

Sentencia C-1051/05

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL-
Habilitación al Consejo de Estado para expedir ley de garantías electorales

INHIBICION EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Ausencia de
razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Debe
plantear cargos que apunten a demostrar que el Congreso de la Republica sustituyó la
Constitución

Un demandante no puede plantear como violación de la Constitución que una norma
adoptada mediante un Acto Legislativo se oponga a la actual Carta Política, ya que ello
implicaría establecer una relación de inferioridad de la primera en relación con la segunda,
con lo cual, resultaría siempre imposible modificar la Constitución. Quiero ello decir que las
demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra un acto reformativo de la
Constitución deben plantear cargos de inconstitucionalidad que apunten a demostrar, no la
vulneración de un artículo de la vigente Carta Política, sino que el Congreso de la República
sustituyó la Constitución, para lo cual no tiene competencia.

Referencia: expediente D- 5691

Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 2º y 3º del párrafo transitorio del
artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la
Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Actora: Luis Carlos Domínguez Prada.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y
una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere

la siguiente

SENTENCIA

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Carlos Domínguez Prada demanda la inexecutable de los incisos 2º y 3º del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Mediante auto del 7 de marzo de 2005 se admitió la demanda por cumplir con los requisitos que contempla el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Igualmente, se ordenó la fijación en lista de la norma acusada y también se dispuso el traslado al Jefe del Ministerio Público para que rindiera su concepto de rigor.

De igual manera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, se invitó a intervenir en el proceso de la referencia a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Colombia, Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Andes y Externado de Colombia, para que emitieran sus conceptos sobre la demanda de la referencia.

Finalmente, de conformidad con los artículos 244 de la Constitución Política y 11 del Decreto 2067 de 1991, se comunicó la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, y previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir en relación con la presente demanda.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

Se transcribe a continuación el texto del Acto Legislativo 02 de 2004, tal y como aparece publicado en el Diario Oficial núm. 45.775 de 28 de diciembre de 2004, subrayando la parte demandada:

ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2004

(diciembre 27)

Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Modifícanse los incisos 2o y 3o del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónanse dos incisos finales al mismo artículo, así:

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el Presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos.

Durante la campaña, el Presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria.

ARTÍCULO 2o. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

“Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos”.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179 , ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período

presidencial.

ARTÍCULO 3o. El artículo 204 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 204. Para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para ser Presidente de la República.

El Vicepresidente podrá ser reelegido para el período siguiente si integra la misma fórmula del Presidente en ejercicio.

El Vicepresidente podrá ser elegido Presidente de la República para el período siguiente cuando el Presidente en ejercicio no se presente como candidato.

ARTÍCULO 4o. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así:

f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

PARÁGRAFO transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica

en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia.

ARTÍCULO 5o. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Ramón Otero Dajud.

La Presidenta de la Cámara de Representantes,

Zulema Jattin Corrales.

El Secretario General de la Cámara de Representantes,

Angelino Lizcano Rivera.

REPUBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y ejecútese.

Dado en Bogotá, D. C., a 27 de diciembre de 2004.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

Sabas Pretelt de la Vega

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El ciudadano demandante considera que el Congreso de la República es competente para modificar la Constitución en el sentido de permitirle al Presidente de la República ser reelegido. No obstante lo anterior, alega que la Corte debe declarar inexecutable los dos

últimos párrafos del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, por diversas razones.

Alega que la separación, independencia y autonomía de las tres ramas del poder público constituyen, desde siempre “elemento principalísimo de nuestro ser como Estado de Derecho y principio fundacional del mismo, recogido con tal carácter en la Constitución Política que nos rige”. De allí que las disposiciones acusadas constituyan un paréntesis del Estado de Derecho, por cuanto caprichosamente el tribunal supremo de lo contencioso administrativo se convierte en legislador y expide una ley estatutaria mediante la cual se desarrolla el literal f) del artículo 4º de la reforma.

Agrega que existe “una especie de blindaje de la Carta en sus aspectos fundamentales”, que no pueden ser revocados ni desvirtuados sino por un constituyente de igual categoría de aquél que los consagró, es decir, el pueblo. De allí que el Congreso de la República careciera de competencia para cambiar un aspecto estructural de la Constitución de 1991, “que es lo que ocurre cuando se autoriza al Consejo de Estado para promulgar una Ley Estatutaria”.

En lo que concierne al segundo inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, explica el demandante que tal norma dispone que las Cámaras, antes del 1º de marzo de 2005 tramitará un proyecto de Ley Estatutaria con las siguientes características (i) tendrá mensaje de urgencia por parte del Gobierno Nacional; (ii) podrá ser objeto de mensaje de insistencia; (iii) el Congreso debe expedirlo antes del 20 de junio de 2005; y (iv) se reducen a la mitad los términos con que cuenta la Corte Constitucional para la revisión previa del proyecto.

Para el ciudadano, estas cuatro excepciones al procedimiento legal vigente, por norma constitucional, fueron realizadas “con el propósito exclusivo de posibilitar la reelección presidencial del actual mandatario Dr. Álvaro Uribe Vélez. No en aras del interés general”. De allí que, a su juicio, se hayan vulnerado principios constitucionales fundamentales tales como la prevalencia del interés general, la garantía efectiva de los principios consagrados en la Constitución y el principio según el cual los servidores públicos están al servicio de los intereses generales y la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad e imparcial.

IV. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y DE AUTORIDADES PÚBLICAS.

1. Presidente del Congreso de la República.

El Senador Luis Humberto Gómez Gallo, Presidente del Congreso, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible el Acto Legislativo 02 de 2004.

Afirma que la función constituyente o de expedir normas de rango constitucional es de carácter reglado. Para tales efectos, la Constitución establece unos procedimientos que regulan la formación de los actos legislativos, razón por la cual la Corte puede declarar inexecutable un acto reformativo de la Constitución que desconozca tales procedimientos.

Agrega que “preocupan las tendencias doctrinarias que afirman la existencia de límites a la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución Política, esto es, que establecerían restricciones al ejercicio de la función constituyente a nuestro cargo para determinadas materias consideradas esenciales o trascendentales”. A renglón seguido insiste en que no existe norma constitucional alguna que constituya un límite material al poder de reforma de la Carta Política.

2. Ministro del Interior y de Justicia.

Sabas Pretelt de la Vega, Ministro del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia solicitándole a la Corte declarar exequibles los incisos 2º y 3º del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004.

Sostiene que en Colombia es claro que la Constitución no contiene normas intangibles o cláusulas pétreas, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos. Agrega que “una interpretación amplia del concepto de soberanía permite pensar que cuando no existen prohibiciones expresas en la Constitución es tan soberano el pueblo en el momento fundante como lo es el constituyente derivado cuando actúa a través del procedimiento constitucional que le es propio, razón por la cual siempre que cumplierse con ese procedimiento, la voluntad que expresa del poder de reforma es la del soberano y, por tanto, el contenido de esa voluntad no puede ser controlado”.

Señala que la competencia de la Corte se encuentra limitada al examen de vicios de procedimiento en la formación del Acto Legislativo. De allí que la jurisprudencia de la Corte, en repetidas oportunidades, le ha reconocido al Congreso de la República facultad de

constituyente derivado para reformar cualquier artículo de la Constitución, cambiar la redacción de los mismos y hacer cambios fundamentales que contradigan de manera importante una norma constitucional porque ese es, precisamente, el cometido de las reformas constitucionales.

Expone que no es cierto, como pretende el demandante, que se haya constituido un vicio por cuanto el Gobierno Nacional habría desconocido el principio de separación de poderes y de independencia del órgano legislativo por haber impulsado el proyecto de reforma por medio del Ministro del Interior y de Justicia.

Al respecto señala que la Constitución de 1991 adoptó un modelo flexible de separación de poderes, encontrándose el Gobierno facultado para participar activamente en el trámite legislativo, aunque se trate de proyectos que no son de su iniciativa legislativa. De tal suerte que la participación del Gobierno en el trámite legislativo no se agota con la presentación de proyectos de ley de su autoría directa.

Agrega que la facultad del Gobierno de concurrir en el trámite legislativo, independientemente de la autoría del proyecto, encuentra un claro fundamento de los artículos 200 y 2008 de la Carta Política, pudiendo concurrir en los debates. En palabras del interviniente “Es así como, la participación del Gobierno, a través del Ministro del Interior y de Justicia, en el impulso y debates del Proyecto de Acto Legislativo, no fue otra cosa que el ejercicio de la facultad que le reconoce la Carta Política y el Reglamento del Congreso para intervenir y concurrir en la formación de leyes y actos legislativos en las materias de su resorte, sin que ello pueda considerarse una vulneración de la autonomía legislativa, pues es un reflejo propio de la colaboración armónica de poderes propia del modelo flexible de separación de poderes contemplado en la carta del 91”.

En lo que concierne a los cargos de inconstitucionalidad dirigidos contra el tercer inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, estima el interviniente que no le asiste razón al demandante por cuanto tal previsión constituye una excepción a la separación de poderes que habilita una delegación legislativa de carácter subsidiario, limitada temporal y materialmente, que conserva la reserva de ley y se encuentra sujeta a los controles de constitucionalidad ordinarios, de forma tal que guarda plena armonía con el modelo flexible de separación de poderes de la actual Constitución.

Al respecto explica que la Constitución de 1991 atribuyó al Consejo de Estado la facultad transitoria y supletiva de expedir el Reglamento del Congreso, normatividad que incluso tiene el carácter de ley orgánica. Además, el Consejo de Estado no es un organismo típicamente jurisdiccional, coexistiendo en él funciones consultivas del Gobierno y de colaboración legislativa mediante la preparación y presentación de proyectos de ley.

Otro argumento en defensa de la norma acusada, consiste en afirmar que, en el caso concreto, el Consejo de Estado era una alternativa aconsejable para garantizar la imparcialidad de la regulación a expedirse. Al respecto expone que “La delegación legislativa supletoria y transitoria que se incluyó como parte de tales medidas, no se atribuyó al Gobierno, como usualmente ocurre, ya que la finalidad de imparcialidad propia de la regulación a expedirse se desnaturalizaría, al plantearse teóricamente un conflicto de intereses en caso de que el mandatario en ejercicio considerara la posibilidad de participar en una elección presidencial hacia el futuro, y fuera precisamente el llamado a expedir, aunque sea temporalmente, la reglamentación primaria sobre el tema”.

De igual manera, explica, que con la habilitación constitucional excepcional contemplada en el Acto Legislativo, el control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional no sufre desmedro alguno por cuanto, si el Consejo de Estado llega a adquirir competencia regulatoria transitoria debido a fallo de inexecuibilidad del juez constitucional por vicios materiales, tal decisión es vinculante para todas las autoridades públicas, incluyendo al Consejo de Estado. De igual manera, si el fallo de inexecuibilidad de la Corte Constitucional es por vicios de forma, el Congreso de la República podrá volver a expedir la ley estatutaria.

En este orden de ideas, la atribución de competencia legislativa al Consejo de Estado no constituye una supresión de la Constitución por cuanto se trata de una habilitación de carácter subsidiario, limitada en cuanto a la materia, temporal, que respeta la reserva material de ley, y además, porque las normas expedidas en ejercicio de aquélla quedan sujetas al control de constitucionalidad que para las leyes ha previsto el ordenamiento jurídico.

De igual manera, sostiene el interviniente que no se trata de una reforma constitucional personalizada, ya que “desde el punto de vista lógico, la norma no hace referencia a una persona en particular sino a una circunstancia, de manera que en cualquier caso en que un

presidente en ejercicio o un expresidente, que no hayan sido reelegidos, quieran postular su candidatura pueden hacerlo y pueden ser reelegidos para un nuevo período”. Agrega que “puesto que lo expuesto en el Acto Legislativo 02 de 2004 es válido para cualquier persona que cumpla las condiciones para ser reelegido previstas en la norma, por lo cual no puede afirmarse que tenga nombre propio, máxime cuando no impide la presencia de otros competidores en la contienda electoral.”

3. Ciudadano Manuel Fernández Díaz.

El ciudadano Manuel Fernández Díaz remite un escrito titulado “La reelección como mecanismo de participación democrática”, texto en el cual sostiene que si se admite que la reelección pertenece a la esfera de la soberanía popular, no queda otro recurso que permitirle al constituyente primario, que en uso de sus facultades extraordinarias de poder absoluto en el ámbito de toma de decisiones democráticas, ejerza a través de una institución que le es propia, las acciones que el voto popular, permiten en esa situación. Agrega que “En consonancia con lo antes expuesto deberá entonces la Corte Constitucional, desligar su análisis de toda perspectiva personalista, pues no se trata de definir la continuidad o no en el poder del actual Presidente de la República, sino más bien de habilitar un nuevo espacio de participación democrática”. En consecuencia, solicita a la Corte declarar exequible el Acto Legislativo 02 de 2004.

V. EL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 3857, recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 8 de julio 2005 del presente año, solicita a la Corte declarar exequible el Acto Legislativo 02 de 2004, “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, por ausencia de vicios de competencia, dado que no se violaron los límites materiales de reforma de la Constitución, salvo en lo que hace al inciso final del artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004, según el cual “Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses” que es inexecutable.

La Vista Fiscal comienza por señalar la necesidad de que la Corte establezca con claridad el concepto de sustitución de la Constitución, base fundamental para determinar no sólo cuáles

son los límites del poder de reforma, sino la competencia de esa Corporación en relación con este punto. Al respecto señala que el tema de los límites al poder de reforma de la Constitución fue planteado, por primera vez, en sentencia C- 544 de 1992. Sin embargo, no fue sino hasta el fallo C- 551 de 2003 cuando quedó expuesto con claridad. Con todo, tales criterios habrían sido modificados en las sentencias C- 970 y C- 971 de 2004, con fundamento en las consideraciones expuestas en sentencia C-1200 de 2003 que “como tal, no podía tenerse como precedente”.

Así pues, en sentencia C- 551 de 2003 la Corte estableció como criterio metodológico para determinar cuándo dicho poder constituyente derivado incurre en un vicio de competencia “para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad”. De tal suerte que bastaría con que un solo principio o valor constitucionales fuese alterado por el poder de reforma mediante cualquiera de los mecanismos previstos para modificar la Constitución, para que ésta se considere reemplazada, sustituida o subvertida. En contrapartida, en las sentencias C- 970 y C- 971 de 2004 se introduce un cambio en el sentido de que los principios fundamentales no son intangibles, ya 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”.

A continuación, la Vista Fiscal hace su planteamiento central en el sentido de que el Congreso de la República, en ejercicio de su poder de reforma no desbordó su competencia al incorporar en el ordenamiento constitucional la posibilidad de reelección del Presidente de la República.

Al respecto señala que la reelección o no del primer mandatario no es requisito esencial del sistema presidencial, pues en algunos Estados con tal sistema de gobierno aquélla se admite y en otros no. Agrega que si bien en la mayoría de Estados con sistema presidencial no se admite la reelección presidencial inmediata “no significa que ésta sea una característica esencial de este sistema. Por tanto, este argumento cuantitativo debe desecharse como fundamento para sostener que su reconocimiento implica una desfiguración del sistema de gobierno adoptado por el Constituyente de 1991”.

Señala que la Constitución de 1991 se caracterizó por haber reestablecido el equilibrio de poderes entre el Congreso y el Ejecutivo, devolviéndole al primero muchas de sus facultades, las cuales no se alteran con la reforma constitucional. De tal suerte que carece de fundamento el planteamiento según el cual la figura de la reelección concentra el poder en el Ejecutivo, puesto que el Presidente suma a su condición de Jefe de Estado y de Gobierno, de Suprema Autoridad Administrativa y de Comandante de las Fuerzas Armadas, nuevos poderes político-electorales. Aunado a lo anterior, las funciones del Congreso en materia legislativa, de control político y de reforma no fueron alteradas ni tácita ni implícitamente por la reforma constitucional.

Explica que según el demandante, la posibilidad del uso de instrumentos gubernamentales o estatales que tiene el Presidente a su favor conduciría a su reelección, argumento que no es recibo ya que tales anomalías no se predicen de la figura de la reelección presidencial en sí misma considerada. Tampoco se desconocería el principio de alternancia en el poder, puesto que el Acto Legislativo señala que la posibilidad de la reelección por una sola vez, bien en forma inmediata o discontinua, por cuanto serán los mismos ciudadanos quienes decidirán si reeligen o no al Presidente.

De igual forma, sostiene que no es cierto que el Acto Legislativo no le introduzca restricción alguna al Jefe del Ejecutivo durante su campaña electoral, pues en el artículo 2º se establece con claridad que durante aquélla ni el Presidente ni el Vicepresidente podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos.

Asimismo señala que el hecho de que el Constituyente de 1991, después de una amplia discusión, hubiese optado por mantener la prohibición de la reelección presidencial, que igualmente estuvo presente en la Constitución de 1886 con algunas excepciones, no sirve de fundamento para afirmar que ese mandato haga parte de los principios y valores esenciales de la Constitución o que su cambio implique un cambio de tal manera significativo que no pueda sostenerse la identidad de la Constitución de 1991. De tal suerte que el análisis acerca de si las razones que se adujeron en 1991 para negar la figura de la reelección se mantienen o no, escapa al control judicial.

Comparte el Señor Procurador General de la Nación la afirmación según la cual es claro que

las condiciones de poder político que ostenta el Presidente de la República lo colocan en una situación de ventaja en materia de contienda electoral en relación con sus oponentes, puesto que conserva la titularidad de buena parte de los poderes del Estado que le confiere su condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Sin embargo, esos poderes no pueden ejercerse arbitrariamente existen determinadas previsiones al respecto en el Acto Legislativo 02 de 2004, además de aquellas que se establecerán en la correspondiente ley estatutaria. En otras palabras, la reforma constitucional parte de reconocer la existencia de una desigualdad fáctica a favor del presidente-candidato, y por ende, el tema de la igualdad electoral será desarrollado mediante una ley estatutaria “sin la cual la reforma introducida mediante el acto legislativo no podrá surtir efectos”.

Por lo tanto, para la Vista Fiscal no es de recibo el argumento según el cual el Congreso excedió su poder de reforma al propiciar un quebrantamiento del principio de igualdad, al incorporar la figura de la reelección presidencial inmediata, pues precisamente éste entendió que tal desigualdad se presentaría, razón por la cual condicionó la aplicación de tal figura a que el legislador desarrollara un amplio marco de garantía que permitan superar tal desigualdad fáctica.

En lo que concierne al inciso final del Acto Legislativo 02 de 2004, según el cual el Consejo de Estado dictará una ley estatutaria sobre garantías electorales en caso de que el Congreso de la República no lo haga antes del 20 de junio de 2005 o la Corte Constitucional declare la inexecutable de la ley dictada por el Congreso, estima la Vista Fiscal que se trasgredió en este caso los límites del poder de reforma.

Al respecto señala la Vista Fiscal que, en principio, se podría considerar que no tendría sentido que la Corte examinara ese cargo de inconstitucionalidad, dado que el pasado 20 de junio el Congreso aprobó el proyecto de ley estatutaria al que alude el inciso final del Acto Legislativo 02 de 2004. Sin embargo, la habilitación para que el Consejo de Estado regule la materia continúa vigente, toda vez que en el evento en que la Corte declare la inexecutable del proyecto aprobado por el Congreso, corresponderá al órgano judicial, y no al legislativo, expedir temporalmente las normas pertinentes, hecho que hace imprescindible el análisis de tal habilitación.

Explica que tal habilitación constitucional constituye una sustitución de la Carta por cuanto se alteraron los valores y principios superiores del ordenamiento superior, como son, el principio democrático, la separación de poderes y la reserva de ley.

Argumenta que “si bien resulta armónico con el constitucionalismo democrático que rige las relaciones políticas en nuestro Estado, la figura de la delegación legislativa, la extrapolación de la misma al campo del poder de reforma no resulta apropiada”. En efecto, si se tiene en cuenta que la Constitución de 1991 flexibilizó el esquema de separación de poderes, no se puede llegar al punto de contemplar la posibilidad de que en manos del Ejecutivo quede la regulación de asuntos que son inherentes al debate democrático por su trascendental importancia en el campo de los derechos y de la configuración normativa del Estado, sobre todo, cuando dicho debate corresponde realizarlo al Congreso de la República. Se trata por tanto de un principio definitorio de la Constitución de 1991.

En este orden de ideas, “al establecerse el carácter secundario de esa titularidad y habilitarse al poder de reforma para que delegue en el Presidente de la República o en un órgano de la Rama Judicial, la regulación de materias de reserva de ley estatutaria, aun cuando sea temporal o transitoriamente, se estaría con ello desconociendo que el origen de tal titularidad guarda estrecha relación con principios fundantes de la Constitución instituidos por quien tiene la potestad exclusiva y excluyente para hacerlo, esto es, el Constituyente primario, por lo que su desconocimiento por parte del poder de reforma, como sucede en el inciso final del Acto Legislativo 2 de 2004, comporta la trasgresión de los límites de competencia de ese poder.”

Agrega que, si de conformidad con las sentencias C- 970 y C- 971 de 2004, en determinadas circunstancias excepcionales se justifica delegar la facultad legislativa, se pregunta entonces ¿cuáles son esas circunstancias extraordinarias o especiales que el caso del Acto Legislativo 02 de 2004 justifican entregar al Consejo de Estado la regulación de una materia vital para el sostenimiento de los principios democráticos, como es la de asegurar las garantías en el plano de la igualdad a quienes decidan participar como candidatos frente al Presidente-candidato?. Al respecto, el Procurador General no encuentra justificación alguna.

Explica que el Congreso de la República no puede delegar la facultad de expedir leyes estatutarias en un órgano judicial, dada la naturaleza cuasiconstitucional que ofrecen esas

leyes. Sólo el Congreso de la República está legitimado para ello, en su condición de titular indirecto de la soberanía popular y de órgano que ostenta la representación del pueblo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 1º del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra disposiciones pertenecientes a un Acto Legislativo.

2. Oportunidad de la acción.

El inciso 2º del artículo 379 Superior señala que la acción pública contra los actos reformativos de la Constitución sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación.

El Acto Legislativo 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones” fue publicado el veintiocho (28) de diciembre de 2004 en el Diario oficial No. 45.775. La presente demanda fue instaurada el dieciséis (16) de febrero de 2005, esto es, dentro del término establecido constitucionalmente.

3. Los cargos de inconstitucionalidad.

El ciudadano Luis Carlos Domínguez Prada demanda la inexecutable de los incisos 2º y 3º del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, con fundamento en los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

a. El Congreso de la República incurrió en un vicio por incompetencia por cuanto al haber habilitado al Consejo de Estado para expedir una ley estatutaria, en caso de que el Congreso de la República no lo hiciera antes del 20 de junio de 2005 o si el proyecto de la misma fuese declarado inexecutable por la Corte Constitucional, se vulneró el principio fundamental de la separación de poderes públicos.

a. En lo que concierne al segundo inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, alega que tal norma fue adoptada “con el propósito exclusivo de posibilitar la reelección presidencial del actual mandatario Dr. Álvaro Uribe Vélez. No en aras del interés general”.

4. Cosa juzgada constitucional en relación con el primer cargo propuesto

Esta Corporación, mediante Sentencia C-1040 de 2005 M.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández resolvió, por lo cargos analizados declarar EXEQUIBLE el Acto Legislativo No. 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, salvo el siguiente aparte contenido en el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4º del citado Acto Legislativo: “[s]i el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”, que se declara INEQUIBLE.

En efecto, es claro que la Corte ya se pronunció en relación con el primer cargo propuesto en esta oportunidad, siendo declarada inexecutable la norma acusada. Al respecto dijo la Corte,

“(…)

“ 7.10.2. Jurisprudencia de la Corte sobre sustitución de la Constitución

En las distintas providencias en las que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los límites competenciales del reformador de la Constitución, se ha tomado como punto de partida la diferencia clásica entre poder constituyente originario y poder de reforma de la Constitución, el cual -este último-, en cuanto que poder constituido, deriva su competencia de la propia Constitución. En ese contexto, la Corte ha venido decantando su jurisprudencia sobre el particular, en términos que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Primero, como la competencia de un órgano es el presupuesto para analizar el procedimiento que dicho órgano ha de seguir para expedir una norma, el análisis de si el reformador de la constitución actuó dentro de su órbita de competencia es una cuestión diferente y previa a la

de juzgar si el procedimiento se llevó a cabo respetando las formas establecidas. También es una cuestión distinta a juzgar si el contenido material del acto acusado contradice la Constitución, lo cual escapa al control constitucional que ejerce la Corte sobre las reformas constitucionales.

Segundo, la especificidad del juicio relativo a la competencia del reformador radica en que en éste la Corte se circunscribe a estudiar si el reformador sustituyó la Constitución, sin que por ello efectúe un control material ordinario del acto acusado. Es decir, en el juicio de sustitución no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada.

Tercero, el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles. La jurisprudencia ha aludido a sustituciones totales y a sustituciones parciales y ha sostenido que el reformador tampoco puede introducir sustituciones parciales entendiendo por tales aquellas en las cuales un eje definitorio de la identidad de la Constitución sea remplazado por otro opuesto o integralmente diferente. En ninguna de sus sentencias la Corte ha declarado inexecutable una reforma constitucional por haber llegado a la conclusión de que el reformador excedió su competencia y sustituyó la Constitución, en todo o en parte. No obstante, la Corte ha suministrado ejemplos para ilustrar cuándo se estaría ante una sustitución total o parcial de la Constitución. Además, en las sentencias en las cuales declaró executable artículos de actos reformativos de la Constitución -fuesen estos referendos o actos legislativos- la Corte estableció que dichos actos no representaban sustituciones parciales de la Carta.

Cuarto, la Corte ha subrayado que el concepto de sustitución se distingue de otros con los cuales no puede confundirse, tales como los de intangibilidad e irreversibilidad, o afectación y vulneración de contenidos, los cuales aluden a juicios materiales de las reformas constitucionales que escapan a la competencia de la Corte Constitucional. La Corte solo tiene competencia para verificar que el poder de reforma, que es constituido, no haya adoptado un acto mediante el cual sustituya la Constitución que lo habilitó exclusivamente para reformarla.

Quinto, la Corte ha fijado criterios de prudencia judicial para orientar el control de los actos reformativos de la Carta e impedir que el subjetivismo determine la conclusión del juicio de sustitución. En esa dirección, esta Corporación ha delineado los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales o parciales de la Carta, aunque no ha desarrollado ni precisado sus componentes.

Sexto, la Corte ha dicho que la aplicación del método para identificar sustituciones en ningún caso puede conducir a volver irreformables normas de la Carta porque no hay normas pétreas ni principios intangibles en la Carta de 1991. Toda ella es reformable, más no sustituible.

De este modo, en la presente oportunidad la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991. Se subraya que, de conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “reformada” por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida. A su vez, el artículo 380 de la Carta permite distinguir entre la derogación de una Constitución, de un lado, y las reformas introducidas a una Constitución, de otro, reformas que si bien pueden cambiar el contenido de las normas constitucionales no sustituyen la Constitución por otra Carta opuesta o integralmente diferente, como sucedió cuando se promulgó la nueva Constitución en 1991. En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este caso el Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar validamente la Constitución. El requisito que debe verificar la Corte es que el Acto Legislativo sea una reforma, no una derogación o sustitución de la Constitución, como lo ordena el artículo 374 en concordancia con el artículo 380 de la Constitución Política. La Corte enfatiza que el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3º de la Carta. En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias “en los términos que esta Constitución establece”, no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que

“reside exclusivamente en el pueblo”, el único que puede crear una nueva Constitución. Adicionalmente, la Corte constató que el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente.

Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos.

“7.10.3. Los lineamientos jurisprudenciales para definir el método del juicio de sustitución

En las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se delineó el método para efectuar el juicio de sustitución, y sobre el particular se señaló:

“4. Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución

Habiendo acotado el ámbito de la sustitución como reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformativo de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por

sustitución de la Constitución.

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformativo. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”.

De lo dicho en la sentencia citada, se deduce que el juicio de sustitución comporta la aplicación de un método en tres etapas específicas, las cuales lo distinguen del juicio de

intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución.

Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

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

De esta manera, resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella. Cuando se produce una sustitución, total o parcial de la Constitución, las nuevas instituciones resultan de tal modo incompatibles con la Constitución anterior que unas y otra no pueden coexistir en el tiempo y en el espacio.

Esto conduce a la segunda manera de distinguir el juicio de sustitución. El resultado del mismo debe poder llevar a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante.

“(…)

“7.10.4.3. La habilitación al Consejo de Estado para que, de manera supletoria y transitoria, expida las normas estatutarias que desarrollen la previsión sobre reelección presidencial, en los términos en los que está concebida, entraña una sustitución parcial de la Constitución de 1991

La demandante acusa el párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo No. 2 de 2004 en cuanto que dispone una habilitación supletoria al Consejo de Estado para que, en el evento en el que el Congreso de la República no expidiese la ley estatutaria que regule las condiciones en que debe desarrollarse el proceso electoral para la presidencia, o la misma fuese declarada inexecutable, reglamente transitoriamente la materia.

El cargo plantea dos problemas distintos: por un lado, estima la demandante que, al conferir facultades al Consejo de Estado para expedir normas sujetas a reserva de ley estatutaria, se afectan los principios de separación de los poderes públicos y reserva de ley, así como el sistema democrático; por otro, en criterio de la demandante, el párrafo transitorio acusado permite que el Consejo de Estado regule una materia no obstante el pronunciamiento de inexecutable que sobre el particular se haya emitido por la Corte Constitucional, y,

además, la reglamentación que expida el Consejo de Estado carecería de control de constitucionalidad. Ello comportaría, en concepto de la actora, la supresión de un principio implícito en la Constitución conforme al cual todo acto del poder público debe ser susceptible de control judicial en orden a establecer su constitucionalidad.

Observa la Corte que el párrafo acusado es una disposición transitoria, por medio de la cual, con carácter supletorio y transitorio, se confieren facultades extraordinarias a un órgano distinto del Congreso, para que, en determinados supuestos, expida las normas de desarrollo necesarias para permitir la entrada en vigencia, en un horizonte temporal preestablecido, de la reforma adoptada por el constituyente derivado. Sobre esa materia, existen claros precedentes de constitucionalidad en las sentencias C-970 y C-971 de 2004.

Conforme a tales precedentes, no se produce una sustitución de Constitución cuando de manera transitoria, y con el propósito de permitir la puesta en marcha de una reforma constitucional, se atribuye a órganos distintos del Congreso de la República, la capacidad de expedir normas de ordinario sometidas a reserva de ley, incluidas las que tienen reserva de ley estatutaria.

En las referidas sentencias, la Corte, después de unas consideraciones generales sobre la manera como los principios de reserva de ley y de separación de poderes están consagrados en la Constitución, identificó una serie de elementos que, en cada caso, estaban presentes en el asunto sometido a su consideración y en razón de los cuales estimó que no podía afirmarse que dichos principios hubiesen sido suprimidos.

En el presente caso, sin embargo, concurren en el Acto Legislativo demandado unos elementos diferenciadores que imponen una conclusión distinta.

En lo pertinente el párrafo transitorio del artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004 dispone que si el Congreso no expide antes del 20 de julio de 2005 la ley estatutaria que regule la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley, ley que debe incluir, entre otras materias, las relacionadas con garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea

candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República, el Consejo de Estado, en un plazo de dos meses, reglamentará la materia. Del mismo modo se procederá, de acuerdo con la mencionada disposición en el evento en el que el proyecto de ley estatutaria fuese declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Observa la Corte, en primer lugar, que la materia para cuya regulación se habilita de manera supletoria y transitoria al Consejo de Estado, se sustrae, así sea de manera temporal, del ámbito de la competencia legislativa, por cuanto la habilitación al Consejo de Estado se orienta a la regulación de un específico proceso electoral, que debe cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador. Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad, como pasa a establecerse.

En efecto, la norma crea un poder legislativo transitorio carente de controles efectivos que lo sujeten a la Constitución. Con esta norma se reemplaza temporalmente al Congreso de la República y, además, se elude o torna inocuo el control constitucional que debe ejercer la Corte Constitucional sobre las normas estatutarias que regulen los derechos políticos de los ciudadanos, la financiación de las campañas, la participación en política de los funcionarios públicos, la igualdad en la contienda electoral, entre otros asuntos. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006.

Para la Corte, la norma de la reforma anteriormente citada, al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991. En efecto, un poder legislativo de esas características es integralmente diferente a un legislador sometido a la Constitución, elegido por el pueblo y

representativo del pluralismo social y político, que se limita a legislar sin luego aplicar él mismo en controversias concretas la normas por él expedidas, y sometido a un sistema de frenos y contrapesos oportunos para evitar o invalidar la restricción arbitraria de los derechos constitucionales fundamentales de todos los colombianos. Además, para ejercer su competencia como legislador, el Consejo de Estado tendría que definir previamente si expide normas orgánicas que regulen su función de legislador, o si desplegará su actividad legislativa a su arbitrio, decisión de carácter igualmente legislativo que tampoco estará sometida a controles efectivos de ningún tipo.

Por consiguiente, esa atribución al Consejo de Estado supone una sustitución parcial y temporal de la Constitución consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema. Las eventuales decisiones puntuales en casos concretos que quizás pueda llegar a adoptar algún juez, por vía de la acción de tutela o de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, representan posibilidades remotas y en cualquier caso son manifiestamente inocuas frente al hecho de que las elecciones presidenciales se habrán de realizar bajo la égida de las determinaciones que adopte el legislador extraordinario y temporalmente supremo. Entonces la supremacía de la Constitución, expresión máxima de la soberanía inalienable del pueblo, es reemplazada por algo integralmente diferente, o sea, por la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos.

Los anteriores elementos argumentativos le permiten a la Corte concluir que existe una sustitución parcial de la Constitución de 1991 por parte de las instituciones que resultan del aparte del Acto Legislativo 02 de 2004 que es objeto de examen, es decir, el que otorga al Consejo de Estado la facultad mencionada.

En efecto la Constitución de 1991 tiene como elementos de su identidad los principios de división del poder público y de supremacía de la Constitución.

El enunciado del principio de división del poder público en la Constitución de 1991 se encuentra en su Título V, dedicado a la Organización del Estado. En su primer capítulo, sobre estructura del Estado, se señala, en el artículo 113, que son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y que, además de los órganos que las integran existen

otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Tal como se puso de presente en la Sentencia C-970 de 2004, “[a] diferencia del modelo absoluto y rígido de separación de poderes, la Constitución de 1991, adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes.”

En dicho modelo se mantiene el criterio conforme al cual, “por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (C.P. Art. 116) Los controles recíprocos, por su parte, se encuentran consagrados en diversas disposiciones constitucionales, como aquellas que establecen y desarrollan la función de control político del Congreso sobre el gobierno y la administración, o las que regulan los órganos autónomos de control y vigilancia. En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.”

Así, en la Constitución de 1991, el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos. En este modelo los controles interorgánicos juegan un papel preponderante en la regulación del

balance entre los poderes públicos.

En ese contexto, tal como ha sido señalado por la Corte, “resulta armónico con el constitucionalismo democrático la institución de la delegación legislativa, que es una práctica democrática universalmente aceptada en el mundo contemporáneo. (...) En tales eventos, lo que resulta significativo desde de la perspectiva del principio de separación, no es tanto establecer a quien corresponde en un caso concreto el ejercicio de la función, como determinar las condiciones en las cuales la delegación legislativa resulta compatible con el principio de separación, condiciones que, en general, están referidas a aspectos tales como la precisa delimitación de la materia delegada, el carácter temporal de la delegación, la mutabilidad de la legislación delegada por el legislador ordinario, los controles de constitucionalidad o, eventualmente, la ratificación o la convalidación de la legislación delegada por el legislador ordinario”.

La compatibilidad entre el principio de separación de los poderes y la posibilidad de legislación delegada en otros órganos del Estado, reside, entonces, en que, (i) las condiciones que rodean la delegación evitan que el legislador se vea privado de su competencia, (ii) la habilitación remita al ejercicio transitorio y en un ámbito delimitado de la función legislativa, y (iii) no se supriman los controles interorgánicos que preserven el equilibrio entre los poderes públicos y aseguren la supremacía constitucional.

Por su parte el principio de supremacía de la Constitución encuentra su fuente en el artículo 3º de la Carta, conforme al cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, que se ejercerá en los términos establecidos en la propia Constitución. Del mismo modo, en el artículo 4º Superior se establece que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre a Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. El artículo 120, por su parte, dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Varios artículos de la parte orgánica crean órganos y mecanismos que hacen efectiva dicha supremacía, entre los cuales se destaca la creación de una Corte Constitucional que controle de manera previa y automática los proyectos de leyes estatutarias relativos, entre otras materias, a los derechos y a las elecciones.

Todas esas disposiciones conducen a un postulado, que tiene desarrollo en el Título VIII de la

Constitución, sobre la Rama Judicial, y conforme al cual todas las autoridades se encuentran sometidas a la Constitución y sus actuaciones son, en principio, susceptibles de control judicial. En estos términos, encuentra la Corte que resulta imposible incorporar en la Constitución de 1991, por ser integralmente diferente a los elementos definitorios de su identidad, una facultad legislativa, que, aunque de manera excepcional y transitoria, se atribuye a un órgano judicial y no está sujeta a controles políticos, ni es susceptible de un efectivo control judicial de constitucionalidad.

Por las anteriores consideraciones, estima la Corte que el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución al expedir la disposición anteriormente transcrita, por virtud de la cual se sustituye el principio de supremacía de la Constitución por el de la supremacía del legislador transitorio. Por lo tanto, sustituye un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente. El hecho de que ello suceda durante un lapso breve -el tiempo que requiera el Consejo de Estado para legislar cada vez que sea necesario para que indefectiblemente existan normas que regulen la próxima campaña presidencial- no es óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular y que las normas incontrolables de manera efectiva que ese legislador adopte se aplicarán a las elecciones que determinarán quien gobernará a Colombia entre 2006 y 2010.

Así, la Corte habrá de declarar la inexecutable del inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, conforme al cual “[s]i el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”.

Por lo anterior, debe la Corte limitarse a disponer en la parte resolutive estarse a lo resuelto en la Sentencia C-1040 de 2005 que, por los cargos analizados declaró EXEQUIBLE el Acto Legislativo No. 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, salvo el siguiente aparte contenido en el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4º del citado Acto Legislativo: “[s]i el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”, que se declara INEQUIBLE.

5. Inhibición de la Corte para fallar de fondo sobre los supuestos vicios por sustitución de la Constitución en relación con el segundo inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004.

En relación con el segundo inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, el ciudadano Luis Carlos Domínguez Prada argumenta que “sin necesidad en absoluto de ideologizar el debate introduciéndole a esta acción elementos extraños a ella, que la reforma constitucional acusada fue hecha en el propósito exclusivo de posibilitar la reelección presidencial del actual mandatario Dr. Álvaro Uribe Vélez. No en aras del interés general. Esto, como una constatación objetiva, ajena a cualquier pasión improcedente en una acción de esta naturaleza. Una reforma constitucional con nombre propio, en aras de un interés personal; válido y respetable como aspiración, inválido y desdeñable como causa y objeto de una reforma que anula prohibición categórica del constituyente primario”. A renglón seguido afirma que con la adopción de la disposición acusada se vulneraron los artículos 1, 123 y 209 de la Constitución.

En efecto, el ciudadano demandante no plantea razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que soporten el concepto de la violación respecto del inciso segundo del párrafo transitorio del artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2004. En efecto, sus argumentos constituyen tan solo opiniones de carácter personal sobre la inconveniencia de la norma, pero no son verdaderos cargos de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución.

De igual manera, el ciudadano intentó equivocadamente estructurar un cargo de inconstitucionalidad por violación de los artículos 1, 123 y 209 de la Carta Política. Sin lugar a dudas, un demandante no puede plantear como violación de la Constitución que una norma adoptada mediante un Acto Legislativo se oponga a la actual Carta Política, ya que ello implicaría establecer una relación de inferioridad de la primera en relación con la segunda, con lo cual, resultaría siempre imposible modificar la Constitución. Quiere ello decir que las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra un acto reformativo de la Constitución deben plantear cargos de inconstitucionalidad que apunten a demostrar, no la vulneración de un artículo de la vigente Carta Política, sino que el Congreso de la República sustituyó la Constitución, para lo cual no tiene competencia.

En este orden de ideas, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de fondo en relación con el segundo inciso del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, por inepta demanda.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

1. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-1040 de 2005 que por los cargos analizados declaró EXEQUIBLE el Acto Legislativo No. 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, salvo el siguiente aparte contenido en el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4º del citado Acto Legislativo: “[s]i el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”, que se declara INEXECUIBLE.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado CON ACLARACION DE VOTO

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

SOBERANIA-Concepto (Salvamento de voto)

SOBERANIA-Antecedentes (Salvamento de voto)

SOBERANIA-Características (Salvamento de voto)

SOBERANIA NACIONAL Y SOBERANIA POPULAR-Concepto (Salvamento de voto)

SOBERANIA NACIONAL Y SOBERANIA POPULAR-Alcance (Salvamento de voto)

SOBERANIA NACIONAL Y SOBERANIA POPULAR-Diferencias (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Definición (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Características (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Constitución rígida (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Garantía jurisdiccional de la Constitución (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-“Sobre interpretación” de la Constitución (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Aplicación directa de normas constitucionales (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Interpretación conforme de las leyes (Salvamento de voto)

CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-Influencia de la Constitución en las relaciones políticas (Salvamento de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Fuerza vinculante (Salvamento de voto)

DERECHO COMPARADO-Valores, principios y derechos no escritos (Salvamento de voto)

PROPIEDAD PRIVADA-Relación con la forma de gobierno y tipo de Estado (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES PUBLICOS-Finalidad (Salvamento de voto)

CONSTITUCION Y CONSTITUCIONALISMO-Diferencias (Salvamento de voto)

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY-Alcance (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites axiológicos (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites lógicos (Salvamento de voto)

MONISMO Y DUALISMO JURIDICO-Concepto (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA Y PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO-Distinción/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites implícitos/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites expresos/ PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SUPREMOS-Alcance (Salvamento de voto)

DEMOCRACIA-Elementos (Salvamento de voto)

DEMOCRACIA-Finalidad (Salvamento de voto)

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL-Finalidad (Salvamento de voto)

DEMOCRACIA-Límites de las mayorías (Salvamento de voto)

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Finalidad (Salvamento de voto)

REGLAS DE DISTRIBUCION IGUALITARIAS-Alcance (Salvamento de voto)

ESTADO DE DERECHO-Generalidad de la ley (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE PARALELISMO DE LAS FORMAS-Concepto (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Competencia de la Corte Constitucional para estudiar reforma de valores y principios fundamentales/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Competencia de la Corte Constitucional para estudiar violación de la igualdad/PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD-Aplicación/LAGUNA AXIOLOGICA-Concepto (Salvamento de voto)

IGUALDAD-Principio y derecho fundamental (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Importancia (Salvamento de voto)

REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Antecedentes (Salvamento de voto)

REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Discusión en la Asamblea Nacional Constituyente de

1991 (Salvamento de voto)

REELECCION PRESIDENCIAL EN LATINOAMERICA-Análisis (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Alcance (Salvamento de voto)

NORMA FUNDAMENTAL-Concepto (Salvamento de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Identidad constitucional implícita (Salvamento de voto)

CONSTITUCION MATERIAL-Concepto (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Naturaleza del vicio de competencia (Salvamento de voto)

CLAUSULAS PETREAS O INTANGIBLES EN LA CONSTITUCION DE 1991-Inexistencia (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA-Incompetencia para derogar o sustituir la Constitución (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Fundamental en la identidad constitucional colombiana (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE ALTERNANCIA DEL PODER EN REELECCION PRESIDENCIAL-Alteración (Salvamento de voto)

REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Alteración de la distribución del poder político establecida por el constituyente (Salvamento de voto)

REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Participación del Presidente de la República en la elección de altos dignatarios del Estado (Salvamento de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Identidad material axiológica del Estado/PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Sustituye la Constitución de 1991/DERECHO A LA IGUALDAD EN REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Violación frente a alcaldes, gobernadores y ciudadanos (Salvamento de voto)

NORMA JURIDICA-Requisitos de validez (Salvamento de voto)

OBEDIENCIA DEL DERECHO-Normas, leyes y reformas constitucionales producidas por órgano incompetente/DESOBEDIENCIA CIVIL-Normas, leyes y reformas constitucionales producidas por órgano incompetente (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Vicios en el trámite legislativo (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Violación del reglamento del congreso porque ponencia se presentó antes de escuchar a los ciudadanos/DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Participación de los ciudadanos en los proyectos de acto legislativo (Salvamento de voto)

DERECHOS DE LAS MINORIAS PARLAMENTARIAS EN PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Violación por no representación en Comisión Primera del Senado (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Vicio en el trámite legislativo al invalidar actuación por existir trámite de urgencia de otro proyecto de acto legislativo (Salvamento de voto)

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD EN PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Introducción de tema nuevo en segunda vuelta (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Trámite de impedimentos, recusaciones y conflictos intereses de los congresistas que participaron en el procedimiento legislativo (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Elusión del debate (Salvamento de voto)

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Vicios de

procedimiento insubsanables por violación del principio democrático (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Línea jurisprudencial
(Salvamento de voto)

REF.: Reelección Presidencial; acto legislativo 02 de 2004; Expedientes: D- 5645; D-5656; D-5657; D-5625; D-5632; D-5626; D-5633; D-5696; D-5739; D- 5702; D-5631; D-5691; D-5746; D-5797; D-5755; D-5798; D-5682.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, pero con la claridad de siempre; me permito consignar las razones por las cuales salvo el voto, que son de dos clases: I) Por que se destruyó la constitución y II) Los vicios de procedimiento que hacían Inexequible la reelección Presidencial.

Para el análisis es imprescindible realizar un estudio de conceptos fundamentales de la teoría y la filosofía del derecho y especialmente del derecho constitucional.

I. DESTRUCCION DE LA CONSTITUCION Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.- SOBERANIA

Dentro de una organización política existen varios detentadores del poder político, pero no todos son soberanos; por ejemplo, es posible que el presidente nombre al gobernador y este al alcalde a quien puede nombrar y remover libremente; no hay duda que el alcalde seria detentador de poder político, empero, no seria el detentador del máximo poder político ya que por encima de él esta el gobernador cuyas ordenes debe obedecer y en el evento de no hacerlo puede ser removido de su cargo. El gobernador, tendría más poder político que el alcalde, pero tampoco seria soberano, pues, por encima de él estaría el presidente quien puede darle órdenes que debe obedecer. El Presidente a su vez no es may que un mandatario del pueblo que lo elige.

A. CONCEPTO DE SOBERANIA

Este concepto está íntimamente vinculado al de poder político y en su acepción más precisa sirve para determinar el poder de mando en última instancia, en una organización política; la soberanía es entonces el máximo poder político.

B. LOS ANTECEDENTES

Antes de que Jean Bodin le diera, por razones prácticas e históricas de Francia, una connotación nueva al concepto de soberanía, el concepto de poder político supremo ya existía tanto en la antigüedad como en el medioevo, en este último para indicar la sede final del poder político se utilizaban palabras como *summa potestas*, *summum imperium* o *plenitudo potestatis*. En el medioevo existía ya la palabra soberano que indicaba simplemente una posición de superioridad dentro de un sistema jerárquico, así no se estuviera en la cúspide de tal sistema; y el principal derecho del rey, era el de dictar justicia con fundamento en las leyes consuetudinarias del país y el rey además de estar sometido a dios estaba sometido a esas leyes; con el concepto de Bodin, el rey ya no solo es soberano sino que tiene además la soberanía lo que trastorna su relación con la ley, pues hace la ley y ya no está limitado por ella, se coloca por encima de la ley, deja de ser *sub lege* para convertirse en *supra legem*.

C. CARACTERÍSTICAS DE LA SOBERANÍA

Para Bodin la soberanía era absoluta, perpetua, indivisible, inalienable e imprescriptible. Con estas características se quería demostrar que la soberanía es un poder originario que no depende de otros.

Es absoluta porque no está limitada por las leyes; el soberano es quien tiene el poder para dar la ley, para modificarla, interpretarla y derogarla, esta ley puede modificar a la costumbre. Por medio de la ley, el soberano ata a todos los demás, los obliga, empero, él no queda atado ni obligado por la ley que da.

La soberanía es perpetua, porque no está limitada en el tiempo. Es perpetua porque aun que el soberano otorgue a otro un poder absoluto, por tiempo limitado o ilimitado, puede revocar ese poder aun antes del plazo concedido o en cualquier momento.

La soberanía es indivisible, como consecuencia del principio de lógica formal de no contradicción que enseña que las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo: no se puede ser titular de un poder absoluto y perpetuo excluyente y aceptar junto a él otro soberano con las mismas calidades. Si la soberanía está dividida existe el peligro de guerra permanente; si se aceptaran dos soberanos a un mismo tiempo y en un mismo lugar, darían

leyes contrarias, lo que sería fuente de permanentes disputas, disputas que habría que dirimir por la fuerza, con las armas, hasta que definitivamente quedara uno solo de ellos, con lo que se volvería a la esencia de la soberanía que es su indivisibilidad.

Estos atributos fueron muy importantes en la lucha de la burguesía, por crear el estado de derecho y contra el régimen feudal y su forma política: la monarquía absoluta. Los defensores de la monarquía sostenían que: a) La monarquía era la única forma política; b) Que los súbditos habían renunciado a la soberanía a favor del monarca; c) Que por el largo ejercicio del poder de los monarcas, la soberanía había prescrito a su favor; d) Que el titular de la soberanía era el rey gobernante.

A cada uno de estos argumentos la burguesía revolucionaria dio una respuesta:

El titular de la soberanía no es el gobernante sino el gobernado (llámese pueblo como lo llamo Rousseau o nación como la llamo Sieyes). Con este argumento se cambió el titular de la soberanía y se amplió su base, pues a partir de ahora ya no la tenía el gobernante sino el gobernado, ni una sola persona sino un conjunto de personas. No existía una única forma política: la monarquía sino que podían existir otras, por ejemplo: la república. El gobernado no podía renunciar a la soberanía por que era inalienable (ni se compraba, ni se vendía, ni se donaba, etc.). El tiempo de la usurpación del poder por parte de los monarcas no les daba derecho para gobernar ya que la soberanía era imprescriptible.

No sobra recordar que el principal atributo de la soberanía es el poder constituyente o sea el poder para dar la constitución.

Veamos cual fue la argumentación en la teoría de dos grandes creadores del estado liberal de derecho Sieyes y Rousseau.

Sieyes, en su obra *¿Qué es el tercer estado?* hace la fundamentación teórica liberal de la soberanía y del poder constituyente. Sus bases fundamentales son:

El sujeto titular de la soberanía y del poder constituyente es la nación.

La nación, que es la soberana, no está sometida a la constitución: esto implica: 1) la nación no está sometida a ninguna forma de derecho positivo y; 2) la nación puede darse la forma que quiera.

La constitución es para el gobierno, no para la nación.

Para Rousseau el soberano no está sometido a nada ni a nadie, lo es el pueblo. Para el soberano no es obligatoria ninguna ley, ni siquiera el pacto mismo (la constitución) “no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aún el mismo contrato social”.¹

Rousseau parte del supuesto de que: “antes de que el pueblo escoja al Rey, existe otro acto por el cual el pueblo se constituye en tal, anterior al otro y verdadero fundamento de la sociedad.”²

El pueblo existe antes que el gobierno; el pueblo crea el gobierno, no el gobierno al pueblo. Como el pueblo es primero, el soberano debe ser el pueblo. “El acto de asociación hace surgir al instante: la ciudad, la república o el cuerpo político denominado estado. Los asociados: colectivamente se llaman pueblo y particularmente ciudadanos (como partícipes de la autoridad soberana y súbditos;) por estar sometidos a las leyes del Estado”.³

Rousseau señaló cómo la soberanía del pueblo implica que el que manda y el que obedece, es una misma persona. Como parte del colectivo, del pueblo, es gobernante y como individuo se somete a la voluntad general, y es súbdito o ciudadano. El propio contrato social, buscaba que el pueblo no se obedeciera más que así mismo.

El problema fundamental, al cual da solución El Contrato Social es “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.”⁴

El gobernante no es para Rousseau el titular de la soberanía sino el ejecutor de la voluntad general, por eso define el gobierno como “un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política.”⁵ Si el gobernante usurpa la soberanía, el pacto social se destruye y cesa la obediencia del gobernado; “de suerte que, en el instante en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social queda roto, y los ciudadanos recobrando de derecho su libertad natural, están obligados por la fuerza, pero no por deber, a obedecer.”⁶

Rousseau considera que el único contrato social es el de la asociación y este, excluye a todos los demás. El acto por el cual un pueblo se da un gobierno no constituye un contrato. “El acto que instituye un gobierno es una ley; los depositarios del poder ejecutivo son funcionarios del pueblo, que este puede nombrar y destituir cuando les plazca”.⁷

Tanto Rousseau, como Sieyes transfirieron la soberanía al gobernado y se la quitaron al gobernante (Monarca); sin embargo la llamaron de manera distinta. ¿Que implicaciones tiene la diferencia de nombre?

D.- CONSECUENCIAS DE ACOGER LA TESIS DE LA SOBERANIA NACIONAL O LA POPULAR

La escogencia de una u otra tesis de la soberanía trae consecuencias jurídico-política diversas. Ambas teorías tienen en común el hecho de transferir la soberanía del gobernante al gobernado, llámese a este pueblo o nación. Desde ahora debemos advertir que si bien la teoría de la soberanía en la nación es posterior a la popular, ya que Rousseau es anterior en el tiempo a Sieyes, la teoría de la soberanía popular es mucho más radical políticamente que la nacional y esto se refleja en sus consecuencias.

Se diferencian las dos tesis en que en la tesis de la soberanía popular, son titulares de la soberanía los individuos que conforman la sociedad, de manera tal que cada miembro de la sociedad tiene una fracción de la soberanía y la tienen también los individuos cuando se reúnen; en cambio, en la tesis de la soberanía nacional, los individuos no son titulares de la soberanía y solo la tiene la reunión de estos con fines políticos (el denominado cuerpo electoral).

Como consecuencia de lo anterior se producen efectos diversos en ciertas relaciones jurídico-políticas; por ejemplo en la consideración del sufragio o voto. Con la tesis de la soberanía nacional el sufragio es una función que consiste en que el individuo elector es un mero vehículo de la nación para escoger el gobernante, por lo tanto el gobernante no representa al elector sino a la nación. Otra consecuencia de la tesis de la soberanía nacional es que la nación puede definir quienes cumplen la función de vehículo para escoger al gobernante, pudiendo la nación excluir a algunas personas de esta función de elector, por esta razón muchos individuos pueden ser privados del derecho a elegir y a ser elegidos y esto es lo que explica que en los comienzos del régimen liberal el sufragio fuese restringido: la nación excluía de la función de escoger al gobernante a grandes capas de la población,

especialmente a la clase obrera, a las mujeres, a los pobres y a los ignorantes. Con la tesis de la soberanía nacional el elector, que no tiene parte de la soberanía no confiere mandato ni impone obligaciones al gobernante elegido y como el gobernante no representa a quien lo Eligio, no esta obligado a rendirle cuentas de su gestión ni puede ser revocado por su elector.

Con la tesis de la soberanía popular, como los individuos son considerados titulares de la soberanía, el sufragio es considerado un derecho y en consecuencia todos tienen derecho a elegir al gobernante, no pudiendo excluirse a las grandes masas y todos pueden ser elegidos o acceder a la función publica. Otra consecuencia es que el elegido si representa al elector y este ultimo confiere mandato e impone obligaciones al elegido; como el elegido representa al elector, esta obligado a rendirle cuentas periódicas de su gestión y en el evento de que el elector no este de acuerdo con lo que hace su mandatario o éste haya incumplido sus promesas electorales, puede revocarle el mandato.

La escogencia de una u otra tesis de la soberanía trae consecuencias jurico-políticas diversas, debemos hacer notar el hecho de que normalmente los países del antiguo bloque socialista y los que todavía se llaman así, como Viet Nam o cuba acogen la tesis de la soberanía popular, en cambio muchos países capitalistas acogen la tesis de la soberanía nacional.

SINTESIS

Determinado que en el estado liberal y democrático de derecho el soberano es el gobernado o pueblo como lo establece el articulo. 3 de nuestra constitución; que la soberanía es absoluta, perpetua, indivisible, inalienable e imprescriptible.

Determinado que la principal manifestación de la soberanía es el poder constituyente; que su principal atributo es el de dar la constitución; ese poder constituyente es también absoluto, perpetuo, indivisible, inalienable e imprescriptible. Siendo inalienable e imprescriptible, no puede ser ejercido por un poder constituido (Congreso) y mucho menos usurpado por ningún poder constituido. El poder constituyente es inalienable y por lo mismo no se puede transferir vender, donar u otorgar a ningún poder constituido llámese gobierno o congreso. Si este ultimo lo usurpa, esta actuando por fuera de su competencia.

2.- LA MODERNA CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Uno de fenómenos que ha observado y señalado la moderna teoría y filosofía del derecho, es la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico; como todo el derecho se constitucionaliza y como los principios y valores constitucionales se protegen aun frente al poder reformador de la constitución.

“ En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización”⁸ del ordenamiento jurídico’ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”⁹ Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

A) Una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

B) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera)

C) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (todas, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y que obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se

consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar a las relativas a los derechos sociales) o los principios. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción políticas o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.

D) La “sobre interpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento a símil. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, no explícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y político, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de -o sea, “libres” del- derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”

E) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.

F) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que

ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2 opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional.

G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización de ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de self restraint frente a lo que en alguna época se ha llamado las "political questions", sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo."

SINTEISIS

El Moderno proceso de constitucionalización implica una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de "constitucionalización" de todo el ordenamiento.

Correlativamente el tribunal constitucional tiene competencia para evitar que el reformador de la constitución usurpe la competencia del poder constituyente y vulnere los principios o valores fundamentales que el soberano consagro en la constitución.

3.- EL PROCESO MODERNO DE REMISION A VALORES Y PRINCIPIOS MAS ALLA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La humanidad va aprendiendo de sus experiencias nefastas y una de las más nefastas fue la segunda guerra mundial, donde perdieron la vida 50 millones de seres humanos. Donde no solo se violo masivamente el derecho a la vida, sino que fueron vulnerados todos los derechos humanos. El hombre no fue tratado como un fin en si mismo, sino como una cosa y su dignidad humana fue desconocida.

Contra esa locura reaccionaron los hombres y dejaron claro que los seres humanos eran seres dignos y que sus derechos les pertenecían aun que no estuvieran consagrados en las constituciones. Los valores, principios y derechos fundamentales le pertenecen a todos los hombres por el solo hecho de ser personas independientemente de que estuvieran positivizados.

Eso es lo que explica que después de la 2 guerra mundial, las constituciones (que son derecho positivo) hayan hecho remisiones a valores, derechos y principios no escritos o no positivizados. Paradójicamente el derecho positivo remite al derecho natural. La consecuencia es que esos valores y principios hacen parte de las constituciones (por remisión) y es deber de los tribunales constitucionales hacerlos cumplir; salvaguardarlos, protegerlos y defenderlos.

Este fenómeno moderno se puede constatar en todas las constituciones de posguerra y es muy claro en los países que sufrieron los regimenes más violadores de los principios, valores y derechos humanos, como fueron Alemania, Italia y España (Nazismo, Fascismo, falangismo; etc.) y es claro tambien en el derecho Colombiano y en la constitución de 1991.

En Alemania es claro para el tribunal constitucional que hay una escala axiológica, de modo que siempre que choca una norma de la parte orgánica con una de la parte dogmática prima la norma sobre derechos; siempre que existe un conflicto de derechos, entre un derecho y el derecho a la dignidad humana prima y prevalece el derecho a la dignidad humana.

Veamos algunos de los textos constitucionales vigentes donde se remite a los valores, principios y derechos no escritos.

ALEMANIA

Artículo 1º.-

1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.

ITALIA

Artículo 2º.

La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

Artículo 3º.

Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno

desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

ESPAÑA

Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

COLOMBIA

ART. 5º—El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

ART. 94.—La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

SINTESIS

De este breve recuento se puede concluir que los valores, principios y derechos (incluido el de la igualdad) son garantizados por las constituciones modernas aun que no estén positivizados, que forman parte de la esencia de la constitución y que como tal deben ser garantizados por el guardián de la constitución y lo que es más importante que no pueden ser desconocidos por el reformador de la constitución.

Dicho de otra manera; los principios y valores se positivizan por la propia remisión que de ellos hace la norma constitucional.

Al utilizar la técnica de la remisión constitucional entran al derecho positivo; el derecho positivo los hace suyos y se incorporan a él.

4.- SOBRE FILOSOFIA Y TEORIA DEL DERECHO

En lo que sigue demostraremos también por que es importante controlar el contenido de la reforma.

5 - IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES

Si no fuera por los principios y los valores que tiene una persona, no existirían diferencias de comportamiento entre una y otra persona.

Esto es igualmente válido para las sociedades: lo que diferencia un europeo cristiano de un árabe musulmán o más aun, de un budista, son los principios y valores que guían su conducta.

Estas consideraciones sobre valores y principios de los individuos y las sociedades, son también legítimas respecto de las formas de gobierno y tipos de estado.

Bastan unos pocos ejemplos para probar la verdad de nuestro aserto:

A.- Propiedad privada

El valor que le demos a la propiedad en una sociedad, determina no solo la forma de gobierno sino también el tipo de estado. Si le damos a la propiedad privada de instrumentos y medios de producción un valor absoluto (o sagrado como dijeron los revolucionarios franceses en la declaración de derechos de 1789; que permitía usar, disponer, gozar y abusar al propietario), tendremos un estado capitalista y estaremos frente al estado liberal gendarme.

Si damos un valor relativo a la propiedad; respetamos la propiedad privada, pero exigimos que el propietario que cumpla con una función social, tendrá otro modelo de estado: El estado interventor y una de sus modalidades; el estado social de derecho.

Si le quitamos valor a la propiedad privada y no solo la desvalorizamos sino que la proscribimos y por el contrario; le damos valor a su opuesto, esto es a la propiedad social de instrumentos y medios de producción, estamos modificando no solo la forma de gobierno sino también el tipo de estado y habremos pasado del estado liberal al estado socialista. No sobra recordar que el gran valor de la propiedad social no es solo obra del comunismo, de

Marx o de Lenin; sino que viene en la teoría política desde Platón (quien en su obra la republica considera “natural” la propiedad social y no la privada) y en la practica desde las comunidades primitivas (gens, clanes), pasando por el gran legislador griego Licurgo.

Es necesario llamar la atención sobre el hecho que el valor del individuo está condicionado por la concepción que se tenga del estado. Si se considera que hay una esfera de la actividad de los individuos que no puede ser tocada por el estado, que los individuos pueden manejar autónomamente y donde el estado no debe penetrar ni puede penetrar, ya que si lo hace, existen mecanismos jurídicos para anular el acto y restablecer el derecho conculcado al individuo (y su esfera de privacidad), nos encontraremos con un tipo de estado liberal.

Si el estado, reservando una esfera autónoma a los individuos, se reserva, sin embargo, la propiedad de los instrumentos y medios de producción, nos encontraremos con un tipo de estado socialista, que modifica la posición del individuo, ya que en este tipo de estado los individuos no pueden tener propiedad privada de instrumentos y medios de producción y su estatuto jurídico es diverso, en el campo económico, al del individuo ubicado en un estado capitalista.

Si se considera que no puede existir ninguna esfera de la actividad del individuo donde el estado no pueda intervenir, o que no pueda, por lo menos vigilar (incluidas las relaciones afectivas y esto es lo que explica que el estado nazi podía prohibir los matrimonios entre miembros de la raza superior “Aria”, con los de la raza inferior, para evitar que la raza “superior”, se degenerase), nos encontramos ante un tipo de estado totalitario (Nazista o Fascista), donde la posición del individuo se encuentra muy disminuida ante el estado

C.- El valor que le demos a la protección de los derechos fundamentales frente al estado

Todas las autoridades públicas, por tener la posibilidad de abusar del poder, deben estar sujetas a la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Esta regla no admite excepción. Aceptarlo implicaría admitir que los derechos pueden ser vulnerados; lo que representaría la negación de los presupuestos del Estado constitucional, debido a que su naturaleza dimana del aseguramiento de esos derechos. El día en que se diga que los derechos fundamentales no puedan contra todo el Estado; o una parte de él (la rama judicial)

ese día se marchitarán y desaparecerán los derechos fundamentales, y por ese mismo camino desaparecerá el Estado Social de Derecho.

Los derechos hay que asegurarlos frente a todos aquellos que están en la eventualidad de cercenarlos: el Legislador, el Ejecutivo o los mismos jueces, pues todos, por igual pueden vulnerarlos.

Desde las revoluciones burguesas y en especial la francesa se había señalado que la sociedad donde no existiera la garantía de los derechos del hombre no tenía constitución.

Sobre el tema que nos ocupa la Corte constitucional mediante sentencia T-1127 del 2001 dijo:

“Ahora bien, los derechos del hombre, su existencia y su defensa han hecho modificar el sentido de varias relaciones del hombre: 1. La relación entre el poder y la libertad; 2. la relación entre el derecho y el deber; y 3. la relación entre el individuo y la sociedad (o el Estado). Antes se le daba la primacía al poder sobre la libertad y sólo cuando se dio precedencia a la libertad sobre el poder, surgieron los derechos y se pudieron garantizar. En el Estado despótico los individuos no tienen derechos sino deberes; en el Estado absoluto los individuos frente al soberano únicamente tienen derechos privados; y sólo en el Estado de Derecho el individuo tiene ante el Estado no solo derechos privados sino también derechos públicos, son entonces los denominados derechos públicos subjetivos los que caracterizan el Estado de Derecho, que por lo demás le permiten al súbdito transformarse en ciudadano; el Estado de Derecho es entonces el Estado de los ciudadanos.”

Respecto de la relación entre individuo y sociedad (o Estado), es necesario recordar lo que dice Norberto Bobbio en su escrito intitulado La revolución francesa y los derechos del hombre:

“Es necesario desconfiar de quien sostiene una concepción antiindividualista de la sociedad. A través del antiindividualismo han pasado todas las doctrinas reaccionarias. Burke decía: “Los individuos desaparecen como sombras; sólo la comunidad es fija y estable”. De Maistre decía: “Someter el gobierno a la discusión individual significa destruirlo”. Lamennais decía: “El individualismo destruye la idea de obediencia y del deber, destruye el poder y la ley”. No sería muy difícil encontrar similares citas en la parte de la izquierda antidemocrática. Al

contrario no hay ninguna constitución democrática, comenzando por la de la República Italiana que no presuponga la existencia de individuos singulares, que tienen derechos en cuanto tales. Y cómo se podría afirmar que son “inviolables”, sino se presupone que, ¿axiológicamente, el individuo es superior a la sociedad de la cual viene a ser parte?.¹⁰

En otro escrito de Norberto Bobbio denominado La herencia de la gran revolución, refiriéndose al mismo problema dice:

“Se trata nada menos de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia, que es la antítesis radical de la concepción organicista, según la cual repitiendo una afirmación de Aristóteles, que sería repetida por Hegel, el todo (la sociedad) es anterior a sus partes. Volviendo al revés esta relación entre el todo y las partes, según la concepción individualista de la sociedad y de la historia, el individuo viene primero, la sociedad viene después. La sociedad es para el individuo, no el individuo para la sociedad... En una concepción orgánica de la sociedad el objetivo de la organización política es la conservación del todo. No hay en ella puesto para los derechos que no sólo la preceden si no que pretenden directamente mantenerse fuera de ella y hasta de someterla a las propias exigencias... en una concepción individualista el todo es el resultado de la libre voluntad de las partes.”¹¹

D. El valor de la limitación y la separación de poderes

O le damos al poder un valor absoluto, ilimitado y estaremos en el régimen del despotismo y la tiranía o restringimos al poder para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos y estaremos en el estado de derecho.

Es una realidad evidente que quien ejerce el poder político tiene una tendencia natural a su abuso. Montesquieu dejó en claro que “todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites”¹². Karl Loewenstein sostiene, por su parte, que “sólo los santos entre los detentadores del poder –¿y dónde se pueden encontrar?– serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder”¹³ y Lord Acton había sentenciado que “El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente. Si la naturaleza del hombre dista de ser la de los santos, hay que limitar a todos los hombres investidos de poder, obligándolos a respetar los derechos fundamentales.

EL principio de la separación de poderes tiene como fin evitar el poder absoluto.

Ya los revolucionarios Franceses habían señalado que para la existencia del estado constitucional no bastaba con tener una constitución escrita (o consuetudinaria), era necesario además que el poder estuviese separado y los derechos garantizados, como se estipulo en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁴.

De ahí nació la diferencia que existe entre constitución y constitucionalismo, pues todo orden constitucional tiene una constitución, empero, no toda constitución implica, necesariamente, un orden constitucional.

No sobra recordar que todos los regimenes políticos despóticos, tiránicos, totalitarios o autoritarios no han renunciado a tener un remedo de constitución; una mascara constitucional: Hitler tuvo constitución; Mussolini también la tuvo y tampoco le faltó a Pinochet.

El constitucionalismo es, en pocas palabras, la limitación del poder del gobernante para garantizar la libertad del individuo.

Con el fin de alcanzar este propósito, la constitución escrita se constituye en un instrumento por medio del cual se garantiza a las personas sus derechos individuales y al mismo tiempo, el gobernante, es colocado en posición de no poder violarlos; de modo que todo gobierno constitucional es por definición un gobierno limitado.

La constitución escrita, es normalmente el documento donde se consagran estos principios y el instrumento para limitar el gobierno y garantizar la libertad de los ciudadanos, que además tiene un procedimiento especial de reforma y un guardián judicial que controla que ninguna autoridad o norma viole la constitución.

O le damos valor al principio de la separación del poder o no se lo damos y valorizamos su opuesto, es decir la concentración del poder; en el primer caso tendremos el estado liberal de derecho y en el segundo estaremos en otro modelo de estado muy diverso: podemos haber retrocedido al despotismo; a la sociedad feudal y su ultima forma política: la monarquía absoluta. Podemos estar en los modelos recientes de concentración del poder: el estado Nazi o el estado fascista; que concentra todo el poder del estado en cabeza del líder.

Al Führer, al Duce o al Caudillo, además de las funciones ejecutivas que ya tenía, se le otorgan facultades legislativas (es el máximo legislador), y facultades judiciales (se convierte en el juez supremo), a tal extremo que todo el régimen político se encarna en su persona y todas las funciones hay que referirlas en última instancia a el líder. El caudillo se convierte en la constitución del régimen.

El líder designa a los diputados, a los jefes administrativos, a los jefes de regiones, a los jefes del partido etc; por ésta razón, algunos llaman al régimen fascista, la forma de gobierno del jefe de gobierno.

E. El valor que le damos al hombre; al ser humano

En el primer caso estaremos en el estado social de derecho; en el segundo tendremos modelos de estado o gobierno con un contenido axiológico muy diverso. Si consideramos que podemos cosificar al hombre y convertirlo de sujeto en objeto, seremos capaces de justificar la esclavitud; pues no podemos olvidar que para la sociedad esclavista del imperio romano los esclavos eran “cosas que hablaban u objetos Parlantes”.

Para la sociedad esclavista griega y para sus filósofos, que eran hijos de su época (Aristóteles y Platón), los hombres no eran iguales ni tenían la misma dignidad ni el mismo merito; esta concepción fue la que permitió que unos hombres estuvieran “predestinados para ser amos y otros esclavos. Hay que resaltar aquí una diferencia fundamental, entre la filosofía estoica que consagró la igualdad de mérito o dignidad de todas las personas, con la Aristotélica-Platónica que consideraba que los hombres tenían un mérito o valor desigual.

En la sociedad feudal los hombres tampoco tenían el mismo valor y esto es lo que explica la existencia de castas o grupos sociales con derechos u obligaciones diversas. En la sociedad feudal los hombres no eran iguales ante la ley y sus derechos y obligaciones dependían de la clase social a la que pertenecían de modo que el miembro de la nobleza tenía derechos mayores que los de las otras clases (clero, naciente burguesía, ciervos de la gleba, etc.) mientras la naciente burguesía tenía muchas obligaciones, y muy pocos derechos (con razón Sieyés decía que el tercer estado era todo, pero que no tenía ningún derecho). Por esta razón cuando las revoluciones burguesas hicieron a todos los hombres iguales ante la ley dieron un gran paso hacia la dignidad del hombre.

Esta igualdad significó una verdadera revolución, que sólo podemos captar en su justa dimensión cuando observamos que el régimen liberal o burgués se enfrentó a un sistema feudal con pluralidad de normas jurídicas, en el cual la pertenencia a una clase, a un estamento, a una casta, a una corporación, a una ciudad o a un burgo, implicaba un estatus jurídico diferente. No todos los hombres tenían los mismos derechos y las mismas obligaciones; no eran iguales los derechos de la nobleza a los del clero, y los derechos y obligaciones de la nobleza eran diferentes de los de la naciente burguesía.

Ya el abate Sieyés, en su obra sobre los privilegios, levantaba su voz acusadora contra este orden jurídico feudal. Al mismo tiempo señalaba cómo era privilegio todo lo que se salía de la regla general, de la Ley General.

Ante este régimen de privilegios feudales, reacciona la burguesía liberal estableciendo la igualdad ante la ley. La declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano fijó con precisión el carácter formal de esta igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

En la teoría del derecho es importante el método que utilicemos para resolver ciertos problemas jurídicos. El método de interpretar por regla general y por excepción es muy útil ya que la regla general nos permite ubicar dentro de ella todo lo que no sea una excepción y además que toda excepción es expresa y de interpretación restrictiva.

La regla general en el estado de derecho es que los hombres son iguales ante la ley y la excepción es que son desiguales. La desigualdad es la que requiere justificación; la justificación de por que hay que tratar de forma desigual. El trato desigual requiere una justificación; una prueba y una carga argumentativa que no requiere la igualdad formal. La igualdad de trato tampoco requiere justificación; en cambio la disparidad de tratamiento necesita siempre ser justificado.

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

Queremos advertir que las formas de discriminación previstas en el artículo 13 de nuestra

Constitución no son las únicas que pueden existir y que lo hace a título ejemplificativo y no de manera taxativa. Son posibles otros casos de discriminación, quedando comprendidas cualesquier otra. La prohibición de diferenciaciones o discriminaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, constituye además un recuento de las causas que en el pasado han servido para hacer a los hombres desiguales ante la ley.

La igualdad ante la ley implica la prohibición de discriminaciones negativas (que es distinta a la discriminación positiva, que se hace a favor de los más débiles y no de los más fuertes).

La idea Kantiana de que todos los seres humanos tenemos en común una conciencia moral y una igual autonomía que es la base de una dignidad igual para todos, trae como consecuencia que ningún hombre sea usado como medio al servicio de otros hombres y convierte a cada persona en un fin en si mismo. Esa igualdad moral es el fundamento de la igualdad jurídica o igualdad ante la ley.

F.- Conclusión

De los temas arriba señalados se puede concluir de manera categórica que los valores y principios de una persona, sociedad, gobierno o estado son los que determinan su esencia, lo que los caracteriza y definen; de modo que sin esos valores o principios fundamentales deja de ser lo que es o lo que es más grave se desnaturalizan y se convierten en su opuesto. Así las cosas, son estos valores y principios los que identifican y caracterizan a una sociedad respecto de otra, diferenciación que se presenta, entre otras, en la manera de manejar la propiedad privada, el valor del individuo ante el Estado, el valor de la protección de los derechos fundamentales frente al mismo Estado, el valor de la limitación del poder y de la separación del mismo y el valor que se tenga del ser humano.

Es importante señalar que en un régimen político, forma de gobierno o de estado, quien fija, determina y señala los valores y principios fundamentales es el máximo titular del poder político. Este recibe el nombre de soberano (en nuestro caso el pueblo colombiano); siendo el máximo ejercicio de la soberanía, el poder constituyente. Es el poder constituyente quien puede fijar los valores y principios fundamentales del gobierno y del estado.

El método de la teoría de la constitución tiene como finalidad determinar el principio que

sirve de fundamento a todo el sistema

Toda teoría tiene como fundamento un principio alrededor del cual gira todo el sistema. El principio en torno al cual gira la teoría de la constitución es el de sujeto titular del poder público.

La existencia de una constitución, con toda la problemática filosófica que lleva anexa, como es por ejemplo, que debe contener la constitución, cuando se suspende, como se reforma, como interpretarla, etc, presupone metodológicamente, dar respuesta a la pregunta de ¿Quién tiene el poder para dar la constitución? o lo que es lo mismo ¿quien tiene el poder constituyente?; la pregunta de ¿quien tiene el poder constituyente? presupone dar respuesta a la pregunta: ¿Quien tiene la soberanía? ya que el poder Constituyente no es más que un atributo o manifestación de la soberanía, como lo descubrieron los revolucionarios franceses. El poder constituyente no es más que una consecuencia de la soberanía. Para determinar quien tiene el poder constituyente debemos absolver en primer lugar el interrogante de ¿Quién es el soberano?

Preguntarse por el soberano es inquirir por el sujeto titular del poder político. El sujeto titular del poder político sólo puede ser el Gobernante, o el gobernado; en el estado moderno, que es un estado democrático, el sujeto titular del poder político es el gobernado, o como comúnmente se le llama " El pueblo " .

Determinar quién es el sujeto titular del poder público, es fijar con precisión el principio alrededor del cual gira toda la teoría jurídica de la Constitución, ya que el pueblo titular del poder político, es por esa misma razón titular de la soberanía y en consecuencia, titular del poder constituyente, que es el principal atributo de la soberanía y quien tiene el poder para dar la constitución tiene así mismo el poder para reformarla, determinar sus contenidos e interpretarla.

Por ese motivo se hace indispensable analizar brevemente el poder constituyente y distinguirlo del poder de reforma de la constitución.

6. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION. LÍMITES AL PODER

DE REFORMA

Establecido que quien decide sobre los valores y principios del régimen político es el poder constituyente y no el poder de reforma es necesario establecer los límites al poder de reforma.

6.1. - Diferencia entre el poder de reforma de la constitución y el poder constituyente.

Lo primero que hay que precisar es que existe una diferencia entre el poder de enmienda de la constitución y el poder constituyente.

De los antecedentes y del contexto histórico podemos inferir las características del poder constituyente como poder supremo, originario (no derivado), eficaz, revolucionario (creador).

Es un poder supremo porque no existe por encima de él ningún poder constituido, ni siquiera el poder de la constitución

Es un poder originario porque no encuentra su justificación en el orden jurídico anterior, al contrario, normalmente se opone al orden jurídico existente, lo combate y lucha contra él; se fundamenta en un orden superior al positivo y cuando logra el poder político, instaura un orden jurídico diverso del que venía rigiendo.

Mientras combate el orden de cosas existente y desconoce el orden jurídico positivo, se justifica en un derecho superior al positivo: El derecho divino, el derecho natural, la justicia, el derecho de resistencia a la opresión o el derecho a la revolución y cuando toma el poder político, crea un nuevo orden jurídico, comenzando por una nueva constitución y se legaliza a posteriori.

El poder constituyente es un poder eficaz, ya que no solo desconoce el orden de cosas existente en una sociedad dada, sino que además cuenta con la fuerza para instaurar un nuevo orden (incluido el Constitucional). Solo el poder que oponiéndose al orden jurídico existente, es capaz de derrotar a las fuerzas que se le oponen, crear un nuevo poder y un orden jurídico también nuevo, es verdadero poder constituyente.

El poner el acento sobre el elemento eficacia del poder constituyente, para considerarlo

como determinante del mismo, es lo que ha llevado a una teoría del poder constituyente de la minoría de la población, o ha servido para justificar la dictadura constituyente de la derecha, como sucedió con el régimen Nazi.

El poder constituyente es un poder revolucionario ya que su función no es conservar el orden sino modificarlo radicalmente, en esto se diferencia del defensor de la constitución, cuya función es conservarlo; el poder constituyente tiene una función revolucionaria, en cambio, el guardián de la constitución, tiene una función conservadora.

Debemos hacer notar el hecho que la problemática del poder constituyente presupone la existencia de una constitución escrita, de manera tal que una constitución consuetudinaria no se plantea el interrogante de quien tiene el poder para dar la constitución o se lo plantea de una manera distinta.

6.1. 1 . - El poder de reforma constitucional no es poder constituyente

El poder de revisión constitucional o de enmienda constitucional formal, es un poder entregado a un cuerpo que existe y obra gracias a la constitución y que por lo mismo es un cuerpo constituido, no constituyente. Su poder por la misma razón es un poder constituido, no constituyente, delegado, no originario.

Sieyés había percibido claramente la diferencia: "...vemos, en primer lugar, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo, las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos.

Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas. En cada una de sus partes la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación". 15

A diferencia del poder constituyente, el poder de enmienda constitucional formal, deriva su legalidad y legitimidad de la propia constitución, su autoridad se encuentra en la misma constitución que reforma. El poder constituyente constituido puede modificar el orden

constitucional vigente, precisamente porque ese mismo orden se lo permite. Es en síntesis un poder derivado, mientras el poder constituyente es un poder originario.

6.2.1. -El primer problema apunta a aquellas constituciones que prohíben expresamente su reforma total o parcial; las que expresamente la permiten o las que nada dicen.

Respecto de las últimas existe la opinión, en una parte de la doctrina, que desde un punto de vista estrictamente jurídico serían absolutamente inmodificables¹⁶; entre otras razones por que ningún órgano tendría competencia para ello y en el estado de derecho todo órgano es un órgano constituido y no tiene competencia sino para lo que expresamente se le haya dado y aun que no se haya prohibido expresamente, basta con que no exista un órgano autorizado, para que exista una prohibición tácita.

Han existido constituciones como la finlandesa de 1919 que prohibía la reforma de toda la constitución en todo tiempo. Otras como la de Colombia de 1821, que la prohibía durante un tiempo (10 años) desde la adopción del texto constitucional; cuando se dan condiciones tales que pueden impedir un debate veraz y sereno sobre la reforma (por ejemplo; se prohíbe, en la monarquía, durante el período de regencia; durante la ocupación extranjera del territorio nacional para evitar que el invasor imponga su voluntad, en tiempo de crisis interior o guerra exterior, etc.)

A veces se prohíbe modificar ciertos artículos de la constitución, son los preceptos no enmendables de la constitución. Aquellos, que el propio constituyente, considera que no pueden modificarse, y por lo mismo prohíbe su enmienda, por ejemplo: La constitución prohíbe modificar la forma de gobierno, la república, la monarquía, la estructura federal del estado, etc.; autores como Kelsen sostienen que en estos casos no es jurídicamente posible modificar la constitución por un acto legislativo, “ Si la norma de la constitución que hace más difícil una reforma se considera obligatoria para el órgano legislativo, la que excluye toda reforma tiene que ser considerada igualmente como válida. No hay ninguna razón jurídica para interpretar de distinto modo las dos normas...”¹⁷

6.2.2- Todos esos límites a la reforma son límites expuestos y hay que diferenciarlos claramente de otro tema que es el de los límites implícitos a la reforma de la constitución, que tiene como supuesto fundamental el de considerar la constitución no solo como un conjunto de normas, sino ante todo como un sistema de valores.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SUPREMOS

Conforme a una jurisprudencia ya consolidada de la Corte Constitucional. “se comparte la idea de que existe una jerarquía entre normas y normas de la misma Constitución, que permite identificar (como por lo demás en todo cuerpo de disposiciones ordenadas en sistema) un orden conducente a conferir preeminencia a algunas respecto de otras”.

En particular, según la Corte, en la Constitución hay algunos principios-llamados “principios supremos del ordenamiento constitucional”-que tienen un “valor superior” respecto a las restantes normas de rango constitucional. En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional.

Es preciso subrayar que, según lo admitido por la propia Corte, tales principios no son “expresamente mencionados (en el texto constitucional) entre los sujetos al procedimiento de revisión constitucional”. En otras palabras, la doctrina de los principios constitucionales supremos se resuelve en la construcción de un límite a la revisión constitucional totalmente inexpreso. En efecto, el fundamento de tal doctrina no se encuentra en alguna disposición constitucional sino en una construcción dogmática (tácitamente hecha suya por la propia Corte), según la cual:

1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.
2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.
3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.
4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).”¹⁸

Por otra parte, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir competencia a la Corte para controlar esos límites, pues cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que son inmodificables puede juzgar

inconstitucional una modificación o reforma que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos.

Su fundamento filosófico son los principios y valores que plasmo el poder constituyente, pues “ la reforma de la constitución no puede ser destrucción de la misma “. ya Carl Schmitt señalaba: “una facultad de reformar la constitución, atribuida por una normación legal-constitucional pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la constitución considerada como un todo”.¹⁹

Puede deberse a que se abandona una forma de gobierno, para reemplazarla por otra completamente distinta o incluso a la modificación del tipo de Estado: por ejemplo, de un estado capitalista a uno socialista y constituyen por regla general una ruptura con el orden de cosas existentes.

Con el tema de los límites implícitos se plantea un problema especial del derecho constitucional: el de los límites de la constitución por valores metajurídicos o la paradoja de una norma constitucional inconstitucional.

Toda constitución refleja explícita o implícitamente cierta escala de valores y cierta ideología; se pregunta entonces ¿si esta escala de valores y esta ideología, invalidarían ciertas normas positivas de la constitución en conflicto con ellas? La respuesta es que si.

Dentro de los límites axiológicos al poder de reforma, a título enunciativo y ejemplificativo pueden mencionarse: La forma de estado democrático y social de derecho(separación de poderes; democracia; pluralismo; dignidad humana; los derechos fundamentales y dentro de estos el de igualdad que permite llenar todas las posibles lagunas del orden jurídico. La forma de gobierno o de estado capitalista o socialista (como lo hizo la reforma a la constitución cubana del 2002).

Además de los límites axiológicos ya señalados existen otros como son los límites de la lógica que se aplican a todo el orden jurídico, incluida la reforma de la constitución; por ejemplo, no se puede instaurar una norma autocontradictoria u otra que derogue la ley de la gravedad o la que declare que a partir de ese momento todos los Colombianos van ha ser los hombres mas ricos del mundo; o los lógicos a la reforma de la constitución como los que señalaran Alf

Ross o Adolfo Merkl respecto de las cláusulas de reforma de la constitución.

6.2.3. - La Unidad del derecho (monismo versus pluralismo)

La concepción que se tenga del derecho como orden normativo tiene consecuencias sobre el tema de reforma de la constitución. Si por encima de la constitución existen otras normas, que reflejen a su vez valores o principios, las normas constitucionales no podrían desconocerlas y una reforma que las desconociera, podría ser declarada inconstitucional.

Uno de los temas fundamentales de la teoría del derecho es el de la unidad o pluralidad del ordenamiento jurídico.

Si se concibe el ordenamiento jurídico como una unidad donde el orden jurídico internacional determina los ámbitos territorial, temporal y personal de validez de los ordenes jurídicos nacionales, tenemos una posición monista; en cambio si consideramos que cada estado es un orden jurídico diverso y que el derecho de cada uno de ellos es distinto del orden jurídico internacional adoptaremos una posición dualista o más exactamente pluralista del derecho.

La posición monista adquiere relevancia en los casos en que existen conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que en estos eventos el derecho internacional debe primar sobre el derecho interno de los estados (pues este último no es más que una parte de ese orden jurídico total), aun sobre sus normas de mayor jerarquía como son las normas constitucionales.

Nos encontramos en última instancia ante un problema de jerarquía normativa, ya que las normas de derecho internacional tienen una jerarquía superior a las de derecho interno (incluidas las constitucionales) y en caso de conflicto deben aplicarse las normas de mayor jerarquía.

La posición monista se ha visto fortalecida con los procesos de integración (unión europea, pacto andino, etc.), que han debilitado la soberanía absoluta de los estados; por la tendencia a dictar normas de derecho internacional que rigen en los estados sin necesidad de actos de derecho interno que las incorporen; por la existencia de normas que conceden derechos e imponen obligaciones directamente a los ciudadanos (y ya no solo a los estados como ocurría en el derecho internacional antiguo); por la existencia de normas de IUS COGENS, la creación

de la ONU y otras organizaciones internacionales regionales, que han consagrado en tratados internacionales normas de protección de los derechos humanos o que hacen parte del derecho internacional a pesar de no ser plasmadas en tratados, producto de la costumbre (otra de las fuentes fundamental del derecho internacional) como es el caso de la declaración de derechos de la ONU de 1948.

Estas normas de derecho internacional, sobre derechos humanos, que tienen una jerarquía superior a las normas de derecho interno (incluida la constitución), constituyen un límite positivo a la reforma de la constitución, que no puede violarlas y en caso de que lo haga habrá que aplicar la norma de superior jerarquía, esto es la norma internacional, que continua siendo válida. Por ser norma válida y de superior jerarquía en caso de conflicto hay que aplicar la norma internacional por encima de la de derecho interno.

6.2.4 Tercera Conclusión

De lo expuesto se puede deducir que el poder de reforma de la Constitución es un poder altamente diferente del poder Constituyente. No puede ser el poder de reformar la Constitución un poder tal que se asemeje al poder de constituir la Constitución. Lo anterior por cuanto el poder de reformar esta en cabeza de un órgano constituido por el poder constituyente. En consecuencia, el primero esta incapacitado para abrogarse competencias del segundo, quien lo creó. De ahí que en el Constitucionalismo existan, en primer lugar, los llamados límites expresos, donde el mismo constituyente determina manifiestamente su deseo de prohibir la modificación de alguna valor o principio constitucional, en segundo lugar, los llamados límites implícitos los cuales son extraídos de la misma voluntad del constituyente así no hallan sido expresamente manifestados. A estos límites, la Corte Constitucional les ha dado el nombre de principios constitucionales supremos, queriendo dar a entender que existen al interior de nuestra Constitución una serie de valores y principios que no son modificables a través del poder de reforma por cuanto se extraen como voluntad inalterable del Constituyente. Estos principios constitucionales supremos se obtienen de un análisis dogmático basado en los siguientes parámetros: 1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores. 2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan. 3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución. 4. En

consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

7.- NO ES CIERTO QUE SE NECESITA REFORMAR TODA LA CONSTITUCIÓN PARA DESTRUIR SUS VALORES ESENCIALES O PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

No es cierto como se afirma que para destruir los valores esenciales se necesita reformar toda la constitución o gran parte de ella. Bastaría con una simple negación para modificar radicalmente no solo la forma de gobierno sino también el tipo de estado; para pasar del estado capitalista al estado comunista. Si por ejemplo al Art. 58 de la constitución que dice: Se garantiza la propiedad privada, le antepone una sencilla negación, habremos destruido la constitución anterior: NO SE GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA.

Si establecemos que los deudores que no puedan pagar sus obligaciones civiles, terminan siendo esclavos de sus acreedores, estamos retrocediendo 6000 años en la historia de la humanidad, al régimen esclavista, pues para nadie es un secreto que las dos fuentes más importantes de la esclavitud eran las guerras y las deudas.

Si permitimos, por medio de una reforma constitucional que diga “lo que quiera el Presidente de la república valga como derecho, por encima de cualquier otra norma, incluida la constitución” ; habremos convertido al jefe del ejecutivo en la constitución del régimen (como sucedió en Alemania o Italia durante el Nazismo y el fascismo) y habremos abandonado el estado de derecho y retrocedido a la época del despotismo típico de los pueblos orientales de hace 6000 años.

Si con el fin de buscar la “ verdad ” permitimos que en los procesos se instaure la tortura, habremos regresado al feudalismo, retrocedido 1000 años en la historia de la humanidad y renunciado al estado social de derecho.

Estos pocos ejemplos nos muestran como se puede modificar radicalmente los valores y principios con unas pocas palabras o una sola norma o con una simple negación, e instaurar formas de gobierno o de estado diametralmente opuestas, que destruirían el estado social y democrático de derecho.

7.1 Cuarta Conclusión.

En consecuencia, no es valedero afirmar que con el propósito de alterar los valores y principios fundamentales a un Estado y extraídos de la Constitución, sea indispensable modificar la totalidad de esta para cambiar los principios y valores enunciados. Por el contrario, como se ha demostrado un simple artículo o una simple negación pueden dar lugar a alterar la esencia característica de un Estado o de una sociedad.

8.- PILARES DE LA DEMOCRACIA: PODER DEL PUEBLO, LIBERTAD E IGUALDAD

La democracia tiene una triada de elementos fundamentales: a) poder del pueblo o como modernamente se denomina, soberanía popular; b) libertad y c) igualdad.

La libertad y la igualdad de todos los hombres son los fundamentos de la democracia. La libertad es el principio fundamental de la democracia: “El principio de la aristocracia es la virtud, es de la oligarquía la riqueza y el de la democracia la libertad.”²⁰

La democracia tiene como finalidad la libertad: “El fundamento del régimen democrático es la libertad; es el fin a que tiende toda democracia... Otra es el vivir como se quiere, esta es el resultado de la libertad... Este es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no, por turno. Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad”.²¹

“Las sublevaciones tienen, pues, siempre por causa la desigualdad y los que se sublevan lo hacen buscando la igualdad”.²²

La base sobre la cual descansa el edificio de la libertad, es la igualdad. El nexo indisoluble que existe entre la libertad e igualdad fue también percibido por Rousseau al establecer la finalidad de la ley (y la ley era para él, la expresión de la voluntad general). La ley debe perseguir el mayor bien de todos y esto se logra asegurando dos objetivos: la libertad y la igualdad. “La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado. La igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella”.²³

Igualdad de oportunidades. Dos personas sólo tienen igual oportunidad de ganar en una

competencia si parten del mismo lugar, si Y se encuentra detrás de Z debe desplazarse hasta donde se encuentra Z para tener la misma oportunidad que Z, de vencer. La igualdad de oportunidades, lo que busca es un punto de partida igual para todas las personas, de modo que el orden de llegada dependa del esfuerzo individual de cada uno y no de sus circunstancias económicas o sociales.

Reglas de distribución igualitarias. El tema de igualdad de tratamiento es diverso al del carácter igualitario de la regla misma; pues, en el primer caso en realidad se está mirando cómo se aplica la regla y lo que ahora preguntamos es si la regla misma es igualitaria o no, con prescindencia de su consideración de valor o normativa.

Es necesario precisar algunos conceptos que hacen más inteligible la problemática de la igualdad y sus reglas de distribución.

Debemos examinar brevemente la estructura de las reglas de distribución, antes de determinar lo que las convierte en igualitarias o desigualitarias. Tales reglas especifican, explícita o implícitamente, lo siguiente: 1) un beneficio (por ejemplo, un voto) o una carga (por ejemplo, un año de servicio militar) que se debe distribuir; 2) un grupo de referencia –es decir, una clase de personas a quienes se pretende aplicar la regla, definidas a menudo por una característica común (por ejemplo, todos los ciudadanos); 3) un grupo seleccionado; es decir, una subcategoría del grupo de referencia a quien se distribuye el beneficio o la carga (por ejemplo, todos los ciudadanos de determinada edad).²⁴

Las reglas que asignan beneficios o cargas, especialmente aquellas decretadas por ley, operan en un contexto históricamente determinado. Por consiguiente, son consideradas más adecuadamente como reglas de redistribución. Hay una distribución que puede ser el resultado de la aplicación de cierta regla formal de distribución, o puede ser la consecuencia de una costumbre. Cuando se introduce una regla nueva (por ejemplo, cuando se promulga una ley) que redistribuye los beneficios o las cargas, cambia la proporción del grupo seleccionado respecto al grupo de referencia. Como, queremos determinar si tal regla de redistribución es igualitaria y en qué grado, para ello debemos comparar la distribución dada históricamente, con la distribución que resulta de la aplicación de la regla.

Respecto a una distribución dada (y respecto a un grupo de referencia dado), una regla de redistribución de beneficios o cargas determinadas es más igualitaria cuanto mayor sea la

proporción del grupo seleccionado respecto al grupo de referencia después de la aplicación de la regla, en comparación con la distribución original.

En otras palabras, la asignación es tanto más igualitaria cuanto más igualitaria sea la aplicación de la regla. Viceversa, una regla de redistribución es tanto más desigualitaria, cuanto más reduzca el tamaño del grupo seleccionado.

¿Admitir 400, de los 600 que hicieron la solicitud para entrar a la Universidad, es una política igualitaria o desigualitaria?; Depende: Si el año anterior fueron admitidos 300 de los 600 que hicieron la solicitud, admitir 400 incrementa la proporción del grupo seleccionado; en consecuencia, esta nueva política constituye una regla de distribución más igualitaria. Pero esta misma política es desigualitaria si anteriormente se admitió a 500 de los 600 que hicieron la solicitud. La Constitución francesa de 1791 era igualitaria no porque sustituyera nobleza, por propiedad, como criterio para conferir el derecho de voto, sino porque amplió el sufragio a un número mucho mayor de ciudadanos (o sea, a más de la mitad de todos los varones adultos que pagaban cierto número de impuestos). Respecto a esta situación histórica, la posterior introducción del sufragio universal constituyó de nuevo una redistribución igualitaria del derecho de voto.²⁵

8.1.- Quinta Conclusión

La concepción democrática impone que si los hombres son iguales, en principio ningún hombre debe mandar o gobernar a otro hombre, y si esto fuera absolutamente necesario (los liberamos vemos el gobierno como un mal necesario, pero al fin y al cabo como un mal, ya que ningún hombre debe someterse a otro), todos los hombres deberían tener la misma oportunidad de gobernar; de hacerlo por turnos, turnos que deben ser los más breves posible.

Esto es lo que explica que en los estados verdaderamente democráticos los gobernantes tienen periodos breves de mandato y se prohíben las reelecciones; mientras que los regimenes totalitarios o autoritarios establecen periodos largos y permiten las reelecciones.

No existe igualdad de oportunidades si el punto de llegada o la meta se encuentra más distante para unos corredores que para otros; si alguien debe recorrer 5 cuerdas; otro 3, otro

solo una o lo que es más grave si uno de los corredores ya esta en la meta. Esto es igualmente valido en una competencia deportiva o en una competencia por la Presidencia de la Republica.

Si el Presidente ya esta en la meta y tiene todos los contratos, toda la burocracia, todo el presupuesto y todos los medios de comunicación, no existe igualdad de oportunidades y tendrá privilegios que otro competidor no tiene y que por lo mismo impiden que lo pueda alcanzar. Este privilegio lo tiene aún sobre quienes también poseen poder político como los gobernadores o los alcaldes.

La propia regla de distribución de cargos es, comparada con la anterior, inigualitaria ya que la anterior prohibía la reelección y ponía a todos los ciudadanos a competir en igualdad de circunstancias; ahora, al permitir la reelección inmediata, concede grandes y graves privilegios al actual gobernante.

La nueva regla es violatoria del concepto de ley (y en este caso de ley constitucional) propio del estado de derecho.

La única manera de conservar y proteger la igualdad formal es haciendo leyes generales impersonales y abstractas.

El estado de derecho parte de la ficción de que quien gobierna es la ley y no los hombres.

Supone también el sometimiento del gobernante al derecho. El concepto de ley del estado de derecho tiene una connotación especial que implica que es manifestación de la voluntad general, que es genérica, abstracta e impersonal.

A. Voluntad General

En el régimen feudal de monarquía absoluta, la ley era la manifestación de la voluntad individual del monarca y los súbditos no participaban de su creación. Para el estado de derecho la ley es una manifestación de la voluntad general, por que los destinatarios de la norma deben participar de su creación

B. Generalidad de la Ley

El concepto de ley propio del estado de derecho implica el concepto de generalidad de la

misma. Sólo en la medida en que la ley es general es que se garantiza la igualdad de todos los hombres. Toda ley en el Estado de derecho debe ser general, abstracta e impersonal.

Una ley particular, sería, en el Estado de derecho Inconstitucional, ya que por esa vía se puede conceder privilegios o discriminar. Esto es lo que pasa con la norma que permite la reelección inmediata, pues es una norma particular o con nombre propio, ya que presidente solo hay uno, el que este ocupando el cargo; la presidencia es un cargo unipersonal no pluripersonal. Ni siquiera los ex presidentes están en pie de igualdad, ya que el ex presidente no se encuentra en posesión del cargo.

Los beneficios de la norma sólo se radican en quien está en posesión del cargo de actual presidente y esa posesión le da unos privilegios que no tienen quienes no lo poseen (burocracia, contratos, presupuesto, medios de comunicación, etc), llámense ex presidentes y con mayor razón el hombre de la calle o ciudadano de a pie.

Siendo la norma particular, es en el estado de derecho inconstitucional.

9.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL GUARDIÁN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS PUESTOS POR EL SOBERANO

El soberano en ejercicio del poder constituyente consagro unos principios y unos valores fundamentales, pero no quiso dejarlos expósitos, sino que constituyó también un guardián de esos valores y principios: el tribunal constitucional; cuya misión es conservarlos y salvaguardarlos.

El congreso es un órgano constituido y como tal sometido al poder constituyente, a sus valores y principios. No puede destruirlos, arruinarlos, demolerlos, devastarlos, ni destrozarlos, so pretexto de reformar la constitución.

No es cierto que el congreso tenga más legitimidad que el tribunal constitucional, ya que este último fue puesto por el pueblo colombiano, en ejercicio del poder constituyente precisamente con la misión de proteger sus valores y principios fundamentales frente a todo poder constituido incluido el congreso reformador de la constitución.

Si se acepta que la soberanía es el máximo poder político y que el soberano es el pueblo; que el congreso no es soberano, que es un poder constituido y que no tiene el poder

constituyente, aparece claro que los valores y principios que estableció el pueblo constituyente no pueden ser destruidos, desmantelados, desmoronados o desbaratados por el congreso. Aceptar que puede destruirlos, es tanto como aceptar que el congreso puede USURPAR la soberanía.

Si el órgano constituido denominado legislador intenta usurpar la soberanía, el guardián de la constitución, puesto por el soberano para defender sus valores, puede y debe ampararlos, protegerlos y resguardarlos, declarándolos contrarios a esos valores y principios y frustrar el tentativo de violarlos declarando inconstitucional la norma que los vulnera.

Habiendo el soberano prohibido la reelección presidencial para salvaguardar varios valores y principios fundamentales como la democracia, la igualdad, facilitar la renovación de los actores políticos, evitar el caudillismo, facilitar la alternancia en el ejercicio del poder, y otros que se señalaron en los debates de la asamblea constituyente y que son vitales para la forma de gobierno que el pueblo constituyente quiso darle a Colombia; no puede el congreso destruirlos.

El principio de paralelismo de las formas impone que solo de la misma manera como se establecieron esos valores fundamentales, pueden modificarse: en ejercicio del poder constituyente y por un órgano constituyente.

Si se intenta hacerlo de otra manera o por el poder constituido, el guardián de la constitución esta legitimado para protegerlos.

No sobra recordar que la prohibición la estableció el constituyente por unanimidad en el primer debate y por un solo voto en contra en el debate final, lo que demuestra el gran consenso existente alrededor de la prohibición.

9.1.- La técnica del control de los actos reformadores de la constitución inconstitucionales.

Siendo el guardián de la constitución el encargado de proteger los valores y principios esenciales, tiene competencia para vigilar que el reformador de la constitución no los destruya o intente arruinarlos. De otro lado el reformador de la constitución carece de competencia para demolerlos o desmantelarlos.

Se plantea un tema de competencia que puede verse desde distintos puntos de vista: a) La incompetencia del congreso para destruir esos valores o principios fundamentales y la competencia del tribunal constitucional para evitar que los destruya; b) La competencia limitada del poder reformador del órgano constituido, congreso, y la competencia ilimitada del guardián de la constitución para que no se excedan esos límites.

Íntimamente ligado a los límites, está el problema de la competencia y en este caso la de la Corte Constitucional. Si existen límites la Corte Constitucional debe controlar que el Gobierno, o el Congreso no los violen; dicho de otra manera, la Corte tiene competencia para controlar que no se excedan esos límites.

Afirmar que el tribunal constitucional no puede controlar la reforma de los valores y principios fundamentales es afirmar el absurdo de que se puede controlar lo accesorio pero no controlar lo fundamental y lo que es más grave, proponer un control defectuoso de constitucionalidad que permite el control de las normas que violan incidentalmente a la constitución pero no de las que violan sus valores y principios fundamentales. Ya el tribunal constitucional Italiano se planteó el problema y lo resolvió en la sentencia cuando dijo: “ La constitución Italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera mediante leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales. Lo son tanto aquellos que la propia Constitución ha previsto explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const. It.), como los principios que, a pesar de no ser expresamente mencionados entre los que no están sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Este tribunal, por lo demás, ha reconocido ya en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un peso superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha sostenido que incluso las disposiciones del Concordato, que gozan de la particular “cobertura constitucional” ofrecida por el artículo 7. segundo párrafo, Const. It., no se sustraen a la verificación de su conformidad con los “principios supremos del ordenamiento constitucional” (vid. Sentencias nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sea cuando ha afirmado que la Ley de ejecución del tratado de la CEE puede estar sujeta al examen de este Tribunal “en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana” (vid. Sentencias nn. 183

de 1973, 170 del 1974). No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente para juzgar otras leyes constitucionales también respecto de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por otra parte, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más elevado valor ".26

Además de controlar la incompetencia del reformador de la constitución, el tribunal constitucional puede controlar que se respete el valor fundamental de la igualdad.

Para ello puede aplicar el principio de razonabilidad , que le permite examinar las denominadas "lagunas axiológicas". Se denomina laguna axiológica no a la falta de norma; porque si existe norma pero la norma que existe no es para el intérprete la que debería existir, sino otra diversa. No es entonces la falta de cualquier norma sino la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior (constitucional).

Cuando el legislador trata de modo igual casos que al intérprete (de la Constitución, o más exactamente, al tribunal constitucional), le parecen diversos; o sea, cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir; entonces el tribunal constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna, pues falta la norma diferenciadora).

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al tribunal constitucional le parecen iguales; y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón; entonces, el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

9.2 La incompetencia para destruir valores o principios como vicio de procedimiento

No es superfluo recordar que las normas sobre competencia no son estructuralmente iguales a otras normas(que mandan, prohíben, permiten) desde el punto de vista de la teoría del derecho ya que conceden facultades a órganos y por lo mismo tienen una naturaleza mixta, pues son al mismo tiempo de procedimiento y de contenido y pueden atacarse como vicios de procedimiento o de contenido. Si el congreso no tiene competencia para destruir la constitución y lo hace esta incurriendo en un vicio de incompetencia y como tal ese vicio

puede ser declarado como vicio de procedimiento o como vicio de contenido, pues como el dios romano Jano son las dos caras de una misma cabeza.

Sobre el tema Kelsen señala como al igual que no es válida una norma que no se cree de conformidad con las normas de producción jurídica; tampoco es válida la producida contra una prohibición: La idea de un documento constitucional unitario presupone el hecho de una constitución rígida, esto es, plenamente acabada y no reformable. Esto es la constitución en sentido jurídico - positivo. Y por eso casi todas las constituciones de los modernos Estados se componen de una pluralidad de leyes constitucionales, entre las cuales puede existir, histórica y políticamente, la ley o documento principal. Puede ocurrir que una constitución se declare a sí misma "eterna", o que algunos preceptos constitucionales se consideren irreformables. Entonces nace la cuestión acerca de si dicha constitución o dichos preceptos pueden ser, sin embargo, reformados o no, es decir, si jurídicamente pueden serlo.... Del mismo modo que de hecho es también posible y, frecuentemente, real el hecho de que se prescindan de los preceptos que dificultan la reforma, o aun de todas las normas que se refieren a la legislación en general. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, que es desde el único que se plantea esta cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica - a falta de otra determinación constitucional - implican la nulidad de la norma irregularmente establecida; es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podrá imponerse una constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa. ...27

En otra de sus obras sobre el mismo tema Kelsen dice: ... Es inclusive posible que pueda prohibirse toda reforma de la Constitución; y de hecho, ciertas Constituciones históricas declaran inmodificables algunos de sus preceptos o la totalidad de la Constitución, durante un cierto tiempo. Así, por ejemplo, el artículo 8, párrafo 4 de la Constitución Francesa del 25 de febrero de 1875 (artículo 2° de la enmienda del 14 de agosto de 1884), establece: "La forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de ningún proyecto de revisión". En estos casos no es jurídicamente posible modificar por un acto legislativo, dentro del término

señalado, la totalidad de la Constitución, o enmendar ciertas prescripciones específicas. Si la norma de la Constitución que hace más difícil una reforma se considera obligatoria para el órgano legislativo, al que excluye toda reforma tiene que ser considerada igualmente como válida. No hay ninguna razón jurídica para interpretar de distinto modo las normas, ni para declarar - como lo hacen algunos autores - que un precepto que prohíbe toda enmienda es nulo por su misma naturaleza. ...28

De lo señalado se puede inferir que para Kelsen la violación de la prohibición de reforma genera una nulidad por falta de competencia del órgano reformador de la constitución.

9.3 Sexta Conclusión

Los tribunales Constitucionales son los llamados a preservar y salvaguardar los valores y principios establecidos por el Constituyente , como inherentes en el Estado y en la sociedad.

Por consiguiente, el tribunal constitucional tiene la labor de no permitir que los límites , sean expreso o implícitos , señalados por el soberano , sean vulnerados o transgredidos por un órgano constituido como lo es el Congreso de la República, el cual resulta incompetente para alterar dichos valores y principios preestablecidos. Esta incompetencia posible del legislador hace que se configure un vicio de incompetencia.

10. LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE VIOLA VALORES O PRINCIPIOS ESENCIALES PUEDE CONFRONTARSE CON ELLOS.

Como ya lo hemos definido:

- 1.- Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.
2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.
3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.
4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración

constitucional).”²⁹

Por consiguiente, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir competencia a la Corte para controlar esos límites, pues cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que son inmodificables puede juzgar inconstitucional una modificación o reforma que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos.

Si las normas de una constitución no surgen por generación espontánea sino que son el sustrato de unos valores y principios que plasmo en ellas el constituyente; que quiso reflejar en ellas su concepción del gobierno y del estado, de modo que las normas siempre deben reflejar esos valores; el cotejo o comparación de la reforma de la constitución no se hace entre normas de igual jerarquía; sino que se hace entre normas (las de la reforma) y los valores esenciales del soberano constituyente que tienen una mayor jerarquía.

Son los valores y los principios los que dan origen a las normas. Los valores pueden existir sin las normas, no tienen su origen ni su causa en ellas y por lo mismo no les están sometidos; en cambio las normas que deben su razón de ser a los valores y principios si están sometidas a ellos.

No se trata de una concepción lusnaturalista (que sería respetable), sino de que la propia constitución remite a valores o principios. Sea puede tratar de principios explícitos o principios implícitos que se pueden deducir de los ya positivizados (de una o varias normas constitucionales).

Siendo el poder constituyente un poder de mayor jerarquía que el poder de reforma (como quiera que el primero determina y condiciona al segundo y no al revés); no puede el primero ser desconocido por el segundo. Siendo el poder constituyente un atributo o parte de la soberanía, es claro que el soberano tiene mayor jerarquía que el reformador de la constitución y que no puede ser desconocido por este último. Habiendo establecido en el derecho positivo constitucional colombiano que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo (Art. 3); es claro que el reformador de la constitución no puede usurparla y que se trata de hacer respetar una norma positiva.

Podemos también afirmar, sin ambages como lo a hecho el tribunal constitucional Alemán e

Italiano y la doctrina alemán que dentro de la propia constitución existe una jerarquía normativa de modo que unas normas constitucionales tienen mayor jerarquía que otras (así como existen leyes de mayor jerarquía que otras leyes: Por ejemplo las leyes estatutarias y las leyes orgánicas). El Doctor Martin Ibler Catedrático de la universidad Alemana de Konstanz dice: “ 3.4 Rango en la Ley Fundamental

La Ley Fundamental del ordenamiento jurídico alemán no solo expresa en sus primeros artículos el preeminente rango de los derechos fundamentales, sino que, además, en una destacada disposición de “garantía perpetua” (Art. 79, párrafo 3) 30, establece la prohibición de derogar los principios consagrados en los mismos. Así, nunca una reforma constitucional (que en Alemania requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios en el Bundestag y en el Bundesrat)³¹ podrá derogar la inmediata aplicación de los derechos fundamentales del país, ni tampoco su superior rango normativo. De este modo, los derechos fundamentales no sólo prevalecen sobre las normas constitucionales, sino que, en esencia, también dentro de la propia Constitución tienen un rango superior a muchas otras disposiciones constitucionales. Solo los más importantes principios informadores del Estado, como son el principio del Estado de Derecho, el principio Democrático, el principio del Estado Social y el principio del Estado Federal, ostentan un rango preeminente equiparable al de los derechos fundamentales.”

De todo lo dicho se puede afirmar que bien que se trate de valores o principios a los que ha remitido el constituyente o que se encuentren en la propia constitución y que tengan mayor jerarquía que otros, en todos los casos el poder de reforma es incompetente para reformarlos.

10.1. Séptima Conclusión

Pues bien, siendo el tribunal Constitucional el llamado a evitar que los principios y valores señalados por el Constituyente sean vulnerados, resulta este tribunal competente para confrontar aquellas reformas constitucionales con los principios y valores indicados por cuanto pueden dichas normas violentar los principios y valores a los cuales deben estar sometidas.

11.- NO ES CIERTO QUE EN EL ESTADO DE DERECHO LAS MAYORÍAS DEL CONGRESO TODO LO PUEDEN.

No es cierto como lo afirman ciertas personas que las mayorías del órgano legislativo (llámese congreso o parlamento) todo lo pueden. Tienen límites: unos derivados de ser órgano constituido, y otros derivados de los derechos humanos de los individuos y de la protección de las minorías. El concepto moderno de democracia no es el de democracia a secas sino el de democracia constitucional. El gobierno del pueblo, en la democracia constitucional no niega que los individuos y las minorías (raciales, lingüísticas, religiosas, étnicas, etc), tienen importantes derechos que la mayoría debe respetar (o como dijera Dworkin (importantes derechos jurídicos y morales que deben ser respetados por la mayoría).

El objetivo de la democracia constitucional es buscar el estatus igual de todos los ciudadanos, incluidas las personas o grupos no pertenecientes a la mayoría. Por esta razón para que exista democracia constitucional es importante mirar como se relaciona la mayoría con la minoría (incluidos los disidentes), como la trata o respeta. Con mucho fundamento Dworkin señala que para que exista una verdadera democracia constitucional, es necesario que existan unas condiciones relacionales de la democracia, que no son otras que la manera como un individuo o grupo minoritario debe ser tratado por la mayoría para que sea miembro moral de la comunidad (Dworkin demuestra como durante el régimen nazi, la mayoría alemana nunca trato a la minoría judía como miembros con iguales derechos jurídicos y mucho menos morales).

Habiendo definido que no puede haber democracia sin igualdad; que la democracia es el gobierno del pueblo y entendiendo por gobierno, no solo al ejecutivo, sino también al legislador y al judicial, es deber de todo el gobierno tratar a todas las personas igual, sino lo hace no existe democracia constitucional: “El gobierno debe tratar a todos los sujetos en su dominio como si tuvieran un status moral y político igual; debe intentar, de buena fe, tratarlos a todos con una preocupación igual”³².

El trato igual, se exige en todos los campos de la actividad social o política; bien sea para acceder a un puesto, o para ser investigado o finalmente para colocar a todos los aspirantes a la presidencia de la república en condiciones de igualdad, lo que no sucede si un candidato esta ejerciendo la presidencia.

ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS LÍMITES A LA MAYORIA EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Unos pocos ejemplos, nos muestran que la mayoría no puede todo en la democracia constitucional y mucho menos romper su columna vertebral que es la igualdad.

No puede la mayoría señalar en una norma que “solo los hombres blancos, de tal región, y de cierta religión, pueden ser elegidos presidente”. Esta norma violaría doblemente el principio de igualdad de trato: A) por que concede privilegios (de raza, de región, de género y de religión); b) Por que discrimina a las mujeres; a los miembros de otras razas o regiones; o a los pertenecientes a otras confesiones religiosas.

Las mayorías no pueden, so pretexto de que tienen los votos, como mayoría decir en una norma que “las minorías no pueden elegir y ser elegidas”; esto es privar a la minoría de sus derechos políticos. Una norma tal viola la igualdad y es contraria a la democracia constitucional.

Las mayorías no pueden, por muy mayoría que sean, esclavizar a los miembros de una minoría (política, racial, religiosa, etc). Una reforma constitucional que así lo dijera, atentaría contra la igualdad y la dignidad humana y sería, en la democracia constitucional, inconstitucional.

No pueden las mayorías, ni siquiera por unanimidad, disponer en una norma que se cometa un genocidio contra una minoría racial (o política); pues esa norma, aun de rango constitucional sería inconstitucional.

Con esos pocos ejemplos, hemos demostrado como las mayorías no pueden todo en la democracia constitucional y que todas esas tentativas pueden ser frustradas por el guardián de la constitución; ya que en todos esos casos esta legitimado para declararlos inconstitucional.

11.1. Octava Conclusión

Definitivamente en una concepción Constitucional de democracia, no es cierto que lo decidido por la mayoría deba aplicarse per se a las minorías. La definición de democracia desde la óptica constitucional , va mucho mas allá que la toma de decisiones mayoritarias, la concepción constitucional es una definición incluyente ; donde las decisiones mayoritarias

deben no solo respetar a las minorías sino igualmente los derechos fundamentales de cualquier individuo. Por ende, es trascendental la función de los tribunales constitucionales en la salvaguarda constante de los derechos de esas minorías y los derechos fundamentales de los individuos en contraposición con decisiones mayoritarias.

12.- LA IGUALDAD COMO VALOR Y PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La igualdad es un tema que permea toda la teoría jurídica, política y determina el origen y modelo del estado: El derecho se legitima como un orden que cambia la desigualdad natural (hobbes), por otra más soportable para todos; y el estado cambia cuando cambia la igualdad que se persigue. El paso de la igualdad formal a la igualdad material es el paso del estado de derecho al estado social de derecho y la búsqueda de la igualdad real frente a la igualdad ante la ley.

La igualdad es un tema vital de la filosofía del derecho; mantiene intimas relaciones con la teoría de la justicia y de la ética: La idea Kantiana de que todos los seres humanos tenemos en común una conciencia moral y una igual autonomía que es la base de una dignidad igual para todos, trae como consecuencia que ningún hombre sea usado como medio al servicio de otros hombres y convierte a cada persona en un fin en si mismo. Esa igualdad moral es el fundamento de la igualdad jurídica o igualdad ante la ley.

Ya hemos señalado como para la democracia constitucional es deber de la comunidad política tratar igual a todas las personas “El gobierno debe tratar a todos los sujetos en su dominio como si tuvieran un status moral y político igual; debe intentar, de buena fe, tratarlos a todos con una preocupación igual”³³.

La igualdad es tan importante que el constituyente Colombiano le dio la categoría de valor, de principio y de derecho fundamental.

El valor y principio de igualdad, es tan esencial para la teoría del derecho y la filosofía jurídica que es la regla de oro que permite llenar cualquier laguna del sistema y del control de constitucionalidad. Como lo afirmó De Vergottini, la igualdad es un parámetro para controlar cualquier norma. Con el principio de igualdad se llena cualquier vacío de control constitucional.

12.1 Novena Conclusión

No cabe dudas , que uno de los principios intrínsecos al interior de nuestra sociedad y de nuestro Estado , es el principio de igualdad. Es este principio fundamentador de nuestra sociedad el que permite llenar cualquier vacío que se presente en materia de control de constitucionalidad. En otras palabras, es el principio de igualdad un parámetro cierto del mismo control constitucional.

II.- APLICACIÓN DEL MARCO TEORICO

Establecido el marco teórico-filosófico-jurídico, se hace necesario aplicarlo. Para hacerlo debemos recorrer un largo camino desde nuestra historia constitucional, pasando por los antecedentes de los debates en la asamblea constituyente sobre la prohibición de no reelección, hasta el análisis del caso concreto.

Es indispensable para poder abordar los cargos señalados por el demandante , realizar , un análisis teórico acerca de la institución de la reelección inmediata en nuestra historia constitucional , para posteriormente presentar una visión específica del concepto de soberanía popular y de la reforma a la Constitución.

I. REELECCIÓN PRESIDENCIAL : VISTA NACIONAL Y DE DERECHO COMPARADO

La importancia de desentrañar los principios y valores constitucionales mirando la historia constitucional y política de un Estado , fue expuesta por Ronald Dworkin de la siguiente manera:

“ Para desentrañar los principios la historia es crucial en ese proyecto , porque debemos saber algo acerca de las circunstancias en que una persona habló para tener una idea clara de lo que quiso decir al hablar como lo hizo “ 34

A. LA REELECCIÓN INMEDIATA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. IDENTIDAD EN LA FORMA DE GOBIERNO . CONFORMACION DEL PODER EJECUTIVO

1. La Reección Presidencial inmediata antes de la Constitución de 1991

La figura de la reelección presidencial inmediata es, a todas luces, ajena a nuestra tradición Constitucional. De hecho, en el transcurso de la historia republicana de Colombia, y con excepción de la constitución de 1821, que se explica por el dominio que ejercía la figura del libertador Simón Bolívar, no ha existido la reelección inmediata estando en ejercicio el actual Presidente de la republica.

Como fácilmente se puede observar -y es un hecho notorio de nuestra historia- en 1821 el modelo de elección del Presidente de la República, y en general de todas las dignidades estatales, no partía de los supuestos del sufragio universal y, por ende, distaba de los principios que hoy por hoy parecen ser consustanciales a los estados democráticos. En aquellos primeros años de vida republicana, los niveles de analfabetismo eran elevados en todo el territorio colombiano; los casados eran una minoría; el sector de artesanos y comerciantes libres que fueran maestros en su arte y regentaran sus propios talleres era exiguo y, disponer de bienes raíces en valor de cien pesos era un privilegio que solamente era posible para los muy ricos. Por ende, la única constitución que aceptó la figura de la reelección inmediata en nuestro país, se encontraba muy lejos de querer responder a los intereses de las grandes masas populares y se cimentaba en una concepción aristocrática en lo que tiene que ver con el acceso al poder.

La Constitución de 1821, la de la Villa del Rosario de Cúcuta, no tuvo una larga duración y ya en 1830, por el llamado Congreso Admirable, fue dada una nueva Carta a los colombianos³⁵ Esta Carta, si bien conservó el modelo electoral de corte aristocrático relacionado con la Asamblea Electoral, suprimió la reelección inmediata, prolongando el periodo presidencial previsto en la Carta del 21, de cuatro años, a uno de ocho. El artículo 83 estipulaba: "El Presidente y Vicepresidente de la República durarán en sus funciones ocho años, contados desde el día 15 de febrero, y no podrán ser reelegidos para los mismos destinos en el siguiente periodo" ¿Cómo debe entenderse dicho cambio? De acuerdo con una visión especial³⁶, el proceso de elaboración de la Carta del 30 dio por resultado un término medio entre los proyectos bolivariano y liberal, logrando la fracción bolivariana que se aprobara la extensión del periodo presidencial a ocho años, pero obteniendo por su parte la oposición a Bolívar que se proscribiera la reelección. Para entender este fenómeno debe considerarse que el Libertador confiaba en un esquema político de amplias atribuciones del ejecutivo (prueba de ello, ente otros, es el Decreto Orgánico de 1828); tanto así que en la Constitución que redactó para Bolivia en 1825 quiso que la máxima dignidad del poder ejecutivo fuera

vitalicia. De esta manera, el artículo 83 de la Constitución de 1830 representó, por primera vez en nuestra historia constitucional, un acto de oposición a una forma de gobierno excesivamente presidencialista.

Pero si la Constitución de 1821 tuvo una breve duración, el destino de la de 1830 sería mucho más trágica. Debido a la separación un en 1829 del territorio Venezolano y en 1830 del Quiteño que habían formado parte de la Colombia original, quedando escindido de sus vecinos el gobierno de lo que antiguamente había sido el Virreinato de la Nueva Granada (la actual Colombia), en 1832 se dictó una nueva Constitución³⁷. Fue la época del fin de la era de Bolívar y el inicio del proceso de consolidación de lo tradicionales partidos políticos colombianos. El artículo 102 disponía: “El presidente y vicepresidente de la república durarán en sus funciones cuatro años contados desde el día en que han debido prestar el juramento conforme al artículo cien, y no podrán ser reelegidos para los mismos destinos hasta pasado un periodo constitucional. Además, el artículo 103 estipulaba: “Los que hubieren ejercido el poder ejecutivo por dos años a lo menos inmediatamente antes de la elección ordinaria, no podrán ser elegidos presidente y vicepresidente de la república en el inmediato periodo.” No sobra advertir que con la desaparición de Bolívar de la escena política nuevamente se reduce el período presidencial. Tampoco esta Constitución de 1830 preservó la elección del máximo mandatario a través de un órgano electoral cuya conformación se ceñía a criterios tan aristocráticos como los de sus predecesoras³⁸. La constitución de 1832 tuvo tres reformas³⁹, pero ninguna de ellas modificó el aspecto relativo a la prohibición de reelección inmediata.

La expedición de la Constitución de 1843, aquella llamada a sustituir la de 1832, estuvo precedida por una prolongada guerra civil. Este conflicto ha pasado a la historia de Colombia como la Guerra de los Supremos. Así bien, la carta del 43 conservó en sus aspectos sustanciales en lo que refiere a la prohibición de reelección inmediata y al periodo presidencial, lo que preveía su antecesora. El artículo 87 de dicho texto constitucional estipuló: “El Presidente y el Vicepresidente de la República durarán cuatro años en sus destinos; y el Presidente, dentro de los cuatro años siguientes no podrá volver a ejercer el mismo destino, ni el de Vicepresidente de la República. Este texto constitucional sufrió ocho reformas constitucionales, una de las cuales pretendía sustituirla íntegramente, constituyendo el primer intento de cambiar el sistema centralista por el federalista, pero que nunca entró en vigencia⁴⁰. Y es que son los años de la constitución del 43 precisamente

aquellos durante los cuales el conocido debate entre federalistas y centralistas se torna más álgido. El Acto Legislativo del 51 inspirará posteriormente al constituyente de 1853.

Vale la pena detenerse en la Constitución de 1853. Lo primero que llama la atención en esta Carta Política, es que es la primera que consagra la abolición de la esclavitud (recogiendo la obra del legislador de 1851) y que señala un listado de derechos de los granadinos en el inicio del texto, tal y como se encuentra en las constituciones modernas (sus predecesoras enunciaban derechos, pero lo hacían en un capítulo de “disposiciones varias”, al final del texto. Además es patente la ausencia de la palabra Dios y, en general, de las invocaciones divinas. Debe señalarse también que esta Carta modifica los requisitos para ser ciudadano y la forma de sufragio. En este sentido estipuló el artículo 3º: “Son ciudadanos los varones granadinos que sean, o hayan sido casados, o que sean mayores de veintiún años”. Más adelante, el artículo 13: “Todo ciudadano granadino tiene derecho a votar directamente, por voto secreto y en los respectivos períodos: 1º Por Presidente y Vicepresidente de la República...” Así pues, es patente que el modelo propuesto en este texto constitucional pretende ampliar las bases de la participación política, descartando requisitos relacionados con la propiedad o con el alfabetismo para ejercer el sufragio y estatuyendo por primera vez el voto directo; esto es, sin la mediación de un cuerpo electoral. Debe decirse, entonces, que la marcada tendencia aristocrática de las demás constituciones empieza a desvanecerse, quedando limitado el derecho a elegir solamente por la edad y el estado civil. Ahora, no obstante los grandes cambios que introduce la Carta Política de 1853 en el constitucionalismo colombiano, el artículo 32 de dicho texto señalaba: “El período de duración del Presidente y Vicepresidente de la Nueva Granada, se contará desde el día 1º de abril inmediato a su elección. Ninguno podrá ser elegido sin la intermisión de un período íntegro”⁴¹

La Carta Política de 1853 estaba condenada a muerte desde el momento mismo de su nacimiento. Ello porque si bien, como ya se dijo, configuraba un orden federal, hacía silencio sobre las atribuciones de los Estados Federales: La creación de estos fue una verdadera anomalía jurídica -se hizo por Ley⁴²- y, a pocos años de la entrada en vigencia del texto constitucional, en 1858, fue clara la necesidad de redactar una nueva Carta. ⁴³ Este texto constitucional conservó los aspectos esenciales de su predecesora en lo que refiere a la ciudadanía, siendo mucho más prolija en innovaciones relacionadas con aquello que había sido su génesis, las relaciones del Estado central con los estados federados, incluido el

cambio que se hizo del nombre del país, que pasó a llamarse Confederación Granadina. Así pues, también en esta Carta se incluyó la prohibición de reelección inmediata. El artículo 46 decía: “El ciudadano que, elegido Presidente de la Confederación llegue a ejercer las funciones de tal, no podrá ser reelegido para el mismo puesto en el periodo inmediato.

Pero tampoco duró mucho la Constitución de 1858. El fenómeno de disputas partidistas que había ocupado la política nacional desde la década de los treinta de ese siglo, se vio agudizada al verse transplantada al ámbito político interno de los estados y el fenómeno, sumado a los intereses que el gobierno central defendía al interior de los estados aparentemente autónomos, desencadenó una nueva guerra civil que terminaría en 1863 con la victoria de los sectores liberales de la política, liderados por el General Tomás Cipriano de Mosquera. De allí nuevamente saldría una Constitución, federal también, que se conoce como la Constitución de Rionegro, pues fue en esa ciudad donde se reunieron sus redactores. Esta Constitución de 1863 limitó el periodo de la presidencia nacional a dos años, prohibiendo -sí, nuevamente- la reelección inmediata. No sobra aquí transcribir el artículo 79 de dicha Carta: “El período de duración del presidente de los Estados Unidos y de los Senadores y representantes, será de dos años”. De manera concordante, el inciso segundo del artículo 75: “El ciudadano que hubiere ejercido la Presidencia no podrá ser reelegido para el próximo período” A manera de colofón, no sobra resaltar que esta Constitución suprimió el voto directo, quedando la elección del presidente a cargo de los Estados.⁴⁴

Llegamos entonces a la Constitución de 1886. Esta Carta política, que habría de surgir del movimiento de Regeneración liderado por el señor Rafael Núñez, sustituyó la Constitución de 1863. Es innegable que las fuerzas políticas que dan surgimiento a la sustitución constitucional son de marcado cariz conservador y, por ello, esta Carta tiene sus cimientos en devolver a Colombia al centralismo y en consolidar el rol de la religión católica como una verdadera religión oficial. El Estatuto Político de 1886, aunque sufrió varias reformas, algunas bastante importantes desde el punto de vista doctrinal, permaneció vigente en sus aspectos esenciales hasta el proceso constituyente de 1991.

A la Constitución de 1886 se llegó por el acuerdo previo de los sectores dominantes de la política. En principio, el texto fue elaborado por delegados de los diferentes Estados Federales que existían en el país. Fue, por así decirlo, el mismo sistema federal el que suprimió el sistema federal al dar un nuevo ordenamiento político a la república de Colombia.

En lo que refiere a la reelección inmediata del presidente de la república, el proyecto original presentado por la comisión redactora a la Asamblea, preveía en el artículo 125 que no existiría reelección inmediata. La discusión sobre la aprobación de dicha norma se efectuó en la sesión del 28 de mayo de 1886. El texto propuesto señalaba: “Artículo 125 . El individuo que haya ejercido la Presidencia, por cualquier motivo, no podrá ser elegido Presidente para el subsiguiente período.” Durante la sesión fueron propuestas tres modificaciones, una de las cuales, la presentada por el Señor Miguel Antonio Caro⁴⁵, Delegado ante la Asamblea por el Estado de Panamá y representante de conservadurismo, rezaba así: “La Ley determinará los casos en los cuales el que haya ejercido el Poder Ejecutivo, permanente o transitoriamente, no puede ser elegido Presidente de la República para el subsiguiente periodo”.

Esta propuesta de modificación, de la cual el mismo ponente entendía que sustituía el principio general de prohibición de la reelección inmediata, fue la que con mayor amplitud fue discutida en dicha sesión.

La propuesta del señor Miguel Antonio Caro halló oposición al interior de la Asamblea. Opinó frente a ella el delegatario Ospina Camacho⁴⁶: “No votaré la modificación presentada por mi honorable colega señor Caro, por cuanto en ella queda aceptado el principio de la reelegibilidad indefinida del Presidente de la República y se autoriza al Congreso para señalar los casos en que esa reelección sea posible, o para guardar silencio en la materia; de esta manera a voluntad del Congreso queda establecida, si le place, hasta la Presidencia vitalicia. No soy en absoluto adverso a la reelección de los altos Magistrados; pero no puedo desconocer que las ideas contrarias se han consignado hasta ahora en todas las constituciones que han regido en Colombia; que este país se ha producido grande alarma en todos los ánimos, siempre que se entrevisto la posible reelección de un presidente o un Gobernador, y que por consiguiente el principio de la no reelegibilidad es hoy uno de los cánones de nuestro derecho público consuetudinario. Y este principio estamos en el deber de respetarlo, porque habiéndose declarado en las bases de reforma las innovaciones que en materia constitucional íbamos a introducir, nos obligamos tácitamente a no cambiar lo que siendo de general aceptación no se incluyó en el acuerdo de noviembre”.

A la opinión del delegado Ospina se sumó la del señor Samper⁴⁷: ...Lo que ha presentado el

Ho. Señor Caro es enteramente inadmisibile, porque nos entrega el imperio de las intrigas y a lo desconocido (...) Pienso que el sistema de reelecciones inmediatas es funestísimo. La segunda administración del General Grant fue esencialmente corrupta y desacreditó completamente al partido republicano de los Estados Unidos. Y no contento todavía con el mal que había hecho, tuvo aquel personaje la audacia de pretender una segunda reelección. (...) El ejemplo de Washington, que es para los americanos como un evangelio, ha prevalecido allá sobre la autorización legal que permite las reelecciones, y ese ejemplo es el que debemos seguir en Colombia. Reconozco que el H. Señor Caro procede con la mayor buena fe; pero debemos recordar siempre que no legislamos para determinadas personas. Hemos dado un voto de confianza a los Magistrados a quienes hemos elegido para el primer período constitucional; pero esta Constitución no se hace para un período; debemos presumir que durará largos años, y por tanto, adoptar disposiciones previsoras que en lo futuro eviten conflictos y peligros". Más adelante, luego de una réplica del Delegado Caro y de otra breve intervención del señor Ospina, prosiguió el Señor José María Samper: "¿Y cual ha sido la regla en Colombia? Con excepción de la Constitución de 1821, que permitió implícitamente la reelección, por aspectos particulares al Libertador, todas las demás (de 1830,1832,1843,1853,1858 y 1863) han prohibido expresamente la reelección inmediata del Presidente. La reeligibilidad libre es la regla, en cuanto a los legisladores y los empleados públicos que no ejerzan la primera autoridad política. Pero por lo tocante a estos -que disponen de la fuerza de armada y de mil medios de influencia, de autoridad y aun de presión y coacción- la excepción se ha convertido en regla general. Tanto es así, que en Colombia no se soportaría una Constitución o Ley que permitiese la inmediata reelección del Presidente en ejercicio no se soportaría (...) Exceptuando algunos raros monarquistas, que puedan desear presidencias vitalicias o de indefinida duración, en Colombia somos todos republicanos, y no miramos bien las instituciones que tienden a perpetuar el mando en una sola persona."

Es una verdadera lástima que solamente tres de los 14 delegatarios que elaboraron la Constitución de 1886, hayan intervenido en tan crucial debate. No obstante, contamos con el testimonio fiel de la votación de la asamblea, que negó la propuesta del señor Miguel Antonio Caro, aceptando la presentada por el señor Ospina, y quedando también consagrada en la Constitución de 1886 la prohibición de reelección inmediata. En el texto finalmente aprobado por la Asamblea, el artículo 127 señalaba: "El ciudadano que haya sido elegido Presidente de la República no podrá ser reelegido para el período inmediato, si hubiere

ejercido la Presidencia dentro de los diez y ocho meses inmediatamente precedentes a la nueva elección. El ciudadano que hubiere sido llamado a ejercer la Presidencia y la hubiere ejercido dentro de los seis meses precedentes al día de la elección del nuevo presidente, tampoco podrá ser elegido para este empleo.”

No sobra acotar que la Constitución de 1886 mantuvo el sistema de elección presidencial que hemos llamado aristocrático, el Presidente de la República resultaba elegido por los Electores, escogidos éstos por los ciudadanos que supieran escribir o tuvieran una renta de quinientos pesos mensuales. De acuerdo con el artículo 114 de dicha Carta, el periodo presidencial era de seis años.

La Constitución redactada en 1886, es por todos sabido, tuvo una larga vigencia que duró hasta el proceso constituyente de 1991. No obstante, la Carta redactada a finales del siglo XIX tuvo muchas reformas a lo largo del siglo siguiente y, en lo que refiere a la prohibición de reelección inmediata, el artículo 127 de la Carta sufrió tres sustituciones. Debe resaltarse que las señaladas modificaciones se hicieron con el propósito de hacer más drástica la prohibición de reelección inmediata, ya que, aunque el texto original aprobado por el constituyente del 86 la contenía, la forma misma de su redacción permitía que el primer mandatario abandonara su cargo con dieciocho meses de anterioridad a la nueva elección y que propusiera su nombre para ésta. No obstante, no debe ignorarse que en todo caso el artículo sí impedía, aunque no existía una prohibición constitucional expresa como la que consagró más adelante por medio de Acto Legislativo y que rescató también el constituyente de 1991, que aquella persona que ocupara el cargo presidencial participara en el proceso electoral.

Así pues, en 1910, con el artículo 28 del Acto Legislativo No. 3 del 31 de octubre, la Asamblea Nacional de Colombia dispuso⁴⁸: “El presidente de la república no es reelegible en ningún caso para el período inmediato. No podrá ser elegido presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido el Poder Ejecutivo dentro del año inmediatamente anterior a la elección” Además, este acto legislativo también modificó el sistema de elección presidencial, volviendo al voto directo, pero restringiéndolo a los ciudadanos alfabetos⁴⁹ o a aquellos que tuvieran una renta anual de trescientos pesos o propiedad raíz de valor de mil pesos.⁵⁰

El mismo artículo fue modificado con posterioridad por el Acto Legislativo No. 1 de 1945. Esta reforma constitucional amplió los supuestos del artículo 127 de la Carta que había sido modificado en 1910, de la siguiente manera: “El presidente de la república no es reelegible en ningún caso para el período inmediato. No podrá ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que seis meses antes de la elección haya ejercido el cargo de Ministro del Despacho, de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de Consejero de Estado, de Procurador General de la Nación o de Contralor General de la República” El Acto Legislativo No. 1 de 1968 volvió a modificar el artículo que prohibía la reelección inmediata, (artículo 129 para la época y luego de muchas reformas a la Carta) conservándola de la siguiente manera:”El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el período inmediato. No podrá ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro de un año antes de la elección. Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los cargos a que se refiere el inciso primero del artículo 108”

Cuadro #1.

Constitución

Prohibición absoluta de reelección

Prohibida la reelección inmediata

Reelección Permitida

Periodo Presidencial (Años)

1821

X

4

1830

X

8

1832

X

4

1843

X

4

1853

X

4

1858

4

1863

X

2

1886

X

6

A.L 03 de 1910

X

4

A.L 01 de 1945

X

4

A.L 01 de 1968

X

1991

X

4

A.L 02 de 2004

X

4

2. Reelección presidencial en la historia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991

Llegamos al proceso constituyente de 1991. Para abordar este tópico partamos del aparte relevante del texto aprobado por la Asamblea Nacional, el que quedó como definitivo en el Estatuto: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia...” Se nota, de entrada, que el Constituyente sustituyó la tradición constitucional que hasta el momento había existido desde 1830 optando, no sólo por prohibir la reelección inmediata, sino suprimiendo cualquier tipo de reelección.

Proyectos sobre el tema.

Durante las gestiones de reforma de la Carta Política por parte de la Asamblea Nacional, el primer proyecto presentado que trató el tema de la reelección fue también el primero en el tiempo. Sus redactor, el Delegatario Jesús Pérez González Rubio⁵¹, incluyó en el Título XI de su propuesta, el siguiente artículo: “El presidente de la república no es reelegible en ningún caso. Los ex presidentes que hayan ejercido el cargo por el término de dos años al menos serán Senadores Vitalicios...”⁵². Luego, el Gobierno Nacional de la época sometió su proyecto a consideración del órgano de reforma. El artículo 127 de la propuesta, en su numeral 1º incluía la prohibición de reelección inmediata “El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el período inmediato”⁵³. Acto seguido, en propuesta reformativa puesta a consideración por el Delegatario Diego Uribe Vargas⁵⁴, se dijo nuevamente: El presidente de la república no es reelegible en ningún caso...”⁵⁵. En su exposición de motivos, el Delegatario señala: “El país ha discutido hasta el cansancio, la conveniencia de prohibir la reelección del Jefe de Estado, no sólo circunscrita al período subsiguiente, sino en forma ilimitada. El ejemplo de México ha ganado prestigio. Los dos partidos tradicionales han visto comprometida su unidad por las aspiraciones reeleccionistas de sus antiguos mandatarios (...) lo cierto es que en las últimas décadas los intentos reeleccionistas han dificultado el relevo de las generaciones en el mando político, y que existe consenso para elevar a norma constitucional la no reelección de los ex presidentes. Varios mandatarios la han propuesto. En numerosos proyectos de Acto Legislativo se ha mencionado la iniciativa como algo saludable para nuestro discurrir político. Creemos que ha llegado la hora de consignarlo en la Carta.”⁵⁶

El Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 7, presentado a

la Asamblea por Antonio Navarro Wolf y otros quince asambleístas pertenecientes al movimiento M-19, preveía en su artículo 117: “El presidente de la república no es reelegible en ningún caso.”⁵⁷ En igual sentido, el inciso final de artículo 55 de la propuesta reformativa puesta a consideración de la Asamblea Nacional por Juan Gómez Martínez⁵⁸ y Hernando Londoño⁵⁹ señalaba: “El presidente de la república no podrá ser reelegido”⁶⁰ Acto seguido, el viernes 15 de marzo de 1991 fue publicado el único Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política que trataba exclusivamente el tema de la reelección.⁶¹ El artículo único propuesto por el delegatario Alberto Zalamea Costa, perteneciente al Movimiento de Salvación Nacional, disponía en su inciso final: “El presidente de la república no puede ser reelegido en ningún caso”⁶² La exposición de motivos de este proyecto justificaba la necesidad de imponer la prohibición absoluta de reelección en la idea de reducir los poderes del poder ejecutivo para consolidar la democracia. En este sentido, para justificar su postura, citaba el delegatario Zalamea Costa al ex Presidente Alberto Lleras Camargo: “ En estos días se ha discutido mucho sobre la conveniencia o inconveniencia de la reelección del Presidente de la República. Pero se discute por circunstancias accidentales y coyunturales de la política actual. Es claro que aun bajo otro tipo de gobierno, este sistema constitucional es perjudicial y es peligroso. Inequívocamente la concepción no es buena y no es liberal. Dentro del sistema, tal como ha evolucionado, aun después de la Constitución de 1886, hacia la monarquía, la capacidad de reconstruirla con un solo interregno de cuatro años, puede dar origen a los peores hábitos de gobierno...”⁶³

La siguiente propuesta que tocaba el tema objeto de estudio fue la hecha por el Delegatario Guillermo Plazas Alcid⁶⁴ Esta dedicaba un breve artículo, el número 66, exclusivamente al tema, reiterando la prohibición absoluta de reelección: “El Presidente de la República no es reelegible”.⁶⁵ Con posterioridad, el Proyecto presentado por el senador Lorenzo Muelas, titulado Propuesta indígena de Reforma Constitucional, en su Título XI, literal c), al tocar el tema del Presidente, manifestó la voluntad de: “Eliminar de manera absoluta la reelección del Presidente de la República”⁶⁶ En esa misma Gaceta se encuentra incluida el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 89, presentada por los Delegatarios Horacio Serpa, Guillermo Perry y Eduardo Verano⁶⁷, que conserva la prohibición de reelección inmediata en un sentido similar al de la Carta de 1886 al disponer en el inciso primero de su artículo sexto: “El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el periodo inmediato”.

La propuesta del Delegado Arturo Mejía Borda⁶⁸ presentaba también la prohibición absoluta de reelección, ampliándola de una manera que puede ser considerada bastante original a la luz las proposiciones que le antecedían: “El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso ni podrá ser elegido como Presidente ningún pariente de los ex Presidentes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”⁶⁹ El siguiente Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución publicado en la Gaceta Constitucional que alude al tema, es el presentado por los Delegados Raimundo Emiliani y Cornelio Reyes⁷⁰. También éste propone que se consagre en la Carta una prohibición absoluta de reelección, en los siguientes términos: “El Presidente de la República y quienes hayan ejercido el cargo de Presidente en propiedad no podrán ser reelegidos en ningún caso”⁷¹ La prohibición absoluta de reelección también fue propuesta por los Delegados Alfredo Vázquez y Aída Yolanda Abella⁷². Su proyecto de reforma se refería en los siguientes términos a la figura de la reelección presidencial: “ARTICULO 100. INHABILIDADES: El presidente de la República y el vicepresidente no son reelegibles”⁷³.

De igual manera, el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia número 124, cuyo autor fue el Delegado Hernando Herrera Vergara⁷⁴, propuso, según la justificación presentada por el propio autor: “... la no reelección del Presidente en ningún caso. Con ello se busca, además, evitar que, en adelante, se continúe con la práctica tan nociva de que cada ciudadano que termina su período en la presidencia, al día siguiente se convierte en potencial candidato de su partido, o de su grupo, para la próxima elección, frenando así las legítimas aspiraciones de muchos de sus copartidarios y convirtiendo a los expresidentes en una institución de arbitramento en la vida política del Estado...”⁷⁵ En concordancia, el inciso final del artículo 114 de su propuesta señalaba: “En ningún caso el presidente de la república podrá ser reelegido”⁷⁶ En el mismo sentido, publicada en la Gaceta No. 31 de 1 de abril de 1991, la propuesta de Antonio Galán Sarmiento⁷⁷ era la siguiente: “El Presidente, el vicepresidente, los gobernadores y los alcaldes, son mandatarios elegidos por la votación popular para períodos de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos en ningún caso”⁷⁸, Por último, el proyecto 128, de autoría de Iván Marulanda Gómez⁷⁹, propuso: “El Presidente de la República o quien haya ejercido el cargo por más de seis meses, no puede ser elegido para un nuevo período”⁸⁰

Cuadro # 2

Proyecto No.

Proponente

Movimiento

Prohibición absoluta de reelección

Prohibida la reelección inmediata

Reelección Permitida

1

Jesús Pérez González -Rubio

Liberal

X

2

Gobierno Nacional

Liberal

X

6

Diego Uribe Vargas

Liberal

X

7

Antonio Navarro Wolf y otros

M-19

X

9

Juan Gomez Martínez y otro

Conservador independiente

X

36

Alberto Zalamea Costa

Movimiento de Salvación Nacional

X

57

Liberal

X

83

Lorenzo Muelas

Indígenas

X

89

Horacio Serpa y otros

Liberal

X

93

Arturo Mejía Borda

Unión Cristiana

X

98

Raimundo Emiliani y otro

Movimiento de Salvación Nacional

X

113

Alfredo Vázquez y otra

Unión Patriótica

X

124

Hernando Herrera Vergara

Liberal

X

126

Antonio Galán Sarmiento

Liberal

X

128

Iván Marulanda Gómez

Liberal

X

Debe señalarse que en la Asamblea Nacional Constituyente fueron presentados y publicados un total de 15281 Proyectos Reformatorios de la Constitución Nacional. De dicha cantidad, como se vio, 15 propuestos por Delegados y uno por una Organización No Gubernamental⁸², tocaban directamente el tema de la reelección, para un total de 16 proyectos presentados. Ello, traducido en datos porcentuales, equivale al 10.52%. Ahora bien, para seguir la lógica de los números, cabe señalar que de los 16 Proyectos que abordaron el tema, ninguno contempló la posibilidad de instaurar la reelección inmediata, dos conservaron el contenido del artículo 129 de la Carta de 1886 y 14 propusieron abolir tal institución y que imperara la prohibición absoluta de reelección. Lo anterior, expresado también en cifras porcentuales, da el siguiente resultado:

Gráfico 1.

Cabe también anotar que aquellas propuestas hechas en el sentido de conservar el articulado de la Carta del 86 provenían ambas de sectores del liberalismo; una del gobierno de aquel entonces y la otra de algunos delegados de ese color político. Ahora bien, dentro del mismo liberalismo se presentaron seis propuestas contrarias y la posición que favorecía la prohibición absoluta generó consenso entre las demás fuerzas políticas que integraban la Asamblea, con exclusión del Partido Social Conservador, que no hizo ninguna propuesta directa en relación con la reelección presidencial.

Gráfico 2

Debates y votaciones

Vistos los diferentes proyectos que se presentaron en torno al tema de la reelección presidencial al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, es necesario precisar cual fue el albur de los mismos y cómo se llegó a la final aprobación del artículo que prohibía de manera absoluta la reelección.

En este sentido cabe recordar que la Asamblea Nacional Constituyente, al fijar su reglamento interno, dispuso de manera general que la aprobación del articulado final tendría que someterse a tres debates; el primero de ellos se llevaría a cabo en una de las cinco comisiones y los dos restantes ante el pleno de la Corporación.⁸³ En el tema concreto que nos ocupa, el estudio fue asumido por la comisión Tercera de la Asamblea. Esta era la encargada de los temas relacionados con el gobierno, el congreso, la fuerza pública, el régimen de estado de sitio y las relaciones internacionales.⁸⁴

Así las cosas, debe señalarse que el 3 de abril de 1991 fue presentada al Presidente de la mencionada comisión una ponencia de autoría de los señores Hernando Herrera Vergara y Carlos Lleras de la Fuente, que trataba los temas de la elección presidencial por el sistema de doble vuelta, de la ampliación del período presidencial y de la figura de la reelección. En relación con este último aspecto, los ponentes, luego de un estudio de la institución en la historia constitucional colombiana y en el derecho comparado, concluían: “En síntesis, podría buscarse una mayor participación democrática impidiendo que una misma persona desempeñe el cargo por más de un período presidencial y la politización gubernamental a favor del Presidente a favor de su reelección”. El articulado propuesto por los delegados Herrera y Lleras a la comisión aceptaba la instauración del sistema de doble vuelta para la elección del primer mandatario, ampliaba el período presidencial a cinco (5) años y disponía: “Quién a cualquier título hubiere ejercido el cargo de presidente de la República no podrá ser elegido para éste ni para el de Designado (Vicepresidente), ni desempeñarlo en períodos presidenciales diferentes...”⁸⁵ La comisión debatió lo relacionado con la reelección en las sesiones del 18 (tarde) y 22 de abril de 1991⁸⁶ En esta última se llevó a cabo la votación. En el debate intervinieron, refiriéndose al tema, los delegados Luis Guillermo Nieto Roa, Antonio Galán Sarmiento, Hernando Yépez Arcila, Alvaro Echeverri Uruburu, Carlos Lleras de la Fuente, Alfredo Vázquez Carrizosa, Arturo Mejía Borda, Miguel Santamaría Dávila y Guillermo Plazas Alcid. Los principales argumentos dados por los delegados se encuentran resumidos

en el siguiente cuadro:87

Cuadro # 3

Delegado

Argumentos

Nieto Roa

No entiende por qué una persona que ha hecho una buena gestión no pueda volver a la presidencia, debiendo ser los electores los que decidan. Entiende que lo que se busca es evitar que quien detenta el poder lo utilice para reelegirse inmediatamente, pero respecto de una nueva elección, ésta no impide que gente nueva intervenga en el escenario político.

Galán Sarmiento

En cuanto a la no reelección es partidario de ella por permitir la oxigenación de la clase política y evitar que el presidente se desempeñe en función de su reelección.

Yepes Arcila

Nada hay que justifique la no reelección, porque en una nueva elección en la que participe quién ha sido presidente, no tiene el candidato poder actual que justifique la medida, no hay razón de higiene política como pretexto

Palacio Rudas

Manifiesta no vacilar su voto sobre la no reelección (aprobándola)

Echeverry Uruburu

Entiende que la reelección ha tornado a los expresidentes en pontífices de sus partidos que, ante la posibilidad de reelección, impiden la renovación de los partidos y entorpecen su oxigenación.

Lleras de la Fuente

Tomando la tesis de la concepción telúrica de la política, entiende que sirve como un argumento para apoyar la no reelección, al igual que las tesis esbozadas por el constituyente Palacio Rudas, en torno a las posibilidades de una generación de acceder al poder

Vázquez Carrizosa

Considera que debe tomarse como regla imperativa la no reelección.

Mejía Borda

Respecto de la no reelección considera que permite romper un poco el fenómeno de la concentración de poder y el desarrollo de fuerzas alrededor de los expresidentes que concentran el poder de mando en el país

Santamaría Dávila

Manifiesta ser partidario de la no reelección, por ampliar el abanico de nuevos aspirantes y darle a la política mayor movilidad, no siendo simplemente el mecanismo para detener a un ciudadano en su camino político.

Plazas Alcid

Se manifiesta a favor de la no reelección porque considera que oxigena la política partidista y hace más responsable al ciudadano

El número total de los miembros de la comisión era de dieciséis, pero votaron trece. El artículo propuesto por los ponentes fue aprobado por diez votos a favor, presentándose tres abstenciones. Aclararon la abstención en el voto los delegados Yepes, manifestando que estaba en contra de lo propuesto, considerando que debía mantenerse el texto anteriormente vigente (el de la constitución de 1886); Nieto Roa porque creía que el tema de la no reelección debe ir atado al del período presidencial y éste a su vez al del congreso (la propuesta de prolongación del período presidencial a cinco años acababa de ser derrotada); y Galán Sarmiento, quien estuvo en contra de la redacción del artículo mencionado.

Así pues, la prohibición absoluta de reelección fue llevada al primer debate en plenaria. Debe

señalarse que al artículo aprobado en comisión fue presentado a la Asamblea en dos informes-ponencia. Uno titulado Estructura del Estado y Rama Ejecutiva⁸⁸, el otro Elección de Presidente por el Sistema de Doble Vuelta; Período Calidades; Posesión y No Reección.⁸⁹ Si bien en el primero se transcribe lo votado favorablemente en el trabajo de la comisión, no se presenta mayor consideración al respecto, centrándose este informe en otros asuntos relacionados con, como bien lo indica su título, la estructura del estado y la rama ejecutiva. Es el segundo informe, con ponencia del delegado Carlos Lleras de la Fuente el que profundiza sobre la materia, reproduciendo la ponencia hecha en comisión, los debates surtidos al interior de ésta y el resultado de las votaciones, con el texto final que los asambleístas comisionados proponen a la plenaria. En la Gaceta No. 83 de 27 de mayo de 1991 se publica nuevamente el articulado definitivo aprobado por la comisión durante sus sesiones y se lee en el artículo 96º lo que ha aprobado la comisión en relación con el tema de la reelección presidencial: “Quien a cualquier título hubiere ejercido el cargo de Presidente de la República no podrá ser elegido para éste ni para el de Designado (vicepresidente), ni desempeñarlo en períodos presidenciales diferentes”⁹⁰

Los días 22 y 23 de mayo de 1991 se efectúa la ponencia correspondiente al tema de la reelección y ahí se abre el debate, donde se presentan varias proposiciones sustitutivas, dos de las cuales pretenden modificar el artículo propuesto por la comisión tercera. La primera de ellas fue presentada por el Delegado Eduardo Verano de la Rosa y era del siguiente tenor: “Quien hubiera ejercido el cargo de Presidente de la República no podrá ser elegido para Designado (vicepresidente), ni desempeñarlo en períodos presidenciales diferentes. Se excluye a quienes hayan ejercido funciones presidenciales únicamente a título de Ministros Delegados”⁹¹. La segunda fue presentada por Augusto Ramírez Ocampo y su texto decía: “Quien a cualquier título hubiere ejercido el cargo de Presidente de la República no podrá ser elegido para éste ni para el de Designado (vicepresidente), y⁹² desempeñarlo en períodos presidenciales diferentes” La votación del articulado propuesto se deja para la sesión plenaria del 27 de mayo de 1991. Finalmente, por una votación de 65 votos a favor, sin votos negativos ni abstenciones, fue aprobado el siguiente artículo: “No podrá ser elegido Presidente de la República ni (Designado) el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia”⁹³

Ahora recordemos que el artículo 2 del Reglamento de la Asamblea estipulaba que ésta sesionaría por derecho propio, en forma continua, hasta el 4 de julio de 1991. En este sentido

cabe anotar que el 28 de junio aún se estaban aprobando asuntos en primer debate, por lo que los delegados decidieron modificar el trámite del segundo, disponiendo que los artículos sometidos que no fueran objeto de impugnación al menos por cinco constituyentes, bien fueran los aprobados en primer debate o los propuestos por la comisión codificadora, se considerarían listos para ser votados en bloque⁹⁴. En relación con el tema que nos ocupa, la comisión codificadora había propuesto la siguiente redacción: “No podrá ser Presidente de la República ni Vicepresidente el ciudadano que a cualquier título hubiera ejercido la Presidencia”.⁹⁵ Al buscar la aprobación de dicho artículo en la Plenaria -segundo debate- del domingo 30 de junio de 1991, no pudo ser votado en bloque con los demás artículos, pues se presentaron proposiciones sustitutivas y la votación se aplazó para tratar de unificar los textos⁹⁶. Finalmente, al día siguiente, el lunes 1º de julio, se da lectura a la propuesta sustitutiva presentada por los delegados Jaime Arias López, Iván Marulanda, Horacio Serpa Uribe y otros: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio.” Se procede a la votación, sometiendo primero a consideración el texto aprobado en primer debate, que no obtiene ningún voto; luego la propuesta de la comisión codificadora, que obtiene un (1) voto; y finalmente la propuesta sustitutiva transcrita, que obtiene un total de cincuenta y dos (52) votos, convirtiéndose así en el texto definitivamente aprobado por la asamblea.

Síntesis Primera.

Visto todo el trámite que se surtió en relación con el tema de la reelección presidencial, pueden hacerse una serie de observaciones a manera de conclusión. La primera de ellas es que claramente la reelección inmediata del presidente de la república fue un tema descartado de raíz por la Asamblea de 1991. Baste señalar que ninguno de los Proyectos de Reforma de la Constitución la preveía, así como ninguna de los textos propuestos o aprobados durante el trámite en comisión y en plenarias.

De igual manera puede aseverarse que la voluntad presente en unos escasos proyectos presentados en relación con la posibilidad de conservar la reelección tal y como venía propuesta en la constitución de 1886 fue mermando mientras se daban los diferentes debates de la Asamblea, de tal manera que al concluir ésta dejaron de hacerse proposiciones

en tal sentido. Si se detalla el proceso de aprobación del artículo finalmente aprobado, debe observarse que allí las tres propuestas que se sometieron a votación corrían en el mismo sentido -la prohibición absoluta de reelección-, existiendo diferencias tan solo en lo referente a aspectos de la redacción del artículo.

Por último es necesario indicar que este fue un tema que en la Constituyente de 1991 contó con consenso por parte de todas las representaciones políticas; aspecto que se revela no solamente en las mayorías absolutas obtenidas en las votaciones, sino en el hecho de que todos los intereses políticos representados en la Asamblea, con excepción del Partido Social Conservador, que tampoco se opuso, presentaron proyectos para prohibir de manera absoluta la reelección presidencial.

Así las cosas, la reelección inmediata es una figura jurídica ajena a la evolución constitucional en Colombia ni fue tema deseado por el Constituyente soberano. Por el contrario, pareciera deducirse de las características históricas propias de nuestro sistema político y del querer expreso del Constituyente soberano un rechazo manifiesto a la reelección inmediata en cabeza del Presidente de la República.

B. EL VERDADERO CAMPO DE COMPARACIÓN

Equivocada técnica de comparación se realiza, cuando pretende compararse la posibilidad de reelección del gobierno en un sistema presidencial en relación con un sistema parlamentario.

La debida técnica a aplicarse en derecho comparado y respeto de la figura que se estudia, debe ser una técnica de carácter horizontal, es decir entre formas de gobierno que posean al menos características similares en la estructura de su régimen presidencial.

Por ende, cuando se pretende equiparar la reelección del gobernante en un régimen presidencial es absurdo realizar dicha comparación con la nueva elección del gobernante en un régimen parlamentario.

Así las cosas, técnicamente es incompatible comparar dos sistemas políticos tan distantes en su estructura misma, como son el parlamentario y el Presidencial.

Visión: Las reglas de la experiencia muestran que los segundos mandatos han sido de mala

calidad. En Paraguay, en la era Strossner, se producen reelecciones sucesivas a través del poder ejercido sobre la autoridad electoral ; terminando con un golpe de estado al gobierno.

En República Dominicana, al ex - presidente Balaguer, se le redujo su segundo mandato de cuatro años a dos, por fraude en su reelección. En Perú, Alberto Fujimori huye del país por fraude y corrupción en el sistema electoral, al lograr su tercer período consecutivo de manera anómala. En Argentina, Carlos Menem , produce una crisis política inmensa durante sus gobiernos, que conlleva varias sucesiones presidenciales en cabeza de diferentes personas. Y por último, en Venezuela, Carlos A. Pérez, no concluye su segundo período presidencial , debido a la destitución ordenada por la Corte Suprema de Justicia por malversación de fondos públicos. En resumen, fuerza es concluir que existe una tendencia a utilizar el aparato electoral para los fines de la Reelección y se presenta un auge en la corrupción política debido al aumento de poder.

En este orden de ideas, el deseo de instaurar la figura de la reelección presidencial no puede ser un tema coyuntural, claramente es un tema vital que afecta profundamente los valores y principios de una nación; de la mayor envergadura al interior de cualquier estado que posea régimen presidencial.

En consecuencia, la manera de ir desentrañando dicha posibilidad de instauración de la figura deberá efectuarse basándose en los principios fundamentales del propio estado y los valores establecidos en la misma Constitución Política de Colombia, la cual permitirá encontrar la verdadera aceptación o el claro rechazo de dicha figura según el querer del constituyente.

Síntesis Segunda: Cuando se trata de equiparar o comparar un sistema político determinado con otros, mal se puede acudir a hacerlo con aquellos sistemas que son estructuralmente opuestos al que se pretende comparar.

I. LA SOBERANÍA POPULAR Y LOS LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

A. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Antes de las revoluciones burguesas o liberales la soberanía, que es el máximo poder político, residía en el monarca, en el gobernante. Después de ellas se traslado a los gobernados; al pueblo.

Como lo afirmaba Austin , “ ... en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores “

El titular del poder político es el gobernado nunca el gobernante. Así entonces , en cualquier democracia las decisiones trascendentales que incumban al Estado necesitan el consentimiento popular , el cual determinará los destinos y parámetros del propio Estado.

En consecuencia, el gobernado como titular del poder político ha sido entendido haciendo parte de la Nación en la concepción del Abad de Sieyés o del pueblo en la concepción Roussoniana. No obstante , desde cualquier perspectiva que se le mire al gobernado - pueblo - (Demos) , es este el detentador y absoluto dominador del poder político (Cracia).

Pues bien, el principio democrático no siempre fue reconocido a través de la historia de la humanidad. Son las revoluciones liberales las que dan base y esencia a la democracia , en su concepción moderna. El reconocimiento de la democracia es el fruto de la lucha contra el poder absoluto y la arbitrariedad.

Desde la época de Juan sin Tierras en Inglaterra, se comenzó a gestar la lucha contra el despotismo del Rey. Constantemente al pueblo se le gravaba con impuesto con el propósito único de sostener la Corona y pocas veces dichos réditos se veían distribuidos en los contribuyentes. Razón por la cual, es el pueblo ingles quien exige de parte del Rey hablar (parlamentar) , concertar el establecimiento de dichos tributos . Este acto produjo entonces un primer límite al poder absoluto del gobernante, reconociendo en cabeza del pueblo un poder de carácter político.

El comienzo de éste primer episodio dio lugar a múltiples reconocimientos posteriores , ya vertidos por escrito en el Constitucionalismo Inglés (Carta Magna 1215, Acts of Proclamations 1539, Petition of Rights 1628, Instrument of Government 1653 , Habeas Corpus Amendment Act 1679 , Bill of Rights 1689, Triennial Act 1694, Act of Settlement , este Acto reguló el orden sucesoral de la Corona e igualmente determinó que los Actos de gobierno emanados del Consejo Privado debían estar firmados por aquellos que participaran en aquel)

En dichos documentos, es el pueblo quien hace efectivo su ejercicio del poder político y limita el poder absoluto que poseía el Rey como gobernante. Esta primera Revolución de contenido liberal trae consigo una amplia conciencia en el pueblo de su poder para determinar los destinos de un Estado. Es él quien establece la manera en la cual se manejará el gobernante, las formas de sucesión del poder, el respeto de derechos individuales fundamentales.

Como resultado de dicha Revolución, John Locke, teórico de la época, publica su "Ensayo sobre el Gobierno Civil" retomando el antiguo precedente de la División del poder público efectuado por Aristóteles en su "Política". Los parámetros centrales de dicha obra se circunscribían en los siguientes aspectos: - El gobierno solo puede ser ejercido por el consentimiento de los gobernados, - La autoridad debe estar sometida a controles, debe ser limitada por el pueblo con el propósito de no recaer en el absolutismo, - Todo gira en torno al poder, los poderes del hombre en estado natural los da a la sociedad al entrar en sociedad civil, - Los poderes individuales se convierten en poderes colectivos, circunscritos al legislativo y al ejecutivo. - El tercer poder el denominado Federativo y concierne a los asuntos exteriores, la paz, la guerra y los tratados, - El poder predominante es el legislativo quien hace la ley, una vez hecha la ley el legislativo se somete a ella, - El poder ejecutivo debe aplicar constantemente la ley.

Es solo a raíz de la aparición de Robert Walpole, quien como miembro del Gabinete (antes Consejo Privado) reemplaza al Rey Jorge I en su función de dialogar con el parlamento, donde se comienza a constituir la figura del Primer Ministro (1721 - 1742). Ya no es el rey el detentador absoluto de poder, el cual venía siendo limitado con anterioridad, sino que igualmente ya no es él quien dirige los destinos del gobierno sino que estos son trasladados a una persona de la confianza del parlamento e interlocutor ante el Rey. En consecuencia, se sientan las bases del sistema parlamentario.

Pues bien, Montesquieu retomando lo esbozado por Polibio según el cual el verdadero poder es que los tres poderes se frenen recíprocamente, establece en su obra "El espíritu de las leyes" el sistema de contrapesos. Este sistema se basa en las siguientes características: - separación de poderes, - descentralización, - La libertad como principio esencial contra el despotismo, garantizada por la tridivisión del poder, - Por consiguiente, no hay libertad cuando se confunden los tres poderes o no están bien delimitadas las competencias dentro

del Estado , - Si lo mencionado anteriormente sucede, aparecen leyes abusivas y tiránicas, donde se puede disponer de la vida y derechos de los ciudadanos.

En últimas, solo en la medida que exista división de poderes el hombre es libre.

Al interior de la naciente Confederación, existía un Congreso compuesto por los delegados de las trece colonias liberadas. Este Congreso era un Ejecutivo Federal encargado de aplicar aquellas disposiciones que hubiesen sido aprobadas por las trece colonias . Sin embargo, el marco regulador no posibilitaba un gobierno efectivo.

Al no existir un Ejecutivo para recaudar contribuciones y obtener fondos, es imposible mantener la hacienda pública de la Confederación . Así entonces , debido a la debilidad Ejecutiva incrementaron las deudas y el déficit fiscal. De ahí, que los acreedores de empréstitos estatales y depositarios de la deuda pública estuviesen a favor de un Gobierno centralizado que fuera capaz de garantizar la deuda y su pago y de detener la devaluación de la moneda. En consecuencia, se busca cambiar la Confederación a un sistema centralizado política y económicamente.

Una organización política centralizada y con mayor autoridad ejecutiva era apoyada por quienes querían comercio interestatal , pago de deudas y sometimiento de la moneda. La unión nacional era deseada por el partido Federalista en contra del partido Republicano - Demócrata que deseaba mantenerse en una Confederación.

En consecuencia , los constituyentes norteamericanos al momento de decidir sobre la conformación del ejecutivo , dilucidaron entres dos posiciones, algunos que querían formar un ejecutivo fuerte que garantizara la unidad nacional y otros un ejecutivo débil que no afectara los intereses de los Estados federados . Por ende, los federalistas deseaban un ejecutivo unipersonal, de período corto y reelegible. Los no federalistas deseaban un período presidencial largo y no reelegible . Unos afirmaban que la reelección de un Presidente produciría un Magistrado Perpetuo , otros exponían que un mandato largo y no renovable hacía al Presidente irresponsable.

Finalmente, la Constitución de los Estados Unidos de América estableció un poder ejecutivo en cabeza de un Presidente (llamado por algunos como “ monarca constitucional “).

Ahora bien, la Revolución Francesa, la más importante en cuanto al reconocimiento de los derechos individuales fundamentales, estableció igualmente un parámetro fundamental en punto de la separación de poderes y la democracia. Pues bien, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 estableció que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Surgen así dos principios esenciales de las democracias constitucionales: (i) la separación de poderes y (ii) la garantía de los derechos fundamentales.

En primer lugar, y con base en lo ya referido, debe afirmarse que la voluntad del soberano constituyente - el pueblo - siempre se ha encausado en una serie de principios y valores que informan el nuevo Estado Constituido y la Constitución que habrá de regirlo.

Es decir, posteriormente a los varios siglos de poder autoritario y absoluto, las sociedades optaron por establecer unos lineamientos generales para el manejo de la sociedad, al interior del nuevo Estado creado. Estos lineamientos provenientes de la voluntad popular, no estaban vertidos necesariamente en normas o preceptos, sino que hacían parte del arraigo popular y del deseo manifiesto de vivir en una sociedad diferente a la que se encontraban.

Al respecto Ronald Dworkin afirmó un ideal de gobierno bajo leyes y bajo principios.

Es de esta forma como surgen los valores y principios de origen soberano por provenir del pueblo. Estos valores y principios, generalmente fueron radicados en las Constituciones, pero fueron anteriores a estas. Los valores y principios señalados por el pueblo soberano en una u otra medida dieron origen no solo al Estado que se estaba creando sino a la misma Constitución.

Razón por la cual, es evidente que estas voluntades subjetivas del pueblo, constituían y constituyen valores y principios básicos del Estado y de la Constitución que pretenden enmarcar, no solo por ser anteriores a estos, sino igualmente por ser la expresión soberana del pueblo en ejercicio de su poder político, el cual se manifiesta tácitamente de manera anterior a la formación tanto de uno como de la otra.

En consecuencia, tanto el Estado y la Constitución deben permanecer informados e influenciados por estos principios y valores que adhieren a la voluntad tácitas de las

sociedades particulares.

No cabe duda, que principios y valores como la igualdad, el principio democrático, la separación de poderes, el respeto de los derechos naturales, la forma republicana de gobierno , la dignidad humana; son entre otros valores y principios que informan e influyen tanto al Estado como a la Constitución , no solo por hacer parte de esta última, sino principalmente por ser la expresión tácita de la voluntad popular al momento de creación del Estado y de promulgación de la Constitución.

Estos valores y principios soportan el Estado mismo , son su base estructural , su andamiaje , sin los cuales ni Estado ni Constitución⁹⁷ pueden entenderse como legítimos. Así las cosas, tanto el Estado como la Constitución deben ser un desarrollo de dichos valores como expresión de la voluntad popular.

Pues bien, debe afirmarse que tanto el Estado como la Constitución deben ser constantemente interpretados y entendidos bajo la égida de dichos principios y valores formadores de la sociedad misma.

En consecuencia, todo aquello que se desprenda del Estado mismo y de la Constitución están sujetos a una clara injerencia de los principios y valores ya referidos. Los órganos de poder, los órganos de control, el sistema jurídico, entre tantos otros, son ejemplos de lo anunciado.

Por consiguiente, toda la estructura estatal y constitucional, debe someterse a dichos valores y principios , en aras de cumplir con el deseo expreso del único soberano que es el pueblo.

En este orden de ideas, existe la posibilidad de que algún órgano estatal no cumpla con dichos valores y principios o más aún que alguna modificación constitucional no los desarrolle, evento en el cual y en aras de la expresión de soberanía popular, estos entrarían en contradicción con la manifestación ya no solo tácita (antes de la Constitución) sino expresa (en la Constitución) y deberían ser expulsados por contrariar el deseo soberano del constituyente primario.

Y mal podría afirmarse que dicha concepción de los valores y principios es algo etéreo , simplemente por cuanto el derecho se aplica con base en varias realidades, es decir no solo

sobre la base de la realidad que implica la norma o derecho subjetivo, sino igualmente sobre el derecho subjetivo, sobre la realidad del ideal de justicia y lógico sobre la realidad de unos valores y principios políticos. En consecuencia, todas estas realidades engloban el concepto de derecho. Pues bien, dichas realidades provienen exclusivamente del pueblo, luego sobra afirmar entonces que es el pueblo el que se presenta como creador del derecho, no solo en su materia sino en la forma de producción.

En efecto, existen unos valores y principios que están más allá del mismo derecho positivo . No obstante, generalmente aparecen positivizados en las Constituciones como anhelos , muchas veces en el preámbulo constitucional o en artículos que denotan dichos valores y principios. Otras veces , dichos valores y principios son extraídos del sentido del propio sistema normativo. Así entonces, dichos valores y principios se fundan en la misma voluntad del pueblo soberano y tienen su asiento en el concepto de poder político que maneja el pueblo que es alternativo de la legalidad vigente.

Así las cosas, cuando se compara una reforma constitucional no necesariamente se esta comparando una norma constitucional con otra, sino que dicha comparación se realiza entre una norma de contenido constitucional con los valores y principios anteriores a la misma Constitución y que pueden hacer parte de ella, lo que podría dar lugar sin dudas, en aras de contradicción , a su expulsión por violentar la decisión soberana del pueblo.

Sin embargo, la juridicidad vigente no debe necesariamente rechazarse de manera absoluta, pero tampoco aceptarla sin crítica alguna, es necesario entender dichas normas dentro de la estructura e identidad del pueblo en que se pretende aplicar.

En segundo lugar, otra de las características tanto de la soberanía radicada en el pueblo como del propio principio democrático, consiste en otorgar validez y obligatoriedad únicamente a aquellas normas que hayan sido producidas acorde con lo establecido por el pueblo mismo.

En otras palabras, el surgimiento de un Estado de Derecho, aparejó consigo, en cuanto a la producción de mandatos al interior de la Sociedad, que éstos ya no fueran producidos por el rey sino que por el contrario dichos imperativos provinieran de la voluntad general.

Así las cosas, lo que buscó la aparición del Estado de Derecho , no fue cosa diferente que producir un Estado en el cual se respetaran los derechos de los individuos y se produjera el derecho o parámetros societarios acorde con la voluntad popular, en quien como se dijo recae el manejo del poder político. En otras palabras y retomando a Hart “ ... en toda sociedad donde hay derecho hay realmente un soberano “

En consecuencia, la producción del Derecho en últimas es una de las razones fundamentales en la existencia del Estado. En efecto, el Estado existe entre otras, con el propósito de producir el Derecho según la voluntad popular. Todo el andamiaje del Estado está de una u otra manera enfocado a la producción legítima del derecho.

Es así como, los poderes públicos giran en torno a la producción señalada. Uno de ellos en su producción en sí misma considerada, otro en la ejecución y aplicación de dicho producto y un tercero en la administración de este para producir justicia.

Pues bien, el Estado de Derecho, surge entonces, con el propósito claro que la normas o parámetros societarios ya no sean manejados y dirigidos por una persona sino por el pueblo.

Razón por la cual, es el mismo pueblo quien crea el ente estatal con el fin de regular la producción de derecho acorde a sus anhelos hasta el punto de someter al mismo Estado a dicho producto. Lo anterior, no es más que el reconocimiento del poder político en cabeza del pueblo.

Por consiguiente, la manera en que se produzca el derecho no es una circunstancia de poca monta al interior de un Estado de Derecho. Las formas y maneras en que se produce el derecho es paralela a la propia legitimidad que este posee al interior del mismo Estado. En otras palabras, las reglas de reconocimiento (de contenido formal) son igual de esenciales que las reglas de obligación (de contenido material) , en palabras de Hart; por cuanto ambas provienen de la voluntad del soberano.

Al respecto afirma Guastini “las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre producción jurídica vigente “98

La producción del Derecho y sus formas, permiten entender al pueblo que el producto realizado está acorde con el objetivo popular y con la misma existencia del Estado. Los trámites y cauces en los cuales se enruta la producción normativa deviene de la misma

legitimidad que el pueblo otorga al producto final, es decir el Derecho.

Esto denota, que solo pueden valorarse de manera válida y legítima las reglas de obligación si provienen de las reglas de reconocimiento y de su aplicación adecuada. Situación del Estado de Derecho totalmente contraria al Estado absolutista donde el único criterio para identificar algo como derecho era aquello sancionado por el rey. En palabras más sencillas, debe decirse que la manera para identificar el derecho aceptado por el soberano constituyente esta basada en aquel derecho que provenga o sea el resultante de las reglas de reconocimiento o formas de producción. Cualquier otra cosa que se obtenga como resultado sin el cumplimiento de estas reglas de reconocimiento no puede avalarse como derecho legítimo aceptado por el soberano popular.

Es decir, existe la posibilidad de que el legislador produzca “ derecho “ sin el cumplimiento de las reglas de reconocimiento . Evento en el cual, este “ derecho “ no es válido , a la luz de poder político en cabeza del pueblo. “ Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y por lo tanto , que es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos en la regla de reconocimiento”

Así entonces, el derecho será válido siempre y cuando satisfaga los requisitos que se establecen para la producción del mismo derecho. Con mayor énfasis, las reglas de reconocimiento serán las reglas últimas y supremas de validez cuando estas determinan la producción de actos que potencialmente pueden cambiar el status jurídico de otras reglas o en otras palabras, modificar la Constitución.

Hart ejemplifica de la siguiente manera “ Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida , para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por otra regla. ¿ Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire ? Sí: porque fue dictada en ejercicio de potestades conferidas y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante ; pero existe la posibilidad de hacerlo . Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales

medidas "99

De esto se denota, que en realidad no existe una diferencia entre la producción y materia del derecho producido en un Estado. Esto por cuanto, tanto una como otra deben corresponder a la voluntad popular al momento de la creación del Estado o al momento de promulgación de la Constitución.

La suplantación de la forma de producción de derecho , sin dudas elimina la legitimidad que este debe tener, afecta inmediatamente su validez y hace no obligatorio su cumplimiento. Y esto es así , por cuanto es la garantía que el pueblo mismo tiene que la producción de parámetros societarios se realice acorde con lo preestablecido por él mismo y no por fruto del capricho o el deseo de quien produzca normas , lo que estaría más cercano a la vivencia del Estado absolutista y el poder de dictar parámetros de un ente diferente del soberano.

En otras palabras, el único soberano - el pueblo - solamente reconoce el derecho producido de la manera que él establece, en voces de Hart; cosa contraria sería desconocer al pueblo como soberano absoluto sometido a normas no producidas acorde a su voluntad. De ahí que el propio sistema jurídico creado rechace dicha producción de normas y que exista la posibilidad de que el pueblo se rebele contra dicho producto si claramente no es legítimo.

Mayor realce toma entonces dicha producción, cuando el derecho que se pretende producir toca con la Constitución como parámetro absoluto de convivencia al interior de un Estado.

Recuérdese que el poder constituyente soberano es el pueblo, solo él y nadie más puede establecer los lineamientos estructurales del Estado que existe en razón de él . En consecuencia, nunca podrá suplantarse por poder constituido alguno la voluntad estructural del soberano constituyente vertida en la Constitución- entiéndase materia- ni la forma que este estableció para modificar la Constitución - entiéndase forma - por cuanto se tendrá como consecuencia directa la ilegitimidad en la realización de una u otra acción. Sin dudas, desde la perspectiva del poder político en cabeza del pueblo, forma y materia terminan siendo lo mismo, es decir la expresión de soberano constituyente en cuento a la producción del derecho.

En este orden de ideas, si el mismo constituyente estableció un órgano que vigilara que su voluntad y deseo no fuere alterado, es decir la Corte Constitucional, no cabe duda que este debe vigilar con igual recelo tanto la forma como la materia en la modificación de una

disposición Constitucional. Esto con el propósito de poder evidenciar si el deseo poder político del pueblo se usurpo , tanto en la forma como en la materia.

En consecuencia, sea la forma o sea la materia, y ante la evidencia de una usurpación del poder político en cabeza del pueblo, no le resta más a la Corte Constitucional que declarar inexecutable dicho acto , sea por su forma de producción o por el producto mismo, por ser ilegítimo, es decir ajeno a la voluntad del pueblo .

Así las cosas, vicios de este aspecto son insubsanables por la alta trascendencia que al interior de un Estado de Derecho posee la decisión popular vertida en la Constitución Política.

Síntesis Tercera: El principio democrático ha sido uno de los inmensos valores obtenidos por la humanidad en aras de ejercer el poder político que detenta. Es el pueblo el soberano constituyente quien determina los valores esenciales que hacen parte tanto del Estado como de la Constitución que conforman. De una parte, estos principios y valores, que se tratarán en el siguiente acápite, informan la totalidad del ordenamiento jurídico ; incluyendo las mismas normas constitucionales. Por tal razón, las normas dentro del ordenamiento jurídico no solo deben ser el reflejo de la Constitución en sí misma sino igualmente de los valores principios señalados por el soberano constituyente. De ahí entonces, que una norma constitucional pueda compararse a la luz de dichos contenidos axiológicos. De otra parte, debe constatarse que la voluntad del soberano constituyente no solo se vierte en los principios y valores establecidos sino igualmente en la producción de los parámetros sociales o en la producción del derecho que solo viene a ser legítima si cumplió lo establecido por el soberano constituyente, quien solo toma como obligatorio aquel derecho producido acorde con sus lineamientos.

B. LÍMITES AL PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. VIA JURISPRUDENCIAL

B.1 LÍMITES AL PODER DE REFORMA

De lo expuesto anteriormente se desprende , que existe un poder soberano constituyente y que por lo tanto existen unos límites radicados en aquellos poderes que no son constituyentes sino que son constituidos.

En este orden de ideas , hay una diferencia entre el poder de enmienda de la constitución y el poder constituyente.

Pues bien, el poder de reforma no es un poder constituyente. “El poder de revisión constitucional o de enmienda constitucional formal, es un poder entregado a un cuerpo que existe y obra gracias a la constitución y que por lo mismo es un cuerpo constituido, no constituyente. Su poder por la misma razón es un poder constituido, no constituyente, delegado, no originario.”

Los límites del poder de reforma de la Constitución derivan de la naturaleza del régimen constitucional.

El aseguramiento de estos principios es fundamental para la conservación de la democracia constitucional, de suerte que la consecuencia de su eliminación no es otra que la supresión de la Constitución, conforme postula la Declaración francesa de Derechos.

Estas leyes o principios son fundamentales , porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas. En cada una de sus partes la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación”. 100

En consecuencia, se puede hablar de límites expresos al poder constituido y de Límites implícitos al mismo.

Nos referimos a los primeros, cuando expresamente el soberano constituyente determina al interior de la Constitución las prohibiciones de alterar su voluntad al poder constituido.

“ A veces sé prohíbe modificar ciertos artículos de la constitución, son los preceptos no enmendables de la constitución. Aquellos, que el propio constituyente, considera que no pueden modificarse, y por lo mismo prohíbe su enmienda, por ejemplo: La constitución prohíbe modificar la forma de gobierno, la república, la monarquía, la estructura federal del estado, etc.; Autores como Kelsen sostienen que en estos casos no es jurídicamente posible modificar la constitución por un acto legislativo, “ Si la norma de la constitución que hace más difícil una reforma se considera obligatoria para el órgano legislativo, la que excluye

toda reforma tiene que ser considerada igualmente como válida. No hay ninguna razón jurídica para interpretar de distinto modo las dos normas...”¹⁰¹

En síntesis, Kelsen sostiene que el reformador de la constitución carece de competencia para modificarla y la reforma es inconstitucional por falta de competencia del reformador.

En cuanto a los segundos, los límites implícitos, se toma a la Constitución como un conjunto de valores y principios que la informan, los cuales han sido establecidos tácitamente por el soberano constituyente y de los cuales se predica igualmente su permanencia.

“una facultad de reformar la constitución, atribuida por una normación legal-constitucional pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la constitución considerada como un todo”.¹⁰²

“Con el tema de los límites implícitos se plantea un problema especial del derecho constitucional: el de los límites de la constitución por valores meta jurídicos o la paradoja de una norma constitucional inconstitucional.

Toda constitución refleja explícita o implícitamente cierta escala de valores y cierta ideología; se pregunta entonces ¿si esta escala de valores y esta ideología, invalidarían ciertas normas positivas de la constitución en conflicto con ellas?”

La respuesta a dicha pregunta, es afirmativa de manera rotunda.

Las decisiones condicionantes ¹⁰³ dentro de la Constitución , operan entre otras en la naturaleza, atribuciones y relaciones recíprocas entre órganos supremos del Estado . Es decir, la serie de valores y principios fundamentales señalados implícitamente por el soberano constituyente se extraen y están presentes al interior del mismo ordenamiento constitucional.

Al respecto afirma Haberle “un estado que se constitucionaliza se encuentra caracterizado por las tradiciones culturales y los valores intrínsecos de su propia sociedad, que se convierten en elementos propios de cada ordenamiento como parte de una Constitución material de principios y valores propios. “

De esta manera, es la misma identidad propia del Estado la que establece obstáculos para alteración de los valores y principios que hacen parte del principio democrático (división de poderes, el principio representativo, la posibilidad de expresión política, el pluralismo político e inclusive la prohibición de reelección presidencial)

En varios Estados¹⁰⁴ , se ha limitado expresamente la posibilidad de alterar el sistema de gobierno y se ha prohibido la reelección presidencial, como normas estrechamente relacionadas con el sistema democrático de organización del poder.

En este orden de ideas, la constitución es un conjunto de normas fundamentales , lo fundamental es aquella ratio que permitió que el soberano se diera una Constitución. Así entonces se puede afirmar que los aspectos fundamentales son normas materialmente constitucionales .

Al respecto ha afirmado Riccardo Guasttini:

“

Pueden ser consideradas normas fundamentales de un determinado orden jurídico , según los diversos puntos de vista, por lo menos las siguientes:

1. Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales : la función legislativo, la función ejecutiva y la función judicial) así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo : las normas que regulan la formación del órgano legislativo)
2. Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo : las normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad)
3. Las normas que regulan la ley (entendida en sentido material como la función de crear derecho) o sea, las normas que confieren poderes normativos ,que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos , que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes , etc.
4. Las normas - frecuentemente si son escritas , formadas como declaraciones solemnes - que expresan valores y principios que informan a todo el ordenamiento.

En general , se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento : a) las normas que determinan la limitada forma de estado, b) las normas que determinan la forma de gobierno y c) las que regulan la producción normativa “ 105

De lo expuesto , fuerza es concluir que cada Constitución posee una identidad material axiológica que la diferencia de las constituciones de otros estados. Dicha identidad material axiológica está compuesta por una serie de valores políticos fundamentales que caracterizan el régimen político vigente (en cuanto son aceptados y dominantes) , son principios sobreordenados en la misma Constitución que informan las demás normas de carácter constitucional.¹⁰⁶ En otras palabras, la identidad de una Constitución estaría dada por la cantidad de valores y principios que la caracterizan.

En este orden de ideas, valdría preguntarse entonces ¿ Cuando hay una nueva Constitución o cuando estamos en presencia de una reforma a la “ vieja “ ?

Así las cosas, hay que sumergirse en los ordenamientos constitucionales positivos de cada estado para conocer el “ contenido de la Constitución “

De ahí , la importancia de conocer el papel desarrollado por las fuerzas políticas en la fijación de los principios organizadores y fundacionales que son esenciales para la vida de un ordenamiento, como lo manifiesta Mortati en su Doctrina de la Constitución Material. Es entonces, la Constitución material , la real fuente de validez del sistema establecido por el soberano Constituyente.

“ El estado no puede dejar de tener en cuenta una serie de valores que superan al estado mismo y su constitución. Estos valores y en particular, aquellos que miran la dignidad de la persona humana, constituyen presupuestos de la constitución estatal que da por cierta la existencia de principios éticos que constituyen el fundamento de legitimación del Estado y de su derecho. “ 107

Estos principios no pueden considerarse provenientes de un derecho etéreo o de un derecho natural. Por el contrario, son principios jurídicos inherentes en el propio Estado y establecidos en la propia Constitución .

“ El dato importante es que tales principios no están limitados al área del viejo derecho

natural sino que son considerados principios jurídicos del Estado y de su Constitución. Por lo tanto se convierten y son considerados normas de derecho positivo. Los principios son las concepciones dominantes de la realidad social (por ejemplo : el principio de igualdad) , luego constituyen la constitución material en sentido estricto y son trasladados a la constitución formal escrita “ 108

En este orden de ideas, el concepto de límite “ No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas . “Límites”no significa aquí la presencia de un deber sino la ausencia de potestad jurídica “109

Así las cosas, debe entenderse que la limitaciones jurídicas al legislador no se basan en deberes que obligan a éste a obedecer a un “ legislador superior” sino en incompetencias señaladas dentro del propio texto constitucional (sea expresa o implícita) , que expresan la voluntad del pueblo.

Señala Hart “ ... puede considerarse al electorado como una “ legislatura extraordinaria y ulterior “ superior a la legislatura ordinaria que está jurídicamente obligada a observar las restricciones constitucionales; en caso de conflicto , los tribunales declararán inválidas las leyes de la legislatura ordinaria. Aquí pues, es en el electorado donde se encuentra el soberano libre de toda limitación jurídica que la teoría exige ... “

Así las cosas, al existir límites señalados expresa o tácitamente por el soberano constituyente , corresponde a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución velar porque dichos parámetros no sean sobrepuestos. Y es que el soberano constituyente no se limita a proclamar una serie de principios y valores sino que igualmente estableció un órgano para que dichas proclamas fueran garantizadas .

En famosa sentencia afirma el Juez Marshall “ O es la Constitución una ley superior , suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla en el mismo nivel que la legislación ordinaria , y como una ley cualquiera , puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable.”

Por consiguiente, el problema de los límites al poder de reforma se convierte como lo afirma Hart en un problema de competencia. Es decir, el soberano otorga competencia al poder constituido para reformar o modificar la Constitución, no obstante no otorga esta cuando lo que se pretende es efectuar una Constitución nueva o alterar los principios y valores de la ya existente.

Pues bien, en la teoría del derecho las normas sobre competencia tienen una estructura diversa de otras normas jurídicas y se diferencian de las que simplemente mandan, prohíben, permiten o facultan y aunque se parecen a éstas últimas, sin embargo, no son desde el punto de vista lógico-jurídico exactamente iguales.

Desde la teoría del control de constitucionalidad, tanto el control de procedimiento de formación de la norma jurídica; como del contenido de la norma jurídica, puede reducirse a un problema de competencia. Esta es la posición de Kelsen, para quien tanto el control formal como material, se reduce en última instancia a un tema de competencia. Un ejemplo nos ayuda a aclarar su posición: Si la Constitución de Colombia prohíbe la pena de muerte y se hace una Ley siguiendo todo el procedimiento constitucional pero estableciendo el fusilamiento de los delincuentes (que es una pena de muerte), esta violación del contenido de la Constitución es un problema de competencia, ya que el Congreso carece de competencia al dictar la Ley, pues el artículo de la Constitución que prohíbe la pena de muerte, en realidad le quita competencia al Congreso para que legisle sobre esta materia estableciendo una modalidad de ella, como lo es el fusilamiento.

Cuando una Constitución consagra normas irreformables; el órgano reformador de la Constitución, no puede modificarlas ya que carece de competencia para modificar esas normas que el propio constituyente ha declarado irreformables.

Síntesis Cuarta : Estando el poder político en cabeza del soberano constituyente, es éste quien establece los principios y valores del Estado y de la Constitución que lo regirá. En otras palabras, determina la identidad material axiológica del Estado. En consecuencia, dichos principios y valores que el Constituyente soberano aprecia como fundamentales pueden ser plasmados en la propia Constitución, evento en el cual estaremos hablando de unos límites expresos al poder constituido cuando pretende reformar la Constitución. No obstante, dichos parámetros pueden constituirse como límites implícitos cuando devienen de la propia

identidad del Estado, cuando el mismo ordenamiento jurídico ha sido informado de una serie de valores que dieron lugar a su surgimiento, fruto de la voluntad del poder constituyente. Límites estos que impiden que el poder constituido altere dicha composición.

Así entonces, el órgano reformador de la Constitución, que es un órgano constituido y no poder constituyente, no puede al reformarla violar éstos principios fundamentales de la Constitución (expresos o implícitos). Al reformar la Constitución tiene el límite de los principios constitucionales. Carece; en consecuencia el órgano constituido, reformador de la Constitución, de competencia para modificar éstos principios fundamentales.

El guardián de la Constitución; que es un órgano estatuido, como los principios fundamentales, por el Poder Constituyente, para que vigile y conserve esos principios fundamentales, tiene competencia, dada por el propio constituyente para vigilar que no se destruyan esos principios fundamentales, ya que es guardián de la integridad de la Constitución.

Determinar si el órgano reformador de la Constitución ha excedido los límites de su competencia al reformar la Constitución; si ha excedido su poder de reforma y ha reformado lo que no podía reformar, esto es, los valores y principios constitucionales; es una competencia del guardián de la Constitución. En pocas palabras, el guardián de la Constitución tiene competencia para vigilar que el reformador de la Constitución no exceda su competencia de reforma.

En conclusión, el tema de los límites al poder de reforma no es más que un tema de doble competencia; la del Congreso, al realizarla y la del órgano establecido por el Constituyente para vigilar que no se violen los principios constitucionales que él consideró fundamentales al momento de crear la Constitución.

B. 2 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ya definió que es competente para conocer de reformas de la constitución, cuando atentan contra los valores y principios fundamentales, que puso e impuso el poder constituyente y lo que es más importante; para declararlas

inconstitucionales. Esa es la jurisprudencia actualmente vigente en esta corporación.

Esta Corporación se pronunció, en profundidad, sobre el tema de la incompetencia del Constituyente Derivado para sustituir la Constitución, es decir violentar límites implícitos, por vez primera en la sentencia C-551 de 2003 que revisó la constitucionalidad de la ley 796 de 2003, por la cual se convocó un referendo para someter a la consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

En aquella ocasión la Corte expuso una doctrina acerca de la distinción entre reformar, revocar y sustituir el Estatuto Superior y, también, acerca de la competencia de los Poderes Constituidos, para tales efectos.

En este sentido, expresó los siguientes considerandos principales:

1. El poder constituyente primario, en desarrollo del principio de la soberanía popular, comporta el ejercicio pleno del poder político de los Asociados, sin el sometimiento a límites jurídicos. Por tal motivo sus actos resultan fundacionales, en cuanto al establecimiento del orden jurídico, y escapan al control jurisdiccional.

2. Por su parte, el poder constituyente derivado, en tanto poder constituido, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar la Constitución existente, en ocasiones con el concurso de la ciudadanía y, en todo caso, bajo las directrices que la propia Carta Política establece. En este orden de ideas, está sujeto a límites formal-procedimentales, lo mismo que al control jurisdiccional.

3. Así mismo, este poder de reforma se enmarca dentro de una competencia reglada en la medida en que algunos temas le están vedados como garantía para la vigencia del orden jurídico y de la estructura esencial del Estado contemplada y establecida por el Constituyente Primario. Es palabras más claras, el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del Estatuto Superior, pero sin que tales cambios supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva.

4. Al respecto, debe tenerse presente que el texto constitucional colombiano no establece cláusulas pétreas, autorizando expresamente su reforma mediante procedimientos preestablecidos en su propio articulado. Sin embargo, no sucede lo mismo con la posibilidad

de su derogación o sustitución integral (la cual también pudo ser permitida de manera explícita), motivo por el cual, atendiendo a que las autoridades solo pueden hacer aquello que les está taxativamente permitido (artículos 6 y 121, C.P.), es preciso concluir que en nuestro sistema jurídico está prohibida la derogación, subversión y la sustitución del Estatuto Superior, pues lo contrario, conllevaría eliminar, en la práctica, la distinción básica entre el poder constituyente primario y el poder constituyente derivado.

Sintetizando este tema, la sentencia en mención expresa:

“El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”.

Síntesis Quinta: Se reitera que es el soberano constituyente quien determina los principios fundamentales de un Estado y de su Constitución. En consecuencia, el poder constituido tiene una serie de límites materiales y formales al momento de reformar la Constitución. No obstante, si bien en el régimen constitucional Colombiano no hay cláusulas pétreas, es claro que está prohibida la sustitución de la Constitución, por cuanto de lo contrario se daría a entender que no existe diferencia alguna entre el poder constituyente originario y el poder constituido. Así las cosas, quien debe establecer si la Constitución fue sustituida es la Corte Constitucional, para lo cual debe acudir a una interpretación de los principios y valores señalados por el soberano constituyente. En efecto, corresponde a la guardiana de la Constitución constatar si la Constitución fue reemplazada en términos materiales por otra Constitución y así de esta manera si se creó otra organización política diferente a la deseada originariamente.

Con base en los fundamentos teóricos esbozados, debe entenderse entonces que la Constitución Colombiana radica la soberanía en el pueblo¹¹⁰ sobre quien recae de manera

exclusiva el poder político. En consecuencia, los presupuestos señalados son aplicables enteramente al Estado Colombiano, donde el soberano constituyente es el pueblo. Por consiguiente, es éste y solo éste quien fija los principios y valores que guiaran tanto al Estado como a la Constitución. Y no le es dable a un poder constituido la sustitución de dicha identidad material axiológica. Que se repite no es un concepto de derecho natural sino un concepto jurídico extraído de la misma realidad constitucional y del querer del pueblo vertido sistemáticamente en toda la Constitución.

Así las cosas, y ante la constatación que en Colombia no existen límites expresos señalados por el soberano constituyente, es viable entrar a desentrañar los límites implícitos.

Al respecto debemos recordar, que dichos límites al poder constituido se basan principalmente en la identidad material axiológica de la propia Constitución. En otras palabras, en aquello fundamental decido por el constituyente originario. Se ha entendido como fundamental entre otras:

1. Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales : la función legislativo, la función ejecutiva y la función judicial) así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo : las normas que regulan la formación del órgano legislativo)
2. Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo : las normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad) y de igualdad .
3. Las normas que regulan la ley (entendida en sentido material como la función de crear derecho) o sea, las normas que confieren poderes normativos ,que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos , que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes , etc.

Así las cosas, corresponde a la Corte Constitucional en este momento identificar la identidad material axiológica de nuestra Constitución en materia de reelección inmediata presidencial.

I. ASPECTOS DEFINITORIOS DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REELECCION PRESIDENCIAL

A. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL IMPLICITA

i. Identidad proveniente del desarrollo social e histórico de nuestro Estado.

Cuando se habla de la identidad constitucional implícita en nuestro régimen constitucional, tenemos que entender que el término identidad hace referencia al conjunto de rasgos propios de una colectividad que la caracteriza frente a las demás. En otras palabras, es la conciencia que una colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás.

Ese conjunto de rasgos propios y específicos de la colectividad han sido creados y desarrollados a través de la historia social y política del Estado Colombiano como República.

Así entonces de lo expuesto con anterioridad, debe extractarse lo siguiente:

1. En nuestra historia política y Constitucional las Constituciones de 1830,1832,1843, 1853, 1858, 1863, 1886, el Acto Legislativo de 1910, el Acto Legislativo de 1936 y el Acto Legislativo de 1968 , tiene tácitamente prohibida la Reelección Presidencial Inmediata.
2. La Constitución de 1991, obra del poder constituyente, prohibió la Reelección Presidencial en todo tiempo.
3. El Acto Legislativo 02 de 2004, obra del poder constituido, establece la Reelección Presidencial Inmediata.

En primer lugar, y con base al recuento de la evolución constitucional de nuestro sistema , es inmensamente claro que en materia de elección presidencial y de alternancia en el poder, la línea que ha seguido nuestro ordenamiento constitucional no ha tenido como base la posibilidad de reelección presidencial inmediata.

De esta manera, esta Corporación debe constatar que hace parte de la identidad de nuestro constitucionalismo o en otras palabras del contenido material axiológico de nuestra Constitución el principio implícito de la alternancia del poder.

Identidad Constitucional proveniente de la voluntad manifiesta del poder constituyente primario.

En segundo lugar, es indispensable averiguar ¿Cual fue la voluntad del Constituyente de 1991 respecto del régimen presidencial que se pretendía instaurar?

Pues bien, las intenciones del Constituyente de 1991 se basaron en disminuir las atribuciones y poderes del ejecutivo que se estaba formando en la nueva Constitución. Se ha afirmado que “ la lectura moral(de la constitución) insiste que la Constitución significa lo que los constituyentes intentaron decir “¹¹¹

De los debates relatados en la misma Constituyente se extrae que el deseo primordial de los constituyentes era morigerar los poderes en cabeza del Presidente de la República. Al interior de la Constitución de 1991 se hace palpable dicha voluntad expresada por el propio Constituyente siendo realizada por el fortalecimiento del Congreso de la República en su papel de control político.

En efecto, las verificaciones respecto del Presidente de la República establecidas en la Constitución de 1991, se circunscriben principalmente entre muchas otras a las siguientes:

1. Pierde la facultad de nombrar y remover a los Gobernadores de los departamentos, actualmente la elección es popular.
2. Pierde la posibilidad de acceder al ejercicio de funciones legislativas delegadas a través de su habilitación como legislador extraordinario. Actualmente existe un límite temporal a dichas facultades (no más de 6 meses), y material consistente en la imposibilidad de expedir códigos, decretar impuestos, dictar leyes estatutarias, orgánicas o leyes marco. Igualmente , actualmente es exigencia constitucional que las facultades sean solicitadas por el gobierno , manteniendo sin embargo el Congreso la facultad de modificar o derogar las disposiciones dictadas por el gobierno.
4. Pierde la posibilidad absoluta de mantener a sus Ministros. Actualmente, se establece un mecanismo de control del Congreso sobre los Ministros del despacho y sobre las funciones propias de sus cargos. La moción de censura, es pues, una figura jurídica que permite al Congreso efectuar control político sobre el gobierno.
5. Pierde la posibilidad de influencia sobre el Ministerio Público el cual anteriormente estaba bajo “ la suprema dirección del gobierno “ . Actualmente, el Ministerio Público es un órgano

de control que goza de autonomía Constitucional.

6. Pierde la posibilidad de intervención financiera (art.120 numeral 14 constitución anterior), la cual es sustituida por un régimen de inspección , vigilancia y control , sobre aquellos ciudadanos que realizan actividades, bursátiles, aseguradoras y financieras . Dicha inspección, vigilancia y control es realizada actualmente bajo los parámetros establecidos por el Congreso a través de la ley.

Por consiguiente, de un análisis sistemático de la misma Constitución y del propio querer del constituyente se puede extraer con facilidad, que el deseo del soberano constituyente fue el de disminuir los poderes en cabeza del Presidente de la República, mucho más que potenciarlos.

Retomando nuevamente a Dworkin , se puede concluir que “ De cualquier forma, la interpretación constitucional debe tomar en consideración las prácticas jurídicas y políticas del pasado, así como aquello que los constituyentes por si mismos intentaron decir. “¹¹²

ii. La Forma de Gobierno. Conformación del órgano ejecutivo como norma fundamental Constitucional

La forma de gobierno y la conformación de los poderes del Estado son normas fundamentales que hacen parte de la identidad Constitucional de un Estado.

Nuestro Estado de Derecho, a través del dispositivo de la separación de poderes, pretende hacer efectivos los derechos y libertades de las personas residentes en Colombia. De ahí que sea uno de los principios fundamentales del Estado. De suerte que la eliminación de este principio propicia la concentración del poder político, comporta la sustitución de la Constitución, pues, se estaría ante una dictadura, un totalitarismo o una monarquía.

En consecuencia, mediante el poder de reforma no es factible anular el principio de la separación o distribución del poder político.

Al respecto a afirmado esta Corporación:

“La separación de poderes es también un mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad, mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por la Carta y asegurar

así la libertad y seguridad de los asociados. La lógica de este dispositivo, no por conocida deja de ser esencial: la división de la función pública entre diferentes ramas permite que el poder no descansa únicamente en las manos de una sola persona o entidad, a fin de que los diversos órganos puedan controlarse recíprocamente. Esto significa que, como esta Corporación lo había señalado, la consagración de diversas ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo “con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana.” Por ello, como lo ha recordado esta Corte, “la separación de las ramas del poder público es inherente al régimen democrático y constituye uno de sus elementos procedimentales de legitimación”¹¹³.

La conformación del poder ejecutivo , como base esencial de la Forma de Gobierno instituida como fundamental y la distribución del poder político , fueron pilares señalados por el soberano constituyente al interior de la Constitución de 1991.

En cuanto a lo primero, se determinó que el jefe del poder ejecutivo – el Presidente de la República – sería elegido para un período de cuatro años, elegido por la mitad más uno de los votos que depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley y de manera secreta y directa . Si ningún candidato obtiene dicha mayoría , se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos. Se determinó como requisitos para ser Presidente de la República el ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años. Se establecieron las formas para suplir las faltas absolutas y temporales del Presidente de la República y señaló la prohibición constitucional de reelección Presidencial , como mecanismo de conformación del jefe del poder ejecutivo.

En consecuencia, aquellas normas que determinan la conformación del poder ejecutivo , según la voluntad del soberano constituyente , son fundamentales a la identidad constitucional.

No obstante lo anterior, el mismo constituyente primario señaló con la expedición de la

Constitución de 1991 una manera específica de distribuir el poder político. Dicha distribución no es asunto de poca monta. Es la voluntad manifiesta del titular poder político (art. 3 Constitucional) . Es éste , quien como soberano del poder político decide distribuirlo al interior de los diferentes órganos por él mismo constituidos. Dicha distribución pretende alcanzar los fines y cumplir los principios esbozados en la Constitución.

En consecuencia, y según la conformación del poder ejecutivo indicada constitucionalmente ; la distribución del poder político manifestada por el soberano constituyente estaba pensada para el ejercicio de la Presidencia de la República por cuatro años.

Por consiguiente, el alterar dicha distribución del poder político deseada por el soberano constituyente , sin dudas puede alterar la estructura misma de la forma de gobierno , por cuanto esta estuvo concebida para cuatro años y no para un posible ejercicio de ocho. Los efectos de este cambio se mostrarán en acápite posterior.

B. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD . PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

El principio de igualdad es base estructural de cualquier sociedad y lógico de la nuestra. Se puede afirmar que la igualdad es una virtud indispensable de la soberanía democrática.¹¹⁴

Este principio busca entre otras, que las cargas y beneficios otorgados por la sociedad a los individuos se distribuyan equitativamente entre ellos. Este deber, y para lo que nos interesa, se especifica en un mandato circunscrito a un “ trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas “

Afirma Dworkin “ el gobierno debe tratar a todos los sujetos en su dominio como si tuvieran un estatus moral y político igual, debe intentar de buena fe tratarlos a todos con una preocupación igual “¹¹⁵

Por ende, la igualdad tiene un efecto vinculante para el legislador , quien debe propender por ella en la expedición de cualquier acto de su competencia. Pues bien, la igualdad es un principio que hace parte de la identidad constitucional Colombiana por cuanto de una evidencia sistemática de la propia Constitución se desprende la igualdad como fundamento que regenta las normas constitucionales (preámbulo, arts, 2, 5, 7, 13, 19, 28, 40, 42, 43, 44,

46, 47, 53, 54, 70, 85, 86, 87, 94, 95, 180 , 209, 333 de la Constitución Política de Colombia)

En consecuencia, los principios serían fundamentales, caracterizadoras , que confieren identidad axiológica al ordenamiento y ofrecen justificaciones a las restantes normas. Así pues, la identificación de un principio no es como podría pensarse un problema eminentemente teórico sin consecuencias prácticas. Por el contrario , es un problema de derecho positivo.

Los artículos 5° , 93 y 94 de la Constitución demuestran la existencia de valores constitucionales sobre ordenados a esta. En este orden de ideas, la Constitución le impone a la Corte Constitucional la defensa de estos principios y valores , dentro de los que se encuentra la igualdad.

Así pues, se parte de la base que en la Constitución Colombiana, existen unos Principios Supremos del ordenamiento constitucional, que tienen un valor superior respecto de las restantes normas de rango constitucional. En este orden de ideas, principios como la igualdad , extraídos del mismo sistema constitucional, no son susceptibles de revisión constitucional y mucho menos de vulneración por parte de órgano alguno constituido.

En consecuencia, el principio de igualdad otorga plenitud a toda la Constitución , es la base de esencia del cotejo de las leyes y de todo acto estatal.

Por consiguiente, para establecer si un acto expedido por el Congreso de la República viola la igualdad como fundamento de la identidad constitucional debe la Corte efectuar el análisis , respecto de la redistribución de la regla de igualdad establecida en el Acto a juzgar y la distribución previa señalada por el soberano constituyente. Lo anterior permitirá dilucidar si la regla de igualdad establecida en el acto a juzgar es en sí misma igualitaria o no igualitaria.

Pues bien, es pertinente volver a señalar lo siguiente:

“El tema de la igualdad de tratamiento es diverso al del carácter igualitario de la regla misma; pues, en el primer caso en realidad se está mirando cómo se aplica la regla y lo que

ahora preguntamos es i la regla misma es igualitaria o no, con prescindencia de su consideración de valor o normativa.

No sobra recordar que la regla de distribución tiene la siguiente formulación general:

Cualquier gravamen o beneficio debe distribuirse o negarse a una persona si tiene o no cierta característica específica, por ejemplo, su capacidad económica , su edad, etc.

Es necesario precisar algunos conceptos que hacen más inteligible la problemática de la igualdad y sus reglas de distribución.

Debemos examinar brevemente la estructura de las reglas de distribución, antes de determinar lo que las convierte en igualitarias o desigualitarias. Tales reglas especifican, explícita o implícitamente , lo siguiente: 1. Un beneficio (por ejemplo , un voto) o una carga (por ejemplo, un año de servicio militar) que se debe distribuir, 2. un grupo de referencia, - es decir, una clase de personas a quienes se pretende aplicar la regla, definidas a menudo por una característica común (por ejemplo , todos los ciudadanos) ; 3. un grupo seleccionado una subcategoría del grupo de referencia a quien se distribuye el beneficio o la carga (por ejemplo, todos los ciudadanos de determinada edad .116

Respecto de una distribución dada (y respecto a un grupo de referencia dado) , una regla de redistribución de beneficios o cargas determinadas es más igualitaria cuanto mayor sea la proporción del grupo seleccionado respecto al grupo de referencia después de la aplicación de la regla, en comparación con la distribución original.

En otras palabras, la asignación es tanto más igualitaria cuanto más igualitaria sea la aplicación de la regla. Viceversa, una regla de redistribución es tanto más desigualitaria , cuanto más reduzca el tamaño del grupo seleccionado.

¿ Admitir 400, de los 600 que hicieron la solicitud para entrar a la Universidad , es una política igualitaria o desigualitaria ?; Depende : si un año anterior fueron admitidos 300 de los 600 que hicieron la solicitud, admitir 400 incrementa la proporción del grupo seleccionado; en consecuencia, esta nueva política constituye una regla de distribución más igualitaria.

Pero esta misma política es desigualitaria si anteriormente se admitió a 500 de los 600 que hicieron la solicitud. La Constitución francesa de 1791 era igualitaria no porque sustituyera

nobleza por propiedad , como criterio para conferir el derecho de voto, sino porque se amplió el sufragio a un número mucho mayor de ciudadanos (o sea , a más de la mitad de todos los varones adultos que pagan cierto número de impuestos) . Respecto a esta situación histórica , la posterior introducción del sufragio universal constituyó de nuevo una redistribución igualitaria de derecho de voto.¹¹⁷

La pregunta que surgiría en este momento, es ¿ Que pasa si la decisión de aceptar a 300 de los 600 individuos que presentaron la solicitud , fue tomada por una sobresaliente mayoría ?

Muchas veces se ha pretendido manifestar que las decisiones mayoritarias entrañan en sí mismo el concepto de igualdad, no obstante esta premisa mayoritaria ha sido inmensamente desvirtuada por Dworkin de la siguiente manera:

“ Sin embargo, en Estados Unidos de América la mayor parte de la gente que asume que la premisa mayoritaria afirma la definición última y la justificación para la democracia acepta que en algunas ocasiones la voluntad de la mayoría no debe gobernar. Están de acuerdo que la mayoría no debe ser siempre el juez final cuando su propio poder debe estar limitado a proteger los derecho individuales y aceptan que al menos algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia que invalidaron la legislación popular , como lo hizo la decisión *Brown* , estaban correctas. La premisa mayoritaria no descarta excepciones de esa clase , pero insiste que en tales casos, incluso si alguna derogación en contra del gobierno mayoritario es justificado en conjunto , algo moralmente lamentable ha sucedido , y un costo moral ha sido pagado. La premisa supone en otras palabras, que siempre es injusto que no se le permita a una mayoría política hacer las cosas a su manera, así aunque hay razones contrarias suficientemente fuertes para justificar esto, la injusticia permanece. “¹¹⁸

Posteriormente se afirmó “hay una concepción constitucional de democracia que rechaza la premisa mayoritaria . Esta “ Niega que la meta definitoria de la democracia sea que las decisiones colectivas siempre o normalmente deban ser aquellas que la mayoría o pluralidad de ciudadanos favorecería si estuviera informado y fuera racional por completo . Considera que el objetivo definitorio de la democracia es uno distinto : que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura , composición y prácticas tratan a todos los miembros de la comunidad, como individuos, con una preocupación y respeto igual. (...)

Pero la concepción constitucional exige que estos procedimientos democráticos

procedan de una preocupación por el estatus igual de los ciudadanos , y no de un compromiso con las metas de la regla de la mayoría.” 119

Así las cosas, fuerza es concluir, que las decisiones de la mayoría no necesariamente responden al concepto de democracia constitucional. Concepto este que reúne parámetros mucho más amplios y garantizadores respecto de los principios , valores y derechos fundamentales al interior de un Estado. En consecuencia, no siempre una decisión mayoritaria es igualitaria. En otras palabras, puede existir una decisión basada en mayorías pero ilegítima a la luz de la democracia constitucional, por no ser igualitaria.

En este orden de ideas, corresponde a esta Corporación constatar cual fue la regla de distribución efectuada por el Constituyente de 1991 , para poder analizar si la regla de redistribución señalada en el Acto Legislativo No 02 de 2004 es igualitaria o no. De igual manera se determinara , si la decisión mayoritaria que implica el Acto Legislativo analizado corresponde al concepto de democracia constitucional. Análisis que se efectuará en el acápite sobre efectos del Acto Legislativo en mención.

II. ALCANCE JURÍDICO DEL ACTO LEGISLATIVO NO 02 DE 2004 REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION

A. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INMEDIATA . INSTITUCIÓN JURÍDICA TOTALMENTE AJENA A LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DE NUESTRO ESTADO.

Con relación a la identidad política e histórica de nuestro desarrollo constitucional, fuerza es concluir que uno de los principios que fundamentan nuestra identidad a lo largo de nuestro transcurso como república y como democracia, consiste en la alternancia del poder. Hasta antes de la Constitución de 1991, la regla común era que cualquier presidente podría optar nuevamente por ejercer la presidencia de la República siempre y cuando al menos un período hubiera transcurrido luego del ejercicio de su presidencia.

Sin embargo, es el soberano constituyente , quien en ejercicio y conducción del poder político , decide cambiar dicho principio de alternancia del poder. Es decir, es el poder constituyente primario quien en su voluntad y querer , altera el principio democrático y republicano señalado y constituye la prohibición total de reelección. Dicha decisión, que altero el principio de alternancia en el poder fue producto del ejercicio del poder soberano que se

radicó en el pueblo, quien es el detentador del poder político.

En consecuencia, la reelección inmediata del Presidente de la República no ha sido una figura que haya hecho parte de la identidad social e histórica que compone nuestro Estado. Por el contrario, son otro tipo de figuras las que caracterizado a nuestro Estado y orden Constitucional en relación con otros ordenamientos y Estados.

Sin embargo, es claro que quien detenta el poder soberano para alterar los principios que hacen parte del contenido axiológico y de la identidad del Estado Colombiano , es el pueblo.

Es en éste en quien se radica, única y exclusivamente, la posibilidad de instaurar la reelección presidencial inmediata , como forma de alterar la identidad del Estado Colombiano o el principio preestablecido.

En otras palabras, la alteración de un principio que ha dado identidad al Estado Colombiano solo compete al poder Constituyente y no al poder de reforma.

De esta manera, si nuevamente el Constituyente primario desea alterar la prohibición de reelección Constitucional , es sólo a él a quien compete. Es únicamente, al poder constituyente quien determina que es lo que lo identifica o caracteriza a nuestra Constitución; poder que no puede ser usurpado por el reformador de la constitución.

De lo extractado del amplio debate realizado respecto de la estructura del Estado y específicamente en relación con el poder ejecutivo , se obtiene como resultado una tendencia constitucional a reducir y disminuir los poderes presidenciales y a ejercer muchos más controles sobre restantes poderes que los que poseía con anterioridad.

Por consiguiente, la conformación del poder ejecutivo, lo que comúnmente se conoce como el estatus del presidente de la República, basado en la forma de elección, en los requisitos para el ejercicio de la Presidencia, en la manera de suplir sus faltas absolutas y temporales, y la misma prohibición de reelección presidencial; establecen la voluntad del soberano constituyente plasmada en la Constitución de 1991.

Por consiguiente, el levantamiento de la reelección presidencial y el establecimiento de la reelección inmediata, es totalmente ajena a la forma de gobierno deseada por el constituyente de 1991, específicamente en lo relacionado con la conformación del poder

ejecutivo.

En conclusión, la identidad material axiológica de nuestro Constitucionalismo y de la propia Constitución de 1991, tiene como sustento el devenir histórico, político y social de nuestro Estado el cual es totalmente ajeno a la reelección presidencial inmediata e igualmente, le sirve como base , la voluntad manifiesta del soberano Constituyente , quien deseo disminuir los poderes Presidenciales y ejercer un mayor control sobre sus potestades.

Razón por la cual, fuerza es concluir que la reelección inmediata no encuadra dentro de la identidad material axiológica ni de nuestro Estado ni de nuestro Constitucionalismo.

A. 1 .EL ACTO LEGISLATIVO No 02 de 2004 (REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA) POTENCIA LOS PODERES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y ALTERA LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER POLÍTICO; CONTRARIO EL DESEO DEL SOBERANO CONSTITUYENTE DE 1991.

En primer lugar, La distribución del Poder Político , como elemento esencial en la estructura del ordenamiento constitucional colombiano, tiene especial relevancia en relación con el equilibrio del mismo poder , y adquiere una mayor connotación en relación con la integración de determinadas instituciones, habida cuenta de las facultades que la Carta política confirió al ejecutivo en aras de realizar nombramientos directos en algunas entidades y, en otras, de integrar las ternas de candidatos elegibles.

En este sentido, la situación actual prevista por el Derecho Constitucional colombiano - para la designación de altos dignatarios de determinadas entidades del sector público - es la siguiente: (i) los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.¹²⁰ (ii) El Fiscal General de la Nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia, por un período de cuatro años, de terna enviada por el presidente de la República.¹²¹ (iii) Los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos por el Congreso Nacional para un período de ocho años, a partir de ternas enviadas por el Presidente de la República.¹²² (iv) El Procurador General de la Nación es elegido por el Senado a partir de una terna integrada por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.¹²³ (v) El Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de Representantes a partir de terna integrada en su totalidad por el Presidente de la República.¹²⁴ (iv) Seis miembros de la Junta Directiva

del Banco de la República son nombrados directamente por el Presidente de la República.¹²⁵

De esta manera, y tal como se explicará posteriormente, la posibilidad de reelección presidencial para un período consecutivo, prevista por el acto legislativo 002 de 2004, refuerza y potencia las facultades del ejecutivo, en detrimento de la distribución ya efectuada por el constituyente soberano.

Ahora bien, el acto legislativo 02 de 2004 quiebra el equilibrio institucional previsto por la Asamblea Nacional Constituyente, y que finalmente fue plasmado en la Constitución de 1991. Así, por ejemplo, la disposición del acto legislativo en comento, de la cual se desprende que el Presidente en ejercicio puede ser reelecto para un período consecutivo, produce como corolario un rompimiento en el equilibrio institucional señalado. En efecto, en materia de nombramientos de algunos de los altos dignatarios en las diferentes corporaciones públicas, las facultades del presidente se ven incrementadas en detrimento de la distribución inicial del poder político que buscó el constituyente.

En este orden de ideas, por ejemplo, un presidente que tenga la posibilidad de ser reelecto para un período consecutivo, y que a la postre efectivamente lo resulte, tendrá la posibilidad de escoger dos veces las ternas de elegibles para desempeñar el cargo del Fiscal General de la Nación. Uno de los fiscales que resulte designado, deberá ejercer sus funciones de investigar y acusar ante los jueces competentes a los presuntos infractores de la ley penal, en concurrencia con el período del presidente que resultase reelecto, y que integró la terna a partir de la cual fue electo. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que, a diferencia de la organización política de otros estados, fue voluntad del constituyente que la Fiscalía General de la Nación formara parte de la Rama Judicial, resulta patente el desequilibrio que el acto legislativo acusado imprime a la estructura de la Fiscalía General y compromete, de esta manera, la independencia de un órgano propio del poder judicial, habida cuenta del carácter mixto que presenta el sistema acusatorio en Colombia.¹²⁶

Otro aspecto importante, en el escenario de una reelección presidencial inmediata, se desprende de la integración de la Junta Directiva del Banco de la República, autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, de carácter autónomo, creada por la Constitución de 1991 para separar al Presidente de la República de el manejo de dichos asuntos.

En este sentido, la Carta Política estableció que la Junta Directiva estaría compuesta por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, el Gerente del banco, quien es elegido por la Junta Directiva y hace parte de ésta, y cinco miembros restantes elegidos por el Presidente de la República para períodos de cuatro años, bajo la previsión según la cual dos de ellos serían remplazados cada cuatro años. En este sentido, la renovación de la Junta Directiva cada dos años, prevista por la Constitución, se vería afectada, al igual que la autonomía constitucional otorgada a dicho institución, toda vez que un presidente que resulte reelecto para un periodo consecutivo estaría facultado para influir notablemente en la composición de dicha entidad, como quiera que estaría facultado para adelantar en dos ocasiones la renovación de la Junta Directiva, comprometiendo, de esta manera, la independencia del Banco de la República.

En sentidos similares se presentaría esa redistribución del poder político no querida por el Constituyente respecto de las ternas para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Constitucional, los miembros de la Comisión Nacional de Televisión, la terna para la elección de Procurador General de la Nación, las ternas para la elección de los siete magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Igualmente, y en el mismo sentido, encontramos bajo la égida del Presidente de la República una serie de entidades que hacen parte de la rama ejecutiva que él dirige: 13 Ministerios, 6 Departamentos Administrativos, 11 Superintendencias, más de 12 establecimientos públicos adscritos a los Ministerios, más de 10 Unidades Administrativas Especiales, más de 8 Empresas Industriales y Comerciales del Estado, más de 9 Sociedades de Economía Mixta. Funcionarios todos que tienen interés en que su nominador permanezca, ya que de esa manera ellos también permanecerán en sus cargos.

En efecto, podría hablarse que en este sentido no solo existen unos privilegios directos que beneficiarían al Presidente de la República que se pretenda reelegir de manera inmediata, por el manejo de todas las entidades del Estado referidas; sino igualmente unos privilegios indirectos por cuanto cada uno de los jefes de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos adscritos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, entre otras; haría valer las ventajas de la reelección sobre sus subalternos, incrementando de una manera inusual el poder ya mencionado.

Es decir, el Presidente de la República en nuestro Estado, no solo es el jefe de la Administración Pública, sino que igualmente es el máximo nominador de empleos públicos al interior del mismo. A lo anterior, hay que agregarle que de acuerdo con el artículo 39 de la ley 489 de 1998, la administración pública está integrada por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tiene a su cargo el ejercicio de actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano. Sin dudas, el poder sobredimensionado del Presidente de la República como nominador es claro.

Al modificar el acto legislativo dicha prohibición, se rompen los principios de libre participación, pluralismo, alternación de los partidos políticos e igualdad de oportunidades políticas para todos, contenidos en el artículo 1º de la Constitución.

Como dicen algunos de los demandantes dentro de los procesos sobre reelección:

“ El Acto acusado no solo modificó algunos artículos del Estatuto Superior sino que, atendida la magnitud del cambio, llegó a sustituirlo, con lo cual el Congreso incurrió en una extralimitación de su competencia de reforma.

... el desconocimiento de los principios liberales de la forma republicana y democrática de Estado, se introducen importantes cambios en el sistema político institucional que, por esta vía, deviene en otro totalmente diferente. Estos cambios se evidencian principalmente en las siguientes consecuencias político-jurídicas:

- El régimen presidencial actual se transforma en uno de carácter presidencialista que se identifica por la excesiva acumulación del poder público en el Jefe de Gobierno.
- El reparto del poder público entre el ejecutivo y el legislativo se desequilibra, aún más, hasta anular las funciones de inspección y vigilancia que el Congreso debe ejercer sobre los actos del Gobierno y la Administración así como sobre la conducta de sus funcionarios.
- La Administración Pública se politiza (se constitucionaliza el clientelismo) y se aniquila el ideal de un servicio civil fundado en los principios de la meritocracia, neutralidad, imparcialidad y legalidad por cuanto, en la práctica, se eliminan las prohibiciones e

inhabilidades que le servían de coraza a los funcionarios oficiales frente a las presiones políticas externas.

- La Junta directiva del Banco de la República, al igual que la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, pierden autonomía por cuanto el proceso político de selección de sus dirigentes estará bajo el control total del presidente que logre ser reelegido.

- El Presidente, en su condición de Comandante Supremo de las Fuerzas Militares, puede adelantar campañas electorales en su favor, desconociendo el carácter no deliberante de la fuerza pública.

- El Presidente, en su condición de Primer Magistrado de la República, se ve involucrado en controversias que dividen la opinión pública y en conflictos permanentes entre sus intereses particulares y los de la Nación que simboliza.

- El principio constitucional de la igualdad de condiciones para acceder al ejercicio del poder público pierde eficacia porque se permite que el Presidente en funciones compita en la contienda política con personas que no ostentan ninguna de las importantes atribuciones públicas que su condición implica.

- El presidente - candidato, con su firma, mediante decretos de obligatorio cumplimiento, puede establecer el marco jurídico para el desarrollo de la campaña electoral en la que él es parte. Inclusive, es una de sus funciones, reglamentar la ley estatutaria que según el Acto Legislativo 02 de 2004 debe dictar el Congreso de la República o el Consejo de Estado, sin que ninguna autoridad pueda reemplazarlo en el cumplimiento de tan delicado cometido.

- La historia constitucional colombiana es desconocida y quebrantada con la adopción de una figura que, como la reelección inmediata, resulta ajena a la tradición jurídica nacional y, en últimas, a la voluntad expresada por el Constituyente Primario hasta la fecha.

- La dinámica política que le permite a los ciudadanos cambiar a su Primer Mandatario cada cuatro años es eliminada, al igual que la forma de hacer política: difícilmente el Presidente y sus más cercanos colaboradores resistirán la tentación de utilizar el poder del Estado con fines electorales y, en todo caso, no existen controles eficaces para reprimir esta posible situación.

- El principio representativo también es vulnerado en sus características de temporalidad y periodicidad por cuanto únicamente el pueblo, como Soberano, puede cambiar las condiciones para el ejercicio del mandato que le otorga a sus representantes.”

Concluyendo , lo que evidencia esta Corte, es que dichas atribuciones fueron valoradas y decididas por el Constituyente soberano de 1991 para un Presidente que ejerciera cuatro (4) su período presidencial , en momento alguno para uno que pudiera ejercer la Presidencia por ocho (8) años, razón que sin dudas se produce una redistribución del poder político , que realza y potencia las facultades y potestades en cabeza del Presidente de la República, aspecto este no deseado por el constituyente soberano , y que no puede ser desconocido por el reformador de la constitución.

B. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INMEDIATA COMO REDISTRIBUCIÓN DESIGUALITARIA.

Pues bien, corresponde a esta Corporación constatar cual fue la regla de distribución efectuada por el Constituyente de 1991 , para poder analizar si la regla de redistribución señalada en el Acto Legislativo No 02 de 2004 es igualitaria o no.

Pues bien, el artículo 197 originario de la Constitución de 1991 establecía lo siguiente:

ARTICULO 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia.

La regla de distribución determinada por el Constituyente de 1991 se basó en los siguiente aspectos:

1. Prohibición al ciudadano que hubiere ejercido la Presidencia de volver a ejercerla .
2. Prohibición de ser elegido Presidente de la República en quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179
4. Prohibición al ciudadano que un año antes de la elección hubiere ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, Ministros

del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.”

Pues bien, la regla de redistribución establecida por el Acto Legislativo No 02 de 2004 esta determinada en los siguiente artículos:

.

Artículo 2°. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

“Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos”.

Parágrafo transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.

En conclusión la regla de redistribución señalada, se estructura con las siguiente características:

1. El ciudadano que haya ejercido la Presidencia de la República puede volver a ejercerla por otro período únicamente.

Así las cosas, comparando la regla de distribución del Constituyente de 1991 con la regla de redistribución establecida por el Acto Legislativo No 02 de 2004, se puede concluir:

1. Se levantó la prohibición de reelección presidencial en cabeza del ciudadano que ya hubiere ejercido la Presidencia.

2. La prohibición de que el ciudadano que un año antes de la elección hubiere ejercido determinados cargos se amplió ya no solo al Alcalde de Bogotá sino a todos los Alcaldes del País.

3. Se mantuvo la prohibición de ser elegido Presidente de la República en quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179.

Ante las anteriores constataciones evidencia esta Corporación lo siguiente:

1. La regla de igualdad utilizada es en sí misma desigualitaria y por lo tanto atenta flagrantemente contra el principio de igualdad el cual es fundamental a la identidad axiológica del Estado y de la Constitución Colombiana. Lo anterior, por cuanto el espectro de ciudadanos a los que se levantó la prohibición constitucional fue inmensamente mínimo – sólo al Presidente de República – pero se amplió el margen de inhabilidad a todos los alcaldes del país para postularse a la Presidencia de la República, por lo menos dentro del año anterior a la elección Presidencial.

En otras palabras, la redistribución efectuada por el Acto Legislativo No 02 de 2004 es desigual. De un lado, por cuanto se incrementaron los sujetos de inhabilidad preestablecidos en la distribución efectuada por el soberano constituyente de 1991. Y de otro lado, sospechosamente, se mantuvo la inhabilidad en sujetos (Gobernadores y alcaldes) que desde el punto de vista del principio democrático tienen su estructura de poder en los mismos fundamentos del Presidente de la República, es decir, en la elección popular por parte del pueblo.

Sin embargo la comparación fundamental, para efectos del principio de igualdad es la que hay que hacer con el ciudadano de a pie; sin empleo, sin casa, sin salud y educación; sin los miles de empleos que tiene el presidente, sin contratos, sin dinero de los impuestos para repartir, sin embajadas, sin televisión, sin avión para recorrer el país; etc, etc.

En consecuencia, no comprende esta Corte la razón para inhabilitar en alto grado a dichos funcionarios para presentarse como candidatos Presidenciales, siendo inmensamente permisivos con la prohibición en cabeza del Presidente de la República.

Así las cosas, siendo todos estos funcionarios de elección popular (Presidente, Gobernadores y Alcaldes) provenientes de partidos y movimientos políticos, cuya integración en la

democracia deviene estrictamente de su opinión política, el trato dado a ellos, al menos desde la perspectiva de posibilidades de acceso a cargos públicos, debe ser igual.¹²⁷

Así las cosas, este privilegio para el presidente en ejercicio y discriminación para el resto de los ciudadanos por el hecho de provenir de una premisa mayoritaria no necesariamente es igualitaria. Es decir, la desigualdad manifiesta presentada entraña la constatación que la decisión mayoritaria en comento es en esencia ilegítima, desconociendo el concepto democrático constitucional, que apareja consigo el principio de igualdad.

Acá vale la pena citar lo mencionado por Dworkin “En otras palabras, la concepción constitucional de democracia tiene la siguiente actitud hacia el gobierno mayoritario. La democracia significa gobierno sujeto a condiciones- podríamos llamar a éstas las condiciones “ democráticas “ - del estatus igual para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proporcionan y respetan las condiciones democráticas, entonces los veredictos de estas instituciones deben ser aceptados por esa razón por todos. Pero cuando no lo son, o cuando su previsión o respeto es defectuoso, no puede haber objeción, en nombre de la democracia a otros procedimientos que las protegen y respetan mejor. Por ejemplo, las condiciones democráticas incluyen claramente el requisito de que las oficinas públicas deben en principio estar abiertas a miembros de todas las razas y grupos en términos iguales. Si alguna ley previera que solamente miembros de una raza fueran elegibles para cargos públicos, entonces no habría un costo moral- ningún asunto para remordimiento moral- si una corte que disfruta del poder lo usara bajo una constitución válida para eliminar esa ley como inconstitucional. Eso sería presumiblemente una ocasión en la cual la premisa mayoritaria fuera desacatada, pero aunque éste es un asunto de pesadumbre de acuerdo con la concepción mayoritaria de democracia, no lo es de conformidad con la concepción constitucional.

(...) el proceso político de una comunidad genuina debe expresar alguna concepción bona fide de preocupación igual por los intereses de los miembros, lo cual significa que las decisiones políticas que afectan la distribución de riquezas, beneficios, y cargas deben ser consistentes con la preocupación igual para todos. La membresía moral implica reciprocidad : una persona no es miembro a menos que sea tratado como tal por otros, lo cual significa que tratan las consecuencias de cualquier decisión colectiva para su vida como una razón igualmente significativa a favor o en contra de la decisión, como son las consecuencias

comparables para la vida de alguien más. ... De este modo, la concepción comunal de democracia explica una intuición que muchos compartimos: que una sociedad en la cual la mayoría demuestra desprecio por las necesidades y perspectivas de alguna minoría es ilegítima e injusta. “ 128

En síntesis, de un lado, la redistribución de la regla de igualdad utilizada en el Acto Legislativo es desigualitaria si la comparamos con la distribución efectuada por el Constituyente soberano de 1991. De otro lado, la regla de distribución es en sí misma violatoria de la igualdad, por cuanto se concede un privilegio a favor de una sola persona: El presidente en ejercicio y, se establece una doble discriminación: a) en contra funcionarios que como los gobernadores y alcaldes, son igualmente de elección popular como el Presidente de la República y b) Contra todos los Colombianos de a pie, de la calle, que son la gran mayoría y que es la más grave.

III. EL ACTO LEGISLATIVO No 02 DE 2004 SUSTITUYE LA CONSTITUCION DE 1991.

Pues bien, en el presente acápite corresponde efectuar una síntesis de las argumentaciones presentadas con el propósito de demostrar que el Acto Legislativo No 02 de 2004 sustituye la Constitución de 1991.

Premisas fundamentales

A.-Determinado que en el estado liberal y democrático de derecho el soberano es el gobernado o pueblo como lo establece el artículo. 3 de nuestra constitución; que la soberanía es absoluta, perpetua, indivisible, inalienable e imprescriptible.

Determinado que la principal manifestación de la soberanía es el poder constituyente; que su principal atributo es el de dar la constitución; ese poder constituyente es también absoluto, perpetuo, indivisible, inalienable e imprescriptible. Siendo inalienable e imprescriptible, no puede ser ejercido por un poder constituido (Congreso) y mucho menos usurpado por ningún poder constituido. El poder constituyente es inalienable y por lo mismo no se puede transferir vender, donar u otorgar a ningún poder constituido llámese gobierno o congreso. Si este ultimo lo usurpa, esta actuando por fuera de su competencia.

No puede el Congreso que no tiene soberanía y que es un poder constituido, en ejercicio del

poder de reforma de la constitución, quitar la soberanía al pueblo (Nación o pueblo), al gobernado y restablecerla en cabeza del gobernante, del monarca absoluto o del Presidente. Si lo hiciera estaría retrocediendo al régimen feudal; habría vulnerado un principio o valor fundamental del estado social y democrático de derecho; destruido la democracia (que no es más que el poder del pueblo) y estaría actuando por fuera de su competencia. Por haber uno de los valores o principios fundamentales del estado social y democrático de derecho habría violado la constitución de la constitución; ya que los valores o principios fundamentales son como dijera Peter Haberle la esencia de la constitución: la constitución de la constitución.

B.-El Moderno proceso de constitucionalización implica una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

Correlativamente el tribunal constitucional tiene competencia para evitar que el reformador de la constitución usurpe la competencia del poder constituyente y vulnere los principios o valores fundamentales que el soberano consagro en la constitución.

C.- Se puede concluir que los valores, principios y derechos (incluido el de la igualdad) son garantizados por las constituciones modernas aun que no estén positivizados, que forman parte de la esencia de la constitución y que como tal deben ser garantizados por el guardián de la constitución y lo que es más importante que no pueden ser desconocidos por el reformador de la constitución

En Primer lugar, debe afirmarse que los valores y principios de una persona, sociedad, gobierno o estado son los que determinan su esencia, lo que los caracteriza y definen; de modo que sin esos valores o principios fundamentales deja de ser lo que es o lo que es más grave se desnaturalizan y se convierten en su opuesto. Así las cosas, son estos valores y principios los que identifican y caracterizan a una sociedad respecto de otra, diferenciación que se presenta, entre otras, en la manera de manejar la propiedad privada, el valor del individuo ante el Estado, el valor de la protección de los derechos fundamentales frente al mismo Estado, el valor de la limitación del poder y de la separación del mismo y el valor que

se tenga del ser humano.

Es importante señalar que en un régimen político, forma de gobierno o de estado, quien fija, determina y señala los valores y principios fundamentales es el máximo titular del poder político. Este recibe el nombre de soberano (en nuestro caso el pueblo colombiano); siendo el máximo ejercicio de la soberanía, el poder constituyente. Es el poder constituyente quien puede fijar los valores y principios fundamentales del gobierno y del estado. Valores que no pueden ser destruidos por el poder de reforma de la constitución.

Toda teoría tiene como fundamento un principio alrededor del cual gira todo el sistema. El principio en torno al cual gira la teoría de la constitución es el de sujeto titular del poder público.

La existencia de una constitución, con toda la problemática filosófica que lleva anexa, como es por ejemplo, que debe contener la constitución, cuando se suspende, como se reforma, como interpretarla, etc, presupone metodológicamente, dar respuesta a la pregunta de ¿Quién tiene el poder para dar la constitución? o lo que es lo mismo ¿quien tiene el poder constituyente?; la pregunta de ¿quien tiene el poder constituyente? presupone dar respuesta a la pregunta: ¿Quien tiene la soberanía? ya que el poder Constituyente no es más que un atributo o manifestación de la soberanía, como lo descubrieron los revolucionarios franceses. El poder constituyente no es más que una consecuencia de la soberanía. Para determinar quien tiene el poder constituyente debemos absolver en primer lugar el interrogante de ¿Quién es el soberano?

Preguntarse por el soberano es inquirir por el sujeto titular del poder político. El sujeto titular del poder político sólo puede ser el Gobernante, o el gobernado; en el estado moderno, que es un estado democrático, el sujeto titular del poder político es el gobernado, o como comúnmente se le llama " El pueblo " .

Determinar quién es el sujeto titular del poder público, es fijar con precisión el principio alrededor del cual gira toda la teoría jurídica de la Constitución, ya que el pueblo titular del poder político, es por esa misma razón titular de la soberanía y en consecuencia, titular del poder constituyente, que es el principal atributo de la soberanía y quien tiene el poder para dar la constitución tiene así mismo el poder para reformarla, determinar sus contenidos e interpretarla.

En segundo lugar, se puede señalar que el poder de reforma de la Constitución es un poder radicalmente diferente del poder Constituyente. No puede ser el poder de reformar la Constitución un poder tal que se asemeje al poder de constituir la Constitución. Lo anterior por cuanto el poder de reformar esta en cabeza de un órgano constituido por el poder constituyente. En consecuencia, el primero esta incapacitado para abrogarse competencias del segundo, de quien lo creo. De ahí que en el Constitucionalismo existan, en primer lugar, los llamados límites expresos, donde el mismo constituyente determina manifiestamente su deseo de prohibir la modificación de alguna valor o principio constitucional, en segundo lugar, los llamados límites implícitos los cuales son extraídos de la misma voluntad del constituyente así no hallan sido expresamente manifestados. A estos límites, la Corte Constitucional les ha dado el nombre de principios constitucionales supremos, queriendo dar a entender que existen al interior de nuestra Constitución una serie de valores y principios que no son modificables a través del poder de reforma por cuanto se extraen como voluntad inalterable del Constituyente. Estos principios constitucionales supremos se obtienen de un análisis dogmático basado en los siguientes parámetros: 1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores. 2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan. 3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución. 4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

En tercer lugar, no es valedero afirmar que con el propósito de alterar los valores y principios fundamentales a un Estado y extraídos de la Constitución, sea indispensable modificar la totalidad de esta para cambiar los principios y valores enunciados. Por el contrario, como se ha demostrado un simple artículo o una simple negación pueden dar lugar a alterar la esencia característica de un Estado o de una sociedad.

En cuarto lugar, La concepción democrática impone que si los hombres son iguales, en principio ningún hombre debe mandar o gobernar a otro hombre, y si esto fuera absolutamente necesario (los liberamos vemos el gobierno como un mal necesario, pero al fin y al cabo como un mal, ya que ningún hombre debe someterse a otro), todos los hombres deberían tener la misma oportunidad de gobernar; de hacerlo por turnos, turnos que deben

ser los más breves posible.

Esto es lo que explica que en los estados verdaderamente democráticos los gobernantes tienen periodos breves de mandato y se prohíben las reelecciones; mientras que los regimenes totalitarios o autoritarios establecen periodos largos y permiten las reelecciones.

No existe igualdad de oportunidades si el punto de llegada o la meta se encuentra más distante para unos corredores que para otros; si alguien debe recorrer 5 cuadras; otro 3, otro solo 1 una, o lo que es más grave si uno de los corredores ya esta en la meta. Esto es igualmente valido en una competencia deportiva o en una competencia por la Presidencia de la Republica.

Si el Presidente ya esta en la meta y tiene todos los contratos, toda la burocracia, todo el presupuesto y todos los medios de comunicación, no existe igualdad de oportunidades y tendrá privilegios que otro competidor no tiene y que por lo mismo impiden que lo pueda alcanzar. Este privilegio lo tiene aún sobre quienes también poseen poder político como los gobernadores o los alcaldes, con mayor razón sobre el resto de los ciudadanos.

La igualdad siempre exige una comparación entre dos sujetos y en este caso, la comparación no puede ser entre presidente y alcaldes (o gobernadores), sino entre el Presidente y el hombre de la calle; entre el ciudadano de a pie, sin carro, sin aviones, sin casa, sin trabajo, sin contratos, sin burocracia o embajadas para comprar conciencias, carente de presupuesto y sin medios de comunicación.

La propia regla de distribución de cargos es, comparada con la anterior, inigualitaria ya que la anterior prohibía la reelección y ponía a todos los ciudadanos a competir en igualdad de circunstancias; ahora, al permitir la reelección inmediata, concede grandes y graves privilegios al actual gobernante.

La nueva regla es violatoria del concepto de ley (y en este caso de ley constitucional) propio del estado de derecho.

La única manera de conservar y proteger la igualdad formal es haciendo leyes generales impersonales y abstractas.

El estado de derecho parte de la ficción de que quien gobierna es la ley y no los hombres. Supone también el sometimiento del gobernante al derecho. El concepto de ley del estado de derecho tiene una connotación especial que implica que es manifestación de la voluntad general, que es genérica, abstracta e impersonal.

Siendo la norma particular, es en el estado de derecho inconstitucional. Se creo una norma particular ya que solo una persona puede estar ejerciendo el cargo de Presidente.

En quinto lugar, Los tribunales Constitucionales son los llamados a preservar y salvaguardar los valores y principios establecidos por el Constituyente, como esenciales para cada tipo de Estado y sociedad y que son un límite para el reformador de la constitución. Por consiguiente, el tribunal constitucional tiene la labor de no permitir que los límites, sean expreso o implícitos, señalados por el soberano, sean vulnerados o transgredidos por un órgano constituido como lo es el Congreso de la República, el cual resulta incompetente para alterar dichos valores y principios preestablecidos. Esta incompetencia posible del legislador hace que se configure un vicio de incompetencia.

En séxto lugar, siendo el tribunal Constitucional el llamado a evitar que los principios y valores señalados por el Constituyente sean vulnerados, resulta este tribunal competente para confrontar aquellas reformas constitucionales con los principios y valores indicados por cuanto pueden dichas normas violentar los principios y valores a los cuales deben estar sometidas.

En séptimo lugar, en una concepción Constitucional de democracia, no es cierto que la mayoría todo lo puede, que lo decidido por la mayoría deba aplicarse per se a las minorías. La definición de democracia desde la óptica constitucional, va mucho mas allá que la toma de decisiones mayoritarias, la concepción constitucional es una definición incluyente ; donde las decisiones mayoritarias deben no solo respetar a las minorías sino igualmente los derechos fundamentales de cualquier individuo. Por ende, es trascendental la función de los tribunales constitucionales en la salvaguarda constante de los derechos de esas minorías y los derechos fundamentales de los individuos en contraposición con decisiones mayoritarias.

En octavo lugar, uno de los principios intrínsecos al interior de nuestra sociedad y de nuestro Estado, es el principio de igualdad. Es este principio fundamentador de nuestra

sociedad el que permite llenar cualquier vacío que se presente en materia de control de constitucionalidad. En otras palabras, es el principio de igualdad un parámetro cierto del mismo control constitucional.

Pues bien, de la aplicación de los conceptos teóricos a nuestra propia realidad constitucional se puede afirmar que la reelección inmediata es una figura jurídica ajena a la evolución constitucional de Colombia, y tampoco fue tema deseado por el Constituyente soberano.

Por el contrario, se deduce de las características históricas constitucionales y políticas propias de nuestro sistema político y del querer expreso del Constituyente soberano, un rechazo manifiesto a la reelección inmediata en cabeza del Presidente de la República.

Pues bien, el principio democrático ha sido uno de los inmensos valores obtenidos por la humanidad en aras de ejercer el poder político que detenta. Es el pueblo el soberano constituyente quien determina los valores esenciales que hacen parte tanto del Estado como de la Constitución que conforman. De una parte, estos principios y valores, informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo las mismas normas constitucionales.

Por consiguiente, estando el poder político en cabeza del soberano constituyente, es éste quien establece los principios y valores del Estado y de la Constitución que lo regirá. En otras palabras, determina la identidad material axiológica del Estado. En consecuencia, dichos principios y valores que el Constituyente soberano aprecia como fundamentales pueden ser plasmados en la propia Constitución, evento en el cual estaremos hablando de unos límites expresos al poder constituido cuando pretende reformar la Constitución. No obstante, dichos parámetros pueden constituirse como límites implícitos cuando devienen de la propia identidad del Estado, cuando el mismo ordenamiento jurídico ha sido informado de una serie de valores que dieron lugar a su surgimiento, fruto de la voluntad del poder constituyente. Límites estos que impiden que el poder constituido altere dicha composición.

Así entonces, el órgano reformador de la Constitución, que es un órgano constituido y no poder constituyente, no puede al reformarla violar éstos principios fundamentales de la Constitución (sean expresos o implícitos). Al reformar la Constitución tiene el límite de los principios constitucionales. Carece; en consecuencia el órgano constituido, reformador de la

Constitución, de competencia para modificar éstos principios fundamentales.

En consecuencia, el guardián de la Constitución; que es un órgano estatuido, como los principios fundamentales, por el Poder Constituyente, para que vigile y conserve esos principios fundamentales, tiene competencia, dada por el propio constituyente para vigilar que no se destruyan esos principios fundamentales, ya que es guardián de la integridad de la Constitución.

Determinar si el órgano reformador de la Constitución ha excedido los límites de su competencia al reformar la Constitución; si ha excedido su poder de reforma y ha reformado lo que no podía reformar, esto es, los valores y principios constitucionales; es una competencia del guardián de la Constitución. En pocas palabras, el guardián de la Constitución tiene competencia para vigilar que el reformador de la Constitución no exceda su competencia de reforma.

Por ende, el tema de los límites al poder de reforma no es más que un tema de doble competencia; la del Congreso, al realizarla y la del órgano establecido por el Constituyente para vigilar que no se violen los principios constitucionales que él consideró fundamentales al momento de crear la Constitución.

De lo dicho se desprende que el poder constituido tiene una serie de límites materiales y formales al momento de reformar la Constitución. Aun que en el régimen constitucional Colombiano no hay cláusulas pétreas expresas, es claro que está prohibida la destrucción o sustitución de la Constitución, por cuanto de lo contrario se daría a entender que no existe diferencia alguna entre el poder constituyente originario y el poder constituido. Así las cosas, quien debe establecer si la Constitución fue sustituida es la Corte Constitucional, para lo cual debe acudir a una interpretación en conjunto y sistemática de los principios y valores señalados por el soberano constituyente.

En efecto, corresponde a la guardiana de la Constitución constatar si la Constitución fue destruida, sustituida o reemplazada en términos axiológicos o materiales por otra Constitución y sí de esta manera si se creo otra organización política diferente a la deseada y originariamente definida por el poder constituyente.

En consecuencia, luego de confrontar los principios y valores Constitucionales planteados

con la reforma Constitucional demandada, debe afirmarse lo siguiente:

La identidad material axiológica de nuestro Constitucionalismo y de la propia Constitución de 1991, tiene como sustento el devenir histórico, político y social de nuestro Estado el cual es totalmente ajeno a la reelección presidencial inmediata. Esta tradición histórica se confirmó con la voluntad querida y expresada, con pleno conocimiento de lo que quería el soberano Constituyente al prohibir la reelección en cualquier tiempo del Presidente de la República; quien deseo disminuir los poderes Presidenciales y ejercer un mayor control sobre sus potestades.

Razón por la cual, fuerza es concluir que la reelección inmediata no encuadra dentro de la identidad material axiológica ni de nuestro Estado ni de nuestro Constitucionalismo.

Lo que evidencia esta Corte, es que dichas atribuciones fueron valoradas y decididas por el Constituyente soberano de 1991 para un Presidente que ejerciera cuatro (4) su período presidencial , en momento alguno para uno que pudiera ejercer la Presidencia por ocho (8) años, razón que sin dudas produce una redistribución del poder político, que realza y potencia las facultades y potestades en cabeza del Presidente de la República, como ya se mencionó, aspecto este no deseado por el constituyente soberano, quien es su único titular y determinador del poder político.

En este primer tópico de la metodología, se constato también que la redistribución de la regla de igualdad utilizada en el Acto Legislativo es desigualitaria si la comparamos con la distribución efectuada por el Constituyente soberano de 1991. De otro lado, la regla de igualdad es en sí misma violatoria de la igualdad, por cuanto, se discrimina a funcionarios que como los gobernadores y alcaldes, son igualmente de elección popular como el Presidente de la República y lo que es más importante a los ciudadanos de a pie.

Pues bien, luego de confrontar los alcances jurídicos de la “ reforma constitucional ” establecida en el Acto Legislativo No 02 de 2004 con algunos de los aspectos que definen la identidad constitucional de nuestro Estado , como:

a) El contenido material axiológico proveniente de nuestra historia política, social y constitucional ajena en su totalidad a la reelección presidencial inmediata;

c) De demostrar la alteración en la forma de gobierno establecida específicamente en lo relacionado con la conformación del poder ejecutivo, norma fundamental en nuestro Estado;

d) De evidenciar la potencialidad de las potestades y poderes del Presidente de la República ante una reelección inmediata;

e) De demostrar la igualdad como valor esencial de nuestra sociedad, de nuestro Estado y de la misma Constitución;

f) De demostrar como la regla de igualdad y la redistribución que propone es altamente desigualitaria con la distribución propuesta por el Constituyente de 1991;

g) De demostrar la doble discriminación por la opinión política de algunos funcionarios que como los gobernadores y alcaldes se encuentran en similar situación que el Presidente de la República por ser ambos de elección popular y la más grave aun discriminación del ciudadano del común; del que no tiene ni empleos ni contratos ni embajadas ni presupuesto ni televisión, ni ministros o gerentes de institutos descentralizados que le ayuden en su elección;

h) De demostrar fehaciente que en la democracia constitucional las mayorías no lo pueden todo y

i) Luego de demostrar que basta con modificar una palabra para cambiar los valores y principios fundamentales que el constituyente quiso, la Corte Constitucional encuentra que el Congreso, por medio del Acto Legislativo No 02 de 2004, destruyo o sustituyó la Constitución de 1991, la cual evidencia la voluntad expresa del Constituyente soberano.

En este orden de ideas , tenemos :

a. Una característica tanto de la soberanía radicada en el pueblo como del propio principio democrático , es otorgar validez y obligatoriedad únicamente a aquellas normas que hayan sido producidas acorde con lo establecido por el pueblo mismo.

b. Una manifestación del Estado de Derecho, es respetar los derechos de los individuos y producir el derecho o los parámetros societarios acorde con la voluntad popular, en quien como se dijo recae el manejo del poder político.

c. La producción del Derecho en últimas , es una de las razones fundamentales de la existencia del Estado - el Estado existe con el propósito de producir el Derecho según la voluntad popular-. Por ende, el mismo Estado debe estar enfocado en la producción legítima del derecho.

d. Los poderes públicos giran en torno a la producción señalada. Uno de ellos en su producción en sí misma considerada, otro en la ejecución y aplicación de dicho producto y un tercero en la administración de este para producir justicia.

e. el Estado de Derecho, surge entonces, con el propósito claro que la normas o parámetros societarios ya no sean manejados y dirigidos por una persona sino por el pueblo. Razón por la cual, es el mismo pueblo quien crea el ente estatal con el fin de regular la producción de derecho acorde a sus anhelos hasta el punto de someter al mismo Estado a dicho producto. Lo anterior, no es más que el reconocimiento del poder político en cabeza del pueblo.

f. La manera en que se produzca el derecho no es una circunstancia de poca monta al interior de un Estado de Derecho. Las formas y maneras en que se produce el derecho es paralela a la propia legitimidad que este posee al interior del mismo Estado. En otras palabras, las reglas de reconocimiento (de contenido formal) son igual de esenciales que las reglas de obligación (de contenido material) .

g. Las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre producción jurídica vigente

h. La producción del Derecho y sus formas, permiten entender al pueblo que el producto realizado está acorde con el objetivo popular y con la misma existencia del Estado. Los trámites y cauces en los cuales se enruta la producción normativa deviene de la misma legitimidad que el pueblo otorga al producto final, es decir el Derecho.

i. Lo anterior muestra, que solo pueden valorarse de manera válida y legítima las reglas de obligación si provienen de las reglas de reconocimiento y de su aplicación adecuada. En palabras más sencillas, debe decirse que la manera para identificar el derecho aceptado por el soberano constituyente esta basada en aquel derecho que provenga o sea el resultante de las reglas de reconocimiento o formas de producción. Cualquier otra cosa que se obtenga como resultado sin el cumplimiento de estas reglas de reconocimiento no puede avalarse

como derecho legítimo aceptado por el soberano popular.

j. Por consiguiente, existe la posibilidad de que el legislador produzca “ derecho “ sin el cumplimiento de las reglas de reconocimiento . Evento en el cual, este “ derecho “ no es válido , a la luz de poder político en cabeza del pueblo.

k. Así entonces, el derecho será válido siempre y cuando satisfaga los requisitos que se establecen para la producción del mismo derecho. Con mayor énfasis, las reglas de reconocimiento serán las reglas últimas y supremas de validez cuando estas determinan la producción de actos que potencialmente pueden cambiar el status jurídico de otras reglas o en otras palabras, modificar la Constitución.

Hart ejemplifica de la siguiente manera “ Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida , para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por otra regla. ¿ Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire ? Sí: porque fue dictada en ejercicio de potestades conferidas y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante ; pero existe la posibilidad de hacerlo . Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas “¹²⁹

I. De esto se denota, que en realidad no existe una diferencia entre la producción y materia del derecho producido en un Estado. Esto por cuanto, tanto una como otra deben corresponder a la voluntad popular al momento de la creación del Estado o al momento de promulgación de la Constitución.

II. La suplantación de la forma de producción de derecho , sin dudas elimina la legitimidad que este debe tener, afecta inmediatamente su validez y hace no obligatorio su cumplimiento. Y esto es así , por cuanto es la garantía que el pueblo mismo tiene que la producción de parámetros societarios se realice acorde con lo preestablecido por él mismo y no por fruto del capricho o el deseo de quien produzca normas , lo que estaría más cercano a la vivencia del Estado absolutista y el poder de dictar parámetros de un ente diferente del soberano.

m. Mayor realce toma entonces dicha producción, cuando el derecho que se pretende producir toca con la Constitución como parámetro absoluto de convivencia al interior de un Estado. Recuérdese que el poder constituyente soberano es el pueblo, solo él y nadie más puede establecer los lineamientos estructurales del Estado que existe en razón de él . En consecuencia, nunca podrá suplantarse por poder constituido alguno la voluntad estructural del soberano constituyente vertida en la Constitución- entiéndase materia- ni la forma que este estableció para modificar la Constitución - entiéndase forma - por cuanto se tendrá como consecuencia directa la ilegitimidad en la realización de una u otra acción. Sin dudas, desde la perspectiva del poder político en cabeza del pueblo, forma y materia terminan siendo lo mismo, es decir la expresión de soberano constituyente en cuento a la producción del derecho.

n. En este orden de ideas, si el mismo constituyente estableció un órgano que vigilara que su voluntad y deseo no fuere alterado, es decir la Corte Constitucional, no cabe duda que este debe vigilar con igual recelo tanto la forma como la materia en la modificación de una disposición Constitucional. Esto con el propósito de poder evidenciar si el deseo poder político del pueblo se usurpo , tanto en la forma como en la materia.

ñ. En consecuencia, sea la forma o sea la materia, y ante la evidencia de una usurpación del poder político en cabeza del pueblo, no le resta más a la Corte Constitucional que declarar inexecutable dicho acto , sea por su forma de producción o por el producto mismo, por ser ilegítimo, es decir ajeno a la voluntad del pueblo .

o. Así las cosas, vicios de este aspecto son insubsanables por la alta trascendencia que al interior de un Estado de Derecho posee la decisión popular vertida en la Constitución Política. De lo afirmado con anterioridad nunca podría aceptarse la tesis según la cual los vicios graves pueden ser subsanados por el Congreso y los vicios leves pueden ser obviados ; por cuanto nunca se ejercería el control de constitucionalidad otorgado por el pueblo a la Corte Constitucional y en consecuencia sería imposible vigilar y garantizar los principios y valores indicados por el Constituyente y cuya protección Constitucional fue afirmada en cabeza del tribunal Constitucional. Así entonces tanto los vicios graves como los leves vulnerarían las reglas de reconocimiento señaladas por el soberano. Situación que de manera similar se presenta si el derecho es dictado por un órgano incompetente para hacerlo , como se ha venido expresando.

Pues bien, ante la constatación efectuada por esta Corporación en el sentido que el Congreso, por medio del Acto Legislativo No 02 de 2004, destruyó, suprimió o sustituyó la Constitución de 1991, la cual evidencia la voluntad expresa del Constituyente soberano; esta declarará que el Congreso de la República carecía de COMPETENCIA para dictar las normas del Acto Legislativo referido, competencia radicada por lo expuesto en el soberano constituyente.

No sobra recordar lo dispuesto por la propia constitución al señalar que los actos realizados por el congreso en estas condiciones carecen de validez, son ineficaces o sea que no producen efectos jurídicos, que nunca nacen a la vida jurídica y que por lo mismo no necesitan siquiera declaración judicial, que es la consecuencia de la ineficacia.

ART. 149.—Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.

Por ende, se vulneró una trascendental regla de reconocimiento indicada por el soberano, basada en el ejercicio de su potestad excluyente para alterar principios y valores del Estado. Vicio de procedimiento éste radicado en la Competencia que se abrogó el Congreso de la República, razón por la cual es inexecutable la totalidad del Acto Legislativo No 02 de 2004.

II.- LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO QUE HACEN INEXECUTABLE LA REELECCION PRESIDENCIAL

1.- TEORIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA DEL DERECHO

A. EL ORDEN JURÍDICO Y SISTEMA NORMATIVO

El derecho es una técnica de regulación de la conducta humana y tiene naturaleza normativa. Sus enunciados pertenecen al mundo del deber ser y pueden mandar, obligar,

prohibir, permitir u otorgar competencias.

Por pertenecer al mundo del deber ser el juicio que se hace sobre ellas no es sobre su verdad o falsedad, sino sobre su validez o invalidez.

La validez de una norma se identifica con su pertenencia a un determinado sistema normativo. Todos los sistemas jurídicos tienen criterios de pertenencia o validez, que deben cumplirse por las normas para poder considerar que una norma pertenece a ese sistema jurídico; para poder decir que son válidas en relación con aquellos.

Para que una norma jurídica sea valida debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe haber sido producida por el órgano competente.

En todo ordenamiento jurídico existen habilitaciones a favor de determinadas autoridades para producir normas, de modo que si la norma no ha sido producida o dictada por la autoridad o sujeto competente, no es considerada como válida.

1. Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado.

Las normas son el resultado de un procedimiento, por medio del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano competente productor. El incumplimiento de las exigencias de la manera como se producen las normas determina su invalidez.

1. No debe estar en contradicción con otras normas superiores a ella del mismo sistema jurídico.

El sistema jurídico tiene una estructura jerárquica que hace que la norma de inferior jerarquía no puede contradecir lo establecido en las superiores. Si lo hace esa contradicción es motivo de invalidez de la de inferior jerarquía.

Las normas de superior jerarquía pueden determinar no solo la forma de producción de la de inferior jerarquía sino también su contenido (por ejemplo, prohibir la pena de muerte).

El control de constitucionalidad tiene como fin controlar no la vigencia, sino la validez de las normas de inferior jerarquía a la constitución; o los valores y principios establecidos por el constituyente y violados por el poder de reforma de la constitución.

Muchas de las normas del orden jurídico no están dirigidas a los ciudadanos sino a órganos y son normas sobre la producción de otras normas. Basta con observar cualquier constitución para entender que muchas normas constitucionales se refieren a como se producen otras normas (todas las normas sobre como se crea una ley o una reforma constitucional son de ese tipo).

En su teoría pura del derecho, Kelsen sostiene, que el derecho tiene la particularidad de regular su propia producción. Una norma de superior jerarquía prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Una norma vale en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma. Esta última a su vez, ha sido producida conforme a otra norma de superior jerarquía; un regreso que concluye en la norma fundamental. La norma fundamental, es el fundamento de validez supremo, que funda la unidad de esa relación de producción y le da unidad a todo el orden jurídico. “ Todas las normas cuya validez puedan remitirse a una y misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo”.

Para Kelsen en realidad hay tres conceptos de constitución: uno lógico-jurídico (que es la norma fundamental); otro jurídico-positivo o estricto y uno más amplio (que comprende el estricto y algo más).

Si el derecho se reduce en última instancia a norma jurídica y las normas jurídicas están jerárquicamente organizadas, la constitución es, entonces, la máxima norma del orden jurídico que sirve de fundamento a todas las demás normas y a la cual deben poder imputarse.

Sin embargo, la máxima norma del orden jurídico no es una norma positiva sino una norma supuesta, que es al mismo tiempo fundamental pues ella es la que le da unidad a todo el orden jurídico. Esa norma fundamental constituye la constitución en sentido lógico-jurídico,

cuando instituye un órgano creador del derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento en que dicha constitución establece normas que regulan la creación de las normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de las leyes formales. Este es un concepto estricto de constitución.

Existe otro concepto más amplio de constitución jurídica que hace referencia además de aquellas normas que condicionan la producción de otras normas; a las normas que establecen los órganos superiores del estado y a las relaciones de los individuos con el poder estatal y que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de ciertas prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas.

B) NO ES CIERTA LA TESIS DE QUE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN LA FORMACIÓN DE LA LEY O DEL ACTO LEGISLATIVO NO SON IMPORTANTES.

Determinado que la forma como se producen las normas jurídicas es vital y fundamental para saber si una norma pertenece a ese orden jurídico y si es válida o no (o si es constitucional o no); se capta inmediatamente lo absurdo de la tesis que sostiene que la violación del procedimiento de creación de las normas, carece de importancia o es de poca importancia.

Al contrario, el respeto de los pasos de creación de una norma es lo que hace que ella pertenezca al orden jurídico y es lo que la hace válida y ajustada a la constitución.

Es absurda de toda absurdidad la tesis procesalista que trata de identificar el procedimiento de creación de las normas jurídicas, con el procedimiento de aplicación de una norma sustancial mediante el procedimiento respectivo (procesal laboral, penal, civil, etc). La norma sustancial existe aun que no pueda aplicarse; en cambio la norma que no ha sido creada conforme a las normas de superior jerarquía que determinan su creación no ha surgido a la vida jurídica, pues es inválida.

Por esa misma razón no pueden trasladarse al procedimiento de creación de normas jurídicas las categorías mentales ni jurídicas de los vicios de procedimiento que existen cuando se esta aplicando una norma que ya existe, por medio de su respectivo procedimiento (civil, penal, etc). Vicios de procedimiento graves o menos graves; ya que todo irrespeto del procedimiento de creación de una norma, viola una norma de superior jerarquía que la

predetermina y hace que sea inválida.

Podríamos designar el derecho así producido como derecho condicionado y las normas que establecen sus reglas de producción como derecho condicionante. Aparece claro que el derecho producido deriva del derecho productor o condicionante y como derivado que es no puede contradecirlo o violarlo.

Por tener el orden jurídico una estructura jerárquica esta implica una fuerza derogatoria y que en el mundo del derecho es la capacidad que tiene una norma para anular a otra; en este caso la de superior jerarquía a la de inferior jerarquía. Correlativamente la imposibilidad que tiene la norma de inferior jerarquía de derogar a la de superior jerarquía.

Para el tema que nos ocupa la imposibilidad que tiene la norma expedida por el reformador de la constitución de derogar las normas establecidas por el poder constituyente; o dicho de otra manera el poder constituyente por ser de mayor jerarquía puede derogar lo que establece el poder de reforma; pero lo contrario carece de validez jurídica.

B.1- NO PODEMOS ENTENDER EL CONCEPTO MODERNO DE DERECHO SINO OBSERVAMOS COMO SE PRODUCEN LAS NORMAS Y COMO SE RECONOCEN COMO VALIDAS.

J. RAZ

J. Raz utiliza un criterio sistemático normativo de validez vinculado a la pertenencia de las normas a un sistema para asegurar la unidad del mismo. La norma fundamental da unidad al sistema jurídico a través de las denominadas "cadenas de validez" . Una norma del sistema habilita a otra norma u órgano competente para crear otra norma que deriva de esta. Se establece un conjunto de normas vinculadas entre si por los procedimientos de creación, en una coordinación o más exactamente una supraordenación de normas hasta llegar a una norma que no habilita la creación de ninguna otra norma.

H.L.A. HART

Para Hart el orden jurídico esta compuesto por normas primarias y normas secundarias (estas ultimas se dividen en normas de reconocimiento, cambio, adjudicación) y la sanción.

Las primarias son las que dicen a las personas que no haga o haga cosas. Imponen deberes.

Las secundarias cumplen otra función que es permitir a las personas o autoridades introducir o variar o verificar las normas primarias.

Una norma secundaria que permitiera a cualquiera saber cuales son las normas primarias es una regla de reconocimiento. Si un sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento, tiene una forma de determinar si una ley es válida.

Cuando decimos que una norma es válida dentro de un sistema en particular , queremos significar que cumple con la regla de reconocimiento de ese sistema.

La regla de reconocimiento es la que permite verificar si una norma ha sido producida de conformidad con el orden jurídico preexistente y declararla inválida en caso de que no lo haya sido.

Para Hart la unidad del ordenamiento jurídico se basa en la regla de reconocimiento, que es la última regla que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema y que además utiliza un criterio supremo. Un criterio de validez es supremo si las reglas son identificadas por referencia a él y por lo mismo son reconocidas como reglas del sistema.

Síntesis: De lo expuesto queda claro que en la moderna teoría del derecho la manera como se produzcan las normas jurídicas es vital para su existencia y para el sistema jurídico.

B.2.- LA OBEDIENCIA DEL DERECHO

Un tema difícil de la filosofía y la teoría del derecho es el de determinar si existe el deber de obedecer el derecho.

En una concepción positiva del derecho, donde existe una clara separación entre derecho y moral, la respuesta no puede estar dada por elementos extraños al derecho (derecho natural; moral, etc), sino que tiene que buscarse dentro del propio sistema jurídico. Una primera respuesta puede estar dada por la propia naturaleza del orden jurídico que es un orden coactivo y que impone penas para quien no lo obedezca. La respuesta más importante esta dada por el hecho de que yo debo obediencia al derecho por haber sido producido de conformidad con las normas jurídicas de superior jerarquía. Dicho de otra manera yo obedezco las normas, por que han sido producidas de conformidad con el orden jurídico

preexistente. A contrario sensu no debo obedecer las normas que han violado las normas sobre su producción.

La teoría de la desobediencia civil confirma nuestro aserto

En la relación entre el estado y los individuos se plantean grandes interrogantes filosóficos: ¿ Están los hombres obligados a obedecer al estado ? ¿ que es lo real: el hombre o el estado? ¿ Cual es el fin y cual el medio: el estado o el individuo ? ¿ que ha de sacrificarse a que ? y si el estado es una ficción, ya que lo único real son los individuos ¿ hemos de afirmar que no tiene ningún derecho sobre nosotros y que los impuestos, el servicio militar y las leyes de policía no está moralmente justificadas? ; frente a una ficción que es el estado, los individuos que es lo único que realmente existe, no tienen ningún deber !

Aun aceptando que el estado es una realidad y que esa realidad se expresa por medio de leyes, se plantea el interrogante de si los hombres deben obedecer sus leyes siempre y en todas las circunstancias o este deber de obediencia cesa y surge la obligación de la resistencia cuando la ley es injusta, o ilegítima (emana de quien no tiene el poder de legislar), o inválida (inconstitucional).

Síntesis: Las normas, leyes o reformas constitucionales, que han sido producidas por un órgano incompetente (el reformador de la constitución cuando debían serlo por el poder constituyente, son ilegítimas) o sin respeto de las normas de producción de normas preexistentes de superior jerarquía, son inválidas, inconstitucionales y no deben ser obedecidas.

1.1. Primera Conclusión

A la luz de la filosofía y la teoría del derecho podemos afirmar que la forma como se producen las normas jurídicas es de capital importancia, que la validez y pertenencia a un sistema jurídico depende de ella; que el reconocimiento de una norma y su obediencia también dependen de ella. Que el control de constitucionalidad no es otra cosa que el control de la validez de las normas de inferior jerarquía a la constitución o a sus valores o principios fundamentales.

Lo anterior basta para refutar la tesis (y que es más una falacia: error en la argumentación

con el animo de engañar) perversa, de que el tribunal constitucional no puede controlar el proceso de creación de la ley o la reforma constitucional, por que eso es formalismo; o por que no es importante.

Esta falacia busca dejar eunuco al tribunal constitucional y acabar el control de constitucionalidad, pues no puede controlar el procedimiento, si descubre un vicio debe -según ellos- subsanarlo y sino puede hacerlo debe enviarlo al reformador para que lo subsane y tampoco puede controlar el contenido de la reforma de la constitución.

En resumen el tribunal nunca puede declarar inconstitucional una reforma de la constitución aun que viole el procedimiento o los valores y principios que puso el constituyente. Esta tesis acaba con el control de constitucionalidad y deja sin funciones al tribunal constitucional.

2.- CASO CONCRETO

En cuanto a los vicios de procedimiento se violaron desde el inicio, hasta el final del tramite del acto legislativo, normas constitucionales no solo del título XIII sino de toda la Constitución. Se violaron también las normas de la ley orgánica del Congreso.

Se comenzó violando el preámbulo y los Art. en los artículos 2, 40 de la Constitución y la Ley Orgánica del Congreso (ley 5 de 1992) artículos 230-232, porque la Constitución manda una democracia participativa, donde los ciudadanos hacen oír su voz antes de que se adopten las decisiones, incluidos los actos legislativos. La ponencia se presento antes de escuchar a los ciudadanos, cuando la ley orgánica ordena que debe hacerse después de que se les oiga, con el fin de que sus opiniones sean tenidas en cuenta. La audiencia publica no fue más que una comedia ya que la ponencia estaba presentada desde antes; violando, flagrantemente, las normas arriba señaladas.

el artículo 230 del Reglamento está ligado a los mecanismos de participación popular, por ello la importancia de escucharlos previamente en la medida que están de presente estos mecanismos. Consideró que como en la práctica se dieron cuenta del error, se presenta así la confesión de que se había violado el Reglamento del Congreso. La audiencia es importante ya que en la segunda vuelta no se puede modificar lo dicho en la primera, en las plenarias no se puede celebrar audiencia pública. En este caso se violó el Reglamento del Congreso y la Constitución por lo que el acto es inconstitucional.

Después se violó el artículo 112 de la Constitución, inciso segundo, que establece que los partidos minoritarios tienen derecho a tener representación en los órganos directivos del Congreso. En consecuencia, al no tener la comisión primera del Senado representación de las minorías los actos eran nulos. Esto concuerda con la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema cuando fallo sobre el acto legislativo 1 de 1979, y por idénticas razones, falta de representación de las minorías, fue declarada inconstitucional.

Una tercera violación que debe prosperar es la violación del derecho de las minorías respecto de las proposiciones presentadas por los miembros de la oposición y concretamente por los senadores Navarra y Cristo. No fueron tramitadas sus proposiciones lo que demuestra el atropello a que se sometió a las minorías.

Se violó también el artículo 163 de la Constitución, por cuanto existía mensaje de urgencia y de insistencia de la misma evento en el cual el senado carecía de competencia para ocuparse de otro asunto. El senado se ocupó de otros asuntos y la consecuencia era la inconstitucionalidad de ellos. El error que se quiso subsanar generó otro más grave pues se declaró la invalidez por el presidente del Senado cuando la competencia radicaba en el pleno de la Corporación. Una violación se "Enmendó" con otra mayor y la consecuencia fue la inconstitucionalidad no solo de lo anterior sino también de todo lo que se hizo con posterioridad; o sea de toda la reforma constitucional.

Es un nefasto precedente que un presidente bajo el argumento de interpretar la voluntad de la Corporación, pueda, usurpar la competencia de la plenaria y hacer lo que quisiera como declarar la nulidad. Un acto de invalidez lo debe declarar es la Corporación. En este caso no se declaró la invalidez por lo que lo de atrás estaba mal y lo que se hizo hacia adelante también.

En la segunda vuelta se introdujeron temas que no habían sido tratados en la primera por lo que se violó el inciso final del artículo 375 de la Constitución. Concretamente al modificar la fecha a partir de la cual se podía hacer política por el Presidente de la República. Se acabó con una tradición constitucional en Colombia que era separar la elección del Presidente de la República y del Congreso. Al permitir que el Presidente haga campaña durante la elección de Congreso; ahora coincidirá en la plaza pública con Candidatos amigos y denostará a candidatos que no lo apoyen, interfiriendo la elección de Congreso. Si a esto se agrega que

puede participar dentro de las consultas internas de partidos en realidad puede hacer política mucho antes de los 4 meses.

También es importante el término de duración de las campañas. En este caso no es lo mismo que se dijo al comienzo que lo que se indicó posteriormente. Primero fue sesenta días, después se pasó a cuatro meses anteriores a la fecha de la primera vuelta. Después se indica que se podrá extender llegando hasta seis meses para manifestar la aspiración del presidente candidato. Tal como quedó la regulación también se contempló lo de las primarias para lo cual no hay plazo. Se permite que el Presidente de la República además escoja a los congresistas, lo que no hubiera sido posible conforme a lo que se había aprobado en la primera vuelta.

Los impedimentos y recusaciones se tramitaron con violación de la Constitución y de la Ley Orgánica. La Constitución estableció que impedimento, recusaciones y conflicto de intereses estaban ligados pues todos daban lugar a la pérdida de investidura. Como quiera que en todos esos casos está de por medio el poder disciplinario de la propia Corporación, todos los impedimentos y recusaciones debían ser tramitadas en la Comisión de Ética. Al no ser así, se violó la Constitución y la Ley Orgánica.

Se eludió el debate en la comisión y plenaria de la Cámara, pues, no se permitió por las mayorías modificarle ni una coma al proyecto a pesar de que ellas, confesaron la necesidad de introducir reformas. Existió entonces un pacto simoníaco entre las mayorías para no permitir ninguna modificación. En el cuarto debate de la Cámara, primera vuelta, no hubo debate. El debate se inicia después de los informes de ponentes, por mandato del Art. 157 inciso 3 de la ley orgánica del congreso antes no hay debate. Antes de iniciar el debate se ordenó el receso de 30 minutos, dentro del receso, y antes de que se venciera el presidente le quitó la palabra a los inscritos, no llamó a lista a los que estaban y de esta manera vulneró los derechos inclusive de quienes estaban presente como el del representante Arango.

En la conciliación tanto en cámara como en Senado se violó la Constitución concretamente el artículo 9 del acto legislativo 01 de 2003, que ordena que debe haber un segundo debate en ambas cámaras. En este caso no hubo ni el debate global que ordena el inciso 2 del Art. 176 de la ley 5 de 1992 ni el debate de cada artículo. La conciliación sobre el tema del Consejo de Estado es también viciada por cuanto el tema murió en el sexto paso y no pasó ni el séptimo

ni el octavo siquiera se consideró. En consecuencia, no podía ser conciliado.

El cargo presentado por los demandantes en el que el gobierno presionó al Congreso para obtener un acto a beneficio propio y con nombre propio debió prosperar. Pues, del contexto es claro que sí había un interés particular del gobierno de turno para sacar el acto en su propio beneficio y no del interés general.

La burguesía se enfrentó a un sistema feudal, organizado alrededor de intereses particulares. Cada estamento o grupo, tenía un interés jurídicamente protegido, distinto a los de otros grupos. El régimen feudal puede ser definido como la organización de los intereses particulares.

La clase burguesa reaccionó contra esa proliferación de intereses y consagró la superioridad del interés general sobre el particular; trató de hacer primar el interés general sobre el interés particular.

Ya Rousseau, en el contrato social había percibido, cómo la voluntad general (o el interés general), podía ser suplantada por la voluntad particular (el interés particular) y propuso para evitarle dos soluciones: la supresión de estos intereses, o la proliferación de ellos, para que unos contrapesaran a los otros; de esta manera, se equilibrarían y volvía a primar el interés o voluntad general.

A Sieyes, tampoco pasó desapercibida la existencia de los grupos de presión. “Distingamos en el corazón de los hombres tres clases de intereses: 1.) aquel que les asemeja y agrupa, y que es precisamente el que nos da la justa medida del interés común. 2.) aquel mediante el cual un individuo se alía con algunos otros solamente; éste es el llamado interés de cuerpo. 3.) aquel mediante el cual cada individuo se aísla, no pensando más que en sí mismo; éste es el interés personal. El interés mediante el cual un hombre se pone de acuerdo con todos sus coasociados es, evidentemente, el objeto de la voluntad de todos y el de la asamblea común. La influencia del interés personal debe ser nula. La gran dificultad se presenta cuando surge el interés mediante el cual un individuo se identifica solamente con algunos otros. Ello permite concertarse y aislarse, y por ese lado se combinan los proyectos peligrosos para la comunidad. Así se forman los enemigos públicos más temibles. La historia está llena de esta verdad.

Sieyes proponía prohibir las corporaciones, para asegurar que el interés común dominase a los intereses particulares. Quería que el representante, representase a toda la comunidad, al interés general.

Consideración final

Manifiesto que comparto, casi en su integridad, las consideraciones hechas en el salvamento de voto a las sentencias C-1040 y C-1043 por el Magistrado Beltran que dicen:

En la formación del Acto Legislativo N° 2 de 2004 se incurrió en vicios de procedimiento insubsanables por violación del principio democrático.

1. El control de constitucionalidad de los Actos Legislativos. Jurisprudencia vigente. Citas indebidas y parciales para intentar desconocerla.

1.1. Como se sabe, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene establecido que los requisitos que han de ser observados por el Congreso de la República para la expedición de un acto legislativo, son además de los señalados por el artículo 375 de la Constitución Política, los que regulan el trámite del proceso legislativo ordinario, siempre y cuando no resulten incompatibles con las disposiciones constitucionales que regulan el trámite legislativo constituyente y las normas contenidas en el Reglamento del Congreso.

Los requisitos constitucionales y legales establecidos para reformar la Carta Política mediante un acto legislativo, han sido ampliamente analizados por esta Corporación. En primer lugar, resulta relevante recordar que este Tribunal Constitucional ha precisado en relación con el artículo 379 superior que dispone que los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria a una Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos a que se refiere el título XIII de la Carta, que ese “[a]dverbio “sólo” no puede ser tomado en su sentido literal, pues es obvio que otras normas de la Carta y del reglamento del Congreso resultan aplicables al trámite complejo que se cumple con ocasión de los proyectos conducentes a la modificación de la Carta y que la inobservancia de esas otras normas compatibles con el proceso de reforma constitucional, puede derivar en la inconstitucionalidad del acto reformativo, situación que adquiere especial relevancia tratándose del reglamento del Congreso, pues pese a su carácter infraconstitucional, su desconocimiento es susceptible de

generar una vulneración de la Carta, por cuanto teniendo la naturaleza de ley orgánica, a sus dictados ha de someterse el Congreso al ejercer su actividad (art. 151 C.P.)”¹³⁰

La Corte en sentencia C-543 de 1998¹³¹ precisó los requisitos que deben ser observados en el trámite del proceso constituyente por el Congreso de la República y, en ese sentido expresó que las exigencias son:

“- Iniciativa. Los proyectos de Acto Legislativo pueden provenir del Gobierno, de los miembros del Congreso en número no inferior a 10, del veinte por ciento de los concejales o de los diputados, y de los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente (art. 375 C.P.)

- Publicación en la Gaceta. El proyecto de Acto Legislativo debe publicarse en la Gaceta del Congreso antes de darle curso en la Comisión respectiva (art. 157-1 C.P y art.144 ley 5/92)

- Informe de ponencia. El acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y a él deberá dársele el curso correspondiente (art. 160 C.P.)

- Aprobación. El acto legislativo deberá aprobarse en dos períodos ordinarios y consecutivos, así: en la primera legislatura por la mayoría de los asistentes y en la segunda por la mayoría de los miembros de cada Cámara (art. 375 C.P.)

- Publicación. Aprobado el proyecto en el primer período, el Gobierno deberá publicarlo (art. 375 C.P.)

- Debate e iniciativas. En el segundo período sólo pueden debatirse iniciativas presentadas en el primero (art. 375 C.P.)

- Términos. Entre el primero y segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho (8) días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días (art. 160 C.P.)

- Modificaciones. Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias (art. 160 C.P.)

- Rechazo de propuestas. En el informe para la Cámara plena en segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo (art. 160 C.P.)

- Unidad de materia. Los Actos Legislativos también deben cumplir con esta exigencia constitucional, en cuyo caso, como ya lo expresó la Corte¹³² el “asunto predominante del que ellos se ocupan, no es otro que la reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución, o la adición de ella con disposiciones que no están incorporadas en la Carta pero que se pretende incluir en su preceptiva” (art. 158 C.P.)

- Título. El título del Acto Legislativo deberá corresponder exactamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula : “El Congreso de Colombia, DECRETA :” (art. 169 C.P.)”

De acuerdo con tales normas, el proyecto no podrá ser sometido a votación en sesión diferente a aquella en que previamente se haya anunciado, y el aviso correspondiente será dado por la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación (art. 160 C.P.); y, de conformidad con el artículo 161, cuando se integren comisiones de conciliación sobre un proyecto, el texto escogido por los conciliadores será sometido a debate y aprobación de las respectivas plenarias y, si después de repetido el segundo debate persiste la diferencia, se considerará negado el proyecto.

1.2. Esta Corporación inicialmente consideró que la revisión sobre la constitucionalidad de un acto legislativo en virtud de demanda ciudadana, debía ser integral como sucede con el control de constitucionalidad que se ejerce sobre las leyes y decretos-leyes, en razón de lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto-ley 2067 de 1991, con la única excepción de que frente a los actos legislativos la Corte debía limitar su examen a la existencia o no de vicios en la formación del acto. Es decir, según dicha tesis, la Corte en el examen de una demanda contra un acto legislativo debía examinar la posibilidad de vicios de procedimiento en su formación, incluso si ellos no fueron planteados por el demandante¹³³.

Dicha posición jurisprudencial, fue variada en la sentencia C-543 de 1998, ya citada, en la que se expresó que si bien en ejercicio del control judicial de los actos legislativos, la Corte debía proceder de manera estricta y rigurosa en el examen de los requisitos establecidos por Ordenamiento Superior y la Ley 5 de 1992, teniendo en cuenta que “[e]l control constitucional de los Actos Legislativos no es de carácter oficioso, sino rogado (por demanda

ciudadana), la Corporación en estos casos tan sólo puede pronunciarse sobre los cargos formulados por los demandantes”.

Esta tesis, fue reiterada en la sentencia C-487 de 2002134, en la que se consideró que en relación con el control de constitucionalidad sobre los vicios de forma de los actos legislativos, se debía seguir “[m]as bien el criterio fijado en la Sentencia C-543 de 1998 que optó, de manera unánime, por el entendimiento de que en materia de control de dichos actos la competencia de la Corte se limita al análisis de los cargos planteados en la demanda”. Esa misma posición fue acogida por la Corporación en la sentencia C-614 de 2002135, en la que se expresó lo siguiente:

“[Q]uiere esto decir, que no basta con que se demanda un Acto Legislativo por un vicio de procedimiento que de algún modo sea predicable de todo el cuerpo normativo, para que de manera oficiosa la Corte deba proceder a un examen minucioso y exhaustivo de todo el procedimiento surtido durante el trámite de la reforma, a efecto de establecer si hubo algún vicio en aspectos tales como la iniciativa, la publicación del proyecto, de las ponencias o de los textos aprobados, el quórum, los principios de identidad y de consecutividad, etc.

El sentido del control por vicios de forma es el de permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes han estado próximos a los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear ante la Corte las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tengan como consecuencia la inconstitucionalidad del mismo. Ello implica que el ciudadano interesado ha detectado el posible vicio y estructura en torno al mismo un cargo de inconstitucionalidad. No se atiende a esta filosofía cuando quien ha sido opositor de un proyecto aprobado por el Congreso pretende, simplemente, librar una última batalla en la instancia del control constitucional, estructurando un cargo débilmente sustanciado, pero con la expectativa de que el juez constitucional, de oficio proceda a una revisión integral sobre la corrección del trámite del proyecto.

Aparte de las anteriores consideraciones, esta Corporación ha señalado que el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento en un Acto Legislativo debe limitarse a los cargos formulados por los demandantes en atención a las particulares características del trámite de reforma, a la limitación prevista en el artículo 241-1 de la Constitución y a la limitación temporal establecida en el artículo 379 superior”.

1.3. La posición jurisprudencial acabada de reseñar, fue reiterada por la Corte en la sentencia C-668 de 2004¹³⁶ y, queda claro entonces con ello, que es la vigente al momento de proferir esta sentencia.

1.4. Conforme aparece en el Acta No. 73 de la sesión de Sala Plena celebrada el 7 de octubre de 2004, aprobada en la sesión de 20 de octubre del mismo año, en aquella ocasión se decidió por la Corte que en las sentencias que finalmente fueron numeradas como C-970 y C-971 de esa fecha “no se haría referencia a la sentencia C-1200 de 2003 pues una inhibición no constituye un precedente”, como quiso entonces hacerse aparecer para introducir limitaciones a la competencia de la Corte Constitucional en el control de exequibilidad de actos legislativos, asunto este sobre el cual en su oportunidad expresamente cuatro Magistrados salvamos el voto.

Sin embargo, de manera sorprendente, en la sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005 a la cual se refiere ahora este salvamento de voto, en el acápite denominado “Cuestión previa” de las consideraciones del fallo, no sólo se hace cita textual de algunos apartes de la sentencia C-1200 de 2003 que ahora sí se consideran precedente, sino que también se incluyen las reiteraciones indebidas que de ella se hicieron en las sentencias C-970 y C-971 de 2004, que la Corte había estimado antes que no constituyen precedente, citas que se hacen ahora en el vano intento de pretender superar las contradicciones que señaló el Procurador General de la Nación entre lo dicho por la Corte en las sentencias C-551 y C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, y todo para llegar de esa manera a la declaración de exequibilidad de un acto legislativo evidentemente contrario a la Constitución.”

Me remito adicionalmente en este salvamento de voto, a todas las razones que aduje durante el debate, algunas de las cuales constan (y pueden ser consultadas) en las actas de las sesiones, que me habría gustado que fueran públicas.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-1051 DE 2005

En la parte resolutive de este fallo la Sala Plena decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-1040 de 2005 por medio de la cual se declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2004. Considero, entonces, necesario aclarar mi voto en lo que se refiere a los cargos que versan sobre los supuestos vicios de competencia en que incurrió el Congreso de la República al aprobar la reforma constitucional demandada, pues en mi opinión la Constitución colombiana es clara sobre los límites de la Corte para conocer del control material o de contenido de los actos legislativos. Sobre este tema en concreto me remito a lo expuesto en el salvamento de voto a la sentencia C-1040 de 2005 por mi suscrito.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

1 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem. pág. 24.

3 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem. pág. 20.

4 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem. pág. 20.

5 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem.

6 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem. pág. 114.

7 Rousseau, Juan Jacobo. Ibidem. pág. 129.

8 En lo fundamental se sigue a Guastini ricardo citado por Miguel Carbonell en Contenido de la reforma constitucional: Alcances y Limites, instituto de investigaciones juridicas-UNAM, mexico, 16-6-2005; pags 9-12.

9 Estudios de teoría constitucional, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2001, p. 153.

10 Norberto Bobbio, L'età dei diritti, pág. 116.

11 Norberto Bobbio , L'età dei diritti, págs. 126 y 127

12 Del Espíritu de las leyes, Barcelona: Tecnos, 1987, p. 114.

13 Teoría de la Constitución, Barcelona: Ariel, 1983, p. 28.

14 Art. 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.

15 Sieyes, Emmanuel. ¿qué es el tercer estado? Pags 108-109.

16 Pace Alessandro Potere costituente e revisione costituzionale, lezione del 13 dic 2001.

17 Kelsen Hans, Teoria general del derecho y del estado, Edit UNAM, Mexico 1969, pags 307-308

18 Guasttini, Ricardo: Principios de derecho y discrecionalidad judicial.

19 Schmitt, Carl. "Teoría de la Constitución", Edit. Nacional, México, 1.981, pág. 120.

20 Aristóteles " La Politica " p. 182.

21 Ibidem, p. 250.

22 Ibidem, pags. 205-296.

23 Rousseau, Juan Jacobo; op. cit, p. 53.

24 Oppenheim, Felix E., Conceptos Políticos una reconstrucción, Edt. Tecnos, 1987, Pág. 78.

25 Ibídem, pág. 83 y 84.

26 Tribunal Const. It. 1146/1988.

27 Hans Kelsen: TEORÍA GENERAL DEL ESTADO Decimaquinta Edición - Editora Nacional, México, Página 332.

28 Hans Kelsen: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO Textos Universitarios, México 1969, pag 307, Traducción de Eduardo García Máynez

29 Guasttini, Ricardo: Principios de derecho y discrecionalidad judicial.

30 LF, Art. 79 (3): “No está permitida modificación alguna de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la Legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 a 20”.

31 LF, Art. 79 (2): “Una ley de este carácter requiere de la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag [asamblea representativa del conjunto de la nación alemana] y de dos tercios de los votos del Bundesrat [asamblea representativa de los Länder]

32 Dworkin, R. La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria.

33 Dworkin, R. La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria.

34 Dworkin, Ronald. Introduction . the moral reading and the majoritarian premise Freedom’s law. Cambridge, Massachusetts, Harvard Press 1999 pag 1-38

35 No sobra recordar aquí que el 27 de agosto de 1828, en la firme convicción de que solamente él podía salvar la unidad de la República a la luz de las recientes disputas surgidas con el General Santander y sus seguidores, Simón Bolívar dictó un Decreto Orgánico, al que le dio fuerza constitucional y por medio del cual , como dictador, gobernó. Tal decreto fusionaba en el Libertador las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo.

36 PALACIOS Marco y SAFFORD Frank, COLOMBIA. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia. Grupo Editorial Norma. Bogotá:2002. Pág. 269.

37 Debe indicarse que la Constitución de 1832 estuvo precedida por dos actos de carácter constitucional: La Ley Fundamental de la Nueva Granada, en 1831, y el Decreto Legislativo del 15 de diciembre de ese mismo año Por medio de tales actos , primero, se dio carácter jurídico a la separación de Venezuela y, en segundo lugar, se dictaron algunas medidas transitorias para conjurar la emergencia que representaba la escisión de Colombia.

38 Los mecanismos para la elección del presidente se encontraban regulados en los artículos 95 y 96 de la Constitución. La conformación de las asambleas electorales, en los artículos 16 al 38.

39 Son estas el Acto Legislativo del 19 de mayo de 1840, el Acto Adicional a la Constitución

del 16 de Abril de 1841 y el Acto Legislativo Adicional a la Constitución del 26 de mayo de 1841. Llama la atención que, tratándose de una constitución flexible, este texto no haya sufrido mayor número de reformas en los once años de su vigencia.

40 Se trata del Acto Legislativo del 24 de mayo de 1851. Una ley tenía que determinar su entrada en vigencia, pero dicha ley nunca fue expedida. Incluso esta Constitución que nunca lo fue, preveía en su artículo 25: “El periodo de duración del Presidente de la Nueva Granada contará desde el 1º de febrero posterior a su elección. Ninguno podrá ser elegido sin la intermisión de un periodo íntegro.

41 Nótese que la redacción de este artículo semeja enormemente lo que sobre la materia estaba en el Acto Legislativo de 1851.

42 La Carta de 1853 contemplaba un régimen de Provincias. No obstante, el 11 de junio de 1856 se creó el Estado de Antioquia mediante la promulgación de una Ley. Por medio del mismo mecanismo se crearon los estados de Santander, el 13 de mayo de 1857, y los de Cundinamarca, Boyacá, Cauca, Bolívar y Magdalena, el 15 de junio de 1857. En esta última Ley se pretenden subsanar los vacíos de la Carta del 53 en lo relativo al funcionamiento de la Colombia federal.

43 PALACIOS, SAFFORD; op. Cit. Pág. 415.

44 El sistema era similar al que aún hoy en día existe en los Estados Unidos de Norteamérica. Estipulaba el inciso primero del artículo 75 de la Carta de Ríonegro: La elección del Presidente de la Unión se hará por el voto de los Estados, teniendo cada Estado un voto, que será el de la mayoría relativa de sus respectivos electores, según su legislación...” Es de resaltar que la constitución delegaba en cada estado el poder de definir quién era hábil para participar en las elecciones que dispondrían el voto del representante del Estado.

46 El Delgado José Domingo Ospina Camacho (1843-1908), representaba al Estado de Antioquia y los intereses del partido Conservador. En su vida política se desempeñó como Secretario de Gobierno de Antioquia (1885), Ministro de Instrucción Pública (1886-1887), Gobernador de Boyacá (1888) y Ministro de Gobierno (1888). Fuente: BANCO DE LA REPÚBLICA; Boletín Cultural y Bibliográfico No. 5, Volumen XXII. Bogotá: 1985.

47 El Delegatario José María Samper (1828-1888) representaba al Estado de Bolívar y los intereses del partido Nacional. Se desempeñó como Secretario de Hacienda, Diputado, Representante, Secretario de una delegación diplomática y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Además fue un notable periodista y escritor. Fuente: *Ibíd.*

48 Cabe válidamente preguntarse si la reforma constitucional de 1910 no constituyó una verdadera sustitución de la Carta que había sido redactado bajo el auspicio del movimiento de Regeneración, y si, por ende, sería más propio hablar de la Constitución de 1910. Debe considerarse que “El General González Valencia, sucesor de [Rafael] Reyes, convocó otra Asamblea Nacional, por el estilo de la de su antecesor, y ésta expidió el Acto Legislativo Número 3º de 1910, reformativo de la Constitución Nacional, que refundió en una sola todas las reformas introducidas al Estatuto de 1886 y le hizo a éste notables enmiendas...” Dichas enmiendas fueron, entre otras: la prohibición absoluta de la pena de muerte, el establecimiento de la descentralización administrativa, la creación de la demanda pública de inexequibilidad de las Leyes de la República por vicios en su trámite y de la que conocía la Corte Suprema de Justicia y el reestablecimiento del voto directo, aunque con limitaciones, para elegir al Presidente de la República. SAMPER Bernal Gustavo; *Breve Historia Constitucional y Política de Colombia*; 1957. Pág, 158-159.

49 Debe señalarse que en 1910 los índices de analfabetismo se estiman en un 61% de la población total del país.

50 Artículo 44 del Acto Legislativo No. 3 de 1910.

51 Constituyente por el Partido Liberal

52 Gaceta Constitucional No. 4 de 13 de febrero de 1991. Pág. 6.

53 Gaceta Constitucional No. 5 de 15 de febrero de 1991. Pág. 14

54 Constituyente por el partido Liberal

55 Gaceta Constitucional No. 7 de 18 de febrero de 1991. Pág. 8

56 *Ibíd.* Pág. 29.

- 57 Gaceta Constitucional No. No. 8 del 19 de febrero de 1991. Pág. 9
- 58 Constituyente como Conservador Independiente
- 59 Constituyente como Conservador Independiente
- 60 Gaceta Constitucional No. No. 9 del 19 de febrero de 1991. Pág. 8
- 61 Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 36. Gaceta Constitucional No. 21 del 15 de marzo de 1991. Pág. 8
- 62 El primer inciso era el siguiente: “El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento integral de la Constitución y las leyes garantiza los derechos y libertades de todos los colombianos”
- 63 Gaceta Constitucional No. 21 del 15 de marzo de 1991. Pág. 8
- 64 Constituyente por el Movimiento de la Transformación Liberal
- 65 Gaceta Constitucional No. 22 del 18 de marzo de 1991. Pág. 37
- 66 Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No.83. Gaceta Constitucional No. 24 del 20 de marzo de 1991. Pág. 13.
- 67 Todos Constituyentes por el Partido Liberal
- 68 Constituyente por la Unión Cristiana
- 69 Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No.93. Gaceta Constitucional No. 24 del 20 de marzo de 1991. Pág. 49.
- 70 Ambos Constituyentes por el Movimiento de Salvación Nacional.
- 71 Gaceta Constitucional No. 25 del 21 de marzo de 1991. Pág.14
- 72 Ambos Constituyentes por la Unión Patriótica.
- 73 Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución de Colombia No. 113. Gaceta

Constitucional No. 27 del 26 de marzo de 1991. Pág.12

75 Gaceta Constitucional No. 30 del 1 de abril de 1991. Pág.11

76 Ibídem

77 Delegado por el Partido Liberal

78 Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución de Colombia No. 126. Gaceta Constitucional No. 31 del 1 de abril de 1991. Pág.25

79 Constituyente por el Partido Liberal

80 Gaceta Constitucional No. 26^a del 26 de marzo de 1991.Pág. 12

81 El total de los proyectos se encuentra en la Gaceta Constitucional No. 144 del 31 de diciembre de 1991.Pág. 12

82 Cabe recordar aquí que la Asamblea Nacional Constituyente también recibió propuestas de reforma de organizaciones no institucionales. En tal sentido, aquella hecha por el Colegio de Altos Estudios Quirama, en su artículo 93, disponía: “El presidente de la república no puede ser reelegido”

83 El trámite de los proyectos, su debate y aprobación, se encontraban reglados por lo artículos 29 al 69 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente. Ver Gaceta Constitucional No. 13 del 1 de marzo de 1991.Pág. 3-6

84 Según el artículo 22 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente,

85 Este Informe -Ponencia fue publicado en la Gaceta Constitucional No. 41 del 9 de abril de 1991. Pág. 20 y ss.

86 Acta 11 de 18 de abril de 1991 y Acta 12 de 22 de abril de 1991. En la Gaceta Constitucional No. 102 de 19 de junio de 1991. Pág. 13 -15

87 Elaborado con base en extractos de las mentadas actas.

88 Publicado en la Gaceta Constitucional No. 78 de 21 de mayo de 1991. Pág. 6 y ss.

- 89 Publicado en la Gaceta Constitucional No. 73 de 14 de mayo de 1991. Pág. 12 y ss.
- 90 Gaceta Constitucional No. 83 de 27 de mayo de 1991. Pág. 24.
- 91 Gaceta Constitucional No. 105 de 22 de junio de 1991. Pág. 20
- 92 Esta es la modificación que introduce al artículo propuesto por la comisión. Subraya fuera del texto original
- 93 Gaceta Constitucional No. 120 de 21 de agosto de 1991. Pág. 9-10
- 94 Gaceta Constitucional No. 142 de 21 de diciembre de 1991. Pág. 3 y ss.
- 95 Gaceta Constitucional No. 113 de 5 de julio de 1991. Pág. 14.
- 96 Gaceta Constitucional No. 142 de 21 de diciembre de 1991. Pág. 37.
- 98 Guastini, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Pag 40
- 99 Hart. Ob. Cit. Pag 133
- 100 Sieyes, Emmanuel. ¿qué es el tercer estado? Págs. 108-109.
- 101 Kelsen Hans, Teoría general del derecho y del estado, Edit UNAM, México 1969, Págs. 307-308
- 102 Schmitt, Carl. "Teoría de la Constitución", Edit. Nacional, México, 1.981, Pág. 120.
- 103 Rubio Llorente, Francisco. La forma del Poder Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Pag 17
- 104 Art. 88 Constitución de El Salvador y Art. 4 Constitución de Honduras.
- 105 Guastini, Riccardo. Estudios de teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporanea. 2001 Pag 32
- 106 Guastini. Ob. Cit pag 205

107 De Vergottini, Giuseppe. Balances y perspectivas de derecho constitucional Comparado. Pag 123. www.bibliojurídica.org

108 De Vergottini. Ob. Cit. Pag 122

109 Hart, H.L.A. El concepto de Derecho Editorial Abeledo – Perrot pag 86

110 Art. 3 Constitución Política de Colombia

111 Dworkin, Ob. Cit.

112 Dworkin, Ronald. Ob. Cit. Pag 13

113 Sentencia C- 251 de 2002 Corte Constitucional

114 Dworkin, Ronald. Virtud Soberana . La teoría y la práctica de la igualdad. Edit. Paidós Madrid 2003 pag 536

115 Dworkin, Ronald. Ob , cit. Pag 12

116 Oppenheim, Felix. Conceptos Políticos en reconstrucción. Edit. Tecnos 1987 pag 78

117 Ibidem. Pag 83 y 84

118 Dworkin, Ronald ob. Cit. Pag 23

119 ibidem pag 24

120 Constitución Política. ARTICULO 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

121 Constitución Política. ARTICULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

122 Constitución Política. ARTICULO 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas: (...)

2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley.

123 Constitución Política. ARTICULO 276. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

125 Constitución Política. ARTICULO 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación. (...)

126 Corte Constitucional. Sentencia C - 620 de 2001. "El procedimiento penal no obedece a un sistema acusatorio puro, pues de ser así, el ente acusador no haría parte de la rama judicial, lo que ocurre en el sistema colombiano, donde la fiscalía hace parte de esta rama del poder. Es por ello que esta Corte ha sostenido que el sistema colombiano es mixto, pues si

bien existe una diferencia de funciones entre los fiscales y los jueces, ambos poseen, dentro de la órbita de sus competencias, facultades judiciales.”

Sentencia C - 609 de 1996. “En nuestro ordenamiento, la Fiscalía hace parte de la rama judicial y tiene determinadas facultades judiciales, pues puede dictar medidas de aseguramiento y calificar y declarar precluidas las investigaciones penales. Por ello, los fiscales, durante la fase investigativa, pueden ordenar y practicar pruebas con las facultades propias de un funcionario judicial, por lo cual se dice que el sistema colombiano es mixto, pues si bien existe una diferencia de funciones entre los fiscales y los jueces, ambos poseen, dentro de la órbita de sus competencias, facultades judiciales y son funcionarios judiciales. Esto significa que en el constitucionalismo colombiano los funcionarios judiciales son un género del cual hacen parte tanto los jueces como los fiscales. Esta distinción de funciones entre jueces y fiscales implica que el Legislador debe respetar el contenido esencial de las órbitas de cada uno de estos funcionarios judiciales.”

127 Art. 21 Declaración Universal de Derechos Humanos, art . 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, art. XX Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, art. 23 Convención Americana sobre los derechos del hombre

128 Dworkin, Ronald. Ob ,cit.

129 Hart. Ob. Cit. Pag 133

130 Sent. 387/97 M.P. Fabio Morón Díaz.

131 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

132 Sent. C-222/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

133 La posición que se reseña, fue planteada en la sentencia C-387/97, M.P. Fabio Morón Díaz, con ocasión de la revisión constitucional del Acto Legislativo 02 de 1995.

134 En esa oportunidad, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis, se examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2001.

135 Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, al revisar una demanda de

inconstitucionalidad parcial contra los artículos 1°, 2° y 3° del Acto Legislativo 01 de 2001.

136 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra