

El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo

A partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003

INTRODUCCIÓN

Prosigue con el presente trabajo una sección de la *Revista de Derecho del Estado* sobre análisis jurisprudencial, que va a ser tratado sin una metodología rígida y parte de la idea de realizar una descripción crítica de una o varias jurisprudencias novedosas sobre el tema de la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de controlar el contenido de las reformas constitucionales al presentarse sustituciones o derogaciones de parte de los poderes de revisión no competentes para alterar la estructura básica de la Carta.

El tema resulta importante, ya que desde que se posesiona como presidente ALVARO URIBE VÉLEZ, en agosto de 2002, el gobierno empieza a promover una serie de reformas a la Constitución para llevar a cabo sus propuestas políticas; el tema de las limitaciones que debe tener el órgano reformador, en este caso el Congreso mediante acto legislativo, para realizar tales modificaciones viene a ser el punto central de las discusiones jurisprudenciales que presentamos en este trabajo.

Estudiaremos a continuación los aportes de las Sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-572 de 2004, C-816 de 2004 y C-971 de 2004¹, enfocando el aná-

lisis en los puntos relativos a las potestades de la Corte para controlar materialmente las reformas constitucionales que promulgue el Congreso mediante acto legislativo.

1. APORTES JURISPRUDENCIALES DE CONTROL MATERIAL PLANTEADOS EN LA SENTENCIA C-551-03

El 9 de julio de 2003, la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-551, no solo se encarga de dilucidar jurisprudencialmente la posibilidad política de convocar a un referendo para modificar la Constitución (Ley 796 de 2003) interpretando y reglamentando vía doctrina jurisprudencial los innumerables vacíos que dejaba el artículo 378 CN, sino que también en los más de 320 folios de la sentencia realiza importantes aportes sobre las potestades que la misma Corte Constitucional tiene para revisar la constitucionalidad de las reformas a la Constitución que se presenten a futuro. La C-551 de 2003 se convierte de esta manera en una sentencia “hito” (*leading case*) en el tema del control de constitucionalidad de las diversas modalidades de reforma que se introducen a la Constitución del 91.

Los aportes jurisprudenciales más importante con relación a la técnica de la reforma constitucional sin duda alguna los efectúa la Corporación en los fundamentos jurídicos 30 a 39, donde se acoge la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional y se realiza la diferenciación dogmática en nuestro país entre poder constituyente y poder de reforma².

La aproximación al tema de las limitaciones intrínsecas al poder de revisión fue expuesto por la Corte con algunos ejemplos dogmáticos y de derecho comparado, resaltando las tesis de C. SCHMITT quien en su *Teoría de la Constitución* diferencia entre *supresión y reforma*³ de la Constitución, otorgando la primera potestad a la “decisión” del poder constituyente, y la segunda a los poderes constituidos de los órganos que participan en la revisión que se encuentran regulados por la Constitución.

Igualmente acoge la Corte los planteamientos que el profesor PEDRO DE VEGA GARCÍA expresará en un libro que se ha convertido en un clásico sobre la materia titulado: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*⁴, en donde el catedrático español expone que la tensión entre el principio de supremacía de la Constitución y el principio democrático se debe conservar, y por ende la democracia cuando actúa debe tener en cuenta que su poder se restringe a mantener el concepto democrático de Constitución: división de poderes y derechos fundamentales⁵; el concepto de supremacía constitucional, y las características propias de la Constitución por reformar, es decir, los principios básicos que el constituyente previó como pilares fundamentales de la elaboración política-jurídica determinada.

No fue fácil para la Corporación explicar la posición de su planteamiento jurisprudencial acerca de una Constitución que

como la del 91 no cuenta con cláusulas expresas de intangibilidad, y que específicamente en los artículos 241 (num. 1 y 2) y 379 presupone una tesis formalista-kelseniana según la cual sólo se podrían revisar las reformas “por vicios formales o de procedimiento”⁶.

Para KELSEN, si la norma constitucional es el último peldaño de la pirámide (*Verfassung*) que resulta de una orden jurídica hipotética (*Grundnorm*), no parece lógico tratar de encontrar los presupuestos de validez de dicha norma en una legitimidad política democrática que reconozca derechos y divida poderes, ya que esta idea entraría en los linderos de lo político y estropearía la tesis del “purismo” jurídico.

Sin embargo, la explicación kelseniana que se encuadra en una definición de Constitución con ideología neutral empieza a ser cuestionada después de la segunda Guerra Mundial, cuando las constituciones comienzan a fundamentarse en una axiología democrática plena, ante el fracaso de las constituciones que no se comprometen normativamente a proteger de manera concreta el sistema democrático-liberal y que no pudieron evitar la hecatombe del desconocimiento absoluto de los derechos y garantías de las personas durante el auge del fascismo y los totalitarismos en la Europa de los años 20 a 40 del siglo xx.

Durante esta época (auge del nazismo en Alemania y del fascismo en Italia), se produjo el desconocimiento absoluto de las constituciones de raigambre democrático-liberal mediante la utilización de lo que más tarde la doctrina francesa definiría como el *fraude constitucional*⁷. Los regímenes democráticos parlamentarios de la época no resistirían las críticas y reproches al sistema mismo⁸, y las promesas de gobiernos fuertes que salvarían las decrépitias economías de dichos países convirtieron a las

constituciones en lo que premonitoriamente LASALLE en 1865 describiera como “meras hojas de papel”, sin posibilidad alguna de amparar los presupuestos básicos de la idea de Constitución democrática.

Las constituciones de entonces no pudieron preservar ni el sistema de derechos, ni la división de poderes, ni mucho menos el principio de la supremacía constitucional⁹, ante la imposición de totalitarismos y dictaduras legitimados por reformas constitucionales sin control¹⁰. La democracia como principio fundamentador del constitucionalismo sufre su primera gran afrenta ante el dilema de que el mismo sistema democrático legitima el auge de los nacionalismos totalitarios. La democracia, el poder mismo del pueblo para decidir políticamente, “se autodestruye” y toma una decisión suicida al justificar que el sistema de gobierno se instrumentalice¹¹, y posibilite que regímenes que niegan todos los presupuestos del modelo democrático tomen provecho de la “regla de la mayoría” para entronizarse en el poder.

Por esta razón el constitucionalismo de la posguerra opta en muchos casos por hacer una alusión expresa al sistema de valores que se defienden. De esta manera se trata de impedir que el proceso democrático desconozca nuevamente los principios que le dan base. Igualmente empiezan a tomar auge dentro del constitucionalismo moderno las teorías y dogmáticas que limitan el poder de reforma a la decisión de base, restringiendo de esta manera las posibilidades de modificación y la utilización del procedimiento democrático como herramienta para legitimar poderes que nieguen los principios básicos de la estructura constitucional.

A su vez, se establecen en algunas constituciones las llamadas “cláusulas pétreas”, o de intangibilidad de carácter axiológico,

que positivizan las decisiones fundamentales del poder constituyente. Al mismo tiempo se refuerza la dogmática acerca de la diferenciación entre poder constituyente y de reforma para así restringir los poderes de los órganos constitucionales de revisión¹².

A pesar de que la teoría de las limitaciones del poder de reforma y la diferenciación de ésta con un poder constituyente de mayor amplitud ha sido acogida por gran parte de la dogmática europea, latinoamericana y estadounidense, la implementación práctica de dichas teorías no ha tenido el mismo desarrollo. Si las cortes constitucionales son como decía el mismo KELSEN “los guardianes de la Constitución”, nada tiene de extraño que se proponga la estructuración orgánica del control de las limitaciones del poder de revisión en dichos tribunales¹³.

Es en esta segunda etapa, de implementación funcional de la teoría de las limitaciones implícitas, en donde se resalta la contribución que nuestra entidad constitucional realizó en la jurisprudencia citada. Si bien es cierto que tribunales constitucionales como el alemán¹⁴ han revisado modificaciones constitucionales partiendo de su contenido, se trata de una normatividad que incorpora cláusulas expresas de intangibilidad en donde el mismo poder constituyente establece un rol activo del organismo jurisdiccional de control en lo referente a la protección de los presupuestos previstos en las “cláusulas pétreas”.

La Sentencia C-551 de 2003 ejemplifica, evidenciando una labor investigativa admirable, el caso de la Corte Suprema de la India¹⁵, que acoge la tesis de la posibilidad que tienen los tribunales constitucionales de controlar la materia de las reformas que se proponen sin existir en dicha normatividad constitucional cláusulas expresas de

intangibilidad. La jurisprudencia constitucional utiliza además un argumento novedoso al formular en Colombia la tesis de que existe un *formalismo respecto a la competencia* que justifica la atribución de la revisión del fondo o contenido de la reforma misma.

Dicha teoría denominada de los “límites competenciales del poder de revisión” se refiere a que la atribución constitucional para reformar no le da la posibilidad a los órganos constituidos para convertirse en auténticos “poderes constituyentes”. La técnica de la reforma constitucional le atribuye competencias a dichos órganos para modificar, revisar, enmendar e implementar nuevos aspectos de la Constitución, pero dicha competencia se restringe con relación a los elementos básicos o fundamentos esenciales de la Constitución y por ende no podrían estos poderes cambiar o destruir la Norma Suprema, ya que dichos órganos no serían competentes para hacerlo¹⁶.

Recordemos que en la Constitución colombiana el artículo 241, numerales 1 y 2, especifica que la Corte Constitucional solo podrá decidir la inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, “solo por vicios de procedimiento en su formación”; la tesis de los *vicios procedimentales competenciales* que se desprende de la diferenciación entre las atribuciones del poder constituyente y las competencias de los poderes constituidos permite cerrar el camino a las críticas que se desprendan de esta “nueva atribución” o potestad de revisión del contenido de las reformas que se arroga la Corte vía jurisprudencia.

El fallo también subraya, para reforzar la idea de la posibilidad de control material de la Corte a las reformas de la Constitución, que el artículo 374 consagra que la Constitución “podrá ser *reformada* por el Congreso, por una asamblea constitu-

yente o por el pueblo mediante referendo”, y que la expresión *reformar* de ninguna manera es sinónima de otros vocablos como *suprimir*, *cambiar* o *derogar*. De esta manera, los órganos constituidos de revisión no tendrán ninguna posibilidad de sustituir o destruir la Constitución existente, sino de modificar aspectos tangenciales y no fundamentales¹⁷.

Igualmente la Corte en la jurisprudencia citada trata de ejemplificar cuándo se realiza un cambio de Constitución bajo el ropaje de la reforma, por ejemplo, la modificación del régimen democrático por uno absolutista o totalitario¹⁸; en la sentencia solo se especifica que para que el juez constitucional pueda cumplir con la labor de impedir un posible *fraude constitucional* de los poderes reglados: “*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*” (F.J. 39; itálicas nuestras).

Sin embargo, no se especifica en la jurisprudencia referida la definición de dichos valores o la forma en que se deben aplicar dichos principios como restricción de los poderes de reforma. Lo mismo sucede con los límites heterónomos o aquellos principios y valores que surgen del bloque de constitucionalidad, de lo cual se infiere que la deducción, concreción, definición e implementación de los principios y valores limitantes que impidan la sustitución corresponderá a la interpretación que realice el juez constitucional en las ulteriores “*demandas de inconstitucionalidad por sustitución*” que en su día se presenten, dejando la concreción y estructuración de la teoría para dichos fallos¹⁹.

Hay que tener en cuenta que la tesis que otorga la posibilidad a la Corte de contro-

lar el fondo de las reformas constitucionales se implementa por primera vez en el caso del Referendo analizado en la jurisprudencia²⁰, pero esta *ratio decidendi* se extiende por interpretación misma de la Corte a los demás mecanismos de reforma propuestos en la Carta del 91, es decir por acto legislativo (art. 375) y por asamblea constituyente o constitucional (art. 376)²¹.

En relación con esta última posibilidad, en la Sentencia C-551 de 2003, se insinúa una posibilidad *reglada de sustitución* o de cambio absoluto; en el fundamento jurídico 40 expresa la Corporación:

“El problema surge entonces cuando la ciudadanía manifiesta claramente su voluntad de sustituir la Carta [...] Sin embargo, no corresponde a la Corte en esta sentencia entrar a analizar los límites del poder de reforma cuando éste es ejercido por vía de un acto legislativo o de asamblea constituyente, puesto que el presente proceso está referido exclusivamente a una ley que convoca a un referendo. Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese dilema y la tensión entre soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura de un poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente de la Constitución vigente...”

El enigmático aparte que realiza la Corporación *–obiter dicta–* tiene que ser resuelto de alguna manera. En primer lugar se constata que de los mecanismos de reforma previstos que no atañen al control ejercido en la jurisprudencia citada quedan dos procedimientos: acto legislativo (art. 375) y asamblea constituyente (art. 376). En segundo término se aprecia que el procedimiento de modificación mediante asam-

blea constituyente es el más riguroso o agravado de los dos mecanismos de revisión no analizados en la sentencia²².

La conclusión no puede ser otra que, a pesar de que la Corte en esta ocasión “*no analizó en detalle el tema*”, se refiere de modo indirecto pero claro a dicho procedimiento de modificación como la posibilidad o la vía que el mismo constituyente previó para “sustituir” la Carta jurídicamente y superar de esta manera la tensión entre la “soberanía popular” y la “supremacía de la Constitución”²³.

Se sustentaría esta tesis en la *argumentación histórica*, ya que el cauce que dio la posibilidad a la apertura del proceso constituyente del 91 fue la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente, órgano representativo elegido para hacer Constitución. De igual manera, para reforzar este argumento, se puede utilizar la tesis del profesor PACE, sobre el “paralelismo de las formas”²⁴, es decir, que se utilizaría la misma forma o procedimiento de creación de la norma para derogarla o sustituirla.

Sin embargo, creemos que esta atribución no puede ser entendida en todos los casos como la posibilidad absoluta de sustituir integralmente una Constitución por otra. Recordemos que la conformación de la Asamblea Constituyente se encuentra regulada en la Constitución (art. 376), en donde se subraya que el Congreso debe hacer una ley en donde se especifique las competencias, el período y la composición de dicha Asamblea.

Por ende solo en el evento hipotético *–por ejemplo para salvar una crisis política–* de que el Congreso elabore una ley para convocar a una Asamblea Constituyente con una competencia general o absoluta, podrá dicha corporación derogar o sustituir la Constitución, pudiendo darse la “sustitución reglada” de la norma fundamental²⁵.

2. LA DEFINICIÓN DE “SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN” Y LA DIFERENCIACIÓN CON LA “INTANGIBILIDAD”. EL RECURSO DE LA SENTENCIA INHIBITORIA PARA EVITAR EL CONTROL DE FONDO DE LAS REFORMAS: SENTENCIA C-1200-03

Como era de esperarse, el 9 de diciembre de 2003 se presenta la primera sentencia sobre el control material de un Acto Legislativo que reforma la Constitución de 1991. Se trata de la Sentencia C-1200 de 2003 en donde se demandan por parte de los abogados ANTONIO JOSÉ CANCINO y DAVID TELEKI los artículos transitorios 4.º y 5.º (parcial) del Acto Legislativo 3 de 2002 (de 19 de diciembre de 2002), conocida como la Reforma que implementa el sistema penal acusatorio en Colombia.

En el artículo 4.º transitorio se establece una Comisión para que presente a consideración del Congreso “a más tardar el 20 de julio de 2003 los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema”. Y se subraya que:

“El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 (11 meses después del plazo máximo que tenía la Comisión para presentar los proyectos) para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciera dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*, los códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el estatuto orgánico de la fiscalía ...”.

Como se aprecia, lo que se hace con esta reforma es crear una excepción transitoria

(por dos meses) y concreta (solo para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos que se necesiten para llevar a cabo la implementación del sistema penal acusatorio) a la prohibición estipulada en el artículo 150.10 de la Constitución, en donde se subraya la imposibilidad del Congreso de revestir de “facultades extraordinarias al presidente” para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, leyes marco o para decretar impuestos.

Hay que tener en cuenta que la demanda de inconstitucionalidad de dicha reforma interpuesta por los ciudadanos CANCINO y TELEKI, se produjo con anterioridad al fallo del referendo, la Sentencia C-551-03, así que todos los aspectos analizados anteriormente en este escrito relacionados con la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y la imposibilidad de sustituir la norma fundamental no eran todavía conocidos por los demandantes²⁶.

Sin embargo, la Corte después de cinco meses de haber promulgado la paradigmática sentencia, se encarga en este caso de implementar las tesis analizadas en el caso de la reforma por referendo, extendiendo la interpretación a una reforma constitucional tramitada mediante acto legislativo o reforma ordinaria elaborada por el Congreso, bajo los presupuestos del artículo 375 de la Constitución²⁷.

Primero que todo, hay que tener en cuenta que la Corte no hace un cambio de jurisprudencia por *overruling* ni *distinguish*, siguiendo la terminología utilizada por la jurisprudencia norteamericana de vinculación al precedente²⁸, a pesar de que en este evento se trata de una reforma constitucional en donde se emplea un mecanismo de modificación diverso (acto legislativo). No obstante lo anterior, la Corporación constitucional extiende la tesis de los límites competenciales del poder de reforma y

mantiene la hipótesis de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma; así como la distinción entre sustitución y reforma de la Constitución.

El planteamiento de que la Corte sigue adoptando la misma tesis respecto al poder de revisión, y la posibilidad que tiene ésta de examinar el contenido de las reformas para comprobar si el órgano reformador se mantuvo dentro de sus competencias (formales) y no sustituyó la norma constitucional por otra, se comprueba por varias razones.

Una de ellas es que en la Sentencia C-1200 de 2003 se transcribe los apartes más significativos respecto a la diferenciación entre reforma y sustitución que realiza la Sentencia C-551 de 2003. La Corte se vincula al precedente con la incorporación en la sentencia de extractos de los fundamentos jurídicos 29, 30, 33, 34, 35 y 36 de la jurisprudencia sobre el referendo de 2003. Esta transliteración es explicada posteriormente por la Corporación como fundamento de que la jurisdicción constitucional es competente para revisar el contenido de las reformas, para verificar si se sustituyó la Constitución, y así evitar, en el eventual caso, un cambio de régimen político o una “supresión constitucional” en terminología schmittiana, bajo el ropaje de una reforma.

Sin embargo, a pesar de que la hipótesis de las limitaciones del poder de reforma bajo la tesis de la incompetencia de los poderes constituidos para derogar la Constitución se mantenga en la implementación de dicha teoría, se incorporan importantes novedades sobre la temática de la revisión material de las reformas constitucionales respecto a los actos legislativos.

Con la Sentencia C-1200 de 2003 la tesis de las limitaciones del poder de revisión empieza a descender desde una interpretación amplia y abstracta propia de un con-

trol previo y automático, como el que se presenta en el caso del referendo constitucional, al terreno de una demanda de inconstitucionalidad en concreto. Por este motivo la Corte considera en la sentencia que se tiene que cumplir con una serie de requisitos adicionales, puntualizar algunas diferenciaciones y efectuar la comprobación de varios *tests de razonabilidad* para que el organismo constitucional pueda ejercer sus potestades respecto a dicho control.

De una manera crítica se puede interpretar que esta serie de requisitos y condiciones hacen nugatoria la figura del control del contenido material de las reformas. Del mismo modo se puede sostener que la Sentencia C-1200 no hace otra cosa que desmontar los avances que se producen en la C-551 con relación a la diferenciación entre potestades del poder constituyente y atribuciones de los poderes de revisión.

A pesar de la crítica, sustentamos la idea de que la Sentencia C-1200 de 2003 no altera el contenido de la tesis primigenia que se sostuvo en la jurisprudencia C-551 del mismo año, respecto a las posibilidades de control de los “límites competenciales” del poder de reforma. Sin embargo, resulta evidente que las puntualizaciones excesivas y la exigencia de requisitos adicionales que se hicieron en el nuevo fallo restringen en buena medida las posibilidades de interpretación que tiene el juez constitucional en relación con este tipo de control.

Igualmente se establecen en la jurisprudencia condiciones adicionales de las demandas de inconstitucionalidad por sustitución que no habían sido contempladas en la anterior jurisprudencia. Por ejemplo, los requisitos que el accionante debe cumplir en la demanda, exigencias que por obvias razones no se han dispuesto en la sentencia del control automático del proyecto de ley que se sometió a control en el

2003 para buscar la reforma constitucional por referendo.

Como se planteaba anteriormente, consideramos que la tesis de la posibilidad de control perdura, y en esta nueva jurisprudencia de ninguna manera se niegan o rechazan las potestades del juez constitucional para analizar el contenido de las reformas constitucionales, pero sí se constata una restricción de las amplias posibilidades de interpretación que se habían introducido en la jurisprudencia C-551 de 2003, por tratarse en este evento de un caso de control en concreto por intermedio de una demanda a una revisión mediante acto legislativo.

Como advertíamos, a lo largo de la C-1200 de 2003 se incluyen algunas diferenciaciones entre conceptos; de esta manera la Corte distingue entre *control judicial material* y *control judicial por sustitución*, *intangibilidad* e *insustituibilidad*, y *violación de la Constitución* y *sustitución de la Constitución*. Así mismo se encarga la Corporación constitucional de dilucidar ciertas dudas y formular algunas hipótesis relacionadas con la posibilidad que tiene la Corte de realizar el control material de las reformas.

Por ejemplo, se explica en uno de los apartes de la jurisprudencia que la sustitución se puede presentar por una reforma parcial de “*carácter trascendente*”, verbigracia cuando se cambia el régimen político de una república democrática por una monarquía parlamentaria e incluso por una república parlamentaria²⁹. Así mismo expone la Corte una serie de casos en que se aceptaría por parte de la Corporación “*sustituciones parciales no relevantes*”, como las reformulaciones positivas, las reconceptualizaciones, las excepciones especiales, y la introducción de limitaciones o restricciones para armonizar valores o intereses enfrentados³⁰.

De igual manera expone la Corte los principales problemas que se pueden producir a partir de que se adopte en Colombia la tesis de los “límites competenciales del poder de revisión”, como por ejemplo el problema de la “petrificación de la Constitución” y el dilema de la “subjetividad del juez para controlar las reformas”. Resulta conforme a la inquietud de la Corporación por el subjetivismo judicial, la introducción en la sentencia de criterios que permitan facilitarle al juez la labor de la decisión al enfrentarse a un supuesto caso de sustitución, y de esta manera evitar una interpretación arbitraria.

No obstante los esfuerzos de la Corte que se presentan en materia analítica o de definición de conceptos, y de la pretensión de aclarar en algo el complejo tema, las definiciones y distinciones utilizadas en la sentencia nos parecen confusos y ambiguos. Por ejemplo, la diferenciación que realiza la Corte entre “control por violación de la Constitución” y “control por sustitución”, no parte de la formulación de un esquema de razonamiento en donde se resalte la distinción entre los dos mecanismos de revisión, sino que se crea una serie de supuestos en donde se indica, como ella misma plantea, cuándo se “*desfigura el control judicial de sustitución convirtiéndolo en un control judicial de fondo ordinario de la reforma*”, en una lógica de plantear *lo que no es* para deducir *lo que es*, metodología que nos parece evidentemente contraria al objetivo de buscar la comprensión y la claridad en los fallos jurisprudenciales.

Consideramos que esta descripción de lo que “no es control de sustitución” en todo caso establece una serie de principios e hipótesis que le permiten al juez constitucional establecer la definición de “un test de razonabilidad de la sustitución”³¹. La Corte expone un modelo de “control de

sustituibilidad” a la inversa, pero igualmente elabora un marco de posibilidades que pueden ayudar a la labor del operador jurídico para analizar si una reforma suprimió o derogó una Constitución. Apunta la Corte lo siguiente:

“No le corresponde a la Corte delinear dicho método en esta sentencia, sino tan solo indicar qué es lo que desfiguraría al control judicial de sustitución convirtiéndolo en un control judicial de fondo ordinario de la reforma, lo cual le está vedado al juez constitucional, como ya se anotó. Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infra constitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no pueda tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supra constitucionales intocables, (iv) limitarse a señalar inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma de la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma”.

A pesar de los avances en la creación de un modelo de análisis que permita deducir mejor las sustituciones que se presenten, somos críticos respecto a la diferenciación que realiza la corte entre *intangibilidad* (amplia y restringida) y la *insustituibilidad* que se predica de nuestra Constitución. Con relación a esta distinción conceptual, la Corte

quiere dejar en claro que la tesis de los “límites competenciales del poder de revisión” no puede ser entendida de igual modo que las restricciones que se establecen en constituciones que positivizan aspectos puntuales irreformables mediante el establecimiento de cláusulas pétreas o de intangibilidad.

La Corte subraya en la jurisprudencia que, por no haberse previsto en nuestra Constitución cláusulas pétreas, el control de constitucionalidad de las reformas debe ser menos riguroso que el que se efectúa en los países en donde se concretan aspectos intangibles mediante la incorporación constitucional de dichos elementos normativos. Con base en esta comprobación la Corte fundamenta su tesis de la diferenciación entre *intangibilidad* e *insustituibilidad*.

De esta manera se advierte en la jurisprudencia reseñada que los alcances de la *intangibilidad* pueden ser *amplios* o *restringidos*, con relación a que la cláusula pétrea puede especificar en concreto que determinados aspectos de la Constitución son irreformables (*intangibilidad restringida*), mientras que en otros casos la cláusula de intangibilidad puede ser interpretada expansivamente por el juez constitucional (*intangibilidad amplia*)³².

No sucede lo mismo con la *insustituibilidad*, en donde la Corte hace hincapié en que es distinta, “inclusive a la manifestación más amplia de intangibilidad”. Se subraya en la sentencia lo siguiente:

“En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución. La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue reemplazada por otra so pretexto de reformarla [...]

De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad, así como la prohibición de sustituir la Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario...”.

Como se aprecia en este aparte, la Corte realiza una clasificación del control del contenido de las reformas afirmando que existe un grado mayor de rigidez en la facultad de revisar, que es el de la intangibilidad, seguido por el de la insustituibilidad, que tiene mayor relevancia que el grado inferior de la pirámide, o sea, que la equiparación entre poder de reforma y poder constituyente. La Corte constitucional colombiana, según esta graduación, dispondría solo de un poder de revisión de *baja intensidad* en esta jerarquización del control de insustituibilidad.

Sin embargo se subraya que, en el estudio que la Corte realiza respecto al origen y finalidad de este sistema de grados a partir de la enunciación o no de los elementos intangibles por intermedio de cláusulas pétreas, no tiene en cuenta la Corporación constitucional la experiencia práctica que se presenta en el derecho comparado respecto a la efectividad de dichas cláusulas³³. Si la Corte hubiera tenido en cuenta este aspecto, se hubiera percatado de que en buena parte de las constituciones en donde se implementan límites expresos de intangibilidad se presenta un desconocimiento absoluto de la obligación que se les impone a los tribunales de controlar o revisar las reformas para analizar si la reforma vulnera o no la prohibición.

En nuestra opinión, plantear una tesis de grados a partir de la positivización o no

positivización de la intangibilidad nos parece una propuesta inútil. La práctica constitucional demuestra que de nada valen una mayor o menor enumeración de aspectos intangibles, sino que el entendimiento de la diferenciación entre potestades constituyentes y reformadoras se tiene que analizar a la luz de los principios de base o de los límites intrínsecos del poder de reforma, que tienen que ser desarrollados por el juez constitucional para dotarlos de sentido y contextualizarlos al tenor de los tiempos.

El ejemplo de la jerarquización mayor (intangibilidad) de las cláusulas pétreas por el solo hecho de la formalización explícita no sería explicable, por ejemplo, en países como Portugal, cuya Constitución en el artículo 288 consagra catorce límites explícitos³⁴ de revisión constitucional, muchos de ellos desconocidos completamente por la jurisprudencia lusa en el control que realiza a las reformas a su Constitución³⁵.

El profesor portugués DE ALMEIDA SANTOS, a partir del reconocimiento de la ineficacia de dichas cláusulas establece que dichos preceptos se encuentran *desconstitucionalizados por el desuso* y expresa que “los límites manifiestos no son necesariamente los únicos, existen otros implícitos en la idea de derecho o en la escala de valores subyacentes a la Constitución originaria, que *son tan respetables como aquellos...*”³⁶.

DE ALMEIDA afirma más adelante que los límites formales “podrán existir o no, sin perjuicio de la existencia de aquellos [los intrínsecos] en cualquiera de los casos”³⁷. Teniendo en cuenta este ejemplo no resulta razonable la explicación de la Corte para que dentro de esta graduación del sistema de control material de las reformas se dé una prevalencia a las constituciones que positivizan cláusulas de intangibilidad, sobre constituciones como la colombiana que carecen de estos elementos normativos.

Como subrayábamos anteriormente, la positivización y articulación específica y puntual de aspectos intangibles solo exteriorizan el deseo del constituyente de proteger formalmente algunos aspectos de la Constitución, pero de la formalización no depende el reconocimiento de que existen aspectos básicos de la decisión constituyente en donde se fundamenta el “edificio constitucional”, encuéntrense éstos extrínsecamente positivizados o sean éstos deducibles por el intérprete constitucional³⁸.

Igualmente cabe destacar que a pesar de los grandes esfuerzos que se realizan en materia de racionalizar el control, nada se dice respecto a la definición o especificación de los límites competenciales de la reforma. Aunque como se analizó la Corte enumera una serie de supuestos, en ninguna parte de la jurisprudencia se hace mención de cuáles son los principios básicos de la Carta del 91 que se deben tener en cuenta en una eventual interposición de una “acción de inconstitucionalidad por sustitución”³⁹.

De otra parte y como anticipábamos, nos parecen excesivos los requisitos procedimentales para la presentación de la demanda de “inconstitucionalidad por sustitución” que se deducen de la lectura de la sentencia como, por ejemplo, aquel que obliga al accionante de formular “*el cargo de sustitución*” so pena de inhibición.

Si bien es cierto, por tratarse en este caso de una revisión de un acto legislativo, se le exige al ciudadano según el artículo 379 demandar dichas reformas mediante el ejercicio de la “acción pública” dentro del año siguiente a la promulgación del acto, no resulta coherente que se le exija además una carga argumentativa que impida en últimas cumplir con la finalidad del recurso.

Como se especifica en los salvamentos de voto de los magistrados ARAÚJO RENTERÍA

y CÓRDOBA TRIVIÑO⁴⁰, esta exigencia adicional vulnera a todas luces el principio *pro actione*, en donde se predica que lo sustancial tiene que tener primacía sobre lo formal. Como explicábamos anteriormente, en este caso ni siquiera los demandantes conocían la jurisprudencia sobre la admisión por parte de la Corte de revisar las reformas en su contenido (Sentencia C-551-03) ya que habían presentado la acción antes de que se profiriera dicha sentencia.

Por este motivo, la demanda incorrectamente se plantea que la Constitución de 1991 no ha sido modificada, por no existir una derogación expresa del artículo 150.10, y por esto indican los demandantes que la habilitación que se le da al ejecutivo sea invalidada a partir de dicha prohibición. Nos parece que la indicación, así sea mínima, como en el actual caso (se dijo que el principio de separación de poderes había sido vulnerado), debe permitir hacer un estudio pormenorizado sobre la sustitución.

A partir de la no formulación del “cargo de sustitución” la Corte, en esta primera etapa del control de constitucionalidad del fondo de las reformas, utiliza indebidamente, a nuestro juicio, el recurso procesal de la *sentencia inhibitoria*, para evadir su responsabilidad de revisar el contenido de las modificaciones. Como afirma el profesor AUGUSTO CONTI, en materia de legitimidad de la jurisprudencia constitucional no solo se debe defender el *principio de autoridad*, sino que “lo que realmente cuenta y es determinante para la sociedad es el *poder de persuasión* que pueda advertirse en las decisiones de los jueces”⁴¹.

Resulta evidente que la legitimidad de la Corte se vulnera con este fallo, ya que no persuade de una manera razonable, con una carga argumentativa adecuada la negativa final de la demanda. A nuestro pa-

recer, la Corporación debió utilizar el esquema o “test de razonamiento de la sustitución” que expuso en la sentencia para resolver la pregunta de si se viola con esta reforma el principio de separación de poderes: salvar su responsabilidad mediante una argucia procedimental como la inhibición vulnera la legitimidad de la institución guardiana de la Constitución.

Por último cabe destacar un avance jurisprudencial tangencial que se realiza en la Sentencia C-1200-03, respecto de la exigencia dentro de los actos legislativos de una mínima sistematización de las materias contenidas en la reforma. A nuestro parecer, se tiene que empezar a exigir jurisprudencialmente una “carga adicional” para el legislador, de tramitar las reformas a la Constitución siguiendo el principio de *unidad de materia*⁴².

El pasaje de la C-1200 en donde la Corte exige como carga adicional de la demanda “*que se argumente la falta de conexidad de las disposiciones acusadas con el resto de las que integran el acto legislativo*” permite crear un razonamiento de base para que en próximos fallos se analice si el acto legislativo tuvo unidad temática y evitar así las reformas constitucionales incoexas⁴³.

3. NUEVA POSICIÓN RESPECTO AL TEMA DE LOS LÍMITES: LA DIFERENCIACIÓN DEL CONTROL DE SUSTITUCIÓN DEPENDIENDO DEL MECANISMO DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO RODRIGO UPRIMNY, EN LA SENTENCIA C-572-04

Una nueva ocasión para implementar la tesis de los “límites competenciales del poder de reforma” (límites materiales de la Constitución) surge en la demanda que el ciudadano VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES inter-

pone en contra del Acto Legislativo n.º 01 de 2003, “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”.

Dicho acto se tramita con la finalidad de crear unas nuevas reglas de juego para la elección de representantes a entidades colegiadas, conformación y financiación de partidos políticos, reconocimiento de la personería jurídica de éstos, imposición de “umbrales electorales” para la consolidación de fuerzas sólidas en el Congreso, sistema de elección de curules mediante el mecanismo matemático de la “cifra repartidora” para garantizar una representación proporcional limitada, así como el establecimiento de sistemas de votación de listas cerradas con la posibilidad de utilizar el “voto preferente”. Igualmente se establecen novedosas reglas parlamentarias, como el sistema de bancadas y la disciplina partidista.

La Reforma política que se empieza a tramitar en el Congreso como *opción de reserva* a la modificación que se propone en primer término por referendo (la citada Ley 796 de 2003, sometida a aprobación popular el 25 de octubre del mismo año) se convierte en la tabla de salvación de dicha reforma constitucional, al no cumplirse con los porcentajes mínimos para la aprobación referendaria de la modificación.

El citado acto legislativo pretende crear alternativas a las fallas que se venían presentando en el sistema de elección de corporaciones públicas y en la práctica legislativa colombiana. La Constitución de 1991 establecía un marco demasiado abierto a la representación de todas las facciones, con el presupuesto de buscar una alternativa al bipartidismo cerrado que se había presentado en los últimos años en Colombia. Sin embargo la práctica constitucional produjo una serie de fenómenos, como

que la elección de candidatos no partidistas se convierte en representaciones sin programa ni ideología, en donde se obtiene la curul gracias a artimañas electorales como la “operación avispa” (proliferación excesiva de listas y candidatos) que en la práctica legislativa le permite al representante apartarse de los proyectos comunes del partido y ofrecer sus potestades a cambio de prerrogativas y prebendas⁴⁴.

Se quiere con esta reforma limitar la excesiva facilidad de obtener la curul mediante las llamadas “microempresas electorales” y aglutinar las fuerzas políticas en proyectos políticos concretos. De ahí la exigencia del mecanismo de un “mínimo de votos” obtenidos (umbral electoral), y el establecimiento de un mecanismo de escrutinio proporcional, pero más limitado que el vigente (método de la “cifra repartidora”)⁴⁵.

Durante la discusión de la modificación de la ley que se sometería a referendo, así como del acto legislativo mismo, se había criticado por parte de las minorías políticas que dicha reforma podía representar un retroceso respecto a la “ampliación democrática” que supuso el establecimiento de los mecanismos de la Constitución de 1991, ya que no se respetarían las fuerzas representativas minoritarias con el establecimiento de un sistema de escrutinio más restringido que el método de HART, así como el obstáculo que supone superar el umbral (un mínimo del 2% de los votos emitidos).

Con base en esta posición crítica respecto a las reformas, el demandante fundamenta sus alegatos, como se referencia en la Jurisprudencia C-572 de 2004: “El demandante manifiesta que el acto acusado viola la Constitución por cuanto restringe exageradamente los derechos de los ciudadanos a participar políticamente, y por tanto, *hay un exceso en el ejercicio de las*

competencias del Congreso sobre este punto...”.

Manifiesta el accionante que “el Congreso de la República, no tuvo en cuenta el preámbulo de la Carta ni el artículo 3.º de la misma al tramitar y expedir el acto acusado pues limitó ‘los derechos fundamentales de los colombianos en cuanto a la posibilidad de elegir y ser elegidos; de constituir partidos, etc.’. En opinión del demandante, “el acto impugnado desconoce el ‘espíritu del Constituyente primario’ que abrió canales a la ciudadanía, para que todos los sectores del país se expresaran en el campo político [...] la institucionalización del umbral y la cifra repartidora condenan a los sectores minoritarios a desaparecer del escenario político y de participar en la competencia y conformación del poder...”.

Como se puede apreciar, desde la demanda se formula por parte del accionante que, “la reforma vulnera el espíritu de la Constitución respecto a la participación política”. Sin embargo, en esta ocasión la Corte vuelve a utilizar el argumento de la “no-formulación adecuada del cargo de sustitución” para inhibirse. Subraya el organismo de control que “el ciudadano debe entonces concretar y especificar con claridad, y *no de manera genérica*, el cargo constitucional, esto es, debe señalar (i) cuál fue el vicio de trámite en que incurrió el Congreso, o (ii) *por qué hubo o no un vicio de competencia, que pudo llegar incluso a determinar una sustitución de la Constitución*”⁴⁶.

La Corte observa que la demanda se dirigió contra la *totalidad del Acto Legislativo*, ya que mediante la reforma se restringieron indebidamente los derechos políticos de los ciudadanos, especialmente los derechos a elegir y ser elegidos, y constituir partidos políticos ante la incor-

poración de un nuevo sistema de escrutinio más limitante (“cifra repartidora”), y el establecimiento del “umbral electoral”.

Sin embargo considera la Corporación: “Los argumentos del actor obviamente no encajan dentro de los parámetros que gobiernan el enjuiciamiento de la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, en la medida en que no se orientan a establecer que se ha desconocido una norma constitucional que fije la competencia del poder de reforma, dado que ninguna disposición de la Carta impide que el poder de reforma adopte restricciones orientadas a hacer efectivos ciertos derechos, en este caso el ejercicio de ciertos derechos políticos...”⁴⁷.

En esta ocasión vuelva la Corte a insistir que en la demanda no se presentó un argumento sólido respecto a la sustitución de la Carta de 1991 por otra, ya que ésta “se limita a señalar que se han restringido ciertos derechos, pero sin indicar, por qué efectivamente existe una restricción y qué medida ésta desborda el poder de reforma” y con este argumento la Corporación constitucional procede nuevamente la inhibirse respecto al cargo de la “supresión constitucional”.

A pesar de la negativa de la Corte para contrarrestar los argumentos de vulneración esgrimidos en la demanda con una respuesta razonable que sustentara la no sustitución, se destaca del fallo la aclaración de voto realizada por el magistrado RODRIGO UPRIMNY quien, a pesar de acogerse a la posición de la mayoría, decide exponer sus reflexiones respecto a la posición que la Corte debe adoptar para estructurar el complejo tema de las demandas de inconstitucionalidad por “sustitución” que se presenten en el futuro.

UPRIMNY expone en su aclaración que el tema de los límites competenciales al po-

der de reforma deben ser entendidos de manera diferente, según el mecanismo de reforma utilizado. Para el magistrado, la Corte debió en esta sentencia realizar la distinción, ya que se trataba de una reforma constitucional mediante acto legislativo (art. 375), diferente al supuesto estudiado por la Corporación en la Sentencia C-551 de 2003 que analizaba una modificación constitucional por referendo (art. 378).

Considera UPRIMNY que teniendo en cuenta los distintos tipos de reforma se debe elaborar una distinción de los grados de competencia del poder de modificación constitucional. En la aclaración de voto se insiste que al igual que otros ordenamientos, como el español o el venezolano, en la Carta del 91 se introdujo una diversidad de mecanismos pensando en la posibilidad de “institucionalización parcial del poder constituyente originario”, cuando se trata de integrar dentro del proceso de modificación constitucional una posibilidad de actuación del poder constituyente.

Por esta razón se considera en la aclaración que el control de la reforma por intermedio de asamblea constituyente (art. 376) debe diferenciarse de la reforma “ordinaria” que realiza el Congreso por acto legislativo, ya que este último se aprueba con unas mayorías calificadas relativamente fáciles de cumplir y con el concurso mínimo de los partidos con representación en el Congreso.

Respecto a los límites del poder de reforma mediante acto legislativo subraya UPRIMNY:

“El Congreso, como poder de reforma ‘ordinario’, que actúa por vía de acto legislativo, sin contar con la participación directa de la ciudadanía, no puede entonces alterar la estructura básica ni el contenido esencial de la Constitución; un acto legislativo puede variar aquellas regulacio-

nes constitucionales que no impliquen una alteración de la identidad política de la Carta, como un todo considerado. En estos casos, la prohibición de sustitución que recae sobre cualquier poder de reforma es máxima, lo cual significa que el acto legislativo no solo no puede sustituir la Constitución vigente sino que tampoco puede entrar a regular aspectos parciales de su estructura básica”⁴⁸.

Como se aprecia, para UPRIMNY en estos casos la Corte tendrá una potestad de revisión de la sustitución mayor que en los otros dos mecanismos de reforma establecidos en la Constitución. En el caso del referendo la sustitución no puede ser total, porque se argumenta que en este caso el pueblo debe pronunciarse solo respecto de algunos temas mientras que, como habíamos explicado, en el caso de que el Congreso otorgue potestades absolutas a la asamblea constituyente se estará institucionalizando el poder constituyente y la Corte no tendrá potestades para revisar si se sustituye o no la Carta en su estructura y contenido esencial, porque estará actuando en últimas el poder constituyente.

UPRIMNY indica también que en tratándose de demandas por “inconstitucionalidad por sustitución de actos legislativos”, no es recomendable demandar la integridad del acto legislativo, ya que se estaría variando la naturaleza del control de uno específico y concreto a otro abstracto y automático.

Igualmente se apunta en la aclaración que si se trata de reformas a derechos fundamentales, como se alega en el caso referido respecto al derecho de participación política, el demandante debe argumentar por qué la introducción de una nueva técnica de escrutinio y el establecimiento del umbral invade el núcleo de dichos derechos.

En nuestra opinión la aclaración es novedosa respecto a que subraya las dife-

renciaciones de los procedimientos de reforma, pero no es progresista respecto a la necesidad de implementar los tests de razonabilidad de sustitución que se introdujeron, por ejemplo, en la Sentencia C-1200-03, para aclarar por qué considera la Corporación que con la reforma política no se vulnera la esencia o núcleo del derecho fundamental a la participación política.

Si bien es cierto que las inhibiciones de la Corte respecto a la “no formulación adecuada del cargo de sustitución” quieren impedir demandas infundadas o fútiles, bien hubiera podido realizar la Corporación los primeros análisis de fondo de dichas peticiones. En el caso de las limitaciones de derechos fundamentales por intermedio de modificaciones puntuales se hubiera podido avanzar en este caso, teniendo en cuenta que un buen razonamiento y argumentación evita que en todo caso prospere la petición de sustitución. La Corte hubiera podido comprobar que los “derechos políticos” no se eliminan con el establecimiento de un mecanismo de escrutinio más limitante, ni mucho menos con la incorporación del umbral.

No nos parece adecuado, en esta primera etapa del control de la sustitución de la Constitución por intermedio de actos legislativos, que la Corte no opte por afrontar directamente los cargos, así se encuentren mal formulados. Con esta técnica se desecha la oportunidad única de crear jurisprudencia en torno al tema de las limitaciones y las potestades del control.

4. PREDOMINIO DEL CONTROL FORMAL (VICIOS PROCEDIMENTALES) SOBRE EL MATERIAL (VICIOS DE FONDO COMPETENCIALES). SENTENCIA C-816-04

El 30 de agosto de 2004, la Corte Constitucional, después de un largo y esperado

debate, resuelve declarar inconstitucional la reforma que se había producido por intermedio del Acto Legislativo n.º 02 de 2003. La modificación constitucional conocida erróneamente como “estatuto antiterrorista”⁴⁹, reformaba por primera vez desde la promulgación de la Constitución de 1991 derechos fundamentales por vía directa.

Con el Acto Legislativo 02 de 2003 se modificaba el derecho a la intimidad personal y la prohibición de violar la correspondencia y demás formas de comunicación privada (art. 15); la libertad de circulación (art. 24); el derecho a la libertad personal que obliga a la autoridad a detener personas solo con autorización judicial; al igual que el derecho de *habeas corpus*, que ordena a las autoridades a poner a disposición judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes a la persona detenida preventivamente (art. 28).

Igualmente establecía el Acto la inclusión de un párrafo segundo al artículo 250 que permitiría crear *unidades especiales de policía judicial* con miembros de la Fuerzas Militares para suplir las funciones de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de los delitos de terrorismo y contra la seguridad pública.

Evidenciaba dicha reforma la opción del ejecutivo y de sus mayorías en el Congreso de incluir en forma expresa dentro de la Constitución párrafos de excepción a derechos fundamentales, para la lucha contra el terrorismo. Esta modificación se motiva para llevar a cabo la denominada “Política de defensa y seguridad democrática” del presidente de URIBE VÉLEZ (especialmente los numerales 37 a 40 de dicho plan sectorial), así como la respuesta del gobierno nacional ante exigencias internacionales como la Resolución 1373 del 28 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo

de Seguridad de la ONU para la lucha contra el terrorismo, que se produce como respuesta a los atentados del 11 de septiembre del mismo año en Nueva York⁵⁰.

A pesar de las motivaciones que se quieran esgrimir, no deja de ser oportunista y excesivo el acto reformativo en cuestión, en donde como se expone en las demandas de inconstitucionalidad por sustitución se vulneran “consustanciales principios de la Constitución”, que contradicen no solo las bases estructurales de nuestra normatividad, sino que desconocen aspectos relevantes del “bloque de constitucionalidad” (en especial los tratados internacionales firmados por Colombia), que el constituyente reconoce como prevalentes una vez sean ratificados (art. 93).

De esta forma, en las demandas que se presentaron para impugnar el Acto reformativo n.º 2 de 2003 se plantearon razones como la derogación del principio de separación de poderes al concentrar en el ejecutivo facultades propias de la rama judicial; la superposición de razones de seguridad a la garantía y respeto de los derechos humanos; la derogatoria de la prohibición de que autoridades militares investiguen a personas civiles; la declaración de un estado de excepción permanente; la violación de la libertad de circulación, al establecer un registro domiciliario; así como la vulneración de los derechos de libertad personal, la inviolabilidad de comunicaciones privadas y el principio de reserva legal en la reglamentación de los derechos fundamentales.

Igualmente en la demanda se plantea la *vulneración de los principios y valores que surgen del Bloque de Constitucionalidad*⁵¹, al desconocerse en la reforma aspectos esenciales de los derechos humanos, protegidos por acuerdos internacionales, como del desconocimiento de la distinción entre personas civiles y combatientes, del principio

pro homine, es decir, que los tratados internacionales de Derechos Humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos, así como la violación de principios de *pacta sunt servanda* y de prevalencia del *ius cogens*⁵².

Se aprecia con la sola lectura de las demandas que el proceso de estudio por parte de la Corte, en relación con el análisis de los cargos de “sustitución de una Constitución por otra” y en la posibilidad de que el órgano de revisión se hubiera extralimitado en sus “competencias” al convertirse en constituyente, sería arduo y complejo.

Como advertíamos, era la primera vez que por intermedio de una reforma constitucional se modificaban directamente artículos constitucionales de tal envergadura, como aquellas normas que consagran la protección de los derechos fundamentales. Igualmente es novedoso que en las demandas se argumente la violación de valores consagrados en tratados internacionales firmados por Colombia, utilizando la posibilidad de defender dichos principios utilizando el *obiter dicta* de la Sentencia C-551 de 2003.

No entraremos a analizar en este comentario la discusión de si la vulneración de la estructura constitucional se presenta o no, aunque se constata que existen argumentos de peso que hubieran podido posibilitar a la Corte emitir la primera sentencia de “inconstitucionalidad por sustitución o por incompetencia del órgano reformador”, ya que existían razones de fondo para fallar a favor de los demandantes y declarar que la reforma violaba, por ejemplo, el principio consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país.

En el tema que nos compete, solo resulta viable resumir los aspectos relativos a la forma en que la Corporación constitu-

cional estudió el caso de las limitaciones materiales. En este orden de ideas se constata que en la C-816 de 2004, la Corte opta por hacer prevalecer el análisis del trámite de aprobación del acto legislativo sobre el estudio de la “sustitución de la Corte” o la incompetencia del órgano reformador para introducir modificaciones propias de las atribuciones constituyentes.

En la lectura de la sentencia se aprecia que los magistrados sí tuvieron ocasión de analizar la vulneración de la estructura constitucional y de los principios y valores de base, pero que no pudieron llegar a un acuerdo o consenso “en un tiempo razonable” respecto a si se produjo con la promulgación del acto legislativo, la sustitución de la Norma fundamental.

Subraya la Corte que el orden lógico del “control por sustitución” de los actos legislativos en demandas en donde se combinan cargos de fondo y de forma consiste en analizar en un primer lugar el exceso de las competencias del órgano reformador (límites materiales), y luego sí encargarse de estudiar los eventuales vicios de procedimiento.

Sin embargo, como ocurre en este caso, la Corporación constitucional tiene la potestad, en cumplimiento del principio de “eficiencia procesal” en las decisiones judiciales (art. 228), de obviar el análisis de las demandas de fondo y dedicarse a indagar si de los cargos formales o de trámite se desprende la inconstitucionalidad de la reforma⁵³.

Apunta la Corte que en todo caso nada impide que se opte, a pesar de la constatación de vicios de trámite manifiestos, que la Corporación analice en la sentencia las vulneraciones de fondo, pero se advierte en la jurisprudencia que solo se debe optar por dicho camino: “*Si dentro de la Corte existe una claridad suficiente que permita*

*constatar la inconstitucionalidad material o competencial*⁵⁴.

De lo contrario se recomienda en la Sentencia que en los casos en donde “el tema material o competencial es de tal complejidad, que no parece probable que la Corte llegue, en un tiempo prudente, a una conclusión firme al respecto, entonces resulta razonable que el juez constitucional se abstenga de tomar determinaciones al respecto y entre a examinar el vicio procedimental que tiene mayor posibilidad de prosperar”⁵⁵.

Como sucede en el caso en mención, la Corte opta por dedicarse a estudiar el vicio de trámite, evidente y manifiesto, de que el Congreso incurrió en una falla procedimental en el sexto debate, cuando en la votación del informe de ponencia en la plenaria de la Cámara de Representantes no se produjo la mayoría absoluta requerida⁵⁶, y por ende la Corporación rechaza cualquier pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

En esta jurisprudencia a pesar de “la falta de tiempo” o del supuesto “consenso” requerido⁵⁷ se aprecia de nuevo el temor por parte del órgano constitucional de analizar pormenorizadamente cada uno de los cargos de “sustitución”, que en este caso, por ejemplo, enriquecerían el entendimiento de cuándo se presenta una vulneración de los principios y valores contenidos en el Bloque de Constitucionalidad.

La solución de la Corte fue optar por el camino de Pilatos, “tumbando” la reforma por vicios procedimentales, y “lavándose las manos” en la responsabilidad política que acarrearía razonar y argumentar sobre los supuestos de fondo de inconstitucionalidad del Acto Legislativo⁵⁸. No era una decisión fácil, pero gracias al vicio en el trámite pudo una vez más la Corte esquivar la responsabilidad que tenía de emitir una sentencia que pusiera en práctica la postestad de revisión material de las modificaciones constitucio-

nales propuesta desde la Sentencia C-551 de 2003.

5. ANÁLISIS DE FONDO DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA A UN CASO CONCRETO. SENTENCIA C-971-04

A pesar de que la Corte Constitucional seguía manteniendo en su jurisprudencia el precedente establecido en la Sentencia C-551 de 2003 con relación a la posibilidad de revisar el contenido de las reformas constitucionales, para verificar si con éstas no se había abrogado el órgano de reforma potestades constituyentes al “sustituir” o derogar la Carta, no se había producido el examen puntual de las demandas de “inconstitucionalidad por sustitución”, por motivos como la “mala formulación del cargo” (C-1200 de 2003), la no especificación de la norma demandada para realizar un control concreto y puntual (C-572 de 2004) y la prevalencia del análisis de los vicios formales sobre los materiales (C-816 de 2004).

Estas observaciones que se presentan en los procedimientos de control habían producido sentencias inhibitorias o jurisprudencias que eludían de una u otra forma la puesta en práctica de la atribución de la Corte para controlar el contenido de las reformas. Si bien es cierto en ninguna de las sentencias analizadas se niega la facultad de la Corporación constitucional para conocer si el Congreso se “excedió en la competencia”, tampoco en la jurisprudencia estudiada se hace un análisis directo y específico, en donde se ponga en práctica la tesis del “control de inconstitucionalidad por sustitución”.

Solo con esta Sentencia C-971-04 la Corte asume plenamente su rol de controlador de las reformas constitucionales, ya

que encara y resuelve, con argumentos y razonamientos jurídicos explícitos, los cargos que se proponen en la demanda del Acto reformativo. Con esta sentencia⁵⁹, se constata el primer avance serio en relación con la implementación en Colombia de la potestad de revisión de fondo de las modificaciones constitucionales.

La Corte Constitucional tardó más de un año y medio para cumplir en definitiva con su obligación de defender y guardar la Constitución cuando de reformas constitucionales se trataba. Lo que produce en últimas esta omisión del control es que la Corte termine por retardar peligrosamente los efectos de su deber de revisar las modificaciones constitucionales, así como prorrogar innecesariamente la posibilidad de realizar una contraposición adecuada y razonada de los cargos que se presentaron en las demandas, y así dilucidar jurisprudencialmente los aspectos más importantes.

Apartándonos de la crítica que se le puede hacer a la Corte por retrasar su potestad de revisión, en un tema tan sensible como el de las limitaciones intrínsecas a la reforma, analizaremos cuáles han sido los aportes en materia de control material de las reformas constitucionales por intermedio de acto legislativo en la Sentencia referida.

En la C-971 de 2004 se demanda por parte de ROBERTO RAFAEL BORNACELLI el párrafo transitorio del artículo 3.º del Acto Legislativo n.º 01 de 2003, es decir, la llamada “Reforma política” que ya había sido impugnada en la Sentencia C-572 de 2004, en la cual la Corte unánimemente se había inhibido para pronunciar un fallo de fondo. Recordemos que en aquella ocasión, aunque el demandante había sustentado que dicha modificación había vulnerado el derecho fundamental a la “participación política”, la Corte no estimó el cargo porque la demanda se hizo en forma genérica.

Igualmente se comprueba que el párrafo transitorio impugnado se asemeja a la atribución que se demanda en la Sentencia C-1200 de 2003 y en algunos de los cargos de fondo que se impugnan del Acto Legislativo n.º 02 de 2003, resueltos en la Jurisprudencia C-816 de 2004, es decir, que lo que los actores cuestionan es que por vía de una reforma transitoria se violen los principios de “separación de poderes” y “reserva legal formal”, al otorgarse en estas modificaciones delegaciones al ejecutivo para que expida decretos con fuerza de ley en materias que constitucionalmente se reservan al legislativo.

Se comprueba que la técnica legislativa que se adopta en los Actos Legislativos n.º 03 de 2002 (Implementación del sistema acusatorio en Colombia); n.º 01 de 2003 (Reforma política), n.º 02 de 2003 (Estatuto antiterrorista) y hasta el intento de reforma constitucional por referendo (Ley 796 de 2003, punto 6 párrafo transitorio y punto 7 párrafo segundo) consiste en establecer plazos perentorios para la reglamentación por parte del Congreso de las materias reformadas constitucionalmente, el recorte de los términos para la revisión constitucional de dichas normatividades y la amenaza directa de expedición de decretos con fuerza de ley por parte del ejecutivo, si no se aprueban las leyes por el Parlamento en el lapso establecido.

Recordemos que estas estratagemas de reforma no son desconocidas para regímenes autoritarios y totalitarios, en donde se producen constantes “fraudes a la Constitución”, legitimados legalmente con el otorgamiento de facultades extraordinarias permanentes al ejecutivo vía modificación constitucional, que en últimas niegan absolutamente los principios y valores estructurales de la Norma básica.

El párrafo transitorio del artículo 3.º

del Acto Legislativo de la “Reforma política” (n.º 01 de 2003), que regula la financiación de los partidos y movimientos políticos⁶⁰, tiene un agravante adicional, y es que en la práctica era imposible que el Congreso expidiera en el plazo exigido las leyes reglamentarias de la reforma, ya que como se comprueba en la demanda, solo contaría con 23 días para tramitar dichas leyes, término que hace imposible en la práctica la aprobación de una ley de carácter estatutario, que exige un lapso mínimo de un año⁶¹.

Dejando a un lado la *crítica inmanente* propia de la demanda, pasaremos a analizar los aspectos *trascendentes* de la sentencia, es decir, analizaremos las aportaciones que la jurisprudencia realiza respecto a la generalidad del tema del control material de los actos legislativos.

Con relación a este punto, se evidencia que la C-971 de 2004 no es más que la segunda parte a los planteamientos jurisprudenciales que se sustentan en la C-1200 de 2003. La identidad del magistrado ponente –MANUEL JOSÉ CEPEDA– explicaría esta continuación de la teoría. Recordemos cómo en la C-1200 se plantea un sistema de grados en donde se diferencia principalmente *intangibilidad* con *insustituibilidad*, con base en la tesis de la consagración explícita de los aspectos intangibles.

En esta ocasión la Corte reitera dicha jurisprudencia⁶², pero incluye una nueva distinción verbal, esta vez entre los términos *alterar* y *sustituir*, poniendo en evidencia que la Corporación no solo cuenta con buenos diccionarios de la lengua española y de sinónimos, sino que perjudicialmente se está imponiendo en el análisis de la revisión del contenido de las reformas constitucionales una metodología puramente analítica, basada en una sesgada y obtusa herméutica conceptual.

Este tipo de metodologías lo que produce en la práctica es que dentro del control de las reformas por violación de las limitaciones intrínsecas se imponga en últimas la “subjetividad del juez constitucional”⁶³ sobre los criterios objetivos que produciría en la práctica la implementación de las reformas demandadas.

Nos referimos, como ejemplo, al siguiente aparte de la C-971 de 2004: “No puede perderse de vista, sin embargo, que el poder de reforma constitucional obedece a la necesidad de acomodar la Constitución a nuevas realidades políticas, a nuevos requerimientos sociales, o a nuevos consensos colectivos. *Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional.* Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución no puede incidir en esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, *per se*, como una sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente el contenido del poder de reforma constitucional, que como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución”⁶⁴.

Con este aparte se aprecia la taumaturgia que se presenta con la interpretación exégetica de conceptos, si lo que se quiere es evitar la “petrificación de la Constitución”; tampoco se puede permitir que en un derecho constitucional del siglo XXI se implante a partir de la interpretación cons-

titucional, no ya una *petrificación*, sino una auténtica *fosilización paleolítica* de la vulneración de los principios esenciales de la Carta, al autorizarse que se *alteren* los principios constitucionales pero que no se *sustituyan*.

Tampoco resulta afortunada la metodología utilizada por la Corte para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con los cargos de sustitución, descrita en el fundamento jurídico cuarto e implementada en el fundamento quinto de la sentencia⁶⁵. El procedimiento de control parte de dos premisas lógicas, una *mayor* que se refiere al estudio del aspecto definitorio que se declara vulnerado, teniendo en cuenta las especificidades de nuestra Carta política, en el caso en mención, el principio de “separación de poderes”.

Y una *premisa menor* que se encarga de analizar si la norma acusada violenta dicho principio; el silogismo culmina con la verificación de si el acto legislativo impugnado sustituye o reemplaza efectivamente la Constitución de 1991. A pesar de que pueda resultar impecable en terrenos de la lógica, nos parece que la implementación de dicho procedimiento de control lo único que facilita es la imposición velada del subjetivismo judicial.

En el caso en mención sobre el análisis del principio de “separación de poderes”, lo que prevalece en la jurisprudencia son las discusiones sintácticas, que partiendo de exposiciones históricas justifican la transformación de la esencia de dicho valor autorizando la *flexibilización* en un mal entendimiento de la modernidad constitucional⁶⁶.

La Corte considera en la sentencia que no se presenta un cambio de Constitución por el hecho de que la alteración puntual, excepcional, transitoria y específica de la delegación de potestades legislativas en el

ejecutivo sobre materias propias de reserva legal, no constituye una violación del principio de separación de poderes, pero esta autorización jurisprudencial lo que acarrea en últimas es una autorización solapada a que el ejecutivo y sus mayorías en el Congreso sigan imponiendo a partir de párrafos transitorios un régimen del todo distinto al establecido por el constituyente del 91.

En nuestra opinión, la metodología del control no debe partir de análisis puramente conceptuales o analíticos, ni concentrarse en cumplir a rajatabla con silogismos lógicos que encubren con un manto de autoridad intelectual de segundo orden los problemas fundamentales planteados en la impugnación de los actos legislativos.

El juez constitucional debe más bien ocuparse de contextualizar el problema jurídico de una manera objetiva, en el caso en mención cuestionarse por ejemplo qué repercusiones puede tener la incorporación en nuestro modelo constitucional de la práctica reiterada de otorgar facultades extraordinarias legislativas al ejecutivo mediante cláusulas de reforma constitucionales transitorias, y qué opinión tiene la Corte sobre dicha institucionalización de la delegación de facultades, ya no extraordinarias, sino ordinarias y corrientes.

Es tal vez, con la verificación de la patente vulneración que se presenta con la autorización jurisprudencial para que se expidan decretos-leyes en materias protegidas constitucionalmente, que la misma Corte acude para, por segunda vez, utilizar la “técnica de Pilatos”, al decidir inesperadamente que se ordene remitir a la Corporación los decretos expedidos por el ejecutivo con base en las facultades de dicha reforma, ya que por tratarse de materias propias de ley estatutaria, se debe proceder a realizar un control automático⁶⁷.

Ante la absurda solución “salomónica”, no queda más que subrayar, de nuevo, que este primer caso en que de manera concreta se analiza un cargo de sustitución, el juez constitucional optó por aprobar subjetivamente una reforma abiertamente inconstitucional, por incompetencia del órgano reformador.

CONCLUSIONES

1. Se comprueba que la Corte extendió su jurisprudencia respecto a la posibilidad que tiene ésta de revisar si se superaron las competencias del órgano reformador, convirtiéndose en constituyente, y la de control automático de la ley de referendo (Sentencia C-551-03) a las impugnaciones que mediante acción de constitucionalidad se presentan de las modificaciones de la Constitución por acto legislativo.

2. En una primera etapa de la implementación de dicho control (Sentencias C-1200 de 2003, C-572 de 2004 y C-816 del mismo año), la Corte evade su responsabilidad de revisar el fondo de las reformas demandadas, alegando la mala formulación del cargo o dando prevalencia al aspecto formal sobre el procedimental, y utiliza el mecanismo procesal de la inhibición para evadir el problema.

3. Sin embargo, se comprueba que desde la primera sentencia, que se encarga de revisar el contenido de un acto legislativo (Sentencia C-1200 de 2003) la Corte a partir de diferenciaciones y conceptualizaciones excesivas, empieza a hacer nugatoria la potestad de controlar materialmente las reformas a la Constitución

4. En esta primera etapa, nada se dice respecto a la definición de los límites competenciales o cuáles son los principios básicos que se protegen en la Carta de 1991

para la eventual impugnación de un acto legislativo.

5. La Corte desecha la oportunidad única de crear jurisprudencia en torno al tema de las limitaciones y potestades del control en casos específicos como la demanda de vulneración del Bloque de constitucionalidad que se presenta con el caso que resuelve la Sentencia C-816 de 2004, y opta por hacer prevalecer el análisis procedimental sobre el material.

6. Se presenta, en una segunda etapa del control, la primera sentencia que enfrenta razonadamente los cargos de sustitución esgrimidos en la demanda, la Sentencia C-971 de 2004. Sin embargo, los “tests de razonabilidad” y la metodología que se utiliza para resolver las impugnaciones de la demanda son confusas y ambiguas, ya que parte de una axiología analítica cuestionable, que facilita el “subjetivismo judicial” en la decisión.

GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES

Profesor de Derecho Constitucional y de Metodología
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

1. Agradecemos la ayuda prestada en la búsqueda de las sentencias por los doctores ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, JOSÉ RODRIGO VARGAS DEL CAMPO, ALFONSO PALACIOS y la profesora MARTHA CAROLINA RICO.

2. Aunque hay que aclarar que en las décadas de 1970 y 1980, y en vigencia de la Constitución de 1886, se presentaron sentencias que declararon inconstitucionales reformas a la Carta Suprema, aunque por vicios en el procedimiento. En la Sentencia de 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia declara que no se encuentra ajustada a la Carta la convocatoria a una Asamblea Constituyente (pequeña constituyente del gobierno LÓPEZ MICHELSEN), que se convocaba mediante el Acto Legislativo n.º 2 de 14 de diciembre de 1977. Así mismo, en la Sentencia de 3 de noviembre de 1981 se invalida una reforma “por vicios formales”, porque vulnera principios como la protección de las minorías y la indebida acumulación de proyectos de reforma.

3. En el capítulo III de la *Teoría de la Constitución*, SCHMITT expone las diferencias entre destrucción de la Constitución, supresión de la Constitución, reforma de la Constitución y quebrantamiento de la Constitución. (CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1996, pp. 115 a 134).

4. PEDRO DE VEGA GARCÍA. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1985.

5. Este principio viene haciendo carrera desde que por primera vez se define la Constitución (por vía negativa) en el artículo XVI de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que estipula: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución” (tomado de MÁXIMO PACHECO GÓMEZ. *Los Derechos Humanos: documentos básicos*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1987, p. 52).

6. El artículo 241 estipula: «A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación. El artículo 379 postula: “Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título [Título XIII De la Reforma de la Constitución]».

7. Especialmente los trabajos de G. LIET-VEAUX. “La fraude à la Constitution”, *Revue de Droit Public*, 1942, p. 116; y de BURDEAU *Traite de Science Politique*, p. 266, quienes afirman que el fraude a la Constitución se entiende como la utilización del procedimiento de reforma que se utiliza para que “sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente”. DE VEGA GARCÍA. Ob. cit., p. 291).

8. Por ejemplo, el libro de CARL SCHMITT *La teoría de la Constitución*, publicado en 1928.

9. El principio de supremacía constitucional solo

se instituye en Europa con la Constitución Austríaca de 1920 por la influencia del pensamiento de Kelsen.

10. El nacional socialismo de HITLER consiguió el poder apelando a la propia legalidad de la Constitución de Weimar de 1919, basándose en la posibilidad del artículo 48 de dicha normatividad, en donde se autorizaba la legislación por ordenanzas y la supresión de ciertas garantías constitucionales (mecanismo utilizado como reformatorio a partir del 17 de julio de 1930, siendo canciller BRÜNING). Ya en el Tercer Reich, las leyes de HITLER de 24 de marzo de 1933 y de 31 de enero de 1934 comprueban cómo una Constitución sin control del contenido de las reformas pueden legitimar un cambio de régimen y la aniquilación de una estructura constitucional democrática, a manos de sus propios mecanismos. Aunque el artículo 76 de la Constitución de Weimar, sobre la reforma constitucional por parte del órgano legislativo presupone una amplia mayoría de dos tercios, en 1933 HITLER satisfizo este requerimiento con la “ley de plenos poderes” de 24 de marzo de 1933 aprobada por unanimidad en el *Reichsrat*, y por el aplastante resultado de 441 votos contra 94 en el *Reichstag* (DE VEGA GARCÍA. Ob. cit., pp. 292 y 293). Como apunta el profesor RÜTHERS, esta aprobación constituyó el fundamento la implantación de la dictadura totalitaria, en la que HITLER y su partido acapararon para sí la totalidad indivisa del poder del Estado. Para RÜTHERS las dos decisivas transgresiones legislativas de la Constitución de Weimar fueron el “Reglamento del Presidente del Reich para la protección del pueblo y Estado”, de 28 de febrero de 1933, y la “Ley de emergencia del pueblo y del Reich” (Ley de plenos poderes) de 24 de marzo de 1933. BERND RÜTHERS. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 26.

11. Se puede consultar sobre el tema de la “instrumentalización de la democracia” a GUSTAVO ZAGREBELSKY. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona, Ariel, 1996; y el artículo de PEDRO DE VEGA GARCÍA. “La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)”, *REPC*, n.º 120, abril-junio 2003.

12. Por ejemplo, DE VEGA. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*; PETER HÄBERLE. *El Estado Constitucional*; J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria de la Constituição*.

13. Aunque se debe tener en cuenta que todo el sistema de órganos debe constituirse en defensor,

así como la utilización de mecanismos de democracia participativa, para evitar la destrucción de la Constitución.

14. El Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado por ejemplo en las sentencias: B.verf.GE, 30 sobre interceptación de las comunicaciones o “escuchas telefónicas” (*Abhörurteil*); la B.verf.GE, 84, 90 sobre “Expropiaciones antes de 1948” (*Enteignungen vor 1948*); la B.verf.GE, 89, 155 sobre la aprobación del Tratado de Maastricht; y la sentencia B.verf.GE, 94, 49 sobre el “derecho de asilo”. La mayoría de estas sentencias no declaran inconstitucionales las reformas, y declaran que solo se debe interpretar que hubo un cambio constitucional cuando se consagra un estado total por la vía legal. Otras constituciones como la francesa (art. 89) y la italiana (art. 139), a pesar de que incorporan cláusulas pétreas, no han producido ni un solo caso de revisión del contenido de la reforma por parte de sus organismos de control de constitucionalidad. Ver MARIE FRANCOISE RIGAUX. *La Theorie des limites materielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelles, Larcier, 1985, p. 256.

15. Sentencia C-551 de 2003: «En efecto, el artículo 368 de la Constitución [india] establece que el Parlamento puede modificar la Constitución si la reforma es aprobada por mayoría calificada (2/3 partes de los asistentes, con la participación de la mayoría absoluta de los miembros). La única restricción explícita establecida por esa Constitución es que si la reforma versa sobre la estructura federal del Estado indio, entonces deberá ser aprobada también por la mitad de las legislaturas de los Estados. En tal contexto, la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que el poder de reforma no puede ser igualado al poder constituyente originario, por lo que se entiende que ese poder de reforma es limitado y debe preservar la Constitución existente, adaptándola a los cambios históricos. El parlamento puede, según la Corte Suprema de la India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su “estructura básica”, pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas”. Las sentencias más emblemáticas sobre el tema según la misma jurisprudencia son: *Kersavanda v. Kerala* de 1973; *Indira Gandhi v. Raj Narain* de 1975 y *Minerva Mills v. India*.

16. Fundamentos jurídicos 36 y 37.

17. Recientemente el profesor NÉSTOR OSUNA subrayó los cuatro argumentos que utilizó la Corte para sostener la tesis de los límites competenciales.

En primer lugar, el *argumento gramatical*, según el cual *reformular* es diferente a eliminar, sustituir o derogar. En segundo término, el *argumento del derecho comparado*, en donde la Corte para afianzar su postura analiza los ordenamientos español, francés, suizo, argentino y venezolano, para concluir que el derecho constitucional distingue con claridad entre reforma y sustitución (consideración 35 de la C-551-03). En tercer lugar, el *argumento sistemático*, ya que los artículos 6.º y 121 de la Constitución establecen que las autoridades sólo tienen competencias explícitas (consideración 36 de la Sentencia). Por último, el *argumento lógico*, por el cual la Corporación explica que si no se distingue entre poder de reforma y poder de sustitución, entonces no habría diferencia entre constituyente derivado y constituyente originario (consideración 37 de la jurisprudencia). NÉSTOR OSUNA PATIÑO. “La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia”, en AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coord.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 33.

18. Fundamento jurídico 39.

19. Con relación a la expectativa que se tenía para que la Corte revisara el fondo de una reforma que estaba en contra de principios y valores de tratados firmados por Colombia (Bloque de Constitucionalidad), se cita la Sentencia C-816-04 sobre el llamado “Estatuto antiterrorista” (Acto Legislativo n.º 2 de 2003) que reformaba los artículos 15, 24, 28 y 250 (párrafo) de la Constitución “para enfrentar el terrorismo”. Finalmente, la Corte Constitucional no se pronunció respecto a la posibilidad de limitación del poder de reforma con relación a los límites heterónomos que surgen de los valores y principios que se defienden de dichos tratados.

20. Sin embargo, como apunta OSUNA PATIÑO: “... en esta sentencia no se produjo la declaratoria de inconstitucionalidad de ninguno de los apartados de la ley que se sometía a su consideración”. OSUNA PATIÑO. Ob. cit., p. 34.

21. Opinión sostenida por ejemplo por LLERAS DE LA FUENTE: «Debería haberse denominado Asamblea Constitucional y no Constituyente, por tratarse de una corporación que ejerce poder constituyente derivado o secundario, delegado por el Congreso mediante ley, lo cual implica el ejercicio de una competencia y las obvias limitaciones al poder de reforma». CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y otros. *Inter-*

pretación y génesis de la Constitución de Colombia. Bogotá, Cámara de Comercio, 1992, pp. 626 a 627. Desde finales de agosto de 2004 se tramitan en el Congreso los proyectos de ley 102 y 104 de 2004 que pretenden convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para la modificación del régimen presidencial, a uno parlamentario (n.º 102) o semiparlamentario (n.º 104). En dichos proyectos se encuentran delimitadas las competencias, la composición, elección y duración de dicha corporación *ad hoc* para la reforma (Ver *Gaceta del Congreso*, n.º 483 de 31 de agosto de 2004).

22. Consideramos que de los dos procedimientos, el del artículo 376 por Asamblea Constituyente es el más gravoso, porque además del trámite de aprobación de la ley se debe someter a un referendo que apruebe la ley que convoca, con la exigencia de mayorías amplias, y una vez se produzca esta, se podrá conformar la Asamblea.

23. En el mismo sentido el profesor OSUNA apunta: «La lectura de la sentencia puede, sin embargo, suscitar cierta perplejidad por cuanto el órgano judicial no parece tomar una postura clara sobre si la posibilidad de sustituir la Constitución le corresponde en exclusiva al constituyente originario, o si una eventual asamblea constituyente, convocada del modo previsto por la Constitución, podría no sólo reformar la Constitución, sino también sustituirla» OSUNA PATIÑO. *Ob. cit.*, p. 31.

24. Es decir, que las normas pueden ser modificadas siguiendo los presupuestos de su formación. Cfr. ALESSANDRO PACE y JOAQUÍN VARELA. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

25. En esta hipótesis de la atribución de competencias generales en la ley de convocatoria de la constituyente, los representantes que se elijan tendrán vocación de constituir o de elaborar una Constitución nueva que sustituya o cambie la anterior.

26. Así lo expresa, por ejemplo, el magistrado CÓRDOBA TRIVIÑO en su salvamento de voto, donde resalta que la exigencia de que los demandantes deben plantear un “cargo de la sustitución” se impone a los actores en la doctrina de un fallo proferido por la Corte cuatro meses después de que aquellos presentaran la demanda. (Corte Constitucional C-1200-03, salvamento de voto del magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, fundamento jurídico 6).

27. Como veremos más adelante, esta posición es criticada por el magistrado (e) RODRIGO UPRIMNY, quien en la aclaración de voto a la Sentencia C-572-04 prefiere que se diferencie el control de la

revisión teniendo en cuenta las distintas modalidades de reforma contempladas en la Constitución.

28. Según la teoría de la vinculación al precedente norteamericana, el *overruling* consiste en que la Corte puede apartarse de su jurisprudencia anterior cuando ésta no resulte adecuada para resolver el caso posterior, por ejemplo, por haber cambiado el contexto social o porque los argumentos que se utilizaron ya no resulten adecuados para resolver el nuevo caso (verbigracia, caso *Brown vs Board of Education*, en el cual la Corte Suprema no encuentra conforme al contexto social que se siga manteniendo el principio de segregación racial en las escuelas públicas a mediados de los años 50). El *distinguish*, por su parte, consiste en que el juez en un caso posterior pueda inaplicar la jurisprudencia anterior, cuando considere que existen diferencias entre uno y otro caso. Por ejemplo, la Corte colombiana en esta sentencia pudo haber considerado que no aplicaba el precedente de “los límites competenciales del poder de reforma”, porque en este nuevo caso se trata del análisis de una reforma por “Acto legislativo”, mientras que el precedente de la Sentencia C-551-03 se dio para la revisión de una “Reforma mediante referendo”. Sobre el concepto de vinculación al precedente, ver el reciente libro de CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 222 y 223.

29. La Corte ejemplifica estos supuestos cuando en el fundamento jurídico 3 diferencia entre sustitución total y parcial. De esta manera extiende los casos en que se podrían presentar sustituciones a la Constitución. Subraya la Corporación constitucional: “Por eso los ejemplos que enunció la Corte en la sentencia C-551 de 2003 partieron de la oposición entre república y monarquía, democracia y dictadura, Estado de derecho y totalitarismo. Así el Congreso colombiano no podría ejercer su competencia para reformar la Constitución, establecer una monarquía parlamentaria, aunque esta respondiera a los principios de un Estado democrático de derecho, como por ejemplo lo es España desde la Constitución de 1978...”. Igualmente expresa la Corte: “Por eso, no representan sustituciones parciales los cambios que reforman la Constitución y que, si bien refieren a asuntos importantes, no transforman la forma de organización política –en todo o en alguno de sus componentes definitorios esenciales– en otra opuesta (*monarquía parlamentaria*) o integralmente diferente (*república parlamentaria*)”.

30. La Corte subraya que nos son *sustituciones*

parciales: "... por ejemplo, las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial (i.e. 'Estado de derecho, social y democrático' por 'Estado democrático y social de derecho'); las reconceptualizaciones de un valor protegido por la Constitución (i.e. 'el pueblo es el único titular de la soberanía' por 'la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo'); las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), las limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señala la ley)...".

31. La Corte ya ha utilizado en otros eventos los "tests de razonabilidad", que se convierten en guías metodológicas para resolver casos difíciles de colisión de derechos, o para definir la vulneración de dichos derechos, como por ejemplo el llamado "test de la igualdad" definido en la Sentencia C-093-01 en donde se delimita cuándo se presenta una discriminación que infrinja el derecho en mención. Igualmente cabe resaltar el "test de *habeas data*", en donde se expone un conjunto de requisitos para verificar si se transgredió dicho derecho; al respecto se puede consultar la Sentencia T-729-02 o el artículo de JUAN CARLOS UPEGUI. "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales. Una mirada constitucional a un régimen jurídico en construcción", en AA.VV. *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 92 y 93. Del mismo modo el profesor CARLOS BERNAL nos explica un tema más general para resolver casos difíciles de colisión entre derechos fundamentales, mediante el llamado "Test de proporcionalidad", compuesto de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, o la publicación del mismo autor antes citada: *El derecho de los derechos*.

32. Expone la Corte lo siguiente: "*Los alcances de la intangibilidad* establecida por el propio cons-

tituyente difieren en el derecho constitucional comparado. Dichos alcances obedecen a varios elementos, dentro de los cuales cabe destacar brevemente tres: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas de intangibilidad y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional; las normas intangibles cubren no solo principios básicos sino derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público y el juez constitucional interpreta de manera expansiva las normas relevantes" (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1200-03, fundamento jurídico 3). En el mismo apartado, la Corte en cita apunta lo siguiente: "es más amplio el criterio de intangibilidad sentado en la Constitución de Portugal ('deberá respetar') que el fijado en las Constituciones de Brasil ('prohibición de abolir')". Igualmente destaca que en la Constitución de Portugal se postulen como intangibles derechos específicos, en lugar de principios básicos: "Por ejemplo, así sucede en Portugal donde la lista de intangibles es extensa y detallada, lo cual contrasta con la intangibilidad escueta y general de 'la forma republicana de gobierno' según las constituciones en Francia e Italia. Finalmente subraya la jurisprudencia que las *interpretaciones expansivas* de principios dependen del juez constitucional, como por ejemplo sucede en Francia e Italia al declararse intangible "la forma republicana de gobierno", que puede ser interpretado de manera estricta "interpretada tan solo como una prohibición de reinstaurar la monarquía", o si se entiende en sentido amplio "hasta comprender la laicidad, la igualdad y otros principios republicanos".

33. Aunque como veíamos anteriormente, en el análisis de la Corte sobre *intangibilidad expansiva* y *restrictiva* se hace un estudio de tipo *conceptual* o *analítico*. Recordemos que resalta el caso de la Constitución portuguesa por ser una intangibilidad restrictiva, ya que describe aspectos puntuales y detallados.

34. El artículo 288 de la Constitución portuguesa dispone: "1. Las leyes de revisión constitucional tendrán que respetar: a) la independencia nacional y la unidad del Estado; b) la forma republicana de Gobierno; c) la separación de la Iglesia del Estado; d) los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) la coexistencia del sector público, del

sector privado y del sector cooperativo y social en la propiedad de los medios de producción; g) la existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; h) el sufragio universal directo, secreto y periódico para la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, así como el sistema de representación proporcional; i) el pluralismo de expresión y organización política, incluyendo partidos políticos y el derecho de oposición democrática; j) la separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; l) el control de constitucionalidad por acción o por omisión de las normas jurídicas; m) la independencia de los Tribunales; n) la autonomía de las entidades locales y/o la autonomía político-administrativa de las Azores y de Madeira”. Las cláusulas menos utilizadas por el Tribunal Constitucional portugués son las relacionadas con la implantación de un Estado social en la Constitución portuguesa: el principio de apropiación colectiva de los medios de producción, la planificación democrática de la economía y la participación de las organizaciones populares de base en el ejercicio del poder local. Cfr. GONZALO RAMÍREZ CLEVES. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Temas de Derecho Público, n.º 69, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 104.

35. El profesor DE VERGOTTINI expone lo siguiente: “El ejemplo de la constitución portuguesa de 1976 es significativo a este respecto. Se sustraen a la reforma: la independencia y la unidad del Estado, la forma republicana, la separación entre Estado e Iglesia, la separación de los poderes, las autonomías locales, el pluralismo político y de partidos, el derecho de oposición, la democracia electiva y el sistema proporcional, los derechos individuales y colectivos, la propiedad colectiva y la planificación, las garantías constitucionales y el control de constitucionalidad (art. 288). Ahora bien, esto no ha impedido que una transformación sensible de orientación política haya conducido a una modificación de los criterios de limitación de la reforma fijados en 1976, por obra de leyes de reforma posteriores que en realidad revelan nuevos propósitos constituyentes (leyes 1.ª del 30 de septiembre de 1982 y 1.ª de julio de 1989) que en la práctica han eliminado los principios de inspiración marxista – leninistas, homologando la constitución portuguesa a las constituciones de democracias liberales”. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. *Las transiciones constitu-*

cionales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 93.

36. ANTONIO DE ALMEIDA SANTOS. “Los límites materiales de la revisión constitucional a la luz de la doctrina y del sentido común”, *REP*, n.º 60-61, p. 955. En igual sentido, en Alemania la interpretación de las cláusulas del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, para alguna parte de la doctrina, solo tienen una fuerza declarativa, ya que el contenido de los límites debe ser buscada en la significación global (*Gesamtzusammenhang*) del texto constitucional, posición sostenida, por ejemplo, por HORST EHMKE en *Grenzen der Verfassungsänderung*. Cfr. RAMÍREZ CLEVES. *Los límites a la reforma constitucional...*, cit., pp. 100 y ss.

37. DE ALMEIDA SANTOS. Ob. cit., pp. 957 y 958.

38. El símil del “edificio constitucional” es utilizado recientemente por el magistrado español JIMÉNEZ DE PARGA, quien refiriéndose a la Constitución española explica: “El edificio constitucional español es susceptible de retoques. Algunos elementos son accesorios. Pero lo que no se pueden demoler son los cimientos y las paredes maestras. Y tampoco resulta admisible que la reforma de lo que es susceptible de mejora se plantee y lleve a cabo con violación de los preceptos que la propia Constitución establece para su revisión”. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA. “El Edificio Constitucional”, *ABC*, la tercera, domingo 30 de enero de 2005. Esta tesis es sostenida también en Suiza por los profesores M. BRIDEL y P. MOOR en “Observations sur la hiérarchie des *leges constitutionnelles*”, *Revue de Droit Suisse*, vol. 87, 1968, en donde consideran que ciertas reglas constitucionales poseen un carácter semejante al de los cimientos de un edificio. (Ver RAMÍREZ CLEVES. *Los límites...*, cit., p. 102).

39. En este mismo sentido el salvamento de voto de la magistrada CLARA INÉS VARGAS: “Con el propósito de determinar si se presentó o no, en un determinado caso, una violación a tales límites materiales, la Corte consideró, en el referido fallo, que era preciso tener en cuenta los valores y principios que informan la Carta Política, ‘y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad’. Por el contrario, en la providencia de la cual me aparto, si bien esta corporación partió de las premisas sentadas en la Sentencia C-551 de 2003, posteriormente, más que encaminarse a profundizar el examen de los límites materiales que conoce la labor del constituyente derivado, dirigió su atención a establecer un extenso y casuístico catálogo de situaciones, en las cuales el juez constitucional debe

abstenerse de ejercer cualquier clase de control material sobre las reformas a la Constitución”.

40. Apunta el magistrado ARAÚJO RENTERÍA en su salvamento: “... los actores afirman que las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la disposición atacada, afecta el principio de la separación de poderes, afecta el principio de la separación de poderes, en cuanto trasladan y concentran en manos del Presidente materias y reserva de ley; en su criterio, esto es posible cuando se suspenden las facultades ordinarias del Congreso [...] Estos argumentos eran más que suficientes para tener formulados en debida forma y proceder en consecuencia a realizar su estudio de fondo...”. Por su parte el magistrado CÓRDOBA TRIVIÑO indica: “Me aparto de la carga adicional que la mayoría impone al accionante cuando cuestione la legitimidad de una reforma constitucional: A él no se le puede imponer la carga de demostrar que la magnitud y trascendencia de la reforma conducen a la sustitución de la Carta. Es suficiente con que plante, en este punto, el exceso en el ejercicio de la competencia inherente al mecanismo de reforma [...] La Corte, al extremar el rigor para el examen de la demanda interpuesta, le impuso al actor exigencias adicionales, no previstas por la ley y susceptibles de restringir el ejercicio legítimo de la acción de inconstitucionalidad”.

41. AUGUSTO CONTI PARRA. “Sustitución constitucional. Análisis sobre la sentencia aprobatoria del referendo”, en *Anuario de Derecho Constitucional*, cit., p. 57. En el sentido de oponerse a la tajante distinción entre vicios de forma y vicios materiales, el profesor QUINCHE RAMÍREZ indica: “En lo que tiene que ver concretamente con el control que sobre los actos de reforma a la Carta ejerce la Corte Constitucional, la tajante distinción entre vicios de forma y vicios de materia, participa del uso inconveniente del lenguaje que se ha enunciado, y a su vez limita el control al ejercido dentro de un Estado Constitucional democrático. No se trata, rota la distinción entre materia y forma, de ejercer un control indiscriminado, sino de entender, con el Ministerio Público [concepto del Procurador General de la Nación en la Sentencia C -551-03], ‘que el análisis de Constitucionalidad debe ir más allá del estricto análisis formal de procedimiento’”. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. “El control de los actos reformativos de la carta *solo por vicios de procedimiento en su formación*”, *ibíd.*, p. 53.

42. En la reforma constitucional mediante referendo expreso la Corte que la unidad de materia “cuando

el proyecto de ley tiene como objetivo reformar la Constitución”, solo se verificó si dentro de la cada una de las preguntas se daba la sistematización no permitiendo las llamadas *preguntas compuestas*. Con base en esta argumentación declara inconstitucional la inclusión de las “circunscripciones especiales de paz” en la pregunta que se refería a la modificación del sistema electoral ordinario. En el caso de las reformas constitucionales mediante acto legislativo la interpretación del concepto de “unidad temática” debe estar acorde con la necesidad de dicho requisito en los proyectos ordinarios de ley. De acuerdo con el “parámetro normativo” que se debe utilizar en la elaboración de dichos proyectos, consideramos que se debe tener en cuenta los mismos presupuestos que se exigen para la aprobación de una ley ordinaria. De esta manera una reforma por acto legislativo debe contar con la *unidad temática* que se requiere en todo proyecto de ley, es decir, que se deben seguir los requisitos del artículo 158 que consagra: “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”. Esta posición viene siendo incorporada en la jurisprudencia colombiana (ver Sentencia C-816-04, F.J. 14), aunque no se ha presentado la primera declaratoria de inconstitucionalidad formal por violar el requisito de la homogeneidad temática.

43. Por ejemplo, en el acto legislativo n.º 12 de 2004 que se tramitó para permitir la reelección presidencial en Colombia, se incluye en el artículo 5.º de dicha reforma la formulación de “Audiencias públicas Consultivas” para la aprobación de los presupuestos departamentales y distritales, propuesta que por lo demás había sido rechazada en la reforma por referendo constitucional de 2003 (pregunta n.º 4). Igualmente se incluye en el mismo artículo del Acto un segundo inciso en donde se exceptúa a la prohibición de que en los presupuestos se incluyan “*partidas globales*”, los casos de atención de emergencias y desastres, de *seguridad nacional y orden público, de programas definidos por demanda y las que determine la ley orgánica de presupuesto*. Algunos doctrinantes argumentan irónicamente que este último inciso del Acto, ante la amplia interpretación que se pueda dar, evidentemente tendría “unidad temática” ya que lo que hace es revivir los auxilios parlamentarios y “acortar” la maquinaria electoral para una eventual campaña de reelección del actual presidente URIBE VÉLEZ.

44. Sobre la necesidad de un cambio de las prác-

ticas políticas cfr. GONZALO RAMÍEZ CLEVES. “Mandato Imperativo y mandato representativo. Una perspectiva diversa: el caso colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 8, junio 2000, pp. 159 a 169. Así mismo los estudios de JUAN CARLOS RODRÍGUEZ RAGA. “Participación, sistema de partidos y sistema electoral”, *Análisis Político* (agosto-noviembre 1998). Igualmente, sobre las propuestas de reforma del sistema electoral, se puede consultar GÉRARD ROLAND y JUAN GONZALO ZAPATA. “Sistema electoral y de partidos en Colombia, propuesta de reforma”, en ALBERTO ALESINA (ed.). *Reformas Institucionales en Colombia*. Bogotá, Alfaomega, 2002, pp. 27 a 52; y ANA MARÍA BEJARANO. “La Constitución de 1991: un proyecto de construcción institucional”, en MANUEL ALCÁNTARA SÁEZ y JUAN MANUEL IBEAS (eds.). *Colombia ante los retos del siglo XXI*. Universidad de Salamanca 2001, pp. 77 a 95.

45. El método de escrutinio que se establecía en la Constitución de 1991 es el método de HART, que se modifica por un mecanismo proporcional más restringido, variante del modelo de HONDT, denominado “sistema de cifra repartidora”. Sobre los diferentes sistemas de escrutinio cfr. DIETER NOHLEN. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

46. Fundamento jurídico 12.

47. *Ibidem*.

48. Fundamento jurídico 27 del salvamento de voto.

49. No era la demanda en sí del “estatuto”, sino que la misma modificación constitucional contenía en su artículo 5.º que el desarrollo de dichas reformas se implementaría por medio de una ley estatutaria, producida por el Congreso, o por el Ejecutivo si el primer órgano no la expedía en un tiempo determinado. Esta modalidad de reforma utilizada también en otros actos legislativos, como analizamos en la Sentencia C-1200 de 2003 respecto al Acto Legislativo n.º 03 de 2002, y como estudiaremos en la Sentencia C-971 de 2004 respecto al Acto Legislativo n.º 01 de 2003.

50. En la exposición de motivos de dicho Acto se subraya que “el Consejo de Seguridad de la ONU en reunión del 28 de septiembre de 2001 reafirmando el derecho inminente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas; la necesidad de luchar con todos los medios, contra las amenazas a la paz y a la seguridad internacional representadas en el terrorismo, no solo insta a los Estados a trabajar de consuno urgentemente para combatir tales actos, sino también a

adoptar otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación, preparación y realización de esos actos de terrorismo...” (Exposición de Motivos del Acto Legislativo n.º 02 de 2003).

51. Presupuesto previsto en la Sentencia C-551 de 2003 (F.J. 39) antes analizado.

52. En la demanda se planteó la vulneración de la Carta Democrática Interamericana, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Protocolo II de Ginebra.

53. Utiliza la Corte la tesis del “minimalismo” como metodología de la resolución de casos, propuesta por CARL SUSTEIN en artículos como “Legal reasoning and Political Conflict”, y “One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court”.

54. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816 de 2004, fundamento jurídico 11.

55. *Ibidem*.

56. En la sentencia se aclara que el número de votos necesarios para aprobar la ponencia debió ser de 84 (mayoría absoluta), ya que el total de miembros en la Cámara de Representantes es de 167. La ponencia había obtenido 83 votos favorables.

57. Recordamos que en Colombia no se necesita “unanimidad” o “consenso” en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

58. El fallo tenía una repercusión política importante, ya que una de las banderas del gobierno URIBE VÉLEZ es la lucha contra el terrorismo, y se cuestiona durante los debates que la Corte se entrometa en “políticas de Estado” que no son objeto de sus atribuciones.

59. Subrayamos que el fallo tuvo una apretada mayoría de 5 votos contra 4, debido a la divergencia de opinión respecto a si se sustituyó o no la Carta con esta reforma.

60. El párrafo estipula lo siguiente con relación a la financiación de las campañas de partidos y movimientos políticos: “Párrafo transitorio. El congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes”. Como se comprueba en la demanda, la norma acusada fue expedida el 3 de julio de 2003; las elecciones departamentales y municipales se establecieron para el 26 de octubre de 2003, por lo

que el Congreso solo contaría con un hipotético plazo de 23 días para promulgar la ley que, como se advierte, tratándose de materias propias de ley estatutaria, en todo caso era imposible de cumplir.

61. Una sola legislatura y mayoría absoluta (art. 153).

62. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el salvamento de voto se hace alusión a que se violó el Acta n.º 73 de la sesión plena celebrada el 7 de octubre de 2004, en donde la Corte se compromete a que no se utilizará como precedente jurisprudencial la Sentencia C-1200 de 2003 por ser un fallo inhibitorio. (Salvamento de voto, C-971 de 2004, fundamento jurídico 3.2).

63. Resulta paradójico que precisamente en la Sentencia C-1200 de 2003 se expusiera como uno de los principales problemas de la implementación de la teoría del control de fondo de las reformas las motivaciones subjetivas del órgano de control.

64. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-971 de 2004, fundamento jurídico 3.2.2.

65. La metodología se describe de la siguiente manera en la jurisprudencia: “ 4.1 Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. 4.2 Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos de control. 4.3 Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado

por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si ha incurrido o no en un vicio de competencia”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-971 de 2004, fundamento jurídico 4.

66. Se subraya en la sentencia, en una apelación a la “modernidad constitucional”, que: “A diferencia del modelo absoluto y rígido de separación de poderes, la Constitución de 1991, adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de frenos y contrapeso entre los poderes. *De esta suerte, la Constitución de 1991 se encuentra a tono con los sistemas políticos democráticos constitucionales...*”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-971 de 2004, fundamento jurídico 5.2.1.2.

67. “Observa la Corte, sin embargo, que la decisión del poder de reforma de acudir a esta alternativa de habilitación legislativa en relación con materias de ordinario sometidas a reserva de ley estatutaria, que incluyen en su tramitación el previo control de constitucionalidad, plantea un problema de asimetría en dichos cuerpos normativos, puesto que coexistiría, en ellos normas sobre las que ha operado un control integral de constitucionalidad ...una interpretación integral de la Constitución impone que en tales casos, en cuanto que en ejercicio de las facultades extraordinarias se modifiquen leyes estatutarias, los respectivos decretos deben ser remitidos por el gobierno para que la Corte ejerza el control de su constitucionalidad, y que en caso de que ello no ocurra así, la Corte habrá de aprehender de oficio su conocimiento. Solo de esta manera puede preservarse la naturaleza de las leyes estatutarias como cuerpos normativos que han sido objeto de un control integral y definitivo de constitucionalidad”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-971 de 2004 fundamento jurídico 5.2.3, numeral quinto.