría ser un medio para alcanzar la paz con los grupos armados; y, por otro lado, que no se trataba de un referendo como muchos argüían sino de una simple consulta.

En las elecciones del 27 de mayo de 1990 el Sí consigue el triunfo, gracias, especialmente, a una fuerte campaña en los medios de parte del gobierno y de los partidos políticos que estaban a favor de esta Asamblea. El ejecutivo procede entonces a la publicación de un segundo decreto, con base en el mismo artículo 121 de la Constitución de 1886. Es el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990. Este convocaba al pueblo a elegir, el 9 de diciembre del mismo año, sus constituyentes. Ahora bien, dos preguntas se hacían en este acto de convocatoria, la primera, y de nuevo, era la aprobación o improbación de una Asamblea Constitucional con el fin de modificar la Constitución, en caso de respuesta positiva, el ciudadano podía pasar a elegir a su delegatario, en la hipótesis contraria, no tenía la opción de escoger constituyente<sup>17</sup>.

La Corte Suprema hizo el control de esta norma pronunciándose en la Decisión 138 del 9 de octubre de 1990. Después de una primera ponencia declarando la inconstitucionalidad de esta norma, la Corte decide finalmente, por 15 votos contra 12, pronunciarse a

---

16 Para la época, existía el debate entre si debía ser una Asamblea Constitucional, es decir, solamente para modificar o reformar ciertos aspectos de la Constitución de 1886 o Asamblea Constituyente, la cual tendría plenos poderes aun para sustituirla totalmente.

17 En el pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el segundo decreto gubernamental, los jueces disidentes llamaron la atención del pueblo colombiano sobre el hecho de impedirle al ciudadano de elegir su constituyente aun si él votase en contra. Para ellos, esta forma de proceder era antidemocrática. En efecto, afirmaron que, con base en el artículo 171 de la Constitución, se debía garantizar la igualdad en las elecciones y que el gobierno violaba dicha disposición con esta medida.

favor de la conformidad del decreto en cuestión<sup>18</sup>. Entre otras razones, el tribunal argumentó, como en la Decisión 58 concerniendo el primer decreto, que la esperanza de paz del pueblo colombiano no podía verse truncada por ninguna persona, incluida la misma Corte. Los jueces afirman que si bien el artículo 121 de la Constitución no autoriza al presidente por vía de decreto a convocar a una Asamblea Constituyente, hay que tomar en cuenta la decisión del pueblo expresada en las elecciones del 27 de mayo pues “*el derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas*”.

Después de la declaración de conformidad de los dos decretos enunciados se dieron las elecciones para escoger a los delegatarios a la Asamblea reformatoria de la Constitución. Setenta personas, con voz y voto, fueron elegidas para redactar la nueva Constitución. Los delegatarios comenzaron sesiones el 15 de febrero de 1991 por una duración de 150 días. La nueva Constitución de Colombia fue adoptada el 4 de junio de ese año, comportando un preámbulo, trescientos ochenta artículos y cincuenta y nueve disposiciones transitorias.

Del lado francés, en 1971 el Consejo Constitucional rinde la Decisión DC 71-44 del 16 de julio. Con ella, este órgano declara no conforme a la Constitución de 1958 una disposición contenida en un proyecto de ley aprobado el 25 de junio del mismo año por el Parlamento, la cual reformaba la Ley de primero de julio de 1901, sobre el contrato de asociación. El punto esencial de la disposición declarada no conforme era el siguiente: “*En caso de declaración hecha por una asociación al parecer fundada en una causa o en vista de un objeto tratado en el artículo 3ro o en caso de declaración hecha por una asociación cuya nulidad o disolución fue regularmente constatada o pronunciada, el Procurador de la República del lugar donde la declaración fue hecha, y antes de la expiración del término fijado en el segundo alinea del artículo 5, asigna el declarante ante*

---

<sup>18</sup> La primera ponencia del Magistrado Jaime Sanín Greiffenstein declaraba la no conformidad del decreto con relación al artículo 218 de la Constitución en vigor y al Decreto Legislativo 247 de 1957, modificatorio de la Constitución, que prohibía toda reforma de la norma constitucional por fuera del Congreso. La segunda y definitiva ponencia, de los magistrados Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, insistió sobre la pertinencia de la Asamblea Constituyente para el avenir de la nación. Los otros 12 jueces expresaron su opinión disidente en el citado fallo.

*el tribunal de gran instancia quien decide en recurso de urgencia; este debe emitir su ordenanza en un plazo de ocho días. En caso de ausencia de pronunciamiento al término de este plazo, el recibido es inmediatamente otorgado. Pertenece al juez de recursos de urgencia de ordenar o no el aplazamiento en el otorgamiento del recibido”<sup>19</sup>.*

Esta norma preveía un control a priori de las asociaciones sospechosas de peligrosas para la integridad y la seguridad del Estado francés. Este control sería ejercido por el juez previo envío hecho por el prefecto. Esta disposición modificaba el artículo 7 de la Ley de primero de junio de 1901. En artículo original el prefecto debía simplemente otorgar el recibido, sin mirar para qué se constituía dicha asociación.

Este proyecto de ley, llamado Marcellin debido al nombre del Ministro del Interior de la época, se inscribía dentro de un momento histórico un poco agitado para Francia. En efecto, después de los eventos de mayo de 1968, varias asociaciones izquierdistas querían reconstituirse, especialmente con el fin de ayudar a las personas que habían sido enviadas a prisión y que estaban siendo juzgadas por la Corte de Seguridad del Estado. Es especialmente el caso de la asociación “Los amigos de la causa del pueblo”<sup>20</sup>, creada por la Sra. Simone de Beauvoir, la cual vio rechazar el recibido por parte del prefecto de policía de París. Los integrantes de esta asociación acudieron al Tribunal Administrativo de París, el cual, en un fallo de 25 de febrero de 1971, ordenó al prefecto de policía de París emitir recibido a esta asociación.

Es por ello que el Ministro del Interior, después de estos hechos, presentó el mencionado proyecto de ley, con el fin de imponer dicho control preventivo y evitar así la creación de asociaciones reputadas peligrosas para el Estado. El proyecto de ley fue finalmente aprobado, con algunos reproches de parte de algunos senadores, especialmente el presidente del Senado, siendo este quien decide

19 “En cas de déclaration faite par une association apparaissant fondée sur une cause ou en vue d'un objet visé à l'article 3 ou en cas de déclaration faite par une association dont la nullité ou la dissolution a été régulièrement constatée ou prononcée, le Procureur de la République du lieu où la déclaration a été faite, et avant l'expiration du délai fixé au deuxième alinéa de l'article 5, assigne le déclarant devant le président du tribunal de grande instance statuant sur référé; celui-ci doit rendre son ordonnance dans un délai de rigueur de huit jours. En l'absence de décision à l'expiration de ce délai, le récépissé est immédiatement délivré. Il appartient au juge des référés d'ordonner ou non le sursis à la délivrance du récépissé”.

20 *Les amis de la cause du peuple.*

acudir al Consejo Constitucional con el fin de que se pronuncie sobre la conformidad del texto votado y listo para sanción presidencial.

## **2. Las decisiones “revolucionarias”**

En Colombia, las decisiones base para los cambios constitucionales fueron, de un lado, el Decreto 926 de 1990, junto con la declaración de conformidad de parte de la Corte Suprema en la Sentencia 58 del mismo año. Esta norma tenía tres artículos ordenando la inserción de una tarjeta electoral en las elecciones del 27 de mayo de 1990, así como su posterior conteo por parte de los organismos electorales. De otro lado estaba el Decreto 1926 de ese año, con su declaración de constitucionalidad emitida en el Fallo 138 de 1990 por parte de la Corte Suprema. Este segundo decreto comportaba 15 artículos y programaba las elecciones de los delegatarios a la Asamblea para el 9 de diciembre de ese mismo año, junto con otras disposiciones procedimentales. Finalmente, la otra decisión que se puede tomar como “revolucionaria” o configuradora de la revolución jurídica es la Asamblea Constituyente como tal, que terminó expediendo la nueva Constitución.

Esta Asamblea contó con 150 días para debatir y expedir la “reforma” de la Constitución de 1886. Finalmente, se decidió remplazarla totalmente y promulgar una nueva. A pesar de los diversos proyectos venidos de diferentes sectores de la sociedad, fue el del Gobierno Nacional el que terminó siendo adoptado en su mayoría (ver al respecto Uribe Vargas, 1992, 69-78). En efecto, las discusiones se extendieron tanto que, faltando tan solo dos días para terminar el plazo concedido, la Asamblea no había aprobado sino 76 artículos de los 380 que finalmente promulgó. Es por eso que, en los últimos dos días, aproximadamente, unos 200 artículos fueron votados y aprobados<sup>21</sup>.

El Consejo Constitucional francés se reunió el 16 de junio a las nueve de la mañana para emitir la decisión concerniente a la modificación de la Ley de 1901. De la ponencia de la decisión fue encargado el consejero François Goguel. Este llega con un pronunciamiento a favor de la declaratoria de conformidad de la disposición sometida a consideración. Dentro de la discusión el Presidente del Consejo,

---

21 *El Tiempo*, Miércoles 16 de junio, “El tiempo le ganó la carrera a la Asamblea”, 6A.

Gaston Palewski, afirma que “*no hay duda, en efecto, que el texto sometido al Consejo sea conforme en su forma legislativa al artículo 34 de la Constitución*<sup>22</sup>, pero no es de eso de lo que se trata. Se trata de saber si es conforme a la Constitución misma”<sup>23</sup>.

En consecuencia, el presidente del Consejo logra, con la ayuda de los consejeros Paul Coste-Floret, Georges-Léon Dubois y François Luchaire, convencer a los otros integrantes de la corporación para así poder cambiar la ponencia del consejero Goguel. La decisión es finalmente emitida, declarando la no conformidad del artículo 3 de la ley votada por el parlamento el 25 de junio de 1971, por considerar que esta disposición era contraria a un principio general reconocido por las leyes de la República, esto es, el de libertad de asociación, al cual reenvía el preámbulo de la Constitución de 1946, abrogada, pero que es mencionado en el preámbulo de la Constitución de 1958 en vigor<sup>24</sup>.

De esta manera, el Consejo Constitucional francés concretiza el preámbulo de la Constitución de 1958 como norma de carácter vinculante y obligatorio, con todas las consecuencias que ello produce, a saber, que es una norma jurídica válida, regulando consigo un comportamiento obligatorio, permisivo o prohibitivo. Dejando de ser, lo que es en la mayoría de los casos un preámbulo, una mera declaración de voluntad y de deseos sin ninguna fuerza vinculante para las autoridades y los ciudadanos. Desde ese momento, en que el Consejo mete en sus visas el preámbulo de la Constitución, se abre la puerta para que decisiones del avenir lo utilicen y puedan anular disposiciones legales con base en dicho texto, pues de ahora en adelante era no solo necesario respetar los 89 artículos de la

---

22 Este artículo habla de las competencias del legislativo. Es decir que el Parlamento no ha excedido sus límites con esta reforma y por lo tanto se ajusta a dicha norma.

23 “*Il ne fait pas doute, en effet, que le texte soumis au Conseil soit conforme dans sa forme législative à l'article 34 de la Constitution, mais ce n'est pas là ce dont il s'agit. Il s'agit de savoir s'il est conforme à la Constitution elle-même*”, Mathieu et ál., 217 (2009).

24 El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 dice en su primer párrafo: “*El pueblo francés proclama solemnemente su respeto a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal que fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946*”. “[*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*]”. El preámbulo de la Constitución de 1946 hace referencia a los principios generales reconocidos por las leyes de la República, dentro de los cuales se puede hablar de la libertad de asociación de la Ley de 1901.

Constitución material, sino también todo aquello a lo cual hacía referencia el preámbulo de 1958.

## **B. La configuración de la revolución jurídica**

La determinación de la configuración de una revolución jurídica debe comenzar por especificar las normas de referencia a las cuales las autoridades que produjeron dichos cambios o transformaciones constitucionales debían someterse, para, enseguida, demostrar la actuación de estos órganos con relación a estas normas.

### **1. Las normas de habilitación**

Las normas de habilitación son las reglas que se supone deben ser respetadas, pues contienen un imperativo categórico de obligación, permisión o interdicción. Estas normas deben ser acatadas, de una parte, en el momento de la expedición de otras normas y, de otra parte, en el momento del control de conformidad, si lo hay, de la parte de un órgano establecido para tal efecto. Puesto que se está haciendo el análisis de la configuración de una revolución jurídica, estas normas son, en su gran mayoría, de carácter constitucional, pues la teoría de la revolución jurídica no concierne sino a los cambios o transformaciones de la Constitución que no siguieron las normas en vigor aplicables.

En Francia, el artículo 89 de la Constitución trata de la reforma de la Constitución. Este no comporta sino dos formas de revisión, a saber, el proyecto de modificación votado por las dos cámaras y posteriormente aprobada por el pueblo por vía de referendo y la ley constitucional que es aprobada por el Parlamento reunido en pleno.

En principio, el Consejo Constitucional, como pretendieron el General Charles de Gaulle y los redactores de la Constitución de 1958, estaba concebido como un órgano para controlar los campos de la ley y del reglamento, es decir, para impedir que el Parlamento legislara sobre aspectos que no eran de su competencia sino de la del gobierno. Es de recalcar que con la Constitución de 1958 se invierte la cláusula de competencias en materia legislativa, dejándole poco campo de acción al Parlamento, pues se aducía que el régimen de Asamblea era el que había ocasionado, para Francia, gran parte

de los problemas de la Primera y la Segunda Guerras Mundiales. Para lo cual, el artículo 37 de la Constitución estableció: “[l]as materias diferentes a aquellas del dominio de la ley tienen un carácter reglamentario”. Es decir que el Congreso solo podía tratar de lo que específicamente le daba el artículo 34.

En consecuencia, el catálogo de normas que decidía lo que era obligatorio, permitido o prohibido solo estaba comprendido entre los artículos 1 a 89 de la Constitución francesa, especialmente los artículos 34, competencias del Parlamento, y 37 competencias del gobierno, junto con el 89 que hablaba de las formas de reforma de la Constitución. Para apreciar la conformidad de una disposición el Consejo constitucional debía, primordialmente, sujetarse a los artículos anteriormente citados. Las otras normas eran de rango inferior, por ejemplo los principios generales reconocidos por las leyes de la República, o simplemente sin valor jurídico, como la Declaración de 1789.

En lo que concierne al derecho colombiano, las normas de habilitación que los órganos en cuestión debían seguir eran del orden de tres: *primo*, el artículo 218 de la Constitución de 1886 el cual establecía que la *única* manera de reforma prevista era por vía de un acto legislativo<sup>25</sup>. *Secundo*, el artículo 13 del plebiscito del primero de diciembre de 1957 (Decreto 247 de 1957), el cual proscribía toda modificación de la Constitución por vía de un mecanismo diferente al establecido en el artículo 218, es decir, por el Congreso<sup>26</sup>. *Tertio*, el artículo 121 de la Constitución que regía el estado de sitio y autorizaba al presidente a tomar medidas con el fin de restablecer el orden público perturbado, pero en la medida en que estas se enmarcaran dentro de los poderes del ejecutivo<sup>27</sup>.

Finalmente, también se puede referir el artículo 214 de la Constitución de 1886, el cual prescribía que la guarda de la Constitución

25 Art. 218: “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara”.

26 Esta disposición establecía: “En adelante, las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

27 Esta norma decía: “En caso de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella”.

era confiada a la Corte Suprema. A través de la segunda Decisión, la 138 de 1990, este tribunal dio plenos poderes a la Asamblea, es decir que no solo podía modificar la Constitución en vigor sino remplazarla si a bien lo tenía. Esta era entonces la norma de habilitación para la Corte en el control de constitucionalidad de los decretos gubernamentales.

## **2. La revolución jurídica en los hechos**

El problema al cual responderemos es el de saber si, en Francia, el Consejo Constitucional podía utilizar el preámbulo de la Constitución en el momento del análisis de la conformidad de una ley votada por el Parlamento y sometida a su consideración. La decisión tomada por el Consejo constitucional, como se dijo, fue fundada en un principio general reconocido por las leyes de la República, el de libertad de asociación. Si se observa el articulado de la Constitución francesa de 1958, este principio no aparece por ninguna parte. Empero, el Consejo se apoyó en el primer parágrafo del preámbulo de la Constitución, el cual tampoco contiene la enunciación de dicho principio pero reenvía al preámbulo de la Constitución anterior, esto es, la de 1946<sup>28</sup>. Esta disposición establecía: Al día siguiente de la victoria lograda por los pueblos libres sobre los régimes que intentaron someter y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, religión o creencia, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnement “*los derechos y libertades del hombre consagrados en la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*”<sup>29</sup> (subrayas fuera del texto original).

---

28 Si bien con la decisión DC 71-44 es la primera vez en que el Consejo Constitucional declara la no conformidad de una disposición legal por violar el preámbulo, un año antes, en sus visas, este órgano incluye por vez primera, aunque no para anular, dicho texto. *Conseil Constitutionnel. Décision DC 70-39 du 19 juin 1970. Traité du Luxembourg*.

29 “*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*” (subrayas fuera del texto original).

Si bien algunos años atrás el Consejo de Estado francés declaró la libertad de asociación como un principio general del derecho<sup>30</sup>, es evidente que una ley, como la que buscaba modificar la Ley de 1901, tenía todas las facultades para limitar este principio. En efecto, es por la vía de una ley que se reconoce que una norma deviene un principio general, se puede, por la misma vía, restringirlo o crear excepciones a ese derecho. Es eso lo que hacía el proyecto de ley de 1971, pues establecía un control previo de las asociaciones hecho por el juez ordinario, lo que no contrariaba en ningún aspecto la Constitución, pues el control no era hecho por el prefecto, quien no tenía sino la competencia de enviar el caso al juez para que este decidiera.

Dado que del preámbulo (que es tan solo una declaración de voluntad que expresa objetivos o deseos sin fuerza obligatoria de norma jurídica) el Consejo constitucional no podía servirse, resulta entonces que una violación de la Constitución en vigor tuvo lugar, conllevando por lo tanto a la configuración de una revolución jurídica<sup>31</sup>. El Consejo Constitucional, concretizando el preámbulo de la Constitución de 1958 como una norma jurídica vinculante, violó las normas que le eran aplicables para su función y superó las competencias que le habían sido asignadas por la norma constitucional.

Para reafirmar este argumento, aquí se expone, de una parte, el deseo de los redactores de la Constitución de 1958, tal que lo expresa el comisario del gobierno para la redacción de esta norma, Raymond Janot: “nosotros no quisimos un Consejo que fuese una Corte Constitucional y que juzgase las leyes con relación al preámbulo y a lo que este reenvía”<sup>32</sup>. De otra parte está el objetivo del principal artífice de esta Constitución, el Ministro de Justicia de la época, Michel Debré: “el Consejo constitucional se encuentra encargado de sancionar la repartición de las competencias legislativas y regla-

30 CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, R. p. 317.

31 En materia comparativa, el Tribunal constitucional español reconoció en la Decisión STC 132 de 1989 que el preámbulo de la Constitución española de 1978 no tenía fuerza vinculante, es decir, no era una norma jurídica con carácter obligatorio, pues este no constituía sino una declaración de deseos, principios, por consiguiente, dicho órgano no podía utilizarlo en el momento del control de constitucionalidad.

32 “[N]ous n'avons pas voulu d'un Conseil constitutionnel qui soit une cour constitutionnelle et qui juge des lois par rapport au préambule et ce à quoi renvoie le préambule”, Maus & Passelecq, Dirs., 66 (1997).

*mentarias: con el fin de impedir una recaída en el parlamentarismo absoluto y el ‘gobierno de Asamblea’, un regreso hacia el pasado”<sup>33</sup>.* Un Consejo que controlase leyes con relación al preámbulo no estaba pues ni en la mente del General de Gaulle, ni en la de los otros artífices de la Constitución. El pueblo la aprobó así por referendo. La razón de todo esto es simple, pertenecía a la administración y a los jueces ordinarios hacer respetar los derechos legales, consagrados por ejemplo en Código Civil y demás leyes de la nación, y no a este nuevo órgano que acababa de ser creado. Además, si el preámbulo tuviese fuerza obligatoria desde el momento de la expedición de la Constitución, en 1958, las leyes especiales sobre Argelia y el estado de urgencia no habrían nunca visto el día, pues debían ser declaradas no conformes al preámbulo de la Constitución.

Por consiguiente, el Consejo Constitucional extendió sus poderes de control en el momento del estudio de la conformidad del texto puesto a su disposición y, en consecuencia, actuó por fuera del derecho en vigor violando la Constitución al aumentar sus poderes. Es, en efecto, la opinión de Hamon y Troper, quienes sostienen que: “*es con base en esta jurisprudencia de 1971 que el Consejo constitucional alargó su poder*” (2011, 842).

La transformación sufrida por la Constitución francesa de 1958 fue, entonces, “revolucionaria” en el sentido jurídico del término, debido a que dentro de las normas de habilitación citadas *supra* no aparecían las reglas que el Consejo utilizó para anular el artículo citado de la ley votada por el Parlamento, que fue puesta a su disposición, pero también el mecanismo de reforma de la Constitución, por el cual se vieron introducidas todas estas disposiciones, no estaba previsto dentro de las del artículo 89.

Algunos hablan del nacimiento de una nueva Constitución después de la Decisión DC 71-44, otros aducen que se trata simplemente de una modificación de estructura. Empero, es claro que esta Decisión divide la historia constitucional de Francia en dos. La Constitución no será la misma después del 16 de julio de 1971, e incluso los consejeros de la época lo sabían<sup>34</sup>. Además de su ar-

33 “[L]e Conseil constitutionnel se trouve chargé de sanctionner la répartition des compétences législatives et réglementaires: afin d’empêcher une rechute dans le parlementarisme absolu et le ‘gouvernement d’Assemblée’, un retour vers le passé”, Rouvillois, 229 (2001) (comillas dentro del texto original).

34 Tal es la afirmación de François Luchaire en el año 2001 en el aniversario de la Ley

ticulado, se debía desde ahora agregar a la Constitución los 18 párrafos del preámbulo de la Constitución de 1946, los 17 artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el nuevo principio fundamental reconocido por las leyes de la República, esto es, la libertad de asociación. Ello hacía un total de 36 artículos, para hacer una Constitución de 125 artículos. Otra cosa es la utilización de estas normas por parte del Consejo Constitucional, pero que ellas eran ya parte de la Constitución después de la citada decisión, nadie puede negarlo hoy.

El Consejo Constitucional contaba desde ahora con toda esa suerte de normas para realizar su control de constitucionalidad, y por consiguiente dejaba de ser un simple *árbitro* de la actividad política entre el ejecutivo y el legislativo, mirando que ninguno invadiría la esfera del otro, para devenir el guardián de la Constitución y de su preámbulo, con todo lo que este contenía. Esto es lo que una parte de la doctrina llamó el bloque de constitucionalidad<sup>35</sup>, término utilizado por vez primera por Claude Eméri y Jean-Louis Seurin<sup>36</sup> en 1970, pero desarrollado, seguidamente, por Louis Favoreu<sup>37</sup>. Los proyectos y proposiciones de ley debían desde entonces respetar, aparte del dominio de la ley y del reglamento de los

de 1901: “*debo decirles que una vez adoptada esta decisión [se refiere a la decisión DC 71-44 de 1971], tuve el sentimiento que esta había transformado el Consejo constitucional, y, de contera, modificado el equilibrio de las instituciones de la Quinta República*” [*“Je dois vous dire qu'une fois cette décision adoptée, j'ai eu le sentiment profond qu'elle avait transformé le Conseil constitutionnel, et, par la même, modifié l'équilibre des institutions de la Ve République”*]. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2001-anniv-loi-de-1901-relative-au-contrat-d-association/allocution-de-monsieur-francois-luchaire.16461.html> (27 de enero del 2012).

35 Sobre el primer escrito al respecto ver Favoreu, 33-48 (1975).

36 “[P]odemos a justo título asombrarnos que la Alta jurisdicción [...] construya así un verdadero ‘bloque de la constitucionalidad’ compuesto del artículo 92 que impone ‘los principios de organización del parlamentarismo limitado’”. (“[L]on peut à juste titre s’étonner que la Haute juridiction [...] construise ainsi un véritable ‘bloc de la constitutionnalité’ composé de l’article 92 qui posent ‘les principes d’organisation du parlementarisme limité’”) (comillas dentro del texto original). Aunque estos dos autores no hacía referencia en su comentario exactamente a las mismas normas que Louis Favoreu tomó para desarrollar su bloque (1970, 678).

37 Esta teoría del bloque de constitucionalidad sirvió a la doctrina para darle vida a un nuevo modelo de justicia constitucional en Francia. El bloque tuvo durante su historia diversas modificaciones en lo concerniente a las normas que hacían parte de él, así como nociones en sentido amplio y en sentido estricto; sin embargo, es necesario afirmar que, hoy en día, tal que su creador lo dijo desde 1992, esta figura cumplió su misión y que por consiguiente ya no es necesario hablar de bloque de constitucionalidad sino más bien de forma constitucional. Favoreu, 87-89 (1992).

artículos 34 y 37, los principios consagrados en las nuevas normas constitucionales, a saber, Preámbulo de 1958, Preámbulo de 1946, Declaración de 1789 y principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, so pena de ser declarados no conformes a la Constitución por parte del Consejo constitucional.

Por otro lado, después de la Decisión de 1971, el principio de soberanía de la ley era contestado y roto, pues la ley, antigua soberana por ser representante de la voluntad general, tenía sus límites, lo que no se hubiese imaginado antes<sup>38</sup>. Esto fue confirmado, algunos años más tarde, por el mismo órgano, en la Decisión DC 85-196 del 8 de agosto de 1985, *Evolución de Nueva Caledonia*: “[l]a ley votada por el parlamento no expresa la voluntad general que dentro del respeto de la Constitución”. Esto es, pues, la definición de lo que se conoce bajo el nombre de principio de constitucionalidad<sup>39</sup>. La reforma de 1974, que abrió la posibilidad de enviar un proyecto de ley votado por el parlamento a 60 senadores o 60 diputados<sup>40</sup>, le da la oportunidad a la oposición política de aumentar el trabajo del Consejo Constitucional, aumentando así el número de decisiones emitidas. Además de las disposiciones citadas arriba, es menester agregar hoy en día la Carta del Medio Ambiente que fue adoptada en el 2004 e insertada en el mismo parágrafo primero del preámbulo de la Constitución de 1958 por la ley constitucional del primero de marzo de 2005. Esta contiene 10 artículos y un preámbulo<sup>41</sup>.

En lo que concierne al derecho colombiano, el Decreto 927 de 1990, expedido bajo la presidencia del Sr. Virgilio Barco, así como el 1926 del mismo año, promulgado siendo presidente el Sr. César Gaviria, fueron la base para convocar a una Asamblea Constituyente. En efecto, el primer decreto ordenaba a la organización electoral insertar una tarjeta electoral en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 para preguntarle al pueblo si quería

38 Rousseau, 34 (2010) expresa al respecto que: “[l]a decisión del 16 de julio de 1971 es la ‘gran’ decisión del Consejo constitucional, la que opera una verdadera revolución política rompiendo con los principios tradicionales del derecho francés y en particular la soberanía de la ley” (comillas dentro del texto original).

39 Ver en este sentido Favoreu, 124 (2012).

40 Es de anotar que los únicos que tenían esta competencia antes de 1974 eran el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado y el Presidente de la Asamblea.

41 En la Decisión DC 564 del 19 de junio de 2008, *OGM*, el Consejo constitucional se sirve de ella por primera vez. El Consejo de Estado hace lo mismo en la decisión del 3 de octubre de 2008, *Commune d'Annecy*, p. 322.

una Asamblea reformatoria de la Constitución y, seguidamente, contabilizar dichos sufragios. Este decreto, al igual que el segundo, fue controlado por la Corte Suprema, y finalmente ambos fueron declarados constitucionales por razones ya evocadas.

Una revolución jurídica tuvo también lugar en el caso colombiano por las siguientes razones: a) La Constitución de 1886 fue reformada, incluso remplazada. Transformaciones y cambios que no siguieron la vía de las normas en vigor aplicables, a saber, el artículo 218 que regía los mecanismos de reforma de la Constitución y además tan solo autorizaba a una institución, el Congreso, para hacerlo; b) el artículo 13 del plebiscito del primero de diciembre de 1957 no fue respetado ni acatado por las autoridades participantes en el proceso de reforma, pues la modificación o remplazo de la Constitución se hizo por fuera del mecanismo que se autorizaba para ello, esto es, el acto legislativo; c) el artículo 121 de la Constitución no confería al gobierno la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, por lo cual hubo una extralimitación de funciones, siendo por lo tanto una medida desproporcionada para conjurar el estado de sitio.

Es por ello, que se debe colegir de este análisis, que los decretos de convocatoria a una Asamblea Constituyente, de la misma manera que las decisiones de la Corte Suprema, son válidas, es decir, como se explicó más arriba, existen, pero son textos no conformes a la Constitución en vigor a la época de los actos. En consecuencia, una revolución jurídica se configuró en este caso, pues la Constitución se vio modificada por fuera de las vías, formas o mecanismos que ella preveía para ello. Los decretos 926 y 1927 no encuentran fundamento constitucional para ser declarados conformes, especialmente con relación al artículo 218 y 121. Por esto, el acto por medio del cual la Asamblea Constituyente de 1991 entra en labores para proferir la nueva Constitución no encuentra fundamento en el derecho formal.

La sociedad colombiana en general no lo percibió así, o simplemente aquellos que así lo hicieron no adujeron nada al respecto, pues encontraban que era un buen camino para lograr la paz con los grupos armados. Es, en efecto, el comentario de Quinche Ramírez: *“el valioso papel jugado en aquel entonces por los magistrados”*

*progresistas de la Corte suprema [...] que en dos ocasiones sucesivas, avaló el procedimiento que daría lugar a la Asamblea”* (2008, 44).

Es entonces momento de determinar, en un último capítulo, las nuevas Constituciones formales que resultaron de las revoluciones jurídicas y que llevaron a la ruptura de la continuidad jurídica para así determinar el nuevo fundamento de validez de todo el orden jurídico, tal como lo exige esta teoría.

### **C. Ruptura de la continuidad jurídica y nacimiento de una nueva Constitución**

En el momento en que una revolución jurídica se produce, la cadena normativa se interrumpe y se presenta, como consecuencia, una ruptura de la continuidad jurídica. Esto da lugar al nacimiento de una nueva Constitución, que entra a fundar la validez de todo el orden jurídico.

#### **1. Ruptura de la continuidad jurídica**

La continuidad se caracteriza por el respeto de la cadena normativa de producción de derecho. El aparato jurídico determina él mismo la producción de derecho. Este pone las normas formales a seguir a fin de crear una norma, pero también para anularla o destruirla. Este tipo de normas son llamadas, en ocasiones, normas de procedimiento, debido a que ellas se deben a la observación de parte del órgano habilitado en el momento de producción de derecho.

En Colombia la ruptura tuvo lugar cuando la Constitución de 1886 fue cambiada por fuera de las normas de habilitación del artículo 218 que regulaba los mecanismos de reforma de la misma, esto es, el acto legislativo. La modificación hecha primero por vía de los decretos gubernamentales, las sentencias de la Corte y finalmente la Asamblea, interrumpen la continuidad jurídica, pues estas actuaciones no encuentran fundamento en el orden jurídico en vigor. Los artículos que reglaban la reforma de la Constitución no fueron acatados, y a causa de esto una ruptura en la cadena de producción de normas constitucionales se produjo, pues la Constitución se vio modificada por fuera de las normas que esta preveía para el efecto.

En cuanto al orden jurídico francés, una ruptura de la continuidad jurídica se configura en el momento en que el Consejo Constitucional concretiza el preámbulo como una norma de carácter jurídico vinculante, y por consiguiente constitucional, sacándolo de lo que era antes, una mera declaración de voluntad y deseos. Haciendo esto, la Constitución de 1958 es modificada por fuera de las normas de revisión que esta consagraba en su articulado. Con la introducción de estas 36 disposiciones por fuera del marco jurídico estipulado, la cadena de producción de normas constitucionales se interrumpe y una nueva Constitución formal nace a la vida jurídica.

## **2. Nacimiento de las nuevas Constituciones**

Seguido a las revoluciones jurídicas que interrumpen la continuidad normativa, nuevas Constituciones nacen al seno de estos dos órdenes jurídicos. Para hacer esta constatación, es necesario determinar la primera Constitución “histórica”, luego las nuevas Constituciones.

### **La primera Constitución “histórica”**

No se trata en este apartado de establecer la primera Constitución en la historia de cada uno de los dos países en cuestión, sino de identificar cuál es “*el acto normativo formalmente constitucional más allá del cual ya no es posible determinar una continuidad jurídica*”<sup>42</sup>. En Francia se constata que es la Constitución de 1958, que fue modificada en 1962. En 1971 se produce la ruptura de la continuidad jurídica, pues el texto que anula una disposición de ley es una norma, a saber, el preámbulo de la Constitución de 1958.

En Colombia, la primera Constitución “histórica”, es la de 1886, que fue modificada, por *última vez*, en 1986. En el transcurso de su historia, esta Constitución tuvo varias reformas, dentro de las cuales: 1905, 1910, 1936, 1947, 1954, 1957, 1958, 1968, 1984 y, finalmente, 1986. Ahora bien, estas modificaciones, en su mayoría, estuvieron fundadas en las normas jurídicas en vigor, esto es, el artículo 218.

---

<sup>42</sup> “[L]’acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n’est plus possible de retracer une continuité juridique”. Pfersmann, 103 (2012).

### **La nueva Constitución o acto fundador**

Después de la revolución jurídica de 1971, la Constitución francesa de 1958 entraba a contar con 36 normas más. Es necesario, desde entonces, tomar como normas de habilitación, no solo el articulado material que fue aprobado en 1958 y modificado en 1962, dicho sea de paso, por otra revolución jurídica, sino también las nuevas disposiciones nombradas anteriormente. Esta nueva Constitución, que nace en 1971, puede inscribirse dentro del constitucionalismo contemporáneo, nacido con la Constitución alemana de Bonn de 1949, en la cual varios Estados de Europa y del mundo entero se inspiraron. Es un constitucionalismo que se caracteriza, en términos generales, por tener un catálogo de derechos fundamentales, una Corte o Tribunal Constitucional con bastante poder, y la instauración de recursos para hacer efectivos dichos derechos.

Del lado colombiano, la nueva Constitución es la de 1991. Esta norma corta una historia constitucional que se extendió por más de cien años, marcando así la entrada de Colombia en el nuevo constitucionalismo que se acaba de describir, esto es, democrático, liberal y racionalizado. Por consiguiente, esta Constitución tiene, siguiendo el modelo, un catálogo de derechos humanos muy amplio con cláusula abierta, una Corte Constitucional potente, un *súper* poder por así decirlo, como en diversos otros Estados que tienen el mismo régimen, recursos, dentro de los cuales figura el de amparo o protección y, finalmente la cláusula de aplicación directa de las normas constitucionales.

Las nuevas normas de referencia comportan en Francia el articulado, el preámbulo y aquello a lo que este refiere. En derecho colombiano, la nueva Constitución contaba con 380 artículos, un preámbulo y 59 disposiciones transitorias. Con la Sentencia C-479 de 1992, la Corte constitucional declaró el preámbulo como una norma jurídica vinculante. En 1995 la misma Corporación, en la Decisión C-225 de 1995, integró el bloque de constitucionalidad, basándose en el modelo francés, con ciertas modificaciones. Según el profesor López Daza (2005: 145) “[e]n aquella oportunidad incluyó a los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario [...] dentro del bloque de constitucionalidad. Luego, la Corte poco a poco extendió esta creación jurisprudencial en sus diferentes

*sentencias de constitucionalidad*”. Finalmente, siguiendo con el mismo autor, da esta enumeración de los componentes del bloque: a) el Preámbulo; b) los artículos de la Constitución; c) los tratados internacionales ratificados por Colombia y que prohíben su limitación en los estados de excepción; d) las leyes orgánicas; e) ciertas leyes estatutarias; f) los tratados internacionales sobre plataforma continental; g) los tratados internacionales relativos a fronteras<sup>43</sup>.

El fundamento de validez de estos dos órdenes jurídicos no sigue siendo el mismo después de las revoluciones jurídicas; las normas jurídicas de categoría inferior deben por consiguiente tomar su validez de la nueva Constitución.

### **La mutación de fundamento de validez en el nuevo orden jurídico**

Después de una revolución jurídica, el fundamento de validez de un orden jurídico cambia. En efecto, desde que la nueva Constitución formal es aceptada, gracias a su eficacia global y el respeto de parte de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, esta deviene el nuevo fundamento de validez de todo el orden jurídico, así haya sido reformada ilegítimamente como se vio antes. Es lo que Otto Gierke llama “*el poder salvador de la costumbre*”<sup>44</sup>. Dado que esta nueva norma constitucional se impone sobre la precedente, gracias, por ejemplo, y entre otras, a la ayuda de la doctrina o de la comunidad jurídica, esta entra a constituir el fundamento de todas las demás normas pertenecientes al orden jurídico y este debe someterse a ella.

Es lo que Kelsen (1962, 210) llama un cambio de validez. Se recuerda que para la teoría normativista, todo orden jurídico debe tener un último fundamento de validez, donde reposan todas las normas de un ordenamiento jurídico. Desde ahora, la legitimidad de una reforma a la nueva Constitución dependerá del respeto de las nuevas normas de habilitación, así el cambio que introdujo la nueva Constitución no hubiese sido legítimo<sup>45</sup>, pues, como se dijo, este

43 López Daza, 146 (2005).

44 Ver Schmitt, 35 (1988).

45 Al respecto el autor mencionado sostiene que “*la validez de las normas jurídicas que fueron recibidas bajo el imperio de la nueva Constitución establecida por vía revolucionaria ya no puede encontrar su fundamento inmediato en la antigua Constitución, que fue abrogada; este fundamento*

adquirió su legitimidad a través, por ejemplo, de la vía salvadora de la costumbre o de otra fuerza de voluntad. Las normas inferiores no cambian pues de contenido sino de fundamento de validez, y no serán válidas con relación a la antigua Constitución sino a la nueva resultante de la revolución jurídica. Esta “revolución”, debido a que fue lograda, se impone con autoridad y determina desde ese momento las condiciones de producción de normas al interior del orden jurídico respectivo.

La aceptación, de parte de la comunidad jurídica, de la doctrina y de la sociedad en general, de la modificación de la Constitución por fuera de las reglas jurídicas en vigor, determina que el fundamento del sistema normativo deje de ser la Constitución de 1886, con sus 218 artículos, y devenga en la Constitución de 1991, tal como fue aprobada por la Asamblea Constituyente, gracias a su eficacia<sup>46</sup>.

Así pues, desde 1971 Francia entra en otra etapa del constitucionalismo. Ahora bien, si se quiere contar en términos de Repúblicas, se puede afirmar que una Sexta República comienza en esta fecha. Sin embargo, puesto que la enumeración de los regímenes en Repúblicas fue creado para distinguirlo de las épocas del Imperio o de la Monarquía, sería mejor de no enumerarlas pues “[l]a República no sabría entonces ser confundida con las leyes y las Constituciones que la organizan. Su enumeración siempre ha respondido al número de veces donde fue necesario proclamarla después de una Monarquía que entraba a remplazar y la cual había suprimido la República precedente”<sup>47</sup>. Es por ello que “queda muy difícil afirmar sin tem-

---

*no puede ser sino la nueva Constitución. Sin duda, el contenido de estas normas sigue siendo el mismo; pero el fundamento de su validez ha cambiado, pues el fundamento de la validez del orden jurídico entero cambió” (“[L]a validité des normes juridiques qui ont été reçues sous l’empire de la Constitution nouvelle établie par voie révolutionnaire ne peut plus trouver son fondement immédiat dans l’ancienne Constitution, qui a été abrogée ; ce fondement ne peut plus être que la Constitution nouvelle. Sans doute le contenu de ces normes demeure-t-il le même ; mais le fondement de leur validité a changé, puisque le fondement de la validité de l’ordre juridique tout entier a changé”) Kelsen, 210 (1962).*

46 “La eficacia de la norma consiste en que esta es efectivamente observada y, en el caso contrario, aplicada. Hay que distinguir claramente la validez de la eficacia de la norma” “[L’efficacité de la norme consiste en ce qu’elle est effectivement observée et, dans le cas contraire, appliquée. Il faut clairement distinguer la validité et l’efficacité de la norme”] Kelsen, 4 (1996).

47 “La République ne saurait ainsi être confondue avec les lois et les Constitutions qui l’organisent. Sa numérotation a toujours correspondu au nombre de fois où il a fallu la proclamer à la suite de la Monarchie qu’elle venait remplacer et qui avait supprimé la République précédente”. Chabrot, 263 (2010).

*blar en qué República estamos, y aun más de precisar el número de Constitución que nos rige”<sup>48</sup>.*

---

48 “[I]l reste très hasardeux d'affirmer sans trembler dans quelle République nous sommes, et encore plus de préciser le numéro de la Constitution qui nous régit”. Chabrot, 258 (2010).

## CONCLUSIONES

La teoría de la revolución jurídica ha servido para determinar el carácter de las modificaciones analizadas en la presente investigación. Como se dijo, es una teoría positivista-normativista, y el estudio efectuado aquí no tiene por objetivo hacer una crítica negativa a dichas transformaciones sino más bien aplicar una teoría a unos hechos y actos jurídicos con el fin de encontrar el nuevo fundamento de validez desde el punto de vista de la legitimidad de los sistemas jurídicos en cuestión. Estos cambios fueron entonces el fruto de una revolución jurídica en los dos órdenes respectivos, siendo entonces ilegítimas estas modificaciones constitucionales. Pero también se demostró que aplicando la segunda parte de la teoría, que es la que busca determinar el nuevo fundamento de validez del orden jurídico gracias, por ejemplo, a la fuerza de la costumbre, o simplemente a que el sistema se volvió rápidamente eficaz, esto es globalmente aceptado y respetado, esta nueva Constitución entra a fundar todo el orden jurídico en cuestión.

De esta manera, se estableció cuál era la nueva norma que entraba a fundar la validez de todo el sistema jurídico y, por consiguiente, que debían acatar las autoridades respectivas a la hora de producir normas y de realizar una modificación de la misma. Independientemente de la posición política, este trabajo se centró en la aplicación de una teoría, la teoría de la revolución jurídica, producida por la escuela normativista, a unos contextos y casos en concreto, revelando así cuáles fueron las causas y las consecuencias de dichos procesos modificatorios.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- Bertrand Mathieu et ál., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Dalloz, París (2009).
- Carl Schmitt, *Théologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Gallimard, París (1988 [1922]).
- Carlos Molina Betancur et ál., *Derecho constitucional general*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad de Medellín, Medellín (2006).
- César Londoño Ayala, *El Bloque de constitucionalidad*, Nueva jurídica, Bogotá (2010).
- Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre-positif*, LGDJ – Bruylant, Bruselas (2005).
- Didier Maus & Olivier Pascalecq, Dirs., *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, La Documentation française, París (1997).
- Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá (2009 [2004]).
- Diego Uribe Vargas, *La Constitución de 1991 y el ideario liberal*, Universidad Nacional, Bogotá (1992).
- Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, París (2010).
- Francis Hamon & Michel Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, París (2011).
- Germán López Daza, *La Jurisdicción constitucional colombiana: ¿Un Gobierno de los jueces?*, Universidad Surcolombiana, Neiva (2005).
- Guy Carcassonne, *La Constitution*, Le Seuil, París (2009).
- Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, París (1996 [1979]).
- , *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. Béatrice Laroche, LGDJ – Bruylant, París (1997 [1945]).
- , *Théorie pure du droit*, 2<sup>a</sup> ed., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, París (1962 [1960]).
- Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano*, 8<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá (2010).
- Louis Favoreu, *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París (2011).
- Manuel Quinche Ramírez, *Derecho constitucional colombiano*, Ibáñez, Bogotá (2008).
- Michel Verpeux et ál., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, París (2011).
- Óscar Dueñas Ruiz, *Lecciones de teoría constitucional*, Librería del profesional, Bogotá (2001).

## Contribuciones en obras colectivas

- Francis Hamon “Commentaire au préambule de la Constitution”, en: François Luchaïre et ál., Dirs., *La Constitution de la République française*, Economica, París (2009).
- François Luchaïre, “Commentaire à l’article 61 de la Constitution”, en: *La Constitution de la République française*, François Luchaïre et ál., Dirs., Economica, París (2009).
- Louis Favoreu, “Le bloc de constitutionnalité”, en: *Dictionnaire constitutionnel*, Olivier Duhamel et Yves Mény, Dirs., PUF, París (1992).
- , “Le principe de constitutionnalité”, en: Louis Favoreu et ál., *Droit Constitutionnel*, Dalloz, París (2012).
- , “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en: *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, París (1975).
- Otto Pfersmann, “L’élaboration et la révision des constitutions: La production du droit constitutionnel formel”, en: Louis Favoreu et ál., *Droit constitutionnel*, Dalloz, París (2012).

## Revistas

- Christophe Chabrot, *Ceci n'est pas une Vème République*, RFDC, No. 82, 257-72 (2010)
- Claude Emeri & Jean-Louis Seurin, *Chronique constitutionnelle et parlementaire française*, RDP, 678 (1970).
- Louis Favoreu, *El bloque de constitucionalidad*, Revista del centro de estudios constitucionales, No. 5, Madrid, 45-68 (1990). Disponible en: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=15&IDN=ALL> (10 de enero del 2012).
- Louis Favoreu, *Le Conseil constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics*, 83 RDP, T. 1, 5-120, (1967).
- Louis Favoreu, *Légalité et constitutionalité*, Cahiers du Conseil constitutionnel, No. 3 (1997).
- Germán López Daza, *La Jurisdicción constitucional colombiana: ¿Un Gobierno de los jueces?*, Pielagus, No. 4, 7-13 (2005).
- Otto Pfersmann, *Carré de Malberg et la ‘hiérarchie des normes’*, RFDC, No. 31, 481-509 (1997)
- Jean Rivero, *Décisions du Conseil constitutionnel. Décision du 16 Juillet 1971*, AJDA, 537-542 (1971).
- Jacques Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté publique*, 2 RDP, No. 87, 1171-1200 (1971)
- Frédéric Rouvillois, *Michel Debré et le contrôle de constitutionnalité*, RFDC, No. 46, 229 (2001).

## **Jurisprudencia colombiana**

Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Ass., 24 de mayo de 1990, Sentencia No. 59. Magistrado Ponente: Jorge Carreño Luengas.

Corte Suprema de Justicia, Ass., 9 de octubre de 1990, Sentencia No. 138. Magistrados Ponentes: Hernando Gómez Otalora y Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Ass., 6 de diciembre de 1990, Sentencia No. 183.

## **Jurisprudencia internacional**

Consejo Constitucional francés, DC 70-39 del 19 de junio de 1970, *Traité de Luxembourg*.

Consejo Constitucional francés, DC 71-44 del 16 de julio de 1971, *Liberté d'association*.

Consejo Constitucional francés, DC 73-51 del 27 de diciembre de 1973, *Taxation d'office*.

Consejo Constitucional francés, DC 85-196 del 8 de agosto de 1985, *Évolution de la Nouvelle Calédonie*.

Consejo Constitucional francés, DC 564 del 19 de junio de 2008, *OGM*.

Consejo de Estado francés, CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, R. p. 426.

Consejo de Estado francés, CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, R. p. 317.

Consejo de Estado francés, CE, 12 février 1960, *Société Eky*, R. p. 101.

Consejo de Estado francés, C.E. 31 octobre 1969, *Syndicat de défense des canaux de Durance*, R. p. 462.c

Consejo de Estado francés, CE, 3 octubre 2008, *Commune d'Annecy*, R. p. 322.

### Arbitraje

T.A. de Paris, 25 de febrero de 1971, *Dame de Beauvoir c. Ministre de l'Intérieur, AJDA*, 1971, p. 229-230.

## **Artículos de periódicos**

*El Tiempo*, 12 de enero de 1990, p. 6a.

*El Tiempo*, 19 de junio de 1991, “*El tiempo le ganó la carrera a la Asamblea*”, p. 6a.

## **Sitios de Internet**

### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana:**

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

### **Jurisprudencia del Consejo Constitucional francés:**

<http://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?expert=2>

### **Normas jurídicas colombianas:**

<http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/arbol/1000.html>

[http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/)

[http://juriscol.banrep.gov.co:8080/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$3.0&vid=default](http://juriscol.banrep.gov.co:8080/contenidos.dll?f=templates$fn=default.htm$3.0&vid=default)

### **Normas jurídicas francesas:**

<http://legifrance.gouv.fr/>

Jurisprudencia del Consejo de Estado francés:

<http://www.conseil-etat.fr/node.php?pageid=162>

### **Constitución francesa de 1946:**

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>

### **Constitución colombiana de 1886:**

[ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1986.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/cp/constitucion_politica_1986.html)