

La constitucionalización de las falacias, a propósito de la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2004 sobre reelección presidencial

Todo el mundo tiene derecho a formar parte del gobierno de su país, directamente o a través de representantes libremente elegidos. La voluntad del pueblo debe ser la base de la autoridad del gobierno; la cual debe expresarse a través de elecciones periódicas y legítimas basadas en el sufragio universal mediante voto secreto y libre¹

La subsistencia de un régimen democrático es inconcebible sin la existencia de límites y contrapesos al poder. El respeto de los derechos humanos, sus garantías, y la existencia de una división y control entre los poderes, viabilizan el ejercicio mismo de los derechos, permiten la defensa de la voluntad popular expresada en la Constitución² y en última instancia posibilitan la defensa misma de la democracia ante las minorías, en otras palabras, posibilitan los cuatro mandatos derivados del principio de igualdad³. En el caso latinoamericano es de vital importancia la anterior consideración –de tales límites y controles al poder– si tenemos en cuenta que nuestra historia institucional se ha caracterizado por democracias presidencialistas, donde la voluntad del constituyente primario se ha asociado a la voluntad del presidente de turno.

Ahora bien, como producto de la Asamblea Constituyente de 1991, el marco institucional colombiano dio importantes

avances para superar la vetusta tradición presidencialista del país. En tal sentido se creó una Corte Constitucional como “garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales”⁴, con importantes capacidades de control sobre el Ejecutivo y el Legislativo –especialmente a través del recurso de inconstitucionalidad y las competencias directas en materias como la declaratoria del estado de excepción–. Desde su génesis, la Corte Constitucional ha ejercido las labores de control previstas en la Carta política, especialmente en lo referido a la defensa de los derechos fundamentales; este control es ejercido en nuestro ordenamiento gracias a los artículos 153, 241, 242 CP, y a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4.⁰⁵

Dicho control también se ha situado en el ojo del huracán al analizar temas tan críticos como lo han sido la despenalización de la eutanasia⁶, del aborto⁷, la constitucionalidad del acto legislativo que permitió la reelección⁸ y próximamente la constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio; acompañando a estos debates así mismo se han llegado a discutir cuestiones primordiales del control constitucional “que se han debatido en el seno de la doctrina norteamericana y de algunos de los países europeos”⁹. Es así como una de las principales diatribas

que se ha esgrimido contra la Corte ha sido el planteamiento del interrogante de “si resulta contradictorio a la democracia entregar el poder de interpretar la Constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos por el pueblo”¹⁰.

En lo que respecta al análisis que procederemos a hacer sobre el Acto Legislativo 02 de 2004 y su control de constitucionalidad, es procedente y necesario hacer algunas precisiones. Ellas ocuparán la primera de tres secciones de este artículo.

I. DEMOCRACIA E IGUALDAD

1. El principio de igualdad

El término igualdad tiene una carga retórica considerable: protagonista de los ideales y discursos políticos más importantes de la historia, así mismo representa uno de los ideales sociales más controvertidos¹¹ y anhelados.

La igualdad constituye el cimiento por antonomasia sobre el que se edifica nuestro Estado social de derecho, es “uno de los pilares de la supraconstitucionalidad, contra la cual no se puede atentar”¹². Asimismo la igualdad permea nuestra Constitución desde su preámbulo y se concreta en el artículo 13 como una disposición iusfundamental, la cual estatuye reglas y principios¹³, entre ellos uno primordial: el principio de igualdad.

El principio de igualdad es una norma jurídica¹⁴ que expresa el “deber ser ideal”¹⁵ que se desprende en nuestro ordenamiento jurídico de la disposición constitucional *ut supra*. Así mismo este principio postula en palabras de la Corte Constitucional que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”¹⁶.

Este principio indeterminado¹⁷ atribuye al Estado el deber de atender a las personas de manera que la distribución de ventajas y desventajas sociales sea equitativa¹⁸, y a la Corte Constitucional el deber de concretarlo y garantizarlo mediante *normas adscritas* de una manera adecuada, es decir, este principio se dirige a modular un sistema de pesos y contrapesos en las relaciones sociales. Lo anterior a través de cuatro “mandatos correlativos”¹⁹ derivados del mismo principio, a saber:

- i. Un mandato de atención exacta a destinatarios que se encuentren en circunstancias así mismo exactas.
- ii. Un mandato de atención opuesta a destinatarios que se encuentren en circunstancias totalmente diferentes.
- iii. Un mandato de atención semejante²⁰ a destinatarios que se encuentren en circunstancias semejantes donde las similitudes sean más relevantes que las diferencias.
- iv. *A contrario sensu* al anterior, un mandato de atención diferente²¹ a destinatarios que se encuentren en circunstancias semejantes donde las discrepancias sean más relevantes que las similitudes.

Ahora bien, dicho ideal de equidad no es pleno: está inmerso en su contrario mismo debido a un factor ineludible, la naturaleza humana; dicho en otras palabras, “aunque uno se lo propusiera y fuera capaz de sacrificar todo por la igualdad, nunca podría alcanzar la absoluta igualdad. La gente sencillamente difiere demasiado entre sí”²². La inequidad es una ausencia de equidad, mas esta ausencia es inevitable en la propia aplicación de los mandatos derivados del principio de igualdad. De lo que se trata, entonces no es de hiperracionalizar el fin mismo de cada mandato del principio de igualdad, sino de lograr una mayor

satisfacción de la equidad sobre su opuesto, es decir, de llevar a su menor expresión la ausencia de equidad en las relaciones sociales.

Asimismo, los anteriores mandatos “tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva: el derecho a la igualdad”²³; éste último de igual forma posibilita al individuo para exigir el cumplimiento de los mandatos por parte de los particulares y del Estado, y de manera indiscutible representa un “medio de integración objetiva del Estado constitucional”²⁴ y garantiza una rúbrica jurídico-constitucional frente al Estado²⁵.

Fehaciente es que tanto el primero como el segundo mandato del principio de igualdad “no suelen originar problemas interpretativos”²⁶; por ende es mucho más fácil garantizar su aplicación y protección efectiva que en los mandatos restantes, dado que ellos, como es apenas lógico, necesitan de una hermenéutica predilecta, aun carente de univocidad.

Ante todo lo anterior, sin embargo, existe una apreciación mucho más especial: dado que la protección de los cuatro mandatos del principio de igualdad radica en cabeza principal del Estado, es este el que puede evitar su vulneración, o en caso contrario, promocionarla con sus actuaciones. Esto quiere decir que aunque el Estado tenga el deber de garantizar la igualdad en un Estado social de derecho como el nuestro, los órganos estatales pueden obviar esta responsabilidad y hacer todo lo opuesto al mandato constitucional.

Ahora el problema consiste en precisar: ¿cuándo y de qué forma las actuaciones estatales prohíjan un estado de desigualdad? Este, a nuestro modo de ver, es uno de los problemas claves para lograr un Estado con un mayor grado de igualdad.

Tanto el principio de igualdad y el derecho a la igualdad se configuran en dos niveles netos: “la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley”²⁷.

Mientras que en el primer nivel la vulneración al principio de igualdad puede acontecer en la aplicación o inaplicación de la ley²⁸, en el segundo nivel puede suceder solo en la ineficacia vinculante del “mandato de optimización”²⁹ frente al legislador. Así mismo, tanto en el primer como en el segundo nivel el problema pende de la correcta concretización, fundamentación y aplicación del principio de igualdad.

En los mandatos uno y dos del principio de igualdad es *prima facie* muy fácil establecer la manera correcta de concretizar, fundamentar y aplicar el principio de igualdad. Caso contrario sucede con los mandatos tres y cuatro que requieren un análisis mucho más profundo; las situaciones en ellos enmarcadas sugieren una fundamentación y una concretización muchas veces difusa y una aplicación mucho más eficiente. Esto nos lleva a pensar que la promoción de las circunstancias previstas en los indeterminados supuestos de hecho de dichos mandatos hacen mucho más difícil la sostenibilidad y garantía del derecho a la igualdad en un Estado constitucional.

En efecto, los mandatos tres y cuatro del principio de igualdad buscan solucionar circunstancias de desigualdad que el Estado ha permitido y que así mismo es incapaz de subsanar eficazmente: “la desigual distribución de riqueza y de poder entre razas, entre hombre y mujeres, entre clases sociales definidas económicamente cuya pertenencia está determinada por el nacimiento, constituye un sistema que es intrínsecamente repulsivo a nuestro sentido de justicia”³⁰, y no hay peor forma de desigualdad que la discriminación. De este modo estaría en lo cierto la Corte Consti-

tucional en la sentencia C-022 de 1996 al definir el principio de igualdad como “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, ya que mediante esta definición subsume al principio en sus dos primeros mandatos, que a su vez representan una igualdad absoluta.

Aunque es cierto que la existencia de grupos discriminados o marginados, de condición económica, física o mental que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta –los destinatarios a quienes se dirigen estos mandatos– es inevitable en todo Estado (no hay mejor forma de representarlo que constatando la existencia impercedera de estos mandatos a través de la historia: “el mundo, tal como lo conocemos, es desigual y se estructura ‘naturalmente’ en desigualdades. La igualdad como idea-protesta combate esta marcha por inercia, ‘*desnatura*’ a la naturaleza”³¹), también es cierto e indiscutible que en la existencia de grupos discriminados o marginados tiene gran parte de responsabilidad el propio Estado. Por ello, correctamente se afirma que “las normas jurídicas tienen un gran impacto en la distribución del poder y la riqueza en la sociedad. Por ello, si uno piensa que la distribución del poder y la riqueza entre hombres y mujeres, entre ricos y pobres, entre gente de distinta raza es injusta, y si las normas jurídicas tienen un gran impacto en ello, entonces la gente que crea esas normas es responsable de dicha injusticia”³².

Muchas veces “el razonamiento jurídico presenta a las reglas jurídicas como más necesarias, inevitables e intrínsecamente justas de lo que realmente son”³³.

El Acto Legislativo 02 de 2004 reformó la Constitución mediante una medida³⁴ que ubicó a los destinatarios del principio de igualdad en las circunstancias tercera y cuarta, cuando en un principio estos se en-

contraban en la circunstancia que prevé el primer y segundo mandato del principio.

Así pues, el legislador que mediante una medida promociona una circunstancia de discriminación cuando dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existe otra medida presente o anterior que garantiza un mayor grado de igualdad *prima facie*, ese legislador no solo vulnera el principio de igualdad, sino también el derecho a la igualdad de una forma excesiva. En el caso concreto la medida partía de la base de una “prudencia parlamentaria”, en donde el legislador, al constatar que ocasionaría un grado de vulneración mayor al principio de igualdad, tenía el deber de no proceder a la reforma, y por su parte la Corte Constitucional de impedirla, punto que analizaremos con más cuidado más adelante.

Como lo ilustra HERDEGEN: “El acto reformatorio de la reelección presidencial es una deformación del proceso electoral porque se mantiene un estricto régimen de inhabilidades para quienes ostenten cargos políticos, como los ministros, los directores de departamentos administrativos o los altos magistrados, mientras se permite la candidatura al presidente en ejercicio. Es decir, el acto legislativo eliminó del campo de batalla político a todos los demás altos funcionarios del Estado. Solamente quedó exento el máximo mandatario. Esa decisión [...] afecta la igualdad de competencia en el proceso electoral”³⁵.

2. *El principio democrático y la igualdad*

El término democracia, al igual que el de igualdad, posee una carga retórica muy considerable, y más allá de su significado etimológico (poder del pueblo), dado que “un sistema democrático es ubicado por una deontología democrática y ello porque

la democracia es y no puede ser desligada de aquello que la democracia debería ser”³⁶, es imperante definir la democracia de una manera prescriptiva y descriptiva.

Así mismo, es más fácil determinar cómo y cuál debería ser la democracia ideal que precisar cuáles son las condiciones de la democracia posible³⁷. De todas formas, la democracia que debemos comprender, como SARTORI lo resalta³⁸, es la “democracia política”, la reducción de “millones de personas a un único comando” referida a aquel *optimum* que se asienta en los “microcosmos sociales”.

Las corrientes contractualistas plantean como base de toda institucionalidad política un “consenso originario”³⁹ indeterminado, sin haber sido constituido mediante la voluntad consciente en un momento histórico determinado⁴⁰. El anterior supuesto nos remite necesariamente a la *idée fixe* de una necesaria consensualidad implícita “en una comunidad de comunicación política que acepta una cierta institucionalidad como la propia”⁴¹.

Con base en lo anterior podemos afirmar sin equivocarnos que siempre existe un consenso⁴² sin el cual gobierno alguno puede desplegar y cultivar el “poder comunitario”, que se funda en la “racionalidad práctica discursiva”, esto es, lo que según el consenso, la tradición ha mostrado como mejor. Si lo anterior es cierto, dicho consenso se mantendrá mediante una “aceptación tolerable” hasta que el mismo encuentre razones suficientes para ponerlo en cuestión. Tal “aceptación tolerable” es lo que conocemos como “legitimidad política”, es decir, el sustento del poder mismo⁴³. Es la comunidad política quien mediante un consenso (muchas veces implícito mediante la aceptación) legitima al poder.

La anterior consecución de ideas nos lleva a preguntarnos si la tradición consensual

hace innecesaria una Constitución, y basta decir para responder a la cuestión planteada que lo que hace toda Constitución es reafirmar, y algunas veces modificar, ese calado de la tradición consensual⁴⁴.

En dicho criterio último de legitimidad política se edifica la “participación simétrica de los afectados (afectados por lo que ha de resolverse)”⁴⁵, todo lo cual está encaminado por cierto tipo de igualdad política, que exhorta a una “homogeneidad de la voluntad general”.

Para DUSSEL, “La *ratio* política libre, autónoma, discursiva, procedimental o democrática (*formaliter*) es un uso de la racionalidad que permite alcanzar la legitimidad (*validez formal*) de toda norma legal, acción o institución. Para ello es necesario que la razón pueda ejercerse en la participación pública, efectiva y simétrica de los afectados; es decir, de los ciudadanos como actores en el ejercicio de la plena autonomía que tienen en la comunidad de comunicación política, como comunidad intersubjetiva con soberanía política, fuente y destino del derecho, cuyas decisiones tienen por ello pretensión de legitimidad política, con pretensión de universalidad. Se trata de la razón político-discursiva”.

La anterior exposición por parte de DUSSEL alude a aquello que HABERMAS denomina “principio democrático”, un principio de derecho que implica un “momento discursivo del consenso, de la autonomía, la libertad y la soberanía política”.

Continúa DUSSEL: “El principio material o de contenido del ejercicio de la razón política (exigencia normativa en el uso del poder para la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana) no puede constituir su objeto mismo (la decisión realizadora de lo material), ni ejercerse sin mediación de la razón político-discursiva. Es decir, a la pregunta: ‘¿Con qué proce-

dimiento político se logra el consenso acerca de lo que puede producirse, reproducirse o desarrollarse la vida humana de una comunidad?”, sólo puede responderse: ‘¿Decídase la mediación necesaria de manera libre, autónoma, democrática o discursiva legítimamente según las reglas públicamente institucionalizadas!’; en otras palabras: ‘Procédase democráticamente!’”.

Mediante la teoría de la acción comunicativa, HABERMAS considera la participación y la opinión de los ciudadanos como criterios y valores necesarios para que con razón de un control de las decisiones puedan concretarse correctamente valores correlativos y universales contemplados desde la Ilustración (tales como la libertad, la democracia y la igualdad). Ello lleva a que el principio con carácter procedimental propuesto por dicho autor se enuncie de la siguiente forma: “Sólo pueden tener validez las normas que encuentran aceptación por parte de todos los afectados como participantes de un discurso práctico”⁴⁶. De este modo, para que la norma sea correcta el consenso tiene que ver su cauce en la participación por parte todos los afectados por ella, podrá ejercer su fuerza vinculante sólo cuando todos (y no los más poderosos o la mayoría) la acepten porque satisfacen “intereses universalizables”⁴⁷.

Desde esta óptica DUSSEL⁴⁸ entiende que el reconocimiento es un acto propio de la razón que representa un “conocer al otro como el igual”. KANT indicaba que el “respeto” por la ley era un sentimiento determinado por el amor a la ley en su universalidad. De esta manera, DUSSEL afirma que “el reconocimiento de la igualdad del otro” en su dimensión formal sitúa al interlocutor u oyente en una igualdad absoluta, es decir, lo sitúa en la “comunidad de comunicación política” de manera que tanto él como el otro tienen la misma dignidad. Así, en el

desconocimiento del otro se genera la verdadera desigualdad al negar la igualdad, y como consecuencia surge el conflicto que debe ser subsanado de la manera contraria a la que se originó:

“Así el ‘reconocimiento del otro como igual’ es una necesaria mediación entre el orden material (del contenido ético) y del orden moral (del procedimiento normativo de validez), ya que permite situar a los hablantes, argumentantes, en un mismo nivel normativo de libertad, autonomía y participación [...] condición necesaria de la argumentación, en una comunidad lingüística de comunicación en el que dicho reconocimiento permite éticamente al argumentante tomar seriamente al otro, y gracias a ello aceptar su razón”.

En este orden de ideas, para DUSSEL la “igualdad” se presupone como condición del consenso, mas como señala SARTORI, “se debe entender que todo depende del hacer iguales –igualmente sometidos a iguales leyes– a los igualitarios. Y como igualar a quien iguala es problema de libertad política (y de ingeniería constitucional), no, ciertamente, problema de igualdad material”, y, cómo es de suponerse, la propia igualdad lleva implícito un conceso previo, así pues, “la igualdad preside como pilar de toda la arquitectura constitucional, que se derrumba en cuanto desaparezcan la igualdad o la libertad, que son de la esencia de la democracia”⁴⁹, y si lo anterior es cierto, no es ostentoso afirmar que tanto el principio de la igualdad como el principio de la democracia son principios y derechos correlativos. Esta última será la tesis que esgrimiremos en el presente escrito y mediante la cual construiremos los argumentos para demostrar que el Acto Legislativo 02 de 2004 es inconstitucional a la luz de la democracia y de la igualdad.

En la misma línea, RAWLS plantea⁵⁰ por su parte, como médula de una moralidad

pública y política, una regulación estrictamente procedimental de las interacciones sociales mediante principios universales de justicia. Tales principios deben garantizar la igualdad de todos los miembros de la comunidad social y asegurar el goce de aquellas oportunidades mínimas, accesibles plenamente a todos, mediante su propia formación y de la elaboración de sus capacidades (físicas, emocionales y cognitivas) para que cada uno encuentre así la vía de su autorrealización libremente elegida y, lográndola, pueda consolidarse en el conglomerado social.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2004 A LA LUZ DE LA DEMOCRACIA Y LA IGUALDAD

Los actos reformativos de la Constitución se pueden impugnar ante la Corte Constitucional en virtud del numeral primero del artículo 241⁵¹ y 379⁵² de nuestra Carta Política, artículo que si bien enumera las competencias expresas del órgano, no lo hace de forma taxativa⁵³.

Los requisitos constitucionales y legales establecidos para reformar la Carta Política mediante un acto legislativo han sido analizados por la Corte Constitucional mediante un largo precedente⁵⁴. En dicho precedente la Corte ha precisado en relación con el artículo 379 superior que los actos legislativos sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos a que se refiere el título XIII de la Carta y que "... el parámetro normativo de referencia para enjuiciar la regularidad del procedimiento de un acto legislativo reformativo de la Constitución, comprende no solo las normas del Título XIII de la Carta, sino también las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento legislativo y que resulten apli-

cables, y las correspondientes del Reglamento del Congreso, en cuanto que allí se contengan requisitos de forma cuyo desconocimiento tenga entidad suficiente como para constituir un 'vicio de procedimiento de la formación del acto reformativo', '... entendiéndose por éste la violación de los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas, los cuales se encuentran sintetizados en el Título XIII'⁵⁵.

En el caso de reforma por el Congreso, el acto legislativo correspondiente debe cumplir los requisitos establecidos por la misma Constitución y algunas disposiciones de la Ley 5.^a de 1992 o Reglamento del Congreso en cuanto sean compatibles con las disposiciones superiores⁵⁶. Requisitos que, como lo recalca la corporación, "por corresponder cualitativamente a una función distinta de la legislativa, son más exigentes que los que se aplican en el trámite de las leyes"⁵⁷⁻⁵⁸.

Como lo señala CÁRDENAS GARCÍA, "un Estado de derecho necesita tener mecanismos de revisión de las normas secundarias que de sus órganos emanen, no sólo con ánimo de propiciar la coherencia o la unidad en el ordenamiento jurídico [...] sino para que se refuerce el consenso básico en cada acto legislativo [...] con el propósito de renovar la legitimidad política en el Estado de derecho"⁵⁹; dicha característica, continúa, "promueve la garantía de respeto a los derechos fundamentales, en tanto que un poder independiente se encargará de la tutela última de los mismos"⁶⁰.

1. *Los vicios de forma*

El artículo 241 numeral 1 limitó el control sobre actos legislativos a los vicios de forma. Es así como empezaremos por ellos en el análisis del control constitucional que la Corte esgrimió.

Comencemos por un argumento indiscutible: las normas que regulan el procedimiento legislativo son un medio para garantizar que el debate parlamentario bajo los presupuestos de democracia e igualdad y es una protección de la idea de “conocer al otro como el igual” sea su integridad y que la razón más fuerte se sienta gracias a un discurso político en donde se reconozca la dignidad tanto del interlocutor como del receptor, y en orden a lo anterior, dicho proceso brinde la participación idónea de todos los sujetos, representantes del poder constituyente primario. Bajo tales parámetros primordiales es como se debe llevar a cabo cualquier análisis que se haga sobre los presentes vicios.

Al respecto, la Corte ha resaltado el carácter instrumental –al servicio de un fin sustantivo– del procedimiento legislativo: “Los requisitos no están diseñados para obstruir los procesos o hacerlos más difíciles. Según el principio de instrumentalidad de las formas, las formas procesales no tienen un valor en sí mismas y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo”⁶¹.

Para la Corte la manera en que se siga un determinado procedimiento es correcta si dicho procedimiento y dicha manera permiten “la formación de la voluntad democrática en las cámaras”⁶².

Ahora bien, se procederá con base en lo anterior a analizar cada uno⁶³ de los vicios que se impugnaron contra el acto legislativo.

a. Falta de debate

Las acciones públicas que argumentaban la inconstitucionalidad del acto legislativo con base en la falta de debate en la plenaria de la Cámara durante la primera vuelta fueron las más concurrentes. Sin embargo, de la transcripción de las actas⁶⁴

se deduce que durante los días 15 y 16 de junio efectivamente el tema se debatió⁶⁵.

El día 17 de junio se dio una clara muestra de protesta⁶⁶ por parte de los contradictores del proyecto, consecuencia de la ausencia en el debate del canal televisivo Señal Colombia. Sin embargo, y ese es el punto central, aunque la protesta no se originaba en el hecho de que la presidencia de la corporación estuviera limitando la posibilidad de los representantes de participar en el debate, sí se originaba, con sentido, en la precariedad de garantías ecuanímes para la realización de un proceso democrático, en el que, como ya lo hemos señalado, se asiente la razón más fuerte mediante el reconocimiento de la igualdad del otro. Lo que hace la presencia de los medios de comunicación no es otra cosa que proteger y exigir ese reconocimiento.

En el anterior sentido, la medida más idónea habría consistido en esperar que en el debate se hiciera presente Señal Colombia, y no como lo señaló el concepto del Procurador⁶⁷ en el sentido de que “el retiro de los congresistas de la oposición bastó al presidente de la Cámara para presumir que todos los inscritos habían renunciado a participar”.

Lo anterior puede interpretarse en dos sentidos excluyentes: por un lado cabe preguntarse si una garantía como la mencionada daría lugar a una “dictadura de las minorías”, y así, mediante dicha protección se propiciaría que en el futuro se recurra al silencio como una poderosa arma para sabotear los debates e ir en contra del principio democrático, y así lograr por vías ilegítimas resultados adversos a los queridos por las mayorías en los cuerpos colegiados; por otro lado, se cuestionan las garantías mismas, sin las cuales las intervenciones de las “minorías” no tendrían una adecuada protección.

Ahora bien, cabe observar que la Corte ha elaborado un largo precedente reiterando siempre que “para la modificación de la Carta Política, lo mismo que para la formación de las leyes, es absolutamente indispensable el debate”, de lo que no se deriva “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”⁶⁸.

En este orden de ideas, y como lo determinamos en la primer sección, si es cierto que la igualdad es un correlato de la democracia, también es cierto que para garantizar eficazmente la última es necesario que exista una medida suficientemente razonable que proteja su participación, ya que como lo retrata HABERMAS, la democracia debe ser entendida bajo el supuesto de *autoorganización política*⁶⁹, y en tal sentido la democracia no puede ser entendida como el reinado de las mayorías o de las minorías, sino como el reinado de las razones de mayor peso sentadas gracias al consenso racional de la sociedad. Como lo señala el salvamento de voto del magistrado CÓRDOBA TRIVIÑO: “La existencia de ocho debates parlamentarios en el proceso de formación de la voluntad constituyente es una exigencia de la democracia deliberativa para asegurar que la reforma constitucional sea el fruto de sólidos consensos reforzados que puedan perdurar en el tiempo y en cuya formación todos los intereses relevantes hayan sido seria y serenamente tomados en cuenta. Para ello es necesario que en cada uno de los ocho debates los derechos de las minorías sean rigurosamente respetados y que se asegure el cumplimiento cabal de las reglas del juego previamente definidas”⁷⁰.

Así pues, la consagración en el reglamento del Congreso de que el uso de la palabra es discrecional de los parlamentarios, debe ser entendido no solo en el sentido del cumplimiento del requisito de que se den todas las posibilidades de intervenir y se cumpla con todas las formalidades, sino también de que dichas intervenciones deben gozar de los medios más idóneos para que se ejerzan de manera que los derechos fundamentales y los principios de Estado de derecho funcionen como “una respuesta consecuente a la cuestión de cómo pueden implementarse los exigentes presupuestos comunicativos del procedimiento democrático”⁷¹.

Tan cierto es lo dicho anteriormente que la Corte Constitucional ha afirmado que “las reglas existentes están orientadas a determinar unas condiciones para garantizar la posibilidad de existencia de un debate democrático”⁷².

Tal vez donde mejor se ilustra lo anterior sea en el salvamento de voto del magistrado BELTRÁN SIERRA, quien señala que luego de aprobado el proyecto en el Senado en primera vuelta, lo que se presentó tanto en la Cámara de Representantes como en la plenaria de la Corporación fue un “simulacro de debate”⁷³, pues de manera expresa se afirmó que cualquier modificación podría llevar el proyecto al fracaso por razones de tiempo y que, en tal virtud, se imponía su aprobación sin variación alguna de lo aprobado en el Senado.

De este modo el “debate” surtido el día 17 de junio vulneró los artículos 375, 157 y 3.º de la Carta⁷⁴, ya que a pesar de que se encontraban inscritos para intervenir 59 Representantes, y además de asumirse que ninguno tenía intención de hablar⁷⁵, a ninguno se llamó a lista para ofrecerle la palabra⁷⁶.

Razón tiene BELTRÁN SIERRA al afirmar que la Corte estructuró en contra de su propia

jurisprudencia “citas indebidas y parciales para intentar desconocerla”⁷⁷. No es ostentoso ni incorrecto afirmar a partir del análisis de la sentencia C-1040 de 2005 y de sus salvamentos de voto que la Corte Constitucional divagó en una constelación de incoherencias⁷⁸ ni que, como lo afirma CÓRDOBA TRIVIÑO, el debate surtido tanto en Cámara como en Senado se realizó mediante un “trámite precipitado y ausente de garantías”⁷⁹.

b. El trámite de los impedimentos

El Acto Legislativo 02 del 2004 fue aprobado gracias a la votación de 71 congresistas que manifestaron encontrarse impedidos por tener interés particular en la decisión. Lo anterior imponía que dichos congresistas se abstuvieran de intervenir tanto en los debates como en la votación del Acto Legislativo a partir del momento en que plantearon su impedimento, y esto para darle cumplimiento a los artículos 1.º, 3.º, 133 y 182 de la Constitución. Como lo señala BELTRÁN SIERRA, “sin lugar a duda alguna, si el conflicto de interés existe, el congresista debe inhibirse de participar en el trámite del asunto sometido a su consideración. La Constitución, en guarda del interés general y de la ética pública, en desarrollo del principio democrático, no estableció distinción de ninguna especie para tolerar en algunos casos la actuación del congresista y permitírsela en otros”⁸⁰.

Sin embargo, ese proceso no se hizo y además, a quienes fueron recusados, se les tramitó la recusación como impedimento para evitar el cumplimiento del artículo 294 de la Ley 5.ª de 1992 (Reglamento del Congreso), y es lógico así mismo que una premisa fundamental derivada del principio de igualdad consiste en la igualdad de todos ante la ley, consagrado en el primer inciso

del artículo 13 constitucional⁸¹, de donde se colige que dicha evasión de la misma por cualquier medio representa una vulneración excesiva al derecho a la igualdad.

Aunque la Corte admite que es “deseable depurar la política de actividades clientelistas”, concluye que ninguno de los argumentos expresados por los demandantes conducía a una declaración de inconstitucionalidad del acto legislativo.

En este acápite se cuestionan tres circunstancias que *prima facie* vulneran el principio de igualdad al violar el régimen de conflicto de intereses⁸²:

- i. Congresistas que habían solicitado su impedimento votaron otros impedimentos antes de que el suyo hubiere sido resuelto.
- ii. Dichos congresistas votaron negativamente impedimentos presentados por causas similares de su propio impedimento.
- iii. Finalmente, en la plenaria de la Cámara, y antes de que se resolviera su impedimento, votaron sobre la forma como se tramitarían dichos impedimentos.

Cabe resaltar que la última situación mencionada soslayaría el principio según el cual nadie puede ser juez de su propia causa.

La Corte Constitucional superó los anteriores inconvenientes con dos argumentos bastante debiles:

- i. En primer lugar la Corte aseguró, con base en una sentencia del Consejo de Estado⁸³, que si en la práctica no se permitiesen las anteriores situaciones sería fácil que los congresistas evadiesen el cumplimiento de sus responsabilidades y como consecuencia de lo anterior se abriría la puerta para paralizar la actividad del Congreso.
- ii. En segundo lugar, la Corte llegó a la conclusión de que como en la práctica parlamentaria cuando varios congresistas manifiestan simultáneamente sus impedi-

mentos y éstos son debatidos conjuntamente, cada congresista solo se abstiene de votar sobre su propio impedimento, y la regulación de lo anterior era precaria, no había razón para juzgar de manera contraria a la Constitución dichas circunstancias.

El primer argumento no se acentúa con el carácter del examen que pretendió realizar la Corte Constitucional, quien reiteró en las 18 sentencias proferidas acerca del acto legislativo que no analizaría, ni tampoco podía hacerlo, la conveniencia o inconveniencia del acto, mas sin embargo, sí analizó la conveniencia o inconveniencia de la proyección de su decisión con referencia a una situación fáctica.

Así pues, con razón afirma el procurador que lo actuado se hizo “fuera de las condiciones constitucionales” por cuanto se negó la “transparencia en la adopción de las decisiones”. No es absurdo afirmar que mediante una argumentación artificiosa la Corte Constitucional obvió problemas mucho mayores, entre ellos la vulneración a los derechos fundamentales que se sentaba en su propia decisión.

La anterior perspectiva se perfecciona en el salvamento de voto de CORDOBA TRIVIÑO, quien anota con toda razón que “el numero de congresistas presentes que no habían planteado conflicto de interés y que están plenamente habilitados para debatir y votar, dado el alto grado de ausentismo, no alcanzó para integrar el quórum decisorio en plenaria de Cámara en primera vuelta, ni las mayorías reglamentarias en Plenaria de Senado en la segunda vuelta del proyecto”⁸⁴.

c. Las votaciones de los textos de conciliación

Pese a que el artículo 161 de la Constitución ordena repetir en caso de la ausencia

de debate (cómo sucedió en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República en las sesiones plenarias del 14 de diciembre de 2004 sobre el informe de conciliación), esta repetición no se hizo y se violó directamente la disposición de la Carta Política⁸⁵.

En conclusión de lo anterior, el acto legislativo debió ser declarado inconstitucional, como lo subrayó el procurador, porque en su formación se atentó contra los derechos de las minorías, y conexo a lo anterior, el principio de igualdad y el de democracia, como se explicó en el primer acápite. Así mismo conforme a los artículos 149 y 375 de la Constitución, a la Ley 5.^a de 1992 (Reglamento del Congreso) y de otras normas complementarias y compatibles de la Constitución, la aprobación del acto legislativo se produjo fuera de las condiciones constitucionales necesarias para garantizar un mínimo de democracia e igualdad, más aún tratándose de un acto reformativo de la Constitución, por lo cual “carece de validez y ha debido declararse su inexecutable, lo que no se hizo por la Corte”⁸⁶.

2. *Los vicios de competencia*

Antes de proceder al análisis de los vicios de competencia es menester hacer algunas precisiones, entre ellas una de especial relevancia: la competencia de la Corte para efectuar el análisis de los vicios de competencia sobre los actos reformativos de la Constitución.

Si bien es cierto que, como lo señalaba H. KELSEN, atribuir al Gobierno la vigilancia de la constitucionalidad de sus propios actos sería una ingenuidad política⁸⁷, ya que como lo sostiene BERNAL PULIDO soslayaría el principio según el cual nadie puede ser juez de su propia causa⁸⁸, también lo es

la análoga ingenuidad de R. DWORKIN al sostener que solo los participantes de las deliberaciones democráticas actúan movidos por intereses privados⁸⁹, expresando su favoritismo a los órganos constitucionales, cuando estos últimos, elegidos mediante los intereses antes mencionados, no rehúyen a la crítica. D. KENNEDY, por su parte, sostiene que “los jueces y abogados tienen un nivel más alto de responsabilidad y un abanico de elecciones más amplio del que dicen tener”⁹⁰, y en este orden de ideas ellos pueden hacer valer su ideología política⁹¹ para encaminarse a “la-sentencia-a-la-que-quiere-llegar”⁹², manipulando las indeterminadas disposiciones constitucionales, a tal punto de proferir normas que contraríen el sentido original con el cual el legislador elaboró los enunciados prescriptivos, dando paso a cuestionarse severamente si, como lo indica J. H. ELY, sería que “sobre lo que primariamente habría de versar la *judicial review* habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático”⁹³, sin realizar un control material de las disposiciones. En la misma línea, HABERMAS sostiene que en cabeza del recurso de amparo se debe subsumir la protección de los derechos fundamentales; así pues, el control abstracto de las normas⁹⁴, desde la perspectiva de este autor, no se justificaría desde ningún punto de vista un control ilimitado en este control abstracto⁹⁵. Para HABERMAS el control constitucional de las leyes se ejerce a través del ordenamiento jurídico con el fin de “someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas”⁹⁶. Bajo este entendimiento, la Constitución “fija los procedimientos políticos conforme a los cuales los ciudadanos, ejercitando su derecho de

autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida”⁹⁷; de este modo la Corte no tendría competencia alguna para “enjuiciar los resultados de estos procesos de deliberación y comunicación”⁹⁸.

En este orden de ideas, se plantea el interrogante de si la ausencia de control material en los actos reformativos de la Constitución garantiza en su totalidad los derechos fundamentales.

BERNAL PULIDO lo ilustra de manera clara; según dicho jurista, “aun cuando la única competencia de los jueces constitucionales fuese el control de las formas de la deliberación democrática, su ejercicio también implicaría un control de constitucionalidad de las leyes referido a aspectos materiales relacionados con los derechos”⁹⁹; dicho en otras palabras, para una adecuada protección de los derechos fundamentales es necesario ejercer un control material sobre todos aquellos actos que directa o indirectamente los vulneren *prima facie*.

Comprendemos en el sentido de HERDEGEN que “las cortes constitucionales tienen que ser independientes de todas las influencias políticas. El tema en evolución es hasta qué grado los jueces pueden respetar la discrecionalidad gubernamental o el poder del Congreso. Es el eterno balance entre la responsabilidad política y el control judicial”¹⁰⁰. Sin embargo, desde la óptica de las vastas críticas y sugerencias que arguye KENNEDY¹⁰¹, es indispensable e inevitable la existencia de este control material con miras a determinar si la medida tomada por el reformador fue la más idónea frente a la protección de los derechos fundamentales.

“Ahora bien, el Acto Legislativo 02 de 2004 ha abierto una intensa controversia jurídica acerca de los ‘límites materiales’ a la facultad del Congreso para introducir

determinados cambios en la Constitución en algunos de sus elementos. Como lo sostiene SIERRA PORTO ‘el concepto de vicios de competencia es la *forma* ideada por la posición mayoritaria para justificar un control material o de *fondo* de las reformas constitucionales’, esto debido a que para determinar si el reformador de la Constitución era o no competente, o hasta qué punto era competente para reformarla, y para medir los límites de la misma reforma es necesario hacer un paralelo entre el contenido a reformar y la reforma en sentido estricto”. Como el referido magistrado expresa, resulta “contradictorio e incluso un tanto artificioso afirmar que ‘no compete a la Corte el examen del contenido material de dichos actos reformativos en tanto el mandato que se le asigna está referido a los aspectos formales y de trámite’, y por otra parte declarar inconstitucional parte del acto legislativo indicando que ciertos contenidos no debieron hacer parte del acto porque no había competencia del Congreso para referirse a esos temas”¹⁰².

En efecto, la Corte elabora un estudio en la mayor parte de las 18 sentencias que profirió acerca de la constitucionalidad del acto legislativo sobre las “características del control de constitucionalidad de los actos legislativos en lo que se refiere a las vías de competencia”.

Parte de la postura jurisprudencial de conformidad con la cual la Corte Constitucional es competente para examinar y decidir la constitucionalidad de ciertos contenidos del Acto Legislativo 02 de 2004 permite y exhorta un control material en defensa de los derechos fundamentales.

En efecto, mientras que el artículo 241 en su numeral primero establece que la corporación *sólo* podrá decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución

por vicios de procedimiento en su formación, la jurisprudencia en un largo precedente ha establecido todo lo contrario, ella sostiene que dicho adverbio “no puede ser tomado en su sentido literal”¹⁰³, y lo anterior es así a unas razones de gran peso.

En primer lugar, es claro que otras normas de la Constitución y de la Ley 5.^a de 1992, el Reglamento del Congreso, resulten y deban ser aplicables al trámite complejo que se lleva a cabo en el proceso de la modificación de la Carta.

Y si lo anterior es así, también es claro que la “inobservancia de esas otras normas compatibles con el proceso de reforma constitucional” puede conllevar a que el acto en análisis de por sí solo sea inconstitucional y deba ser declarado como tal.

De tal suerte que hasta el Reglamento del Congreso, pese a su carácter infraconstitucional, sea una comparación aceptable, relevante y necesaria, en el que su desconocimiento es susceptible de generar una vulneración ostentosa de la Carta, por cuanto ejerce una mediación en un proceso complejo, que requiere de tal para surtir una enmienda lo suficientemente democrática. Con base en lo anterior, no es falso afirmar que a la naturaleza de la ley orgánica *supra* y a sus mandatos “ha de someterse el Congreso al ejercer su actividad”¹⁰⁴.

Así mismo en la sentencia que revisó la convocatoria al referendo (C-551 de 2003), la Corte esbozó su apego a esta posición manifestando que al Congreso, en su calidad de constituyente derivado, sólo le está dado *modificar*, mas no *sustituir*, la Carta Política: “Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues

la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad [...]”¹⁰⁵.

Ahora bien, el punto central radica en establecer de manera clara en qué punto el Congreso puede sustituir la Carta Política, punto difuso debido a que nuestra propia Carta Fundamental no contempla expresamente lo que la doctrina denomina “cláusulas pétreas” o “intangibles” que no deben ser “tocadas” por el Constituyente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, inspirada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, señala que el Congreso cuando reforma la Constitución no puede acabar con su “esencia”. Y en este sentido, el Congreso, en su poder reformatorio, puede hacer cambios pero no sustituir, suprimir o vulnerar principios “esenciales” que definen el Estado en términos de la Constitución de 1991, y “parte de esos principios esenciales corresponden a admitir un proceso electoral no discriminatorio”¹⁰⁶.

Así pues, *verbi gratia*, la Constitución alemana expedida en la posguerra señala en su artículo 79.3 que “es inadmisibles una enmienda [...] que afecte la división de la federación en *Länder*, el principio de participación de los *Länder* en la legislación o los principios enunciados en los artículos 1.º y 20”¹⁰⁷.

Aunque es cierto que al examinar el texto constitucional se encuentra claramente que uno de los elementos que irradia su articulado es el enorme respeto por el poder legislativo como órgano constituyente, también lo es que tal respeto no es comparable a la veneración que nuestra Constitución hace de los derechos fundamentales, y que su garantía en ese sentido implica la mayor de las responsabilidades por parte de las jurisdicciones, de los particulares y

del poder legislativo; como correlato a lo anterior, también implica un necesario control por parte del Tribunal Constitucional de todas las posibles violaciones que puedan presentarse contra ellos.

No aceptar lo anterior implica que la instauración de una dictadura fuese posible en un Estado social de derecho. Por supuesto, lo mismo se puede predicar de los demás “casos extremos”, como la reinstauración de la esclavitud o la supresión de los derechos de la mujer, por ejemplo si “se admitiera la abolición del voto femenino por haberse cumplido con los requisitos externos de procedimiento”¹⁰⁸, por mencionar sólo algunos.

Así pues, en esta secuencia de ideas, aunque negar la potestad del Congreso de introducir reformas a la Constitución sería la negación del principio de separación de poderes y también la negación de la razón de ser del ejercicio democrático y del sentido de representación, aceptarla sin ningún control que examine a ciencia cierta la vulneración a los derechos fundamentales sería inconcebible en un Estado social de derecho como el nuestro.

La salvaguarda de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho se presenta como la preocupación más urgente de un Estado constitucional, y en este sentido el Estado debe concentrar todos sus recursos en su garantía y protección: así pues, todos los actos del Estado deben estar orientados a dicho fin.

Ahora bien, cabe precisar si existe algún medio o mecanismo especial, un mecanismo reforzado de protección de estos bienes con el objetivo de saber cuáles son dichos bienes preponderantes en la Constitución.

La anterior propuesta nos conduce directamente a los derechos fundamentales, que aparecen una vez más cuando gozan

de la protección de la acción de tutela, y el caso específico de la libertad personal con el *habeas corpus*. Esto último no significa adelanto, ya que los derechos fundamentales, como es bien sabido, poseen una posición de prevalencia, mas hay un elemento esencial que debe aquí ser tenido en cuenta: existen unas cláusulas que definen la “impresencia” de la Constitución. Dichas cláusulas –que han sido develadas, y no estatuidas como tal por la Corte Constitucional– son las que define la Constitución Política misma¹⁰⁹.

Diferencia entre reforma y sustitución

OSUNA señala que “la Constitución colombiana establece tres mecanismos para su propia reforma, los cuales, en orden ascendente de rigidez, son el “acto legislativo” (reforma introducida por el órgano parlamentario, mediante el procedimiento de elaboración de las leyes, pero duplicado), el referendo y la Asamblea Constituyente”¹¹⁰. Está claro que en caso de aquellas cláusulas que definen la Constitución Política su modificación solo puede hacerse por medio de Asamblea Nacional Constituyente. Esta exigencia de un procedimiento particularmente complicado en términos jurídicos, políticos e históricos, no es más que el planteamiento de un mecanismo reforzado de protección. Es evidente: si para cambiar una cierta parte de la Constitución tengo que acudir a un mecanismo especial y complicado es porque allí existe un interés especial de protección, y esto es porque las disposiciones en cuestión no se deben someter a libre debate de Congreso, en forma de acto legislativo, o del referendo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003 coloca un modelo que es

paradigmático y que es una piedra angular en el desarrollo de la presente tesis: “Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad”¹¹¹.

Así pues, con base en lo anterior, cabe afirmar que la cláusula del Estado social de derecho es un elemento definitivo de la esencia de la Constitución Política.

Una apreciación mucho más intuitiva con base en el anterior precedente y las sentencias¹¹² C-4040, C-1041 y C-1043 de 2005 se concreta en la idea de que para proteger y garantizar los derechos fundamentales en un Estado social de derecho, en pro de la justicia, es menester que el órgano intérprete de la Constitución elabore no solo un control formal sobre los actos reformativos de la misma, sino también un control material.

Dicho control material, en este sentido, no puede ser un control material a medias, y esto se esgrime en virtud del principio de coherencia; así pues, se constituirá un control mucho más legítimo e idóneo para garantizar los derechos fundamentales cuando este control tenga una suficiente coherencia, esto es, cuando se acepte un control material; dicho control material debe permear todos los vacíos que cobijen una promoción de las circunstancias establecidas en los mandatos tres y cuatro del principio de igualdad; en caso contrario, no contemplarlo, claramente nos llevaría a proveer una deficiencia en la protección de los derechos fundamentales.

Efectos políticos de la consagración

En esta cláusula del Estado social de derecho se resume el anhelo de construcción de justicia social y de protección de los derechos fundamentales.

Si lo anterior es así, llegamos a la siguiente conclusión: sí es posible construir una idea jurídica de justicia, lo que no es un resultado de poca monta, pues permite establecer a qué norte jurídico debe orientar su acción el operador jurídico¹¹³.

Una característica de las cartas constitucionales de la posguerra es que en sus textos se ha traducido al lenguaje jurídico lo que hasta ahora era un noble ideal: *Gerechtigkeit*. La justicia tiene ahora mecanismos para ser exhibida judicialmente. Cabe resaltar así mismo que la justicia en nuestro ordenamiento jurídico es el imperio de los derechos fundamentales y del Estado social de derecho como correlato del anterior.

Atinada es la argumentación que LÓPEZ MICHELSEN estructura en defensa de la igualdad; para quien “el derecho fundamental a la igualdad [...] puede omitirse con el argumento consistente en invocar que no se trata de un vicio de procedimiento al tenor del artículo 241, sino del contenido material que, según otros constitucionalistas, se presume excluido de la competencia de la Corte, algo que me trae a la memoria un episodio durante el Mandato Claro, cuando por primera vez, bajo la Constitución de 1886, se declaró la inconstitucionalidad, por vicios de forma, de la ley que convocaba la pequeña Constituyente, siendo así que jamás se había consagrado la inconstitucionalidad de forma desde cuando se instituyó el recurso de inexecuibilidad de las leyes en 1910, pero la Corte de entonces consideraba legítimo el principio de la supraconstitucionalidad, que no es otra cosa que el respeto

a lo esencial de la democracia, o, como dice en su escrito el ex magistrado HERNÁNDEZ, el contraste entre el poder constituyente, que permanece en manos del constituyente primario, y el constituyente derivado, que es el que consta en la Constitución escrita”¹¹⁴.

Podemos concluir de este modo que el Acto Legislativo 02 de 2004 es violatorio del principio de la igualdad y del principio democrático en el sentido de que la Constitución no es un simple enumeración de disposiciones, sino que constituye un limbo jurídico que provee por una justicia constitucional. Por tratarse de un Estado democrático, en ella se determina la forma de elección o nombramiento de las autoridades del Estado, de tal forma que no se deteriore el equilibrio necesario para garantizar los controles determinados en un consenso que guardan por la protección de la igualdad misma, y evitar la concentración del poder en una sola rama del poder público, ya que entre las características esenciales de un Estado democrático ha de existir necesariamente un sistema de pesos y contrapesos como señalábamos en un inicio, de modo que ninguna autoridad acumule para sí atribuciones para reducir al mínimo a las demás ramas del poder, o como consecuencia de lo anterior, urda controles inocuos, “pues la distribución de funciones entre las distintas ramas del poder público ha de permitir que el poder controle al poder”¹¹⁵.

Llegados a este extremo de la exposición, podemos conjeturar que el Acto Legislativo 02 de 2004 al permitirle al presidente ser reelegido, le ofrece una concentración del poder de tal magnitud que lo lleva a influir directamente en la elección del fiscal general de la Nación, del procurador general de la Nación y de sus sucesores, así mismo de los magistrados de la Corte Constitucional cuya renovación se producirá a lo largo de un eventual se-

gundo mandato; conjuntamente “a todos los miembros de junta directiva se les vencería su período bajo la Presidencia de la República de un mismo titular del cargo, contrariando de esta manera la determinación del Constituyente de 1991, pues éste decidió evitar las coincidencias totales entre los períodos del Presidente de la República y otras altas autoridades para evitar la concentración del poder en éste funcionario. Aquí se afecta esencialmente la estructura del Estado y se transforma el régimen presidencial en un presidencialismo exacerbado”¹¹⁶.

Si aceptamos todo lo anterior, la cuestión que nos ocupa ahora es la siguiente: “¿Cómo puede haber igualdad ante la ley y ante la Constitución, cuando el ciudadano presidente en ejercicio de sus funciones puede, a la vez, dirigir una campaña política que lo beneficia frente a sus contendores que carecen de la capacidad de hacer nombramientos y disponer de fondos para granjearse la voluntad de los electores?”¹¹⁷.

Y como bien lo retrata BELTRÁN SIERRA, se afecta el derecho a la igualdad jurídica para participar en las elecciones presidenciales, al mantener para todos los altos funcionarios la inhabilidad para ser candidatos mientras sean funcionarios públicos¹¹⁸. LÓPEZ MICHELSEN, de manera ilustrativa, argumenta que “el solo debate acerca de las llamadas garantías para la oposición demuestra que se requeriría una legislación especial para remediar el desnivel entre el candidato presidente y sus contendores. No basta el tratamiento tradicional que se le debe dar a la oposición sino que, para soslayar la violación, se aspira a encubrir la con un estatuto especial, el cual, obviamente, no supera la desigualdad proveniente de la condición de Jefe del Estado y Jefe de

Gobierno, en forma simultánea”¹¹⁹, argumentación con la que corroboramos fielmente la hipótesis planteada en la primera sección.

Dicho lo anterior, no es aberrado afirmar que para la adecuada protección de los derechos fundamentales es aceptable la propuesta hecha por DUNCAN KENNEDY en el sentido de que para garantizar la igualdad el juez, y en este caso preciso con mayor rigor el juez constitucional, debe transitar mediante varias formas de obrar: en primer lugar, el realismo radical, según el cual su decisión debe obedecer exclusivamente a aquello que quiera, como funcionario; en segundo lugar, el imperio de la ley, que le ordena estar totalmente atado a la normatividad; en tercer lugar, la realidad de aquello que lo circunda, constituida por la ley, la doctrina y la jurisprudencia; y, finalmente, su propia necesidad de libertad. Ante ello, resultaría conveniente concluir que la sentencia debe provenir fundamentalmente de la experiencia personal, específica, del juez, aplicable al caso concreto¹²⁰. Y en este orden de ideas es así mismo aceptable el argumento de que “la gente que utiliza el razonamiento jurídico presenta las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando realmente no lo son. Hay mucha más discrecionalidad y libertad de elección que la que admiten, sin perjuicio de que no se trata de una discrecionalidad total o absoluta libertad de elección. Las reglas que ellos adoptan tienen un fuerte impacto en la distribución de la riqueza y del poder en la sociedad. Si uno considera que la distribución de la riqueza y del poder en la sociedad es injusta, entonces parte de la responsabilidad por ello le corresponde a la gente que hace las leyes”¹²¹.

III. LEGITIMIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2004

1. *El principio de supremacía de la Constitución vs. el principio de la supremacía del legislador transitorio*

La propia Constitución invoca y define los poderes de la República al señalar la tridivisión de poderes. Por voluntad de los colombianos, “la soberanía de la que es titular la ejerce por medio de los poderes y se expresa en lo que constituye, precisamente, el gobierno que el propio pueblo ha decidido tener. Los tres poderes emiten actos de autoridad y los tres toman las decisiones políticas fundamentales que orientan el rumbo de nuestro país y la actividad de cada una de las entidades que lo integran”¹²².

DEL RIEGO afirma que un acto legislativo es un “acto supremo de autoridad que da origen a todos los demás”¹²³, acto supremo en el sentido de ser general y no particular –como los ordinarios actos de autoridad–. Así, el acto de autoridad es el creado por el pueblo por conducto de quienes lo representan en el poder legislativo para dar fundamento a los actos de autoridad que ejecutan los diversos organismos de los tres poderes, y es allí “donde reside el principio de legalidad, lo que da sustento a un Estado de derecho. La creación de la ley es, entonces, el acto constituyente de todos los actos de autoridad para el ejercicio legal y legítimo del poder público”¹²⁴.

El proyecto fue aprobado por las mayorías establecidas en la Constitución –mayoría de los asistentes durante la primera vuelta¹²⁵, y mayoría de los miembros de cada cámara durante la segunda¹²⁶–, según consta en las ediciones de la *Gaceta del Congreso* en las que se publicaron las actas correspondientes y en las certificaciones allegadas a los procesos de la referencia por los

secretarios generales del Senado, la Cámara de Representantes y sus comisiones primeras constitucionales permanentes. Cuarto, después de su aprobación en el primer período, fue publicado por el Gobierno en el *Diario Oficial* n.º 45.617, del 22 de julio de 2004.

Por otro lado, la historia constitucional referente a las reformas que prohicieron la reelección nos conduce inevitablemente a la voluntad del constituyente de 1821¹²⁷. Como lo afirmaba AUSTIN: “... en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores” y, como lo admite SIERRA PORTO: “la reforma respondió más a intereses particulares y coyunturales del Gobierno que al interés general, impersonal, abstracto e intemporal que debe guiar una reforma constitucional”.

En este sentido, siendo que tanto las votaciones como el trámite de los impedimentos fueron confusos, y hubo una violación contundente al principio democrático, concluimos que la única legitimidad que guarda el Acto Legislativo 02 de 2004 consiste en la aceptación por la “mayor” parte de la población del punto central del acto –la reelección– en las votaciones en que se reeligió al presidente.

2. *El principio de supremacía de la Constitución vs. el principio de la supremacía de la Corte Constitucional*

Con razón afirma SIERRA PORTO que “con la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de un acto legislativo se produce una ‘mutación de la Constitución colombiana’ que conlleva a una transformación sustancial del sistema democrático; el concepto formal de Constitución deja de ser el objeto de comparación para determinar la corrección o no del

sistema de fuentes, en lo sucesivo la Corte asume un *concepto material de Constitución* que es indeterminado y sólo determinable por la jurisprudencia de la Corte”. Y que “una interpretación que al distinguir actos que son ‘reforma’ y otros que sean ‘sustitución’, puede conducir a una interpretación contradictoria (o paradójica) consistente en que ninguno de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución colombiana pueden servir para que la sociedad colombiana realice dentro de cauces constitucionales transformaciones institucionales o dogmáticas que sean expresión libre y soberana de un deseo del pueblo colombiano de evolucionar en el sentido que sea más acorde con su voluntad y sus necesidades”.

Tal vez el punto más interesante que corrobora lo anterior consistió en el instante en que la Corte misma se situó en el ojo del huracán al realizar magníficas críticas hacia la transfusión de facultades que hizo el Congreso al Consejo de Estado¹²⁸; de lo que no se percató fue de que dichas críticas pudiesen ser esgrimidas en su contra.

En efecto, la Corte emitió críticas que se pueden sintetizar en las siguientes premisas:

1. Creación de un poder legislativo transitorio carente de controles efectivos que lo sujeten a la Constitución, sin origen, composición y funcionamiento democráticos.
2. Se reemplaza temporalmente al Congreso de la República.
3. Evasión del control constitucional.
4. El poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y pú-

blico y sin control parlamentario oportuno antes de las elecciones del presente año.

Si entendemos que las anteriores críticas así mismo pueden ser tomadas en contra de la Corte Constitucional por sus conductas¹²⁹, la norma *ut supra* del acto legislativo puede que no represente un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991, cuando su intérprete es un órgano jurisdiccional que arremete contra facultades expresas cuando él las ejerce en la práctica.

Claro está, cabe afirmar como conclusión con HERDEGEN, que “las cortes constitucionales, cuando se someten al mandato de las mayorías calificadas o a la misma expresión del voto, entran a un terreno espinoso. Pero solamente actuando con prudencia frente a su propio poder excepcional, pueden mantener de manera durable su legitimidad”¹³⁰.

CONCLUSIONES

1. Se comprueba la evasión de responsabilidad de la Corte Constitucional de revisar el fondo de las reformas constitucionales, y con ello salvaguardar los derechos fundamentales (como la igualdad) al admitir un control material velado y a medias, alegando la mala formulación del cargo u objetando su falaz competencia exclusivamente formal; así utiliza el mecanismo procesal de la inhibición o del control de competencia restringido para evadir el problema, de tal suerte que vulnera lo que tiene el deber de proteger, tal como lo hizo en las sentencias C-1200 de 2003, C-572 de 2004 y C-816 del mismo año¹³¹.

2. Sin embargo, comprobamos conjuntamente con RAMÍREZ CLEVES que la Corte a partir de “diferenciaciones y conceptualizaciones excesivas”¹³² se hace un haraquiri en el que desplaza paulatinamente la posibilidad de hacer un control material sobre las reformas de la Constitución.

3. La esencia del acto reformativo de la Constitución n.º 02 de 2004 no solo atenta contra los principios, mandatos y derechos consagrados en la Carta, sino que establece un nuevo “principio” vencedor en este proceso inocuo de ponderación, a saber: el principio de la supremacía del constituyente derivado.

4. Igualmente se comprueba que dado que la democracia, como se demostró, no es la dictadura de las mayorías, sino la dictadura de la igualdad, es necesario para la protección de las dos últimas un control constitucional idóneo que se estructure sobre un pleno control material.

5. Lo anterior se vislumbra en el plano del principio de coherencia, correlato de todos los demás principios enunciados, en el que no es admisible un control a medias.

6. Se concluye que la tinta deleble que ha marcado los debates de la Corte Constitucional con referencia a las diferencias entre un control material y formal socava aún más en la búsqueda de intereses particulares que en la protección de los derechos fundamentales, y con base en lo anterior, este tinte debe forzarse a su extinción, en pro de la eficaz protección de lo consagrado en nuestra Carta.

7. Por último, a todas las distinciones conceptuales que elaboró la Corte Constitucional se presentan como falaces, y difusas¹³³.

RICHARD OLMOS ZAMUDIO

1. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948), *Declaración universal de los derechos del hambre*, artículo 217 A (III).

2. Artículo 3.º “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

3. Cfr. C. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 257 y ss.

4. *Ibíd.*, p. 29.

5. J. TOBO GUTIÉRREZ. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 161 y ss.

6. Sentencia 239 de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

7. Sentencia C-355 de 2005, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

8. Sentencias C-4040, C-1041 y C-1043 de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

9. Cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 30.

10. *Ibíd.*, p. 33.

11. KARLA PÉREZ PORTILLA. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, cap. II.

12. A. LÓPEZ MICHELSEN. “El principio de la igualdad. ¿Es inexecutable la reelección?”, *El Tiempo*, martes 11 de enero de 2005.

13. Cfr. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 135 y ss.

14. Cfr. C. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 572.

15. Cfr. ALEXY, Ob. cit., p. 133.

16. Sentencia C-022 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. BERNAL sostiene que esta definición no constituye un avance relevante en el procedimiento de interpretación del principio de igualdad, pues no determina cuándo dos situaciones deben ser considerarse iguales o desiguales.

17. Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., caps. I y III.1.

18. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 257.

19. *Ibíd.*, pp. 257 y ss. Una explicación mucho más histórica y sociológica de estos mandatos en G. SARTORI. *¿Qué es la democracia?*, México, Patria, 1993, pp. 186 a 188.

20. Inciso 2.º artículo 13: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

21. Inciso 3.º artículo 13: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

22. Entrevista a DUNCAN KENNEDY. “Son los abogados realmente necesarios”. Revista *Barrister*, n.º 16 (otoño 1987), en *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires, Eudeba 2001).

23. *Ibíd.*, p. 257, N. OSUNA. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 231 y ss., también J. TOLE MARTÍNEZ. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*, Cuestiones Constitucionales n.º 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

24. TOLE MARTÍNEZ. *Ob. cit.*, p. 256.

25. KLAUS STERN. “El sistema de derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, septiembre-diciembre 1988, p. 263.

26. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 258.

27. *Ídem.*

28. *Ídem.*

29. Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 575; ALEXU. *Ob. cit.*, pp. 86 y ss.

30. Todas estas circunstancias en la disposición iusfundamental de la igualdad en nuestra Constitución, entrevista a DUNCAN KENNEDY, cit.

31. Cfr. G. SARTORI. *Ob. cit.*, p. 175.

32. Entrevista a DUNCAN KENNEDY, cit.

33. *Ídem.*

34. En concreto, la reforma a la disposición Constitucional 197 otorgando al presidente en ejercicio ventajas, al poder ser reelecto sin tener que retirarse de su cargo, sobre todos los cargos del poder público.

35. M. HERDEGEN. “No hay igualdad en proceso electoral”, *El Espectador*, sábado 9 de julio de 2005.

36. G. SARTORI. *¿Qué es la democracia?*, cit., p. 4.

37. *Ibíd.*, p. 10.

38. *Ibíd.*, p. 11.

39. Cfr. E. DUSSEL. § 21. *El principio democrático. Igualdad*, Seminario de Filosofía Política, el orden ontológico-político, ASFL en [http://www.afyl.org], p. 1. También: *Para una ética de la Liberación Latinoamericana*, tt. I-II, Buenos Aires, Siglo XXI; t. III, México, Edicol, 1973.

40. *Ibíd.*, pp. 1 y 2.

41. *Ídem.*

42. En palabras de DUSSEL, “[...] primordial, intersubjetivo, implícito y siempre ya dado”. *Ibidem.*

43. *Ídem.*

44. *Ídem.*

45. “Teniendo como instrumento fundamental para alcanzar los acuerdos algún tipo de instituciones donde se expresan cierto tipo de razones”. *Ibidem.*

46. Cfr. J. HABERMAS. *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, pp. 143 también pp. 6 a 65; así mismo *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid, Cátedra, 1989; y *Pensamiento posmetafísico*, México, Taurus, 1990.

47. *Ídem.*

48. DUSSEL. *Ob. cit.*, pp. 2 y 3. Así mismo afirma el autor que “El amor entre los miembros en el nivel de la voluntad, el reconocimiento de ser una persona libre jurídicamente en el de la racionalidad discursiva, y el de ‘una valoración social que les permite referirse positivamente a sus cualidades y facultades concretas’ en el nivel social, son el fundamento para el reconocimiento de la igualdad del otro”.

49. LÓPEZ MICHELSEN. *Ob. cit.*

50. Cfr. J. RAWLS. *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996; J. HABERMAS y S. RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998.

51. Inciso 1.º Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de *procedimiento en su formación* (cursiva nuestra).

52. Artículo 379. “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

53. Cfr. A-001A; así mismo una excelente exposición del tema en ALEXEI J. ESTRADA. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 247 y ss.

54. Sobre las características del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-222 de 1997, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; C-387 de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ; C-543 de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-487 de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS; C-614 de 2002, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL; C-551 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT; C-816 de 2004, y C-668 de 2004, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

55. Sentencia C-971 de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

56. Artículo 227 de la Ley 5.^a de 1992.

57. Ver sentencias C-222 de 1997, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y C-543 de 1998, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

58. Cfr. C-1053 de 2005. Asimismo C-1040 y C-1046 de 2005.

59. J. CÁRDENAS GARCÍA. *Una Constitución para la democracia, propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 2000, p. 25.

60. Ídem.

61. Sentencia C-872 de 2002.

62. Ídem.

63. Nos referiremos a los vicios de formación del acto por los cuales, según el Ministerio Público, la Corte Constitucional debió declarar el mismo inexecutable. Otros vicios alegados, entre ellos la supuesta carencia de participación ciudadana, la designación de ponentes, la conformación de las mesas directivas y el mensaje de urgencia fueron estudiados por la Procuraduría, y luego de un minucioso examen, desestimados por ineptos.

64. Como es sabido, la transcripción de las actas es el medio probatorio fundamental del proceso legislativo.

65. Parlamentarios de la bancada opositora como GUSTAVO PETRO, WILSON BORJA, GERMÁN NAVAS, VENUS ALBEIRO SILVA y ALEXANDER LÓPEZ, entre otros, tomaron la palabra. Fueron 49 las intervenciones que tuvieron lugar en el debate el 15 de junio, y 68 el 16 de junio.

66. Luego de iniciada la sesión y de hacer un receso decretado con miras a que se diera lugar a la transmisión de televisión, toman la palabra, v. gr., LUIS FERNANDO VELASCO, J. J. VIVES, VENUS ALBEIRO

SILVA y LUIS FERNANDO DUQUE (suman en total 13 intervenciones en este lapso) con el fin de reclamar la presencia de Señal Colombia. Así mismo el representante VELASCO señaló que sin la presencia de dicho canal de televisión “quienes no creemos en el tema de reelección sobramos en este debate y más bien nos deberíamos ir”, y el representante VIVES de la misma manera manifestó: “si no hay Señal Colombia, si no existe la posibilidad de mostrarles a los colombianos cuáles son las razones [...] no tendríamos ningún otro camino que renunciar al debate, a nuestras intervenciones, y dejar que las mayorías actúen solas como notarias del Senado”.

67. Cfr. Sentencia C-1040 de 2005. Intervención del procurador general de la Nación.

68. Sentencia C-688 de 2004.

69. Cfr. JÜRGEN HABERMAS. “Tres modelos de democracia, sobre el concepto de una política deliberativa”, conferencia pronunciada en el Departament de Filosofia de la Universitat de València, 16 de octubre de 1991, © Ediciones Episteme, S.L. Col. Eutopías – Instrumentos de Trabajo, vol. 43, València, 1994.

70. Cfr. Comunicado de la Corte Constitucional sobre las sentencias relativas al acto legislativo que permite la reelección presidencial, 20 de octubre de 2005. Así mismo sentencia C-1040 de 2005, S. V. CÓRDOBA TRIVIÑO.

71. Ídem.

72. Sentencia C-776 de 2003.

73. Cfr. Comunicado de la Corte Constitucional..., cit. Así mismo sentencias C-1040 y C-1043 de 2005, S. V. BELTRÁN SIERRA.

74. Sentencia C-1040 de 2005, S. V. BELTRÁN SIERRA.

75. El representante ARANGO ÁNGEL dejó expresa constancia en sentido contrario.

76. Cfr. Sentencias C-1040 y C-1043 de 2005, S. V. BELTRÁN SIERRA.

77. Ídem.

78. V. gr.: “Conforme aparece en el Acta n.º 73 de la sesión de Sala Plena celebrada el 7 de octubre de 2004 [...] se decidió por la Corte que [...] ‘no se haría referencia a la sentencia C-1200 de 2003 pues una inhibición no constituye un precedente’, como quiso entonces hacerse aparecer para introducir limitaciones a la competencia de la Corte Constitucional en el control de exequibilidad de actos legislativos, asunto este sobre el cual en su oportunidad expresamente cuatro magistrados salvamos el voto.[...] Sin embargo, de manera sorprendente, en la sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005

[...] no sólo se hace cita textual de algunos apartes de la sentencia C-1200 de 2003 que ahora sí se consideran precedente, sino que también se incluyen las reiteraciones indebidas que de ella se hicieron en las sentencias C-970 y C-971 de 2004, que la Corte había estimado antes que no constituyen precedente, citas que se hacen ahora en el vano intento de pretender superar las contradicciones que señaló el Procurador General de la Nación entre lo dicho por la Corte en las sentencias C-551 y C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, y todo para llegar de esa manera a la declaración de exequibilidad de un acto legislativo evidentemente contrario a la Constitución”, S.V. BELTRÁN SIERRA a la sentencia C-1040 de 2005.

79. Comunicado de la Corte Constitucional..., cit. Sentencia C-1040 de 2005, S. V. J. CÓRDOBA TRIVIÑO.

80. Sentencia C-1040 de 2005, S.V. BELTRÁN SIERRA.

81. Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

82. Cfr. Sentencia 1040 de 2005.

83. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de noviembre de 2004, rad.: PI. 0584, C. P.: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ.

84. Comunicado de la Corte Constitucional..., cit. Sentencia C-1040 de 2005, S.V. J. CÓRDOBA TRIVIÑO.

85. Cfr. Sentencias C-1040 y C-1043 de 2005. S. V. BELTRÁN SIERRA.

86. Comunicado de la Corte Constitucional..., cit. SS. VV. BELTRÁN SIERRA y CÓRDOBA TRIVIÑO.

87. H. KELSEN. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Íd. Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 129.

88. Cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 31.

89. Cfr. R. DWORKIN. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 260.

90. Entrevista a DUNCAN KENNEDY, cit.

91. Cfr. D. KENNEDY. *A critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge y London, Harvard University Press, 1997, p. 1.

92. Cfr. *Íd. Libertad y restricción en la decisión judicial*, D. LÓPEZ MEDINA y J. M. POMBO (trads.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999, pp. 91 y ss.

93. Cfr. J. H. ELY. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.) y London, Harvard University Press, 1980, p. 117; trad. esp. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.

94. Cfr. J. HABERMAS. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 334.

95. Cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 37.

96. Cfr. HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., p. 337.

97. *Ibíd.*, p. 336.

98. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 37.

99. V. gr.: “cuando fuese necesario declarar la inconstitucionalidad de alguna ley porque en su trámite se hubiese vulnerado el derecho a la igual participación de todos los interesados, o la libertad de expresión. En estos eventos, el juez constitucional se debe enfrentar al problema de interpretar los derechos fundamentales, y la Constitución en general, desde un punto de vista material”. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 31.

100. HERDEGEN. *Ob. cit.*

101. Cfr. KENNEDY. *A critique of Adjudication (fin de siècle)*, cit., p. 1.

102. Cfr. Sentencia C-1053 de 2005, S. V. SIERRA PORTO.

103. Sentencia 387 de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

104. Artículo 151 CP.

105. Sentencia C-551 de 2003.

106. HERDEGEN. *Ob. Cit.*

107. Traducción de OLIVIER DUHAMEL y MANUEL JOSÉ CEPEDA, en *Las Democracias*, Bogotá, Tercer Mundo, Universidad de los Andes, 1997. Los artículos mencionados se refieren a la dignidad de la persona y derechos fundamentales.

108. LÓPEZ MICHELSEN. *Ob. cit.*

109. Primer antecedente: Sentencia C-551 de 2003.

110. Cfr. N. OSUNA. *Estabilidad constitucional y uso instrumental de la democracia. A propósito del fracaso del referendo del año 2003 para reformar la Constitución colombiana*, Corel Ventura, 2004.

111. Sentencia C-551 de 2003.

112. Sentencias C-4040, C-1041 y C-1043 de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR

GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

113. V. gr.: ¿Qué objetivo debe iluminar el ministerio de políticas públicas?

114. LÓPEZ MICHELSEN. Ob. cit.

115. Sentencia C-1040 de 2005, S. V. BELTRÁN SIERRA.

116. Ídem.

117. LÓPEZ MICHELSEN. Ob. cit.

118. Sentencia C-1040 de 2005, cit.

119. LÓPEZ MICHELSEN. Ob. cit.

120. DUNCAN KENNEDY. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, D. E. LÓPEZ MÉDINA et ál. (trads.), CÉSAR RODRÍGUEZ (estudio introd.), Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, 1999.

121. Entrevista a DUNCAN KENNEDY, cit.

122. VOLGA CECILIA DEL RIEGO S. (asesora del grupo parlamentario del PRI en la Cámara de Diputados). *El poder legislativo, motor y fiscal del Ejecutivo* en Ensayos, política y cultura en línea [http://www.etcetera.com.mx/].

123. Ídem.

124. Ídem.

125. En la comisión primera del Senado, integrada por 19 miembros, el proyecto fue aprobado en primera vuelta el día 29 de abril de 2004, con mayorías que oscilaban entre 7 y 14 senadores. En la plenaria del Senado, integrada por 102 miembros, el proyecto fue aprobado en primera vuelta el día 14 de mayo con mayorías que oscilaban entre 38 y 68 votos. En la comisión primera de la Cámara de Representantes, integrada por 35 miembros, el proyecto fue aprobado en primera vuelta los días 3 y 4 de junio de 2004, con mayorías que oscilaban entre 18 y 25 representantes. En la plenaria de la Cámara, integrada por 166 miembros, el proyecto fue aprobado en primera vuelta el día 17 de junio de

2004, por mayorías que oscilaban entre 90 y 95 votos.

126. En la comisión primera del Senado, integrada por 19 miembros, el proyecto fue aprobado en segunda vuelta el día 19 de agosto de 2004, por una mayoría de 13 Senadores. En la plenaria del Senado, integrada por 102 miembros, el proyecto fue aprobado en segunda vuelta los días 7 y 8 de septiembre por mayorías que oscilaban entre los 56 y los 67 votos. En la comisión primera de la Cámara, integrada por 35 miembros, el proyecto fue aprobado en segunda vuelta los días 21 y 22 de octubre de 2004 por mayorías que oscilaban entre 21 y 29 votos. En la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del día 30 de noviembre, el articulado fue aprobado en segunda vuelta por mayorías que oscilaban entre 111 y 115 votos de los 166 miembros de la Cámara de Representantes.

127. Cfr. Sentencia C-1057 de 2005, S. V. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

128. “Si el Congreso no expidiera la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia” (art. 4.º, párrafo transitorio, inciso final).

129. Cfr. Por ejemplo, C-239 de 1997, la primera sentencia “legislativa” de la Corte Constitucional.

130. HERDEGEN. Ob. cit.

131. Para mayor claridad sobre el control material que he denominado “control material a medias”, ver GONZALO RAMÍREZ CLEVES. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo”. *Revista Derecho del Estado* n.º 18, junio 2006, pp. 3 a 56.

132. *Ibíd.*, p. 24.

133. V. gr.: Distinción de intereses que elaboró la Corte en la sentencia C-1040 de 2005.