

REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN COLOMBIA: ¿UNA REFORMA INCONSTITUCIONAL?

Mario Alberto CAJAS SARRIA*

SUMARIO: I. Introducción. II. La reforma constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, 2003-2005. III. El acto legislativo 02 de 2004 y su presunta inconstitucionalidad. IV. El segundo cargo: ¿sustitución o reforma de la Constitución? V. El minimalismo constitucional: la opción metodológica sugerida.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, en el artículo 197, prohibió expresamente la reelección del presidente de la República. El Congreso, mediante el acto legislativo 002, del 27 de diciembre de 2004,¹ aprobó una reforma constitucional que permite la reelección presidencial, e incluso posibilita una eventual candidatura al actual presidente. Esta decisión parlamentaria reabrió la discusión sobre los límites al poder de reforma a la Constitución, cuyo más reciente debate se inició con la sentencia C-551, de 2003. En este fallo la Corte Constitucional por primera vez planteó que el Congreso puede reformar la Constitución, pero que no está facultado para sustituirla, pues ello significaría vulnerar los límites de la competencia de reforma.

Este trabajo sugiere un estudio de la constitucionalidad del acto legislativo que parta del análisis jurisprudencial de las sentencias de la

* Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, Cali, Colombia.

¹ El acto legislativo 002 de 2004 ha sido demandado mediante 18 acciones de inconstitucionalidad. La más reciente fue admitida el 25 de julio de 2005. Todos los procesos se encuentran pendientes de decisión por la Corte Constitucional.

Corte Constitucional sobre los límites competenciales y la sustitución de la Constitución. Al final, se indica una opción para resolver el juicio de constitucionalidad al acto demandado.

El modo como procederé será el siguiente: en primer lugar, analizaré la manera como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado los llamados *vicios de competencia o límites competenciales*. Para esto se estudiarán las sentencias C-551 de 2003 y C-1200 de 2003; C-572, C-668, C-816, C-888, C-970 de 2004 y la C-242 de 2005, con el fin de determinar el estado del precedente constitucional sobre los límites a la competencia de reforma de la Constitución.² En segundo lugar, me referiré a los principales cargos de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Jaime Castro y otros³ contra el acto legislativo 02 de 2004. Este análisis de la demanda recoge en buena parte el concepto que elaboré con la profesora Diana Quintero, por solicitud de la Corte Constitucional a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi,⁴ aunque en esta oportunidad se profundiza en la valoración del segundo cargo, lo que hace variar las conclusiones allí expuestas.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2003-2005⁵

Como advertía, el debate contemporáneo sobre los límites a la función de reforma constitucional por el Congreso de la República se inicia con la sentencia C-551 de 2003. Se trata de un juicio de constitucionalidad dentro del control previo y automático a la ley 796 de 2003, que convoca al pueblo para que se pronuncie en un referendo para reformar la Constitución Política (C. P.). La ley preguntaba a los ciuda-

² Para seleccionar estas sentencias se revisaron los 19 fallos proferidos por la Corte Constitucional, que resuelven demandas ciudadanas en contra de actos reformatorios de la Constitución Política, entre el 2003 y el 2005.

³ También actuaron como demandantes Juan Camilo Restrepo, Pedro Medellín, Clara Rocío Rodríguez y Fabio Velásquez. A mi juicio, esta demanda recoge los principales argumentos que plantea un amplio sector de la academia jurídica nacional.

⁴ Expediente D 5696, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, Corte Constitucional.

⁵ Esta primera parte tiene como base el análisis jurisprudencial incluido en el artículo "La reforma constitucional en Colombia: límites de la Corte al Congreso", *Revista Precedente, Anuario Jurídico 2004*, Cali, 2005 (en prensa).

danos si estaban de acuerdo o no en modificar la Constitución con enunciados jurídicos que la ley sugería incluir de manera explícita. Los argumentos principales de la Corte Constitucional en este fallo, podemos extraerlos así: el artículo 241 C. P. señala que la Corte controlará la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. El artículo 379 C. P. prescribe que “los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”. La Corte prefiere un análisis sistemático de la Constitución, pues es necesario acudir a otras normas para determinar si se ha vulnerado la Constitución: el título XIII de la Constitución; el Reglamento del Congreso, la Ley Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana, entre otros. Al respecto, dice la Corte:

El alcance del significado de la expresión “vicios de procedimiento en la formación” tan solo se hace en esta sentencia pues las demandas contra actos legislativos, al ser justicia rogada, requieren la demostración de los cargos por parte del accionante, situación que no había ocurrido antes. Y al ser esta el primer intento de reformar la Constitución por la vía de un referendo, la Corte realiza este juicio”.⁶ La competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento: “(la) proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable”... Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.

El fallo determina que la facultad de reforma constitucional está limitada por la Constitución, y que así la carta política de 1991 no contenga

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-551, de 2003.

cláusulas pétreas o inmodificables explícitas, el constituyente tampoco determinó que autorizaba la sustitución de la Constitución, sino su reforma por el constituyente derivado. En esta sentencia la Corte no aclara en qué consisten expresamente esos límites que convertirían la reforma en una sustitución de la Constitución, sino que más bien recurre a planteamientos generales o a ejemplos de lo que sería una *sustitución* de la Constitución. La Corte no profundiza sobre los sentidos en que deben entenderse los límites de competencia, aunque la ocasión era propicia para una sólida formulación doctrinal, pues el control automático concedía mayor libertad a la Corte que un juicio de constitucionalidad originado en una demanda ciudadana en donde se pronuncia estrictamente sobre los cargos formulados, que como veremos adelante, la circunscribirá en posteriores fallos en donde se acusa la *sustitución* de la Constitución. Sobre los límites competenciales, dice la Corte:

Para saber si el poder de reforma [constitucional], incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma principio constitucional, lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana... por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.⁷

Para finalizar el comentario de esta sentencia, coincido con el constitucionalista colombiano Manuel Quinche Ramírez cuando destaca la problemática que se genera cuando se piensa en un control constitucional diseñado para un Estado menos complejo que el Estado constitucional y democrático, tal y como lo pretenden quienes defienden un control de las reformas constitucionales por la Corte Constitucional, únicamente circunscrito a la simple verificación de las votaciones, los términos y el quórum. Las subreglas que fija la Corte respecto a los actos de reforma

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-.551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico 39.

constitucional que contiene la sentencia C-551 de 2003 hallan respaldo argumentativo en la medida en que reflejan una dinámica del control en un Estado complejo que pretende el fortalecimiento hermenéutico de la Constitución como mínimo ético que corresponde a esta complejidad, adoptando diversas posibilidades que a la vez requieren complejos procedimientos de control.⁸

La segunda sentencia que se refiere a los *vicios de competencia* es la C-1200, del 9 de diciembre de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. Se trata de la demanda contra los artículos 4o. transitorio y 5o. (parcial) del Acto legislativo 3, de 2002, que conforma una comisión interinstitucional para que elabore los proyectos de ley necesarios para la adopción del sistema penal acusatorio, y señala un plazo para que el Congreso apruebe las leyes correspondientes, o en su defecto el presidente de la República expida en su lugar las normas legales necesarias. Entre los problemas jurídicos que la Corte formula hay uno relevante para el tema que estamos desarrollando: “1 ¿Es competente la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de una reforma constitucional comparando el contenido del acto legislativo acusado con una norma constitucional preexistente específica?”

La Corte Constitucional reitera las subreglas planteadas en la sentencia C-551, de 2003, en donde precisó los alcances del control de constitucionalidad que ejerce frente a los actos reformativos de la Constitución: a) el poder de reforma constitucional por el órgano constituido está limitado; b) el límite es la imposibilidad de sustituir la Constitución, mientras que lo permitido es su reforma. Además, la Corte configura otras subreglas: c) la carga de la argumentación para demostrar que se sustituyó la Constitución con la pretendida reforma corresponde al accionante, y d) el juez constitucional debe delinear un método para determinar cuándo hay sustitución de una Constitución y por lo tanto un desbordamiento del poder de reforma constitucional. Sin embargo, esta sentencia es insuficiente en la formulación del método, y tan sólo plantea algunas autorrestricciones del juez constitucional frente a la determinación de la sustitución de la Constitución:

⁸ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, “El control de los actos reformativos de la carta ‘solo por vicios de procedimiento en su formación’”, *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, Montealegre Lynett, Eduardo (coord.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 50 y 51.

(i) Tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para reformar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma.⁹

En el caso concreto de la demanda, la Corte establece que los accionantes dirigieron sus cargos hacia la vulneración del artículo 150-10, por el cual el Congreso de la República otorga facultades extraordinarias legislativas al presidente de la República, y que consideran violado, pero no a demostrar que la reforma significó una sustitución de la Constitución de 1991. La Corte manifiesta que en la demanda no se formulan cargos encaminados a establecer la existencia de vicios en el procedimiento de formación de un acto reformativo de la Constitución, sino que dirigen su acusación a establecer que el Congreso de la República otorgó unas facultades extraordinarias legislativas, con violación de los requisitos que para ello contempla el ordinal 10o. del artículo 150 de la carta. La formulación de estos cargos se consideran ineptos, porque no corresponden al acto legislativo acusado para determinar la manera en que se habría incurrido en vicios de procedimiento en su formación, sino de un acto de naturaleza legislativa que no se rige por las normas que gobiernan la reforma constitucional, sino que corresponde a la función legislativa del Congreso, y en particular, al otorgamiento de las facultades extraordinarias legislativas al gobierno nacional.¹⁰

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico 3.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico 4.1.

La Corte reitera que para pronunciarse de fondo en un juicio de constitucionalidad, el accionante debe determinar las razones por las cuales se viola la Constitución, y éstas deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*.

En la sentencia C-572 del 8 de junio de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad del Acto legislativo 01, de 2003, “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. El demandante argumenta que el Congreso de la República excedió el poder de reforma de la Constitución porque modificó los mecanismos de participación ciudadana. La Corte reitera su doctrina sentada en la sentencia C-551 de 2003 y confirmada en la sentencia C-1200 de 2003 respecto a que los actos reformativos de la Constitución pueden demandarse sólo por vicios de procedimiento en su formación, que incluye los vicios de competencia, en particular cuando se alegue la sustitución de la Constitución. Señala que el control constitucional de los actos legislativos es rogado,¹¹ y que por lo tanto corresponde al demandante la carga argumentativa para demostrar que la reforma comporta una sustitución de la Constitución. Agrega dos subreglas a tener en cuenta para que proceda la demanda de actos legislativos bajo estas circunstancias: el ciudadano debe señalar: a) cuál fue el vicio de trámite en que incurrió el Congreso, o b) por qué hubo o no un vicio de competencia que llegue a determinar la sustitución de la Constitución.¹²

En este caso concreto, la Corte Constitucional considera ineptos los cargos del demandante y se declara inhibida para pronunciarse de fondo. La Corte afirma:

No es claro que la introducción del umbral o la cifra repartidora pueda ser automáticamente considerada como limitación de los derechos políticos ya que esas figuras únicamente alteran la fórmula de escrutinio... sin introducir restricciones directas a los derechos políticos de los ciudadanos... si el ciudadano quería atacar la reforma debido a la introducción de esos mecanismos electorales, debió claramente mostrar que existía una radical limitación o eliminación de ciertos derechos constitucionales que el Congreso,

¹¹ Desde la sentencia C-543 de 1998, la Corte Constitucional ha sostenido que el control constitucional de los actos legislativos es rogado, no es integral y sólo se puede pronunciar sobre los cargos de la demanda. Esta doctrina la ha reiterado en las sentencias C-487 de 2002 y C-641 de 2002, entre otras.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-572 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento jurídico 10.

como poder constituyente derivado, no podía llevar a cabo por implicar una sustitución de la Constitución.¹³

El siguiente pronunciamiento sobre un acto reformativo de la Constitución es la sentencia C-668, del 13 de julio de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Se trata de la demanda contra el artículo 16, parcial, del Acto legislativo 01, de 2003, “por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. Entre los problemas jurídicos que formula la Corte, uno nos atañe: la posible existencia de vicios materiales en que incurrió el constituyente derivado con la reforma citada, en cuanto disminuyó el número de diputados para las comisarías erigidas en departamentos por el artículo 309 de la Constitución de 1991, pues el accionante considera que es un trato desigual y discriminatorio. La Corte Constitucional aduce que no se pronuncia sobre vicios de fondo, como plantea el accionante, sino por vicios de procedimiento en su formación, lo cual incluye vicios de competencia, reiterando la sentencia C.551 de 2003.

Sin embargo, en un pasaje oscuro, contrario a lo esgrimido en las sentencias C-1200 de 2003 y C-572 de 2004, la Corte no expresa que el accionante no demostró la sustitución de la Constitución, sino que “de entrar la Corte al análisis de la posible violación del derecho a la igualdad, se estaría realizando un control judicial ordinario de fondo de ese acto reformativo, lo cual no solo le está vedado a la Corte, sino que desnaturalizaría por completo el control que a dichos actos impone la Constitución Política”.

Esta argumentación genera algunas preguntas. Si realizar un juicio sobre la vulneración del derecho a la igualdad en la reforma bajo estudio desnaturaliza el control, aún en el caso de alegarse una sustitución de la Constitución, ¿la Corte no se habría pronunciado? De ser así, ¿no es un cambio en el precedente? Si el ciudadano no demostró la posible sustitución de la Constitución, ¿por qué la Corte no lo expuso en su sentencia para declarar como inepto el cargo por vicios materiales?

El fallo nos lleva a plantear que el control constitucional de los actos legislativos, al ser parte de una justicia rogada, imposibilita a los legos formular los cargos adecuados. Paradójicamente, se exigen más condiciones para quien desea proteger la Constitución ante una reforma, que a

¹³ *Ibidem*, fundamento jurídico 12.

quien demanda la inconstitucionalidad de una ley. Cuando un ciudadano alega que la reforma vulnera los artículos 309 y 13 de la Constitución de 1991, ¿no está planteando una sustitución? Sin embargo, la Corte declara inexecutable la norma acusada, porque prospera uno de los cargos que apunta a la carencia de discusión del artículo en la plenaria de la Cámara de Representantes. Esta práctica del juez constitucional parecería que cumple con algunos rasgos del minimalismo constitucional al que me referiré más adelante.

El 30 de agosto de 2004, en la sentencia C-816, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte decide sobre la constitucionalidad del Acto legislativo 02, de 2003, llamado “estatuto antiterrorista”, nombre éste que se adopta de manera impropia, pues se trata de una reforma a algunos artículos de la Constitución para enfrentar el terrorismo, y no de una ley estatutaria al respecto. Los artículos constitucionales modificados fueron: 15, 24, 28 y 250. La Corte reitera la doctrina sentada en la sentencia C-551, de 2003, y confirmada en las sentencias C-1200 de 2003, C-572 y C-668 de 2004, respecto a los límites competenciales del Congreso de la República cuando ejerce su poder de reforma de la Constitución y la facultad de la Corte Constitucional de controlar este poder cuando se presente una sustitución de la Constitución por desbordar la competencia.

Sin embargo, el fallo resulta particular, pues fue un tema de amplia controversia nacional: por un lado quienes abogaban por su constitucionalidad se fundamentaban en la necesidad de dotar de herramientas jurídicas al gobierno nacional para la lucha antiterrorista, garantizando el orden público y los derechos, y por otro, quienes consideraban que la reforma afectaba ostensiblemente los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991.

La discusión del asunto se inició con un análisis para determinar si existió extralimitación de la competencia del Congreso cuando actuó como poder constituido derivado. Sin embargo, la Corte Constitucional no logró un acuerdo para tomar la decisión. Entonces, recurrió a analizar los vicios de procedimiento en el trámite. Dice la Corte:

...en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo... en el

presente caso, la Corte comenzó por una discusión de los eventuales vicios de competencia planteados por las demandas, pero no fue posible llegar a un acuerdo que permitiera, dentro de un término razonable, tomar una decisión al respecto. La Corte examinó entonces los fundamentos de cada una de las acusaciones por vicios de trámite... y consideró que debía entrar en el análisis detallado de uno de estos cargos, a saber el relacionado con la presunta irregularidad presentada al aprobar el informe de ponencia previo a la votación del articulado del proyecto de acto legislativo en el sexto debate de la segunda vuelta. La Corte consideró que ese cargo podía prosperar... y haría innecesario el estudio sistemático y detallado de las otras acusaciones... esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte.¹⁴

Esta opción a que recurre la Corte también se conoce como *minimalismo constitucional*, y entre otros, es defendida por el constitucionalista estadounidense Cass Sunstein,¹⁵ quien es precisamente citado en la sentencia. En uno de sus más recientes libros, *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Sunstein define esta metodología como una expresión de la restricción judicial, pero no una forma ordinaria de restricción. Los jueces minimalistas están completamente decididos a declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes. Rechazan la restricción como un principio, porque es muy general. Los minimalistas no acogen la regla de la mayoría en todos los contextos. Estar a favor de la regla de la mayoría es en sí mismo una forma de maximalismo. “El minimalismo constitucional ha sido la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa”.¹⁶ Afirma Sunstein que la Constitución tiene contenidos abiertos y abstractos acerca de las más altas aspiraciones de la sociedad. Por ejemplo, sobre la libertad o la igualdad: algunas de las preguntas que la Constitución formula pueden ser: ¿cuándo puede el Estado discriminar en razón de la raza o de la orientación sexual?, o si

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-816, de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, fundamentos jurídicos 9 y 10.

¹⁵ La Corte Constitucional cita a Cass Sunstein en otras dos sentencias: en la C-1147 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se refiere al libro *Republica.com* (2001), y en la sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda, refiere la obra: *Alter the Rights Revolution, Reconceiving the Regulatory State* (1990).

¹⁶ Sunstein, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 3.

el Estado restringe la libertad de expresión cuando, por ejemplo, regula los costos de las campañas, controla Internet, o cuando regula programas educativos para los niños, o tiempo al aire gratuito para los candidatos en los medios de comunicación. Algunas veces la Corte Suprema de Estados Unidos contesta estas preguntas, pero usualmente los jueces deciden muy poco, ya que dejan aspectos abiertos. Sobre la libertad o la igualdad, de manera deliberada *deciden sobre lo que debería dejarse sin decir*. Ésta es una práctica extendida. Los jueces hacen y dicen tan poco como sea necesario en orden a justificar el resultado.¹⁷

El *minimalismo constitucional* de la Corte consistió en no analizar la presunta de la Constitución del acto legislativo, cuya finalidad era la lucha contra el terrorismo, pero que un amplio sector de la comunidad jurídica consideraba que disminuía garantías constitucionales, menoscababa derechos fundamentales y socavaba el núcleo axiológico del Estado social de derecho configurado en la Constitución de 1991, y por lo tanto podría tratarse de una sustitución de la carta política. La Corte declaró la inexecutable del Acto legislativo 02, de diciembre de 2003, porque en el trámite del proyecto se desconoció el procedimiento agravado propio de la reforma constitucional y se distorsionó la voluntad democrática de las Cámaras, pues se ignoró una votación en donde la reforma no alcanzaba la mayoría absoluta requerida.¹⁸

Merece especial atención el salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, que se refiere al *juicio de sustitución* de la Constitución que la Corte debe emplear para determinar si el constituyente derivado excedió su competencia de reforma de la Constitución. Para Cepeda, al menos existen dos formas de establecer el juicio de sustitución de la Constitución: una manera parte del *método* de juzgamiento, y otra del *resultado* del mismo. Por el método, se exige que la Corte muestre que se ha reemplazado íntegramente el *elemento esencial* que constituye la identidad de la carta. Esto requiere enunciar con claridad tal *elemento esencial*; señalar, mediante diversos referentes normativos, las especificidades de la Constitución de 1991; establecer por qué es esencial y definitorio de la misma Constitución; determinar las razones por las cuales se aduce que ese elemento es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, considerada en su integridad. De esta manera,

¹⁷ Sunstein, Cass R., *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004, fundamento jurídico 144.

se precisará la premisa mayor del juicio de sustitución, fundamental para prevenir el subjetivismo judicial. Luego, Cepeda propone:¹⁹

- Verificar si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución.
- Debe aclararse que la enunciación analítica del elemento esencial definitorio no es lo mismo que fijar límites materiales intangibles al poder de reforma, pues se debe evitar que el juicio termine siendo un control material.
- Una vez que la Corte cumple con esta carga argumentativa, se determina si el elemento definitorio ha sido reemplazado integralmente por otro diferente en virtud de las reformas constitucionales acusadas de sustituir la Constitución. De aquí se sigue la segunda manera de distinguir el juicio de sustitución, que es el *resultado*. Éste debe permitir que se concluya que el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado integralmente por otro, que no es posible armonizar la reforma constitucional con las demás normas que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo que no se puede sustituir, para lo cual se recurre, por ejemplo, al bloque de constitucionalidad.

En la sentencia C-817, de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se resuelve la demanda presentada en contra del Acto legislativo 02, de 2003 (reforma a la Constitución para enfrentar al terrorismo). El actor denuncia vicios de trámite en la aprobación y “vicios sustanciales”, como la vulneración de disposiciones de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte transcribe los argumentos que fundamentaron la sentencia C-816 de 2004, en donde declaró inexecutable el acto demandado, pero no se pronuncia sobre los “vicios sustanciales”. Para la Corte, se ha configurado la cosa juzgada constitucional, y resuelve estarse a lo resuelto en la sentencia C-816, de 2004.

El 14 de septiembre de 2004 se profiere la sentencia C-888, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, que resuelve la demanda formulada contra el numeral 3o. (parcial) del artículo 3o. del Acto legislativo 03, de 2002.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-816, de 2004, aclaración y salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento tercero de la aclaración de voto.

Uno de los cargos del accionante, según él afirma, es “sustancial”. Éste consiste en que la expresión “asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos”, del inciso tercero del tercer artículo del Acto legislativo 03, de 2002, vulnera el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. La Corte reitera su jurisprudencia sentada en la sentencia C-551, de 2003, aclara que no se puede demandar una reforma constitucional por violación material de la Constitución, pero que sí es posible acusar la reforma cuando el Congreso de la República excede la competencia de reforma de la Constitución y sustituye la Constitución vigente. Sin embargo, concluye que el demandante no explicó las razones del presunto cargo de sustitución parcial o total de la Constitución, y por lo tanto se declara inhibida para fallar por inepta demanda.

En la sentencia C-970, del 7 de octubre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional se pronuncia frente a la demanda presentada en contra del inciso 2o. del artículo 4o. transitorio del Acto legislativo 03, de 2002. La reforma fijaba hasta el 20 de junio de 2004 como plazo para que el Congreso de la república expidiera las leyes correspondientes a la puesta en marcha del sistema penal acusatorio, o de lo contrario se otorgaban facultades legislativas extraordinarias al presidente de la República para expedir los cuerpos normativos incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de hábeas corpus, los códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. El problema jurídico que nos atañe aquí es: ¿se produjo un vicio de competencia por sustitución de la Constitución, cuando en el artículo 4o. transitorio del Acto legislativo 03, de 2002, se faculta al presidente de la República para expedir las normas legales, si oportunamente no lo ha hecho el Congreso, necesarias para el funcionamiento del sistema penal acusatorio a cuyo establecimiento atiende el propio Acto legislativo, en la medida en que tal habilitación desconoce los principios de soberanía popular, separación de poderes y reserva de ley, tal como ellos han sido plasmados en la Constitución de 1991?²⁰

Para resolver el problema formulado, inicialmente la Corte recurre al concepto de sustitución de la Constitución, reiterando su precedente de las sentencias C-551, C-1200 de 2003. Sin embargo, la novedad de esta

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico 2.

sentencia consiste en que la Corte realiza un intento por establecer una “Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución”.²¹

- a. Es un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma, es un juicio autónomo de competencias.
- b. Es necesario enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio.
- c. Debe ser un enunciado específico, un elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución Política colombiana, y que configura su identidad.
- d. El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución.
- e. Se contrastan las premisas citadas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala, cual es la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.

La Corte analiza si la reforma acusada sustituyó la Constitución de 1991 en términos generales, y concluye que no se configura una sustitución de la Constitución, porque los elementos definitorios de la misma no han sido sustituidos por otros. En este caso, quedan intactos el modelo de régimen político, la forma de organización política, el conjunto de valores y los principios políticos de la Constitución Política de 1991. Para la Corte no se produce la sustitución específica de la Constitución, porque el principio de separación de poderes no se afecta con las facultades extraordinarias que se otorgan al presidente, pues ellas entran a regir, sí y sólo si el Congreso no ejerce su función legislativa dentro del plazo fijado. Según el fallo, el principio de separación de poderes no se puede interpretar hoy bajo la concepción liberal burguesa de la Declaración de 1789, de la Revolución francesa, por cuanto

la concepción garantista de la separación de poderes se ha venido reelaborando, y, de manera general puede afirmarse, que el mismo ya no puede remitirse a un esquema formalmente de atribución de competencias a los distintos órganos del Estado, sino que debe mirarse en un contexto más

²¹ *Ibidem*, fundamento jurídico 4.

flexible, que permite y reconoce las relaciones de colaboración entre los distintos órganos a los cuales tendencialmente corresponden ciertas competencias, sin perjuicio de que en determinadas hipótesis ciertos órganos puedan ejercer competencias que de ordinario corresponden a otros.²²

En este fallo la Corte reconoce la asimetría en el control judicial que genera el hecho de que materias en donde la Constitución de 1991 señala la reserva de ley estatutaria y que de ordinario tienen control constitucional integral, al ser expedidas por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias legislativas conferidas por el acto legislativo carecerían de este control, que sí puede ejercerse frente al proyecto de ley y a la ley estatutaria que una vez expedida puede ser demandada por un ciudadano. La Corte soluciona el *impasse* recurriendo a la interpretación sistemática de la Constitución y determina que los decretos que llegara a expedir el presidente, por la posibilidad que tienen de desnaturalizar las leyes estatutarias y desvertebrar estos estatutos, el gobierno deberá remitirlos a la Corte para que ésta ejerza de oficio el control de constitucionalidad.

Los más recientes pronunciamientos sobre demandas contra actos reformatorios de la Constitución son las sentencias C-242 y C-332 de 2005. En la primera, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur, resolvió la demanda contra el artículo 2 del Acto legislativo 01, de julio 1 de 2003, “por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. La norma dispone: “Artículo 2o. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:... Parágrafo transitorio 1o. Los partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica reconocida actualmente y con representación en el Congreso, conservarán tal personería hasta las siguientes elecciones de Congreso que se realicen con posterioridad a la promulgación del presente Acto Legislativo, de cuyos resultados dependerá que la conserven de acuerdo con las reglas dispuestas en la Constitución”. La Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos, en atención a que:

...i) la acusación por sustitución de la Constitución se formuló de manera genérica y sin cumplir con la carga argumentativa mínima necesaria para su estudio; ii) en la demanda se plantean cargos por violación material de artículos específicos de la Constitución respecto de los cuales, la Corte ca-

²² *Ibidem*, fundamento jurídico 5.

rece de competencia; iii) tampoco se sustentó la acusación por la supuesta vulneración del principio de unidad de materia de la norma demandada y iv) la acusación por el supuesto incumplimiento del mandato superior que exige ocho debates se formuló de manera genérica y sin cumplir con la carga argumentativa necesaria para su estudio...²³

La Corte reiteró la posición planteada en anteriores sentencias, e insistió en la necesidad de la fuerte carga argumentativa que se exige al accionante para que demuestre que el poder constituido sustituyó la Constitución cuando su potestad es únicamente de reforma. El actor también acusó la reforma por considerar que ésta desconoció materialmente varios artículos de la Constitución vigente. Para la Corte, el actor formuló una acusación por desconocimiento material de artículos específicos de la Constitución, y frente a estos cargos la Corte carece de competencia, como se desprende del análisis textual de los artículos 241-1 y 379 de la Constitución. Por esta razón se declaró inhibida para fallar de fondo.

Como se aprecia en este reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional ha mantenido una posición respetuosa de la función constituyente del Congreso. Esto se concreta en los requisitos exigidos a los demandantes cuando formulan cargos por sustitución de la Constitución; como decíamos antes, es un ejercicio de *autorrestricción judicial*. De esta manera, el principio democrático expresado en la decisión de las mayorías del Congreso y en su libertad para configurar reformas constitucionales se trata de preservar con un control constitucional restringido a los cargos que formule el demandante y a la sólida estructuración de la carga argumentativa que demuestre por qué se sostiene que el Congreso excedió su competencia de reforma constitucional y se convirtió en poder constituyente.

La sentencia más reciente sobre demandas contra actos legislativos es la C-332, del 4 de abril de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que decidió sobre la constitucionalidad del artículo 10 del Acto legislativo 01, de 2003. La Corte declaró su inexequibilidad por considerar que se violó el trámite previsto para la reforma constitucional mediante acto legislativo. No se formularon cargos por sustitución de la Constitución.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Gálvis.

III. EL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2004 Y SU PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD²⁴

En esta segunda parte se analiza una de las demandas presentadas en contra del Acto legislativo 02 de 2004. El texto expedido por el Congreso de la República es el siguiente:

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Modifícanse los incisos 2o. y 3o. del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónanse dos incisos finales al mismo artículo, así:

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Cuando el presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos.

Durante la campaña, el presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria.

Artículo 2o. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

“Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos”.

²⁴ El autor agradece a Diana Quintero, profesora de la Universidad Icesi, su autorización para incluir este apartado.

No podrá ser elegido presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.

Parágrafo transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.

Artículo 3o. El artículo 204 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 204. Para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para ser presidente de la República.

El Vicepresidente podrá ser reelegido para el período siguiente si integra la misma fórmula del presidente en ejercicio.

El Vicepresidente podrá ser elegido presidente de la República para el período siguiente cuando el presidente en ejercicio no se presente como candidato.

Artículo 4o. Adiciónanse al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así:

f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia.

Artículo 5o. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

La acción pública de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Jaime Castro, Juan Camilo Restrepo, Pedro Medellín, Clara Rocío Rodríguez y Fabio Velásquez, formula dos cargos principales: 1) el acto acusado vulnera los artículos 375, inciso 2, en concordancia con los artículos 1, 3, 13, 29, 93, 113, 133, incisos 1, 161, 182, 188 y 209. Y los artículos 286 y 294 de la ley 5 de 1992. 2) se vulnera el artículo 374, en concordancia con los artículos 1, 2, 13, 182, 188 y 209 de la C. P. Debe aclararse que los actores, en el desarrollo de los argumentos de la demanda, también plantean un cargo que se desprendería del primero: se trata de la presunta vulneración del artículo 149, C. P., en virtud del cual las reuniones en las cuales se discutió y aprobó el acto legislativo se habrían efectuado por fuera de las condiciones constitucionales, y por lo tanto inválidas, es decir, que el acto legislativo carecería de efectos jurídicos.

Para los actores, no se trató de una reforma, sino de una sustitución de la Constitución política, facultad que radica de manera exclusiva en el pueblo soberano, y cuyo ejercicio por parte del Congreso configuraría una extralimitación en sus competencias de reforma constitucional. También afirman que el acto legislativo vulnera principios de la C. P., y que genera consecuencias negativas para el ordenamiento constitucional.

Aunque los cargos son referidos en su totalidad a cuestiones procedimentales, para los demandantes los procedimientos constitucionales garantizan principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano, de naturaleza sustancial. Los más relevantes principios aludidos en la demanda son, en orden de aparición: a) el Estado social y democrático de derecho; b) la igualdad; c) el pluralismo político; d) la seguridad jurídica; e) la prevalencia del interés general sobre el particular, y f) la separación de poderes.

Las consecuencias son formuladas en el segundo cargo, y pueden resumirse así: a) vulneración de los límites a la función reformativa de la Constitución por parte del Congreso, en su condición de constituyente derivado; b) el paso de un régimen presidencial a un régimen presidencialista; c) la pérdida de la autonomía del Congreso; d) la politización

de la burocracia; e) la pérdida de la autonomía del Banco de la República; f) una distorsión en el proceso electoral; g) cambios en la tradición constitucional colombiana; h) cambios en la forma de gobernar y en las condiciones de la representación, y h) la alteración de las prácticas gubernamentales y del orden político institucional.

Para los demandantes, el acto acusado violó los requisitos del artículo 375, inciso 2, C. P. Según esta disposición, el trámite del proyecto de acto legislativo tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En realidad, el cargo se dirige a demostrar que durante el trámite del acto acusado existió un desconocimiento de los procedimientos constitucionales establecidos para garantizar la expresión de la voluntad de las mayorías del Congreso. Esta omisión provendría de la configuración de mayorías ficticias, conformadas mediante la habilitación de congresistas declarados impedidos, cuyos impedimentos habrían sido resueltos por fuera del orden jurídico. Esta disposición constitucional se encuentra desarrollada en la ley 5 de 1992, Ley Orgánica del Congreso de la República. Por esta razón, son procedentes los fundamentos jurídicos de la demanda en relación con la ley 5 de 1992.²⁵ Los vicios de procedimiento que violaron los artículos de la ley 5a. de 1992 se exponen así:

El artículo 2, en su numeral 3, ordena que se aplique el reglamento de tal forma que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la sesión, y el numeral 4 se refiere a la necesidad de que se garantice el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse. En el artículo 5 se da la categoría de vicio de procedimiento insubsanable a toda reunión de congresistas que se realice en ejercicio de las funciones legislativas, por fuera de las condiciones constitucionales. Estas reuniones carecen de validez, y los actos que de ellas surjan se consideran sin efecto alguno. Se trata de un desarrollo legislativo del artículo 149, C. P.

El artículo 286 de la Ley 5/92 determina que los congresistas que tengan interés directo en las decisiones que afecten de alguna manera a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del

²⁵ En sentencias como la C-551, de 2003 la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que el juicio de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, en relación con vicios de procedimiento, debe fundarse también en la ley orgánica del Congreso, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad.

cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberán declararse impedidos de participar en los debates o votaciones respectivas. Las disposiciones consiguientes declaran la necesidad de advertir el impedimento, comunicarlo al presidente de la comisión o corporación donde se trate el asunto que obliga al impedimento, de donde se desprende que corresponde a la comisión o plenaria respectiva la aceptación o negación del mismo. Este artículo desarrolla el artículo 182, C. P. sobre los conflictos de intereses de los congresistas, que también ha sido incluido en la demanda. También se incorporan las causales de pérdida de investidura de los congresistas contenidas en el artículo 183, C. P. Finalmente, se considera que los vicios de trámite de los impedimentos vulneran los artículos 1, 3, 13, 29, 93, 113, 133, que contienen principios constitucionales.

La demanda señala que según consta en el acta 32, de 2004, el 18 de abril de 2004 un grupo de senadores de la Comisión Primera se declararon impedidos, y que estos impedimentos se votaron por separado, excluyendo al congresista cuyo impedimento estuviera siendo votado. De esta manera, los parlamentarios que tenían impedimentos de naturaleza análoga participaron en la toma de la decisión que declaró la improcedencia de los mismos. En la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en la sesión del 2 de junio de 2004, hubo once impedimentos, tramitados de la misma manera. Finalmente, en la misma Comisión, un representante recusó a otra representante. Esta recusación no se tramitó de inmediato, sino que se solicitó su formulación por escrito, con lo que se añadió al trámite de la recusación un requisito no contemplado en el artículo 294 de ley 5/92, en virtud del cual es suficiente la manifestación del impedimento de un congresista, para que éste sea trasladado a la Comisión de Ética. Sin embargo, la representante manifestó el impedimento con posterioridad a la recusación, ante lo cual la Comisión resolvió la inexistencia del impedimento, pero decidió no tramitar la recusación inicialmente formulada por el congresista.

Los hechos descritos probarían que durante el trámite del acto acusado los congresistas declarados impedidos no actuaron de conformidad con las normas que sirven de fundamento jurídico a este cargo. Los congresistas declarados impedidos debían actuar consultando en todo momento la justicia y el bien común, de tal manera que su decisión reflejara la verdadera voluntad de las mayorías.

El artículo 182, C. P. establece que es deber de los congresistas poner en conocimiento de la Cámara respectiva las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Esta norma debe ser interpretada de manera sistemática con el artículo 123 C. P., en virtud del cual los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y deberán ejercer sus funciones según la Constitución, la ley y el reglamento. Por ley debe entenderse también la ley 734, de 2002, Código Disciplinario Único, que establece en igual sentido el conflicto de intereses para todos los servidores públicos, y determina que cuando el interés general, propio de la función pública, entra en conflicto con un interés particular y directo del servidor público, éste se deberá declarar impedido. Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 12 de marzo de 1996:²⁶

Tampoco es admisible el argumento de que solo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral... no hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo.

Este trámite de los impedimentos podría haber beneficiado al congresista impedido al permitirle votar cuando su decisión estaba viciada, en detrimento de los ciudadanos representados en el Congreso, y que a través de los parlamentarios concurren a la creación del derecho. Para el Consejo de Estado, un impedimento, con independencia del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etcétera) en cuanto prive al juez o al funcionario, como en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado, y cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante la recusación. Según el fallo, un conflicto de interés es una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen. De este modo, se transgrede el imperativo cuando un congresista que debió declararse impedido participa en los debates o vota

²⁶ Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, M. P. Joaquín Barreto Ruiz.

los impedimentos, independientemente de los resultados del debate o votación.

El análisis de la demanda permite establecer que la votación de estos impedimentos carece de toda validez, por la convalidación mutua y evasiva de responsabilidad que se configuró durante la discusión y decisión de cada impedimento. Esta práctica buscó conformar una mayoría para aprobar el proyecto, que no permitió reflejar la verdadera composición de las voluntades en el parlamento. Se presentó un trato discriminatorio, porque en la votación del proyecto se consideraron los votos de los congresistas impedidos, como si éstos tuvieran igual derecho al voto que quienes no estaban incurso en causal de impedimento. La adecuada configuración de las mayorías en el Congreso busca garantizar la participación indirecta del pueblo en las decisiones que le afectan, articulando la soberanía popular con la soberanía nacional, es decir, la participación en la representación. Ahora bien, participar en la decisión sobre el impedimento de un congresista cuando la circunstancia que da origen a esa situación es análoga a la del parlamentario que está decidiendo, vulnera el carácter democrático y pluralista del Estado colombiano que consagra la Constitución. En este caso concreto, se podría afirmar que la posible obtención de eventuales beneficios de un gobierno, cuya posibilidad de reelección está siendo discutida, hace que se configure un interés particular de los representantes, que conculca la participación ciudadana y no permite distinguir si se obra para obtener el beneficio propio o se consulta el bien común.

En cuanto al principio del pluralismo y el respeto de las mayorías, se advierte que la reforma a la Constitución exige quórum cualificados para la aprobación de los actos legislativos. Se puede decir que un ciudadano legítimamente esperaría que su Congreso concrete la voluntad real de las mayorías parlamentarias, debido a que mediante ellas se expresa la soberanía popular. Los otros dos mecanismos de reforma constitucional (asamblea constituyente y referendo) también refuerzan la regla de las mayorías en tanto exigen este requisito para su aprobación. ¿Es posible que al constituyente primario se le exija el cumplimiento estricto de la regla, mientras que el constituyente derivado se abroga para sí una interpretación laxa de la regla de las mayorías? Y ¿este modo de proceder menoscaba derechos fundamentales de las minorías? En este caso las minorías son supuestas, en la medida en que quedan reducidas a dicha condición como resultado de la decisión de parlamentarios caren-

tes de las condiciones constitucionales y legales para participar en la toma de la decisión. Son minoría por no tener un impedimento ético para participar en la deliberación. Sin importar si los parlamentarios estaban en favor o en contra de una iniciativa, una interpretación jurídica errónea impone el criterio de un grupo de congresistas que era superior en número, “por fuera de las condiciones constitucionales”, y por tanto carente de validez, cuyas decisiones no tienen efecto alguno”. Sobre el particular, afirma Carlos Santiago Nino en su obra *La Constitución de la democracia deliberativa*:

El proceso de negociación desempeña un papel importante en la democracia... la negociación puede sin embargo contribuir al valor epistémico del que gozan la argumentación y las decisiones mayoritarias... debe señalarse que la negociación que se lleva a cabo sobre la base de puros intereses a menudo amenaza seriamente el proceso democrático. Cuando los individuos y las facciones compiten apoyados en sus respectivas fuerzas, valores tales como la igualdad son puestos en peligro, los derechos no son asegurados, surgen problemas de acción colectiva y lo que es peor aun, no existe ningún sustento para presumir que el resultado del proceso será justo.²⁷

La actuación surtida en el Congreso desvirtuó los principios democráticos del respeto de las minorías, y la primacía del interés común. Este hecho se refuerza en el punto 3.1 de la demanda, según el cual existió un vicio de procedimiento derivado de la ausencia y obstrucción de una deliberación sustantiva. La irregularidad se habría configurado en dos momentos del trámite: en primer lugar durante la primera vuelta, en la Comisión primera y en la plenaria de la Cámara de representantes se omitieron debates, debido a la premura del tiempo, pues si el proyecto necesitaba ser conciliado no alcanzaría su aprobación antes del 20 de junio, y tendría que ser archivado. Asimismo, no existió debate del texto aprobado en el Senado, tal como se desprende de las intervenciones de algunos representantes mencionados en la demanda. Por ejemplo, en la plenaria de la Cámara (sesión del 17 de junio de 2004), varios parlamentarios inscritos para hacer uso de la palabra renunciaron a ella, y se realizó una votación nominal, sin que se lograran producir las intervenciones, es decir, sin debate.

²⁷ Nino, Carlos Santiago, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 176.

La democracia representativa implica una restricción de la participación de todos los ciudadanos en los debates, puesto que sólo queda reducida a la elección de los representantes en los cuerpos colegiados. Una democracia deliberativa, forma que han tomado las democracias representativas actuales, exige la participación, pero además la discusión, de los representantes sobre asuntos que interesan y afectan a los ciudadanos. Por esta razón, es imprescindible que los representantes debatan ampliamente y en tiempo razonable las distintas iniciativas sujetas a su consideración, y que exista contradicción entre los argumentos de las diferentes bancadas. Sólo así se asegura la existencia de una verdadera democracia deliberativa, en el sentido moderno de la expresión.²⁸ La carencia de debate en algún momento del trámite demuestra la inexistencia de la imparcialidad necesaria en la consideración del asunto, y por el contrario el afán de llegar a una decisión que podría favorecer unos intereses específicos, y no el libre examen sobre la conveniencia o inconveniencia de la decisión para el interés común. De las declaraciones se desprende la existencia de acuerdos por fuera de la sesión, porque se manifestaba la necesidad de avanzar hacia la votación sin agotar el debate previo. Afirma Norberto Bobbio en *El futuro de la democracia*:

El pluralismo permite darnos cuenta de una característica fundamental de la democracia de los modernos...: la libertad, más aun lo lícito del disenso. Esta característica fundamental se basa en el principio de acuerdo con el cual el disenso, cuando es mantenido dentro de ciertos límites establecidos por las llamadas reglas de juego, no es destructivo sino necesario; una sociedad en la que el disenso no esté permitido es una sociedad muerta o condenada a morir... Para que haya democracia basta el consenso de la mayoría, pero precisamente el consenso de la mayoría implica que exista una minoría que disiente.²⁹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también se refiere a la manera como se afecta la democracia con la carencia de discusión en los debates parlamentarios. En sentencias como la C- 816 de 2004 señaló:

²⁸ Para Habermas, “el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de diferentes reclamos de validez, con la finalidad de obtener un cierto consenso acerca de ellos... cuando argumentamos para convencer a otros, necesariamente presuponemos el principio de universalización entendida como imparcialidad”. Véase, Nino, *op. cit.*, p. 158.

²⁹ Segunda edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 70 y 71.

...en las democracias constitucionales en general, y específicamente en el constitucionalismo colombiano, la deliberación pública y el respeto a los procedimientos en las Cámaras no son rituales vacíos de contenido... la deliberación pública es un incentivo para que los distintos grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas, pues deben desarrollar justificaciones públicas de sus posturas.

En la sentencia C- 313 de 2004 consideró:

...tratándose de cuerpos representativos, plurales, deliberantes y heterogéneos, como lo es el Congreso de la República, es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos. En el mismo pronunciamiento, la Corte dijo “tratándose de la adopción de decisiones que habrán de afectar a toda la población, en el caso de las leyes y con mayor de las reformas constitucionales que comprometen nada menos que la estructura básica del orden jurídico en su integridad, el debate exige deliberación, previa a la votación e indispensable para llegar a ella”.

El modo en que procedió el Congreso en el trámite del acto legislativo 002 de 2004 demostraría la solidez del primer cargo, en la medida en que pretermitir el debate previo a la aprobación, y configurar mayorías cuestionables, son conductas por fuera de las condiciones constitucionales, que vician el acto acusado de manera insubsanable. Así se desconocieron los principios del Estado social de derecho, la igualdad, el pluralismo y primacía del interés público.

Con relación a la Ley Orgánica del Congreso de la República (LOCR), Ley 5a. de 1992, como marco normativo aplicable para examinar la constitucionalidad del acto acusado, la Corte Constitucional, en la sentencia C551, de 2003, estableció que no toda irregularidad o cualquier infracción del reglamento del Congreso implican la inconstitucionalidad de la reforma. Este defecto debe ser “lo suficientemente grave como para ser calificado como vicio de procedimiento. Aquí la Constitución se refiere a aquellos aspectos que desarrollan estrecha y directamente principios y valores constitucionales, y en particular las exigencias establecidas por el título XIII de la carta”. En el primer cargo una simulación de la mayoría, porque se cuantifica un número de parlamentarios en favor de una iniciativa, cuando en realidad éstos no eran aptos para votar el asunto, porque pesaba sobre ellos un impedimento. De igual modo, se omitió el debate, en los

términos en que la Corte lo interpreta, es decir, según las concepciones teóricas sobre la democracia deliberativa discutidas en los Estados constitucionales modernos.

IV. EL SEGUNDO CARGO: ¿SUSTITUCIÓN O REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

La demanda considera, de manera principal, que el Congreso no tenía competencia para expedir el acto legislativo 002, de 2004, ya que podía reformar la Constitución, pero no sustituirla. A su juicio, el acto acusado violó el artículo 374, C. P., según el cual la reforma de la Constitución se puede producir por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo, y el artículo 375, C. P., mediante el cual se especifica el trámite para la expedición de los actos legislativos.

En este cargo se incluyen los artículos 188 y 209, C. P., referidos a la función administrativa y a las funciones simbólicas que tiene el presidente de la República. Con estas disposiciones los demandantes buscan justificar la tesis de que el actual presidente, de aspirar a la reelección, entraría en una dinámica institucional diferente a la establecida en la actual Constitución, debido a que estaría preparando su candidatura a la presidencia. Me referiré de manera breve a este aspecto del cargo, para concentrarme en el examen de los límites competenciales del Congreso en materia de reforma constitucional, considerando el análisis jurisprudencial expuesto en la primera parte de este trabajo.

El cargo referido a la función colegisladora del Ejecutivo para obtener la aprobación de un proyecto que lo favorecía se funda ya no en la actuación de los congresistas, sino del presidente como suprema autoridad administrativa y de su gabinete. Para los demandantes, este modo de proceder vulnera los artículos 123, el 182, y el 209, C. P., en la medida en que la función administrativa se considera al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A mi juicio, la presunta actuación del Ejecutivo no generaría un vicio de procedimiento, porque la aprobación del acto legislativo era facultad del Congreso de la República. Si se comprueba la conducta que se imputa al Ejecutivo, habría lugar a un juicio de responsabilidad política en los términos previstos en la Constitución.

En cuanto a la existencia de parientes de los congresistas en el gobierno, según afirman los demandantes, rompe con el principio de separación de poderes, en la medida en que se cuestionaría la autonomía e independencia de los legisladores frente al Poder Ejecutivo. Considero que el presunto interés del gobierno en la aprobación de este proyecto refuerza la gravedad del conflicto de intereses en que estaban incurso los congresistas. De lograr ser probadas las conductas que los demandantes describen, sobre las presiones indebidas que ejercieron el presidente y sus ministros sobre los congresistas, durante el trámite de la iniciativa, se demostraría que votaron favorablemente el acto, pese a su impedimento. Lo descrito podría dar lugar a posibles procesos de pérdida de investidura para estos congresistas.

El cargo de violación de los límites competenciales del Congreso en la reforma constitucional, que podría significar la sustitución de la Constitución, debe ser resuelto acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Como planteé en la primera parte del escrito, la Corte ha establecido que la sustitución de la Constitución debe ser demostrada por el demandante, a quien corresponde asumir la carga argumentativa. Para probar este cargo se acude al *juicio de sustitución* para determinar si el Congreso desbordó sus límites competenciales o no. Se debe analizar la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma, como juicio autónomo de competencias. El juicio implicaría para el demandante, la necesidad de proceder de la siguiente forma:

- Enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone fueron sustituidos por el acto acusado.
- Establecer cuál es el alcance jurídico del acto acusado respecto a dichos elementos definitorios de la Constitución.
- Contrastar las premisas citadas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala, cual es la verificación de si la reforma reemplaza un elemento que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.

Como ya señalé, la Corte Constitucional, en la sentencia C-240, de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Gálvis), estableció como subreglas, que la acusación por sustitución de la Constitución no puede ser genérica, sino que debe cumplir con la carga argumentativa mínima necesaria para su estudio, y que no se deben plantear cargos por violación material de artículos específicos de la Constitución, pues la Corte carece de competencia.

Veamos si la formulación de los demandantes cumple la carga argumentativa requerida para determinar la existencia de una extralimitación de competencias por parte del órgano Legislativo. Para esto es necesario verificar su aplicación del juicio de sustitución, es decir, si enuncian los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que han sido sustituidos por el acto acusado; en segundo lugar, determinar si establecen el alcance jurídico del acto acusado respecto a dichos elementos definitorios, y en tercer lugar, si verifican el reemplazo de dicho elemento definitorio por otro totalmente diferente:

- La demanda cumple, en parte, el primer paso. Enuncia elementos definitorios de la identidad constitucional; el sistema o régimen político expresado en una serie de principios, como la separación de poderes, la prohibición a los funcionarios de participar en política, la escogencia libre de los votantes o electores, la autonomía de la junta directiva del banco emisor, la imparcialidad y el carácter no deliberante de la fuerza pública, la igualdad política, la imparcialidad en la reglamentación de las reglas del juego democrático, y la soberanía popular. Uno podría estar de acuerdo en que estos elementos serían definitorios de la Constitución, pero determinar si han sido sustituidos genera mayores disensos.
- Los demandantes determinan en cada caso el alcance jurídico del acto acusado, con relación a dichos elementos definitorios. En este punto examinan la alteración que el acto legislativo introduce a cada uno de los principios y valores considerados. Luego concluyen que las disposiciones del mismo acto cambian dichos elementos definitorios por otros totalmente diferentes. Consideran que el acto acusado acaba con la separación de poderes, politiza la burocracia, cercena la libertad de los votantes, y la autonomía de la junta del banco, acaba con la imparcialidad en el establecimiento de las reglas del juego democrático, con la soberanía popular y con dos siglos de historia constitucional contraria a la reelección. En primer lugar, discrepo del valor de la permanencia de una historia constitucional de dos siglos en nuestro país, al que se alude, pues no considero que éste sea un elemento definitorio de la identidad constitucional. En segundo término, no parece claro que la reelección presidencial sustituya los elementos que los demandantes fijan como definitorios. El sistema de pesos y contrapesos entre los órganos del poder,

por ejemplo, no se afecta. Los controles se mantienen en la Constitución, pese al acto legislativo 02/2004. Instituciones como la Procuraduría, la Contraloría, la Fiscalía y la Rama Judicial, entre otras, tienen el deber de garantizar los principios constitucionales y evitar posibles abusos de poder de un candidato presidente. Tampoco se puede dejar de lado que la Constitución consagra la responsabilidad política del presidente, quien podría ser juzgado por el Congreso en caso de irregularidades.

En general, resulta difícil determinar si los demandantes cumplen con la carga argumentativa que la jurisprudencia constitucional exige a los cargos que formulan vicios de competencia. En buena parte porque la Corte no registra avances significativos en la determinación de lo que constituye la identidad de la Constitución, quizá porque esto le permite una mayor discrecionalidad para juzgar con mayor rigor al Congreso cuando reforma la Constitución, o por el contrario, garantiza en mayor medida la libertad de configuración de la carta política que tiene el órgano representativo de las mayorías ciudadanas. También quisiera señalar que los demandantes estructuran su argumentación de la sustitución de la Constitución, en gran medida, planteando una desarticulación de la estructura del Estado, un cambio en el sistema político y una ruptura en las reglas de juego políticas, apreciación que correspondería más a la desconfianza institucional que generaría una eventual candidatura del actual presidente, que en la inconstitucionalidad de la reforma.

V. EL MINIMALISMO CONSTITUCIONAL: LA OPCIÓN METODOLÓGICA SUGERIDA

El precedente jurisprudencial indica que la Corte Constitucional ha adoptado una posición de *self restraint*, o autorrestricción judicial en cuanto a sus decisiones sobre cargos por sustitución de la Constitución dirigidos contra los actos legislativos expedidos desde 2002. Recordemos que después de la sentencia C-551 de 2003 se han dictado 19 sentencias sobre demandas contra actos legislativos. En nueve de estas demandas los ciudadanos han formulado cargos por sustitución de la Constitución, y en ninguno de los fallos la Corte ha resuelto a favor de estos cargos.

Existen elementos suficientes que probarían el primer cargo formulado por los demandantes. Respecto al cargo por sustitución de la Constitución, como dije antes, no resulta fácil afirmar la procedencia de éste, debido a la “textura abierta” de los elementos del *juicio de sustitución* de la Constitución propuesto por la Corte Constitucional. Si se concediera el cargo por sustitución, en los términos en que lo formulan los demandantes, podría producirse un anquilosamiento del sistema jurídico y político colombiano. Podría significar una interpretación laxa de los elementos definitorios de la Constitución, que aparentemente han sido sustituidos. Decisiones de este tipo deben dejarse a las mayorías parlamentarias o al constituyente primario, en virtud del respeto del principio democrático, del precedente como fuente de derecho, y por consiguiente del valor de la seguridad jurídica.

Propongo un camino *minimalista* para resolver este juicio de constitucionalidad. Como dije antes, la Corte ha usado el *minimalismo constitucional* en la sentencia C-816 de 2004,³⁰ en la que afirmó que en muchas situaciones es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo. En este caso, la Corte Constitucional puede examinar los fundamentos de las acusaciones por vicios de trámite y analizar detalladamente estos cargos. Ésta es una opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente.

³⁰ Para un análisis más amplio sobre el *minimalismo constitucional* y el uso que la Corte Constitucional da a esta opción metodológica en sus decisiones, veanse las páginas 9 y 10 de este artículo.