



COLOQUIO

José Gregorio Hernández Galindo – Gonzalo Ramírez Cleves – Diego Fernando Tarapués Sandino – Giovanny Sánchez Espinosa – Mayra Alejandra García – Gustavo Adolfo Millán – Aderson Realpe Araujo

«REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y CONTROL CONSTITUCIONAL A LA REFORMA»

LOS PARTICIPANTES

N. de la R.

En esta ocasión nos acompañan en el coloquio de ELEMENTOS DE JUICIO, Revista de temas constitucionales, tres profesores constitucionalistas y tres integrantes de los semilleros universitarios de investigación, quienes, a partir de un foro académico en temas de Derecho Público llevado a cabo en la Universidad Santiago de Cali el 4 de noviembre de 2008, han disertado profundamente sobre la naturaleza y la razón de ser de las reformas constitucionales, precisando los pro y los contra de los diversos límites que tanto en materia de reforma como en materia de revisión constitucional a las reformas, se surten en el contexto jurídico-político colombiano.

Propiamente están con nosotros en este espacio académico el Dr. Gonzalo Ramírez Cleves, quien es doctor en Derecho Constitucional y profesor de la Universidad Externado de Colombia, autor del libro «Límites de la reforma constitucional en Colombia»; el Dr. Diego Fernando Tarapués Sandino, quien es politólogo y abogado experto en temas de justicia constitucional, los cuales, junto al Dr. Giovanny Sánchez Espinosa –también presente– se desempeñan como profesores de la Universidad Santiago de Cali. De igual forma, participan en esta disertación los estudiantes de esa misma institución Mayra Alejandra García, Gustavo Adolfo Millán y Aderson Realpe Araujo, que pertenecen al semillero de investigación en Derecho Constitucional «Tulio Enrique Tascón».

Modera el Coloquio nuestro Director, Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

EL COLOQUIO

JGHG: Creo que podemos comenzar por dos afirmaciones que quisiera poner en debate. La primera: «Reformar la Constitución es algo que necesariamente debe estar incluido como posibilidad en toda Constitución». Y ello por cuanto una constitución irreformable es una constitución que fracasa porque, en un momento determinado de la historia del pueblo correspondiente, los hechos pueden desbordar la letra y el espíritu mismo de ese ordenamiento. Entonces, la Constitución -rezagada frente a esos hechos, de carácter social, económico, político- definitivamente claudica. La segunda: «Pero, a la vez, una constitución necesita un tiempo de permanencia, de aplicación, de vigencia, porque, si no se respeta un mínimo de estabilidad de la Constitución entonces ella, finalmente, se convierte en lo que aquí denominamos «colcha de retazos»». ¿Cómo encontrar el justo medio entre esas dos situaciones extremas?

GRC: Yo creo que es importante reformar la Constitución porque, como usted dice, es indispensable que la realidad se adapte a la norma y que la normatividad no se quede rezagada frente a la realidad.

JGHG: Sí, se necesita que la norma se adapte a la realidad...

GRC: Exactamente. Pero hay que ver también lo que usted dice: que una constitución que se reforma constantemente, nunca sus instituciones van a encontrar una raíz fuerte, ni se van a lograr fortalecer. Es importante entonces tener ese equilibrio entre una Constitución que permita la reforma, pero a su vez que permita que se fortalezcan las instituciones que pretende esa Constitución fundar.

JGHG: ¿Quién y en qué momento debería trazar la línea diferencial para lograr ese equilibrio?

GRC: Pues yo creo que la labor, en un primer momento, de la democracia está representada en el Congreso y puede ser a través de éste la primera forma de ver cuáles son las reformas necesarias, pero también tendría que participar la jurisdicción o el juez constitucional en velar por aquellos elementos estructurales de la Constitución que son básicos para hacer que esta Constitución no pierda sus características.

DFTS: No obstante, se entraría como en una encrucijada. Porque la Constitución es un proyecto estructural que implica desarrollo; no es algo contingente, coyuntural o momentáneo, sino que implica todo un desarrollo normativo y frente a ello se presenta una encrucijada en donde se tiene que respetar la permanencia de esas disposiciones constitucionales y a su vez adaptarla a los cambios sociales. Entonces, hay que prever en qué medida una reforma verdaderamente no vulnera

o desconoce dicha esencia, que se ha planteado en la Carta Política. Se precisa así mismo definir quién establecerá los parámetros y en qué medida, pues el juez constitucional permite el desarrollo de la Carta y sus valores y principios por medio de su jurisprudencia y en ese sentido no hay que dejar todo en manos del reformador directo de la Constitución.

Entra, por tanto, el debate acerca de los límites y los alcances del control de constitucionalidad frente a dichas reformas constitucionales y más aún frente a la legitimidad, los alcances y la naturaleza de la reforma que puede aprobar el órgano facultado para ello, comprendido como un constituyente derivado o como un simple poder de reforma constitucional. En donde, nuevamente, entraríamos en otra encrucijada.

JGHG: Bueno, pero ahí viene precisamente el problema más difícil de resolver que es este: desde el punto de vista de los límites que se consagran para el poder de reforma -que técnicamente es poder de reforma y uno no podría sostener que es propiamente un poder constituyente-, si no se prevén límites sustanciales, ¿el órgano constituido que reforma la Constitución la puede cambiar toda, sin restricciones? Hay constituciones que sólo circunscriben los requisitos de reforma a los aspectos formales, como la Constitución colombiana -que no establece unos límites materiales o sustanciales, es decir, no dedica un sólo artículo a prohibir que determinada norma se modifique en ejercicio de ese poder de reforma y en cambio sí establece unas exigencias de trámite-. Así, cuando solamente se han establecido requisitos de carácter formal, la pregunta obligada es: ¿El poder de reforma hasta dónde puede llegar? ¿Sin límites materiales, se convertirá en un poder constituyente?

GRC: Al respecto, yo considero que es importante hacer la diferenciación entre el poder constituyente y el poder de «revisión» que hiciera Sieyès, con la identificación de esas dos figuras porque una cosa es «hacer una Constitución», una norma jurídica que va a fundar una nueva unión política y jurídica, y otra cosa es revisar esa Constitución, según las necesidades de la sociedad. Esos dos elementos deben diferenciarse. Ahora, si la Constitución establece simplemente que hay una serie de exigencias formales, o más bien que en el caso de la revisión constitucional, las cortes o tribunales solamente podrán conocer aspectos formales -como en la Constitución colombiana-, pensaría que esos dos elementos se confundieran en una sola figura...

JGHG: ...¿Constituyente y poder de reforma...?

GRC: ...Poder Constituyente y poder de reforma se confundieran. Entonces, si el poder de reforma que está en nuestra Constitución representado en el Congreso, por ejemplo, se confundiera con el Constituyente.

JGHG: ¿El Congreso en Colombia es Poder Constituyente?

GRC: Sería problemático en el momento en que se pensara que sólo se pudiera controlar por vicios formales las reformas que haga el poder de revisión. Considero yo que es indispensable mantener la diferenciación entre Poder Constituyente y poder de revisión. No podría convertirse el poder de revisión en Poder Constituyente. Cuando uno elige a un congresista o a un parlamentario pienso que lo que está eligiendo es una persona que va a hacer leyes pero no que va a hacer una Constitución.

DFTS: Completamente de acuerdo porque hay que tener presente que esa facultad que se le permite al Congreso de reformar la Constitución pasa a ser un poder o función más de aquellos poderes constituidos por el Constituyente y por lo tanto en ningún momento puede entrar a reemplazarlo o suplantarlo. Del mismo modo, desde el punto de vista de la justicia constitucional: desde que revisan la constitucionalidad de dichas reformas, es un punto bastante álgido y problemático entre uno y otro nivel.

JGHG: Pero en el caso de Colombia es un hecho. Un hecho, creado por la jurisprudencia, que desde luego no me parece negativo. La Constitución colombiana, antes de las jurisprudencias recientes de las Corte Constitucional, del año 2003 en adelante (Sentencia C-551, sobre la Ley que convocaba el referendo de ese año), consignaba en su texto (artículos 241-1 y 379) que la Corte Constitucional sólo ejercerá un control de carácter formal en el caso de reformas constitucionales de carácter puramente formal, por lo cual se entendía que está prohibido a la Corte entrar en el análisis de fondo o material. Después de esa jurisprudencia, en que la Corte acoge la tesis de los límites tácitos al poder de reforma, reclama su competencia para declarar inexecutable una reforma constitucional que en realidad, al afectar la esencia de la Constitución, la esté sustituyendo por otra.

ARA: El problema entonces creo que se plantearía ahí, viendo la sentencia del referendo, que es donde la Corte se aparta de esa competencia formal que tiene y, dando una «vuelteca», llega a revisar un problema de competencia, pues dice que el Congreso no es competente para cambiar la Constitución. La pregunta que surgiría entonces es: ¿la Corte Constitucional fue más allá de la Constitución; digo, más allá de la competencia que le dio la Constitución?

DFTS: Es que no habría claridad en ambos sentidos. Me parece que la Constitución del 91 no contempla ni siquiera los límites propios del reformador de la Constitución (no hablemos de «Constituyente derivado» sino que hablemos de «reformador»), ni tampoco los límites del que revisa dicha reforma...

JGHG: No... ¡esos sí los establece! Al menos, en la letra de los preceptos.

DFTS: No... me parece que propiamente no los establece.

JGHG: ...los establece diciendo que la Corte no puede entrar sino en la forma.

DFTS: ... ¡Claro! Pero, entonces, mire cómo se da este problema de la C-551 de 2003 y de otras varias sentencias al respecto que han creado dicha tesis de la teoría de los vicios de competencia...

JGHG: ...y la 1040, sobre el Acto Legislativo de reelección.

DFTS: ...completamente... ¿Entonces, qué ha hecho la Corte al respecto? Reconozco que en el 241, numeral 1, pues sí se establece que la Corte debe atender a las demandas de inconstitucionalidad que propongan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución...

JGHG: ... ¡sólo!...

DFTS: ...sólo por vicios de forma... No obstante, le digo eso porque coloca un límite pero que no se ha aplicado con claridad. Qué pasa si lo comparamos con los demás ordenamientos constitucionales como el de Chile, donde está expresamente esta facultad. Pues bien, en el Derecho comparado se distinguen tres funciones claras de los tribunales constitucionales: el control de constitucionalidad, la protección de derechos a través del recurso de amparo o tutela y el dirimir conflictos de competencia, y dentro de las atribuciones dadas en el ejercicio del control de constitucionalidad cuando se hace a los actos reformativos siempre se suele especificar, como en el caso chileno, hasta cuándo se puede revisar por vicios de forma y hasta qué punto se puede revisar la constitucionalidad por cuestiones materiales o de fondo. En ese caso y obviamente también en aquella potestad de dirimir conflictos de competencias constitucionales, que constituye una tercera atribución de los tribunales constitucionales, en el caso colombiano no se refleja en el texto constitucional en ningún lado. Al respecto, considero que la Corte Constitucional frente a este vacío en particular ha querido adoptar la tesis de los vicios competenciales, por así decirlo, formalizándolo dentro de aquellos aspectos de su competencia adscritos a aquella atribución que remite al mero procedimiento en la revisión de inconstitucionalidad de aquellos actos que reforman la Constitución. Es decir, se ha querido brindar facultades que no le ha dado el Constituyente...

JGHG: ... pero que las ha adquirido por vía jurisprudencial...

DFTS: ...pero no solamente podemos anotar esto en lo que tiene que ver con el control de constitucionalidad de las normas, sino también respecto a la función de dirimir conflictos de competencias institucionales ¿por qué?, porque el conocer de conflictos de competencias constitucionales es otra atribución diferente,

que en el caso suramericano lo tienen los tribunales constitucionales chileno, ecuatoriano, boliviano y peruano. En ese sentido considero que en Colombia se ha querido tomar esa función ajustándola a partir de aquella otra función, es decir, meter el conflicto de competencias dentro del control constitucional, obviamente por parte de la Corte Constitucional.

JGHG: Aquí debo recordar que la Corte Constitucional colombiana sí resuelve sobre conflictos de competencia, pero en los casos de acción de tutela en que dos o más jueces o tribunales de distinta jurisdicción reclamen o rechacen competencia para fallar. Allí, a diferencia de lo que ocurre en los demás asuntos, los conflictos de jurisdicción no lo resuelve la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Lo hace la Corte Constitucional. Cuando el conflicto surge dentro de la misma jurisdicción, decide el superior común. Pero, desde luego, usted tiene razón en que la Corte no decide sobre conflictos sobre otras competencias constitucionales, menos todavía acerca de quién debe reformar la Constitución.

ARA: A mí me parece que es necesario que la Corte de pronto se invente, por decirlo de esa forma, otro límite...

JGHG: ...un camino para llegar a su competencia...

ARA: ...sí, porque si no lo tiene llega a ser Poder Constituyente que crea, modifica y cambia la Constitución como quiera.

MAG: Yo quería retomar las palabras iniciales de ustedes cuando decían que toda Constitución necesariamente tiene que traer -o explícita- la posibilidad de reformarse ella misma. Porque, de lo contrario, llega a colapsar. Pero también teniendo en claro que cuando no se justifican muchas reformas termina eso afectando a la misma Constitución inicial. Ahora bien, yo pienso que sí, que en toda reforma que se haga a una norma constitucional se debe tener presente unos límites, pues considero que hay reformas constitucionales que tienen un mayor impacto en la estructura misma del Estado. Por lo tanto, esas normas constitucionales cuya modificación tiene un mayor impacto deben tener un mayor límite para ser reformadas; entonces yo plantearía una solución en donde tiene que haber unos límites generales a la reforma constitucional, pero en casos como el de la reelección presidencial, que tengan un impacto mucho mayor dentro del contexto de nuestro Estado, entonces tiene que tener un mayor número de límites...

JGHG: ¿...formales?

MAG: ...en principio serían formales, para cuestiones de trámite, pero yo pienso que posteriormente deben tener contenido de fondo, y en ese caso me

parece que el competente para establecer esos otros requisitos sería el Juez Constitucional.

GAM: Pero entonces estaríamos apuntando a un tercer ente, a una tercera corporación si podemos denominarlo de esa manera, que sin ser el Constituyente Primario; sin ser Constituyente Derivado; sin tener esa legitimidad como la tiene el Primario, ni esa representación, como la tiene el Secundario,... ese tercer ente fijaría unos límites sin tener legitimidad y sin ser el soberano o el que tenga la verdadera representación en ese sentido.

JGHG: Es decir, a usted le preocupa el origen del poder del Juez Constitucional. Porque ese tercer ente sería la Corte Constitucional y derivaría su poder... ¿de dónde?

GRC: ...yo creo que se derivaría su poder del principio de supremacía de la Constitución.

JGHG: ...por cuanto su función es ser guardián de la Constitución.

GRC: ...yo creo que, por la literalidad de las normas, se entiende que sí, que la labor de la Corte Constitucional es revisar a través de los vicios formales pero cuando se trata de reforma, pero no cuando se trata de cambio o de destruir una Constitución.

JGHG: ¿...o de sustituir una Constitución?

GRC: ...sí, sustituir una Constitución por otra, cuando lo cierto es que no se dice exactamente en la Constitución qué hacer en esos casos. La experiencia constitucional ha mostrado que muchas veces, principalmente en el nazismo y en la época de los totalitarismos fascistas, por ejemplo en Italia, a través de reformas constitucionales cambiaron un régimen democrático por uno totalitario. Esta posibilidad, en un sistema democrático donde todavía la mayoría puede ir en contra de los derechos de la minoría, debe tener una respuesta dentro del Derecho Constitucional y yo creo que esa teoría que ha utilizado la Corte, aunque ha hecho una interpretación muy exigente de las mismas normas constitucionales, es provechosa, sobre todo para proteger el principio de supremacía de la Constitución y hacer la diferenciación -que me parece saludable en un sistema constitucional que se quiere conservar- entre el poder de reforma y Poder Constituyente.

JGHG: Yo le he formulado muy respetuosamente una crítica a la Corte Constitucional en cuanto ella en la sentencia relativa al referendo y después en la que dictó sobre la reelección, no ha llamado las cosas por su nombre. Ella ha asumido esa competencia -de fallar sobre los que llama límites competenciales, y decidir si se afecta con una enmienda constitucional la esencia de la Constitución-, y lo

ha hecho inclusive «torciéndole un poco el cuello a la misma preceptiva constitucional» —que limita su función expresamente a resolver sobre los aspectos formales (arts. 241-1 y 379 C.Pol.)-. Pero yo no la he criticado por eso; a mí me parece, al contrario, que es un avance muy grande que la Corte Constitucional —como, a decir verdad, no lo hicimos en la época en que fui Magistrado, pues hay que reconocer a los magistrados actuales ese valor— haya asumido esa competencia. La he criticado es por otro motivo: porque, siendo muy positivo y muy legítimo y propio de su genuina función que ella tome en serio su papel de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, con el objeto de impedir que el Congreso cambie una Constitución por otra (la del 91 por una cualquiera que se inventen, o por la de 1886, que tiene a algunos tan nostálgicos), y de preservar el verdadero espíritu, los contenidos esenciales y los fundamentos de la Constitución, es lamentable que ella no diga con franqueza lo que está haciendo, sino que lo disfrace, que «le dé la vuelta».

En efecto, debería reconocer que hace un estudio de fondo cuando mira si se está sustituyendo o no una Constitución por otra. El límite competencial es, en realidad, un límite de fondo. Y el estudio correspondiente es sustancial, pues compara contenido con contenido.

Entonces, uno encuentra que la Corte advierte por ejemplo en la sentencia de la reelección: «no, yo no voy a entrar a estudiar los aspectos materiales sólo voy a estudiar los formales. Ah! y voy a estudiar lo de la competencia del Congreso para reformar la Constitución, pero evidentemente, como ustedes pueden haberse dado cuenta en el fallo sobre la reelección, la Corte Constitucional, so pretexto de analizar la competencia del Congreso (para ver si se estaba o no sustituyendo una Constitución por otra), entra al fondo mismo de la reforma y al contenido. Porque ¿cómo se mira desde la perspectiva de la Corte esta competencia?: examinando cuál es la esencia de la Constitución, y si con la reforma se está afectando la esencia de la Constitución y si se la está cambiando por otra, para concluir que, si es así, entonces no es competente el Congreso, pero que, si simplemente se trata de una revisión que no comporta entrar en la esencia de la Constitución, es válida la reforma. Y, según el caso, declara la inexequibilidad o la exequibilidad.

Pero, desde luego, para yo saber cuál es la esencia de algo tengo que efectuar un análisis de fondo. Porque, si no,... ¿cómo voy a saber cuál es la esencia, si la esencia misma es, por su definición, aquello sin lo cual un determinado ser deja de ser lo que es y pasa a ser otro? Algo sustancial, material, de fondo. De modo que, con todo respeto, me parece que la Corte debería asumir la responsabilidad de haber dado un nuevo contenido a su competencia de control, por vía jurisprudencial, y decir, como guardiana de la integridad de la Constitución: «yo, a pesar del texto del artículo 241, numeral 1º y sobre la base de que tengo a mi cargo la defensa

de la Constitución, en desarrollo de mi tarea y justificación básica de preservar la esencia de la Constitución que definiendo, emprendo el análisis de toda reforma frente a la esencia de la Constitución». Ello, adoptando como la Corte adopta en efecto, la tesis aquella de los límites implícitos del poder de reforma, que son los que algunos autores han desarrollado, con los cuales también coincido.

Yo creo, en fin, que la Corte no puede esconder que entra en el fondo. En el caso de la reelección yo lo vi muy claro, porque la Corte consideró que la reelección no modificaba la estructura esencial del Estado, que no impedía los controles, que evidentemente se conservaban unos lineamientos de igualdad (que yo no sé dónde los encontró, pero ella dijo que las ventajas del candidato-Presidente sobre los otros candidatos no violaba la igualdad), llevó a cabo un análisis de fondo y no simplemente de competencia. Y así como concluyó en la exequibilidad, ha podido llegar a la inexequibilidad, según el criterio de los magistrados sobre la esencia de la Constitución.

Esa es la única crítica que yo le tengo a la Corte. El que comentamos me parece un avance muy importante, pero la Corporación debió decirlo sin rodeos, para asumir verdaderamente la defensa de la Constitución; no sería la primera vez que un juez constitucional asume competencias sin que se la esté dando la norma constitucional. Al respecto, no es sino recordar el fallo del juez Marshall en 1813 en los Estados Unidos, en el caso de *Marbury vs. Madison*.

GAM: Pero entonces...¿dónde podemos encontrar esa «chispa» que le da vía libre a la Corte Constitucional para manifestar cuáles son los límites competenciales de ese constituyente derivado en el ejercicio de ese poder de revisión...? Y...¿hasta dónde puede llegar ese Congreso de la República para el caso colombiano o ese Parlamento para realizar una reforma?...

JGHG: Queda depositado, creo yo, en cabeza de la misma Corte, el poder de definición, inapelable, sobre los límites materiales del poder de reforma.

Aquí en Colombia me parece a mí que en el año 2005, cuando se falló sobre el Acto Legislativo N° 2 de 2004, todo el mundo emocionado por el hecho de que se reeligiera o no se reeligiera al presidente Uribe –con nombre propio, alejándonos del carácter abstracto que debe tener toda reforma-, no nos dimos cuenta de que –mirando las cosas bajo una perspectiva política, ya no jurídica sino política, en el buen sentido del término- el poder de reforma pasó en últimas a la Corte Constitucional, porque lo tiene en teoría el Congreso, pero eso que haga el Congreso estará siempre supeditado a que sea la Corte Constitucional la que le trace la línea, y repito, así como dijo que era exequible el Acto Legislativo de la reelección por los aspectos dichos, habría podido decir lo contrario. De modo que, en definitiva, todo depende del enfoque de los magistrados, de sus convic-

ciones. No sería lo mismo el fallo que adoptó esta Corte en materia de reelección al que hubiera adoptado la Corte anterior, o quién sabe la Corte del futuro, ésta que se encuentra en pleno proceso de conformación.

GRC: Yo considero que este es el gran problema de esta teoría de los límites y en general de los límites materiales, como ya se había dicho. Ahora se convertirá entonces la Corte en un gran órgano sui generis para decir qué es lo que se puede reformar o qué no. En eso es importante tener claro cuáles son las definiciones, o mejor la definición, de Constitución. Creo yo que esas definiciones que se dieron desde el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que toda sociedad parte de una Constitución que debe dividir poderes y debe proteger derechos, o, si no, carece de Constitución.

JGHG: ¡No hay Constitución!

GRC: ... ¡No hay Constitución! Esa definición la debemos tener clara, o mejor, la Corte la debe tener clara para hacer el análisis de los límites y el aspecto de la supremacía.

Ahora, hay unos aspectos también que me parece a mí que se han convertido en preceptos esenciales, que pasan también a ser esenciales criterios sobre las reformas, desde el artículo primero de nuestra Constitución: como el Estado Social de Derecho, como la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales; la misma acción de tutela, que se ha pensado en reformarla, e incluso la misma Corte Constitucional. Porque son características básicas, son principios básicos de nuestra forma política, que no pueden ser derogados por cualquier mayoría que se presente en el Congreso so pretexto de la reforma.

JGHG: ¿Cómo saber cuáles?

GRC: Al principio será difícil, pero yo creo que servirá la tesis que ha acogido la Corte en estas sentencias de constitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad por sustitución o por falta de competencia del órgano reformador, analizando ahí los cargos que se le presentan. Por ejemplo: si por la reelección hubo vulneración de la división de poderes, si hubo vulneración al principio de igualdad y si hubo vulneración al principio de la conformación de los órganos del Estado, que es lo que se ha venido presentando como los principales problemas de esa figura; ya que al presentarse un Presidente con un periodo de más de cuatro años, en una Constitución pensada para cuatro años, pues aquel órgano nominador pasa también a nominar a los órganos que lo controlan. Ese principio, en el caso del control constitucional de la reelección no se tuvo en cuenta. No se vio qué se hizo, pero ya evidentemente, examinando hacia atrás lo ocurrido, lo que se muestra es que hay un problema constitucional contra el principio de la separación de poderes, que se

está vulnerando constantemente por este cambio que aprobó, y que implicó que se fortaleciera y concentrara todo el poder en el Ejecutivo...

JGHG: Me parece correcta esa metodología. Sin embargo, yo resalto la dificultad en la práctica, aunque suscribo la tesis de los límites implícitos. Yo presentaría un ejemplo: si soy congresista, como congresista veo un proyecto de reforma constitucional que han presentado diez de mis colegas, o que ha presentado el gobierno, o que proviene de iniciativa popular. Analizo el contenido. ¿Cómo se yo, como congresista, antes de votar, hasta dónde llega mi poder, que es lo que tu preguntabas. ¿Quién me traza la pauta? En últimas, hacia el futuro, a medida que el tiempo vaya pasando, y en la medida en que los fallos de la Corte Constitucional se vayan produciendo, voy a encontrar en la jurisprudencia de la Corte los límites. Por eso decía yo que la Corte es la que finalmente va a hacer la definición, desplazando al Congreso. Porque, entonces, el congresista va a decir: «En la sentencia sobre reelección se dijo que no se puede confiar la función legislativa a un órgano no elegido por el pueblo, como es el Consejo de Estado. Eso lo declaró inconstitucional la Corte, y por razones de competencia, que realmente fueron razones de fondo, y por ende, no puedo aprobar una reforma similar porque al hacerlo estoy sustituyendo la Constitución por otra». De la misma manera, sí podemos modificar lo de la reelección, pero miren ustedes que en este momento estamos en una polémica en el país acerca de si sería constitucional o no modificar la Constitución para habilitar un nuevo periodo de reelección del presidente Uribe; a pesar de lo que ya dijo la Corte, hay quienes están en este momento diciendo: «eso sería inconstitucional». Y la última palabra la dirá siempre la Corte en el caso concreto de una cierta enmienda, inclusive cambiando su propia jurisprudencia, y sus propios antecedentes, lo que la ubica como la titular real del poder de reforma.

DFTS: Pero si bien Dr. José Gregorio el mismo desarrollo jurisprudencial que realizará la Corte, es la que marcará, y de hecho ya marca, qué es lo que pertenece a esa esencia de la Constitución que lo hace inmodificable para que no exista dicha sustitución de la Constitución, ello implicaría entonces también una revisión y una reflexión constante por parte de la Corte a cada Acto Legislativo. Obligatoriamente se debe hacer ese test a partir de los principios y valores constitucionales que limitarían esos rasgos de esencia de la Constitución...

JGHG: ...pero hay que cambiar esos límites a medida que cambia la Corte, bien en sus integrantes –cada uno de los cuales tendrá su propio enfoque–, o bien en su jurisprudencia.

DFTS: Sí... pero que es lo que sucede...

GRC: ...pero ahí es importante saber cuál es el objetivo con lo que tiene que ver con la técnica de la vinculación al precedente, y lo que usted explicaba en la

conferencia¹: ¡bueno! si ya se ha dicho que el principio de separación de poderes, al menos en esa primera declaratoria, fue violado al otorgar funciones judiciales al Consejo de Estado, pues esa es una violación evidente al principio. Ese precedente, en un caso posterior similar, se tiene que conservar, o si no...

JGHG: ¡debería!

GRC: ...eso sería buscar cuáles son los límites del órgano, de la Corte Constitucional, en su función de interpretación de la Constitución. No solamente en el tema de la reforma de la Constitución, se ha venido creando una serie de test de razonabilidad y de mecanismos que logren limitar a la Corte Constitucional en su actividad de interpretación. La vinculación al precedente; el seguir esos test de razonabilidad; el buscar cuáles son los principios y valores fundamentales que vaya estableciendo a través de sentencias, me parece que puede ser la fórmula para buscar cuáles son las limitantes de la misma Corte en esta labor.

DFTS: Dr. Gonzalo Ramírez: yo comparto eso. Y creo que el precedente obviamente no se puede marginar y se tiene que hacer cumplir para futuros casos que reúnen estas condiciones. No obstante, lo que yo reitero es lo siguiente: es que en cada acto legislativo debe ejercerse dicho test. ¿Por qué? Porque es sólo en los casos que han sido bastante polémicos, y que mucha controversia han generado, en los que, a partir de las controversias, se ha impulsado la discusión de los vicios de competencia. Pero, por ejemplo, en el Acto Legislativo 01 de 2003, de reforma política y electoral, se estableció un umbral requerido para conservar la personería jurídica de las organizaciones partidistas, lo cual -creería yo en principio- contraría aquel postulado de una democracia participativa y pluralista -un gran avance de la Carta del 91, al transitar de aquel modelo de la Constitución del 86, circunscrita a dos partidos políticos, pasando a que se amplíen las organizaciones partidistas y los movimientos políticos-. De repente, ese Acto Legislativo establece un umbral, restringiendo e impidiendo la ampliación de organizaciones partidistas, porque «se complejiza» el sostenimiento de su personería jurídica. Inclusive ahora, en la actual reforma política que se debate en el Congreso de la República, se quiere elevar más aquel umbral que se ha asociado con el sostenimiento de la personería jurídica de los partidos y, ni en dicho Acto Legislativo 01 de 2003, ni en esta propuesta de reforma, se ha dado el debate acerca de si semejante regla restrictiva sustituye o no sustituye la Constitución. Es decir, no nos hemos preguntado si esas modificaciones están o no están contrariando el principio de la democracia pluralista. Entonces yo digo: es claro y preciso, para

¹ Conferencia dictada en la Universidad Santiago de Cali el 5 de noviembre de 2008 acerca de la jurisprudencia constitucional y el papel de la Corte Constitucional en la preservación de la Carta de 1991.

mí, que hay que aceptar aquella reiteración del precedente en los nuevos casos, pero además debemos forjar un test para definir a la Corte en cada caso, o sea en cada Acto Legislativo, en qué medida puede revisar y cuáles son esos elementos esenciales que debe evaluar en cada acto legislativo, porque ya los principios y valores constitucionales nos están demarcando un camino en donde habría que ser coherentes en toda ocasión.

ARA: A mí me surge una pregunta: ¿Es legítimo que la Corte Constitucional delimite o ponga los límites al Congreso para reformar una Constitución, por medio de sentencias, dentro de una democracia?

JGHG: Pero es que, como no hay unas normas... Según decíamos ahora, no hay unas disposiciones constitucionales que hagan esa delimitación de manera completa, a pesar de que le dice a la Corte que conozca únicamente sobre los aspectos de forma y a pesar de que, tratándose de poder de reforma, se establecen apenas unos límites formales y no materiales, no hay cláusulas pétreas. Pero la Corte debe preservar la Constitución. Es «la cuadratura del círculo». Sin embargo, el hecho cierto es que, cuando nos encontramos con la realidad, se nos aparece una situación que tiene que ser definida. ¿Y quién puede hacer la definición? La Corte en sus sentencias. La Corte Constitucional delimita hacia el pasado porque declara inexecutable lo que ella considera que implicó sustitución de la Constitución (el Congreso no estaba avisado), como en ese caso de la competencia del Consejo de Estado para dictar Ley Estatutaria.

Ahora bien, si el precedente valiera —que es lo deseable—, la Corte iría delimitando hacia el futuro, porque con el precedente está sentando las bases —guiando— para que la otra decisión, y las futuras decisiones posteriores, vayan por la misma línea. El problema que yo veo es el de que la misma Corte no respeta los precedentes, ese es su problema. La Corte no respeta los precedentes, ni los lineamientos doctrinales que acepta en casos anteriores, y les voy a decir un ejemplo. Les voy a traer el caso de unos meses después, apenas unos meses después de dictada la sentencia de la Corte en la cual falló sobre el referendo —la C-551 del 4 de julio de 2003— y sentó la tesis de los límites competenciales, dictó ella misma una segunda sentencia (la número C-1200, del 9 de diciembre de 2003); el ciudadano demandante en esta ocasión le planteaba a la Corte la inconstitucionalidad de alguna otra reforma, y la Corte, como dijeron los magistrados que salvaron el voto² (2), «se echó para atrás». ¿Y qué dijo la Corte? Que el ciudadano que

² El Magistrado Jaime Córdoba Triviño sostuvo en su salvamento de voto: “Se da un paso hacia atrás en cuanto se incrementan las exigencias impuestas al actor cuando su cuestionamiento se dirige contra un acto de esa índole”. Por su parte, el Magistrado Jaime Araujo Rentería expresó que, con la nueva determinación, “...la mayoría (de la Corte) escapa al arduo dilema que le imponía sostener la tesis planteada en la Sentencia C-551 de 2003”.

plantee que con la reforma se va a sustituir una Constitución por otra « tiene que demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma (la demandada) conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra». Con lo cual le impone una carga al ciudadano, una carga que no está establecida en el Decreto 2067 de 1991, ni menos en la Constitución. Es decir, el ciudadano en una acción pública de inconstitucionalidad, que es completamente informal, tiene que ser –al tenor de esa exigencia de la Corte– especializado en Derecho Constitucional, en Teoría Política y en Teoría del Estado, para poder demostrar que sí se está sustituyendo una Constitución por otra, y entonces el ciudadano que no es abogado o que no tiene estos grados de formación académica, jamás podrá defender su derecho a la Constitución.

Posteriormente la Corte dictó otro fallo, en el que siguió de para atrás, que fue el fallo relativo al Acto Legislativo número 2 de 2003 que fue conocido como el «Estatuto Antiterrorista». Yo creo que si el Dr. Tarapués decía hace un momento, *con toda razón, que el aumento del umbral tiene problemas de fondo frente a la esencia Constitución*, esta normatividad del «Estatuto Antiterrorista» sí que presentaba inconvenientes que hacían al Congreso incompetente para expedirla, porque inclusive, enfrentando algunas de las normas de ese «Estatuto Antiterrorista» con el bloque de constitucionalidad, no resistía el menor análisis (recuerdo a ese respecto un artículo del Dr. Alfonso López Michelsen en EL TIEMPO), en cuanto anulaba muchos derechos como, por ejemplo, el de reserva judicial para privar a una persona de la libertad o para las interceptaciones telefónicas, o para el registro domiciliario,... en fin..., y la Corte Constitucional.. ¿qué hizo frente a eso, habiendo tenido la oportunidad de declarar la inexecutable del Acto Legislativo por vicios de competencia, porque se estaba sustituyendo realmente la Constitución de 1991 por la de 1886? ¡Nos estaban devolviendo al artículo 28 de la Constitución de 1886, que fue derogado en el 91! La Corte, que ha debido entrar en ese estudio, no entró. Decidió simplemente decir que había un vicio de forma, que había faltado un voto en uno de los debates, por lo cual declaró la inexecutable del Acto Legislativo, y no dijo nada sobre el aspecto competencial. Entonces, la Corte Constitucional pareció avergonzarse de la sentencia anterior, de la C-551, y no le dio los efectos esperados a su propia determinación. A eso es a lo que me refiero cuando digo que la misma Corte no respeta los precedentes, *ni sus propios enfoques*, y por lo tanto, cualquier cosa que se establezca en esos precedentes pueden ser palabras vanas. Y no se defiende de manera genuina la Constitución. Observen que, al haber declarado la inexecutable del «Estatuto Antiterrorista» solamente por vicios de forma, como no es aplicable el artículo 243 de la Carta (cosa juzgada constitucional), nos arriesga a que el Gobierno -al que no le faltan ganas de hacerlo- presente de nuevo el texto, y a que vuelva a aprobarse, ya sin vicios formales.

GRC: Ya en lo último, creo que en lo de la vinculación al precedente se han venido haciendo unos avances y en esto de la posibilidad de que la misma Corte verifique si se cumplieron o no los precedentes, la posibilidad de hacer uso de la nulidad prevista en el artículo 47 del Decreto 2067 de 1991, o incluso, pues no en el caso de la Corte Constitucional, pero sí en los jueces de tutela, hacer viable la tutela contra providencias judiciales por no seguir el precedente. Yo creo que hay que fortalecer esa figura de poder demandar a la Corte porque no siguió su precedente, obligarla a que nos suministre razonamientos fuertes; para que explique y en últimas para que se someta a los fallos anteriores. Lo peligroso de esta serie de tendencias que se han dado, o de giros que ha dado la Corte en ese tema, es que ya se está dando una minoría, que se puede convertir en mayoría con la próxima elección de nuevos seis magistrados, contraria a la competencia de la propia Corporación. Ya hay ciertos magistrados que no consideran aceptable esta tesis de los límites tácitos.

MAG: Retomando las palabras de cada uno, pienso que la Corte Constitucional sí es la encargada de poner límites frente a las reformas constitucionales, pero, adicional a ello, considero que la Corte debe ser sujeta a una reforma constitucional... y es a la manera de cómo se eligen los magistrados de la Corte Constitucional. Es una reforma necesaria para evitar que posteriormente, como el problema aquí es el del precedente, todo cambie de manera abrupta. Hoy, todos estamos preocupados porque se van a ir seis magistrados de la Corte y entonces nos preguntamos: ¿quiénes son los que entran? Serán los magistrados del gobierno de turno, que obviamente guardarán la tendencia que tiene el gobierno actual. Pero, además de ello, es necesario también incluir los test que planteaba el Dr. Diego Tarapués, para hacer el análisis de esos límites a toda reforma constitucional.

GAM: Aunado a esa conclusión que hacía Mayra, resulta una inquietud en donde tenemos varios puntos producto de un irrespeto a ese precedente judicial. Además de la latente preocupación acerca de la transición en la conformación de la Corte Constitucional, se reconoce que en diversas ocasiones se está irrespetando el precedente. Por lo tanto, con esos antecedentes, podríamos pensar en la entrada de una nueva Corte de tendencia dirigida a una «regresión», a que los fallos -como consecuencia- sean regresivos y que se empiecen a ver unos pasos hacia atrás, dados por la misma Corte Constitucional que es la que debe dar los límites para la reforma constitucional.

JGHG: ¡Es el peligro del actual sistema! Creo que ese peligro es verdaderamente existente.

DFTS: Reflexionando sobre la reforma constitucional, de cómo colocar límites a la reforma constitucional y a la revisión de reformas constitucionales por medio de más reformas constitucionales, creo que la salida más oportuna es que

en una nueva Constituyente se tengan presentes todas estas experiencias, y generar desde ahí las pautas constitucionales desde el inicio y con claridad...

GAM: ¡Que el constituyente primario se manifieste!

GRC: Pues creo que es verdad, aunque no hay que ser fatalista frente a la situación actual de nuestra democracia. Hay que confiar en lo que ha sido la tradición democrática colombiana y en el fortalecimiento de las instituciones, desde la Academia, desde la ciudadanía, desde la sociedad civil, desde las mismas instituciones, haciendo valer lo que son sus funciones; lo que se ha presentado hasta ahora es un fortalecimiento evidente del Ejecutivo sobre las otras ramas. Eso tiene que ser pensado desde diferentes perspectivas y en distintos foros para tratar de buscar que esto no acabe totalmente con una democracia constitucional y que el nuestro se termine convirtiendo en un régimen totalmente diferente al pensado. Fortaleciendo entonces la Academia, la sociedad civil y los distintos foros sobre esta situación, creo que se puede evitar que esto que crítica Gustavo se convierta en realidad. Yo confío en que la tradición democrática constitucional colombiana, teniendo en cuenta lo que ha sido este foro, puede hacernos pensar sobre el asunto y nosotros somos suficientemente maduros para reflexionar estos temas.

GSE: Ya es la parte final, pero a mí me parece que la salida que da la Corte al revisar las reformas de la Constitución vía Congreso a partir de los vicios competenciales es una salida acertada. Me parece que el error, o más bien el punto de discusión es que en la sentencia donde genera aquella doctrina le dio por hacer unos enunciados de que en qué casos se consideraría que se ha cambiado la Constitución, y eso es malsano en la medida en que entra en discusiones posteriores. Me parece que la posibilidad, en un momento dado, de determinar si en una reforma constitucional se ha contravenido de manera esencial o sustantiva la voluntad constituyente, es un elemento que en un caso concreto pasa por una discusión de una carga ideológica muy fuerte y que en unos casos y en unos momentos históricos se dará a favor o no. Por ejemplo, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece que por vía de convenciones colectivas de trabajo no habrá lugar a fijar condiciones pensionales mejores que las de la ley. Eso, en la práctica, afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental que es el de negociación colectiva. La Corte actual llegó a la conclusión de que eso no cambia la Constitución, ni anula un deber. Digamos que en otro momento histórico y con unas concepciones ideológicas mucho más amplias, y menos apegadas al texto, hubiera podido decir lo contrario. Es decir, la idea de salir de la restricción que impone la Constitución que solamente se puede revisar por vicios de forma, es creativamente saludable, me parece a mí. Creo acertado esto de la teoría de los vicios competenciales, pero nunca habrá lugar a generar una exactitud de regla que nos permita ir más allá. Siempre habrá una discusión ideológica muy fuerte que en unos casos podrá ser

a favor de una democracia más amplia y en otros casos, como el que estamos viviendo hoy, será una democracia más restringida y de una economía más de mercado o menos de mercado.

JGHG: ¿Pero quién resuelve en últimas? La Corte.

GSE: Sí, la Corte...

JGHG: ...hasta para quitarse su competencia...

GSE: A la Corte le corresponde, de alguna manera, generar un espacio de corrección a los vicios de la práctica jurídica. Es decir, supondríamos que confiaríamos en el legislador en la medida en que fuera un legislador que respetara el principio democrático y que pudiera actuar autónomamente, pero un legislador con las deformaciones que tiene el principio democrático, por el mal que ha hecho el clientelismo y por un presidencialismo tan fuerte que termina haciendo que sólo haya un partido siempre, que es el partido del Presidente, pues necesariamente impone un Tribunal Constitucional más activo en establecer un papel de corrección a la inactividad o a la actividad más sana o deformada del legislador.

JGHG: Bueno. Estuvo muy bien la discusión. Les agradezco mucho a todos. Los lectores tienen la última palabra.