

DERECHO CONSTITUCIONAL

LA TAREA SIGUE SIENDO DESLIGAR LA SOBERANÍA POPULAR DE SU controvertible origen histórico y contemplarla en concomitancia con la dignidad humana.

Peter Häberle,
Constitución como cultura, p. 25

QUEDA ENTERAMENTE ABIERTA LA CUESTIÓN DE SI LA FORMA liberaldemocrática agota las potencialidades del principio democrático. El terreno para verificarlo no puede ser otro que el problema de la relación entre poder constituyente y “soberanía democrática”.

Pietro Barcellona,
Postmodernidad y comunidad, p. 127

La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso
Mario Alberto Cajas Sarria

Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción
Juan Jacobo Calderón Villegas

El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
Mónica Arango Olaya

LA REFORMA CONSTITUCIONAL: LÍMITES DE LA CORTE AL CONGRESO

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA¹

This article analyzes in a wide perspective the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the limits of the Congress' faculties to reform the Constitution (*competence vices*): the concepts of Constitution and their current meaning, which increase constitutional control; the constitutionalization of law, its relationship with reform control and its incidence on the contemporary notion of rigid Constitution, and the classification of limitations to reform the Constitution that are established by some authors.

Introducción

En Colombia, el debate contemporáneo sobre la reforma constitucional se inicia con el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la ley 796 de 2003 que convocó a un referendo para reformar la Constitución. Este se agudiza a propósito del Acto Legislativo No. 02 del 27 de diciembre de 2004 expedido por el Congreso de la República, que aprueba la reelección presidencial inmediata y por lo tanto hace posible una eventual candidatura al actual Presidente de la República². Así, aparece un nuevo capítulo en la antigua y a la vez constante discusión sobre los límites al poder de reforma de la Constitución. En esta oportunidad se plantea cuál es el tipo de límite legítimo que la Corte puede establecer, en ejercicio del control constitucional, al Congreso cuando éste ejerce su facultad de reforma de la Constitución.

¹ El autor agradece a Diana Quintero, profesora de la Universidad Icesi, la lectura del borrador de este escrito y sus críticas y comentarios.

² El Acto Legislativo 02 de 2004 ha sido demandado mediante 18 acciones públicas de inconstitucionalidad. La más reciente fue admitida el 25 de julio de 2005. Todas se encuentran pendientes de decisión por la Corte Constitucional.

La reforma constitucional genera uno de los más intensos y amplios debates políticos y jurídicos. Involucra los conceptos sobre la Constitución, la democracia, la estructura del Estado (si se aboga por una estricta separación de poderes o un sistema de pesos y contrapesos entre ramas del poder), el control constitucional y, en general, sobre la primacía del derecho o de la política para establecer hasta qué punto un órgano constituido tiene facultad para reformar la Constitución o para sustituirla.

El objetivo principal de este escrito es analizar el comportamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los límites a la facultad del Congreso para reformar la Constitución. Para esto es necesario contar con una perspectiva más amplia sobre los límites a la reforma constitucional y reflexionar sobre varios asuntos: los principales conceptos de Constitución, para apreciar el notable incremento del control constitucional, que también implicaría al poder de reforma; la constitucionalización del derecho, su relación con el control de la reforma constitucional y su incidencia en el sentido actual de una constitución rígida, y la clasificación de los límites a la reforma de la Constitución que establecen algunos autores. Este análisis previo permite entender el precedente jurisprudencial sobre los límites al poder de reforma de la Constitución, dentro de una nueva dinámica del control y, a la vez, establecer si hay algún modo particular de la Corte para tratar el tema.

14 Inicialmente abordaré los principales conceptos de Constitución, luego me referiré al sentido actual del *constitucionalismo* y en especial, a su determinante relación con el incremento del control constitucional judicial. A continuación presentaré algunas tipologías de límites a la reforma constitucional en la doctrina comparada. En la segunda parte analizaré la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde la sentencia C-551 de 2003, luego las sentencias: C-1200 de 2003, C-572, C-668, C-816, C-888, C-970 Y C-971 de 2004 y la C-242 de 2005, para reconstruir el precedente jurisprudencial sobre los *límites competenciales* (vicios de competencia) a la reforma constitucional³. Para seleccionar estos fallos fue necesario revisar las 22 sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte con motivo de las demandas ciudadanas contra actos reformativos de la Constitución, desde el 2003 hasta la fecha. He escogido la sentencia C-551 de 2003 como punto de inicio porque es el primer pronunciamiento de la Corte que establece los *límites competenciales* del Congreso cuando ejerce su facultad de reforma

³ Para el análisis estático y dinámico de las sentencias se tuvo en cuenta la metodología propuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina en *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

constitucional⁴. Estos significan que el Congreso puede reformar la Constitución pero no le está permitido sustituirla⁵.

El análisis jurisprudencial posibilita una aproximación a los límites de la reforma constitucional, que permite situar la posición de la Corte frente al poder de reforma, teniendo como punto de referencia la reflexión que se hace en la primera parte de este trabajo.

El concepto de Constitución.

El concepto de Constitución debe analizarse a través de la evolución histórica de los pueblos y en especial del proceso jurídico-político del constitucionalismo liberal en los siglos XVIII y XIX. Se pueden identificar dos modelos de Constitución: el americano, caracterizado por atribuir a la Constitución el valor de norma jurídica suprema del ordenamiento, que posteriormente dará origen al *judicial review* o control judicial de la Constitución; y el francés que se impone en Europa continental por varias décadas y considera a la Constitución como un documento político cuya finalidad es limitar, organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del estado, en especial del legislativo y del ejecutivo⁶. El segundo modelo llevaría implícito la supremacía de la ley como fuente del derecho.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la justicia constitucional se generaliza por toda Europa⁷ venciendo no pocas dificultades para su instalación, centro de profundos debates políticos y jurídicos acerca de su justificación, conveniencia y potencial antidemocrático. Buena parte de estos debates continúan hoy abiertos,

⁴ En sentencias anteriores, la Corte, haciendo uso del método gramatical de interpretación, había sido enfática en sostener que el control de las reformas constitucionales que realizaba el Congreso de la República únicamente comprendía los aspectos formales, de conformidad con el artículo 241, numeral 2: “solo vicios de procedimiento en su formación”. Entre otras, véanse las sentencias C-753 de 1994, C-222 y C-387 de 1997, C-543 de 1998 y C-487 de 2002.

⁵ Aparte del estudio de las sentencias en donde el accionante formula cargos por violación de competencia por presunta sustitución de la Constitución, también se incluyen aquellas que resuelven demandas por cargos diferentes. Estas se incorporan en orden cronológico según su fecha de expedición, en las notas al pie de página e incluyen un breve comentario de los cargos y de la decisión de la Corte Constitucional.

⁶ Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, Pág. 38.

⁷ Al respecto, comenta Eliseo Aja: “La idea del Tribunal Constitucional como órgano de control de las leyes contrarias a la Constitución adquirió un gran impulso porque las experiencias nazi y fascista en Alemania, Italia, Austria y otros países habían mostrado, de manera dramática, que también las leyes pueden vulnerar todos los derechos y acabar con el propio Estado de Derecho”. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. XXII.

pero en general la legitimidad de los Tribunales constitucionales es altamente reconocida y la justicia constitucional se ha ido extendiendo a lo largo del mundo⁸. Durante esta transformación del constitucionalismo se configura un control constitucional judicial en el que los textos constitucionales atribuyen poder a los jueces para garantizar la supremacía e integridad de la Constitución⁹.

Pese a las varias décadas que han transcurrido desde que se generalizó, el control constitucional judicial recibe críticas de quienes lo consideran *contramayoritario* o antidemocrático, es decir que contraviene la voluntad de las mayorías ciudadanas representadas en los parlamentos. Para muchos resulta cuestionable que un órgano judicial no electivo pueda controlar las decisiones de los parlamentos elegidos democráticamente. Como afirma el constitucionalista argentino Roberto Gargarella:

...buena parte de los constitucionalistas y politicólogos contemporáneos reconocen, al menos, la tensión existente entre la organización democrática de la sociedad, y la función judicial de revisión de las leyes (...) muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la dificultad contramayoritaria que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.¹⁰

El argumento *contramayoritario* también se puede formular frente a la reforma de la Constitución. En este caso la tensión es mayor: la potestad parlamentaria de reformar la Constitución frente al control constitucional de la reforma que se atribuye a los jueces constitucionales. Entonces, es conveniente resaltar que estas tensiones están ligadas al concepto de Cons-

⁸En el prólogo a *La defensa de la Constitución*, de Carl Schmitt, el profesor español Pedro De Vega y García afirmaba que no han terminado las discusiones que tratan la fundamentación, legitimidad y coherencia de la justicia constitucional con el resto del sistema político democrático, en buena parte debido a la expansión de sus competencias y de la centralidad y consecuencias de sus decisiones, y que dependen del concepto de constitución del que se parta. Citado por José Antonio Portero Molina en el prólogo al libro *El valor de la Constitución* de Roberto Blanco Valdés, Alianza editorial, Madrid, 1998, pág. 16

⁹En Estados Unidos se consolida un sistema difuso de control constitucional, mientras que en Europa continental se impone un sistema concentrado con Tribunales especializados de control constitucional. El control constitucional colombiano se denomina "mixto" porque comparte elementos de ambos sistemas.

¹⁰Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona, 1996, pág.13.

titución del que se parta. Se podría afirmar que el control de la reforma constitucional es la defensa de la Constitución en un nivel superior a aquel que la protege contra las leyes que la vulneran. Desde luego, el potencial antidemocrático de este ejercicio es mayor.

También es pertinente traer algunas ideas sobre el concepto actual de Constitución que formula el jurista italiano Luigi Ferrajoli cuando expresa que una Constitución no solo representa la voluntad popular sino los derechos de todos, incluso frente a la voluntad del pueblo. La función de la Constitución, dice Ferrajoli “no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino garantizar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses...” La legitimidad no tendría como fundamento el consenso mayoritario sino el valor previo de la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, entendidos como vitales, concedidos a todas las personas, límites y vínculos frente a la ley y actos de gobierno que usualmente se expresan en mayorías contingentes. Lo dicho por Ferrajoli no implica dejar de lado la legitimidad democrática de los procesos constituyentes y de las reformas constitucionales, sino tener en cuenta que la posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de alguna manera puede significar un límite al órgano que tiene la facultad de modificar el orden constitucional.

En conclusión, un concepto contemporáneo de Constitución se caracteriza por su influencia en todo el orden jurídico e implica un incremento del control constitucional, que agudiza el debate acerca de su potencial antidemocrático cuando limita el poder de reformar la Constitución por parte de los órganos constituidos. Esta noción de Constitución se aprecia de mejor manera cuando se tiene en cuenta qué es la *constitucionalización* del derecho.

La constitucionalización del derecho y su relación con la reforma constitucional

La *constitucionalización* del ordenamiento jurídico permite no solo comprender el significado actual de la Constitución, sino también la función que cumplen los jueces constitucionales y en especial su creciente actividad, que incluso lleva a considerar el control constitucional como elemento fundamental del concepto de rigidez constitucional. Riccardo Guastini, iusteórico y constitucionalista, profesor de la Universidad de Génova, Italia, entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico, el proceso de transformación de un ordenamiento que concluye con su “impregnación” por las

normas de la Constitución. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracterizaría por una constitución en extremo invasora, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales¹¹. Guastini presenta siete condiciones a las que debe responder un orden jurídico constitucionalizado¹²:

1. Que exista una *Constitución rígida* (cláusulas pétreas, prohibición de sustitución de la Constitución) Esta, junto a la siguiente, son consideradas condiciones necesarias pues su ausencia hace inconcebible la *constitucionalización*.

La rigidez constitucional, al decir de Guastini, comporta dos niveles jerárquicos de legislación: la ordinaria y la constitucional o de revisión constitucional. La Constitución no puede ser derogada, modificada o abrogada por la legislación:

Casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y al mismo tiempo, rígidas (...) la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales- según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales-, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.¹³

De acuerdo con esto, la rigidez constitucional no se entendería hoy como la mayor o menor dificultad para tramitar una reforma constitucional, en cuanto a los requisitos de quórum, debates o términos, sino además al carácter del control que ejercen los tribunales constitucionales y en especial a los límites de reforma a la Constitución vigente que los tribunales constitucionales, a través de la interpretación de la Carta Política, fijan al órgano representativo que tiene la facultad de reforma. De esta manera puede verse que la constitucionalización del derecho incrementa el poder de los jueces frente a la facultad de reforma constitucional.

2. Que haya una *garantía jurisdiccional de la Constitución*. Existen diversos mecanismos de control judicial de constitucionalidad. *A posteriori, in con-*

¹¹ Guastini Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, (Ed). Trotta, Madrid, 2003. Pág. 49

¹² Guastini, Riccardo. o. c. Pág. 50

¹³ *Ibíd.* Pág. 51.

creto y por *vía de excepción* como en Estados Unidos; de control *a priori in abstracto*, por *vía de acción* como en Francia; *a posteriori*, por vía de excepción, *in concreto*, como en Alemania, Italia o España. En el caso colombiano, se podría complementar con nuestro denominado *control mixto* (con características del control difuso o norteamericano y del concentrado o europeo) que comprende un control constitucional *a posteriori in abstracto*, por vía de acción y también *in concreto* por vía de acción en el caso de la acción de tutela y por vía de la excepción de inconstitucionalidad.

3. Que la Constitución tenga una *fuerza vinculante*. Esta condición no está relacionada con la estructura del ordenamiento constitucional, tiene que ver con la ideología que se difunde en la cultura jurídica de cada país y que hace de la Constitución una norma aplicable y de uso permanente por el estado y los particulares en sus relaciones.

4. Que exista una *sobreinterpretación de la Constitución*. Esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces, en especial las Cortes Constitucionales, los órganos estatales y los juristas. La interpretación por la cual se inclinarían los operadores jurídicos sería la extensiva. La Constitución sería *sobreinterpretada* de manera que se extraigan normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política¹⁴. Esto presupone que la Constitución se entienda como vinculante.

5. Que se *apliquen directamente las normas constitucionales*. Se trata de la difusión que en el seno de la cultura jurídica tiene cierta concepción de la Constitución y de la actitud de los jueces derivada de la misma¹⁵. Una cultura jurídica impregnada de *constitucionalización* es aquella en donde las prácticas reconocen a la Constitución su valor jurídico supremo. La constitución no solo limita el poder político como en la concepción liberal sino que moldea las relaciones sociales. Su aplicación es directa: los jueces la interpretan en concreto, existen acciones judiciales para garantizar su integridad y los derechos.

¹⁴ Guastini señala: "...no quedan espacios vacíos de derecho constitucional, esto es, libres de él: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes", o. c., pág. 55.

¹⁵ Guastini, Ricardo, o. c., pág. 55

6. Que haya una *interpretación conforme de las leyes*. Frente a la posibilidad de doble interpretación de la ley: se prefiere la que no vulnera la Constitución. No se declara la invalidez de la norma legal, sino de algunas de sus interpretaciones.

7. Que haya una *Constitución que incide sobre las relaciones políticas*. Esto dependería de varios elementos: el contenido de la Constitución, la postura de los jueces (en especial de los tribunales constitucionales), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos. En cuanto al contenido de la Constitución, por ejemplo, algunas constituciones, como la alemana, otorgan al Tribunal Constitucional la facultad de dirimir conflictos de competencias entre los órganos constitucionales. Los tribunales constitucionales pueden optar por la auto restricción (*self-restraint*) en *political questions* o a veces prefieren intervenir en la discusión y controlar la discrecionalidad política del legislador, generalmente a través de instrumentos argumentativos como el principio de razonabilidad y la ponderación de derechos en colisión.

De esta manera se aprecia cómo la constitucionalización del derecho representa un nuevo concepto de Constitución que significa el robustecimiento del control constitucional, que en el caso de la reforma constitucional fortalece la rigidez de las Constituciones por el incremento del control que sobre ella ejercen los jueces constitucionales.

Límites a la reforma constitucional en la doctrina: ¿de cuáles límites habla la Corte Constitucional?

En este apartado reseñaré las principales tipologías sobre los límites a la reforma constitucional que plantea la doctrina comparada y, al final, señalaré de manera preliminar de qué tipo de límites habla la Corte Constitucional colombiana, aspecto que el lector podrá comprobar con el análisis jurisprudencial de la segunda parte de este trabajo.

Antes de empezar hago dos advertencias: la discusión sobre los límites a la reforma constitucional es una cuestión más presente en Europa que en Estados Unidos; la bibliografía colombiana sobre el tema es escasa, se podría decir que se reduce a un par de trabajos que, aunque rigurosos, no están centrados en la discusión de la cuestión en nuestro país.

Uno de los más completos análisis de la tipología doctrinal de los límites a la reforma constitucional lo realiza el profesor Gonzalo Ramírez Cleves en “La Reforma Constitucional y las garantías del poder constituyente: los derechos

fundamentales como paradigma”.¹⁶ Parte de la clasificación propuesta por el profesor español José María Sauca, quien distingue entre límites temporales, límites circunstanciales, límites lógicos y límites axiológicos. Como veremos, cada uno de estos límites corresponde a una concepción jurídica y prefiere un método de interpretación.

Los límites temporales consisten en el período de tiempo en que los constituyentes prohíben la reforma a la Constitución que han aprobado. De esta práctica hay ejemplos en el siglo XIX, en donde existía temor, en especial por las contrarreformas del *ancien régime*: el artículo 3 del título VII de la Constitución francesa de 1791 prohibía su reforma dentro de los cuatro años siguientes a su promulgación. Estos límites son normativos. Basta un análisis literal de las constituciones para concluir que existen.

Los límites circunstanciales son los impedimentos de reforma de los textos constitucionales cuando se considera que la posibilidad de discusión democrática está en tela de juicio. Según Pedro de Vega, en el caso español, un ejemplo es la limitación de reforma a las constituciones en los períodos de regencia. Constituciones como la belga (1831) y la holandesa (1887) establecen esta prohibición. Hay constituciones como la francesa de 1946 que limitan la reforma constitucional cuando se hallare ocupado el país por tropas extranjeras.¹⁷ Estos también son límites normativos, son prescripciones explícitas de las Cartas Políticas.

Los límites lógicos son analizados principalmente por Alf Ross y Adolfo Merckl. A este tipo de límite corresponde, por ejemplo, la célebre *paradoja de Alf Ross*.¹⁸ Esta se refiere a cómo la reforma de una Constitución significa seguir las reglas que ella misma fija para este procedimiento, lo cual incluso podría llevar a su autodestrucción. En general, los límites lógicos utilizan herramientas propias de la argumentación jurídica. Se trata de establecer hasta dónde llegan los *poderes* constituidos, y se concluye que estos no pueden destruir la elaboración política y normativa, de tal manera que les está vedado convertirse en poderes constituyentes cuando pretendan, por intermedio de la modificación de los procedimientos de reforma, otorgarse tales poderes¹⁹.

¹⁶ Temas de Derecho Público No. 69, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

¹⁷ De Vega y García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985. Pág. 244

¹⁸ Sobre la Paradoja de Ross, véase Ross, Alf. *On self reference and a difficult puzzle of Constitutional Law*. Traducción de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés, *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Ediciones Fontamara, 3ª. Edición, México, D.F. 1997.

¹⁹ Ramírez Cleves, Ibíd. Pág.69.

Según Guastini, algunos los denominan límites lógicos porque se derivan de la estructura lógica del lenguaje constitucional o del concepto mismo de Constitución²⁰.

Los límites axiológicos. Se dividen en dos tipos: los axiológicos textuales o cláusulas de intangibilidad destinados a proteger el principio democrático y los derechos fundamentales; y los límites implícitos textuales. Ambos tipos requieren acudir a métodos interpretativos como el sistemático y el finalista.

a) Los límites axiológicos textuales, según Ramírez, se exponen por primera vez en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) cuando caracterizan una constitución como aquella que existe cuando hay garantía de los derechos y separación de poderes. Algunas cláusulas de intangibilidad están dirigidas a preservar el elemento democrático. Un ejemplo de este tipo de límite axiológico se encuentra en la Constitución de Noruega de 1814.

Como otro ejemplo de cláusula expresa de intangibilidad, Ramírez Cleves propone el artículo 164 de la Constitución de Colombia de 1830²¹, que disponía: “el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la forma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable”.

Una revisión de las constituciones colombianas de los siglos XIX y XX muestra que este tipo de cláusulas se encuentra en varias constituciones nacionales. El artículo 190 de la Constitución Política de 1821 expresaba: “En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución podrá el Congreso proponerla (...) pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la sección 1ª del título I, y en la 2ª del título II”. Estas secciones se referían a la nación colombiana, la independencia de la monarquía española y a la obligación de la nación de “proteger con leyes sabias y equitativas la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los colombianos”²². En igual sentido, la Constitución Política del Estado de la

²⁰ Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, Colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2001. Pág. 203

²¹ Ramírez Cleves. *Ibid.* Pág. 73

²² Restrepo Piedrahita, Carlos (Compilador). *Constitución Política de la República de Colombia de 1821 en Constituciones Políticas nacionales de Colombia*. Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 3ª. Edición, Bogotá, 2004. Pág. 89.

Nueva Granada de 1832 prescribía en su artículo 218: “El poder que tiene el congreso para reformar esta constitución, no se extenderá nunca a los artículos del título tercero, que hablan de la forma de gobierno”. En efecto, este título determinaba que el gobierno de la Nueva Granada era republicano, popular, representativo, alternativo y responsable²³. Esta cláusula se mantendría en la Constitución de 1843 (artículo 172) pero desaparece en las constituciones posteriores, a partir de 1853, incluida la reciente Constitución de 1991. Tal vez los constituyentes consideraron que la forma de gobierno gozaba de tal estabilidad que ya no requería asegurarse frente al peligro de una reforma posterior.

Otro ejemplo de cláusula explícita, ya en el constitucionalismo del siglo XX, se encuentra en la Constitución italiana cuyo artículo 13 prescribe que la forma republicana no será modificable²⁴. Este límite expreso, según opinión de Guastini²⁵ lleva a determinar el sentido de la expresión *forma republicana*. Del análisis se desprende que en su núcleo central se prohíbe la reforma en sentido monárquico de los artículos de la constitución italiana. Serían inmodificables los principios de estas disposiciones más no las normas propiamente dichas. Como ejemplo, Guastini señala que se permite modificar la duración del mandato presidencial, conservando su temporalidad; se prohíbe suprimir el carácter limitado. De igual manera, no se prohíbe cambiar el modo de elección del presidente, sino suprimir su carácter electivo.

b) Los límites implícitos textuales son las cláusulas de intangibilidad que no están expresadas en el derecho positivo, pero que se deducen por medio de una interpretación extensiva o por un sinónimo de la intangibilidad o inmutabilidad prevista y positivizada. Se trata de la aplicación de métodos de interpretación diferentes al literal o gramatical; más bien se recurre a la interpretación sistemática de las normas constitucionales. Para la doctrina italiana, cuando el artículo 139 de la Constitución prescribe que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, se deduce que no se pueden modificar los artículos que garantizan derechos fundamentales pues eso implicaría reformar la noción de República, que goza de intangibilidad expresa.

²³ *Ibíd.*, *Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832*. Pág. 171.

²⁴ Otras cláusulas problemáticas del poder constituyente, protegen ideologías religiosas, como el artículo 195 de la Constitución de Argelia, 12 de Irán o 101 de Marruecos que prohíben modificar al Estado Islámico.

²⁵ Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2001. Pág. 196.

La teoría de los límites expresos a la reforma constitucional es criticada en su teoría, sustentación y formulación. Por ejemplo, Pedro de Vega se refiere al fraude constitucional como aquel procedimiento en el que se utiliza la reforma constitucional para romper el sistema de legalidad establecido, crear un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente²⁶. Para este autor hay límites intrínsecos que son inherentes al modelo de Estado democrático de derecho. Así mismo, señala que se trata de un conflicto entre legalidad y legitimidad, pues de un lado, la reforma se ampara en un sistema de legalidad que permite el procedimiento, pero de otro se pueden transgredir valores y principios sobre los cuales se soporta el sistema de legitimidad.

Pedro de Vega sostiene que no es posible reformar totalmente la Constitución por parte de poderes constituidos porque implicaría confundir poder constituyente y poder constituido. Se oponen límites implícitos formales (lógico-jurídicos como señalan Ross y Merkl) y límites implícitos materiales (principio democrático, soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, elementos básicos del Estado Social de Derecho).

Los límites materiales implícitos son elaboraciones doctrinarias que parten de un análisis de la teoría constitucional en su conjunto y deducen zonas exentas del poder de revisión constitucional²⁷.

La distinción entre la reforma y la sustitución de la Constitución también ha ocupado a los doctrinantes. Para Enrique Álvarez Conde todos los preceptos constitucionales parecen susceptibles de reforma, pero si se reforman los principios esenciales de la Constitución no se trataría de una reforma sino de una sustitución de la Constitución por otra²⁸.

24

El profesor Ramírez Cleves propone que los derechos fundamentales son elemento inherente del Estado de derecho democrático y el paradigma garantía-límite del poder. Como estos derechos integran el Estado democrático de derecho hacen que el poder constituyente actúe conservando los presupuestos jurídicos mínimos que permitan una discusión y decisión democrática. De nuevo, como decíamos antes, el Juez Constitucional aparece revestido del poder de definir qué tipo de reforma afecta estos derechos fundamentales y cuándo ésta significa una sustitución de la Constitución por cambio del paradigma.

²⁶ De Vega y García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985. Pág. 291

²⁷ Ramírez Cleves, Gonzalo, o. c. Pág. 85.

²⁸ Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I*, Madrid, Tecnos, 1999. Pág. 185

Para el constitucionalista español Carlos De Cabo Martín, los límites materiales indican que la Constitución tiene un núcleo que define su identidad cuya determinación expresa no es necesario. Este núcleo estaría compuesto por los principios, la constitución material y los derechos fundamentales. Los críticos consideran que esta es una concepción iusnaturalista, frente a lo cual De Cabo responde que hay unos límites prefijados, inmovibles porque sus supuestos no se discuten como la democracia, derechos y libertades. Sin embargo, aunque se aceptan sus componentes básicos, estos no tienen contenidos fijos y por lo tanto dan lugar a disposiciones normativas disímiles y permiten margen de actuación.²⁹

Para Guastini, el poder de reforma está circunscrito a las normas que lo regulan y es un poder limitado. Los límites expresos o textuales son los establecidos por el mismo documento constitucional, literalmente. Los no expresos son implícitos que se deducen del texto constitucional mediante “controvertibles” técnicas de interpretación. Otros no expresos son los lógicos, y finalmente los absolutos cuando no puede reformarse la Constitución, y relativos, cuando subsisten hasta que se derogue la disposición constitucional³⁰.

El constitucionalista colombiano Humberto Sierra Porto en “La reforma de la Constitución” (1998), distingue entre límites explícitos y límites implícitos de la reforma constitucional. Los explícitos pueden ser autónomos, si están en la propia Constitución o provienen de ordenamientos supranacionales. Según su objeto, los límites explícitos pueden ser temporales, cuando el texto constitucional prevé que las reformas pueden hacerse cada cierto tiempo; circunstanciales, si se prohíbe la reforma en determinadas situaciones; o cláusulas de intangibilidad si ciertas materias se sustraen a futuras reformas. Los límites implícitos se refieren a materias como los valores, principios, fines, derechos o instituciones, etc. que se consideran sustanciales y por tanto no pueden ser afectados por el constituyente constituido. Este autor considera que el ordenamiento constitucional colombiano no prevé ni cláusulas de intangibilidad ni límites implícitos que restrinjan el poder de reforma de la Constitución³¹: “se trata de un poder capaz de modificar, ampliar o suprimir la misma Constitución, y al igual que el poder constituyente origi-

²⁹De Cabo Martín, Carlos. *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Trotta, Madrid, 2003. Pág. 48.

³⁰Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2001. Pág. 195..

³¹Sierra Porto, Humberto. *Temas de Derecho Público No. 51*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad externado de Colombia. Bogotá, 1998. Páginas 31 y 32.

nario puede, en este sentido, crear Constitución”³². El entonces profesor de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia es hoy uno de los nueve Magistrados de la Corte Constitucional que tiene a su cargo la decisión de las demandas contra el Acto Legislativo 002 de 2004³³ que autoriza la reelección presidencial para el período inmediato. Algunos de los demandantes formulan el cargo de sustitución de la Constitución por violación de los *límites competenciales* por parte del Congreso³⁴.

Como se aprecia, el debate doctrinal se centra principalmente en los límites materiales (implícitos). Pero más allá de las posiciones de los diferentes autores, en el caso colombiano la discusión se ha originado en los pronunciamientos judiciales sobre la facultad de reformar la Constitución por parte del Congreso.

La Corte establece que la Constitución tiene límites materiales. Como se verá más adelante, en principio, una revisión del comportamiento jurisprudencial de la Corte llevaría a deducir que ésta determina límites materiales implícitos a la reforma constitucional. Sin embargo, es necesario prestar atención a la elaboración del concepto de *límites competenciales* o de *vicios de competencia* según la Corte Constitucional.

Se construye el concepto de límites competenciales a partir de una interpretación no literal de las funciones de la Corte Constitucional, entre las que se encuentra la del artículo 241, numeral 1 C.P.: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra

³²Sierra Porto Humberto, o .c. Pág. 16

³³Una de las acciones es promovida por Jaime Castro y otros, expediente Número D-5696, demanda contra el Acto Legislativo 002 de 2004, admitida el 1 de marzo de 2005. Suministrada por la Corte Constitucional con motivo de la solicitud de intervención ciudadana a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi en el proceso a cargo del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

³⁴En la aclaración de voto a la sentencia C-971 de 2004, el magistrado Sierra Porto afirmó: “La Corte Constitucional no tiene atribuida constitucionalmente competencia para conocer de vicios de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución distintos a los establecidos en el artículo 241.1 de la Constitución. Esto es la competencia se restringe a los vicios de forma o procedimiento, todos los demás, llámense vicios materiales o de competencia, están excluidos del control que corresponde a la Corte... a mi juicio, entonces, no es aceptable que esta Corporación sostenga la tesis según la cual el constituyente derivado carece de competencia para sustituir la estructura básica y filosófica que fundamenta la Constitución a través de reformas, pues toda derogación de la ley o la Constitución, en virtud del carácter sistemático del Derecho, genera una realidad jurídica nueva, por lo cual, en últimas, siempre se verán modificados los principios filosóficos y la estructura misma de la Carta Fundamental.”

los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación”. Para la Corte, la competencia del órgano que reforma la Constitución es un problema de procedimiento. Cuando el Congreso sustituye la Constitución está vulnerando la constitución vigente pues esta facultad se reserva al constituyente primario (el pueblo) así la Constitución no lo determine expresamente. De esta manera, para la Corte, la extralimitación de la facultad de reforma constitucional es un vicio de procedimiento que la obliga a ejercer su control para establecer si el Congreso rompió este límite. Para determinar los límites competenciales es necesario que la Corte defina si el Congreso reformó o sustituyó la Constitución. Este juicio lo hace con el análisis de los elementos que dotan de identidad a la carta vigente, frente a los que se introducen en la reforma. A mi juicio, 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. Cabe anotar, que pese a ello, la Corte no acepta que esté realizando un control material a la reforma de la carta vigente.

Los vicios de competencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

El debate contemporáneo sobre los límites a la función de reforma constitucional por el Congreso se inicia con la sentencia C-551 de 2003. En esta decisión la Corte ejerce el control previo y automático a la ley 796 de 2003 que convoca al pueblo para que se pronuncie en un referendo para reformar la Constitución Política³⁵. Es necesario aclarar que se trata de un control automático de una ley más no de un acto legislativo que reforma la Constitución. La ley preguntaba a los ciudadanos si estaban de acuerdo o no en modificar la Constitución con enunciados jurídicos que la ley sugería incluir de manera explícita. Los argumentos principales de la Corte Constitucional en este fallo, podemos extraerlos así:

27

³⁵La Corte Constitucional, después de este fallo, se ha pronunciado sobre demandas contra el Acto Legislativo 001 de 2004 en las sentencias C- 973, C- 1000 y C-1121 de 2004. Aunque en ellas se refiere marginalmente a la sentencia C-551 de 2003, como no se han formulado cargos por vicios de competencia no existe reiteración jurisprudencial sobre la facultad de la Corte Constitucional de limitar el poder de reforma del Congreso. La razón es que el acto legislativo incorporó al ordenamiento jurídico las disposiciones que obtuvieron la mayoría de votos ciudadanos aprobatorios y por lo tanto fueron aprobadas en el referendo, después de realizado el control previo de la Corte Constitucional a la ley 796 de 2003 que lo convocó. Por lo tanto, la Corte ya se había pronunciado en la sentencia C-551 de 2003 sobre la extralimitación de competencia del Congreso de la República y por ello no vuelve a referirse al tema.

1. El artículo 241 CP señala que la Corte Constitucional controlará la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. El artículo 379 de la Carta prescribe que “los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”. La Corte prefiere un análisis sistemático de la Constitución pues es necesario acudir a otras normas para determinar si se ha vulnerado la Constitución: el título XIII de la Constitución; el Reglamento del Congreso, la Ley Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana, entre otros. Al respecto, dice la Corte:

El alcance del significado de la expresión “ vicios de procedimiento en la formación” tan solo se hace en esta sentencia pues las demandas contra actos legislativos, al ser justicia rogada, requieren la demostración de los cargos por parte del accionante, situación que no había ocurrido antes. Y al ser esta el primer intento de reformar la Constitución por la vía de un referendo, la Corte realiza este juicio”³⁶. La competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento: “(la) proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (..) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”.

El fallo determina que la facultad de reforma constitucional o el poder constituyente derivado está limitado por la Constitución y que así la Constitución Política de 1991 no contenga cláusulas pétreas o inmodificables explícitas, el constituyente tampoco determinó que autorizaba la sustitución de la Constitución, sino su reforma por el constituyente derivado. En la sentencia no se aclara en qué consisten expresamente esos límites que convertirían la reforma en una sustitución de la Constitución, sino que más bien se recurre a planteamientos generales o a ejemplos de lo que sería una *sustitución* de la Constitu-

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003.

ción. Se aprecia cómo la Corte no se compromete a profundidad con los sentidos en que deben entenderse los límites de competencia. Esta ocasión hubiera sido propicia para una formulación doctrinal más sólida sobre el tema porque el control automático concede una mayor libertad a la Corte que la demanda ciudadana, en donde se pronuncia estrictamente sobre los cargos formulados por los accionantes. Sobre los límites, dice la Corte:

“ Para saber si el poder de reforma [constitucional], incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma principio constitucional- lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana... por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma³⁷” .

Para terminar el comentario de la sentencia, coincido con el constitucionalista colombiano Manuel Quinche Ramírez cuando destaca la problemática que se genera cuando se piensa en un control constitucional diseñado para un Estado menos complejo que el Estado Constitucional y democrático, tal y como lo pretenden quienes defienden un control de las reformas constitucionales por la Corte Constitucional, únicamente circunscrito a la simple verificación de las votaciones, los términos y el quórum. Las sub-reglas que fija la Corte respecto a los actos de reforma constitucional que contiene la sentencia C-551 de 2003 hallan respaldo argumentativo en la medida en que reflejan una dinámica del

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-.551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Fundamento jurídico número 39.

³⁷ El 19 de noviembre mediante sentencia C-1092 de 2003, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Gálvis, se resuelve la demanda presentada por el ciudadano Pedro Pablo Camargo contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2, el numeral tercero del artículo 3 y el inciso primero del artículo 5 del Acto Legislativo No.03 de 2002. La Corte declara su exequibilidad, salvo la expresión “*al solo efecto de determinar su validez*” contenida en el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política-artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002 porque no se surtió el debate requerido. Mediante la sentencia C-966 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se declaró exequible el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, en cuanto a la inserción del párrafo del artículo 250 que resolvió una demanda ciudadana por presunta violación al trámite previsto para la reforma constitucional .

control en un Estado complejo que pretende el fortalecimiento hermenéutico de la Constitución como mínimo ético que corresponde a esta complejidad, adoptando diversas posibilidades que a la vez requieren complejos procedimientos de control³⁸.

La segunda sentencia que se refiere a los *vicios de competencia* es la C-1200 del 9 de diciembre de 2003 con ponencias de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. Se trata de la acción presentada por Antonio José Cancino y otros ciudadanos contra los artículos 4° transitorio y 5° (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, que conforma una comisión interinstitucional para que elabore los proyectos de ley necesarios para la adopción del sistema penal acusatorio y señala un plazo para que el Congreso apruebe las leyes correspondientes o en su defecto el Presidente de la República expida en su lugar las normas legales necesarias. La Corte formula varios problemas jurídicos. Uno, en especial, resulta relevante para el tema que se desarrolla: “¿Es competente la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de una reforma constitucional comparando el contenido del acto legislativo acusado con una norma constitucional preexistente específica?” La Corte Constitucional reitera las reglas planteadas en la Sentencia C-551 de 2003, que precisó los alcances del control de constitucionalidad que ejerce frente a los actos reformativos de la Constitución: a) El poder de reforma constitucional por el órgano constituido está limitado; b) El límite es la imposibilidad de sustituir la Constitución, mientras que lo permitido es su reforma.

En este pronunciamiento, configura otras sub-reglas: c) la carga de la argumentación para demostrar que se sustituyó la Constitución con la pretendida reforma, corresponde al accionante y, d) el juez constitucional debe delinear un método para determinar cuándo hay sustitución de una Constitución y por lo tanto un desbordamiento del poder de reforma constitucional. Sin embargo, esta sentencia es insuficiente en la formulación del método y tan solo plantea algunas auto-restricciones del Juez constitucional frente a la determinación de la sustitución de la Constitución:

(i) Tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para reformar la Constitu-

³⁸ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de los actos reformativos de la carta “solo por vicios de procedimiento en su formación*, en *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, Eduardo Montealegre Lynett, coordinador. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Páginas 50 y 51.

ción, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma³⁹.

Para la Corte, los accionantes no demostraron la sustitución de la Constitución que presuntamente produjo el acto legislativo, al asignar competencias legislativas transitorias al ejecutivo, sino que tanto la pretensión y los argumentos de la demanda son distintos: que el acto legislativo, se interprete y juzgue como una ley ordinaria que no precisó la habilitación legislativa y por ello viola la prohibición de conceder facultades extraordinarias para expedir códigos⁴⁰. Por ello, los demandantes piden que la Corte realice un control de fondo ordinario, además, estima el accionante, que la concesión de facultades extraordinarias en una reforma constitucional no significa la abolición del principio de la separación de poderes ni la sustitución de la Constitución. Para la Corte, la demanda no formula un cargo de inconstitucionalidad, sino que pretende que se interprete el alcance de unas disposiciones constitucionales y se realice una armonización que supere las eventuales contradicciones entre las mismas, materia que excede el ámbito de competencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución⁴¹. Finalmente, reitera que para pronunciarse de fondo en un juicio de constitucionalidad, el accionante debe determinar las razones por las cuales se viola la Constitución y estas deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*. La Corte se declara inhibida para fallar.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. Fundamento jurídico No. 3.

⁴⁰ Corte Constitucional, *Ibíd.*, fundamento jurídico No 4.4.

⁴¹ Corte Constitucional, *Ibíd.*, Fundamento jurídico 4.1.

En la sentencia C-572 del 8 de junio de 2004⁴², con ponencia de Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2003 “ Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. El accionante, Víctor Velásquez Reyes argumenta que el Congreso excedió el poder de reforma de la Constitución porque modificó los mecanismos de participación ciudadana.

La Corte reitera la doctrina sentada en la sentencia C-551 de 2003 y confirmada en la C-1200 de 2003 respecto a que los actos reformativos de la Constitución pueden demandarse solo por vicios de procedimiento en su formación, que incluye los vicios de competencia, en particular cuando se alegue la sustitución de la Constitución. Señala que el control constitucional de los actos legislativos es rogado⁴³ y que por lo tanto corresponde al demandante la carga argumentativa para demostrar que la reforma comporta una sustitución de la Constitución. Agrega dos reglas a tener en cuenta para que proceda la demanda de actos legislativos bajo estas circunstancias: el ciudadano debe señalar a) cuál fue el vicio de trámite en que incurrió el Congreso o b) porqué hubo o no un vicio de competencia que llegue a determinar la sustitución de la Constitución.⁴⁴ En este caso concreto, la Corte Constitucional considera ineptos los cargos del demandante y se declara inhibida para pronunciarse de fondo. La Corte afirma:

No es claro que la introducción del umbral o la cifra repartidora pueda ser automáticamente considerada como limitación de los derechos políticos ya que esas figuras únicamente alteran la fórmula de escrutinio... sin introducir restricciones directas a los

⁴² El 20 de enero de 2004, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en la sentencia C-013, la Corte Constitucional resuelve estarse a lo resuelto en la sentencia C-1092 de 2003 que declaró la exequibilidad del numeral 3 del artículo 251 C.P. modificado por el acto Legislativo 03 de 2002. El 31 de marzo del mismo año se profiere la Sentencia C-313/04 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en la cual se declara inexecutable el artículo 17 del Acto Legislativo 01 de 2003 por no haberse llevado a cabo los debates respectivos en el Congreso y haber sustituido la voluntad de las Cámaras por una Comisión accidental dentro del trámite del Acto Legislativo. El 11 de mayo la Corte Constitucional dicta la sentencia C-463 de 2004 en la cual resuelve estarse a lo resuelto en la sentencia C-313 de 2004 que declaró inexecutable el artículo 17 del Acto Legislativo 01 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. El 10 de agosto se profieren las sentencias C-753 y C-757 de 2004. En la primera la Corte se declara inhibida para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo transitorio del artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández. En la segunda, declara executable el párrafo transitorio (parcial) del artículo 15 del Acto Legislativo No. 01 de 2003.

⁴³ Desde la sentencia C-543 de 1998, la Corte Constitucional ha sostenido que el control constitucional de los actos legislativos es rogado, no es integral y solo se puede pronunciar sobre los cargos de la demanda. Esta doctrina la ha reiterado en las sentencias C-487 de 2002 y C-641 de 2002, entre otras.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-572 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes. Fundamento jurídico No. 10.

derechos políticos de los ciudadanos... si el ciudadano quería atacar la reforma debido a la introducción de esos mecanismos electorales, debió claramente mostrar que existía una radical limitación o eliminación de ciertos derechos constitucionales que el Congreso, como poder constituyente derivado, no podía llevar a cabo por implicar una sustitución de la Constitución⁴⁵.

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

Sin embargo, en un pasaje oscuro, contrario a lo esgrimido en las sentencias C-1200 de 2003 y C-572 de 2004, la Corte no expresa que el accionante no demostró la sustitución de la Constitución, sino que “ de entrar la Corte al análisis de la posible violación del derecho a la igualdad, se estaría realizando un control judicial ordinario de fondo de ese acto reformativo, lo cual no solo le está vedado a la Corte, sino que desnaturizaría por completo el control que a dichos actos impone la Constitución Política”. Esta argumentación genera algunas preguntas. ¿Si realizar un juicio sobre la vulneración del derecho a la igualdad en la reforma bajo estudio desnaturiza el control, aún en el caso de alegarse una sustitución de la Constitución, la Corte no se habría pronunciado? de ser así ¿no es un cambio en el precedente? si el ciudadano no demostró la posible sustitución de la Constitución, ¿por qué la Corte no lo expuso en su sentencia para declarar como inepto el cargo por *vicios materiales*?

El fallo también lleva a plantear que el control constitucional de los actos legislativos, al ser parte de una justicia rogada, imposibilita a los legos formular los cargos adecuados. Paradójicamente se exigen más condiciones

⁴⁵ *Ibíd.* Fundamento jurídico No. 12.

para quien desea proteger la Constitución ante una reforma, que a quien demanda la inconstitucionalidad de una ley. ¿Cuando un ciudadano alega que la reforma vulnera los artículos 309 y 13 de la Constitución de 1991, no está planteando una sustitución? Sin embargo, la Corte declara inexecutable la norma acusada porque prospera el cargo de la carencia de discusión del artículo en la plenaria de la Cámara de Representantes. Esta práctica del juez constitucional parecería que cumple con algunos rasgos del *minimalismo constitucional* que más adelante se tratará.

Una de las sentencias más interesantes para la finalidad de este trabajo es la C-816 del 30 de agosto de 2004⁴⁶, M. P Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, que decide sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo Número 2 de 2003, llamado “estatuto antiterrorista”, nombre que se adopta de manera impropia pues se trata de una reforma a algunos artículos de la Constitución para enfrentar el terrorismo y no de una ley estatutaria al respecto. Los artículos constitucionales modificados fueron: 15, 24, 28 y 250. Se reitera la doctrina sentada en la sentencia C-551 de 2003 y confirmada en las sentencias C-1200 de 2003, C-572 y C-668 de 2004, respecto a la facultad limitada que tiene el Congreso para reformar la Constitución y el control que la Corte ejerce cuando este poder signifique la sustitución de la Constitución. El acto legislativo bajo control generaba gran controversia nacional: algunos abogaban por su constitucionalidad con el fundamento de la necesidad de dotar de herramientas jurídicas al gobierno nacional para la lucha antiterrorista, garantizando el orden público y los derechos. Otros sectores consideraban que la reforma afectaba ostensiblemente los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991.

34

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

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

⁴⁶ Se destaca el número representativo de ciudadanos que concurren en la demanda: Wilson Borja en una de ellas, y en otra, Gustavo Gallón Giraldo junto a 130 ciudadanos más.

por una discusión de los eventuales vicios de competencia planteados por las demandas, pero no fue posible llegar a un acuerdo que permitiera, dentro de un término razonable, tomar una decisión al respecto. La Corte examinó entonces los fundamentos de cada una de las acusaciones por vicios de trámite (...) y consideró que debía entrar en el análisis detallado de uno de estos cargos, a saber el relacionado con la presunta irregularidad presentada al aprobar el informe de ponencia previo a la votación del articulado del proyecto de acto legislativo en el sexto debate de la segunda vuelta. La Corte consideró que ese cargo podía prosperar (...) y haría innecesario el estudio sistemático y detallado de las otras acusaciones... esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte⁴⁷.

La opción que toma la Corte también se conoce como *minimalismo constitucional* y entre otros, es defendida por el constitucionalista estadounidense Cass Sunstein⁴⁸, quien es precisamente citado en esta sentencia. En uno de sus más recientes libros, "One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court", el autor define esta metodología como: una expresión de la restricción judicial, pero no una forma ordinaria de restricción. Los jueces minimalistas están completamente decididos a declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes. Rechazan la restricción como un principio, porque es muy general. Los minimalistas no acogen la regla de la mayoría en todos los contextos. Estar a favor de la regla de la mayoría, es en sí mismo, una forma de maximalismo. "El minimalismo constitucional ha sido la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa"⁴⁹. Para Sunstein, la Constitución tiene contenidos abiertos y abstractos acerca de las más altas aspiraciones de la sociedad. Por ejemplo, la libertad o la igualdad. Algunas de las preguntas que la Constitución formula, pueden ser: ¿cuándo el Estado puede discriminar en razón de la raza o de la orientación sexual?, o si el Estado restringe la libertad de expresión cuando, por ejemplo, regula los costos de

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004, MP Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. Fundamentos jurídicos números 9 y 10.

⁴⁸ La Corte Constitucional cita a Cass Sunstein en otras dos sentencias: en la C-1147 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se refiere al libro "Republica.com" (2001), y en la sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda, refiere la obra: "Alter the Rights Revolution, Reconceiving the Regulatory State" (1990).

⁴⁹ Sunstein, Cass R. "One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court" .Harvard University press, second print, Cambridge, MA, 2001, Pág. 3. (traducción del autor)

las campañas, controla Internet o, cuando regula programas educativos para los niños, o tiempo al aire gratis para los candidatos en los medios de comunicación. Algunas veces la Corte Suprema de Estados Unidos contesta estas preguntas, pero usualmente los jueces deciden muy poco, dejan aspectos abiertos. Sobre la libertad o la igualdad, de manera deliberada, *deciden sobre lo que debería dejarse sin decir*. Esta es una práctica extendida. Los jueces hacen y dicen tan poco como sea necesario en orden a justificar el resultado⁵⁰.

El minimalismo de la Corte consiste en que no entra a analizar si hubo o no una sustitución de la Constitución con las normas de un Acto Legislativo cuya finalidad era la lucha contra el terrorismo, pero que a juicio de un amplio sector de la comunidad jurídica disminuía las garantías constitucionales, menoscababa derechos fundamentales y socavaba el núcleo axiológico del Estado Social de derecho configurado en la Constitución de 1991 y por lo tanto podría tratarse de una sustitución de la Carta Política. La Corte declaró la inexecutable del Acto Legislativo 02 de diciembre de 2003 porque en su trámite de aprobación se desconoció el procedimiento agravado propio de la reforma constitucional y se distorsionó la voluntad democrática⁵¹ de las Cámaras, pues se ignoró una votación en donde la reforma no alcanzaba la mayoría absoluta requerida.⁵²

Resulta de gran interés el análisis del salvamento de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en donde se refiere al *juicio de sustitución* de la Constitución que la Corte debe emplear cuando debe determinar si el constituyente derivado excedió su competencia de reforma. Para Cepeda, al menos existen dos formas establecer el juicio de sustitución: una manera parte del método de juzgamiento y otra del resultado del mismo. Por el método, se exige que la Corte muestre que se ha reemplazado íntegramente el *elemento esencial* que constituye la identidad de la

⁵⁰ Sunstein, Cass R, o .c ., Pág 3.

⁵¹ En un análisis que se escapa a las pretensiones de este trabajo, el Magistrado Manuel José Cepeda expone un enérgico salvamento de voto en donde plantea que la Corte "...estimo que la Mesa trató de *empujar* la aprobación del proyecto más allá de lo jurídicamente permitido. Sin embargo estas irregularidades tienen las siguientes características: (i) son irregularidades de orden reglamentario, no constitucional; (ii) surgen de controversias sobre la interpretación del alcance de los artículos 77 y 132 del reglamento del Congreso, no son violaciones de estos; (iii) parten de apreciaciones distintas del desenvolvimiento y gravedad del desorden, no de hechos unívocos, evidentes, objetivos, puesto que el peso del argumento reside en los indicios sobre convicciones íntimas, móviles, animus, sobre los cuales no hay pruebas de contundencia suficiente...Por eso creo que lo que procedía era permitir que el Congreso, si lo deseaba, subsanara el vicio devolviendo el acto a la Cámara de Representantes..." Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2004, aclaración y salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004. Fundamento jurídico No. 144.

Carta. Esto requiere enunciar con claridad tal *elemento esencial*; señalar, mediante diversos referentes normativos las especificidades de la Constitución de 1991; establecer por qué es esencial y definitorio de la misma Constitución; determinar las razones por las cuales se aduce que ese elemento es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, considerada en su integridad. De esta manera se precisará la premisa mayor del juicio de sustitución, fundamental para prevenir el subjetivismo judicial. Luego, propone: ⁵³

-Verificar si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución.

-Debe aclararse que la enunciación analítica del elemento esencial definitorio no es lo mismo que fijar límites materiales intangibles al poder de reforma, pues se debe evitar que el juicio termine siendo un control material.

- Una vez la Corte cumple con esta carga argumentativa, se determina si el elemento definitorio ha sido reemplazado integralmente por otro diferente en virtud de las reformas constitucionales acusadas de sustituir la Constitución. De aquí se sigue la segunda manera de distinguir el juicio de sustitución, que es el *resultado*. Este debe permitir que se concluya que el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado integralmente por otro, no es posible que se armonice la reforma constitucional con las demás normas que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo que no se puede sustituir, para lo cual se recurre, por ejemplo, al bloque de constitucionalidad.

Posteriormente, en la sentencia C-817 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, se resuelve la demanda presentada por el ciudadano Domingo Banda en contra del Acto Legislativo 03 de 2003 (reforma a la Constitución para enfrentar al terrorismo). El actor denuncia vicios de trámite en la aprobación y “vicios sustanciales” como la vulneración de disposiciones de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte transcribe los argumentos que fundamentaron la sentencia C-816 de 2004 en donde declaró inexecutable el acto demandado pero no se pronuncia sobre los “vicios sustanciales”. Para la Corte se ha configurado la cosa juzgada Constitucional y se está a lo resuelto en la sentencia C-816 de 2004.

⁵³Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2004, aclaración y salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento tercero de la aclaración de voto.

El 14 de septiembre se profiere la Sentencia C-888 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que resuelve la demanda formulada por el ciudadano Ernesto Rey Cantor contra el numeral 3º (parcial) del artículo 3º del Acto Legislativo 03 de 2002. Para el accionante, uno de los cargos es “sustancial”: la expresión “*asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*”, del inciso tercero del artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002, vulnera el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. La Corte reitera la doctrina sentada en la sentencia C-551 de 2003, aclara que no se puede demandar una reforma constitucional por violación material de la Constitución pero que sí es posible acusar la reforma cuando el Congreso excede su competencia de reforma de la Constitución y sustituye la Constitución vigente. Sin embargo, concluye que el demandante no explicó las razones del presunto cargo de sustitución parcial o total de la Constitución y por lo tanto se declara inhibida para fallar por inepta demanda.⁵⁴

En la sentencia C-970 del 7 de octubre de 2004⁵⁵, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional se pronuncia frente a la demanda presentada por los ciudadanos Darío Ruiz y Juan Darío Contreras, en contra del inciso 2º del artí-

⁵⁴La Corte Constitucional afirma que la Comisión Colombiana de Juristas, coadyuvante de la demanda, planteó verdaderos cargos de inconstitucionalidad, pero “*no puede ser considerada como la demanda que corresponde ahora estudiar y sobre la cual se pronunciaron los demás intervinientes así como la Procuraduría General de la Nación...*” Corte Constitucional, Sentencia C-888 de 2004, fundamento jurídico No. 6.

⁵⁵El mismo día se profiere la sentencia C-973 de 2004, también con la ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil y resuelve la demanda presentada por Francisco José Vergara Carulla contra el Acto Legislativo No. 01 de 2004, sobre pérdida de derechos políticos que corresponde a la única pregunta aprobada en el Referendo Constitucional del 2003. En este caso el accionante no acusa una sustitución de la Constitución, sino que el Presidente de la República fijó la fecha en que se convocaría al referendo constitucional mediante decreto 2000 de 2003 con fundamento en la parte resolutive de la sentencia C-551 de 2003 que declaró inexecutable algunos de los contenidos de la ley 796 de 2003 que convocaba a dicho referendo, y no con la notificación de la sentencia como correspondía. La Corte Constitucional consideró que, como lo ha reiterado en diversas sentencias, los efectos de sus fallos se producen al día siguiente al que se adoptó la decisión de exequibilidad o no de la norma objeto de control. La notificación y el término de ejecutoria se cuentan a partir de la desfijación del edicto, para delimitar el plazo dentro del cual los ciudadanos pueden interponer el incidente de nulidad contra el fallo de constitucionalidad por violar el debido proceso.⁵⁷ En consecuencia, consideró que no se configuró un vicio de procedimiento en la formación del acto reformatorio de la Constitución con la expedición del decreto mencionado y por lo tanto declaró la exequibilidad del mismo. El 22 de octubre se expide la sentencia C-1039 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Gálvis, que declara la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2002, cuyo demandante formulaba cargos por desconocimiento del principio de publicidad dentro del trámite, irregularidad que la Corte no encontró probada.

culo 4 transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002. La reforma fijaba hasta el 20 de junio de 2004 como plazo para que el Congreso expidiera las leyes correspondientes a la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio, o de lo contrario se otorgaban facultades legislativas extraordinarias al Presidente de la República para expedir los cuerpos normativos incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de hábeas corpus, los Códigos Penal, de Procedimiento penal y Penitenciario y el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación. El problema jurídico que interesa aquí es: *¿se produjo un vicio de competencia por sustitución de la Constitución, cuando en el artículo 4º. Transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 se faculta al Presidente de la República para expedir las normas legales, si oportunamente no lo ha hecho el Congreso, necesarias para el funcionamiento del sistema penal acusatorio a cuyo establecimiento atiende el propio Acto Legislativo, en la medida en que tal habilitación desconoce los principios de soberanía popular, separación de poderes y reserva de ley, tal como ellos han sido plasmados en la Constitución de 1991?*⁵⁶

Para resolver el problema formulado, inicialmente la Corte recurre al concepto de sustitución de la Constitución, reiterando su precedente de las sentencias C-551, C-1200 de 2003. Sin embargo, la novedad de esta sentencia consiste en que se realiza un intento por establecer una *Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución*⁵⁷:

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

La Corte analiza si la reforma acusada sustituyó la Constitución de 1991 en términos generales. Concluye que no se configura una sustitución de la Constitución por cuanto los elementos definitorios de la misma no

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-970 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico No. 2.

⁵⁷ Corte Constitucional, Ibíd., fundamento jurídico No. 4

han sido sustituidos por otros. En este caso, quedan intactos el modelo de régimen político, la forma de organización política, el conjunto de valores y los principios políticos de la Constitución Política de 1991. Para la Corte, no se produjo la presunta sustitución específica de la Constitución porque el principio de separación de poderes no se afecta con las facultades extraordinarias que se otorgan al Presidente, pues ellas entran a regir, si y solo si el Congreso no ejerce su función legislativa dentro del plazo fijado. Dice la Corte que este principio no se puede interpretar hoy bajo la concepción liberal burguesa de la Declaración de 1789, de la Revolución Francesa, por cuanto “la concepción garantista de la separación de poderes se ha venido reelaborando, y , de manera general puede afirmarse, que el mismo ya no puede remitirse a un esquema formalmente de atribución de competencias a los distintos órganos del Estado, sino que debe mirarse en un contexto más flexible, que permite y reconoce las relaciones de colaboración entre los distintos órganos a los cuales tendencialmente corresponden ciertas competencias, sin perjuicio de que en determinadas hipótesis ciertos órganos puedan ejercer competencias que de ordinario corresponden a otros”⁵⁸.

40 También en este fallo la Corte reconoce la asimetría entre el control judicial de materias en donde la Constitución de 1991 establece reserva de ley estatutaria y por lo tanto control previo y automático al proyecto de ley, además de la posibilidad de la demanda ciudadana de la ley estatutaria, y aquel que se pueda ejercer cuando estos temas son regulados por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias legislativas conferidas mediante una reforma constitucional. La Corte recurre a una interpretación sistemática de la Constitución y determina que los decretos que llegase a expedir el Presidente, por la posibilidad que tienen de desnaturalizar las leyes estatutarias y desvertebrar estos estatutos, el gobierno deberá remitirlos a la Corte para que ésta ejerza el control de constitucionalidad de oficio.

Es conveniente resaltar que esta sentencia fue aprobada por 5 votos a favor, mientras que los otros 4 magistrados salvaron su voto. En su salvamento, los Magistrados afirman, entre otros, que en la sesión de la sala plena en donde se discutió el proyecto de sentencia se había acordado que no se incluiría en la motivación del fallo la argumentación de la sentencia C-1200 de 2003, porque al ser inhibitoria no constituía precedente, situación que no se cumplió pues se transcribieron partes de tal fallo. Para los magistrados

⁵⁸ Ibíd. Fundamento jurídico No. 5.

disidentes, la norma acusada sí sustituyó la Constitución porque sí se trató de una alteración del principio de separación de poderes. El Congreso tan solo contaba con 23 días para expedir una ley estatutaria para reglamentar la materia y por ello era imposible que cumpliera esta función, lo cual automáticamente confería la facultad legislativa al Ejecutivo. En la práctica, el acto legislativo despojaba al Congreso de su facultad de expedir la ley. Además, afirman que aunque el acto legislativo prescribía el control automático de los decretos por la Corte, el traslado de competencias del Congreso al Ejecutivo no deja de ser inconstitucional. Concluyen que el Congreso excedió su límite de competencia de reforma y por lo tanto, sustituyó la Constitución.⁵⁹

La última sentencia del año 2004, referida a vicios de competencia, es la C-971 del 7 de octubre, M. P Manuel José Cepeda Espinosa, que resuelve la demanda dirigida por Roberto Bornacelli en contra del párrafo transitorio del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 (reforma política). La norma ordenaba que el Congreso reglamentaría las materias relacionadas con la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos: El párrafo demandado prescribía: “El Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciera, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes.”

La Corte dedica un importante espacio a justificar la competencia para conocer de esta demanda. Esto no es usual en sus sentencias porque generalmente se refiere a los artículos constitucionales que la facultan para ejercer el control. Sin embargo, refuerza argumentos señalados en las sentencias C-551 y C-1200 de 2003 y reitera su método de interpretación sistemático de la Constitución que legitima el control de los vicios de competencia o límites competenciales:

.. en el artículo 376 Superior, están previstas tres limitaciones expresas de esta naturaleza: por un lado...el texto de la ley mediante la cual se dispone que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente, debe determinar la *competencia* que tendrá la asamblea, esto es, las materias sobre las cuales habrá de versar la reforma... si la asamblea ex-

⁵⁹ Corte Constitucional, *ibíd.* Salvamento de voto de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

cede ese ámbito competencial incurriría en un vicio susceptible de control por la Corte Constitucional...del mismo modo, la ley debe fijar el *período* dentro del cual la asamblea debe cumplir sus funciones... la competencia de la asamblea tiene un límite temporal y que la Corte Constitucional estaría habilitada para invalidar aquellas reformas que se tramiten por la asamblea por fuera del periodo fijado en la ley... dispone la norma citada que a partir de la elección de una asamblea constituyente *quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución*. .. durante ese periodo, el Congreso carece de competencia para adelantar una reforma constitucional por la vía del acto legislativo, y cualquier actuación en esa dirección sería objeto de control por la Corte Constitucional.⁶⁰

42 Destaco uno de los problemas jurídicos que formula la Corte: ¿Se produjo un vicio de competencia del poder de reforma constitucional ejercido por el Congreso de la República, cuando en el párrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 3 de julio de 2003 se faculta al Gobierno Nacional para dictar un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones para las elecciones departamentales y municipales siguientes, si el Congreso no reglamenta la materia a más tardar tres meses antes de su realización, en la medida en que tal habilitación equivale a sustituir el principio de separación de los poderes, en concordancia con el principio democrático y el principio de reserva de ley, tal como ellos han sido plasmados en la Constitución de 1991?⁶¹ La Corte resuelve el problema, inicialmente, desarrollando el concepto de sustitución de la Constitución y reitera la jurisprudencia de las sentencias C-551 de 2003 y C-1200 de 2003. Luego, señala la metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución, que, había formulado en la sentencia C-970 de 2004, aunque no la cita. Con base en este criterio, analiza si el acto demandado sustituye o reemplaza la Constitución de 1991, en términos generales, y específicamente respecto a la separación de poderes como elemento definitorio que identifica la Constitución. Frente a la sustitución, en términos generales, dice la Corte:

... el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶¹ Corte Constitucional, *Ibíd.*

normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, *per se*, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución...⁶²

En cuanto a la sustitución específica, señala:

...el constitucionalismo contemporáneo admite la legislación delegada, sin que pueda afirmarse que, *per se*, ella resulte contraria al principio de separación de los poderes. Así, si bien, un esquema rígido de separación de poderes conduciría a una proscripción de la delegación de facultades legislativas en el gobierno, en un esquema flexible, tal delegación es posible en el ámbito de las condiciones que para el efecto se establezcan en la Constitución.⁶³

Para la Corte, la delegación de competencias que hace la reforma, no despoja las facultades legislativas al Congreso, a favor del ejecutivo, sino que se asigna tal función de manera temporal, solo en caso de que el Congreso no alcanzare a realizar la reglamentación. Además, advierte que la capacidad del Congreso para modificar los decretos, que en ejercicio de la delegación llegase a dictar el Presidente, se mantiene intacta. Concluye que el acto legislativo no sustituye la Constitución porque la comparación de la configuración de la separación de poderes, como elemento definitorio de la Constitución de 1991, con la norma demandada, muestra fácilmente que ésta no sustituye tal elemento porque no lo cambia por uno diferente, sino que establece una excepción, puntual y armónica con el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que le dan efectividad.⁶⁴ Así, determina que la separación de poderes sí es un elemento definitorio de la Constitución pero que la reforma realizada cabe dentro de un esquema flexible de este principio, y por lo tanto no se configuró una sustitución de la Constitución.

⁶² Corte Constitucional, *Ibíd.*, fundamento jurídico 5.

⁶³ Corte Constitucional, *Ibíd.*, fundamento jurídico 5.2.1.1

⁶⁴ Corte Constitucional, *Ibíd.*

Los mismos magistrados que salvan su voto en la sentencia C-970 de 2004, se apartan de la decisión mayoritaria de la Corte en la sentencia C-971 de 2004. Sus razones coinciden en ambos fallos. Destaco algunos apartes del salvamento a la sentencia C-971 de 2004 :

...Queda entonces así demostrado que el parágrafo transitorio del Acto Legislativo No. 1 de 2003 afecta principios y valores esenciales de la Constitución Política porque desconoce la separación de las ramas del poder en un Estado Democrático, lo que significa que el Congreso de la República como constituyente derivado actuó sin competencia para expedir esa norma, pues si bien es verdad que tiene atribuciones para reformar la Constitución, su competencia para el efecto no es omnimoda, sino limitada por tratarse de un poder constituido, diferente precisamente por eso del constituyente primario, desconoce la separación de las ramas del poder en un Estado ...

En el presente año se han proferido tres pronunciamientos sobre demandas contra actos reformativos de la Constitución: las sentencias C-242, C-332 y C-786 de 2005. En la primera, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur, se resolvió la demanda contra el artículo 2 del Acto Legislativo No. 01 de julio 1 de 2003 “por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”. La norma dispone: “Artículo 2º. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así: (...) Parágrafo transitorio 1º. Los partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica reconocida actualmente y con representación en el Congreso, conservarán tal personería hasta las siguientes elecciones de Congreso que se realicen con posterioridad a la promulgación del presente Acto Legislativo, de cuyos resultados dependerá que la conserven de acuerdo con las reglas dispuestas en la Constitución”. La Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos, en atención a que:

...i) la acusación por sustitución de la Constitución se formuló de manera genérica y sin cumplir con la carga argumentativa mínima necesaria para su estudio; ii) en la demanda se plantean cargos por violación material de artículos específicos de la Constitución respecto de los cuales, la Corte carece de competencia; iii) tampoco se sustentó la acusación por la supuesta vulneración del principio de unidad de materia de la norma demandada y iv) la acusación por el supuesto incumplimiento del mandato superior que exige ocho debates se formuló de

manera genérica y sin cumplir con la carga argumentativa necesaria para su estudio...⁶⁵

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

En la sentencia C-332 del 4 de abril de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se decidió sobre la constitucionalidad del artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 2003. La Corte declaró su inexecutable por considerar que se violó el trámite previsto para la reforma constitucional mediante acto legislativo. No se formularon cargos por sustitución de la Constitución. Finalmente, en la sentencia C-786 del 22 de julio de 2005, se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2003. Con la ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2005. El accionante no presentó cargos por sustitución de la Constitución, sino violación del trámite del acto legislativo.

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

Análisis cualitativo y cuantitativo de la jurisprudencia constitucional

El siguiente cuadro ilustra cuál ha sido el comportamiento de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la reforma a la Constitución, desde

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2005. M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

el 2003 hasta la fecha. Se incluyen las sentencias en donde la Corte se pronuncia respecto a cargos por sustitución de la Constitución y otras demandas contra actos reformativos a la Constitución. Debe señalarse que se incorporan las decisiones sobre las demandas, de manera general, sin discriminar los artículos o apartes de normas acusadas o declaradas inconstitucionales. De igual manera, las sentencias en donde la Corte decide estarse a lo resuelto en fallos anteriores, para este propósito, se clasifica su exequibilidad según las sentencias a que refieren.

Sentencia	Magistrado(s) Ponente(s)	Cargos por sustitución de la Constitución	Inconstitucional por Sustitución	Inconstitucional por cargos diferentes a la sustitución
C-551 de 2003	Eduardo Montealegre Lynett	No. Es control automático	_____	SI
C-966 de 2003	Marco Gerardo Monroy Cabra	NO	NO	NO
C-1092 de 2003	Alvaro Tafur Gálvis	NO	NO	SI
C-1200 de 2003	Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil	SI	NO	NO
C-013 de 2004	Marco Gerardo Monroy Cabra	NO	NO	NO
C-313 de 2004	Jaime Córdoba Triviño	NO	NO	SI
C-463 de 2004	Alfredo Beltrán Sierra	NO	NO	SI
C-572 de 2004	Rodrigo Uprimny	SI	NO	NO
C-753 de 2004	Clara Inés Vargas Hernández	NO	NO	NO
C-757 de 2004	Clara Inés Vargas Hernández	NO	NO	NO
C-668 de 2004	Alfredo Beltrán Sierra	SI	NO	SI
C-816 de 2004	Rodrigo Uprimny y Jaime Córdoba Triviño	SI	NO	SI
C-817 de 2004	Jaime Córdoba Triviño	SI	NO	SI
C-888 de 2004	Clara Inés Vargas Hernández	SI	NO	NO
C-970 de 2004	Rodrigo Escobar Gil	SI	NO	NO
C-971 de 2004	Manuel José Cepeda Espinosa	SI	NO	NO
C-973 de 2004	Rodrigo Escobar Gil	NO	NO	NO
C-1000 de 2004	Manuel José Cepeda Espinosa	NO	NO	NO

C-1039 de 2004	Alvaro Tafur Gálvis	NO	NO	NO
C-1121 de 2004	Clara Inés Vargas Hernández	NO	NO	NO
C-242 de 2005	Alvaro Tafur Gálvis	SI	NO	NO
C-332 de 2005	Manuel José Cepeda Espinosa	NO	NO	SI
C-786 de 2005	Humberto Sierra Porto	NO	NO	SI

Conclusiones

1. Los límites a la reforma de la Constitución dependen del concepto de Constitución que se defienda. En el constitucionalismo contemporáneo es evidente que las Constituciones son rígidas no solo por los requisitos que la norma establezca para su reforma (mayorías, trámite complejo, etc.) sino por la interpretación que los jueces constitucionales hacen de las cláusulas pétreas explícitas o de las implícitas (los derechos fundamentales, por ejemplo). Estas últimas son las que generan el mayor debate debido a que implican un amplio margen de interpretación para el Juez Constitucional.

2. La Corte Constitucional considera que la Constitución no establece cláusulas pétreas pero sí límites implícitos a la facultad de reforma de la Constitución por el Congreso. Estos límites se denominan *vicios de competencia* que autorizan a reformar la Constitución pero no a sustituirla.

3. Según la jurisprudencia, se puede formular el cargo de sustitución de la Constitución para demandar un acto legislativo. Para que este prospere el demandante debe señalar la razón por la cual considera que existió un vicio de competencia que llegue a determinar la sustitución de la Constitución. La Corte es exigente para evaluar este cargo. Esto podría interpretarse como una forma de hacer más gravosa la carga argumentativa para el accionante, a quien se le exigen competencias jurídicas cuando la Constitución lo considera bajo la categoría ciudadano. También podría entenderse como una estrategia para mantener el respeto por la facultad de reforma constitucional en cabeza del órgano representativo, y en últimas por las mayorías democráticas.

⁶⁸ Se incluyen los fallos inhibitorios.

4. El “*test de sustitución de la Constitución*” tiene como características: es un juicio sobre la competencia del órgano que reforma; se requiere enunciar los aspectos que definen la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos; debe establecerse el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios de la Constitución; se deben contrastar las premisas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala, es decir verificar si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente. El desarrollo de los pasos de este Juicio de Sustitución es aún incipiente en la jurisprudencia constitucional. Puede interpretarse que la Corte Constitucional conserva un margen de discreción para interpretar algunos de los elementos de este *Test* con el fin de evitar la petrificación del orden constitucional. A la vez, podría ser un instrumento peligroso en manos de un Juez Constitucional activista, que por esta vía podría convertirse en constituyente.

5. Después de la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional ha resuelto 22 demandas contra actos legislativos. En 9 oportunidades los accionantes han formulado cargos por sustitución de la Constitución. En ninguna de las sentencias se han concedido estos cargos. En todas las acciones promovidas, la Corte ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución.

6. El análisis de las 9 sentencias en donde los demandantes formulan cargos por sustitución de la Constitución, permite apreciar que la Corte Constitucional ha mantenido una posición respetuosa de la función constituyente del Congreso y de su libertad para configurar la reforma constitucional. Así lo demuestran, tanto los requisitos que exige a los demandantes en la formulación del cargo de sustitución, como en la sólida estructuración de la carga argumentativa que demuestre la sustitución de la Constitución. Esta es una forma de auto-restricción judicial.