

Democracia y límites jurisdiccionales al poder constituyente derivado: el caso de la Corte Constitucional y los límites implícitos a la reforma. Comentarios desde el concepto jurisprudencial de democracia.

Julia Esther Ospino De la Hoz

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Medellín, Antioquia
2021

Democracia y límites jurisdiccionales al poder constituyente derivado: el caso de la Corte Constitucional y los límites implícitos a la reforma. Comentarios desde el concepto jurisprudencial de democracia.

Julia Esther Ospino De la Hoz

Asesor:

Derzu Pérez Figueroa

Trabajo de grado para optar al título de abogada.

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Medellín, Antioquia
2021

*A mis abuelitos Lalo y Lala, por ser mi eterno ejemplo.
A mi madre Mónica y a mi hermano Daniel, por apoyarme siempre.*

Agradecimientos

Llegado el momento de entregar esta monografía, debo mencionar, en primer lugar, el sentimiento de gratitud infinita hacia la Universidad de Antioquia, que me recibió en el año 2015, y además de permitirme alcanzar la formación como abogada, me abrió las puertas a un mundo fantástico de experiencias y conocimientos ilimitados en muchas áreas que van más allá de la jurídica. De igual manera debo agradecer a los profesores con los que me crucé en los casi seis años de carrera, que no dudaron en compartir conmigo de lo mucho que sabían, y quienes por su sed de conocimiento y entrega desinteresada, sin saberlo se convirtieron en ejemplo a seguir.

Mención especial merece el maestro Tulio Elí Chinchilla, quien supo despertar en mí el interés por el Derecho Constitucional. Recuerdo como si fuera ayer la primera clase de Constitucional I, un lunes a las 8:00 A.M en el bloque 14. La voz baja y pausada del maestro no fue impedimento para poder ver el entusiasmo con el que se entregaba a cada clase como un hombre igual a sus alumnos pese a contar con una trayectoria ya por todos conocida.

A Derzu, por la paciencia y la dedicación desde que comenzamos a hablar de este proyecto en el 2020, y por alentarme a explorar una serie de perspectivas hasta entonces desconocidas, y que hoy agradezco. Sin su guía y apoyo esto no hubiera sido posible.

A mi familia, especialmente a mis tíos Javier y Margarita, junto con sus hijos; a Ana Isabel Vélez y José Raúl Jaramillo, que supieron acompañarme, cada uno a su manera, en las etapas de la vida universitaria, y tuvieron que escucharme hablar muchas veces de un trabajo de grado del que poco entendían.

Por último, a los amigos que permanecieron con lealtad en el camino.

Resumen

Esta monografía tiene como objeto de estudio la actuación de la Corte Constitucional colombiana al momento de decidir sobre la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución Política. Esto, teniendo en cuenta que el órgano de cierre de la jurisdicción, con el pretexto de conservar vigente el principio democrático, sin admitirlo adelanta un estudio de fondo de la reforma para señalar límites implícitos al poder constituyente derivado, no estando facultado constitucionalmente para hacerlo. Con el fin de determinar -o al menos cuestionar- si el comportamiento de la Corte es democrático, se analizaron sentencias que se pronunciaron sobre la exequibilidad de los actos de reforma, extrayendo de estas los apartados que se refirieran al concepto de democracia, para al final contrastarlos con los autores en los que se apoya la Corte, o doctrina en general sobre el tema. Finalmente, se expusieron argumentos a favor y en contra de la actuación del Tribunal, para concluir que, si bien su existencia y actuación son necesarias para mantener el principio democrático y la forma de Estado, el ejercicio debe ser adelantado de una manera más confiable que redunde en un mayor nivel de legitimidad para la Corte, y represente certezas para los órganos encargados de tramitar las reformas constitucionales.

Palabras clave: Constitución, Corte Constitucional, reforma constitucional, democracia, actos reformativos, reglas.

Tabla de contenidos

INTRODUCCIÓN	7
PRIMERA PARTE: Un contexto necesario.	
Capítulo I: Un Tribunal para la Constitución ¿O una Constitución para el Tribunal?	12
SEGUNDA PARTE: Comentarios sobre la democracia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el período 2003-2017. Un rastreo.	
Capítulo I: Soberanía popular: qué tan soberana y qué tan popular.	34
Capítulo II: Separación de poderes: ¿verdaderamente armónica?	42
Capítulo III: Cómo funciona la democracia: las reglas sobre procedimientos.	52
Capítulo IV: Deliberación legislativa: condición <i>sine qua non</i> para la democracia.	64
TERCERA PARTE: Los límites en disputa.	
Capítulo I: Argumentos que cuestionan el estudio de fondo de los actos reformativos.	72
Capítulo II: Posiciones que justifican el estudio de fondo de los actos reformativos.	80
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	88

INTRODUCCIÓN.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UNA CUESTIÓN METODOLÓGICA.

La presente monografía no ha tenido un propósito adicional al de un cuestionamiento sobre la actuación de la Corte Constitucional en la revisión de los actos reformativos de la Constitución a partir del año 2003, cuando, con la teoría de los límites competenciales al poder de reforma, comenzó a declarar la existencia de límites al poder constituyente derivado.

La polémica se suscita porque la Constitución Política de 1991 no previó límites materiales al poder de reforma, pues sólo se aventuró a señalar algunos requisitos formales para la misma. En este sentido, los límites que ha reconocido el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional son *implícitos*.

Hasta este punto, nada podría objetarse frente a la declaratoria de límites implícitos al poder de reforma, máxime si se tiene en cuenta que la función de los Tribunales Constitucionales es la vigilancia y protección de la Constitución. Pero ¿qué sucede cuando la norma que autoriza el control de los actos de reforma es clara en sólo facultar a la Corte para hacer un examen sobre los posibles vicios de procedimiento en la formación del acto? De esto se sigue la siguiente pregunta: ¿cómo arriba la Corte Constitucional al hallazgo de unos límites materiales implícitos al poder de reforma -y hasta los define- si sólo puede hacer un control de los aspectos formales?¹. El órgano de cierre cuenta con una herramienta hermenéutica llamada *test de sustitución* -no exenta de críticas-, que le permite dotar de contenido los principios constitucionales que ha declarado como elementos identitarios, sin caer, supuestamente, en un control de fondo. No deja de ser un asunto complejo, por lo que más adelante haremos algunas referencias al test -aunque sin profundizar en este-. Lo cierto es que el test ha permitido que se vayan delineando algunos elementos identitarios, que, según las descripciones hechas por la misma Corte, son de la esencia del principio democrático.

¹ Al respecto pueden consultarse las siguientes fuentes, para una mayor amplitud en el debate: Fajardo Arturo, L., González Cuervo, M. (Coords.). (2015). *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. García Jaramillo, S., Gnecco Estrada, F. (2016). La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, (133), [pp. 59-104]. doi: 10.11144/Javeriana.vj133.tsp Ramírez Cleves, G. (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003. *Revista Derecho del Estado*, (18), [pp. 3-32].

Lo que realmente nos interesa es ilustrar una práctica que resulta evidente y que *in primis* parecería incurrir en una contradicción. ¿La Corte, al trazar límites implícitos al poder de reforma -previo estudio de fondo del acto-, no contraría justamente lo que dice defender, esto es, el principio democrático como base del ordenamiento constitucional colombiano? Dicho comportamiento podría ser cuestionable, *a priori*, al menos desde un frente: **la soberanía popular** y, a partir de ella, la diferenciación entre constituyentes primario y secundario.

Para desarrollar el interrogante enunciado, procederemos de la siguiente manera: Está claro que enjuiciar el trabajo de un Tribunal Constitucional es imposible si no se conocen ni su razón de ser ni su funcionamiento. Por tal motivo, es necesaria una primera parte, que contiene al inicio un esbozo del origen del Tribunal Constitucional, describiendo también, lógicamente, el nacimiento de la Corte Constitucional colombiana. Acto seguido, se menciona la competencia que la Constitución de 1991 confirió a la Corte en materia de actos reformativos, explicando igualmente cómo ha sido modificada esta precisamente por vía jurisprudencial, además de enunciar el mecanismo que ha diseñado el Tribunal para ejercer su actividad, para finalmente concluir con un apartado dedicado a la interpretación judicial en el marco del neoconstitucionalismo y las dificultades que pueden encontrarse en este campo.

En la segunda sección, para clarificar una posible tensión entre teoría y práctica constitucional, se requiere emprender la tarea de encontrarle un sentido o significado al principio democrático en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto, porque lo que se pretende es juzgar su proceder a la luz de sus mismas directrices, que son las expuestas en las sentencias. Al ser el principio democrático tan amplio, se han escogido para el estudio cuatro elementos que la Corporación reiteradamente ha mencionado como integradores del mismo **en el marco de la reforma constitucional**². Estos elementos son los siguientes: *soberanía popular, separación de poderes, reglas sobre los procedimientos y deliberación legislativa*.

² Aquí es necesario un comentario sobre la escogencia de los elementos a desarrollar en cada capítulo. Inicialmente, a la par de los cuatro capítulos que han decidido mantenerse en el cuerpo del trabajo, también fueron contemplados otros elementos: el primero, la protección de los derechos fundamentales y las minorías, y en segunda medida, el sistema electoral. Sin embargo, frente al primero de estos consideramos que si bien es consustancial al ideal contemporáneo de democracia, su estudio específico en sede de reforma constitucional no ha sido especialmente trascendente, lo que de ninguna manera quiere decir que sea inexistente, y por tal motivo, de las sentencias estudiadas para construir el concepto de democracia, fue poco lo que pudo identificarse respecto a ellos, y en el caso en que mayor importancia se pudo haber conferido a los derechos fundamentales, -esto es, en el análisis del acto legislativo 02 de 2003-, la declaratoria de inconstitucionalidad se basó en cuestiones de forma y no de fondo.

A cada uno de estos conceptos³ que conforman el principio democrático y que han sido tratados en sede de reforma constitucional, le será dedicado un capítulo. Ahí, además de exponer las características conferidas jurisprudencialmente, de ser necesario se hará referencia al tratamiento doctrinal, de la mano, en mayor medida, de los mismos autores que ha citado la Corte Constitucional. De este diálogo se expondrá al final de cada capítulo, a manera de cierre, un apartado con las anotaciones o críticas que se consideren pertinentes.

Lo que se pretende o intenta con cada uno de estos elementos, como se mencionó, es el hallazgo de un criterio que permita confrontar teoría y práctica constitucional. Si bien está claro que en ningún momento la Corte Constitucional ha manifestado tener una teoría específica o propia sobre la democracia, consideramos que, con las múltiples definiciones expuestas a lo largo de la jurisprudencia, es factible la elaboración de una propuesta que sirva como punto de partida para el ejercicio planteado. Esto no es imposible en una jurisprudencia esencialmente orientada a valores, propia de los tribunales cuando se enfrentan a la interpretación de principios, tal como lo señaló Larenz (1980). Pero no se trata de un mero ejercicio de búsqueda, sino de un análisis que, dentro de los límites de la monografía, posibilite dilucidar qué tan coherentes son las decisiones tomadas en sede de control abstracto de constitucionalidad de los actos reformativos, con los argumentos y referencias teóricas expuestos en dichas sentencias. Al respecto ha dicho el teórico alemán lo siguiente:

El desarrollo judicial del Derecho precisa una fundamentación llevada a cabo metódicamente si es que su resultado ha de justificarse como “Derecho” en el sentido del orden jurídico vigente. Precisa una justificación, porque sin ella los tribunales sólo

Ahora, respecto del sistema electoral y sus reglas, aunque es cierto que sí ha sido tema recurrente en las reformas constitucionales y en consecuencia en la jurisprudencia del control, estimamos que si bien este es uno de los escenarios en que se constata en mayor medida la puesta en práctica del principio democrático, lo expresado por la Corte Constitucional no podría trasladarse con facilidad y certeza al ejercicio de contrastación que aquí nos propusimos.

³ Hemos tomado el término *conceptos* de Díez Sastre (2015), en la acepción de *concepto metodológico*. La utilidad de esta forma de trabajo radica en que, tal como lo dice la autora, los conceptos son útiles al momento de ordenar y aplicar la realidad jurídica. Hablar de un concepto dogmático conlleva un nivel de abstracción que permita un entendimiento general del asunto sin caer en detalles sumamente específicos. Además, supone aceptar que hay elementos que se relacionan entre sí, y no necesariamente en sentido de oposición, como lo pensó la Escuela Histórica. En este orden de ideas, los conceptos se adaptan a una realidad jurídica cambiante. No debe perderse de vista que estos conceptos dogmáticos describen una realidad más estática que los principios, que son “máximas de optimización con una trascendencia axiológica esencial” (p. 120). Entender cada uno de los elementos como *conceptos* nos permitirá comprenderlos como realidades cambiantes y maleables en manos del derecho, además de que permitirá ver cómo todas estas figuras se relacionan entre sí para finalmente confluir en el principio democrático. Lo anterior, posibilitará mayor orden, coherencia y entendimiento de la exposición.

habrían usurpado de hecho un poder que no les compete. Por ello guardan entre sí una estrecha relación las cuestiones relativas a los límites de la competencia de los tribunales conforme a la Constitución en orden a desarrollar el Derecho rebasando los límites de la interpretación auténtica. (pp. 362-363).

Para desarrollar esta segunda sección, el primer ejercicio llevado a cabo fue la selección de las sentencias de la Corte Constitucional que se ocupan del desarrollo de la teoría de los vicios de competencia, para proceder con su lectura. Acto seguido, en el análisis de cada uno de estos pronunciamientos, se identificaron los elementos o conceptos que se relacionan de cerca con el principio democrático, para continuar con su caracterización teniendo en cuenta precisamente lo expuesto por la alta corporación. Una vez agotada esta actividad, se consultaron, de manera independiente, las fuentes doctrinales a las que recurrió la Corte para definir los elementos del principio democrático, y en los casos en que estas fuentes no resultaron evidentes, se acudió a la consulta de autores clásicos del derecho constitucional.

La tercera y última sección está compuesta de dos capítulos, encargados de presentar, en términos generales, argumentos a favor y en contra del estudio de fondo de los actos reformativos y la marcación de límites implícitos cuando tal oficio no ha sido designado específicamente a la Corte Constitucional.

Para terminar, se brindarán unas conclusiones globales del trabajo.

Como se ha visto, para desarrollar la monografía fue necesario recurrir a fuentes documentales, que fueron en mayor medida la Constitución Política de 1991, sentencias de constitucionalidad sobre los actos reformativos y doctrina, que se constituyen en el eje básico sobre el que giran las reflexiones.

Consideramos pertinente este ejercicio porque somos conscientes que si bien existe una línea jurisprudencial consolidada desde el año 2003 sobre el control a los actos reformativos, las decisiones no están exentas de controversias, situación que puede verificarse con la lectura de salvamentos o aclaraciones de voto. Haciendo caso omiso -en este momento- del particular entendimiento que la Corte Constitucional tiene del artículo 241 de la Constitución Política, es plausible expresar que existen aún recelos frente a la interpretación de los principios -por ejemplo, el democrático- en el neoconstitucionalismo.

Asevera Larenz (1980), citado en precedencia, que los juicios orientados a valores no cuentan con el mismo grado de certeza que los juicios efectuados sobre disposiciones ciertas. Así, es factible que no existan contornos claros en el intento de definición del principio democrático, por lo que en primera instancia pudieren ser defendibles un sinnúmero de hipótesis en lo que a este respecta, todas dependientes de la argumentación del juez y de los casos particulares. Parafraseando al autor, lo único cierto es que no por esto se debe renunciar a la idea de una judicatura comprometida con el Derecho, menos en estos tiempos, donde las resoluciones judiciales, específicamente los precedentes, ocupan un lugar central en el ordenamiento.

Pese a todo, de entrada, asumimos y defendemos como necesario el control constitucional de las reformas. El juez no puede ser un convidado de piedra, y menos en el Estado Constitucional. Sin embargo, no deja de ser preocupante la excesiva confianza de la Corte Constitucional en el test de sustitución como una herramienta que permite una argumentación suficiente, sólida y desprovista de opiniones particulares de los jueces. Un examen de esta naturaleza exige el mayor de los esfuerzos, no solo porque recae en la norma de mayor jerarquía, sino porque se enfrenta el Tribunal, con su decisión como última palabra, al poder constituyente mismo.

No se trata de aceptar sin cuestionamientos mínimos, al menos en el campo que nos ocupa, que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-113-93). Se trata de entender que de un ejercicio argumentativo juicioso depende, a la larga, la vigencia misma de la Constitución Política y de la Corte como institución.

PRIMERA PARTE.
UN CONTEXTO NECESARIO.

CAPÍTULO I.
**UN TRIBUNAL PARA LA CONSTITUCIÓN ¿O UNA CONSTITUCIÓN PARA EL
TRIBUNAL?**

Como mencionamos en la introducción de la monografía, consideramos oportuno desarrollar un capítulo que se ocupe de la figura del Tribunal Constitucional. Esto se debe a que el Tribunal, como órgano encargado de la guarda de la Constitución, es uno de los objetos de estudio centrales en la monografía, pues es justamente su actuación lo que hemos pretendido confrontar con el principio democrático. No obstante, somos conscientes de que por su complejidad e importancia, una institución como esta merecería más que un capítulo como el que aquí presentamos, pero tal circunstancia no nos hace desistir de exponer, en primera instancia, unas notas sobre su origen no sólo en términos generales, sino también sobre la instauración de la figura en Colombia con la Constitución de 1991. En segundo lugar, explicaremos la competencia que fue fijada para la naciente Corte Constitucional y el debate en torno a este punto, debido en gran parte a la interpretación que ha hecho la Corte de las normas que regulan sus actuaciones, haciendo énfasis en los acontecimientos considerados como la causa de la postura de la Corporación y en el método delineado por el Tribunal para materializar sus facultades tal y como las entiende. Para complementar la anterior discusión y como conclusión de este capítulo, abordaremos una breve distinción entre las formas de interpretación y argumentación en el neoconstitucionalismo.

El Tribunal Constitucional: ¿una creación eminentemente judicial y estrictamente necesaria? Aunque un antecedente claro de la justicia constitucional se encuentra en el caso *Marbury vs. Madison*, García Pelayo (1981) afirma que la idea de un órgano constitucional propiamente dicho fue mencionada en Europa por Jellinek y Santi Romano a finales del siglo XIX. Sin embargo, ante la tardía aceptación en Europa de la Constitución como norma superior, el Tribunal Constitucional no llegó a desarrollarse sino hasta después de la Primera Guerra Mundial, gracias a las formulaciones de Hans Kelsen -y a adaptaciones del modelo norteamericano-, tal como lo relata García de Enterría (2014), quien añade que el sistema ideado

por el austriaco concentró en un único órgano el control de constitucionalidad de las leyes. Este catedrático también apunta que:

Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No es, pues, un Tribunal porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la Vereinbarkeit, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo ex nunc, no ex tunc. (García de Enterría, 2014, p. 47).

Como se puede ver, el órgano pensado por Hans Kelsen, más que tener un carácter propiamente judicial, tiende a funcionar como legislador negativo que elimina las leyes incompatibles con la Constitución. Con este último ejercicio, se hace patente que la Constitución es la ley superior del ordenamiento jurídico, cuyo cuidado y garantía se ha confiado a una institución diferente a la que elabora la norma objeto de análisis. Esta formulación fue puesta en práctica en la Constitución de Austria de 1920.

Superada la Segunda Guerra Mundial, en el plano jurídico nuevamente toma fuerza la creación de Tribunales Constitucionales como una reacción al poder legislativo, en el que se volcaron críticas por las graves injusticias a las que se vieron sometidas las comunidades europeas involucradas en el conflicto.

En términos de una caracterización general de los Tribunales, García Pelayo (1981) refiere que estas Cortes se encuentran establecidas directamente en la Constitución del Estado al que pertenecen, que no sólo se las nombra de manera aislada, sino que “determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición” (pp. 13-14). Dice el autor que esta consideración de rango constitucional puede atribuirse al papel crucial que juegan los Tribunales: son indispensables en la consolidación del modelo prescrito, pero además son una muestra de la división orgánica de las tareas del Estado.

Habíamos dicho que el Tribunal pensado por Kelsen tenía rasgos de legislador negativo. Naturalmente, de inicios del siglo XX a inicios del siglo XXI ha sido mucho lo que ha sucedido en el campo político-jurídico. García de Enterría (2014), refiriéndose al Tribunal español creado por la Constitución de 1978, ha hecho algunos comentarios sobre las actividades del mismo - que bien pueden ser aplicables a tribunales contemporáneos- que repercuten directamente en el entendimiento de la justicia constitucional, y que conllevan una nueva caracterización de estos órganos. Dice el autor que en la actualidad se ha puesto de presente que el Tribunal, además de resolver cuestiones jurídicas, pareciera resolver también aspectos políticos, enfrentándose al dilema de si estos problemas pueden resolverse con criterios de decisión judicial, o, si, por el contrario, pueden convertirse en materias exclusivamente jurídicas. Además, ha aparecido un interrogante -profundamente relacionado con este trabajo- que nos lleva a plantearnos la cuestión del Tribunal como legislador positivo, situación que hizo explícita el profesor español y por tal motivo reproducimos aquí:

¿De dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar éste, es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero amending power, en los términos del juez americano Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementaria, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente. Y, entonces, ¿cuál es la fuente de ese formidable poder y —más grave aún— su legitimidad democrática? (García de Enterría, 2014, p. 67).

Indudablemente, asistimos a la época de los Tribunales con rasgos de legislador positivo. Ese es el contexto contemporáneo, en el que Colombia incursionó relativamente hace poco. Aquí la Corte Constitucional fue creada por la Constitución de 1991. Entre los motivos expuestos por la Comisión IV de la Asamblea Nacional Constituyente para la creación de una Corte independiente -tal como constan en comunicación del 27 de mayo de 1991 de la Secretaría General de la Asamblea, específicamente en la ponencia para plenaria de la Constituyente María Teresa Garcés, con fecha del 6 de marzo de 1991 y acogida por la mayoría-, estuvieron los siguientes: en primer lugar, la necesidad de contar con un organismo especializado en derecho público para atender las cuestiones constitucionales; lo anterior con el propósito de alcanzar el aseguramiento de la supremacía del texto aprobado.

Recordemos, como lo pone de presente Cajas (2008), que la facultad de control de los actos legislativos hasta el momento se encontraba en cabeza de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, esto desde el precedente marcado por la sentencia del 5 de mayo de 1978⁴. En este sentido, en segundo término, se estimó oportuna una separación entre las funciones de Tribunal de Casación de esta última corporación y la facultad del control de constitucionalidad.

Un tercer argumento se orientó a la conveniencia de contar con una jurisdicción especializada que pudiera desarrollar con estabilidad y coherencia el catálogo de derechos y libertades de la nueva Constitución, además de delimitar claramente el alcance de las funciones de cada rama del poder público en general, y en particular sobre los estados de excepción.

Este fue, entonces, el fin de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el nacimiento de la Corte Constitucional. Por tal motivo, inmediatamente nos referiremos a las funciones y competencias que la Asamblea Nacional Constituyente asignó a la Corte Constitucional colombiana.

Competencia conferida constitucionalmente a la Corte Constitucional: El Título VIII de la Constitución Política de 1991 se ocupa de la Rama Judicial. El capítulo 4° de dicho apartado se encarga de la jurisdicción constitucional.

⁴ Esta sentencia resolvió la demanda presentada en contra del acto legislativo 2 de 1977, por medio del cual se convocaba a una Asamblea Constitucional, para que “como organismo derivado del Congreso en su calidad de Constituyente” reformara la Constitución Nacional en algunos temas que el mismo acto contemplaba. La discusión que se presentó en esta providencia es importante para el tema que aquí nos ocupa, pues los demandantes del acto afirmaban que el hecho de que la Constitución de 1886 confiara a la Corte Suprema la guarda de la Carta, se traducía en el necesario conocimiento de los actos legislativos por parte de ésta. Además, expusieron que al ser exclusiva del Congreso la facultad de reforma era jurídicamente imposible que el legislativo la delegara a una Asamblea.

Por su parte, algunos intervinientes aseveraron que la Corte no era competente para conocer de las acciones de inexequibilidad en contra de los actos legislativos -por motivos de fondo e incluso de forma-, pues tanto las reformas a la Constitución, como esta, tenían un carácter superior en el ordenamiento jurídico y por tal motivo carecían de juez natural. Pero es más importante todavía la siguiente afirmación: de extender la Corte su competencia al conocimiento de los actos en cuestión se estaría atribuyendo un poder político carente de sustento normativo, llegando a convertirse, por su propia voluntad, en poder constituyente. De hecho, afirmaban los intervinientes, el control de los actos legislativos por razones de forma apenas se había contemplado, justamente, en el acto demandado.

Refiriéndose a su competencia, la Corte Suprema explicó que, en Estado de Derecho, todo poder era reflejo de una competencia, es decir, de una norma jurídica que delimitara funciones. Una de las pretensiones de estas normas es la de convertir en jurídico el poder político, con el fin de poder vigilarlo y corregirlo, y en consecuencia, alcanzar algún nivel de seguridad jurídica. Este poder es de rango constitucional, jamás supra o extra constitucional, ya que estas son características del constituyente primario.

Estipula el artículo 239 que la Corte Constitucional se conforma por número impar de magistrados -nueve, para ser exactos-, que son elegidos por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El período de cada magistrado es de ocho años sin posibilidad de reelección.

En materia de funciones, el artículo 241 encarga, en el siguiente tenor, la que es primordial para cualquier Tribunal Constitucional:

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, sólo 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, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. (Const., 1991, art. 241). (Subrayas fuera del texto).

En lo concerniente a la reforma constitucional esta es la competencia de la Corte, bastante clara como para que hubiera necesidad de interpretación ante una posible ambigüedad. Recordemos el aforismo: *In claris non fit interpretatio*. De hecho, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, parece que no hubo mayor discusión sobre el ámbito de la competencia en los casos de reformas constitucionales. En comunicación del 8 de abril de 1991, suscrita por la Secretaría de la Comisión Cuarta y contentiva de algunos proyectos, el apartado B, relativo a la jurisdicción constitucional -mencionándolo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, como venía funcionando hasta el momento-, al designar las funciones del órgano, circunscribió

el estudio de los actos legislativos, convocatoria a referendo reformativo o Asamblea Constitucional, simplemente a vicios de procedimiento en la formación de cada uno de ellos. *Contrario sensu*, en referendos sobre leyes y proyectos de ley, el análisis abarcaría también el contenido del acto acusado. Es decir, sólo en disposiciones de rango infraconstitucional se contempló un análisis material del acto. En el mismo sentido se encuentran las propuestas del comunicado del 27 de mayo de 1991, referido ahora sí a la Corte Constitucional específicamente y contentivo de la ponencia acogida por la mayoría de la Comisión IV de la Asamblea. Es decir, independientemente del órgano o naturaleza encargado del control de constitucionalidad, lo cierto es que no se contempló que en las reformas el estudio se extendiera también al fondo.

Así las cosas, no es posible, de entrada y según la misma Constitución, una ampliación de la competencia de la Corte Constitucional. Así lo entendió el Tribunal desde su creación hasta el año 2003, tal como lo recuerda Cajas Sarria (2008), quien expone que en las sentencias C-753-94, C-222-97, C-387-97, C-543-98 y C-487-02, si bien se incluyeron como baremo los artículos de la ley 5ª de 1992 que pudieran ser aplicables al trámite del acto, la posición general consistió en sostener que el control era por vicios formales solamente. Es decir, la interpretación del artículo 241 fue literal, permitiendo un mayor espectro en las posibilidades reformativas del Congreso como poder constituido. El profesor Cajas asegura que “las decisiones de la Corte son unánimes, en un clima político de poca tensión. Pese a que hubo 15 actos legislativos en el período citado, las reformas no tuvieron gran envergadura, salvo la que permitió la extradición de nacionales” (p. 100). Ahora, ¿qué sucedió para que la Corte Constitucional cambiara su punto de vista?

Una Constitución constantemente reformada: *¿Mutatis mutandi?* Habrá que comenzar por decir que la llegada de Álvaro Uribe a la Presidencia de la República en 2002 supuso la puesta en marcha de reformas de gran envergadura en diversos renglones: seguridad, funcionamiento del Congreso de la República, recorte al gasto público en materia de salarios y pensiones, lucha contra la corrupción, acción de tutela, régimen político y administración de justicia en general. Estas reformas, fundamentales en el proyecto del recién elegido, gozarían de mayor legitimidad -se pensó- si eran aprobadas por el pueblo a través del mecanismo del referendo, como lo expone Cajas Sarria (2008). Y es que teniendo en cuenta la alta favorabilidad del mandatario, era razonable pensar en la aprobación del articulado que se sometiera al pueblo,

previa promulgación de la ley de convocatoria a referendo y el respectivo control previo de constitucionalidad.

En este escenario es que el Congreso aprueba la ley 796 de 2003, que, al pasar a control previo por parte de la Corte Constitucional, es declarada inexecutable en varios apartados, lo que en términos prácticos se tradujo en la imposibilidad de consultar al pueblo algunas preguntas⁵. La decisión se plasmó en la sentencia C-551-03⁶, iniciadora de línea jurisprudencial, que, como bien dice Cajas, representa un intento político de la Corte por poner un límite al poder de reforma del Congreso. En consecuencia, para justificar el naciente control, comienza la Corte Constitucional a construir la teoría de los límites competenciales, edificada en una interpretación sistemática del artículo 241 de la Constitución y de las reglas de reforma contenidas en el título XIII de la Constitución.

Es necesario profundizar en este punto. La única forma en que la Corte Constitucional podía acceder al análisis de la competencia, era a través de ligar este concepto con el del procedimiento. Para el órgano de cierre, no tendría sentido afirmar que, por el hecho de cumplir con una serie de pasos, el acto debería ser declarado de manera inmediata constitucional, ignorando deliberadamente un primer estadio ineludible, referente a la pregunta básica de si el órgano que lo promulgó estaba facultado para hacerlo. Paradójicamente, acudiendo ahora sí a una interpretación literal del artículo 374 de la Constitución, el Tribunal afirma que el Congreso tiene competencia sólo para *reformular* la Constitución, mas no para *sustituirla* o cambiarla por otra, que es facultad exclusiva del soberano, o sea, el pueblo. De lo anterior se deduce que si el Congreso sobrepasa el “límite” de la reforma, incurre en un exceso de competencia.

Pero ¿cómo se sabe si existe un vicio de competencia? En ese momento la Corte no se aventuró a dar una respuesta. Simplemente afirmó que debería verificarse si el reformador desconoció los principios y valores de la Carta. Entonces, ¿cuáles son esos principios y valores si, aparentemente, estaba clara la inexistencia de límites materiales al poder de reforma que pudieran fungir como criterio de constitucionalidad del acto?

⁵ Para ampliar significativamente la perspectiva sobre la relación del gobierno de Álvaro Uribe con la Corte Constitucional, puede consultarse las siguientes fuentes: Rubiano Galvis, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M., Revelo Rebolledo, J. (Coords.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*. (pp. 16-83). Bogotá: Dejusticia.

⁶ Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”.

En sencillas palabras, hasta ese momento la única certeza ofrecida por la sentencia era que la extralimitación de la competencia del Congreso debía entenderse como un vicio de procedimiento que repercutía directamente en la exequibilidad del acto, y ante tal situación, se volvía necesaria la intervención del órgano de cierre de la jurisdicción.

La explicación de la Corte Constitucional fue abstracta. Recordó que, en las constituciones democráticas, el único facultado para *sustituir* la Constitución es el pueblo como detentador de la soberanía popular. Esto la obligó a referirse a este último concepto, que se convirtió entonces en la piedra angular sobre la que se pudo erigir, de forma muy incipiente aún, la teoría de los vicios de competencia. Por tal motivo, a continuación, detallaremos la sentencia en los apartados que sean necesarios para el entendimiento de la monografía.

Haciendo un recorrido por las disposiciones de la Constitución Política, la Corporación hace patente que desde el Preámbulo la Carta se proclama como dictada dentro de un marco democrático. Interesa para este apartado el artículo 3°, que reza: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Const. 1991, art. 3°).

Hablar de un pueblo soberano necesariamente nos conduce a la clásica y todavía actual distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Así, el órgano de cierre expuso en esa oportunidad cuáles son las facultades y los límites de cada uno de ellos, teniendo como base el principio democrático en el marco de la soberanía popular.

La potestad de dictar una Constitución radica en el poder constituyente primario, que en el mundo contemporáneo no es otro que el pueblo. El del pueblo en pleno es un ejercicio que, al ser iniciador de un nuevo orden jurídico, no tiene límites de esta naturaleza. Muestra de ello, expresa la Corte, es que:

Tanto esta Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886, han sostenido invariablemente que los actos del poder constituyente originario son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden

jurídico, y por ello dichos actos escapan al control jurisdiccional. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-551-03).

Una caracterización de la fuerza del poder constituyente en sentido estricto -o primario u originario- se encuentra en la sentencia C-544-92⁷, en la que se expuso que:

El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-544-92).

En oposición, el poder constituyente secundario hace referencia a “la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-551-03). Es decir, por su naturaleza, es un poder sometido a límites que debe respetar, so pena de que sus actuaciones sean invalidadas.

En desarrollo de lo anterior, si el poder constituido tiene límites, es lógico que también tenga controles. Ese es uno de los argumentos de mayor peso para que la Corte Constitucional imponga una separación tajante entre ambos sujetos, idea que sirve como fundamento para formular la teoría de los vicios de competencia: la delimitación de los ámbitos de funcionamiento y ejercicio de estos dos poderes.

Acabamos de mencionar que el poder de reforma o constituido se manifiesta dentro de las posibilidades de actuación que le da la Constitución Política. Estas posibilidades, mecanismos o vías son los contenidos en las reglas de reforma, que debemos ver a continuación:

⁷ Esta providencia, aunque anterior al período en que se centra nuestro estudio, ofrece un entendimiento claro de la figura del poder constituyente primario. En esta sentencia, la Corte Constitucional tuvo que resolver una demanda impetrada en contra los siguientes artículos: 380 de la Constitución de 1991, artículo transitorio 59 de la misma, y el artículo 2° del Acto Constituyente No. 1 de 1991. Los dos últimos artículos preceptuaban que la Constitución promulgada y los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estarían sujetos a control, mientras que el primero derogaba la Constitución Nacional de 1886. Para demostrar la imposibilidad jurídica del estudio de las disposiciones acusadas, la Corte Constitucional acudió a la figura del constituyente primario, afirmando que por ser su obra, la Constitución Política no puede ser cuestionada judicialmente. Igualmente, de haberse decidido a adelantar el examen de constitucionalidad, hubiera incurrido el Tribunal en un abuso de poder, pues desarrollaría funciones que no le fueron asignadas por el constituyente. Por tal motivo, la decisión fue inhibitoria.

El artículo 374 define quiénes son los titulares del poder de reforma: el Congreso de la República, la Asamblea Nacional Constituyente o el pueblo cuando se pronuncia a través del referendo.

El artículo 375 se ocupa del acto legislativo, que debe ser tramitado en dos períodos ordinarios y consecutivos. En el primero, bastará la aprobación de la mayoría de los asistentes a la sesión, mientras en el segundo, se requiere la votación positiva de la mayoría de miembros de cada Cámara. Deben tenerse en cuenta los cambios introducidos por el acto legislativo 1 de 2016, que modificó las reglas de reforma para la promulgación de actos legislativos en el marco del Proceso de Paz con las FARC, que seguirían un trámite de una sola vuelta de cuatro debates. Hasta ahora, se trata de requisitos puramente formales.

Siguiendo con el segundo titular del poder de reforma, es el pueblo quien debe decidir si convoca a una Asamblea Nacional Constituyente, regulada en el artículo 376. Para esto, el Congreso de la República, con la votación favorable de la mayoría de los miembros de cada Cámara, debe aprobar una ley donde se someta la pregunta al pueblo, definiendo de una vez competencias, duración y temas a tratar por la Asamblea. Esta votación no puede coincidir con ninguna otra, y se entiende aprobada la convocatoria cuando una tercera parte del censo electoral la avala. Mientras la Asamblea Constituyente sesiona, el Congreso es privado de la facultad de reforma.

En materia de referendo, se puede decir que en Colombia existen dos clases: derogatorio y aprobatorio.

El primero, mencionado en el artículo 377, deberá realizarse cuando, versando una reforma aprobada por el Congreso sobre derechos fundamentales y sus garantías, mecanismos de participación popular y funcionamiento del Congreso, un 5% de los ciudadanos que conforman el censo electoral lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto. Si en la votación participa como mínimo la cuarta parte del censo, la reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los votantes.

El segundo, es decir, el aprobatorio, es aquel que por iniciativa gubernamental o ciudadana, es puesto a consideración del pueblo por parte del Congreso, que para tal efecto debe aprobar, con la mayoría de los miembros de cada Cámara, una ley donde esté incorporado el proyecto

de reforma. Es indispensable que las preguntas puestas a disposición del pueblo gocen de clara redacción y permitan la libertad de los sufragantes. En esta variante del referendo, la reforma constitucional queda aprobada con el voto positivo de más de la mitad de los votantes, siempre y cuando haya participado, al menos, la cuarta parte del censo electoral. Este tipo de referendo era el que pretendía convocarse con la ley cuyo análisis adelantó la Corte Constitucional en la sentencia que venimos refiriendo, la C-551-03.

Como puede verse, las reglas nada dicen de límites materiales al poder de reforma. La única referencia que se hace a lo sustancial es una invitación al pueblo para que solicite un referendo derogatorio cuando la reforma versa sobre específicos temas constitucionales, siempre y cuando se cumplan el resto de condiciones aquí señaladas. Pero no es eso un límite que deba tener en cuenta el poder constituyente derivado.

Para mayor certeza, el artículo 379 dice lo siguiente:

ARTICULO 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2. (Const., 1991, art. 379).

Es lógico pensar entonces que una reforma no puede ser declarada inconstitucional por motivos de fondo, puesto que estos no figuran en la lista a tener en cuenta por parte de la Corte al momento del análisis. Más allá de evidenciar la inexistencia de límites materiales expresos, y admitiendo en gracia de discusión la postura de la Corte Constitucional, a lo que se llega es a lo siguiente: para determinar si estamos frente a un caso de reforma o de sustitución, ¿no es necesario un estudio de fondo de la reforma? La Corporación desde la primera sentencia lo ha negado: la existencia o declaración de un elemento o valor frente al que se coteja la reforma no implica un estudio material de la misma. Pero es obvio que sí, y Cajas (2008) lo ha dicho: “en realidad, aunque la Corte no lo acepta, se trata de un límite material, del tipo implícito textual,

en la medida en que es la Corte quien determina los sentidos de la Constitución que no permiten ser reemplazados por la reforma del Congreso” (p. 105).

La Corte Constitucional, para reforzar su teoría de elementos que no podrían ser reemplazados incluso en ausencia de norma expresa que lo prohíba, aludió directamente a la teoría de la estructura básica, nacida en India⁸. Así, queda claro que no son extraños los casos en los que podría llegar a hablarse de *reformas constitucionales inconstitucionales*.

Volviendo de nuevo al caso nacional, precisamente en este contexto, cuando se trataba del primer referendo al que iba a ser convocado el pueblo bajo la vigencia de la Constitución de 1991, es que la Corte Constitucional hace su aparición estelar con la teoría de los límites competenciales, planteada apenas en términos generales en ese momento. ¿Fue una decisión de emergencia ante la posibilidad de una reforma colosal, que, de haber sido sometida a refrendación popular, probablemente hubiera sido votada de manera positiva?

Recordemos que el referendo es un instrumento por medio del cual se intenta llevar a la práctica la promesa incluida en la Constitución del 91 sobre la democracia participativa, que es, en palabras de la misma Corte, principio rector, estructural e inescindible del ordenamiento jurídico. Afirma la Corporación que hablar de manifestación directa del pueblo comporta aceptar que se privilegia la soberanía popular sobre la soberanía nacional, más cercana a ideas de democracia representativa. Lo que expresa el órgano de cierre en esta oportunidad es que aunque nos encontramos con el pueblo llamado a tomar una decisión, su declaración no puede otorgarse de cualquier manera. En estos escenarios, además de la protección básica a la Constitución como norma fundamental, el Tribunal tiene la función de proteger la libertad del elector, por lo que preguntas que no la garantizan deben ser eliminadas, independientemente de si es el propio soberano quien va a pronunciarse.

Otra incógnita que surgió en el momento, derivada de lo que acabamos de decir, era esta: ¿cómo se logra un equilibrio entre la labor del juez y el pronunciamiento popular?

Lo cierto es que ante lo inacabada de esta primera aproximación, y aprovechando el clima de numerosas reformas constitucionales aprobadas gracias a las mayorías del gobierno en el

⁸ La doctrina de la Estructura Básica de la India se desarrolla en el capítulo III de la segunda parte de la monografía.

Congreso, la Corte siguió desarrollando esta teoría, recorriendo un camino por el que poco a poco fue “encontrando” elementos transversales a la Constitución de 1991 -algunos serán vistos más adelante, en la segunda parte, por estar íntimamente ligados al principio democrático-. Estos elementos fueron los mismos que condujeron a la declaratoria de inexecutable de varios actos reformativos. Es decir, pareciera que, a mayor número de reformas en curso, mayor fuera la necesidad de ampliar la competencia de la Corte Constitucional con el objetivo de proteger la Constitución. Lo problemático en ese momento era la imposibilidad metodológica de encontrar un camino que permitiera distinguir entre reforma y sustitución.

El test de sustitución: el medio para el fin: Si bien hemos dicho que el ejercicio lo adelanta la Corte con el test de sustitución, hasta ahora hemos visto que este no apareció con la sentencia hito. De hecho, en ese mismo año, apenas fue la C-1200-03⁹ -inhibitoria, por cierto- la que reconoció la necesidad de contar con una herramienta que permitiera un mayor grado de fiabilidad en la determinación de si hubo un vicio de competencia -subsumible en un vicio de procedimiento- consistente en la sustitución de la Constitución. Y decimos fiabilidad, porque en algún momento, después de este pronunciamiento, en la sentencia C-668-04¹⁰, la Corte pareció dudar de su naciente teoría, y reconoció que de llegar a pronunciarse sobre el derecho a la igualdad -que era el que en concepto del demandante había sido sustituido-, estaría adelantando un control ordinario de fondo, material, ajeno al prescrito para las reformas constitucionales.

La controversia en torno a la naturaleza del control no se detuvo ahí. La sentencia C-816-04¹¹, que decidió sobre el acto legislativo 02 de 2003 -mal llamado estatuto antiterrorista-,

⁹ Se pronunció sobre la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4° transitorio y 5° (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002. Los artículos contemplaban la creación de una comisión redactora de proyectos de ley enfocados en el desarrollo del modelo penal acusatorio, otorgando un plazo al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2004 promulgara las leyes necesarias para tal fin. De no cumplirse el término, la facultad de expedición de normas en la materia quedaría en cabeza del Presidente de la República.

¹⁰ Esta sentencia resolvió la demanda en contra del artículo 16, parcial, del Acto Legislativo No. 01 de 2003 “por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. La disposición demandada modificaba el artículo 299 de la Constitución, señalando que serían siete los miembros de las Asambleas Departamentales en el caso de las Comisarías erigidas en Departamentos en virtud del artículo 309 de la Carta Política.

¹¹ Analizó las demandas contra el Acto Legislativo Número 02 de 2003, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.” Los cambios aprobados por el Congreso consistían en dar vía libre a la expedición de leyes que regularan cuándo podían llevarse a cabo actividades de investigación, allanamientos o detenciones sin orden judicial previa, la creación de informes de residencia de los habitantes del país, apoyo de las fuerzas militares a las actividades de la Fiscalía General de la Nación. Además de estas medidas, el acto legislativo pretendió reducir, en el caso concreto, los términos para el trámite de control previo de la Corte Constitucional. Por otra parte, se estipuló que en el caso de que las leyes

demonstró que hasta el momento no existía el consenso en la Corporación frente al asunto de los vicios de competencia ni mucho menos frente a cómo demostrarlos. Al momento de discutir el proyecto de fallo, la primera conclusión a la que intentó llegar la Sala Plena se enfocaba en la posible extralimitación competencial del Congreso al expedir el acto. Al ser imposible llegar a un acuerdo, se acordó pasar a la indagación sobre el trámite -propriadamente dicho- del proyecto en ambas cámaras del legislativo. Dejó saber la Corte en ese momento que, muchas veces, por prudencia, el juez constitucional debe pronunciarse sólo sobre elementos que fueran estrictamente necesarios para resolver el caso, máxime al tratarse de asuntos polémicos. En pocas palabras, si la decisión podía tomarse acudiendo al trámite, como efectivamente se hizo, ¿por qué pronunciarse sobre un posible y polémico vicio de competencia? Cajas (2008) recuerda que esta posibilidad encaja en lo sostenido por el minimalismo judicial, práctica extendida en países como Estados Unidos, mas no en Colombia, donde esta sentencia, al menos en el campo de la reforma, es un ejemplo aislado, máxime si recordamos el contexto de esa época.

Apenas en la sentencia C-970-04¹² se moldeó la primera propuesta del test de sustitución, brevemente descrito: en primer lugar, es necesaria la enunciación de los aspectos esenciales de la Constitución que han sido transgredidos por el acto. Este elemento debe detallarse con claridad y fungir como identitario de la Constitución. Enseguida, debe establecerse el alcance de la reforma frente a ese elemento, para finalmente, en un último ejercicio de contrastación, dictaminar si el elemento identitario ha sido sustituido por un órgano sin competencia para hacerlo. En un contrasentido, componer la herramienta para justificar el control, se convirtió en la mayor muestra de lo que precisamente le está vedado a la Corte Constitucional: efectuar el análisis de fondo del acto reformativo.

Como las reformulaciones del test no pararon ahí, ya en la C-1040-05¹³ se presentó una propuesta con siete pasos, quedando de esta manera:

estatutarias requeridas para la implementación del acto legislativo no entraran en vigencia en nueve meses, el gobierno quedaría investido de la facultad de expedir reglamentos transitorios en la materia.

¹² Resuelve la Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002. Ya se ha hecho referencia al contenido de este artículo.

¹³ Se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004, que, entre otras cosas, permitió la posibilidad de reelección presidencial sólo por una vez, y ordenó la expedición de leyes que garantizaran la igualdad electoral entre candidatos y participación de la oposición. Además, si el Congreso no llegaba a expedir las leyes estatutarias pertinentes antes del 20 de junio de 2005, el Consejo de Estado sería el encargado de regular transitoriamente la materia.

Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1040-05).

Ya popularizada la nueva doctrina a partir de la C-551-03, fueron recurrentes los salvamentos de voto de magistrados como Humberto Sierra Porto, que en la aclaración a la sentencia C-141-10¹⁴, y recapitulando su postura durante toda su trayectoria como juez, expuso que la práctica de la Corte conducía a tres situaciones negativas, pues:

[...] (i) riñe con el tenor literal del artículo 241.3 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de Constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución. (Corte Constitucional, aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, C-141-10).

¹⁴ Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

Fue vehemente el magistrado en aseverar que la confirmación de un exceso en el poder de reforma sólo podría darse luego de un análisis de fondo del acto, el que, de ser sacado adelante, sería la muestra de que se ha privado de su sentido natural la expresión *vicios de procedimiento* del artículo 241, para dar paso a un *engendro* llamado “vicios de procedimiento sustanciales”, categoría doctrinalmente insostenible. No es dable extender más allá de la lógica el término en cuestión cuando lo que se ha querido, precisamente, es delimitar de manera negativa a la Corte Constitucional como poder constituido que sigue siendo, afirma Sierra Porto.

Prosigue el magistrado señalando las contradicciones internas de la teoría de los límites competenciales al poder de reforma, pues por un lado no puede afirmarse la inexistencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad, y por el otro sostener que sí existen elementos cuya alteración no es viable. ¿No son estas, en la práctica, cláusulas pétreas que operan como límite al poder de reforma?

Colige Sierra Porto en que confrontar el texto de la reforma con los elementos identitarios de la Constitución es, a todas luces, un análisis material. El hecho de que sean los magistrados quienes decidan cuáles son los límites, supone tornar el ejercicio de control en una cuestión política y no jurídica, distintiva de los Tribunales.

Ahora, ¿será que un Tribunal Constitucional, por sus cualidades y aparentes calidades, *motu proprio* puede apartarse de la misma Constitución so pretexto de defender su supremacía e identidad? O lo que es lo mismo: ¿Qué tan amplias son las posibilidades de interpretación del juez cuando la disposición que le confiere la competencia es clara, pero sabe que, de aplicarla de manera estricta, pone en riesgo el orden jurídico que a él se ha encomendado? Consideramos que las respuestas dependen del escenario en el que el juez opere, por lo que a continuación expondremos algunas ideas básicas sobre la interpretación y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional.

La argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo: Los principios como protagonistas. Con el auge del neoconstitucionalismo principalmente en el período de posguerra, se hicieron evidentes algunas diferencias entre esta doctrina y el positivismo jurídico. Es conocida la discusión entre estas dos corrientes en el campo de la caracterización y explicación del sistema jurídico y de la teoría del Derecho, pero en este espacio mencionaremos sólo aquellas ideas que sirven de base para explicar cómo se concibe la actuación de los

Tribunales Constitucionales y de los jueces al momento de la revisión de las normas sometidas a su conocimiento. Es decir, en el plano de la práctica, el debate sigue vigente, pues de una u otra adscripción teórica, dependerá, en gran medida, una particular aplicación del derecho, y correlativamente, la argumentación de las decisiones judiciales.

Sostiene Adrián (2015) que el Estado Constitucional usualmente se contrapone al Estado legal de Derecho. En el escenario del primero, cuando hablamos de Constitución como norma superior, es donde tienen aparición las doctrinas neoconstitucionalistas, que han servido para nombrar diversas tendencias, a veces contradictorias entre sí. Por otra parte, hablar de positivismo jurídico no es una labor sencilla si se tiene en cuenta que también existen variadas tendencias en esta corriente. Expondremos algunas ideas del neoconstitucionalismo y del positivismo en términos generales, las cuales pueden ayudar a entender mejor el porqué de ciertas interpretaciones y argumentaciones judiciales en el marco de la presente monografía.

Bernal Pulido (2006), a manera de debate, expuso estas dos corrientes de la mano de Prieto Sanchís y García Amado. El primero, defendiendo las tesis del neoconstitucionalismo; mientras que el segundo hizo lo propio con el positivismo.

Manifiesta Prieto Sanchís que el neoconstitucionalismo se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

- a. Una Constitución material, que no sólo dicta cómo se organiza el poder sino también qué es lo que puede y debe decidir.
- b. Garantía judicial de la Constitución.
- c. Irradiación constitucional de todo el sistema jurídico.
- d. Regulación principialista. Es decir, y en palabras del mismo Prieto, citado por Bernal Pulido en la obra que venimos comentando, “se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado” (p. 12). Por lo anterior, continúa el autor, existe “una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles” (p. 12). El método para resolver los conflictos constitucionales es la ponderación.

A esto habría que añadir lo expuesto por Dworkin, mencionado por Adrián (2015), para quien, en ausencia de normas expresamente aplicables a un caso, los llamados a regular la situación son los principios¹⁵. Siguiendo a Alexy, citado también por Adrián, estos últimos se entienden como mandatos de optimización en aquellos sistemas donde no existe separación entre el derecho y la moral.

Volviendo con Bernal Pulido (2006), y esta vez a la orilla opuesta, García Amado refuta lo dicho por Prieto Sanchís señalando que en el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con lo que los intérpretes creen que dice. En sus propias palabras, “no es una mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y sólo lo que dice” (p. 14). Algunas de las tesis del positivismo son estas:

- a. Las Constituciones mandan lo dicho por sus enunciados y términos.
- b. Cuando hay zonas de vaguedad, se podrá escoger cualquier interpretación siempre y cuando no contradiga la semántica constitucional.
- c. La anterior elección corresponde al intérprete autorizado de la Constitución.
- d. El control constitucional de los jueces es negativo.
- e. El fundamento político de los anteriores postulados busca proteger al legislador democrático.

Adrián (2015) recuerda que, entre los propósitos centrales del positivismo, al menos del kelseniano, estaban la seguridad jurídica y la previsibilidad. En este orden de ideas, las decisiones de los aplicadores del derecho podrían ser presumibles con anterioridad y dirigir, de alguna manera, las actuaciones de los destinatarios de las normas.

Ya en este punto se hace evidente una diferencia entre el positivismo y el neoconstitucionalismo, misma que puede ser útil a efectos de caracterizar cómo actúan los jueces de la Corte Constitucional colombiana: para el neoconstitucionalismo, todos los aspectos

¹⁵ La pregunta en torno a los principios, reglas e incluso valores hace referencia no sólo a la estructura de la norma jurídica, sino a su relación con otros elementos del ordenamiento jurídico, y por supuesto, a su interpretación y aplicación. Tradicionalmente, en contextos positivistas o de preeminencia de la ley, a las reglas se les identificó por una estructura básica: supuesto de hecho y consecuencia jurídica predeterminedada. Son normas cerradas y frente a ellas se predica cumplimiento o no.

Por otra parte, los principios, en una postura liderada por Robert Alexy, han sido considerados como mandatos de optimización, por lo que su cumplimiento se lleva a cabo hasta el máximo grado posible y, en caso de conflicto, la resolución vendrá por el método de la ponderación. En su redacción se caracterizan por una textura vaga e indeterminada.

son susceptibles de ser constitucionalizados, ora de manera explícita, ora de manera implícita a través de principios que por indeterminados podrían ser interpretados en varios sentidos; en esa lógica, los jueces ejercen control negativo y positivo. No es así para el positivismo, pues según García Amado, la Constitución se puede ver como una tripartición: se pronuncia expresamente sobre algunos asuntos, definitivamente no se pronuncia sobre ellos, o no se sabe a ciencia cierta si prescribe algo sobre determinado asunto.

En materia de interpretación, Atienza y Ruiz Manero, traídos a colación por Adrián, afirman que al ser el positivismo incapaz de brindar explicaciones satisfactorias sobre el derecho actualmente, menos podrá hacerlo en casos que no fueron previstos por el constituyente con anterioridad. Entre estas situaciones se encuentran, casualmente, las de derechos fundamentales, en donde la solución “deberá desprenderse de las razones subyacentes (implícitas) a la voluntad de dicho poder ya manifestadas expresamente” (p. 42). En estos ambientes cobra mayor interés la postura neoconstitucionalista.

Una conclusión se impone: la indeterminación de los principios, propia del neoconstitucionalismo, permite al juez transitar en un amplio campo interpretativo, en el que, si bien puede apoyarse en la ponderación, no encuentra aparentemente límites. Ya lo dijo García Amado, citado por Bernal (2006): “¿de qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado? (p. 15). Es decir, ¿hasta dónde le está dado llegar al juez?, ¿cuándo se traspasan las fronteras de un Tribunal activo a un Tribunal activista?

La Constitución Política de 1991 no es ajena a la carga de indeterminación de los principios, lo cual puede ser comprobado desde la lectura del Preámbulo. En este sentido, es natural que exista una tendencia de la Corte Constitucional a dotarlos de contenido y reducir su incertidumbre. ¿Pero qué sucede cuando, para interpretar en el campo de la reforma constitucional un principio, el juez salta la barrera de una norma clarísima que le impide el análisis de fondo del acto reformatorio? Porque es claro que los principios son de naturaleza sustantiva, y son los que operan como límite. Tenemos que decir, con Moreso, citado por Adrián (2015), que existen -y seguirán existiendo- casos constitucionales difíciles en los que la discreción judicial es imposible de erradicar, sobre todo porque los jueces neoconstitucionalistas, creyendo firmemente que el derecho y la moral se encuentran unidos en todos los casos, consideran que con un ejercicio argumentativo pueden “reinventar el derecho

positivizado en la Constitución o en las leyes, reemplazando al Poder Constituyente o al Poder Legislativo, resolviendo cualquier caso conforme a su discrecionalidad y a normas morales producto de su mera subjetividad.” (p. 51). Es entendible, entonces, que, ante casos difíciles, los jueces se comporten de esta manera.

No obstante, consideramos que tal comportamiento en el escenario nacional es, cuando menos, controvertido, pues la interpretación actual de las reglas sobre el control constitucional conduce a dos situaciones completamente opuestas a las previstas por la Constitución: primero, a aceptar que, en una lectura cuestionable, el juez constitucional ha “interpretado” la regla del artículo 241 de la Constitución, abriendo la posibilidad de conocer el fondo de los actos reformativos; y en segundo lugar, a que una vez logrado esto, se inicia la tarea de definición de los principios, con todos los peligros que esto implica cuando el camino que se ha tomado para llegar hasta allí no ha sido precisamente el más recto.

Ahora, también es necesario hacer evidente, como lo hace Bernal Pulido (2006) que “este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura” (p. 17). Es claro que existe un traslado de la confianza en las diferentes organizaciones estatales, pues ya no es el Congreso soberano el depositario principal de esta, sino que comparte o incluso cede frente a la Corte Constitucional en este caso. Añaden Meza y Gómez (2000) que, en el Estado constitucional:

Se muestra así un relevo de legitimidad entre los poderes clásicos de Estado de Derecho y el actual Estado Social, lo cual nos conduce a sospechar que los equilibrios y límites entre los poderes no han sido claros, si es que verdaderamente han existido. Actualmente no se justifica hablar de los límites a los jueces si antes no se considera que la función de administrar justicia ha entrado en el juego de la última legitimidad, de la de un sistema democrático que ha sufrido desgastes frente a los poderes legislativo y ejecutivo” (Meza y Gómez, 2000, p. 197).

Luego, es usual que se acepte sin reparos la decisión del órgano de cierre de la jurisdicción, sin llegar a preguntarse, siquiera, sobre los métodos usados por este.

De hecho, la misma Corte Constitucional no ha sido ajena a los riesgos propios de su ejercicio, concretamente en cuanto a la interpretación de los principios. En la sentencia C-1200-03, refiriéndose a los posibles peligros que pudiera entrañar el ejercicio de revisión de la reforma, afirmó el Tribunal que:

“[...] El segundo peligro radica en que la indeterminación de los principios constitucionales más básicos puede conducir, ante un cambio importante de la Constitución, a que el juez constitucional aplique sus propias concepciones y le reste valor a otras ideas, también legítimas, que no son opuestas al diseño original, así lo reformen.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1200-03).

Más allá de la polémica propia del entendimiento del artículo 241, es perfectamente claro y está fuera de toda discusión que la Corte Constitucional ha apostado por precisar algunos principios del ordenamiento jurídico, y, además, los ha caracterizado como límites al poder de reforma.

La orientación neoconstitucionalista, adoptada por el Tribunal colombiano, es la que ha permitido interpretar diversos principios y argumentar en torno a ellos. El vasto principio democrático, que es el que ocupa nuestra atención, ha servido para recoger en él elementos tan valiosos que su unión, además de dar sentido como un todo al mismo principio, también da cuenta de que estos mismos elementos forman parte de la base sobre la que se construye la teoría constitucional moderna.

Por esta razón, el contexto neoconstitucionalista -entendido con todos sus desarrollos prácticos- sirve de apoyo si lo que se pretende es resignificar la existencia y funciones de los Tribunales Constitucionales, y específicamente, de la Corte colombiana que cumple su labor en medio de recurrentes intentos de reforma, en donde por la función de guarda de la Constitución, la actividad desplegada es mayor y evidente; ergo, expuesta a mayores críticas dependiendo de los elementos que proteja y cómo decida hacerlo.

Recapitulando lo que hemos expresado en esta primera sección de la monografía, recordamos que el Tribunal Constitucional efectivamente nace para la protección de la supremacía constitucional, y debemos decir, con todos los beneficios y desventajas que esto

representa, que es un órgano que no escapa del todo al terreno de la política. En el plano nacional, esto se evidencia cuando, sin sustento normativo y atendiendo al acontecer político del Estado, la Corte Constitucional, luego de once años de sólida jurisprudencia frente al control de los actos reformativos, optó por un cambio de precedente, orientado esta vez a la ampliación de la competencia que originalmente le fue asignada en la Asamblea Nacional Constituyente, cambio que le permitió adelantar el control material de los actos puestos a su disposición. Una alteración de tal magnitud en el entendimiento de la competencia puede deberse, en gran parte, a que la adscripción al neoconstitucionalismo permite a los jueces flexibilizar los tradicionales métodos de argumentación e interpretación. Este último hecho es el que explica que en el escenario jurisprudencial aparezcan herramientas como el test de sustitución, que en concepto de la Corte -mas no de sus detractores-, se convierte en el instrumento perfecto para identificar unos elementos identitarios que fungen como límite implícito material a la reforma, sin que ello implique el análisis de fondo del acto reformativo.

SEGUNDA PARTE.

COMENTARIOS SOBRE LA DEMOCRACIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO 2003-2017. UN RASTREO.

CAPÍTULO I:

SOBERANÍA POPULAR: ¿QUÉ TAN SOBERANA Y QUÉ TAN POPULAR?

Como se ha visto, en la sentencia C-551-03 la Corte Constitucional comienza a explicar la necesidad de adoptar una postura orientada al reconocimiento de los límites competenciales al poder de reforma. Ante la urgencia de encontrar una explicación que justificara la nueva faceta del análisis, el Tribunal hizo reposar gran parte de su argumento en conceptos que fundamentan cualquier teoría constitucional moderna, y en ese sentido, no son extraños al orden constitucional colombiano, y todavía más a partir de 1991: el principio democrático y la soberanía popular.

En la primera sección hicimos comentarios generales sobre la soberanía popular y los poderes constituyente y constituido tomando como base lo expuesto por la sentencia C-551-03. Ahora, la intención es seguir construyendo un concepto con lo expuesto por la Corte en jurisprudencia posterior a esta sentencia.

Al pronunciarse sobre el acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual se adoptaron disposiciones para la incorporación del modelo penal acusatorio, la sentencia C-1200-03, aunque concluyó con un fallo inhibitorio, arguyó que, en los Estados democráticos, la soberanía, al residir en el pueblo, no puede hacerlo con la misma magnitud también en las ramas del poder público, ya que éstas encuentran sustento precisamente de la soberanía popular. Así:

El *acto de soberanía* por excelencia es el *acto constituyente*, es decir, el *acto de fundación constitucional*. Solo el soberano tiene, en estricto sentido, poder constituyente puesto que solo él puede constituir un nuevo sistema, adoptar una nueva constitución, no solo en su acepción formal sino primordialmente material. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1200-03).

Para entender el origen del Estado constitucional a partir de la soberanía popular, la Corte en la sentencia C-303-10¹⁶, le confiere unas notas distintivas, y, además, establece una serie de lineamientos para que la idea abstracta de la soberanía pueda manifestarse dentro de los cursos institucionales del Estado y exista una fuente de legitimidad continua, de la siguiente manera:

El principio democrático participativo es esencial, en la medida en que conforma una condición necesaria para la vigencia del Estado Constitucional, de la manera como este es comprendido en Occidente. La tesis que subyace a esta afirmación es que existe Estado Constitucional cuando se radica en el Pueblo el poder soberano, que configura la instancia legitimadora de los demás poderes públicos. En ese sentido, todo Estado Constitucional debe contar con instituciones y procedimientos que permitan que esa voluntad soberana se exprese, de forma libre e inequívoca, con el fin de determinar la conformación de esos poderes, entre ellos, en lo que interesa a esta decisión, las corporaciones públicas de elección popular. Si un modelo de organización política dado no cumple con esa condición, no podrá definirse como constitucional, puesto que su legitimidad no estará sometida a la voluntad soberana del Pueblo, sino a otros modos de justificación del poder que no responden a ese parámetro y que son per se ajenos a la idea normativa de Constitución, como sucede, por ejemplo, con los modelos autocráticos, autoritarios o totalitarios. Así las cosas, como lo reconocen corrientes doctrinales tradicionales de la ciencia política, la existencia de la democracia y, por ende, de Estado Constitucional, depende del grado de cumplimiento de determinadas variables consistentes en tener la oportunidad de (i) formular sus preferencias, condición que depende a su vez de la garantía de determinados derechos, como la libertades de asociación, expresión y voto, al igual que la libertad para que los líderes políticos compitan en busca de apoyo y la diversidad de fuentes de información; (ii) manifestar esas preferencias, para lo cual se requiere, además de los derechos y libertades mencionadas, la garantía del derecho a elegir y a ser elegido, a través de actos electorales libres e imparciales; y (iii) recibir igualdad de trato por parte del Estado en la ponderación de las preferencias, lo que implica la protección y garantía de todos los

¹⁶ Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 1º de 2009. Esta reforma modificó el régimen de partidos políticos. El aparte demandado autorizaba a los miembros de los cuerpos colegiados para que, dentro de los dos meses siguientes a la expedición del acto legislativo, pudieran cambiarse de partido político sin necesidad de renunciar a la curul y no incurrir en doble militancia. La Corte Constitucional declaró exequible la disposición, pues no se sustituía la Constitución, ya que simplemente se estaba implantando una fórmula de regulación de la doble militancia menos severa y con efectos limitados en el tiempo.

derechos y libertades citados, además de la posibilidad de acceso libre y equitativo al servicio público para todos los ciudadanos y la presencia de instituciones que garanticen que la política del Estado dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-303-10).

Como se observa, es estrecha la relación entre soberanía popular y Estado constitucional, llegando a predicarse la existencia y viabilidad de este si se cumplen una serie de variables que apuntó la Corte, mismas que trascienden a escenarios no sólo de participación política, sino también de garantía de derechos fundamentales.

Por ejemplo, en los primeros, esto es, en los escenarios de participación, el Tribunal en la sentencia C-141-10, que estudió la ley 1354 de 2009 -por medio de la cual se convoca a un referendo- hizo especial énfasis en que el constituyente de 1991 adoptó un modelo ecléctico entre democracia participativa y representativa, con el fin de lograr un ejercicio más activo y cercano de la misma con los asociados. Sin embargo, y aunque parezca contradictorio, en esta sentencia es necesario resaltar que la existencia de mecanismos de participación no faculta, ni siquiera al pueblo para que, so pretexto de una actuación a título de constituyente primario, pretermita los límites jurídicos que se le han impuesto y que persiguen un fin especial, que es la protección del mismo sistema jurídico-político.

En ese orden de ideas, debemos detenernos un momento para pensar qué tan soberano es hoy el pueblo, al menos en lo que a la adopción de decisiones se refiere, ya sea directamente o a través de sus representantes. ¿Podría dejarse en sus manos cualquier tipo de decisión? La Corporación recuerda que semejante preocupación sobre el curso de acción del poder soberano la han tenido autores como Elster, Levinson y Sager¹⁷, que no dudan en afirmar que la Constitución misma y los derechos fundamentales son el mástil o precompromiso al que se ata la democracia para no sucumbir ante pasiones pasajeras. Es decir, la fuerza del pueblo cuando es soberano no todo lo puede decidir o modificar, y este sería el aspecto diferenciador de la democracia constitucional: se protege a sí misma para evitar su destrucción. De estos

¹⁷ Teniendo en cuenta que a Levinson y Sager no los citamos directamente en el cuerpo del escrito, pero sí hemos hecho referencia a ellos, encontramos necesario dejar explícito cuáles fueron los trabajos de estos autores a los que la Corte acudió en la sentencia C-249-12.

Levinson, Daryl L. (2011). Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment. *Harvard Law Review*, 124 (3), [pp. 659–746].

Sager, Lawrence G. (2004). *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons. Ojo aquí falta la obra de Elster...

argumentos ha hecho eco la Corte colombiana al asegurar lo siguiente, trayendo a la discusión nuevamente la separación útil entre poder constituyente originario y derivado:

Teniendo en cuenta esta doctrina en donde se establece el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional y que resuelve la tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que se constituye en un vicio de forma que el órgano de reforma ejerza funciones del órgano constituyente y suplante de este modo su competencia confundiendo en un mismo órgano la potestad de reforma con la potestad constituyente. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-249-12).

Como hemos explicado en múltiples oportunidades, la teoría de los vicios de competencia reposa en la diferenciación entre el poder constituyente primario y el secundario. Para la Corte, la distinción entre ambos es tan tajante, que, aunque mantiene la postura en contra de la sustitución constitucional, la Corporación sólo parece reconocer la posibilidad de llegar admitirle en escenarios extremos, que tendrían esta característica por ser fruto de la actividad del constituyente primario o de una Asamblea Nacional Constituyente cuando esta es convocada con el fin de dictar una nueva Constitución. Veamos el tenor de la expresión, que no deja de ser interesante:

A partir de lo dispuesto en el artículo 374 de la Constitución y de la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado – o poder de reforma –, la Corte ha reconocido que el Congreso de la República tiene plena libertad para reformar la Constitución pero que sin embargo no tiene competencia para sustituir el modelo constitucional por otro distinto o contradictorio. En este sentido, la Corte ha considerado que la sustitución de la Constitución sólo puede ser legítima si es aprobada por el poder constituyente primario o por una Asamblea Constituyente especialmente elegida para ello, luego de un proceso deliberativo y democrático respetuoso de las garantías que para tales efectos consagra la propia Constitución. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1200-03).

En lo tocante a los límites del poder constituyente derivado, en la sentencia C-303-10, la Corte siguió trazando la línea divisoria de los límites, que ya no son sólo formales:

En términos simples, la jurisprudencia constitucional ha previsto que, como sucede con todo [sic] actuación del Estado, el poder de reforma de la Constitución está sometido a límites, tanto de carácter procedimental, que refieren a las reglas de deliberación democrática que anteceden a la reforma, como sustantivos, dirigidos a evitar el exceso en el poder de reforma, de modo que el texto resultante de la modificación no guarde entidad con el concepto de Constitución que la antecedió. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-303-10).

Es decir, en cada uno de los pronunciamientos en los que se estudie la naturaleza tanto de poder constituyente primario como derivado, la diferencia aparecerá clara. En eso la Corte Constitucional ha sido cuidadosa, en atribuir a cada uno de estos sujetos contornos claros en lo referente a su aparición y actuación.

Comentarios generales sobre la construcción jurisprudencial del concepto: Con señalado hasta el momento, se comprueba que cualquier tema que pretenda ser abordado en sede constitucional, al menos a nivel competencial, pasará por el filtro de la división entre poder constituyente y poder constituido, y por ende, de la soberanía radicada en el pueblo.

Por ahora, no se encuentra ninguna contradicción en lo dicho por la Corte Constitucional en el sentido de que es necesario, en las democracias constitucionales contemporáneas, que la soberanía recaiga en el pueblo, aseveración soportada perfectamente por De Vega. Este autor, en el prólogo al libro de Ramírez Cleves (2005), recuerda que:

El Estado Constitucional cimenta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático, conforme al cual se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional, en cuya virtud se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados (p. 17).

Si bien la referencia concreta al prólogo de esta obra se cita específicamente en la sentencia C-249-12 (sobre la carrera administrativa), es claro que en el asunto de la competencia del Tribunal Constitucional para la revisión de los actos reformativos, Pedro de Vega es un autor clásico en la tradición jurídica colombiana, por lo que sus estudios sobre las instituciones

democráticas y el problema de la reforma constitucional, se han convertido con facilidad en referencias obligadas para el tratamiento de cualquiera de estos temas, pues el trabajo del profesor español parte de la clara diferencia entre constituyente primario y constituyente secundario, afincada en el más fiel principio democrático.

Por consiguiente, las alusiones a Pedro De Vega estarán a tono mientras la Corte Constitucional siga optando por la línea jurisprudencial que ha mantenido hasta el momento. Y es que el ordenamiento jurídico nacional sí se reconoce la existencia de este poder en sus dos facetas teniendo en cuenta el momento y forma en que actúan. El profesor español (1988), expresa que, aunque el constitucionalismo descansa sobre la soberanía popular, es innegable en términos prácticos, que una vez el pueblo soberano alcanza el culmen con la realización de su obra, pasa a un segundo plano casi imperceptible, pues el papel central ahora es ocupado por la supremacía constitucional, que debe protegerse. He ahí las tensiones que se trasladan al territorio de la reforma, y a las que la Corte Constitucional debe hacer frente.

Estamos completamente de acuerdo con la distinción entre soberanía popular, poder constituyente y poder constituido. En ese sentido, no tendría lógica pretender una equiparación entre estos dos últimos actores, pues se pondría en riesgo la existencia de la Constitución al eliminarse la barrera, por ejemplo, de los mecanismos de reforma constitucional.

Lo que es discutible y para lo que es necesario un mayor andamiaje teórico, es el ensanchamiento del campo de revisión de la reforma apoyado en este concepto, o al menos bajo la técnica escogida por el Tribunal colombiano. Nos explicamos: es cierto que constituyente primario y constituyente secundario no se encuentran a un mismo nivel y en consecuencia no tienen los mismos ámbitos competenciales, situación por lo demás razonable si se tiene un entendimiento cabal de la naturaleza de cada uno. Lo realmente cuestionable es la manera en que esta distinción ha servido para que un poder constituido, como lo es la Corte Constitucional, elabore una teoría sobre límites al poder de reforma -porque en la práctica, en eso se traduce la identificación de elementos identitarios cuya sustitución se prohíbe- cuando el poder constituyente nada ha dicho al respecto. ¿Dónde queda la distinción entre poder constituyente y poder constituido entonces? Claro que los límites deben existir en democracia, pero la cuestión radica en cómo deben ser determinados. De hecho, si seguimos a Elster (2015) -autor citado por la Corte- entenderíamos que una de las preguntas fundamentales sobre las restricciones es la de quién “ata” a quién, y sobre todo, con qué legitimidad. Si en términos

generacionales a nivel constituyente la discusión es compleja porque, además de existir siempre el cuestionamiento sobre si las generaciones futuras deben sentirse atadas por lo que decidieron sus predecesoras, es claro que se suma un nivel de dificultad superior cuando, además de presentarse el anterior inconveniente, nos encontramos frente a un organismo constituido que cumple la función de atar al pueblo sin que haya sido facultado para ello por la Asamblea Nacional Constituyente, o no al menos cuando conoce de los actos reformativos. En la terminología de Elster, cabe decir sin ambages que la Asamblea no ató al poder de reforma.

Lo que se encuentra de ahí en adelante es una seguidilla de contradicciones, al menos en lo que nos interesa averiguar sobre el comportamiento democrático del Tribunal cuando dice defender la democracia. Como vimos, la sentencia C-1200-03 afirma que, si el soberano es el pueblo, no pueden serlo las ramas del poder público. Teóricamente es cierto. Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que la Corte Constitucional, con sus decisiones, parecería convertirse en un nuevo soberano, en una Corte-constituyente. La teoría constitucional apunta que si el soberano es quien dicta la Constitución, en su sentido material, y en ese orden ideas es el que designa las normas para su reforma ¿puede un poder constituido, como el de la Corte, añadir a ésta elementos que no fueron dictados por el constituyente primario, verbigracia, límites materiales? No en nuestro concepto, y De Vega (1988) afirma que “a fin de cuentas, cualquier operación de reforma implica, por su contenido, una actividad típicamente constituyente, y que, conforme a la lógica del Estado constitucional, sobrepasa las atribuciones de los poderes constituidos, sometidos por definición al ordenamiento fundamental” (p. 61). Sin embargo, la práctica nos dirá que sí, y ante esto, lo mínimo que queda esperar, es que estas exigencias vengan de la mano de un procedimiento claro y objetivo. Es natural que el poder constituyente prevea, como de hecho lo hizo, la existencia de mecanismos de revisión o reforma, pero también definirá quienes pueden ejecutarlos. La Corte no puede hacerlo, pero en todo caso y de cualquier manera lo hace, como queda claro en la sentencia C-303-10, que, en uno de sus apartes, reconoce abiertamente la existencia de límites sustantivos al poder constituyente derivado, afirmación que no deja de ser desgraciada.

Por otra parte, esta misma sentencia expone la importancia de mantener abiertos los canales para que el soberano se exprese. Sin embargo, preguntémonos: ¿admitiría la Corte una manifestación de voluntad del soberano? Por ejemplo: Aunque la jurisprudencia ha esclarecido que cuando el pueblo es llamado en referendo no actúa en calidad de constituyente primario, vale la pena preguntarse si una sustitución de la Constitución podría aceptarse si ese

llamamiento del pueblo supera los límites bajo los que ha sido convocado, tal como sucedió con el proceso constituyente que dio origen a la Carta Política vigente. ¿Se opondría la Corte a un pronunciamiento de tal entidad bajo la lógica de la teoría de los límites competenciales? Si nos inclinamos por creer en un ejercicio coherente, podemos aventurarnos a decir que no hay forma posible de oposición al poder constituyente, pues como bien dice De Vega (1988), este “no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio” (p. 29). Sigue el autor refiriéndose a las limitaciones al poder constituyente:

Porque el problema no consiste tanto en la autolimitación que derivaría para el poder constituyente como consecuencia del establecimiento de un poder de reforma, sino en la negación de posibles actuaciones y en la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del porvenir. (De Vega, 1988, p. 72).

Es decir, si aceptamos teóricamente un hecho que sucede en la práctica, esto es, que la Corte Constitucional se ha convertido casi que en un poder de reforma, nos quedará el interrogante de si este mismo Tribunal, en un futuro, se convertirá en una limitación para la aparición o manifestación de un poder constituyente futuro.

CAPÍTULO II: SEPARACIÓN DE PODERES: ¿VERDADERAMENTE ARMÓNICA?

En el capítulo anterior expusimos que, en los Estados modernos, en virtud del principio democrático, la soberanía reside en el pueblo, que es a su vez fuente y sustento de cualquier poder. Teniendo en cuenta que ese mismo poder debe racionalizarse, y que además en los Estados existen funciones que deben desarrollarse a cabalidad, es necesario lograr una especialidad mínima para cada rama encargada de adelantar determinadas actividades, pero también cuidar que la separación entre cada una de ellas no sea tan abismal como para que no exista un trabajo coordinado, sin llegar a caer, claro está, en una acumulación de poder o desbalance. Por tal motivo, en este capítulo nos ocuparemos de la separación de poderes como un concepto que opera como garantía del Estado Constitucional.

La separación de poderes es un elemento que se menciona a la par del principio democrático como uno de sus rasgos integradores o incluso elevada a categoría de principio en sí misma. Han sido muchas las ocasiones en las que la Corte Constitucional, en el marco de la jurisprudencia sobre los límites competenciales, se ha pronunciado al respecto. En una de las primeras sentencias, la C-970-04, se afirmó que este postulado no podía ser entendido hoy en un sentido igual al de la tradición liberal burguesa, cuando se vertió en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en la que se determinó que cualquier sociedad en la que no hubiera garantía de derechos ni estuviera asegurada la separación de poderes, carecía de Constitución. Bajo esta lógica, era impensable de momento la colaboración entre los poderes públicos.

La historia de la separación de poderes es extensa, pues se ve atravesada, entre otros fenómenos, por el paso de los modelos monárquicos a los de Estado de Derecho y Estado Constitucional. Al no poder seguir entendiendo este concepto en términos de rigidez, ya que la falta de coordinación entre instituciones suscitaba problemas prácticos de difícil solución, se propusieron diferentes modelos que apelaron a una separación funcional. Entre los objetivos perseguidos por este último objetivo, estuvo lógicamente la racionalización del poder -inherente a cualquier idea de separación-, pero además la disminución de la intervención estatal desmedida en las actividades de los asociados, de lo que se seguiría una garantía de libertad y derechos de los ciudadanos propia de las democracias constitucionales. Naturalmente, con esto

también se persigue un nivel de especialización en cada órgano, que le permita realizar con precisión y rigor técnico las labores encomendadas.

Si bien la idea de la separación funcional continúa latente, es complementada con modelos como el de *checks and balances*, en el que la delimitación de funciones de cada rama del poder público no se encuentra predeterminada de manera estricta, sino que continuamente va construyéndose con la actuación o contención de los mismos poderes. Es decir, se trata de una especie de vigilancia entre cada una de las ramas, que a su vez les permite compartir el poder.

Aplicado al Estado colombiano, la Corte Constitucional, en la sentencia C-970-04, afirma que “el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-970-04). Sin embargo, esta aseveración no implica que, en casos excepcionales, las funciones de un órgano no puedan ser asignadas a otro.

En este modelo flexible es en el que se ubica la Constitución de 1991, que permite la colaboración armónica entre las ramas del poder público y adopta un sistema de pesos y contrapesos¹⁸. Al respecto refiere el Tribunal en la sentencia que comentamos:

De esta suerte, la Constitución de 1991 se encuentra a tono con los sistemas políticos democráticos constitucionales, que como señala Loewenstein, se caracterizan porque la Constitución reúne como elementos mínimos fundamentales, entre otros, los siguientes: De una parte, se formula una diferenciación de las diversas tareas del Estado y su asignación a diversos órganos estatales, y de otra parte, se adopta un mecanismo de cooperación de los diversos detentadores del poder. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-970-04).

¹⁸ Dice la Constitución de 1991: Artículo 113: Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Debe recordarse que esta sentencia estudió un caso de delegación legislativa al Poder Ejecutivo, por lo que su enfoque está en la separación de estas dos ramas y no se tiene en cuenta en la distribución de funciones al poder judicial.

Al siguiente año, y con ocasión del control al acto legislativo 02 de 2004, que permitía la reelección presidencial y contemplaba la presentación de un proyecto de ley estatutaria con miras a garantizar la igualdad entre candidatos, la Corte en la sentencia C-1040-05 demarcó uno de los límites a la labor de cooperación entre los diferentes órganos. Lo que sucedía es que el artículo 4° del mencionado acto legislativo estaba acompañado de un párrafo transitorio que preveía que, si antes del 20 de julio de 2005 el Congreso de la República no expedía la ley estatutaria encargada de regular la igualdad electoral entre los candidatos, tal facultad pasaría a ser del resorte del Consejo de Estado.

Resolvió la Corporación que despojar al Congreso de su función legislativa conducía a erigir un poder transitorio no solo carente de controles, sino falto de legitimidad al no haber sido elegido por el pueblo, y en ese sentido, sin origen democrático. Además, el artículo no traducía otra cosa que el reemplazo temporal del Congreso, que es el órgano llamado a tramitar los temas que por su trascendencia y prescripción constitucional ameritan ley estatutaria. Sin ningún tipo de temor, la Corte afirmó que:

En la Constitución de 1991, el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos. En este modelo los controles interorgánicos juegan un papel preponderante en la regulación del balance entre los poderes públicos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1040-05).

Sin embargo, si por un lado la sentencia C-1040-05 abogaba por el respeto del campo de actuación del Congreso, también es clara en hacerle un llamado para que, en el desarrollo de sus funciones, no invada el ámbito de otras ramas del poder público.

Un caso similar de delegación de competencias -esta vez a la Comisión Nacional del Servicio Civil- tuvo lugar con el acto legislativo 01 de 2008, estudiado en la sentencia C-588-09¹⁹, la cual se estuvo a lo resuelto en lo pertinente a la C-1040-05. De este caso se deduce que es admisible la colaboración armónica y cesión de funciones en labores accesorias del órgano -si se permite el uso del término-, pero no sobre las inherentes a la institución que pretende cederlas, así sea de manera transitoria.

En la sentencia C-141-10, al pronunciarse sobre un aspecto puntual del trámite de la ley que convocaba a referendo²⁰, la Corte Constitucional se vio a sí misma como un sujeto destinatario de la separación de poderes, pues, por respeto a esta y al principio democrático, se abstuvo de invalidar la manifestación de voluntad de un congresista, ya que de hacerlo estaría invadiendo su órbita competencial, e iría en contravía no solo de estos principios que acabamos de mencionar, sino que desconocería también la actuación del Congreso como representante del poder soberano. Es lógico que el Tribunal se abstenga de pronunciarse sobre cómo debería votar un congresista determinado asunto, porque sería una intromisión en el funcionamiento legislativo de cada Cámara, labor que de ninguna manera el poder judicial está facultado a adelantar.

En el análisis de fondo de la sentencia, que concretamente se ocupó de decidir si era viable una segunda reelección presidencial, la Corte conceptuó que, de dejar abierta la posibilidad de que una persona ocupara la Presidencia de la República por 12 años, tal situación implicaría una acumulación de poderes desmedida en una sola rama del poder público en detrimento de las demás, lo que daría al traste con los *checks and balances*. Trayendo nuevamente a colación principios básicos, expresó el Tribunal, apoyado en Passerin²¹ que:

El principio de separación de poderes tiene, entre otros aspectos, una connotación organizativa, pues no responde a la definición de la titularidad de la soberanía, sino a la manera como, desde la Constitución adoptada por el soberano, se ordena el ejercicio de

¹⁹ Decidió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, que ordenaba la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, sin concurso, a los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 909 de 2004 estuvieran ocupando cargos vacantes en calidad de provisionales.

²⁰ La controversia en ese punto de la sentencia consistía en determinar si algunos congresistas debieron haberse declarado impedidos para la votación.

²¹ Teniendo en cuenta que el autor no es citado directamente por nosotros, consideramos pertinente identificar la obra que cita la Corte Constitucional: Passerin, A. (2001). *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*. Barcelona: Ariel.

la soberanía por distintos agentes y con determinadas finalidades. En este orden de ideas, la distinción entre la rama legislativa, encargada de la producción del Derecho; la rama ejecutiva, responsable de cumplir la función administrativa y la rama judicial, autorizada para resolver conflictos mediante la aplicación del Derecho; responde a un propósito básico de racionalización del poder que no sólo pretende el cumplimiento eficaz de los cometidos públicos, derivado del hecho de radicar tareas en distintos órganos y de procurar su recíproca armonía, sino que, ante todo, busca afianzar la moderación en el ejercicio del poder. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141-10).

Esta sentencia es enfática en señalar la importancia de que los poderes no se concentren en una rama del poder público, que es la Ejecutiva (eso, por el caso *sub examine*). Si bien es cierto que el Poder Ejecutivo tiene mayores posibilidades de causar un desequilibrio por el riesgo latente -o ya realidad- del presidencialismo, estimamos que las afirmaciones hechas pueden aplicarse a cualquier rama del poder, que también puede concentrar grandes atribuciones.

La sentencia C-288-12²², al recopilar la jurisprudencia al respecto, es muy clara al recordar qué considera sustituye el principio de separación de poderes cuando con un acto legislativo se suplanta a una rama del poder público, y, además, por tal motivo ese acto jurídico queda por fuera de los controles judiciales previstos. Aquí sí, refiriéndose específicamente a la autonomía e independencia judicial, aseveró la Corte que ésta se materializaba en el artículo 230 de la Constitución, que consagra que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley. Esto implica que el resto de ramas del poder público no pueden intervenir indebidamente en el quehacer judicial: los únicos límites son el ordenamiento jurídico y el análisis imparcial de los hechos sujetos a discusión.

Por otra parte, el Tribunal afirma que como entidad no es ajeno al sistema de *checks and balances*. Sus magistrados son ternados parcialmente por el Ejecutivo y son elegidos por el Senado de la República. Además, es el Congreso el encargado de adelantar la investigación y juzgamiento de los togados.

²² Relativa a la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 3 de 2011 “por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal” y contra la Ley 1473 de 2011 “por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.”

Más adelante, en la sentencia C-699-16²³, en donde nuevamente se discutía una concesión de facultades extraordinarias al Presidente para la expedición de decretos que facilitarían la implementación del Acuerdo de Paz, la Corporación afirmó que la separación de poderes, más allá de buscar la separación funcional -que es lo estipulado en el artículo 113-, también indica que ninguna autoridad del Estado puede adelantar actividades que expresamente no tenga asignadas, tal como se consigna en el artículo 121 de la Carta Política. En este sentido, el principio se vería desdibujado si recae en un solo órgano o rama una concentración excesiva de poder. Sin embargo, se consideró que la habilitación legislativa al Ejecutivo, al ser transitoria y limitada, no podría entenderse como una sustracción de la competencia ordinaria del Congreso.

Continuando con los pronunciamientos en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz, la sentencia C-332-17²⁴ afirmó que incluso ante la existencia de medidas de justicia transicional, no podría dejarse de lado la separación de poderes y la colaboración armónica. Se puso de presente que si bien era entendible el papel relevante del Presidente de la República, ello de ninguna manera implicaba que sustituyeran otras ramas del poder público, especialmente la legislativa representada por el Congreso de la República, por la alta capacidad de generar consensos, mayor participación y reflexión en torno a ciertos temas.

Pese a todo, recordó la Corte que cualquier reforma que modifique el sistema de separación de poderes y frenos y contrapesos no es *per se* inconstitucional. Todo dependerá de si en la práctica el ejercicio de las competencias privativas de un órgano se torna realmente imposible, o de si se eliminó el contenido de las funciones de cada una de las ramas del poder.

Como dato a resaltar, esta sentencia C-332-17 expone que:

²³ Conoció de la acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016 ‘Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’.

²⁴ Resolvió la acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 01 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. El acto legislativo creaba, entre otros, el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz por un período de seis meses, prorrogables hasta por otros seis. Los proyectos relacionados con este fin serían de iniciativa exclusiva del gobierno nacional, y además serían tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. Además, dotaba de facultades al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley que facilitarían la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC. Finalmente, otro de los artículos acusados incorporaba el Acuerdo Final al bloque de constitucionalidad para que fungiera como parámetro de interpretación de disposiciones inferiores durante el tiempo de implementación.

La Corte advierte que los casos en que se ha analizado la posible sustitución del principio de separación de poderes, de manera general, se encuentra en la previsión de enmiendas constitucionales que amplían los poderes del ejecutivo, dada la limitación de las facultades de las demás ramas del poder público. Esto se refleja en una tendencia propia de las democracias latino-americanas, evidenciada por la jurisprudencia constitucional y relativa a la hipertrofia del poder presidencial. En términos simples, habida cuenta que tanto el Congreso como el Presidente tienen origen democrático directo y éste tiene las funciones propias de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y de Suprema Autoridad Administrativa, entonces su capacidad institucional es sustantivamente superior a la de los demás poderes públicos. Por ende, aunque son *prima facie* admisibles reformas constitucionales que amplíen el poder gubernamental, las mismas deben ser compatibles con la integridad del principio de separación e independencia entre los poderes públicos, el cual sería sustituido cuando la configuración institucional resultante luego de la reforma constitucional, se muestre desbalanceada al punto tal que el peso específico del ejecutivo anule o impida el ejercicio efectivo de las competencias originarias de las demás ramas del poder. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-332-17).

Al finalizar la construcción de la premisa mayor en esta sentencia, la Corte Constitucional es clara en afirmar que la separación de poderes debe operar de tal manera que evite la hipertrofia del gobierno. Por ejemplo, en el caso discutido, algunos de los apartes demandados que efectivamente sustitúan la Constitución, reducían prácticamente la labor del Congreso a una función de aprobación de los proyectos sin que pudieran los congresistas introducir modificaciones, por lo que se trastocó el núcleo mínimo de la actividad legislativa. No puede, en el modelo colombiano, hacerse el Ejecutivo titular exclusivo del poder de reforma, y mucho menos concentrar en él todas las funciones necesarias para el funcionamiento del Estado.

Comentarios generales sobre la construcción jurisprudencial del concepto: Con lo que hemos indicado hasta aquí, es posible concluir varios asuntos: es claro que la disputa por el poder es constante. Pero hay que decir que la Corte Constitucional no es coherente en este punto. Afincada en su sitio de guardiana de la Constitución, no parece darse cuenta de que ella misma ignora las reglas constitucionales que le atribuyen competencia, interfiriendo negativamente en la separación de poderes.

Ya hemos visto cuáles son los términos en los que la Corte entiende la competencia a ella atribuida y accede a convertirse en legislador positivo. Por un lado, parece defender el espacio de deliberación del Congreso de la República frente a otros órganos, pero no se detiene a cuestionar si es necesaria y pertinente también una defensa del parlamento frente al Tribunal Constitucional, al menos en lo que se refiere a la reforma. No sólo esto, tampoco pareciera preguntarse si en el plano de la soberanía popular, sus decisiones controvierten en algo al mismo constituyente primario, que no la facultó para el estudio de límites materiales al poder de reforma, sencillamente porque estos no fueron contemplados.

La sentencia C-970-04 fue incisiva en la mención a los controles recíprocos, mencionando ejemplos entre la rama legislativa y la ejecutiva. Sin embargo, hasta el momento no queda claro cómo el poder judicial, y específicamente la Corte Constitucional, podría ser objeto de control de otras ramas del poder, máxime cuando pareciera que esta Corte es el órgano de cierre no solo de la jurisdicción constitucional, sino de todo el ordenamiento. Aclaremos que una cosa es el control que el Senado ejerce frente al ejercicio de los magistrados de la Corte -caso mencionado en la sentencia C-288-15 como expresión de los controles interorgánicos-, y otra muy distinta la que aquí nos interesa, que es una labor de cuestionamiento sobre los medios en los que se adelanta el escrutinio constitucional. Sin embargo, no deja de ser este un caso de difícil manejo, pues tradicionalmente se ha entendido a la judicatura como aislada de controles políticos -como debería ser en pos de la objetividad- y sometida solamente al imperio de la ley -con las precisiones hechas en el Estado constitucional-.

Por otra parte, la sentencia C-1040-05 se opuso a una concesión de facultades del Congreso al Consejo de Estado, porque hubiera ocasionado, entre otras cosas, una crisis de legitimidad -pues el Consejo no es elegido popularmente- y una afectación a la supremacía constitucional, ya que los actos expedidos por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa serían ajenos al control constitucional de la Corte. Consideramos que en estos casos la Corte Constitucional, que tampoco es elegida directamente por el pueblo, poco puede opinar al respecto. Aunque tiene funciones clarísimas de guarda del texto constitucional, sigue siendo un poder constituido que debe sujetarse a él. Curiosamente, haciendo referencia al artículo 120 de la Carta Política, que determina que ninguna autoridad del Estado puede adelantar labores diferentes a las que se le han asignado constitucional y legalmente, disciplinó la Corte al Congreso de la República y al Consejo de Estado apelando a la defensa del control judicial

como manifestación de la supremacía constitucional, pero también ignorando la competencia asignada a ella en los casos de control de la reforma. Es decir, la decisión de fondo del caso no es compatible con la manera de la que la Corte se vale para poder llegar a tomar decisiones.

Teniendo en cuenta que de la separación de poderes depende en gran medida la toma de decisiones, es normal que en torno a ella siempre encontremos discusiones. Llama poderosamente la atención el comentario de la Corte Constitucional en la sentencia C-332-17, respecto de la hipertrofia del poder presidencial en América Latina. Este es un aspecto plenamente conocido y es una premisa aplicable al caso colombiano. En ese sentido, podría pensarse que una forma de contrarrestar el poder desmedido de la rama ejecutiva apareja el fortalecimiento de las competencias del Tribunal. De hecho, la sentencia C-141-10 funge como ejemplo de esfuerzo político por la defensa de la separación de poderes. Lo que no entendemos es por qué no se ha pensado en una probable concentración de poder en la rama judicial. El reproche de la defensa de la separación de poderes en estos términos se fundamenta en que al ser justamente un intento político y no jurídico, no existen mayores posibilidades de control del órgano que se entiende llamado a controlar, por lo que también puede llegar a convertirse en un poder con fuerza incontenible.

Fioravanti (2001) refiere que la democracia constitucional representa un esfuerzo por reconciliar dos tradiciones que recorrieron caminos casi que opuestos, equilibrio que se logra al imponer límites a la actividad política representada en el legislador y el gobierno, pero también al consagrar el control de constitucionalidad. Sin embargo, expone el profesor italiano que la estabilidad no está del todo asegurada, pues son evidentes las tensiones entre los protagonistas de las actividades que acabamos de mencionar. Afirma que “el mantenimiento y la progresiva consolidación del equilibrio presupone que los unos no adviertan la tentación de invadir el campo de los otros, y viceversa” (p. 164). Es decir, parecería que mientras exista Estado Constitucional, las tensiones siempre serán inevitables, y por tal motivo, la separación de poderes estará en un eterno debate e inclinada hacia una de las ramas del poder público. Aunque refiriéndose a los derechos fundamentales, dicen Meza y Gómez (2000) que:

Esta función supletoria (si la podemos llamar así) ha sido desarrollada de manera bien intencionada pero en desmedro de la propia democracia: no se justifica que se salve a la Constitución sacrificando uno de sus principios "el de separación y colaboración de poderes" (garantía del control del mismo), antes debería buscarse un balancing de éste

con el principio de la prevalencia y defensa de los derechos fundamentales. Es evidente que de la ponderación que de ellos ha hecho nuestra rama judicial, esta última ha tenido precedencia y mayor importancia, pero dejando como resultado final la ausencia de conveniente control a las decisiones judiciales. (Meza y Gómez, 2000, p. 213-214).

Para finalizar, anotaremos que si bien no es sostenible una separación de poderes rígida como se intentó en algún tiempo, el modelo de *checks and balances* no demuestra un alto grado de confiabilidad o de eficacia, al menos en Colombia. Es decir, aunque efectivamente la Corte Constitucional ha logrado poner freno a muchas normas que acrecentaban el poder de la rama ejecutiva en perjuicio de la legislativa -por ejemplo-, queda en el ambiente una sensación de que el equilibrio ya no es tan perfecto.

No es exagerado al menos pensar que hoy nos encontramos frente a un super-poder: el de la Corte Constitucional. Su aparente última palabra en asuntos de reforma le confiere un estatus que llega estar, a veces, en contra del mismísimo poder constituyente. Podría pensarse que tal vez, previendo una situación de este tipo, el constituyente de 1991 intentó delimitar claramente su competencia delimitándola a asuntos muy específicos. ¿El hecho de que la Corte Constitucional en algunas ocasiones haya resultado victoriosa en algunos temas -diferentes a la reforma- la faculta para que, en nombre de la democracia, acumule para sí un poder que debería compartir?

CAPÍTULO III: CÓMO FUNCIONA LA DEMOCRACIA: LAS REGLAS SOBRE PROCEDIMIENTOS.

En el capítulo anterior vimos que la separación de poderes cumple varios propósitos; entre ellos, el de asignar a cada órgano una serie de funciones para desarrollar. Entonces, tan importante es saber quién va a cumplir tal encargo, como conocer cuáles son los medios o reglas de los que se valdrá para hacerlo, con el objetivo de tener certeza sobre la corrección de determinados procedimientos. Por dicha razón, en este capítulo nos ocuparemos de las reglas en la democracia, haciendo primero unos comentarios generales sobre ellas -incluyendo sobre todo aquellas que ayudan en la formación de la voluntad de las Cámaras-, para en segundo término ocuparnos del tratamiento que la doctrina²⁵ ha dado concretamente de las reglas de reforma, mencionando también los límites que deben tenerse en cuenta para llevarla a término.

De las reglas en términos generales: Es importante aclarar que las reglas son transversales a cualquier asunto que pretenda tramitarse por la vía democrática, pues están previstas para casi todas las actuaciones. Son, según los autores contemporáneos, el núcleo de la democracia, pues gobiernan procedimientos de cualquier índole, incluyendo la adopción de decisiones que tienen que ver incluso con derechos fundamentales. Funcionan a la manera de vehículos. Por tal motivo, y con la intención de permanecer en el ámbito de la reforma constitucional, hemos decidido pronunciarnos en este capítulo, a mayor profundidad, sobre las reglas de reforma, que fueron mencionadas someramente en el primer capítulo de la monografía, aunque aclaramos que conceptos o situaciones descritos en este acápite pueden ser perfectamente aplicables a otros capítulos del escrito.

Pese a la elección hecha, es imposible dejar de lado algún comentario introductorio sobre la importancia de contemplar unas reglas básicas para la existencia de la democracia. La Corte, en la sentencia C-153-07²⁶, nuevamente intentando justificar su competencia, afirma que el parámetro de constitucionalidad de los actos reformativos está dado no solamente por las

²⁵ En este capítulo, la discusión sobre las reglas de reforma es acometida directamente desde el ámbito doctrinal, ya que los artículos de la Constitución que se ocupan del tema fueron mencionados al inicio del trabajo.

²⁶ Se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial), el párrafo 2 del artículo 1 y los párrafos transitorios 2 y 3 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el art. 48 de la Constitución Política. La reforma eliminó algunos regímenes pensionales especiales, limitó la recepción de mesadas a trece por año, y permitió solo hasta julio del año 2010 la vigencia de pactos, convenciones o laudos con condiciones pensionales diferentes a las de carácter legal.

disposiciones de rango constitucional, sino también por las reglas conducentes a la formación de la voluntad del Congreso. No se trata, en concepto del Tribunal Constitucional, de ritos vaciados de contenido, sino de la sujeción a procedimientos que buscan proteger la deliberación y la transparencia. Es más específica la sentencia, como se expone a continuación:

Sin embargo, no puede exigirse al Congreso el cumplimiento de normas que no están directamente relacionadas con el trámite legislativo o que no tienden a satisfacer directamente los principios sustanciales mencionados: el principio democrático o de mayorías, el principio deliberativo, la transparencia y los derechos de las minorías. Si se respetaron los trámites conducentes a la defensa de estos principios y la voluntad constituyente expresada en el acto legislativo fue el fruto de una deliberación democrática y transparente que no sustituye la Constitución, nada puede objetar el juez constitucional. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-153-07).

Podría pensarse, en sana lógica, que el único filtro que debe superar el acto es que haya sido producido de acuerdo a las reglas que gobiernan su aprobación, y de ahí la expresión “vicios de procedimiento” que se repite constantemente en el artículo 241 de la Constitución. De lo dicho se entiende que la observancia de las reglas es, en principio, lo que garantiza que la decisión tomada sea válida, independientemente del fondo. Se sigue de esto que el poder de reforma no está obligado a cumplir requisitos adicionales. Sin embargo, la Corte Constitucional, por vía interpretativa, ha ampliado el parámetro de constitucionalidad incluyendo otras reglas que deben ser tenidas en cuenta. La sentencia C-551-03 fue tajante en afirmar que no es viable una interpretación literal del artículo 241, y esto es así porque los artículos del Título XIII, si bien no remiten expresamente a otras disposiciones, para su cabal entendimiento sí requieren una lectura conjunta, o lo que es lo mismo, una interpretación sistemática de la Carta Política, teniéndose en cuenta hasta “los propósitos pretendidos por el constituyente”. Hasta este punto, se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el baremo ha alcanzado otra categoría, incierta y probablemente desbordada: la de los deseos no escritos del constituyente como reglas a tener en cuenta para el trámite y posterior evaluación de la reforma. Textualmente dijo la Corte Constitucional, refiriéndose a la ley 793 de 2003, enjuiciada en esta sentencia:

[...] la restricción del artículo 379 superior no implica que la Corte no deba tomar en consideración las otras normas constitucionales, que sean relevantes para examinar la regularidad del procedimiento de aprobación de un referendo para reformar la

Constitución. Y en particular, en relación con una reforma por vía de referendo, en la medida en que el proyecto a ser sometido al pueblo debe estar contenido en una ley, es obvio que las normas constitucionales y del Reglamento del Congreso que regulan la formación de las leyes son en principio relevantes, sin perjuicio de que la naturaleza especial de la ley de referendo pueda implicar ciertas especificidades en su procedimiento de aprobación. Y de otro lado, este acto de reforma por referendo implica la utilización de un mecanismo particular de participación ciudadana y popular –como es precisamente el referendo–, por lo que la Corte deberá tomar en cuenta no sólo las normas constitucionales que regulan esta figura sino también, en lo pertinente, la Ley 134 de 1994, o LEMP. Estas disposiciones forman entonces el parámetro normativo de referencia para enjuiciar la regularidad del procedimiento de formación de la Ley 796 de 2003. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-551-03).

Es decir, dependiendo del tipo de acto que se estudie (acto legislativo, Asamblea Nacional Constituyente o referendo), los indicadores para analizar la reforma varían, saliendo incluso del rango constitucional. Aunque es cierto que en sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha manifestado sustentar algunas decisiones con el bloque de constitucionalidad, no deja de ser curioso que una norma contentiva de una reforma constitucional, con carácter superior, sea enjuiciada incluso teniendo como referente leyes. Este es un ejemplo que permite vislumbrar el impacto de la ampliación del control constitucional.

La sentencia C-141-10, específicamente importante para el entendimiento normativo de la democracia, recalca que los autores contemporáneos se decantan por una noción mínima de la misma, llegando a catalogarla como un “conjunto de reglas de procedimiento para la adopción de decisiones colectivas que no dice nada sobre el contenido o resultado de las mismas” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141-10). El fin que persiguen estas reglas es valioso, pues según Carlos Santiago Nino, citado por la Corte en la providencia:

[...] [e]l procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. Estas reglas no son arbitrarias sino que están diseñadas para maximizar el valor epistémico de aquel proceso (...) este valor depende de varios factores, incluyendo la amplitud de la participación en la discusión entre aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome; la libertad de los participantes de poder expresarse a sí mismos en una deliberación; la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación

se lleva a cabo; la satisfacción del requerimiento de que las propuestas sean apropiadamente justificadas; el grado en el cual el debate es fundado en principios en lugar de consistir en una mera presentación de intereses; el evitar las mayorías congeladas; la extensión en que la mayoría apoya las decisiones; la distancia en el tiempo desde que el consenso fue alcanzado y la reversibilidad de la decisión. Las reglas del proceso democrático tratan de asegurar que estas condiciones sean alcanzadas en el máximo grado posible con el objeto de que las leyes que se sancionen resulten ser guías confiables para conducir a principios morales.

Son tan importantes las reglas, que incluso el mismo pueblo soberano está anclado a ellas. Refiriéndose al mecanismo del referendo, que era el tema que la convocaba en la sentencia que comentamos, la Corte Constitucional citó a Marthe Fatin-Rouge Stefanini²⁷, para dejar claro que las reglas constitucionales son importantes, pues cumplen la función de brindar equilibrio al sistema. La inobservancia de éstas, con mecanismos como el estudiado, por ejemplo, podría conducir a la destrucción misma del Estado. Complementa el autor que, si bien la soberanía popular tiene sus momentos gloriosos, y podría pensarse que su fuerza es incontenible, no enteramente aceptable esa idea actualmente, pues con la proscripción de la arbitrariedad -en todos sus ámbitos- también aparece la necesidad de compaginar la soberanía con otros principios, sin dejar de lado la legalidad ni la legitimidad. Refuerzan el argumento Giovanni Sartori (en *Qué es la democracia*), Jeremy Waldron (en *“Deliberación, desacuerdo y votación”*) y nuevamente Nino (específicamente en *La Constitución de la democracia deliberativa*). Todos ellos permiten a la Corte concluir que las reglas -incluso la de la adopción de decisiones por mayoría- no son, en sí mismas, superiores a los procedimientos justamente ideados para permitir la manifestación popular. En esto consiste el concepto normativo de democracia: en la integración del elemento conceptual a su definición. En palabras del mismo Tribunal: “las formas son un componente sustancial del proceso de toma de decisiones. Para la Sala resulta necesario enfatizar que los fines democráticos no son independientes del procedimiento mediante el cual se llevan a cabo” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141-10).

Habiendo mencionado de forma genérica la necesidad de las reglas para el funcionamiento de la democracia, veamos a continuación, pero esta vez de la mano de la doctrina, unas reglas particulares e indispensables en el entramado constitucional: las reglas de reforma. Son tan

²⁷ Stefanini, M. (2004). *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnell*. París: Editorial Económica.

importantes estas reglas, que Albert y Emrah Oder (2018) las catalogan como el camino para construir -digamos reformar- o destruir una Constitución: allí radica su dualidad.

Reglas sobre la reforma constitucional: Estando precisadas las características y naturaleza del poder constituyente, en este acápite proponemos una crítica a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de las reglas de reforma. Hasta el momento hemos insistido en que el constituyente de 1991 no impuso límites materiales a la reforma. Sin embargo, el Tribunal colombiano sí ha encontrado unos límites que deben ser respetados por el constituyente secundario. Por tal razón, y si bien la Corte no ha incursionado propiamente en una definición de los tipos de límites, es conveniente exponer cómo se han clasificado estos doctrinalmente, con el propósito de ampliar el horizonte de la discusión.

Es lógico que el poder constituyente imponga límites al poder constituido como una manera de asegurar mínimamente dos aspectos: primero, la protección o garantía de su obra; y en segundo lugar, la supremacía de la Constitución vigente. Señala Ramírez (2003) que la figura del límite se aplica a la reforma constitucional en sí misma, o sea, “el poder de los órganos constituidos de cambiar o modificar el producto del ente constituyente” (p. 56).

La existencia de los límites se justifica ante la necesidad de actualización de los textos constitucionales sin que estos se vean expuestos a la destrucción. Sin embargo, es en el campo de la reforma donde se evidencian tal vez las mayores tensiones entre el elemento democrático y el de supremacía de la Constitución, pues los preceptos de esta última tienen fuerza vinculante sobre el órgano reformador, que puede ver restringido, en su leal saber y entender, su margen de actuación. Por tal razón, la pregunta sobre qué puede ser reformado, por quién y cómo, necesariamente nos lleva al camino de los límites a la reforma constitucional.

Clasificación de los límites a la reforma: Siguiendo a José María Sauca, citado por Ramírez (2003), los límites se clasifican de la siguiente manera:

- a. Temporales: Buscan asegurar por un período la obra del constituyente, y en consecuencia, no admiten modificación alguna, cerrando la puerta al componente democrático. Esta situación paradójicamente se puede volver en contra de la misma Constitución y poner en riesgo no solo su estabilidad, sino la de todo el sistema jurídico al que da base, que con el paso del tiempo puede tornarse obsoleto.

Con el paso del tiempo, las cláusulas de perpetuidad para todo el texto han tendido a caer en desuso. Sin embargo, todavía hasta el siglo XX algunas Constituciones siguieron incluyendo límites temporales por un período determinado para ciertas disposiciones.

- b. Circunstanciales: Restringen la posibilidad de reforma en algunos contextos complejos que no propicien el diálogo democrático.
- c. Lógicos: Ramírez (2003) explica estos límites exponiendo lo que llama “la paradoja de Alf Ross” (p. 62). El filósofo afirmó que, si una Constitución contenía reglas para su propia reforma, estas no podrían ser modificadas por el órgano al que iban dirigidas. Por este motivo, las normas de procedimiento son la piedra angular de todo el sistema jurídico. Otra solución que encuentra Ross se apoya en la delegación de competencias, “es decir, de una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella” (p. 65).

Merkel también se refirió a los límites lógicos, pero desde la perspectiva de la derogación de las normas. Si en un sistema cada norma tiene su propia norma de derogación, las de reforma son las correspondientes al resto de disposiciones constitucionales. En ese sentido, por jerarquía normativa, “no es hacedero encontrar una norma superior que a su vez sirva de fundamento para derogar los preceptos en que se regula el procedimiento de reforma” (p. 67).

- d. Axiológicos: Referentes a los valores. La doctrina los ha clasificado entre extrínsecos e intrínsecos. Los primeros pueden ser entendidos, en concepto de Ramírez (2003), como cláusulas de intangibilidad que impiden la modificación de los valores que consagran. Normalmente hacen referencia al régimen democrático, aunque en los últimos años se han incluido circunstancias o aspectos que, por ser considerados débiles, la única posibilidad de defensa se encuentra en el amparo constitucional, como por ejemplo, los derechos fundamentales, el Estado social de derecho, forma de organización territorial o algún tipo de ideología religiosa.

En lo tocante específicamente al régimen democrático, por los tiempos de la soberanía constitucional compartida en Europa, paradójicamente se estipularon disposiciones que

buscaban proteger la democracia, alusivas a la forma de gobierno. El ejemplo no es ajeno a la tradición jurídica colombiana, pues como informa Ramírez:

En constituciones como la colombiana de 1830, en su artículo 164 se consagraba que: “el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la reforma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable” (2003, p. 73).

Avanzando aún más, llama la atención el caso de Portugal, que dota de contenido, desde el mismo texto constitucional, elementos que se entienden como integradores del principio democrático y por tal motivo son cláusulas de intangibilidad. Expone Ramírez que son: derecho al sufragio, pluralidad política, existencia de partidos políticos, separación de poderes e interdependencia de los órganos.

Para el profesor colombiano, la situación cambia con los límites intrínsecos, debido a la especial consideración que la doctrina les ha mostrado. Así, no se entienden sólo como una cláusula de intangibilidad, sino que su espectro alcanza a irradiar hasta al poder constituyente mismo, convirtiéndose estos límites en garantía del Estado democrático. Por su especial caracterización, este tipo de límites se expondrán en un apartado específico inmediatamente.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha dicho que el poder constituido o poder de reforma no tiene la facultad de sustituir los elementos identitarios, esenciales o axiales de la Constitución aunque no se encuentren señalados como límite, es necesario explicar en qué consisten los límites implícitos. Para tal fin, recurriremos a Roznai (2017), aclarando que este autor no ha sido citado por nuestra Corte, pero a nuestro juicio, trata claramente la definición de este límite y lo asocia a la teoría de la estructura básica de la India, que sí fue mencionada por el Tribunal colombiano en la sentencia C-551-03.

Límites materiales implícitos: origen y teoría: Roznai (2017) rememora que la discusión sobre los límites implícitos al poder de reforma afloró en las tres primeras décadas del siglo XX. En ese momento, la discusión básica académica se centró en si las prescripciones de la Constitución podían ser modificadas aun cuando no se dijera nada sobre ellas.

Las mayores contribuciones americanas de la época se le deben a Arthur Machen, George Skinner y William Marbury. De la unión de lo dicho por los juristas se puede extraer la siguiente idea: La enmienda debe ser verdaderamente eso, una enmienda, mas no la sustitución de la Constitución, cambio radical que solo puede ser liderado por la misma autoridad que profirió la Constitución que pretende enmendarse. Ergo, el poder de reforma no tiene la autoridad para destruir la Constitución.

Sin embargo, hasta mediados de siglo el debate permaneció estancado. En los primeros años de la década de 1950 la discusión retornó con más fuerza, esta vez en India, con la conocida teoría de la estructura básica. La idea central detrás de la teoría es simple: el poder de reforma no es ilimitado, y, por tal razón, no puede destruir la Constitución ni cambiar sus características básicas o identidad.

Estudemos a continuación esta doctrina, que fue citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-551-03, iniciadora de línea jurisprudencial.

Roznai (2017) nos recuerda que la Constitución de la India carece de cláusulas pétreas o irreformables. ¿Qué tuvo que suceder, entonces, para que la Corte Suprema se pronunciara sobre la existencia de límites al poder de reforma? La respuesta es clara: las sentencias fueron la reacción a múltiples intentos de reforma constitucional liderados por los Primeros Ministros, particularmente Indira Gandhi. Veamos, siguiendo al autor citado, cómo fue avanzando la construcción de la teoría.

En uno de los primeros pronunciamientos, exactamente en 1951, la Corte Suprema, en la decisión *Shankari Prasad vs. India*, afirmó que los derechos fundamentales no estaban dentro del ámbito del poder de reforma. Sin embargo, en 1965, la opinión mayoritaria cambió y rechazó la anterior postura.

No fue sino hasta dos años más tarde que comenzó a consolidarse una doctrina sólida, que, lógicamente, “enfrentaría” a Parlamento y Corte en una disputa por la creación y validez del derecho. El caso *Golaknath vs. State of Punjab* confirmó la imposibilidad de reforma de los derechos fundamentales por parte del constituyente derivado, y además empleó por primera vez el término “estructura básica”.

A partir de este momento las fricciones entre poder legislativo y judicial comienzan a ser más notorias. Después de elecciones al Parlamento, el partido de la Primera Ministra se convierte en mayoría y aprueba reformas que establecieron la posibilidad de enmienda de cualquier artículo constitucional, incluyendo los de protección de derechos fundamentales.

La reacción de la Corte Suprema no se hizo esperar y, en *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala* resolvió, nuevamente, que el poder de reforma no incluía la atribución de alterar la estructura básica de la Constitución, en tanto esta era su identidad. Cabe aclarar que ninguna de las sentencias incluyó una lista detallada de los elementos que formaban parte de la identidad constitucional, sino que estos deberían ser resueltos caso a caso. Ahora, lo anterior no fue impedimento para que algunos jueces se pronunciaran en el sentido de conferir tal estatus a algunos elementos, tales como la supremacía de la Constitución, forma democrática de gobierno, federalismo, separación de poderes, secularismo.

Prosigue el autor relatando que en 1975 una Alta Corte invalidó la elección de Indira Gandhi debido a un fraude electoral. El recurso de la Primera Ministra fue la declaratoria de un estado de emergencia que le permitió al Parlamento promulgar reformas que estipulaban lo siguiente: tanto la declaración de la emergencia como las leyes dictadas en su amparo gozaban de inmunidad ante la revisión judicial; y en segundo lugar, se prohibió a las Cortes pronunciarse sobre elecciones de Presidente, Vicepresidente, Presidente del Parlamento y Primer Ministro. Cuando la apelación de Gandhi tuvo que resolverse ante la Corte Suprema, la doctrina de la estructura básica quedó en firme, y se añadieron nuevos argumentos al afirmarse que, con la exclusión del control judicial, se violaban tres elementos fundamentales del constitucionalismo: elecciones democráticas transparentes, igualdad y separación de poderes.

Sin embargo, los intentos del Parlamento no quedaron ahí. En 1976 la enmienda aprobada estipuló que ningún acto reformativo podría ser estudiado por la Corte y que, para mayores claridades y certezas, no existirían límites algunos al poder de reforma. Es decir, el mismo reformador decide desatarse de cualquier posible ligadura y, además, se protege a sí mismo al impedir que sus actuaciones puedan ser vigiladas. La situación no fue resuelta sino en 1980, cuando el Tribunal, en *Minerva Mills Ltd. vs. Union of India* expuso que el mismo Parlamento no podía convertir su poder constitucionalmente limitado en un poder absoluto. De aceptarse lo propuesto por el Parlamento, se tendría que aceptar también que él puede situarse por encima de la Constitución. Esta sentencia fue definitiva para la consolidación de la doctrina, que de ahí

en adelante siguió aplicándose en otros casos y, en consecuencia, se fue ampliando la lista de principios que identitarios de la República, incluyendo los que son básicos de las democracias liberales: supremacía constitucional, Estado de derecho, separación de poderes, control judicial, dignidad humana, elecciones limpias y justas e independencia de los jueces.

Como puede verse, el trasfondo de la doctrina no ha sido otro que la defensa de la Constitución frente a las arbitrariedades no solo del Poder Ejecutivo, sino también del Judicial que muchas veces actúa como un apéndice del primero. La Corte Suprema no tenía una alternativa diferente a la de pronunciarse sobre las reformas que ponían en riesgo todo el sistema jurídico de un Estado casi que recién independizado y cuya República apenas florecía.

Comentarios generales sobre la construcción jurisprudencial del concepto: Como comentario general a la postura de la Corte Constitucional frente a las reglas en la democracia, es curioso que se cite a Carlos Santiago Nino, al menos en la sentencia C-141-10. En un veredicto que se fundamenta en gran medida sobre la importancia del acatamiento a las reglas, es significativa la alusión a este autor, pues de la lectura de sus ideas sobre la democracia, pareciera que el fondo de lo discutido en los debates puede ceder ante la forma.

Y, es que para el tratadista, lo más valioso de la democracia es el proceso detrás de ella, en el que a través del diálogo pueden participar todas las personas interesadas en la discusión o que se verán afectadas por una decisión. Como es imposible que todas las personas puedan participar directamente en la toma de decisiones, Nino afirma que la regla de las mayorías puede servir para tal propósito, pues además de permitir la participación en pie de igualdad, si se siguen ciertos requisitos, este mecanismo conduce a aceptar la democracia deliberativa epistémica como el procedimiento más confiable para la toma de decisiones. Las condiciones son estas: que los interesados puedan participar en las fases de la discusión y decisión, que lo hagan en base de igualdad y libremente, que los intereses expresados tengan razones genuinas detrás, que la dimensión del grupo maximice la posibilidad de un resultado correcto, que no se aislen las minorías, que la composición de estas y las mayorías varíe dependiendo del asunto a tratar, y que los participantes no estén bajo la presión de emociones extraordinarias.

Para el argentino, *a priori* no existiría una incompatibilidad entre elementos que pueden catalogarse como valiosos en un Estado constitucional y el proceso democrático. Poniendo el ejemplo de los derechos, el jurista plantea que “el valor del proceso yace en producir los

resultados que son presumiblemente valiosos” (1997, p. 190). Siguiendo esa lógica, cabría preguntarse si cualquier resultado puede tenerse como correcto si se ha seguido el procedimiento prescrito para la discusión.

Si bien Nino es opositor de la revisión material de las leyes -hagamos la equiparación, hasta donde sea posible, con los actos reformativos-, contempla excepciones a su idea. Entre las excepciones a la negativa de intervención del Tribunal, está precisamente el desacato de las reglas establecidas y que a manera de ejemplo se han mencionado aquí, cuyo nivel de satisfacción justificará en mayor o menor medida el análisis de la Corte. Es decir, si bien la discusión colectiva es importante y puede tener mayor posibilidad de encontrar soluciones “correctas”, todo dependerá del grado de satisfacción de lo que el autor ha considerado unos presupuestos básicos. En el caso concreto de la sentencia C-141-10, al menos en lo que respecta a la verificación del cumplimiento de las reglas como habilitantes de la discusión democrática, la actitud de la Corte Constitucional es coherente. Se demuestra que la mera existencia de reglas no da pie para confiar, automáticamente, en la existencia de un proceso democrático juicioso. No cabe duda de que el Tribunal colombiano es exigente si de lo que se trata es de evaluar la sujeción de los órganos constituidos a las reglas que dirigen sus actividades.

Sin embargo, es contradictorio que la Corte Constitucional hable de la importancia de las reglas constitucionales para mantener el equilibrio del sistema jurídico, cuando ella, ignorando reglas de juego claras, se posiciona como un ente capaz de estar incluso sobre la misma Constitución. Esta actuación nos lleva a cuestionarnos sobre la definición misma de la democracia, y en este punto tendremos que hacer una referencia obligada a Bobbio (1986), autor citado por la Corte en la C-141-10 para señalar que uno de los propósitos de la Constitución de 1991 fue hacer más real la democracia. Dice el doctrinante italiano que una de las formas de identificar la democracia, en oposición a otras formas de gobierno, es la existencia de reglas que establecen quién debe tomar las decisiones colectivas y los procedimientos de los que debe valerse. Estas reglas preliminares son las que disponen cómo habrán de desarrollarse todas las actividades. Si entendemos que la Constitución no es un texto cualquiera que porte prescripciones que no estén llamadas a cumplirse, es necesario pensar en el acatamiento del artículo 241 por parte de la Corte.

Pareciera que la Corte Constitucional es portadora de una superioridad que le permite escapar a su posición de destinatario de reglas, pero paradójicamente sí se autoproclama como

genitor de éstas, designando límites al poder de reforma, límites que, si bien podrían calificarse de implícitos, no dejan de ser polémicos debido a la forma en que son identificados por el Tribunal.

Intentando justificar este proceder de desconocimiento de unas reglas, pero, de creación de otras tantas a la luz de la democracia, Albert y Emrah (2018) exponen que en las democracias constitucionales muchas veces se reconoce la imposibilidad de enmienda sobre ciertos asuntos sin que esta prohibición se encuentre explícita en el texto constitucional. En estos casos, la identificación o declaratoria del límite proviene del intérprete autorizado de la Constitución. De esto se deriva que se fundan en la figura de la Corte el autor constitucional y el intérprete de la obra.

A pesar de que en algunas circunstancias la Corte Constitucional ha intentado restringir su poder evitando pronunciarse sobre ciertos asuntos, consideramos que poca importancia tiene esto cuando se desconoce una garantía como lo es el acatamiento de las reglas que a ella se refieren. Parece que la discusión sobre las reglas va en un solo sentido, el del resto de poderes públicos. Por esta causa, a continuación, nos referiremos a la deliberación legislativa, que es uno de los escenarios en los que mayor importancia adquieren las reglas.

CAPÍTULO IV:
DELIBERACIÓN LEGISLATIVA: CONDICIÓN *SINE QUA NON* PARA LA
DEMOCRACIA.

En este capítulo nos enfrentaremos al órgano que mayores reparos puede hacer a la Corte Constitucional por el ejercicio de control: el Congreso de la República. Teniendo en cuenta que el mecanismo más utilizado en Colombia para reformar la Constitución es el acto legislativo, los pronunciamientos de la Corte pueden entenderse como dirigidos a este órgano de representación popular, no solo para invalidar sus actuaciones, sino también para recalcar la relevancia de su definición como un lugar en que pueden reunirse varias posturas políticas y sociales, por lo que el mantenimiento de este ideal y la existencia del debate como mecanismo para expresar las ideas se convierten en la razón de ser del procedimiento democrático. Veamos pues, a continuación, cómo ha entendido la Corte Constitucional el papel de la deliberación y su conexión con el principio democrático.

Hasta este punto es posible tener claro que, ante la imposibilidad de manifestación directa del pueblo todo el tiempo, se busca la manera -al menos teóricamente- de que las inquietudes del conglomerado puedan ser tramitadas a través de sus representantes. En la tradición occidental, difícilmente pueda imaginarse un lugar que albergue mayor representación política que el Parlamento, Asamblea o Congreso -y hablamos, de nuevo, al menos desde el plano ideal-

Si se parte de aceptar que no todo puede ser decidido directamente por el soberano, habrá que encontrar un sucedáneo que opere bajo ciertas reglas que permitan exponer y debatir lo que es querido por él en un escenario que también pueda ser vigilado por los directamente interesados.

En ese sentido, la sentencia C-816-04 hace constar que el análisis de los vicios de procedimiento adquiere relevancia al considerar que la soberanía popular se manifiesta en la deliberación y en el respeto a las reglas procedimentales, que persiguen el objetivo de formar la voluntad democrática del Congreso. Es decir, más allá de resaltar que se adopta la posición mayoritaria, lo que realmente es importante es que esa decisión haya sido fruto de una discusión pública en la que hayan tenido oportunidad de participar las minorías. Este es, para la Corte, el

significado de la democracia constitucional, que va más allá de un simple entendimiento del proceso legislativo como una agregación de preferencias. Especificó la Corporación:

En las democracias constitucionales en general, y específicamente en el constitucionalismo colombiano, la deliberación pública y el respeto a los procedimientos en las cámaras no son rituales vacíos de contenido; el respeto a esas formas tienen un sentido profundo ya que ellas permiten una formación de la voluntad democrática, que sea pública y lo más imparcial posible, y que además respete los derechos de las minorías. Las sesiones del Congreso no son entonces un espacio en donde simplemente se formalizan o refrendan decisiones y negociaciones que fueron hechas por fuera de las cámaras y a espaldas de la opinión pública. Sin excluir que puedan existir negociaciones entre las fuerzas políticas por fuera de las sesiones parlamentarias, por cuanto esas reuniones son en el mundo contemporáneo inevitables, sin embargo es claro que las democracias constitucionales, y específicamente la Carta de 1991, optan por un modelo deliberativo y público de formación de las leyes y de los actos legislativos. Por ello la reunión de las cámaras no tiene por objetivo únicamente formalizar la votación de una decisión, que fue adoptada por las fuerzas políticas por fuera de los recintos parlamentarios; las sesiones del Congreso tienen que ser espacios en donde verdaderamente sean discutidas y debatidas, en forma abierta y ante la opinión ciudadana, las distintas posiciones y perspectivas frente a los asuntos de interés nacional. El Congreso es un espacio de razón pública. O al menos la Constitución postula que así debe ser. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-816-04).

Afirma la Corte que uno de los motivos para que se le confíe el control de estos procedimientos, tiene que ver con la importancia del debate al interior del órgano deliberativo, que en países como Colombia, no sólo se regula por disposiciones de jerarquía constitucional, sino que incluye leyes y reglamentos. Asegura el Tribunal que este entendimiento contemporáneo deja de lado posturas que sostenían que la vigilancia de este elemento iba en contra de la separación de poderes, por considerarse una intromisión en la actividad del Congreso, pues la aprobación de proyectos tradicionalmente fue juzgada como un acto interno de las cámaras. Si bien esto parecería una justificación del control jurisdiccional, es una circunstancia que permite demostrar que el centro de la democracia, su razón de ser, es el debate. De ahí que merezca especial protección y adecuada valoración al momento de verificar que se hayan cumplido todas las formalidades que lo regulan.

Siguiendo con la sentencia C-816-04, se entiende que el procedimiento legislativo se vincula al principio democrático, pues permite que las minorías puedan manifestarse en el marco del debate público. Entiende el Tribunal que, de la necesidad de comprobar estos requisitos, surge la legitimación para actuar como guardián del procedimiento democrático.

La centralidad del Congreso como órgano o institución que debate, la expuso desde muy temprano, en sede de reforma, la sentencia C-970-04:

Tales consideraciones, además de las referidas a la pretensión de garantizar la amplitud del debate democrático en la definición de temas esenciales, tienen que ver hoy con aspectos tales como la necesidad de mantener a las asambleas legislativas como los escenarios naturales para el tratamiento de los grandes temas nacionales y la adopción de las decisiones más significativas, dotar de transparencia al proceso de decisión política, permitir el ejercicio de un control ciudadano sobre la definición de los asuntos más relevantes para la sociedad y el Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-970-04).

Tan relevante es la existencia del debate como requisito para la aprobación de los proyectos de ley y de reforma, que la sentencia C-1040-05 recordó que al ser esa la oportunidad en donde más fácilmente se concretan las garantías de las minorías, el pluralismo político y la libre participación democrática, es objeto de protección constitucional y en ese sentido existen herramientas de protección jurídica como la acción pública de inconstitucionalidad o incluso la acción de tutela -en casos excepcionales-²⁸. Siendo más vehemente, también afirmó esto la sentencia:

²⁸ Aunque aún no es publicada la sentencia SU-151-21, en el comunicado del 18 de mayo de 2021 la Corte Constitucional confirmó su postura en el tema de la protección constitucional del debido proceso en el trámite legislativo. El congresista Roy Barreras interpuso una acción de tutela en contra de las Mesas Directivas del Congreso por no dar como aprobado el proyecto de acto legislativo 02 de 2017 -que creaba las Circunscripciones Transitorias de Paz-, por no haber alcanzado supuestamente las mayorías necesarias. La vulneración consistió en desconocer la función de la representación congresional, pues la mesa directiva ignoró que el proyecto había sido tramitado y aprobado conforme con las exigencias del fast track, específicamente en lo relativo a la configuración de la mayoría absoluta requerida para la aprobación del mencionado acto legislativo -la confusión en este punto se debió a los acostumbrados casos de congresistas que se encuentran separados de su cargo por la comisión de delitos, por lo que en casos específicos se altera el número total de parlamentarios, impactando de esta manera el cálculo de las mayorías necesarias-. De esta manera, se transgredió no sólo la regla de mayoría, sino también el principio democrático, en la faceta correspondiente al mandato de representación popular que reciben los congresistas.

Según lo ha señalado esta Corporación, el principio democrático, recogido expresamente por nuestra Constitución Política en el preámbulo y en su artículo 1°, se constituye, sin lugar a dudas, en el principio medular del sistema socio-político y en el fundamento nuclear sobre el que se edifica y sustenta todo el ordenamiento jurídico.

Dicho principio está llamado a desplegar toda su eficacia jurídica o fuerza normativa sobre la actividad que cumplen los órganos del Estado y, en particular, sobre la función legislativa asignada al Congreso de la República, al ser ésta, por antonomasia, la forma ordinaria a través de la cual se expresa la representación popular.

Conforme al principio democrático, la propia Carta Política y el Reglamento del Congreso, son los ordenamientos llamados a regular el proceso de formación de las leyes, el cual está inspirado en varios postulados básicos: el principio de las mayorías, el principio de participación política y el principio de publicidad, a través de los cuales se busca garantizar que la ley sea la expresión de la mayoría parlamentaria, adoptada con el pleno respeto de los derechos de las minorías a participar y expresar su opinión en condiciones de libertad e igualdad, y mediante un procedimiento abierto y público, de cara a la sociedad y al país. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1040-05).

Aunque no exista plena certeza de que la existencia del debate implique en sí misma la deliberación, el primero, afirma la Corte, es una manifestación del segundo. Su importancia radica en que encuentra respaldo en la representación popular por la que son elegidos los congresistas. Entonces, la participación deja de ser un asunto eminentemente personal de los llamados a debatir, para convertirse en “expresión de la representación de los ciudadanos”, interesados en que sus posturas políticas puedan ser discutidas.

En términos de representación, el Tribunal reconoce que el Congreso, por su “origen y funcionamiento”, es el más representativo de los órganos de las ramas del poder público. Esto se debe al pluralismo que alberga y porque sus actuaciones deben ceñirse a una serie de reglas orientadas a permitir que las diversas fuerzas se manifiesten. Lógicamente, tan especiales características explican el gran número de funciones importantes que tiene asignadas el Congreso: labor legislativa, reforma de la Constitución, investigación de altos funcionarios del Estado, control político, elaboración del presupuesto nacional. Por su trascendencia, son

actividades que debe adelantar un órgano con legitimidad democrática. Especifica la sentencia C-1040-05 que:

Aunque el principio democrático se manifiesta en todas las funciones del Congreso, interesa a la Corte profundizar, especialmente, en como se concreta tratándose de la labor legislativa. A lo largo de ésta se encuentran muy distintas expresiones del principio democrático, las cuales, verbigracia, abarcan momentos como la reunión, actividades como la participación y decisión, al igual que condiciones como la transparencia. Estas diversas manifestaciones pueden ser agrupadas en tres principios que integrarían, a su vez, el principio democrático en la actividad congresual. De esta manera en el principio mayoritario o de decisión por mayorías, de pluralismo político y de publicidad se puede entender condensado de forma un poco más concreta el sentido democrático que atiende el deber ser del funcionamiento del Congreso (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1040-05).

Entonces, el procedimiento legislativo, siguiendo todas las reglas, vale en tanto es la forma de materializar el principio democrático. Por su parte, la sentencia C-699-16, que adelantó el examen del acto legislativo 01 de 2016, introductorio del fast track, se volvió a resaltar la importancia del Congreso como escenario primero de discusión de los grandes temas nacionales. Denota la Corte que:

La Constitución prevé además que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa “representan al pueblo”, y que el elegido “es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura” (CP art 133). Por tanto, en general, las corporaciones de representación ciudadana están revestidas de legitimidad democrática, y en posición de garantizar la eficacia de la decisión o deliberación ciudadana. Por su naturaleza, los anteriores organismos ofrecen condiciones constitucionales suficientes para garantizar que la expresión popular sea efectiva. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-699-16).

Al ser esta la sentencia que discutía la exequibilidad del mecanismo abreviado de reforma, asunto trascendental para el país, la Corte adujo que cuestiones que requieren “vigoroso debate público” no encuentran mejor lugar de discusión que el Congreso, pues goza de legitimidad democrática y es la encarnación de la representación del pueblo. En este sentido, anotamos que

los asuntos sometidos a reforma también son importantes, por lo que el razonamiento sería perfectamente aplicable a cualquier tema.

Otra disposición del mismo acto legislativo fue revisada por la sentencia C-332-17, donde se siguió la misma línea de resaltar las características del Congreso, el cual, siendo esencialmente representativo, brinda espacios de diversa representación política y social, cuenta con la existencia de reglas de juego previas y actúa en debates públicos. En ese sentido, no se puede limitar la posibilidad de discusión de los congresistas. Estas y muchas otras características hacen, como ya lo había dejado sentado el Tribunal, que se le confíe en gran medida la instauración del sistema jurídico. Por tal razón, intentar usurpar su labor legislativa o de reforma, trasladándose a otros órganos que no llenen todas sus características, sería atentatorio del orden constitucional y desembocaría en un desequilibrio de poderes.

Y es que, concluye la Corte, el Congreso no es un escenario que, en el plano ideal, simplemente se limite a aprobar o desaprobado actos sometidos a su consideración, sino que son de su esencia tanto la deliberación como la posibilidad de expresión y decisión que tengan los diferentes partidos en cada Cámara. Ese es el núcleo mínimo de la función legislativa, imposible de anular. Además, huelga recordar que el voto de estos representantes tiene un valor especial, pues está respaldado por el mandato popular que han recibido de los electores. Por tal motivo, su competencia no puede verse diezmada, pues se atentaría contra el poder legislativo.

Finaliza la Corte Constitucional en esa sentencia afirmando que:

Debe insistirse en que la actividad parlamentaria, a pesar de estar fundada en el principio de mayoría, debe dirigirse hacia la construcción de consensos, los cuales integren las diferentes posiciones que se derivan del pluralismo político. Esto es lo predicable de un modelo democrático como el previsto en la Constitución de 1991, que propugna decididamente por la inclusión de las diferentes posturas políticas, en especial aquellas minoritarias, a fin de lograr decisiones genuinamente democráticas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-332-17).

Comentarios generales sobre la construcción jurisprudencial del concepto: Hablar de la deliberación legislativa nuevamente nos conduce al tema de las reglas en democracia. Recordemos a Nino, citado en el capítulo anterior, en el que se afirmaba que el valor del proceso

radica en que produce resultados presumiblemente valiosos. En la producción de estos resultados ayudan las reglas que contribuyen a que, a partir de la deliberación, se llegue a la formación de la voluntad del Congreso -por ejemplo, su mismo reglamento-.

Un caso por resaltar en este sentido es el de la sentencia C-816-04, que es tal vez un pronunciamiento paradigmático que demuestra la importancia de una deliberación efectiva, pues el acto legislativo que se controlaba fue declarado inconstitucional por un aspecto de trámite relacionado con la discusión y aprobación de un informe de ponencia -recordemos que en la sentencia no hubo acuerdo sobre el fondo del asunto-. Este es un ejemplo perfecto de que las decisiones de la Corte Constitucional pueden ser tomadas siguiendo la interpretación literal del artículo 241, esto es, adelantando un análisis por vicios de procedimiento.

Es que de garantizar que exista la deliberación, ¿no podría pensarse que probablemente se ha agotado la discusión y se han decantado los motivos por los cuales se quiere la reforma? Y de no constatarse una anomalía que implique la declaratoria de inconstitucionalidad del acto, ¿por qué no privilegiar al constituyente derivado? ¿No es más fácil que se delibere en sede de poder constituido y no a nivel constituyente, en el terreno de lo incierto? Curiosamente, la misma Corte en la sentencia C-699-16, afirmó que los cuerpos colegiados de elección directa representan democráticamente al pueblo, y por su naturaleza y legitimidad democrática, tienen condiciones constitucionales suficientes para que la representación sea efectiva. Probablemente, esto nos lleve a considerar si los actos invalidados, más allá de convertirse en una desaprobación al Congreso en sí mismo, involucra un desconocimiento a la misma idea de la representación.

Bernal Pulido (2013) expone que la Constitución colombiana institucionaliza la democracia deliberativa. Dice el autor que pese a que aún hay desacuerdo sobre qué debe comprender este tipo de democracia, se ha entendido que es un sistema que envuelve la legitimidad democrática. Las decisiones que buscan resolver asuntos complejos en el campo de la política y la moral, cuentan con mayor legitimidad si son tomadas desde un procedimiento discursivo. El escenario ideal de este escenario es un debate público en el que se intercambian argumentos, y en donde pueden participar todas las personas directamente afectadas por una eventual decisión, o en su defecto, que lo hagan sus representantes.

En la práctica hemos visto que, pese a que en muchas oportunidades se han seguido las reglas relativas al debate de los actos reformativos, éstos han sido declarados inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional, pero no porque estas reglas hayan sido desconocidas, sino porque el acto aprobado riñe con un elemento identitario del modelo constitucional.

¿Qué valor se le puede atribuir a un proceso deliberativo que, siguiendo las reglas constitucionales y legales pertinentes, concluyó con la aprobación de un acto reformativo que finalmente es declarado inexecutable? Es decir, ¿qué sentido tiene entonces seguir las reglas previstas para la deliberación y cumplir con el procedimiento constitucional para tales efectos?

Para concluir, consideramos que la Corte Constitucional no puede intentar mantener la deliberación de escenarios como el Congreso de la República a salvo, simplemente, del poder ejecutivo. No tiene ningún sentido que en algunos de sus pronunciamientos el Tribunal se empeñe en resaltar unas supuestas virtudes representativas y democráticas del Congreso, pero en otros se comporte como un órgano que se enfrenta directamente a esas mismas virtudes. Es decir, no hay concordancia entre la teoría y la práctica de la Corte. Así, en algunos casos las decisiones del Tribunal también atentan en contra de la libertad que los legisladores -actuando como reformadores- tienen, máxime si han seguido el proceso que delineó el poder constituyente, un procedimiento de reforma que se refirió a asuntos formales que pueden ser conocidos con anticipación. Recordemos que, según la Corte, despojar al Congreso de las funciones que le son inherentes también atenta contra la separación de poderes. Parece que poco puede hacer la Corporación cuando el resultado no le es agradable, pero para llegar a este se cumplieron todas las reglas llamadas a aplicarse.

TERCERA PARTE.
LOS LÍMITES EN DISPUTA.

Estando claro que la Corte Constitucional ha extendido considerablemente su competencia sobre el contenido material de los actos de reforma con el fin de proteger el principio democrático, y que este ejercicio no está exento de escollos, a continuación, en el primer capítulo de esta última sección, intentaremos tender sobre la mesa argumentos orientados a cuestionar o poner en tela de juicio las bondades del análisis constitucional de la reforma. El segundo capítulo contendrá los motivos que justifican una apuesta por el mantenimiento del control sin que ello represente una afrenta al principio democrático por el desconocimiento de sus diferentes elementos integradores.

CAPÍTULO I:
ARGUMENTOS QUE CUESTIONAN EL ESTUDIO DE FONDO DE LOS ACTOS
REFORMATORIOS.

La necesidad de la Corte en un contexto como el colombiano es evidente. Justo por eso, la defensa de la Constitución no debería convertirse, paradójicamente, en la excusa para críticas que pongan en riesgo la jurisdicción constitucional especializada, ganada con la Constitución de 1991.

Desde el inicio de la monografía, vimos que la Corte Constitucional justifica su competencia acudiendo al valioso fin de la preservación del principio democrático. Igualmente, hemos visto que este principio aboga por la existencia de reglas casi que para todas las decisiones que deban ser tomadas; y en ese sentido, no se entienden las últimas como una mera ritualidad que deba seguirse, sino que son vistas como una garantía de que la decisión a la que se llegue ha sido tomada con acuerdo a procedimientos preestablecidos.

Si estamos de acuerdo en lo anterior, lo mínimo que podemos decir, en primer lugar, es que la actuación de la Corte Constitucional ha desconocido las reglas constitucionales sobre el control de la reforma. ¿No contradice esto, al menos preliminarmente, el principio democrático? Es decir, si somos severos, cualquier intento ulterior del Tribunal por justificar su competencia en los términos actuales sería en vano: aunque reconocemos que un estricto cumplimiento de

las reglas no siempre garantiza resultados exitosos y confiables, lo que sí es cierto es que del desconocimiento de las mismas se derivan múltiples problemas, tanto en la naturaleza del control como en la legitimidad del mismo. El artículo 241 de la Constitución de 1991 es claro, y si se lee en su totalidad, demuestra que para normas de inferior jerarquía el constituyente de 1991 contempló control de forma y fondo; en cambio, para los actos reformativos se contempló simplemente el control de forma, por lo que no se puede considerar como laguna el hecho de que a estos actos no se les haya previsto un control de fondo también. Como se ve, no es que el poder constituido pueda reformar de cualquier manera, sino que debe ceñirse a unos límites formales.

Ahora, puede aceptarse en gracia de discusión -como lo haremos- que sí existen límites materiales a la reforma constitucional; pero nadie dijo que esos límites debían ser establecidos, identificados o impuestos exclusivamente por la Corte, ni mucho menos cuáles debían ser esos límites. La pregunta también puede formularse en los términos de Albert y Emrah (2018): cuando el poder de declarar nula -en nuestro caso, inexecutable- una enmienda de origen popular o legislativo recae en una Corte, ¿sobre qué base democrática puede esta resolver que una reforma debidamente aprobada es inconstitucional?

Aquí cabría hablar también de una dificultad lógica. La Corte fue creada por la Constitución y por tal razón deriva de ella su autoridad. ¿Está legitimada, en ciertas circunstancias, para romper la subordinación a ella debida?

En segundo lugar, no son convincentes los argumentos que afirman que con la teoría de la sustitución no se petrifica la Constitución. Albert y Emrah (2018) afirman que con la declaratoria de límites sustantivos implícitos lo que los Tribunales hacen es ubicar algunos temas por encima de la actividad política ordinaria, de nivel constitucional e incluso de la voluntad popular. Aunque la Corte Constitucional ha defendido que con la teoría de los límites competenciales no se trata, en sentido estricto, de rechazar de plano cualquier reforma que recaiga sobre un elemento identitario, es innegable que el ámbito posible de reforma se reduce considerablemente, con sus beneficios indiscutibles, pero también con, al menos, dos riesgos asociados a esta práctica: inicialmente, una disminución en la legitimidad de la actuación de la Corte -con ocasión del estudio de fondo y por el señalamiento de límites no previstos por el constituyente primario-; y acto seguido la activación del constituyente primario como respuesta y solución a la necesidad de algunos cambios.

Relacionado con lo dicho hace un momento sobre una aparición del constituyente primario, consideramos que los mecanismos de reforma son un medio civilizado y jurídicamente regulado que, por paradójico que parezca, dotan de cierto orden las manifestaciones del poder constituyente. En ese sentido, cualquier reforma a adelantar debería contar con mayor amplitud en la discusión. No sería extraño que, ante tantas negativas, el poder constituyente decida manifestarse en cualquier momento, dando origen a un nuevo orden constitucional. Eso sí que sería complejo, pues estaríamos ante un conglomerado con un curso de acción impredecible, uno que hace más de 30 años nos trajo hasta la Constitución que hoy nos rige, pero que perfectamente está en capacidad de conducirnos por otro camino. En ese sentido, también deberían tenerse en cuenta los efectos prácticos de las decisiones.

Como tercera medida, no faltan las opiniones que sostienen la superioridad del Congreso de la República como institución que acoge a plenitud la voluntad general, y que además cuenta con mayores posibilidades de deliberación pública con procedimientos preestablecidos para tal fin. Linares (2008) es más concreto y nos dice que:

[...] los miembros de la legislatura tienen conciencia de ser representantes, es decir, en ocasiones consideran que están para hacer valer las opiniones e intereses de los habitantes del distrito electoral que les eligieron. En otras ocasiones, creen representar a toda la sociedad en su conjunto. (Linares, 2008, p. 68).

Esta es una crítica que alude directamente al principio democrático, pues se funda en la supuesta ilegitimidad de los jueces al no haber sido elegidos directamente por la ciudadanía, situación que incide en una supuesta falta de control o vigilancia sobre su actividad y en la imposibilidad de hacerlos sujetos de rendición de cuentas. Gargarella, citado por Cajas (2004), dice que esta dificultad contramayoritaria surge cuando “el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes” (p. 16).

Además, habría que preguntarse también quién es el encargado de *escribir* la Constitución. Tradicionalmente, el poder constituyente primario y el derivado, en cabeza de los sujetos que ya hemos mencionado. Pero lo que sucede en la práctica es que por medio del ejercicio interpretativo, la Corte “añade” a la Constitución normas que el constituyente secundario no ha dictado, y que peor aún, puede que ni siquiera hayan estado en la cabeza del constituyente

primario. Bernal Pulido (2013) se pregunta por qué, si la Constitución está hecha por el pueblo, debería prevalecer la opinión de la Corte. O lo que es lo mismo: ¿qué tan democrático es que las normas más relevantes en el Estado Constitucional, resulten dictadas por un cuerpo que podría no ser representativo de la sociedad?²⁹. Complementa Bernal (2013) el cuestionamiento afirmando que la Corte puede considerarse como una élite empoderada injustamente, cuya supremacía aristocrática puede resultar fastidiosa para la democracia.

Waldron, uno de los mayores opositores de la revisión judicial de las leyes -en lo pertinente haremos la comparación con los actos reformativos-, citado por Linares (2008), manifiesta que no existen motivos fundados para asegurar, de entrada, que los jueces razonan mejor que otros sujetos que igualmente pueden participar en la discusión. Para Waldron, los Tribunales tienden a dispersar su atención en asuntos irrelevantes, dejando de lado los que deberían ocupar su atención. Asimismo, nada impide que en sus razonamientos los jueces se dejen llevar por intereses igualmente egoístas o cercanos a otras ramas del poder. Por esto, no es acertado señalar la superioridad de los jueces, para confiar a ellos la última palabra en asuntos de constitucionalidad.

Un cuarto comentario, siguiendo a García de Enterría (2014) se orienta a la posibilidad de activismo judicial, y paradójicamente, también a la del desfallecimiento en la labor de los Tribunales. En la parte introductoria de la monografía mencionamos que la controversia

²⁹ Al respecto, resulta sumamente interesante un pasaje de García de Enterría (2014) que ejemplifica la cuestión, y por tal razón, transcribimos *in extenso*: Pues bien, Berger publica en 1977 un libro que renueva, con especial agudeza, el viejo cargo, que luce ya en su título: *Government by Judiciary*, gobierno de los jueces, especialmente dedicado a impugnar la jurisprudencia Warren en materia de segregación racial, en particular en cuanto implica un desapoderamiento del poder regulativo de los Estados. Con talento y con acritud se renuevan aquí todos los viejos cargos: interpretar el texto constitucional en diametral oposición a la intención de los constituyentes (y esto es lo que él juzga más que probado en el caso de la enmienda 14.a) es «reescribir la Constitución»; ¿de dónde deriva la autoridad del Tribunal para revisar la Constitución?; según la elemental doctrina del gobierno limitado, si ese poder no está enumerado en la Constitución es arbitrario e inconstitucional, es una «usurpación descarada»; el Tribunal es verdaderamente una «continua convención constituyente», se ha colocado por encima del Derecho. No discute que la doctrina tradicional en la relación con el pueblo negro, «separados, pero iguales», sea difícilmente compatible con la sensibilidad del mundo de hoy, pero en Derecho, como en moral, el fin no justifica los medios, el costo del sistema constitucional de una tal usurpación es enorme. Y añade: «¿Cuánto tiempo podrá sobrevivir el respeto del público al Tribunal, del cual el poder de éste depende en último extremo, si la gente llega a darse cuenta de que el Tribunal que condena los actos de los otros como inconstitucionales actúa él mismo inconstitucionalmente?» «La nación no tolerará el espectáculo de un Tribunal que pretende aplicar los mandatos constitucionales cuando de hecho los está revisando de acuerdo con la preferencia de una mayoría de jueces que buscan imponer su voluntad a la de la nación». (García de Enterría, 2014, pp. 79-80).

alrededor de estos órganos tiene dos puntos recurrentes, idea que merece ser destacada ahora con mayor plenitud. Primero, el tratamiento de ciertos asuntos que se ubican en la línea delgada entre política y derecho. Esto, en el plano nacional, conlleva a preguntarnos si los problemas políticos que conoce la Corte pueden ser resueltos con métodos tradicionales. El autor español se pregunta lo siguiente: “¿es que los problemas políticos (y los problemas de principio, sometidos a una presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal?” (p. 67). Añadimos: ¿los problemas de naturaleza política, como los que en su mayoría ha debido resolver la Corte, no deberían ser resueltos en otro ambiente de mayor participación?

La cuestión no es menor: en el ámbito de la reforma es en donde mayores posibilidades hay de politización de la justicia, y Roznai (2017) reconoce que es probable que las Cortes, conocedoras de su papel de última autoridad, apliquen selectivamente los límites al poder de reforma -y más cuando son implícitos- para aumentar su poder frente a otras ramas. Esto podría conducir a un desequilibrio difícilmente ajustable, pues ¿cómo se controlan las sentencias de los órganos de cierre, más allá de los propios mecanismos que el órgano haya previsto?

Meza y Gómez (2000) han mencionado que, en términos jurídicos, la humanidad ha pasado por tres dictaduras: la del legislador, la del gobierno, y por último la de los jueces; y así exponen el asunto:

Una vez deslegitimados tanto el legislativo como el ejecutivo le queda a los jueces la tarea de sostener la credibilidad del sistema. Asistimos a una nueva mitificación (o ¿mixtificación?) con la que se considera que los guardianes de la Constitución y de los derechos fundamentales solucionan todo: competencias, contradicciones entre normas inferiores y superiores, relaciones entre particulares: familia, vecindad, culto y religión, educación. (Meza y Gómez, 2000, p. 215).

Como quinto argumento, García de Enterría se pregunta también por el origen de los criterios de decisión de los Tribunales, sobre todo cuando existen lagunas en el texto constitucional o no se constatan en las decisiones una alusión clara a las ideas del constituyente primario -como mínimo-. En nuestro concepto, aun cuando la Corte en las sentencias dedica un largo apartado a explicar no sólo su competencia sino también porqué un elemento es identitario, faltan

argumentos, máxime cuando el Tribunal se comporta *de facto* como reformador. O dicho de otra manera: podría considerarse que sus explicaciones no son tan contundentes porque están vertidas en un test que es fácilmente derrotable. Por ese motivo, habría que hacer también una crítica al método.

Y, es que si la Corte Constitucional está decidida a continuar con el estudio de fondo de los actos reformativos, debe encontrar un camino más fiable para hacerlo si lo que pretende es que sus decisiones, que dicen defender el principio democrático, sean la primera muestra de este. Claramente, el test de sustitución, tal y como está formulado hoy, no es una herramienta que la ayude a alcanzar tal fin.

Mencionamos al inicio del escrito la crítica del magistrado Sierra Porto, misma que alcanzó su mayor punto en la sentencia C-141-10, y se dirige a dos flancos diferenciados. El primero, correspondiente al entendimiento del artículo 241 de la Constitución Política; y el segundo, a la construcción del test de sustitución. Retomemos los argumentos por separado.

En lo que respecta al artículo 241, el magistrado afirma que está fuera de cualquier discusión el sentido natural de exclusión que se le atribuye al adverbio *sólo*. Dar por hecho que los vicios de competencia sean de procedimiento -para que estén cobijados por ese *sólo*- no tiene un sentido lógico, pues es la puerta del camino que conduce a una nueva categoría contradictoria: la de los vicios de procedimiento sustanciales. Apelando a la lógica, ¿no se tratan como opuestos el procedimiento y la sustancia?

En el campo de la metodología, las contradicciones son mayores. No se puede sostener por un lado que la Constitución no tiene límites materiales al momento de ser reformada, pero por el otro afirmar que hay ciertos elementos que operan como límite a este poder. Los límites o existen o no existen. No hay punto medio.

Siguiendo el argumento, es absurdo negar que el ejercicio de contrastación del test no examine el fondo de las normas, cuando precisamente por eso es que se hace: para ver si el contenido de la reforma sustituye un elemento identitario de la Constitución. Complementó el entonces magistrado en la aclaración de voto:

En efecto, la construcción de la “premisa mayor” del juicio de sustitución no es nada distinto a la elaboración de un parámetro material del control a partir del texto original de la Constitución porque con fundamento en el texto constitucional se edifica un marco normativo que servirá para juzgar el alcance de la reforma. Corresponde entonces al juez constitucional identificar cuales son los elementos esenciales de la Carta de 1991, establecer el alcance de dichos elementos esenciales y justificar su carácter esencial como paso previo a realizar el juicio de sustitución. (Corte Constitucional, aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, C-141-10).

Ahora, comentario aparte merece la misma palabra *sustitución*. No sabemos si un test que supuestamente no aborda aspectos materiales, pueda distinguir con precisión la delgada línea entre una reforma y una sustitución sin necesidad de inducir al juez a una labor activa, máxime cuando corresponde a él la delimitación de los elementos identitarios como tal. Además, en la resolución del caso es poco creíble que el subjetivismo no esté presente, sobre todo cuando en casos similares, el fallo es disímil -piénsese por ejemplo en la reelección presidencial-.

En términos de fiabilidad, la herramienta es susceptible de mejorar, pues su diseño, que ha sido explicado en múltiples ocasiones en las sentencias, es contradictorio. Bernal Pulido (2013) afirma que pese a todas las reformulaciones, el test sigue siendo intuitivo. En ese sentido, ha expuesto razones que, en nuestro concepto, son claras y precisas. Aduce el autor que aunque la Corte tiene la carga de (i) identificar el elemento esencial aparentemente sustituido, (ii) cuáles son las disposiciones del ordenamiento en las que se apoya, (iii) explicar por qué este elemento es esencial, (iv) demostrar que el contenido de este no puede ser reducido a una sola cláusula constitucional, (v) evidenciar que el señalamiento de esencial no convierte la disposición en una cláusula pétrea, (vi) probar que el elemento esencial ha sido sustituido por uno nuevo (vii) y que este último es incompatible con el ordenamiento en conjunto y otros elementos esenciales, esto no ofrece mayor garantía, porque sigue sin saberse si un elemento es esencial o no.

Explica Bernal que el último paso del test a lo que conduce es a señalar como identitario un elemento si el nuevo elemento que lo reemplaza es incompatible con otros elementos esenciales. Asimismo, es imposible sostener que un elemento es identitario porque no se encuentra en un único artículo, sino que es constante a lo largo del texto; y para respaldar lo dicho, el profesor trae a colación el ejemplo de la libertad de expresión, mencionada solo en el artículo 20 de la

Carta del 91, pero esencial para el sistema de democracia deliberativa adoptado por la Constitución.

Por si fuera poco, afirmar que un elemento identitario puede ser reconocido porque de reemplazarse por otro, este último chocaría con otros elementos identitarios, implica conocer de antemano cuáles son esos otros elementos. Es un círculo vicioso del que jamás saldrá la Corte Constitucional mientras no se aventure a buscar otro camino que ofrezca mayor credibilidad, lógica y respaldo a las decisiones que tome respecto de los límites a la reforma constitucional. Por estos motivos, la intervención de la Corte, tal como está planteada hoy en día, podría representar inconvenientes para la salud democrática.

Sin embargo, a continuación, debemos estudiar la otra cara de la moneda: aquella que aboga por rescatar las virtudes del estudio de fondo de los actos legislativos, demostrando que son más los argumentos a favor.

CAPÍTULO II: POSICIONES QUE JUSTIFICAN EL ESTUDIO DE FONDO DE LOS ACTOS REFORMATORIOS.

En esta parte final de la monografía, nos centraremos en demostrar que, en ciertas circunstancias, la intervención del Tribunal Constitucional, aunque pueda tener detractores, es necesaria para el aseguramiento de unas condiciones democráticas mínimas.

Para García de Enterría (2014), la cuestión de la justificación de la justicia constitucional depende de si se entiende o no la Constitución como norma jurídica: si se sostiene que no, tendrá categoría de mero acuerdo ocasional, y en esa lógica, no tendría mayor sentido su protección; mientras que si se acepta su valor normativo es dable el establecimiento de límites al poder y aseguramiento jurisdiccional de su eficacia. Entonces, si la Constitución de 1991 en su artículo 4^o³⁰ ha dejado claro que la Constitución es norma de normas, poco hay que decir al respecto.

Una de las mayores críticas que se hacen a la labor de la Corte, se relaciona con eventuales respuestas políticas de su parte, y en lo que a esto refiere, la respuesta es del mismo talante: ¿además de una norma jurídica, nuestra Constitución no se entiende también como un pacto político? ¿No fue una Carta nacida de una petición genuina del constituyente primario, incluyendo algunos sectores sociales tradicionalmente marginados? ¿No fue necesario incluir en ella libertades, derechos, e incluso, artículos de reforma, que en la Constitución de 1886 hubieran sido impensables? Con prescindencia de caso, las Constituciones lo que hacen es eso: regular los elementales aspectos políticos de cualquier sociedad. Ahora, el límite se encuentra en el método de resolución de casos, que, afirma García de Enterría (2014), sí debe ser jurídico.

Para comprender con mayor orden cuáles son los argumentos que apuntan a reforzar la labor de los Tribunales Constitucionales, Roznai (2017) divide la discusión en dos perspectivas. La primera, enfocada en si existen límites en una Constitución; la segunda, en si esos límites pueden ser jurídicamente exigibles a través del control de constitucionalidad. Sobre lo primero,

³⁰ **ARTICULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

y con el propósito de alcanzar un desarrollo efectivo de la Constitución de 1991, tenemos que asumir, después de 30 años de vigencia de la Carta, que existen los límites implícitos.

Entendiendo que no tiene sentido aceptar la existencia de límites pero dejarlos sin mecanismos de defensa nos referiremos al segundo punto. Roznai (2017) expone algunos argumentos que nos permitimos incorporar al debate, no sin antes advertir que estas tesis sólo tienen plena aplicabilidad si se asume que el artículo 241 de la Constitución Política es susceptible de una interpretación sistemática, lo que posibilita el estudio de fondo de las reformas, camino que a su vez permite identificar los límites. Sin embargo, antes de entrar en materia, tendremos que proponer una salida al problema de subordinación que mencionamos en el capítulo anterior, para lo cual el mismo autor nos ofrece una respuesta: la dificultad lógica no existe, porque la Corte, cuando estudia la reforma, se enfrenta a un texto producido por el constituyente derivado, mas no a la misma Constitución obra del constituyente primario, que es de la que deriva su autoridad. Ergo, la revisión comporta un apoyo al poder constituyente, máxime si se entiende que esta lo que busca es el mantenimiento de la voluntad de quienes dictaron la Carta Política.

El primer motivo para desear y apoyar un control de constitucionalidad de las reformas, consiste en defender, por extraño que parezca, la separación de poderes. Comenta el autor citado que tradicionalmente la separación de poderes se ha entendido en un sentido de horizontalidad, dejando de lado la relación de verticalidad que existe en este principio, que es la que soporta la distinción entre poder constituyente primario y secundario. Cuando la Corte respalda las decisiones afirmando que el ámbito competencial del constituyente derivado es reducido en comparación con el del poder constituyente en sentido estricto, protege la separación de poderes. Por esto, es necesario que sea un órgano diferente al reformador el que verifique, tras un acto reformativo, que la separación de poderes permanezca incólume.

En segundo lugar, en los Estados donde se consagra la supremacía de la Constitución, el compromiso no puede ser simplemente nominal. Pero ¿por qué no encargar la tarea de aseguramiento a organismos diferentes a la Corte, como por ejemplo a aquellos de carácter político o social? Roznai afirma que en lo que respecta al poder político, es posible que, aunque este se encuentre consciente de sus límites, no se contenga. Así que no sería razonable delegar la custodia de la Constitución al órgano que constantemente está infringiéndola. El control jurisdiccional de la reforma, más allá de todo, es un mecanismo para mantener los límites del

poder constituyente derivado y asegurar la supremacía de las decisiones del poder constituyente primario.

Un tercer argumento del autor que venimos citando se relaciona directamente con la preocupación principal de la monografía. Es cierto que la labor de los tribunales se enfrenta a una dificultad contramayoritaria, pues muchas veces de las decisiones tomadas se desprende la derrota de la voluntad de las mayorías, que en nuestro caso, habitan en el Congreso la mayor parte del tiempo -teniendo en cuenta que nuestra tradición reciente de reformas consulta más a los actos legislativos que a los otros dos mecanismos previstos-. Roznai nos recuerda que este dilema puede ser solucionado con la teoría del refuerzo a la representación, que afirma que, aunque *prima facie* el control judicial es incompatible con la democracia, las Cortes deberían concentrarse en el proceso político, para llegar a intervenir cuando este falla, o se encuentra bloqueado con el objeto de preservar el *statu quo* y no se permite a las minorías la participación. Es un ejercicio para neutralizar la tiranía de la mayoría. Afirma el autor que las Cortes son las llamadas a cumplir el rol contramayoritario, pues para desarrollar su función no dependen ni necesitan la aprobación directa de las mayorías, por lo que es posible esperar un mayor grado de autonomía. Por lo demás, si el origen democrático de los jueces sigue resultado incómodo, añadimos que puede considerarse la legitimidad de segundo grado de los magistrados, que son electos por el Congreso de la República, que sí tiene elección directa de la ciudadanía.

Para Roznai, está fuera de toda discusión el hecho de que precisamente por la defensa de la democracia en una concepción sustancial, debe aceptarse la intervención de Tribunales ante el fracaso del proceso en instituciones tradicionalmente democráticas. El fallo se encuentra atado a dos circunstancias en la mayoría de los casos: primero, que el órgano encargado de adelantar la reforma haya transgredido los principios básicos de la Constitución; segundo, que la entidad de la falla sea tal que no puede ser corregida por el mismo órgano político. Esto se relaciona directamente con una propuesta hecha por el mismo Roznai (2018), que aunque parecería ir en contra del ejercicio de la Corte, realmente lo refuerza al concederle una menor ilegitimidad: se trata del *judicial restraint*³¹. La declaratoria de inconstitucionalidad de una reforma debería darse solamente en casos extremos y circunstancias especiales -como las fallas que

³¹ La autorrestricción judicial es una teoría de la interpretación que, a grandes rasgos, y como su nombre bien lo señala, propende porque los jueces limiten su mismo poder. En caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma, las Cortes deben mostrar deferencia o consideración a la labor de las legislaturas. Es decir, la actuación severa o la decisión de invalidar disposiciones sólo sería procedente si estas son abiertamente inconstitucionales.

mencionamos- o cuando la enmienda afecta severamente los principios básicos de la Constitución. Ya sabemos que a este último recurso es el que acude la Corte Constitucional para defender su competencia. Sin embargo, inmediatamente Roznai opina que, si las reformas son aprobadas por procedimientos exigentes que tienen varias etapas, inclusivos, participativos, deliberativos y en un lapso aceptable de tiempo, las Cortes deberían optar por la restricción. Al menos en la teoría, el mecanismo de reforma constitucional colombiano de acto legislativo -sin incluir el fast track- implica un trámite de dos vueltas de cuatro debates cada una y en dos legislaturas seguidas, lo que se supone permite mayor posibilidad de deliberación. De aceptarlo, y de apoyar lo dicho por Roznai (2018), habría que esperar la contención del órgano de cierre cuando no están dadas las condiciones para su incursión en el escenario.

A esto podemos sumar también una respuesta a la crítica de Waldron que estudiamos desde la perspectiva de Linares (2008). Los argumentos de Waldron para oponerse a una revisión judicial de las leyes -aplicables igualmente a los actos reformatorios- tienen como presupuesto una sociedad en donde la legislatura funciona “razonablemente” bien, con miembros elegidos popularmente; las instituciones judiciales están ordenadas y sus miembros no son elegidos directamente; la mayor parte de la sociedad, incluyendo las instituciones, está comprometida con los derechos individuales; y finalmente, existe un acuerdo sobre el límite de los derechos. Si bien este es un punto de vista que se centra en la resolución de casos individuales en mayor medida, nos demuestra que los argumentos de Waldron para oponerse a la revisión suponen, como mínimo, el funcionamiento adecuado del órgano que delibera. *Contrario sensu*, si el funcionamiento no es adecuado, no se puede seguir sosteniendo una postura de deferencia hacia él, que lo ubique por encima de otros órganos que podrían tener la última palabra en asuntos de reforma. ¿Las condiciones descritas por Waldron se cumplen en nuestro país? Es casi seguro que no, al menos en lo que respecta al poder legislativo.

Consideramos que estos últimos pueden ser los argumentos por excelencia, en el caso colombiano, para defender el control constitucional de fondo de las reformas, sin que ello se convierta en una crisis de legitimidad democrática. Sin entrar en discusiones que podrían tratarse mejor por otras ciencias, es innegable que un entendimiento medianamente juicioso de la realidad política da cuenta de un descontento generalizado hacia instituciones como el Congreso de la República, al menos en la relación elector-elegido, por lo que habría que cuestionar si sigue vigente o se materializa en la práctica la idea de que el Congreso es el depositario por excelencia de la voluntad popular y acoge la mayor representatividad social.

Dworkin, citado por Linares (2008), si bien no cuestiona directamente la idea de la representatividad de los parlamentarios, sí considera que en el escenario legislativo, aunque la calidad del debate puede ser alta, no es la regla general, y suponiendo que lo sea, tras él se pueden esconder razones políticas, por lo que el ambiente de deliberación de las Cortes puede ser el lugar propicio para tratar los asuntos constitucionales. Entendiendo que este no es un argumento de recibo total, lo que sí es innegable es que en los casos de delegación -del constituyente primario al derivado- existe la tentación de abusar de los poderes conferidos. Además, cuando nos enfrentamos a un poder de reforma que sostiene estrechos vínculos con el poder gubernamental, es factible considerar que el primero esté al servicio del segundo, por lo que los asuntos constitucionales pueden quedar inmersos en relaciones políticas. Afirma Roznai (2017) que específicamente en democracias débiles, la revisión de las enmiendas es valiosa para proteger justamente la democracia y evitar que el poder se torne en autocrático. De hecho, Hirschl (2016) refuerza de manera conveniente esta aseveración, pues además, incorpora el asunto específico del uso de fuentes extranjeras para justificar decisiones de los Tribunales de determinado país:

Varios estudios sugieren que dicho uso de fuentes extranjeras de parte de democracias nuevas o volátiles puede encaminarse a asegurar (locking-in) o exhibir un compromiso con ideologías liberales o democráticas y ciertas preferencias políticas en particular en periodos de transición política o de incertidumbre relativa al futuro de la democracia en determinada comunidad” (Hirschl, 2016, pp. 158-159).

Técnicamente, la colombiana no es una democracia nueva. Respecto de las transiciones políticas, podría afirmarse que la Constitución de 1991 supuso un intento por ello, pero la doctrina de la sustitución, traída de India, sólo apareció en el discurso judicial colombiano en el año 2003 -como vimos, hasta antes de la C-551-03, la Corte Constitucional fue constante en negar el estudio de fondo de la reforma o de proclamar la existencia de límites implícitos-. No obstante, en el capítulo en el que hablamos del contexto en el que apareció esta nueva línea, sí pudimos observar que existieron motivos fundados de la Corporación para suponer que en el futuro tendríamos serias dificultades democráticas si su actuación no era urgente. Issacharoff (2016) afirma que “Si las cortes identifican con claridad la amenaza central que representa la consolidación del poder, pueden invocar las más altas aspiraciones del ordenamiento constitucional” (p. 211). Por eso pudo haberse recurrido a la doctrina extranjera, con el

propósito de justificar su decisión. Carlos Bernal (2013) incluso alcanza a catalogar el control judicial de los actos reformativos como un nuevo control político, teniendo en cuenta que instituciones como el Congreso poco han hecho ante la acumulación del poder en manos de una de las ramas del poder público.

Por otra parte, curiosamente en el capítulo anterior sobre cuestionamientos al control de constitucionalidad a la reforma, mencionamos que la existencia de límites implícitos -que en la práctica tienden a funcionar como cláusulas de intangibilidad-, podría provocar la aparición del constituyente primario. Esa posibilidad de “episodio revolucionario” también aparece aquí, esta vez para señalar que la existencia de límites no impide el cambio constitucional, sino que simplemente elimina la posibilidad de la reforma como mecanismo de modificación de ciertos asuntos, obligando a que sean tramitados directamente por el constituyente primario, dejando abierta también la posibilidad de negociación de otros temas. Siendo así, la Corte ya no tendría la última palabra y quedaría resuelta de esta manera la incompatibilidad entre la soberanía popular y el control judicial de fondo.

Un argumento transversal a todos los que acabamos de exponer, y que se puede convertir en un punto intermedio, apunta a aceptar que, aunque la Corte Constitucional no tiene una legitimidad directa y por tal razón es probable que no albergue gran representatividad, el valor de sus decisiones se puede compensar por la especialidad de los jueces constitucionales frente a los casos que deben resolver. Claramente, esto sí y sólo si estamos seguros de una mayor capacidad epistémica de los jueces.

En conclusión, García de Enterría (2014) afirma lo siguiente: “La cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano.” (p. 81).

CONCLUSIONES.

Aunque entendemos que el Estado Constitucional amerita una defensa comprometida de la Constitución que se erige sobre el principio democrático, también consideramos que ese trabajo no puede adelantarse de cualquier manera, y menos en un país que ha demostrado ser capaz de sacar avante un elevado número de reformas en 30 años de vigencia de la Carta de 1991. Aunado a lo anterior, hemos visto presentar proyectos que concretamente se han previsto la reducción de competencias al Tribunal Constitucional, apoyados precisamente en el malestar ocasionado por algunos de sus pronunciamientos. Y es que cuando se evidencia un papel tan activo de la Corte Constitucional, es válido cuestionar, desde el postulado de la separación de poderes, si esta práctica impone restricciones sólo al poder Ejecutivo y Legislativo, o si, por el contrario, también es aplicable al poder Judicial.

Consideramos que de lo que se trata es de encontrar un camino que permita tomar soluciones democráticas y previsibles no sólo para los sujetos que adelantan directamente la reforma, sino también para los ciudadanos, que en tiempos recientes han construido una relación de confianza con la Corte, relación que encuentra su antecedente próximo en la promulgación de fallos -más que todo, sobre normas infraconstitucionales- que han ordenado la protección de derechos fundamentales -sobre todo de minorías- y la garantía de derechos sociales. Esta relación que representa un apoyo a la institución no puede verse sometida, en el campo de la reforma -que puede parecer distante- a un débil ejercicio argumentativo de nueve magistrados -o en el peor de los casos, cinco-.

La preocupación no es menor y merece mayores desarrollos que aquí no pueden hacerse. El hecho de que estemos conformes con ciertas decisiones tomadas hasta el día de hoy, no quiere decir que esta sea una situación que habrá de mantenerse en el tiempo. Hasta ahora, y pese a todo, hemos tenido la suerte de contar, en varias oportunidades, con resultados aceptables para la salud constitucional del país. Pero nadie puede asegurar que mañana sea así. Por tal motivo, las decisiones de la Corte frente a la reforma deben ser tan claras, contundentes y precisas, que eliminen las dudas de que dependen de criterios políticos y personales de quienes las toman.

La incertidumbre sobre los límites a la reforma, en el marco de la democracia, puede reducirse sin tener que sacrificar el control ni aniquilar al Tribunal. Teniendo en cuenta que es imposible negar que en varias ocasiones la Corte Constitucional ha salvado a la Constitución

de ser manipulada por fuerzas inescrupulosas, lo que debe tenerse en mente es la búsqueda de una fórmula que permita alcanzar fines similares, pero por medios más democráticos. Naturalmente, existirán siempre motivos para renegar o justificar de la justicia constitucional, pues todo dependerá de la definición de democracia que se acoja.

Como están las cosas, es altamente cuestionable que la última palabra sobre el poder de reforma -sin límites impuestos por el constituyente primario-, recaiga sobre un órgano que, si bien tiene una misión especial de guarda, es tan constituido como sus pares en el resto de ramas del poder público. Tal y como está redactada la cláusula de competencia constitucional, hoy está en entredicho la legitimidad democrática del control sustantivo de la reforma.

Sin embargo, debemos aceptar que las decisiones de la Corte, aunque lleguen a respaldarse -por ejemplo- en un test de sustitución perfecto, causarán siempre descontento en algunos sectores sociales, porque existe en la judicatura un irreductible espacio de opinión política, así pretenda negarse. No tenemos en este momento una fórmula perfecta que permita alcanzar un mayor grado de democracia en las decisiones de la Corte, probablemente porque si bien existe un mar de dudas en torno a la formulación y aplicación del test de sustitución, puede que de entrada el problema no radique ahí, sino en las atribuciones que la misma Constitución prevé para la Corte Constitucional. En ese sentido, un vistazo al artículo 241 no sobra, aunque queden sobradas dudas de si efectivamente el control de fondo debería realizarse o no. Pero ante este panorama hay que advertir, curiosamente, sobre los límites al poder de reforma.

Finalmente, una Constitución que intenta afianzarse pese a todas las reformas y que aboga por un proyecto de país más justo y con mayores espacios de participación, no puede darse el lujo de perder -si se nos permite usar la expresión tan debatida aquí- un elemento identitario como lo es su Corte Constitucional, porque más allá de todas las críticas que pudieran hacersele, es imposible desconocer la tarea titánica de protección del ordenamiento jurídico que ha ejercitado desde su creación hace 30 años.

BIBLIOGRAFÍA.

Adrián, J. (2015). *Razonamiento constitucional. Críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.

Albert, R., Emrah, B. (2018). The forms of unamendability. En Albert, R., Emrah, B. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Cham: Springer.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Comunicado de la Comisión Cuarta del día 8 de abril de 1991. Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/266/rec/4>. Consultado el día 27 de julio de 2021.

_____. Comunicado de la Secretaría General del día 27 de mayo de 1991. Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/328/rec/3>. Consultado el día 27 de julio de 2021.

Bernal Pulido, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *ICON*, 11 (2). [pp. 339-357]. doi: 10.1093/icon/mot007

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Cajas Sarria, M. (2008). *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. Cali: Universidad Icesi.

_____. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Precedente Revista Jurídica*, [p. 13-48]. doi: 10.18046/prec.v0.1412

Constitución Política de Colombia [Const.]. (4 de julio de 1991). Recuperada de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena (1 de octubre de 1992). Sentencia C-544-92. [M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero].

_____ (25 de marzo de 1993). Sentencia C-113-93. [M.P. Dr. Jorge Arango Mejía].

_____ (9 de julio de 2003). Sentencia C-551-03. [M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett].

_____ (9 de diciembre de 2003). Sentencia C-1200-03. [M.P. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil].

_____ (13 de junio de 2004). Sentencia C-668-04. [M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra].

_____ (30 de agosto de 2004). Sentencia C-816-04. [M.P. Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes].

_____ (7 de octubre de 2004). Sentencia C-970-04. [M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil].

_____ (19 de octubre de 2005). Sentencia C-1040-05. [M.P. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández].

_____ (27 de agosto de 2009). Sentencia C-588-09. [M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

_____ (28 de abril de 2010). Sentencia C-303-10. [M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva].

_____ (26 de febrero de 2010). Sentencia C-141-10. [M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].

_____ (29 de marzo de 2012). Sentencia C-249-12. [M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez].

_____ (28 de abril de 2012). Sentencia C-288-12. [M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva].

_____ (13 de diciembre de 2016). Sentencia C-699-16. [M. P. Dr. María Victoria Calle Correa].

_____ (17 de mayo de 2017). Sentencia C-332-17. [M.P. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (5 de mayo de 1978). [M.P. Dr. José María Velasco Guerrero].

De Vega, P. (1988). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

Díez Sastre, S. (2015). La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. (31), [p. 105-135].

Elster, J. (2015). *Ulises y las sirenas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.

García de Enterría, E. (2014). La posición jurídica del Tribunal Constitucional Español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (100), [p. 39-131].

- García Pelayo, M. (1981). El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1), [p. 11-34].
- Hirschl, R. (2016). En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles. En Albert, R., Bernal, C. *Cambio Constitucional informal*. (pp. 119-200). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Issacharoff, S. (2016). Cortes Constitucionales y poder consolidado. En En Albert, R., Bernal, C. *Cambio Constitucional informal*. (pp. 119-200). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Meza, F., Gómez, M. (2000). El último rostro de la dictadura. *Revista Estudios de Derecho*, 59 (133-134), [p. 191-216].
- Nino, C. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Ramírez Cleves, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____ (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press.

_____ (2018). Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability. En Albert, R., Emrah, B. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Cham: Springer.