

# Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia

## RESUMEN

El artículo hace una síntesis de las reformas constitucionales que se han dado en Colombia, utilizando los mecanismos de acto legislativo (art. 375 CP) y referendo constitucional (art. 378). Así mismo, sintetiza el control de constitucionalidad de las reformas por vicios formales y por falta de competencia del órgano reformador (*inconstitucionalidad por sustitución*) que se ha dado hasta la fecha. El autor relaciona el tema del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales con las figuras griegas de *nomoi* y *psefismata* como la forma de diferenciar la democracia de la demagogia.

## ABSTRACT

The article resumes the constitutional reforms at the 91 Constitution in Colombia. It also explains the constitutional review of the reforms, making the difference between formal review and material review or constitutional review for lack of competence of the reformer organ, that the author named *unconstitutionality for substitution*. The author relates the topic of constitutional reform with the ancient Greeks categories of *nomoi* and *psefismata* as the way to difference democracy from demagoggy.

## SUMARIO

Introducción. I. Las limitaciones del poder en democracia mediante normas superiores. A. La limitación de la democracia en la antigua Grecia, la diferenciación entre *nomoi* y *psefismata*. B. Las limitaciones a la democracia en los regímenes democrático-constitucionales modernos: la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma. II. Reformas a la Constitución de 1991. A. Primera etapa (1991-2002). B. Segunda etapa (2002-2006). 1. Reformas por acto legislativo (artículo 375). 2. Reformas por referendo

(artículo 378). 3. Intentos de reforma por asamblea constituyente (artículo 376). 4. Características de las reformas del primer período Uribe. C. Tercera etapa (2006-2008). 1. Reformas constitucionales por acto legislativo. 2. Proyectos de reforma estructurales ante la crisis de legitimidad del Congreso. 3. Proyectos de reforma por referendo. 4. Características de las reformas del segundo período Uribe. III. Control de constitucionalidad de las reformas. A. Control de constitucionalidad por vicios de forma en sentido estricto. B. Control de constitucionalidad por falta de competencia del órgano reformador: *inconstitucionalidad por sustitución*. IV. Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 se ha venido reformado en los últimos años por diferentes circunstancias. La modificación refleja a su vez elementos reaccionarios que han hecho que la intención de los constituyentes del 91 no se haya cumplido en algunos aspectos importantes como la autonomía de las entidades territoriales, la limitación de los poderes del ejecutivo y la reforma de las malas prácticas en el Congreso. Se constata además que las modificaciones puntuales y estructurales de la Carta han venido a desestructurar el diseño constitucional y nos encontramos ahora ante un paulatino desmonte de la Constitución originaria.

Los artículos que regulan la modificación de la Constitución en Colombia –Título XIII– establecen la posibilidad de realizar modificaciones constitucionales de una manera menos rígida. Esta flexibilidad en la posibilidad de reforma dio lugar a que se presentara un gran número de modificaciones a la Constitución en muy poco tiempo. En el siguiente estudio analizaremos cuáles han sido las principales modificaciones que se han realizado a la Constitución de 1991 y cómo se ha realizado su control de constitucionalidad.

Si bien es cierto que durante los primeros once años de vigencia de la Constitución de 1991 se realizaron algunas modificaciones a la Carta, principalmente para ajustar las potestades de las entidades territoriales en materia de descentralización fiscal o motivadas por obligaciones y compromisos internacionales, las más de las veces las reformas son puntuales y se deben a decisiones políticas de ajuste jurídico o simples cambios tangenciales que en nada afectarán las características básicas de la norma constitucional.

Sin embargo, a partir del 2002, con el gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ, se empiezan a realizar reformas a la Constitución de gran calado y envergadura que provienen de una decisión política en concreto con miras a implementar un programa de gobierno por la vía de la modificación constitucional. De esta manera, el gobierno de URIBE VÉLEZ plantea reformas importantes, muchas

de ellas motivadas por recomendaciones de misiones económicas<sup>1</sup> que le empiezan a dar un nuevo semblante a la adolescente Carta.

A su vez, la Corte Constitucional ha venido desarrollando, mediante sus sentencias, una interesante jurisprudencia respecto del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución. Aunque los artículos 2, 241.1 y 379 y de la CP especifican que solo se puede realizar un control respecto de los *vicios de procedimiento en la formación* de reformas por actos legislativos (art. 375 CP), por referendo (art. 378 CP) y por asamblea nacional constituyente (art. 376 CP); la Corte a partir de la Sentencia C-551 de 2003 amplió sus potestades al establecer como un vicio insubsanable *la falta de competencia del órgano reformador*, es decir que la corporación constitucional puede entrar a revisar si el poder de revisión sustituyó o derogó la Carta<sup>2</sup>.

Por tanto, se debe plantear y explicar la tesis de la potestad de la Corte de revisar el contenido de las reformas para verificar si el poder de reforma sustituyó los principios y valores fundamentales de la Constitución de 1991 o los principios del bloque de constitucionalidad<sup>3</sup>.

El problema jurídico que se presenta actualmente es que aunque parece provechoso que bajo la tesis de la falta de competencia se implemente un control de tipo material que impida la destrucción de la Constitución so pretexto de la reforma, la Corte no ha definido cuáles son los principios o valores básicos insustituibles por el poder de revisión dejando amplias potestades para declarar inconstitucional o no una reforma. De la misma forma, las constantes modificaciones que se han realizado a la Constitución de 1991

1. Por ejemplo, la misión dirigida por ALBERTO ALESINA y su informe “Reformas institucionales en Colombia”, de 2002, que recomendaba limitar el poder de la Corte Constitucional en los controles económicos, revisar lo relacionado con la descentralización fiscal, modificar el rol o papel del Congreso fortaleciendo los partidos políticos por medio de umbrales y bancadas, entre otras propuestas. Ver: vv. AA. *Reformas institucionales en Colombia: una agenda reformista para los desafíos del nuevo siglo* (editado por ALBERTO ALESINA), Bogotá, Alfaomega-Fedesarrollo, 2002.

2. En un primer momento, la corporación constitucional implementó esta doctrina para la revisión de las reformas por referendo constitucional, pero poco después la amplió a la revisión de las reformas por acto legislativo. La posibilidad de revisión del contenido de una reforma mediante la utilización del artículo 376 de la CP aún no ha sido puesta en práctica. Sin embargo, bajo la diferenciación entre asamblea constituyente y asamblea constitucional, se puede pensar que en la revisión de la ley de convocatoria a la conformación asamblea se estudie si el Congreso se extralimitó en “sus competencias” convirtiéndose en constituyente. En primer lugar, cuando se trate de reformas sobre un tema específico (asamblea constitucional), la Corte podría estudiar si hay falta de competencia del órgano reformador en lo dispuesto en la ley de convocatoria y respecto de las temáticas formuladas. Igualmente, si la ley de convocatoria estableciera una “competencia general” a la asamblea *ad hoc* para realizar un nuevo proceso de constitucionalización (asamblea constituyente propiamente dicha), se podría pensar en la implementación de la teoría de la “inconstitucionalidad por sustitución” para proteger los elementos generales de toda constitución: supremacía, separación de poderes y protección de derechos fundamentales.

3. En el fundamento 39 de la Sentencia C-551-03 se especifica que la Corte: “[...] 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* [...]”.

han desestructurado el esquema de pesos y contrapesos de la Constitución, cayendo en el peligro que advertía ARISTÓTELES en *Política*, de convertir la democracia en demagogia.

Para sostener esta hipótesis en una primera parte de este trabajo vamos a explicar el tratamiento dogmático que justifica la limitación del poder en democracia por medio de una norma jurídica fundamental, teniendo en cuenta el tratamiento de los clásicos griegos con la diferenciación entre *nomoi* y *psefismata*. En este mismo apartado estudiaremos los fundamentos de la restricción o limitación de las democracias representativas modernas. En segundo término, se explicará cuáles han sido las modificaciones a la Constitución de 1991 hasta la fecha, sistematizando las reformas en tres períodos: de 1991 a 2002, de 2002 a 2006 y de 2006 hasta la fecha (octubre de 2008). Por último explicaremos cómo el control de las reformas constitucionales desde sus aspectos formales y sustanciales han producido hasta ahora una poco deseable indeterminación, ya que no existen unos criterios jurídicos que limiten razonadamente la labor de revisión dando lugar a la prevalencia de la valoración subjetiva, a veces política, de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la reforma.

En el siguiente escrito trataremos de explicar dicha problemática y en la parte final expondremos algunas propuestas de solución a dicho dilema bajo la comprensión de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y de la restricción del poder en democracia que da sustento a dicha facultad.

## I. LAS LIMITACIONES DEL PODER EN DEMOCRACIA MEDIANTE NORMAS SUPERIORES

### A. LA LIMITACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN LA ANTIGUA GRECIA, LA DIFERENCIACIÓN ENTRE “NOMOI” Y “PSEFISMATA”

PEDRO DE VEGA GARCÍA explica en su prólogo al libro *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*<sup>4</sup> que el problema teórico o la tensión permanente del constitucionalismo se resume en el conflicto entre dos ideas básicas: la idea de soberanía popular como elemento político de base y la noción de supremacía constitucional como limitadora del mismo. Dicho conflicto se presenta desde los griegos, principalmente con las reformas legales de SOLÓN, CLÍSTENES, EFIALTES y PERICLES en donde se establece por primera vez como sistema de gobierno en Atenas la democracia directa.

4. PEDRO DE VEGA. Prólogo al libro de GONZALO RAMÍREZ CLEVES *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 23.

Para resolver los primeros conflictos que se presentaban con el novedoso sistema de gobierno ARISTÓTELES plantea en *Política* una taxonomía de las diferentes formas de democracia y establece una distinción entre *democracia legal* y *democracia no legal*. El estagirita se pronuncia en dicho texto a favor de la *democracia legal*, es decir que como la monarquía o la aristocracia, el poder en democracia debe estar sometido también al imperio de una ley que lo restrinja.

Sin embargo, DE VEGA constata que al acoger ARISTÓTELES este tipo de democracia se presenta un dilema lógico aparentemente insoluble. Si el pueblo hace la ley y en consecuencia la ley depende de la voluntad del pueblo, ¿cómo se puede predicar que el pueblo aparezca supeditado a la voluntad de una norma aprobada por él mismo? O en otras palabras, si el pueblo tiene la capacidad para crear una ley y de igual manera tiene la potestad de derogarla, entonces ¿cómo justificar la limitación del poder en democracia a partir de la misma ley que este poder establece y anula a voluntad?

Para resolver este problema el profesor español recuerda la solución dada por los clásicos y que se produjo en la práctica jurídica ateniense, que consistió en tomar algunos de los conceptos desarrollados en la época arcaica, principalmente la distinción entre aquellas leyes (*nomoi*) que por estar encima de la voluntad de los ciudadanos el pueblo siempre debía respetar, y aquellas otras *psefismata* que podrían ser objeto de discusión en la Asamblea.

ARISTÓTELES, por ejemplo, plantearía su solución teórica al dilema propuesto tomando como base estas figuras y advirtiendo que cuando la democracia, por medio de la discusión asamblearia de los *psefismata*, terminara invadiendo el campo de los *nomoi*, se transformaría en demagogia y se convertiría así en el peor de los regímenes políticos.

Por tanto, para los griegos, que implementaron la democracia de manera directa, el poder en democracia tenía una restricción insalvable en el concepto de *nomoi*, aquellas costumbres y tradiciones de origen “divino o natural” que no podían ser cambiadas a voluntad por los hombres en la promulgación de las leyes (*psefismata*). Esta restricción se percibe, por ejemplo, en los dramas, específicamente en la *Antígona* de SÓFOCLES, cuando ésta arguye ante Creonte que tiene la facultad de enterrar a su hermano Polinices a pesar de la prohibición decretada, ya que en palabras de la hija de Edipo, existen unas leyes naturales e inmodificables que: “no son de hoy ni son de ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron”<sup>5</sup>.

5. Sobre la relación entre la *Antígona* de SÓFOCLES y el derecho, ver el *documenta histórica* del profesor CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA titulado “Los derechos de los muertos. De la *Antígona* de Sófocles a la Baader-Meinhof Bande en Stuttgart”, en *Revista de Derecho del Estado*, n.º 3, Bogotá, diciembre de 1997, pp. 155 y ss.

B. LAS LIMITACIONES A LA DEMOCRACIA EN LOS REGÍMENES  
DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONALES MODERNOS: LA DIFERENCIACIÓN  
ENTRE PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA

El problema de las limitaciones del poder en democracia se produce nuevamente con las primeras ideas revolucionarias burguesas a finales del siglo XVIII, en donde las constituciones se fundan en la voluntad popular (a veces nacional) de origen rousseauniano. El problema o el dilema de la restricción de la democracia en relación con leyes superiores resurge ya que no se puede responder fácilmente a la pregunta de si la Constitución está legitimada para limitar al poder en democracia.

Sin embargo, en su opúsculo *¿Qué es el tercer Estado?*, SIEYÉS plantea tempranamente una solución, esta vez con la distinción entre poder constituyente y poder constituido, que daría lugar a la tesis de que la técnica de la reforma pertenece a la esfera del poder constituido y por ende se tiene que sujetar a los límites propuestos en la misma Constitución.

Empero, no sería sino en el surgimiento de los totalitarismos y fascismos en la Europa de entreguerras cuando se utiliza la democracia de tipo referendario para legitimar partidos autócratas en el poder que destruyan o eliminen valores constitucionales fundamentales, en donde se empieza a preguntar nuevamente la dogmática si el poder de revisión puede con base en su sustento democrático eliminar los presupuestos básicos de las constituciones.

HELLER, por ejemplo, en un escrito de 1931 titulado *Metas y límites de una reforma a la Constitución alemana*<sup>6</sup> propone que no se prescinda jamás de la legitimidad democrática, pero que tampoco se prive “bajo ninguna circunstancia” de la legalidad del Estado de derecho que se fundamenta en una Constitución.

Y dicha legalidad se funda en dos principios básicos que los franceses habían sintetizado en 1789 en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dispone que “*Toda sociedad que no divida poderes ni proteja derechos carece o no tiene Constitución*”, en donde se establece la primera definición de norma constitucional a partir de sus características fundamentales.

En dicha disposición se constata una tensión permanente dentro del constitucionalismo que se fundamenta en dos nociones básicas. En primer lugar la Constitución como un ente político, entendida como aquel pacto fundamental en donde el hombre acuerda autónoma y democráticamente su estructura de gobierno<sup>7</sup>, y en segundo lugar la noción de Constitución como aquel sistema jurídico originario y supremo que protege los derechos, idea que se empieza a desarrollar con el constitucionalismo medieval inglés y su

6. HERMAN HELLER. *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996, p. 73.

7. En este sentido, las tesis contractualistas de HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU y KANT.

sistema de protección de derechos por medio de “cartas” o “bills” que limitan al soberano en su poder<sup>8</sup>.

Es de esta manera como la dogmática moderna complementa la distinción realizada por SIEYÉS entre poder constituyente y poder constituido en donde se incluye el poder de revisión o de reforma, ya que este último funciona bajo los cauces de la misma Constitución, es representativo y tiene como función la de revisar la norma fundamental sin suprimirla. Así mismo, este poder no podrá modificar a voluntad los *nomoi contemporáneos* que se basan en las características básicas del artículo XVI de la Declaración, junto al aspecto jurídico de la supremacía de la Constitución.

La diferenciación entre poder constituyente y poder de revisión permitirá distinguir entre los representantes del pueblo que elaboran Constitución mediante asambleas constituyentes, que tienen vocación de constituir o de establecer un nuevo compromiso jurídico-político, de los delegados encargados de modificar dicho pacto para adecuar la normatividad vigente a las necesidades e intereses de la sociedad en que se inserta.

Pensamos que la democracia contemporánea, como la democracia griega, no se puede basar en el principio monárquico de ULPIANO según el cual: “*Princeps legibus solutus est*”. La democracia, como cualquier poder, se debe limitar por unos principios básicos que expliquen, legitimen y restrinjan esta misma potestad, y que no pueden ser eliminados por el poder legal de reforma. Analizaremos a continuación si dicha distinción ha sido llevada a cabo en las reformas constitucionales que se han dado en Colombia a partir de la aprobación de la Constitución de 1991.

## II. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Teniendo en cuenta las limitaciones del poder en democracia, nos detendremos en este segundo apartado a analizar cuáles han sido las principales reformas implementadas en la Constitución colombiana de 1991. Para desarrollar este tema dividiremos el acápite en tres períodos. El primero de ellos son las reformas que se aprueban desde la promulgación de la Constitución 1991 hasta el año 2002, modificaciones en su mayoría tangenciales o de simple ajuste jurídico. El segundo período (2002-2006) son reformas a la Constitución de gran calado, que provienen de un plan político que pretende por intermedio del cambio a la Constitución implementar un programa de gobierno en concreto, período que se corresponde con la primera administración de ÁLVARO URIBE VÉLEZ (2002-2006); y un último período en el que todavía nos encontramos (2006-2008) que se caracteriza por la combinación de reformas puntuales,

8. Así, la “Carta Magna” de 1215 limitaría o restringiría la potestad de JUAN SIN TIERRA, el Bill of Rights de 1688 impediría extralimitaciones en los derechos de parte del Príncipe de Orange, etc.

propuestas de reformas estructurales –reforma política y reforma a la justicia– y una serie de propuestas de referendo constitucional por iniciativa ciudadana, utilizando la vía artículo 378 de la Constitución.

#### A. PRIMERA ETAPA (1991-2002)

El primer período de reformas a la Constitución de 1991 dura once años (4 de julio de 1991 al 6 de agosto de 2002). En esta primera época la norma fundamental se reforma en catorce ocasiones. Las modificaciones a la carta constitucional de 1991 en este primer período de vigencia son las siguientes:

1. El Acto Legislativo n.º 1 de 1993 por medio del cual se erige a la ciudad de Barranquilla en distrito especial, industrial y portuario. Reforma que va encaminada a que a dicha ciudad se le destinen mayores recursos por descentralización fiscal (modifica el artículo 356 de la CP).

2. El Acto Legislativo n.º 2 de 1993 por el cual se adicionan al artículo transitorio 60 algunas disposiciones para implementar los planes de desarrollo para los años de 1993 y 1994 (modifica el artículo transitorio 60 de la CP).

3. El Acto Legislativo n.º 3 de 1993 por el cual vuelve a establecer las suplencias en las faltas temporales de las corporaciones públicas (adiciona al artículo 261 de la CP)<sup>9</sup>.

4. El Acto Legislativo n.º 1 de 1995 por el cual se modifica el sistema de participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación (modifica el artículo 357 de la CP).

5. El Acto Legislativo n.º 2 de 1995 con el cual se establece que la integración de cortes y de tribunales militares se realizará por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro (adiciona el artículo 221 de la Constitución nacional).

6. El Acto Legislativo n.º 1 de 1996 que modifica las funciones de las asambleas departamentales (reforma los artículos 299 y 300 de la CP).

7. El Acto Legislativo n.º 1 de 1997 por el cual se posibilita la extradición de colombianos al exterior por delitos no políticos (modifica el artículo 35 de la CP).

8. El Acto Legislativo n.º 1 de 1999, en donde se elimina la facultad que tenía el legislador para expropiar por razones de equidad, utilidad pública o interés social sin indemnización previa y sin la posibilidad de controvertirlo jurídicamente. Dicho artículo se modifica en virtud del tratado sobre

9. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el párrafo del artículo 125 modificado por el Acto Legislativo n.º 1 de 2003 se establece que: “Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”.



inversiones firmado entre Gran Bretaña y Colombia (modifica el artículo 58 de la CP).

9. El Acto Legislativo n.º 1 de 2000 por el cual se cambia el nombre de la capital de la República de Colombia de Santafé de Bogotá a Bogotá (modifica el artículo 322 inciso 1 de la CP).

10. El Acto Legislativo n.º 2 de 2000 en donde se estipula que el deporte y la recreación forman parte de la educación y constituyen por tanto gasto público social (adiciona el artículo 52 de la CP).

11. El Acto Legislativo n.º 1 de 2001 que establece que el monto de apropiaciones de la ley anual de presupuestos para gastos generales no podrá aumentarse hasta el año 2008 (modifica el artículo 347 de la CP), y especialmente la reforma de los artículos 356 y 357 sobre distribución de los recursos del Estado o descentralización fiscal, en donde se elimina el situado fiscal y la participación de los municipios en *los ingresos corrientes de la Nación*, para dar paso a la creación del Sistema General de Participaciones (SGP), hasta el 2008. Este sistema se amplía en el 2007, con el Acto Legislativo n.º 4<sup>10</sup>.

12. El Acto Legislativo n.º 2 de 2001 por el cual se reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y se acoge el Estatuto de Roma para juzgar a nacionales colombianos por delitos de lesa humanidad (adiciona el artículo 93 de la CP)<sup>11</sup>.

13. El Acto Legislativo n.º 1 de 2002 que en relación con la nacionalidad por nacimiento añade que puede adquirirse si los padres (alguno de los dos colombianos) registra a su hijo nacido en el exterior en el consulado respectivo (adiciona al artículo 56 de la CP).

14. El Acto Legislativo n.º 2 de 2002 por el cual se aumenta el período de gobierno de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles de tres a cuatro años (modifica los artículos 299, 303, 312, 314, 318, 323 de la CP y adiciona el artículo transitorio 61).

10. Dicha reforma se establece con base en la crisis fiscal del Estado y en el argumento de la mala administración de los recursos distribuidos por parte de algunas de las entidades territoriales. Sin embargo, algunos pensamos que la citada reforma violó el artículo primero que consagra la garantía institucional de la descentralización y autonomía de las entidades territoriales en Colombia al dejar con menos recursos a los departamentos y municipios para el desarrollo de sus funciones, especialmente en salud y educación.

11. El profesor RAMÍREZ BULLA expone las “prevenciones” que ha tenido el Estado colombiano para acogerse a las disposiciones del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional (CPI) aprobados por la Ley 472 de 2002. En primer lugar, en la ratificación se expone una declaración adicional que dispone que: “Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma, sobre el ejercicio de las competencias de la CPI, impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales, por delitos políticos por parte del Estado colombiano [...]”. Así mismo, Colombia acoge los términos del artículo 124 del Estatuto de Roma, para no aceptar la competencia de la Corte durante siete años, contados a partir del 5 de agosto de 2002 (GERMÁN RAMÍREZ BULLA. “Globalización, paz y derecho internacional”, en GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES (ed.). *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 307 a 351).

## B. SEGUNDA ETAPA (2002-2006)

Desde que se inició el gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ (2002) se presentaron una serie de reformas a la Constitución para llevar a cabo sus propuestas políticas. Se presentan y se aprueban dichas modificaciones, utilizando diversos mecanismos de revisión constitucional. Aunque en un primer momento se trató expeditamente de aprobar las reformas mediante el mecanismo del referendo constitucional (art. 378 de la CP), el gobierno optó por la reforma ordinaria por acto legislativo para aprobar las propuestas de modificación (art. 375 de la CP), ya que la mayor parte de los artículos que se pretendía reformar vía referendo constitucional no contó con la mayoría suficiente de votos para su aprobación definitiva.

En la formulación y aprobación de las reformas por acto legislativo se debe subrayar que durante este periodo el gobierno cuenta con mayorías políticas en el Congreso, y las modificaciones a la Constitución se aprueban sin ninguna dificultad. Las reformas constitucionales de este segundo período se explicarán teniendo en cuenta el mecanismo implementado y continuando con la enumeración que utilizamos en el primer período. Dichas reformas son las siguientes:

*1. Reformas por acto legislativo (artículo 375)*

15. El Acto Legislativo n.º 3 de 2002, reforma que implementa el sistema penal acusatorio (reforma a la Fiscalía), que ya se encuentra en funcionamiento en algunas ciudades y que deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008 (modifica y adiciona los artículos 116, 250, 251, artículo transitorio 61).

16. El Acto Legislativo n.º 1 de 2003 o la reforma política, experimentada con las elecciones del 15 de marzo de 2006 y que adoptó definitivamente el sistema de bancadas desde el 20 de julio de 2006, al iniciarse la legislatura correspondiente (modificó los artículos 107, 108, 109, 111, 112, 125, 160, 161, 179, 258, 263, 263 A, 264 y 266)<sup>12</sup>.

12. El profesor ALFONSO PALACIOS TORRES explica que la modificación constitucional de agosto de 2003 espera reforzar el papel de los partidos políticos mediante el establecimiento de un régimen de lista única para las elecciones, cuyos integrantes no podrán exceder el número de cargos por proveer. Igualmente se prevé una mayor exigencia para postular candidatos a las elecciones, garantías más eficaces para la oposición y un sistema de votación proporcional más exigente mediante el establecimiento de umbrales electorales (de un 2%) y el sistema de "cifra repartidora". Del mismo modo, se establece el sistema de bancadas y la institucionalización del "grupo político", que busca que se conforme dentro del Congreso grupos parlamentarios definidos. Así mismo, se establece un aumento de la financiación que otorga el Estado a los partidos hasta tres veces de la cantidad aportado en el período 1999-2002 y se le otorga valor al voto en blanco en la elección de corporaciones públicas. Por último, se modifican los sistemas de elección del Registrador Nacional del Estado Civil y de los miembros del Consejo Nacional

17. El Acto Legislativo n.º 2 de 2004 que permite la reelección inmediata del Presidente de la República, y que ordena la expedición de una Ley de Garantías electorales para velar por la igualdad política entre los candidatos (modifica y adiciona los artículos 127, 152, 197 y 204).

18. El Acto Legislativo n.º 1 de 2005 o Reforma al Sistema de Pensiones para asegurar su sostenibilidad financiera, eliminando los regímenes especiales, la mesada catorce, y que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán existir pensiones de naturaleza pública superiores a 25 salarios mínimos (modifica el artículo 48 de la CP).

19. El Acto Legislativo n.º 2 de 2005 que crea una circunscripción internacional en la Cámara de Representantes para los colombianos residentes en el exterior, aunque el número de circunscripciones especiales se mantiene en cinco<sup>13</sup> (modifica el artículo 176 de la CP).

Por otra parte, hay que reseñar que el Acto Legislativo n.º 2 de 2003 (Estatuto Antiterrorista), o reforma constitucional prorrogable –que modificaba los artículos 15 sobre la intimidad personal, el artículo 24 sobre libertad de locomoción, el artículo 28 (detención sin previa orden judicial en caso de sospechas de terrorismo)– y el párrafo adicional del artículo 250 fueron declarados inconstitucionales por vicios de forma o de procedimiento en la Sentencia C-816 de 2004 que analizaremos más adelante.

## *2. Reformas por referendo (artículo 378)*

Como advertíamos al inicio de esta sección, el artículo 378 sobre referendo constitucional fue ensayado por primera vez el 15 de octubre de 2003 en donde se trata de aprobar múltiples reformas por iniciativa del gobierno, mediante el trámite expedito de la Ley 796 de 2003. Sin embargo, con el referendo del 2003 solo se logra una modificación a la Constitución<sup>14</sup>, el mal llamado “Acto Legislativo” n.º 1 de 2004<sup>15</sup>, el número 20 de nuestra numeración, que modifica el artículo 122 de la Constitución sobre pérdida de los derechos políticos –“muerte política”–, de ejercer cargos públicos y contratar con el Estado a las personas condenadas en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Electoral (ver: ALFONSO PALACIOS TORRES. *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 27-29).

13. Cuatro para la circunscripción de los grupos étnicos y minorías políticas (la circunscripción especial indígena por ejemplo) y una curul para la “circunscripción internacional”, en donde solo se contarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.

14. El referendo de 2003 constaba de 18 reformas a la Constitución en temas diversos como la reforma política, temas fiscales y económicos, pero no se logra en la mayoría de las cuestiones formuladas a la ciudadanía el quórum necesario de participación del 25% del censo electoral vigente.

15. No debería llevar el nombre de acto legislativo, ya que no se tramitó por la vía del artículo 375, sino por la del referendo del artículo 378.

### 3. Intentos de reforma por asamblea constituyente (artículo 376)

La modificación de la Constitución por la vía del artículo 376 sobre asamblea constituyente o constitucional<sup>16</sup>, como posibilidad de reforma no ha sido ensayada aún. Empero, en el 2004 se presentaron los proyectos de ley 102 y 104 que promovían la implementación de un sistema de gobierno semi-parlamentario o semipresidencial que reemplazara nuestra actual forma de gobierno presidencial. Sin embargo, los proyectos no surtieron los debates requeridos en el Congreso y se archivaron.

### 4. Características de las reformas del primer período Uribe

Las reformas del segundo período, como advertíamos, tienden a implementar una propuesta política concreta. Al tomar posesión de su cargo, URIBE VÉLEZ planteó la necesidad de una revisión de la Constitución, para, en opinión del Presidente, reestructurar las instituciones, corregir la politiquería y eliminar las ambigüedades de nuestro pacto político-jurídico. De los procedimientos de reforma constitucional presentados en este segundo período se deben destacar las siguientes características:

1. El gobierno comenzó a implementar su programa de gobierno por medio de reformas a la Constitución y mediante el trámite aparentemente más expedito del artículo 378 o referendo constitucional, confiando en la amplia popularidad del Presidente que se manifestó en las elecciones de 2002, en donde URIBE VÉLEZ obtuvo su triunfo en primera vuelta por mayoría absoluta. Sin embargo, al no aprobarse el referendo de 2003 por falta de la votación necesaria<sup>17</sup>, el gobierno y sus mayorías en el Congreso adoptan una posición más pausada pero igual de efectiva, ya que lo que no se aprobó por referendo se aprueba concomitantemente (caso de la reforma política o Acto Legislativo n.º 1 de 2003<sup>18</sup>) o posteriormente (por ejemplo, la reforma pensional Acto Legislativo n.º 1 de 2005<sup>19</sup>) mediante el mecanismo ordinario del acto Legislativo.

16. La diferencia es que la asamblea constitucional no hace nunca una nueva Constitución, mientras que la constituyente, sí. Admitimos que existen las dos posibilidades. Ver RAMÍREZ CLEVES. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, cit., pp. 453-455.

17. Parte de la explicación de que la propuesta de referendo del gobierno no hubiera sido aprobada se debe a la reforma que especificaba que “A partir del primero de enero del año 2005, y hasta diciembre de 2006, no se incrementarán los salarios y pensiones de los servidores públicos”. Servidores públicos o familiares de dichos funcionarios se abstuvieron de votar el referendo en su integridad.

18. Por ejemplo, la pregunta 15 que reformaba el artículo 108 en donde se establecían los umbrales electorales y normas referentes al otorgamiento de la personería jurídica a los partidos políticos.

19. Parte de la pregunta octava de la Ley 793 de 2003 que limitaba el monto de las pensiones con cargo de recursos de naturaleza pública a un máximo de 25 salarios mínimos.

2. La mayoría de reformas constitucionales tiende a realizar modificaciones aditivas a la Constitución sin derogar los artículos originarios creando en muchos casos confusión y falta de claridad y certeza de la norma constitucional reformada.

3. Se establecen en muchas de las modificaciones artículos transitorios con plazos perentorios para la aprobación de las leyes que reglamenten los aspectos reformados, so pena de que se otorguen facultades extraordinarias al ejecutivo para dictar las leyes reglamentarias. Así mismo, en algunos casos, se recortan los términos para que la Corte Constitucional revise los proyectos de modificación constitucional.

### C. TERCERA ETAPA (2006-2008)

Con un nuevo Congreso elegido en marzo de 2006 y con la reelección del presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ en mayo del mismo año, se presenta una nueva serie de reformas caracterizadas en una primera etapa por ser coyunturales y especialmente relacionadas con el tema presupuestario, territorial y la extensión de la moción de censura a otros funcionarios públicos. Del mismo modo y especialmente por haberse comprobado que en las elecciones para el Congreso de 2006 se presenta una influencia directa del paramilitarismo –conocida como “parapolítica”–, se empiezan a formular proyectos de reformas estructurales como la reforma política y la reforma a la justicia. Por último, se constata la utilización del mecanismo del referendo constitucional por iniciativa ciudadana del artículo 378 para modificar la Carta en tres aspectos importantes: el derecho fundamental al agua potable, la pena de prisión perpetua a violadores y asesinos de niños y modificar nuevamente el artículo 197 de la Constitución para posibilitar una nueva reelección del Presidente de la República. Analizaremos en los siguientes apartados estas tres tendencias de este periodo:

#### *1. Reformas constitucionales por acto legislativo*

En el tercer período de nuestro estudio se han presentado cuatro reformas constitucionales por acto legislativo:

21. El Acto Legislativo n.º 4 de 2007 por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política –sobre Sistema General de Participaciones (SGP), en donde se amplía el periodo del sistema de distribución de los recursos del 2008 al 2016–. La reforma hace especial referencia a que los municipios, departamentos y distritos deben distribuir sus recursos, especialmente en salud y educación con énfasis “*en la población más pobre*” y establece la posibilidad para que el ejecutivo legisle en materia de control, vigilancia y sanciones en la administración de los recursos. Esta reforma fue criticada por algunos sectores porque lo que hace es ampliar la recentralización

fiscal del 2001 otorgando menos recursos a los municipios, departamentos y distritos y controlando el manejo de éstos por parte del ejecutivo.

22. El Acto Legislativo n.º 3 de 2007, por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política, sobre la composición del Concejo de Bogotá, en donde se establece un tope máximo de 45 concejales y se elimina el criterio poblacional para integrar la corporación municipal.

23. El Acto Legislativo n.º 2 de 2007, por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política de Colombia en donde se otorga el estatus de distrito a las ciudades de Buenaventura y Tumaco, como distritos especiales, industriales, portuarios, biodiversos y ecoturísticos; a Popayán como Distrito Especial Ecoturístico, Histórico y Universitario; a la ciudad de Tunja como Distrito Histórico y Cultural; al municipio portuario de Turbo (Antioquia) como Distrito Especial y al municipio de Cúcuta como Distrito Especial Fronterizo y Turístico. La categoría de “Distrito Especial” da lugar a mayores recursos por descentralización fiscal.

24. El Acto Legislativo n.º 1 de 2007, en donde se establece que la moción de censura puede ser aplicada también a los superintendentes y directores de los departamentos administrativos. Además se establece la posibilidad de citar a sesiones a estos funcionarios para efectuar el control político, so pena de ser sancionados con la moción (modificación de los numerales 8 y 9 del artículo 135). Del mismo modo se establece que en las corporaciones de las entidades territoriales –asambleas departamentales y concejos municipales– pueden realizar el control político del alcalde o del gobernador mediante citaciones a los secretarios del despacho, así como a la aplicación de la moción de censura para separar a dichos funcionarios de su cargo (modificación de los artículos 299, 300, 312 y 313 de la Constitución).

## *2. Proyectos de reforma estructurales ante la crisis de legitimidad del Congreso*

Como apuntábamos anteriormente, con el advenimiento de la crisis en la legitimidad del Congreso por las investigaciones de la “parapolítica”<sup>20</sup> a finales de julio de 2007 se presentó por parte del Gobierno un proyecto de reforma política<sup>21</sup>. El proyecto establecía entre otros temas: la responsabilidad

20. Se les ha comenzado a abrir investigación a 70 congresistas. Treinta de ellos se encuentran detenidos y cinco de ellos han sido condenados: ERICK MORRIS, DIEB MALOOF, MAURICIO PIMIENTO, LUIS EDUARDO VIVES y MIGUEL ALFONSO DE LA ESPRIELLA. Los congresistas que han renunciado a la curul y cuya investigación ha quedado a cargo de la Fiscalía han quedado liberados por cuestiones procesales o por falta de pruebas. El fiscal RAMIRO MARÍN, coordinador de la Unidad de Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo la investigación del senador MARIO URIBE, primo del Presidente de la República, renunció a su cargo porque se sintió presionado en la investigación por el vicefiscal GUILLERMO MENDOZA.

21. Sin embargo, no se puede decir que esta haya sido la única causa. Desde antes del escándalo se venía proponiendo una nueva reforma política que fortaleciera partidos mayoritarios, la

política del partido o movimiento político por los delitos que cometieran sus candidatos, la “silla vacía” o la posibilidad de que una vez el parlamentario fuera llamado a indagatoria no pudiera ser reemplazado por el suplente y el aumento del umbral electoral a un cinco por ciento.

Así mismo se establecieron reformas relacionadas con la financiación de los partidos, la devolución de los dineros por reposición y el fortalecimiento de las bancadas. La propuesta de reforma política no fue aprobada en el sexto debate por falta de apoyo del gobierno, que consideró que las reformas que el Congreso había realizado eran lesivas para sus propios intereses políticos<sup>22</sup>. En el mes de julio de 2008 el Presidente de la República convoca de forma inédita a una Comisión de Notables<sup>23</sup> para que realice un nuevo proyecto de reforma política. El proyecto contiene algunas propuestas novedosas como la desaparición del voto preferente, la instauración de listas cerradas, la disolución del partido político si se comprueban lazos con paramilitares<sup>24</sup>, la pérdida de la curul –o “silla vacía”– una vez judicializado el congresista, medidas que empezarán a regir a partir del año 2010<sup>25</sup>.

En septiembre de 2008 se radica en el Congreso el proyecto de Acto Legislativo n.º 106 de 2008<sup>26</sup>, en donde se encuentran algunas propuestas del proyecto inicial y otras de la Comisión de Notables. El proyecto estipula la responsabilidad del partido por los hechos del candidato<sup>27</sup>, establece el tres por ciento de umbral electoral para las elecciones de Senado, y el cincuenta por ciento del cociente electoral para las demás corporaciones. La reforma

disciplina de partidos y el sistema de bancadas. Se pensaba que la reforma del 2003 había sido transitoria y que se necesitaba una modificación que estableciera un marco mucho más rígido en materia de partidos. El proyecto fue el 047 de 2007 de la Cámara y 014 del Senado. *Diario Oficial* 46.872, del 15 de enero de 2008.

22. Según el periódico *El Tiempo*, “La norma fue votada por ocho votos a favor y dos en contra en la Comisión Primera del Senado, en séptimo debate, resultado insuficiente para pasar a la siguiente instancia en la plenaria de la corporación. Para ser aprobada se requería del voto favorable de una mayoría calificada, es decir, 10 legisladores” (“Hundida por falta de los votos necesarios la reforma política de la –silla vacía–”, en *El Tiempo*, 11 de junio de 2008).

23. La Comisión estaba conformada por HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, ex vicepresidente de la República; DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, ex presidenta del Consejo de Estado; RODRIGO NOGUERA CALDERÓN, ex magistrado; HUGO PALACIO MEJÍA, ex ministro; VIVIAN MORALES HOYOS, ex congresista; EDUARDO MONTEALEGRE, ex magistrado de la Corte Constitucional, y CARLOS IGNACIO JARAMILLO, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

24. Esta labor la haría el Consejo de Estado.

25. El 31 de julio de 2008, la Comisión de Notables entregó la propuesta (ver: “Disolver partidos que tengan nexos ilegales, proponen Notables en propuestas para reforma política”, en *El Tiempo*, 31 de julio de 2008).

26. *Gaceta del Congreso* n.º 558 de 2008.

27. En el artículo primero del proyecto con miras a la reforma del artículo 107 de la Constitución que establece que “Los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación. Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, pérdida de la curul de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución Política, hasta la cancelación de la personería jurídica”.

prohíbe también la coalición de partidos y movimientos para apoyar un candidato<sup>28</sup>, establece la obligatoriedad de los congresistas de actuar conforme a la bancada so pena de sanciones<sup>29</sup>, propone la financiación mixta –privada y pública– de las campañas, el voto público de los congresistas<sup>30</sup>, la eliminación de las suplencias y la regulación del cabildeo, entre otras propuestas.

Por otra parte, en el mes de agosto de 2008, el Gobierno presenta un proyecto de reforma a la justicia, que para algunos críticos se presenta como una reacción ante los enfrentamientos entre la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Ejecutivo por las investigaciones y condenas por parapolítica, ya que el gobierno se siente afectado con los procesos judiciales. Esta tensión se manifestó con las demandas por injuria y calumnia del Presidente de la República al Presidente de la Corte Suprema; con las acusaciones por parte del Presidente de la República de tráfico de influencias y presiones a testigos en las investigaciones por parte de uno de los magistrados auxiliares y por la tensión que se produjo en el caso de cohecho de la ex representante YIDIS MEDINA en donde la Corte compulsó copias a la Corte Constitucional para que revisara nuevamente el acto legislativo que aprobó la reelección inmediata.

El 14 de octubre de 2008 el Presidente de la República emitió un comunicado en donde desistía de impulsar este nuevo proyecto de reforma a la justicia e impulsar, en cambio, una ley de descongestión judicial<sup>31</sup>. Las críticas a este proyecto habían sido reiteradas por parte de algunos miembros del Congreso y de los presidentes de las altas cortes en el sentido de que la encontraban inoportuna e inútil<sup>32</sup>. El proyecto de reforma a la justicia contenía temas que ya habían sido tratados en otros proyectos de modificación de la rama judicial como, por ejemplo, la eliminación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la creación concomitante de una gerencia de la rama judicial, la descongestión judicial, la modificación del artículo 230 para establecer que la jurisprudencia puede ser obligatoria en ciertos casos y vincular a los jueces al precedente, el aumento de la edad y de los años de experiencia para aspirar a los cargos de magistrado de las

28. Artículo 2.º del proyecto que reforma el artículo 108.

29. Excepto en los casos de objeción de conciencia. Las sanciones por no seguir el voto de la bancada van desde la pérdida del voto hasta la expulsión del partido.

30. Solo se exceptúa esta forma de voto de manera excepcional.

31. [[www.web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/14/14142008.html](http://www.web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/14/14142008.html)]. Hay que anotar que el desistimiento se realiza después de la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, que el gobierno decretó a raíz del paro judicial el 10 de octubre de 2008.

32. [[www.abc.senado.gov.co/prontus\\_senado/site/artic/20081014/pags/20081014185701.html](http://www.abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20081014/pags/20081014185701.html)]



altas cortes<sup>33</sup> y el aumento de los periodos de los magistrados en las cortes<sup>34</sup>, entre otros temas.

Sin embargo, el proyecto de reforma a la justicia de 2008 presentaba temas novedosos como la creación de una Sala de Gobierno del Consejo Superior de la Judicatura<sup>35</sup> que conocería de la segunda instancia de los procesos judiciales de las personas con fuero constitucional, implementando de esta manera la sentencia de la Corte Constitucional C-545 de 2008 que recomienda promulgar una ley en donde se establezca órganos diferentes en investigación y juzgamiento de las personas con fuero constitucional<sup>36</sup>. Del mismo modo se establecía en la reforma que el Consejo de Gobierno “facultades constitucionales especiales” para dictar reglamentos autónomos, normas de descongestión y de acceso a la justicia. Esta norma fue ampliamente criticada porque establecería un nuevo tipo de fuente del derecho con naturaleza de normas constitucionales a un órgano de carácter jurisdiccional<sup>37</sup>.

Del mismo modo, se introduce en la reforma una serie de propuestas coyunturales y perversas<sup>38</sup> como el artículo quinto del proyecto que pretendía reformar el artículo 183 que indicaba que: *“En ningún caso los congresistas incurrirán en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, cuando se trate de reformas de la Constitución Política [...]”*, que tendría como objetivo posibilitar que el actual Congreso realizará las reformas a la reelección y la reforma política sin verse abocado a las demandas por inhabilidades.

33. Artículo 10.4 del proyecto: “Haber desempeñado, durante veinte años, cargos de juez o magistrado, o sus equivalentes en la rama judicial, en el Ministerio Público o en la Fiscalía General de la Nación, o haber ejercido durante el mismo tiempo, con buen crédito, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente”.

34. Artículo 11 de la reforma que pretendía modificar el artículo 233 estableciendo que los magistrados a la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura permanecerán doce años.

35. Dicha sala estaría conformada por los presidentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y por tres magistrados comisionados, uno por cada de estas corporaciones judiciales (artículo 16 del proyecto que pretendía reformar el artículo 254 de la Constitución).

36. La Corte advirtió en dicha sentencia que al implementarse dicha ley los procesos que estaban en curso no podrían ser demandados por inconstitucionalidad, ya que los efectos serían ultractivos. Esta parte de la sentencia ha sido criticada porque violaría el principio de favorabilidad en materia penal.

37. Este artículo podría ser declarado inconstitucional si se vuelve a proponer por el precedente de la Sentencia C-1040 de 2005 que declara inconstitucional una reforma que le daba facultades legislativas al Consejo de Estado para realizar la Ley Estatutaria de igualdad electoral en el caso de la reelección del Presidente.

38 En el lenguaje coloquial recibiría el nombre de “mico”, ya que no tiene nada que ver con el tema del proyecto y trata de resolver otros problemas como el tema de la aprobación de la reforma constitucional de la reelección que la Corte tendría que revisar su jurisprudencia en materia de unidad de materia de las reformas constitucionales por referendo en donde había establecido en la Sentencia C-551 de 2003 que no era un requisito de las reformas por referendo.

Hay que anotar, además, que este es ya el tercer proyecto<sup>39</sup> de reforma a la justicia que se presenta durante la administración Uribe, y que muchas veces se utiliza esta propuesta en situaciones de crisis institucional, conflicto con las cortes o simplemente para distraer a la opinión pública.

### 3. *Proyectos de reforma por referendo*

Por último, en este período se constata la intención de algunos partidos políticos<sup>40</sup>, miembros del Congreso y organizaciones civiles no gubernamentales de utilizar el mecanismo del referendo constitucional del artículo 378, para modificar la Carta. En la actualidad están en curso tres proyectos de referendo por iniciativa ciudadana para la reforma. En primer lugar, el proyecto de referendo constitucional para la reelección del Presidente de la República para un nuevo período<sup>41</sup>; en segundo término, la reforma para que se agregue un artículo que establezca la cadena perpetua para violadores y asesinos de niños<sup>42</sup>, y por último un proyecto de referendo constitucional para que se establezca como derecho humano el acceso al agua potable<sup>43</sup>.

Estos tres proyectos de referendo ponen en práctica por primera vez el mecanismo del referendo constitucional por la vía de la iniciativa popular<sup>44</sup>. Por esta razón, todavía se hacen algunas preguntas en relación con el trámite que tendrá que resolver la Corte constitucional al momento de la revisión automática. Por ejemplo, se cuestiona lo relacionado con la financiación de

39. El primero fue presentado por el ministro LONDOÑO cuando empezó en el 2002 el primer gobierno de URIBE; el segundo, con el ministro SABAS PRETEL, en el 2004, y el tercero que pretendía aprobar el ministro VALENCIA COSSIO, en el 2008.

40. En el caso del referendo para la segunda reelección estuvo a la cabeza de la recolección de firmas LUIS GUILLERMO GIRALDO, secretario general del Partido de la U. La propuesta de referendo para establecer la pena perpetua contra violadores y asesinos de niños está respaldada por los representantes a la Cámara DAVID LUNA y SIMÓN GAVIRIA, y el proyecto de referendo sobre el derecho fundamental al agua potable, por sectores políticos vinculados con el Polo Democrático.

41. El referendo plantea fundamentalmente “El inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Quien haya ejercido la Presidencia de la República por dos periodos constitucionales, podrá ser elegido para otro periodo”. Según el informe de ponencia de la Cámara para la aprobación del proyecto de Ley de referendo n.º 138 de 2008 para debate en la Cámara, se recogieron un total de 4.093.504 firmas.

42. En la actualidad se encuentran en el proceso de recolección de firmas que se vieron incrementadas en su número tras el asesinato del bebé LUIS SANTIAGO LOZANO a finales de septiembre de 2008.

43. Se establecería un artículo nuevo dentro del capítulo de los principios que diga: “El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público”. El 29 de septiembre de 2008 la Registraduría Nacional del Estado Civil certifica en un comunicado de prensa que las firmas entregadas para el referendo del agua superan el 5% del censo electoral. Se contabilizó un total de 2.039.812 firmas.

44. El referendo de 2003.

los movimientos de convocatoria en la recogida de firmas<sup>45</sup>. Igualmente se tienen dudas en cuanto a si el Congreso tiene la posibilidad de modificar el proyecto de referendo por iniciativa popular<sup>46</sup>. Del mismo modo, se han dado algunas opiniones críticas respecto de lo costoso que puede ser ejercer este mecanismo de participación ciudadana, no sólo por los gastos que se hacen en la recolección de las firmas, sino por los gastos en que incurre el Estado por medio de la Registraduría para poder verificar las firmas, hacer su conteo y efectuar el referendo<sup>47</sup>.

#### 4. Características de las reformas del segundo período Uribe

1. El Acto Legislativo n.º 4 de 2007 que amplía la recentralización de los recursos y el Sistema General de Participaciones hasta el año 2016 ha vulnerado el pilar fundamental de la garantía institucional de la autonomía de las entidades territoriales del artículo primero, ya que las entidades tienen menos recursos para realizar sus funciones propias y se restringe la descentralización fiscal<sup>48</sup>.

2. Se verifica la intención de realizar reformas estructurales como la reforma política y la reforma a la justicia, pero se proponen dichas modificaciones en tiempos de crisis y deslegitimación institucional, especialmente derivadas del escándalo de la parapolítica.

45. En el caso de la reforma para una nueva reelección, no ha podido explicar el origen de los dineros por contribuciones individuales. El 10 de septiembre de 2008 la Registraduría pidió al Consejo Nacional Electoral que investigue el origen de 1.903 millones de pesos usados en el proceso de recolección de firmas para el proyecto de reelección, ya que no se explica que estos dineros vengan solamente de contribuciones individuales. Ver [www.semana.com/noticias-nacion/referendo-deuda/115240.aspx].

46. Al proyecto de reelección se presentaron cinco ponencias en la Cámara, tres de las cuales proponen reformar la pregunta original que se dio en la iniciativa ciudadana. La ponencia de Cambio Radical propone que la reelección sea para el año 2014 y la de Alas-Equipo Colombia y el Partido Conservador pide que en la pregunta se deje claro que es para el 2010. El Partido Liberal y el partido Polo Democrático Alternativo piden archivar la iniciativa popular (LUIS GUILLERMO FORERO. “Referendo: Llegó la hora de la definición”, en *El Tiempo*, “Nación”, 19 de octubre de 2008, pp. 1-10).

47. Según el Registrador Nacional, CARLOS ARIEL SÁNCHEZ, las cuentas no dan: “Sólo la vinculación de personal para la revisión de rúbricas del referendo de reelección cuesta 589 millones 810 mil pesos, los otros dos procesos tienen un valor de 252 millones 775 mil pesos cada uno. Es decir, que el trabajo de las tres iniciativas supera los mil millones 95 mil pesos, sin contar con los elementos físicos que se requieran (ver: “Sin plata para revisar referendo”, en *El Espectador*; 4 de agosto de 2008 [www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-sin-plata-revisar-referendo]).

48. Esto ha incrementado la importancia de los “Concejos Comunitarios” que promueve el gobierno cada fin de semana en los diferentes municipios del país, en donde se aprecia a los gobernadores y alcaldes pidiendo recursos al gobierno central para desarrollar sus proyectos y atribuciones propias.

3. Se empiezan a verificar los efectos de la reforma de la reelección en materia de la estructura del Estado y división de los poderes, ya que con la posibilidad de nominación del Presidente de la República en organismos como la Defensoría del Pueblo, la Contraloría, la Procuraduría, los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, los magistrados de la Corte Constitucional y el Fiscal General de la Nación, se recentraliza el poder en funcionarios y magistrados afines al Presidente.

4. Por último, se constata la utilización del mecanismo del referendo constitucional por iniciativa popular en diferentes temáticas como la de la reelección, en donde la Corte Constitucional tendrá que entrar a conocer para verificar si los principios y pilares básicos de estas modificaciones eliminan los elementos fundamentales de la Constitución<sup>49</sup>.

### III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS

Dentro del control de constitucionalidad de las reformas distinguiremos dos procesos: el *control eminentemente formal o de vicios de procedimiento de las reformas*, en donde la Corte constitucional revisa si dentro de cada uno de los trámites y en cada uno de los mecanismos de reforma utilizados se cumplieron los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales<sup>50</sup>, y el control por *falta de competencia del órgano reformador o inconstitucionalidad por sustitución* que se da a partir de la Sentencia C-551 de 2003, en donde se presenta un cambio de jurisprudencia<sup>51</sup> respecto de las posibilidades que tiene la corporación constitucional de conocer el contenido de las reformas cuando el órgano para la reforma sustituye o destruye los principios en que la Constitución se funda.

49. Hay que tener en cuenta que el control de constitucionalidad de los reformas por referendo constitucional tiene un control reforzado en dos momentos: en primer lugar, el control automático de la ley de referendo, y en segundo término, un control rogado o por acción del procedimiento de referendo que puede presentar cualquier ciudadano en el término de caducidad de un año una vez haya sido promulgado por el Presidente de la República. Esta interpretación se dio a partir del Auto 001 del 20 de enero de 2003. Además, ver las sentencias C-551 de 2003; C-973 de 2004; C-1000 de 2004; C-1121 de 2004 y C-113 de 2006, en donde se han conocido demandas de inconstitucionalidad del referendo.

50. Estos últimos, con la doctrina y la técnica del precedente. Por ejemplo, que en el trámite de las reformas el proyecto se tiene que discutir obligatoriamente (Sentencia C-372 de 2004), o que no se admite en los proyectos de acto legislativo las disposiciones relativas a las sanciones y objeciones gubernamentales (Sentencia C-1053 de 2005).

51. No se admitía la tesis de la revisión de reformas por aspectos no relacionados con el procedimiento. Sentencias C-753 de 1994; C-222 y C-387 de 1997; C-543 de 1998 y C-487 de 2002 (ver MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA. “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, en *Precedente*, Cali, Icesi, 2004, p. 15).

## A. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE FORMA EN SENTIDO ESTRICTO

El entendimiento de los vicios de procedimiento se debe explicar con base en el principio democrático que contiene a su vez otros subprincipios como el de publicidad, participación política, respeto y protección de las minorías políticas, entre otros. Según el profesor ALFONSO PALACIOS, la revisión de los vicios de procedimiento se debe tratar siguiendo: “una *visión sustancial* [...] a partir de la cual se reconozca y valore la importancia de los principios constitucionales involucrados en su realización”<sup>52</sup>.

Por tanto, en el análisis de los vicios de procedimiento, que se subdividen en subsanables e insubsanables según la gravedad de la vulneración, se debe tener en cuenta esta cuestión de fondo dentro de los vicios de forma. El procedimiento no sólo consiste en seguir cada uno de los pasos propuestos esquemáticamente en la normatividad constitucional y legal (especialmente la Ley 5.<sup>a</sup> de 1992), sino en el cumplimiento efectivo en el *iter*, del principio fundamental de democracia. Siguiendo este esquema, enumeraremos las sentencias de constitucionalidad que declaran la inconstitucionalidad de algunas reformas por vicios de trámite en donde indicaremos sucintamente cuál fue el vicio sustancial que se vulneró.

1. Sentencia C-543 de 1998, que revisó el Acto Legislativo 01 de 1997 que modificó el artículo 35 de la Constitución, en donde se permite con la reforma la extradición de colombianos. En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad de la expresión que facultaba al legislador para reglamentar la extradición, ya que no se dieron los ocho debates correspondientes, debido a que fue incorporado en la segunda vuelta violando la prohibición del inciso final del artículo 375 de la CP de incluir temas nuevos en el segundo período.

2. Sentencia C-1092 de 2003, que al revisar el Acto Legislativo n.º 3 de 2002 (reforma a la Fiscalía) declara la inconstitucional de la última parte del numeral 2 del artículo 250 reformado, ya que se incluyeron temas en el segundo período no discutidos en el primero. La Corte estima que a pesar de que no se toma en cuenta un esquema de *identidad absoluta* de los proyectos, sino un esquema de *identidad relativa*, se debe preguntar si el cambio fue esencial o no para hacer el estudio de constitucionalidad y declarar la exequibilidad o inexecutable de la reforma por vicios de procedimiento<sup>53</sup>.

52. PALACIOS TORRES. Ob. cit., p. 15.

53. En este caso la Corte considera que el cambio fue sustancial y vulnera expresamente el inciso final del artículo 375 que determina que: “en el segundo período solo podrán debatirse iniciativas debatidas en el primero”. Se tiene en cuenta el precedente de la Sentencia C-614 de 2002 que expresa que: “(i) en cada debate sólo pueden discutirse los asuntos que hayan sido considerados en los debates precedentes, y (ii) las modificaciones y adiciones que se introduzcan deben guardar relación de conexidad con lo que ha sido debatido en las etapas anteriores del trámite legislativo”.

3. Sentencia C-313 de 2004, que declara inconstitucional el artículo 17 del Acto Legislativo n.º 1 de 2003 (reforma política) que regulaba la posibilidad de crear un Distrito Administrativo y de Planificación de Bogotá con los municipios aledaños, ya que, considera la Corte, sólo se surtieron seis de los ocho debates requeridos para aprobar una revisión a la Constitución por intermedio de acto legislativo.

4. Sentencia C-372 de 2004 también declaró inconstitucional del artículo 7.º de la reforma política (Acto Legislativo n.º 1 de 2003), que daba la posibilidad a las cámaras de elegir el secretario general por cuatro años, por haberse *eludido*<sup>54</sup> el debate de la reforma, y no haberse tenido en cuenta el *principio de consecutividad* y de *identidad relativa* de los proyectos.

5. Sentencia C-668 de 2004 declara inexecutable el artículo 16 de la reforma política que regulaba el número de miembros en las asambleas departamentales, por la falta de discusión, ya que el artículo declarado inconstitucional se aprobó por “pupitrazo”, violando de este modo el principio democrático al no permitir el debate ni la participación de las minorías<sup>55</sup>.

6. Sentencia C-816 de 2004 declara inconstitucional por un vicio de procedimiento insubsanable la totalidad del Acto Legislativo n.º 2 de 2003 (el mal llamado “Estatuto Antiterrorista”), porque considera que la votación del informe de ponencia en el sexto debate de la segunda vuelta no alcanzó la mayoría absoluta requerida y por ende vulneró el principio democrático<sup>56</sup>.

7. Sentencia C-332 de 2005, declaró inconstitucional el artículo 10 del Acto Legislativo n.º 1 de 2003 que prohibía la elección a cargos públicos o corporaciones cuando coincidieran los periodos, porque se vulneró *el principio de identidad flexible* y *el principio de consecutividad* previsto en el artículo 375<sup>57</sup>.

Por otra parte, debe destacarse que la Corte ha declarado como exequibles algunos reformas constitucionales (actos legislativos) que han sido demandados por vicios de forma, por considerar que el vicio en el trámite o no existe,

54. Esta sentencia contó con tres salvamentos de voto (CEPEDA, TAFUR y MONTEALEGRE), porque no encuentran claro que en este caso específico se hubiera eludido el debate de la reforma.

55. Estima la Corte en dicha sentencia que “Con esta conducta se afecta de manera grave el principio democrático para la adopción de una reforma constitucional, pues para la modificación de la Carta Política, lo mismo que para la formación de las leyes, es absolutamente indispensable el debate, esto es, la discusión en torno al proyecto normativo de que se trate. Ello no significa como es obvio, que respecto de cada norma se exija intervención en pro o en contra de su contenido, ni tampoco que se exija la participación de un número grande de congresistas en la discusión formalmente abierta, pues en eso no radica la existencia del debate. Lo que si no puede eludirse en ningún caso y, con mayor razón, tratándose de una reforma constitucional, es que la Presidencia, de manera formal, abra la discusión para que, quienes a bien lo tengan, se pronuncien en el sentido que les parezca. Lo que resulta inadmisibles es que se pase de manera directa de la proposición a la votación, sin que medie ni siquiera la oportunidad para discutir”.

56. No se obtuvo la mayoría absoluta requerida en la Cámara de Representantes para la discusión del informe de ponencia, que es de 84 votos, y se cerró la votación anticipadamente para tratar de lograr dicha mayoría al día siguiente.

57. Se tiene en cuenta el precedente de la sentencia.

o no es lo suficientemente gravoso para declarar la inconstitucionalidad de la reforma. Por ejemplo, las sentencias C-222 de 1997, C-543 de 1998 y C-1053 de 2005<sup>58</sup> que estipulan que en las reformas por acto legislativo son improcedentes el mensaje de urgencia, las sesiones conjuntas de las comisiones permanentes y las objeciones gubernamentales. Igualmente, que no es necesaria la aplicación de la sanción presidencial para que el acto legislativo sea válido. Del mismo modo, en la sentencia C-178 de 2007 se estableció que no eran inconstitucionales los decretos expedidos por el presidente de la República para corregir los yerros tipográficos en el caso del estudio de constitucionalidad del Acto Legislativo n.º 1 de 2005 sobre Reforma al Sistema de Pensiones<sup>59</sup>.

Por otro parte, hay que tener en cuenta los autos 155 y 156 expedidos por la Corte el 2 de julio de 2008 que resolvían las peticiones de un grupo de ciudadanos y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que se declarara nula la revisión del acto legislativo sobre la reelección (A. L. n.º 2 de 2004)<sup>60</sup>. Los demandantes consideraban que la confesión de la ex representante YIDIS MEDINA por cohecho<sup>61</sup>, al afirmar que había recibido prebendas para aprobar la reforma constitucional, era motivo más que suficiente para volver a revisar el acto, ya que violaba a todas luces el principio democrático pues en el trámite de la reforma se había cometido un delito<sup>62</sup>.

58. Repite lo que se había dispuesto en las sentencias C-222 de 1997 y C-543 de 1998. Ver también RAMÍREZ CLEVES. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, cit., pp. 449 a 452.

59. Se demandaba el Decreto 2576 del 2005. La Corte Constitucional estableció que “En cuanto a las facultades para expedir decretos de corrección de yerros el artículo 1 de la Ley 45 de 1913 establece que corresponde a los respectivos funcionarios enmendar los errores caligráficos o tipográficos en el texto de una norma, cuando no quede duda de la voluntad del Congreso. Así mismo, se ha dicho que la expedición de decretos de corrección de yerros es una función administrativa y ordinaria del Presidente de la República en el ámbito de la promulgación de las leyes. El decreto de corrección de yerros expedido por el Presidente enmienda un error mecanográfico en la redacción del título del Acto Legislativo 01 de 2005 y en nada altera la voluntad del Congreso. La corrección consistió en a) suprimir la expresión “proyecto de”, habida cuenta de que la reforma ya había sido aprobada por el Congreso en las dos vueltas exigidas por la Constitución y, por lo tanto, ya era Acto Legislativo, no proyecto de acto legislativo; b) suprimir la fecha 22/07/2005 y c) suprimir la expresión “segunda vuelta”. La corrección del yerro respeta la voluntad expresa del Congreso y apunta a asegurar que dicha voluntad, definitiva en razón de la conclusión de la formación del Acto Legislativo, no sea calificada con palabras que le darían un carácter provisional, contraevidente y adverso a lo efectivamente decidido por el reformador de la Constitución”.

60. Las demandas se fundaban en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, que ha sido tenido en cuenta por la Corte Constitucional para revisar sus propias sentencias.

61. El cohecho es un delito de naturaleza dual. Un funcionario público que realiza u omite actos, por recibir prebendas u ofrecimientos de otra persona.

62. También se comprobó el pago de sumas de dinero a otro de los miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes: TEODOLINDO AVENDAÑO, quien actualmente se encuentra en la cárcel por los mismos hechos.

En este caso la Corte negó los recursos por considerar que ya había caducado el término de un año para la revisión del acto.

#### B. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA DEL ÓRGANO REFORMADOR: INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCIÓN<sup>63</sup>

Como señalábamos al comenzar este escrito, a partir de la Sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional introduce en Colombia la diferenciación entre poder constituyente y poder de revisión cuando se trata de reformas constitucionales mediante referendos y actos legislativos, posibilitando la declaratoria de inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por la sustitución de los principios y valores esenciales o aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Esta atribución se presenta como la implementación en Colombia del entendimiento de que la democracia representativa debe en todo caso restringirse o limitarse respecto de unos principios normativos superiores que se corresponden a la clásica tesis planteada por ARISTÓTELES de distinguir las *nomoi* de las *psefismatas*. La Corte constitucional a partir del fundamento jurídico 29 de la C-551 considera que: “El poder de reforma (poder constituyente derivado), se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado [...] de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma [...] Por tanto es un poder derivado y limitado”<sup>64</sup>.

Esta *sentencia-hito* que limita al poder en democracia a unos presupuestos jurídicos superiores ha generado una nueva polémica o tensión dentro del constitucionalismo colombiano. Nuestra Constitución no contiene cláusulas pétreas o cláusulas expresas de intangibilidad como sí la tienen la Constitución alemana (artículo 79.3), la portuguesa (artículo 288), la italiana (artículo 139), la francesa (artículo 89 apartado 5), la de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 342 y 350), la de Brasil (artículo 60), la de El Salvador (artículo 240 inciso 3) y la Honduras (artículo 374)<sup>65</sup>.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la interpretación que dio la Corte de diferenciar el poder de reforma del poder constituyente en el análisis de las limitaciones a la modificación constitucional ha sido acertada y constituye

63. Ver sobre este tema los artículos de CAJAS SARRIA. “La reforma constitucional límites de la Corte al Congreso”, cit.; y de RAMÍREZ CLEVES. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Revista de Derecho del Estado*, n.º 18, Bogotá, junio de 2006, pp. 3-32.

64. Fundamento jurídico 30.

65. Las constituciones de El Salvador y Honduras en estas cláusulas expresas de intangibilidad prohíben la posibilidad de reelección del presidente, mediante la imposibilidad de modificar el sistema de gobierno (ver RAMÍREZ CLEVES. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, cit., pp. 350 y ss.).



un avance dentro de nuestro constitucionalismo al impedir que las reformas destruyan los principios insertos en la Constitución, y mantener la democracia legal. No obstante lo anterior, se evidencia que en el fallo se trata de encubrir la potestad de la Corte con argumentos de interpretación textual que pretende introducir la hipótesis de que en últimas la corporación no se ha extralimitado en sus funciones hermenéuticas porque dentro de los vicios de forma en la revisión de las reformas están comprendidas las competencias del órgano reformador y por ende sigue siendo un vicio procedimental y no de fondo<sup>66</sup>.

Por otra parte, en el establecimiento en nuestro país de la tesis de la limitación de las reformas constitucionales que tiendan a sustituir los principios y valores que le dan forma y consistencia a nuestro pacto político-jurídico, la Corte Constitucional ha tenido el problema lógico de implementar la tesis de las limitaciones materiales o competenciales en el análisis de cada una de las demandas de inconstitucionalidad por sustitución que se presentan.

Ante una primera etapa en donde la corporación constitucional se declaraba inhibida para resolver el cargo de sustitución, porque según la Corte estaban mal formulados los cargos, o porque las demandas no contaban con los requisitos básicos de claridad, pertinencia, suficiencia, concreción y especificidad: sentencias C-1200 de 2003, C-572 de 2004, y de alguna forma la sentencia C-816 de 2004<sup>67</sup>, por primera vez se animó la corporación a analizar un cargo de sustitución en las sentencias C-970 y C-971 de 2004<sup>68</sup>.

En este primer estudio la Corte optó por hacer una clasificación bastante confusa que diferenciara los términos intangibilidad, sustitución, alteración e insustituibilidad, estudio meramente analítico pero poco claro a efectos prácticos. Igualmente, en la Sentencia C-971 de 2004 se estableció una metodología de interpretación para que la Corte Constitucional utilice cuando

66. ARMANDO BENEDETTI expone que la jurisprudencia sobre si la competencia es un vicio formal ha venido variando. En una primera sentencia, en la Sentencia C-042 de 1993, la corporación sostuvo que los asuntos de competencia encuadraban “dentro de los vicios formales sometidos a término de caducidad”. Sin embargo, en la Sentencia C-546 del mismo año sostuvo que los asuntos de competencia “constituyen un vicio material y sustancial” (ARMANDO BENEDETTI JIMENO. “¿Qué hay detrás del fondo?”, en *El Tiempo*, 24 de octubre de 2005). Con la Sentencia C-551 de 2003 se retomaría la tesis de que la falta de competencia del órgano reformador es un vicio de procedimiento, incluso porque se adoptaría posteriormente que el plazo de caducidad para presentar la acción de inconstitucionalidad por sustitución es el mismo término de un año que se establece en el inciso segundo del artículo 379 para las demandas por vicios de procedimiento de los actos legislativos.

67. Ya que la corporación constitucional consideró que entre vicios de forma y los de competencia por sustitución priman en el análisis los primeros en relación con los vicios de procedimiento por falta de competencia del órgano reformador.

68. Se analizó en estas sentencias si el poder temporal que se otorga al Ejecutivo para dictar leyes estatutarias en la reforma política (acto legislativo n.º 1 de 2003) vulneró el principio de separación de poderes. La Corte considera que no lo vulnera porque la posibilidad de regular es *pro tempore* y no definitiva.

estudie demandas de inconstitucionalidad por sustitución a la manera de un “test de la sustitución”<sup>69</sup>.

Sin embargo, no fue sino con las sentencias sobre la reelección presidencial<sup>70</sup>, en especial con la Sentencia C-1040 de 2005, de más de 650 folios, en donde la Corte Constitucional declara por primera vez inconstitucional una reforma por sustitución a la misma. La Corte estimó que la potestad que se preveía en el Acto Legislativo n.º 2 de 2004 de que si el Congreso no aprobaba la Ley de garantías electorales sería el Consejo de Estado el órgano legitimado para hacerla, era inconstitucional ya que vulneraba los principios fundamentales de división de los poderes al otorgar a un órgano jurisdiccional la posibilidad de legislar<sup>71</sup>.

A nuestro entender, resultó acertada la posición de la mayoría de la Corte<sup>72</sup> respecto de que en este caso se estaba sustituyendo el principio de separación de poderes. Sin embargo, no estamos de acuerdo con que la Corte no hubiera previsto en la sentencia la desestructuración de la independencia y autonomía de los órganos que sostienen el principio de separación de poderes, ya que un período de ocho años, y no de cuatro, posibilita que el presidente reelegido nomine a cargos a organismos que lo controlan, como el Procurador, el Contralor, el Fiscal General de la Nación, los magistrados de la Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, miembros de la Junta Directiva del Banco de la República entre otras, situación que se debe verificar en el control de constitucionalidad, si finalmente se aprueba el referendo para la segunda reelección, que agravaría la vulneración a este principio.

Más recientemente, la Corte Constitucional ha analizado demandas de inconstitucionalidad por sustitución en donde en algunas ocasiones rechaza los cargos o se inhibe por no cumplir las demandas con los requisitos generales, por ejemplo las sentencias C-181 de 2006, la C-293 de 2007 y la C-803 de 2008 que demandaban el Acto Legislativo n.º 1 de 2005 sobre la reforma del régimen de pensiones. Especial mención merecen las sentencias C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986 de 2006 y C-153 de 2007 en donde se demandó el mismo Acto Legislativo n.º 1 de 2005 que reformaba el sistema

69. Ver RAMÍREZ CLEVES. “El control material de las reformas constitucionales...”, cit., pp. 22- 23. La Sentencia C-971 de 2004 estipula que se debe tener en cuenta como premisa mayor los principios de la Constitución –que todavía no se saben cuáles son– y compararlos con el acto acusado y los argumentos dados. La sentencia dice que se pueden “alterar” los principios pero no “sustituirlos”, creando confusión para averiguar cuándo se trata de una u otra cosa.

70. Hasta la fecha se han resuelto varias sentencias en contra del Acto Legislativo n.º 2 de 2004 sobre la reelección presidencial: C-1040, C-1042, C-1043, C-1045, C-1048 y C-1050 de 2005. Igualmente, la Sentencia C-034, de enero de 2006.

71. Sin embargo y paradójicamente, la corporación constitucional, para no declarar inconstitucional la misma Ley de Garantías que elaboró el Congreso, decide por intermedio de una sentencia manipulativa e integradora reescribir por entero la ley reseñada.

72. Este fallo quedó 8 contra 1. El salvamento de voto lo realizó el magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO, quien considera que la tesis de las limitaciones competenciales para revisar las reformas en su contenido no se encuentra como una facultad constitucional.

de pensiones, pero utilizando el parámetro normativo del bloque de constitucionalidad al establecer en la demanda que la modificación constitucional vulneraba los Convenios de la ort 87, 98, 151 y 154<sup>73</sup>. La Corte Constitucional en estas sentencias vuelve a la primera etapa de control y se declara inhibida para fallar con base en que los cargos no eran claros, pertinentes, concretos ni específicos<sup>74</sup>.

Sin embargo, la Corte ha estudiado algunas veces los cargos en otras demandas como en la Sentencia C-757 de 2008, que resuelve la eventual inconstitucionalidad del Acto Legislativo n.º 1 de 2007 sobre la ampliación de la moción de censura. En esta ocasión se pedía a la Corte que declarara inconstitucional la reforma porque vulneraba el principio de bicameralismo. La Corte afirmó que con la reforma no se estaba sustituyendo o eliminando dicho principio, porque a pesar de que la moción se hacía en el Congreso en pleno, la aprobación de la moción requería de la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara.

Por otra parte, se debe subrayar que la competencia de la Corte constitucional para hacer revisión de los actos reformativos por sustitución o por falta de competencia del órgano reformador no ha sido acogida por toda la Corte. Desde la Sentencia C-1040 de 2004 el magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO ha salvado su voto, ya que considera que la tesis de las limitaciones materiales o intrínsecas, para revisar el contenido de las modificaciones constitucionales sobre la base de la falta de competencia, no puede ser aplicada, ya que nuestra Constitución carece de cláusulas de intangibilidad expresas. Esta interpretación minoritaria también fue recogida en la sentencia C-757 de 2008 por el magistrado NILSON PINILLA, quien considera en el Salvamento de voto que “*en su opinión, el control de constitucionalidad no cabe para los denominados vicios de competencia, atinentes a la llamada sustitución de la Constitución*”<sup>75</sup>.

Para finalizar, pensamos que la adopción de la tesis de las limitaciones materiales del poder de reforma en Colombia, o como sostiene la Corte, la falta de competencia del órgano reformador, resulta compleja en su implementación práctica, en especial cuando se trata de determinar cuándo se están sustituyendo o alterando los principios básicos de la Constitución o del bloque de constitucionalidad. Para solucionar este dilema complejo la Corte

73. La Corte Constitucional ha establecido que según el inciso cuarto del artículo 53 de la CP los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (ver ANDRÉS MAURICIO GUTIÉRREZ BELTRÁN. *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tesis de Grado n.º 48, 2007).

74. La Corte estipuló en la Sentencia C-293 de 2007 que “No es admisible, entonces, que, so pretexto de la sustitución de la Carta, el demandante se limite a alegar que se ha subvertido el orden constitucional, sin demostrar cómo, o que, sencillamente, le proponga a la Corte Constitucional el adelantamiento de un juicio de constitucionalidad material basado en la comparación del contenido de una reforma constitucional con otras normas de la Carta Política”.

75. Comunicado de prensa n.º 36, 30 de julio de 2008.

debe establecer cuáles son aquellos principios estructurales de Constitución y del bloque de constitucionalidad inalterables.

En este sentido, pensamos que se puede acudir a dos metodologías: la deductiva y la inductiva. La *metodología deductiva* consiste en que la Corte debe establecer mediante una interpretación sistemática y teleológica qué artículos de la Constitución se encuentran como fundamento básico de ésta. Para averiguar cuáles son estos *nomoi* inalterables, el juez constitucional debe hacer un estudio que parta de la conceptualización de la Constitución en sentido lato y de la determinación de los elementos propios de la Constitución de 1991 en sentido estricto.

En la definición de *la constitución en sentido lato*, el juez puede acudir, por ejemplo, al artículo xvi de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que especifica que una Constitución que no proteja derechos fundamentales o no garantice el principio de separación de poderes no es una Constitución. Además, puede acudir a las definiciones contemporáneas de Constitución como norma suprema para impedir reformas que pretendan acabar con el aspecto jurídico de la Constitución.

El método deductivo se hace más complejo cuando se trata de determinar el *sentido estricto de Constitución*, es decir cuáles son los elementos intangibles o los *nomoi* de cada constitución en particular. Para esta tarea, el juez constitucional debe hacer un estudio transversal, sistemático y teleológico partiendo del “Preámbulo” y de los principios generales de cada Constitución en concreto. Si el juez constitucional verifica que determinado principio, por ejemplo el *del Estado social de derecho* del artículo primero de la Constitución de 1991, se desarrolla íntegramente en la parte orgánica de la Constitución y es fundamento de otros artículos constitucionales, se puede establecer que se trata de un principio inalterable.

La otra metodología que puede utilizar la Corte, y de hecho es la que ha venido practicando hasta la fecha, es decidir en cada caso específico y por medio de la demanda de inconstitucionalidad o del examen de la ley de referendo o de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, cuáles son aquellos principios básicos insertos en nuestra carta constitucional que no pueden ser reformados por el poder constituido.

Hasta ahora se ha determinado con la Sentencia C-1040 de 2005 que el principio de separación de poderes y el principio democrático resultan determinantes para definir nuestro pacto constitucional. Del mismo modo, la Corte ha tenido en cuenta en los análisis principios como el de igualdad, el del bicameralismo, etc. La metodología inductiva, aunque parece provechosa, porque la carga de determinar el principio inalterable o *nomoi* está a cargo del demandante y no depende de la subjetividad del juez constitucional<sup>76</sup>,

76. Al menos cuando se trata del control de los actos legislativos, no así del control automático de la ley de reforma constitucional para el referendo y la ley que convoca a una asamblea

requiere para su concreción definitiva de las técnicas de valoración objetiva o razonable que se han dado en la doctrina para verificar que en la sentencia se establezcan consideraciones jurídicas y que estas no provengan de la coyuntura o de la influencia política.

Por esto pensamos que resulta importante fortalecer en este campo técnicas como la de vinculación al precedente y la sujeción a los test de razonabilidad que ya se han venido dando en el caso de la inconstitucionalidad por sustitución, a pesar de su amplitud y complejidad. En segundo lugar, pensamos que la Corte constitucional en la admisión o rechazo de la demanda debe manifestar cuándo una demanda no cuenta con los requisitos de claridad, pertinencia, suficiencia y concreción de los cargos para ver si el demandante los puede corregir en esta primera instancia y no dejar para la parte final del proceso este análisis. Así mismo, pensamos que la Corte debe valorar las demandas no solo a partir de los cargos de sustitución en sí, sino mediante el análisis de las normas expuestas en la demanda como vulneradas, especialmente cuando se trata de inconstitucionalidad por violación del bloque de constitucionalidad, para evitar así las inhibiciones reiteradas.

Por último, pensamos que a pesar de que el argumento de la falta de competencia del órgano reformador ha sido útil para la introducción de la tesis de los límites materiales del poder de reforma en Colombia, en determinados casos la tesis parece inconveniente por la prevalencia de lo formal sobre lo sustancial, por ejemplo en el caso de la comisión de un delito, como el cohecho en la aprobación de una reforma, en donde la Corte estimó por medio de autos que no puede ser revisada porque se vencieron los términos de caducidad de un año. En este último caso, parece mejor que la Corte reconozca de una vez por todas que lo que está realizando es un control de constitucionalidad de la reforma para proteger la constitución misma y que por ende no es una revisión formal sino material sin términos de caducidad de la acción.

La Corte Constitucional debe darse cuenta de su responsabilidad en dichos estudios ya que es la última barrera institucional dentro del régimen constitucional para evitar que la democracia legal se termine diluyendo a partir de las reformas en una democracia no legal, y que la democracia se termine convirtiendo en demagogia.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La Carta de 1991 se ha modificado en veinticuatro ocasiones. Los cambios han sido en su mayoría tangenciales y precisos, pero también se destacan modificaciones estructurales como la reforma política, la modificación del sistema penal y la recentralización de las finanzas públicas en el Estado.

nacional constitucional o constituyente para la reforma, en donde el control tendría que darse respecto de las leyes de convocatoria y no de la demanda.

2. Aunque en un primer momento la Corte Constitucional se limitaba en su juicio de constitucionalidad a realizar únicamente el estudio de los vicios de procedimiento, desde la Sentencia C-551 de 2003, y a partir del análisis de la competencia del órgano reformador, terminó revisando si el poder de reforma sustituye la Constitución por otra, estudio que se realiza teniendo en cuenta el caso concreto o *metodología inductiva* respecto de la demanda o las leyes de convocatoria.

3. La Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales varias reformas a la Constitución. En relación con las sentencias de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento, se destaca en la parte motiva de dichas jurisprudencias el análisis que hace la corporación de si se vulneraron o no los aspectos esenciales del principio democrático, constituyéndose en un juicio axiológico o valorativo que trasciende el mero campo del procedimiento formal.

4. A pesar de haberse implementado la tesis de “la inconstitucionalidad por sustitución” por parte de la Corte desde octubre de 2003 (Sentencia C-551), solo se empezó a utilizar dicha facultad a partir de las sentencias C-970 y 971 de 2004 con el análisis del “cargo de sustitución” interpuesto por los demandantes. Sin embargo, solo fue mediante la Sentencia C-1040 de 2005, como por primera vez se declara inconstitucional una reforma por sustitución de los principios básicos de la Constitución, al encontrarse inexecutable las potestades que se otorgan al Consejo de Estado para redactar leyes.

5. Después de la Sentencia C-1040 de 2005 la Corte no ha vuelto a declarar inconstitucional una reforma y se presentan dos tendencias: que la Corte se inhiba porque los cargos que se presentan no se hacen de manera clara, específica, concreta y suficiente, o que ante el nombramiento en el 2009 de nuevos magistrados se presente un cambio de jurisprudencia, ya que al menos dos de los magistrados que permanecerán (SIERRA y PINILLA), no están de acuerdo con la tesis de la revisión del contenido de las reformas por falta de competencia o sustitución.

6. Hay que resaltar que el único artículo del Título XIII sobre la reforma a la Constitución que todavía no ha sido ensayado, a pesar de ser el reflejo del querer del constituyente de establecer una democracia participativa en Colombia, es el artículo 377<sup>77</sup> sobre el referendo facultativo derogatorio jamás promovido por la ciudadanía a pesar de que algunas de las modificaciones se

77. Dicho artículo dispone que “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”.

han referido a temas sobre derechos fundamentales contenidos en el capítulo 1 del Título II<sup>78</sup>, procedimientos de participación popular<sup>79</sup> y al Congreso<sup>80</sup>.

7. La tesis de las limitaciones del poder en democracia, que se sostiene desde los griegos con las nociones de *psefismata* y *nomoi*, y que se mantienen en las democracias representativas con la diferenciación entre poder constituyente y poder de revisión, pueden resultar útiles y necesarias para formular la tesis de la restricción del poder de reforma constitucional cuando existan, por ejemplo, mayorías políticas en el Congreso que puedan vulnerar, mediante modificaciones a la Constitución, los aspectos fundamentales de nuestro pacto jurídico-político.

#### BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Reformas institucionales en Colombia: una agenda reformista para los desafíos del nuevo siglo* (editado por ALBERTO ALESINA), Bogotá, Alfaomega-Fedesarrollo, 2002.

BENEDETTI JIMENO, ARMANDO. “¿Qué hay detrás del fondo?”, en *El Tiempo*, 24 de octubre de 2005.

CAJAS SARRIA, MARIO ALBERTO. “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, en *Precedente*, Cali, Icesi, 2004.

DE VEGA, PEDRO. Prólogo al libro de GONZALO RAMÍREZ CLEVES *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS MAURICIO. *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tesis de Grado, n.º 48, 2007.

HELLER, HERMAN. *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996.

PALACIOS TORRES, ALFONSO. *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAMÍREZ BULLA, GERMÁN. “Globalización, paz y derecho internacional”, en GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES (ed.). *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

78. Artículo 35 modificado en el Acto Legislativo n.º 1 de 1997, y en su momento los artículos modificados por el Acto Legislativo n.º 2 de 2003 (Estatuto Antiterrorista) que reformaba los artículos 15, 24 y 28 de dicho capítulo y que en la Sentencia C-816 de 2004 fue declarado inconstitucional por vicios de procedimiento.

79. Por ejemplo, en la reforma política (Acto Legislativo n.º 1 de 2003) se reforma el voto, con el establecimiento del voto preferente.

80. Principalmente reforma la actuación del Congreso el Acto Legislativo n.º 1 de 2003 (Reforma política), verbigracia con el establecimiento del sistema de bancadas y la actuación de grupos parlamentarios, o el Acto Legislativo n.º 2 de 2005 que reforma el artículo 176 sobre circunscripciones especiales para otorgar curules en la Cámara de Representantes.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Revista de derecho del Estado*, Bogotá, n.º 18, junio de 2006.

RESTREPO PIEDRAHÍTA, CARLOS. “Los derechos de los muertos. De la Antígona de Sófocles a la Baader-Meinhof Bande en Stuttgart”, en *Revista de Derecho del Estado*, n.º 3, Bogotá, diciembre de 1997.