

Sentencia C-523/05

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

DERECHOS DE PARTICIPACION, MECANISMOS DE PARTICIPACION CIUDADADANA Y FUNCION ELECTORAL-Diferencias

LEY ESTATUTARIA DE FUNCIONES ELECTORALES-Contenido detallado

FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES-Puntos centrales dentro de la reglamentación son materia de leyes estatutarias

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Normas que reglamentan los órganos de administración electoral y los procesos electorales

ACTO LEGISLATIVO QUE ADOPTA REFORMA POLITICA-Otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la república

LEY ESTATUTARIA-Concepto

LEY ESTATUTARIA-Materias que regula

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY ESTATUTARIA-Características

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY ESTATUTARIA-Jurisdiccional, automático, integral, definitivo, participativo y previo

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY ESTATUTARIA-Vicios de inconstitucionalidad sobrevinientes/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY ESTATUTARIA-Caso excepcional en que procede nuevo juicio de constitucionalidad por vía de la acción pública de inconstitucionalidad

DECRETO ESTATUTARIO-Debe surtir el control previo de constitucionalidad

Cuando regulaciones propias de ley estatutaria no sean expedidas por el Congreso de la República, sino que para ello se habilite excepcionalmente por la Constitución al Gobierno Nacional, considera la Corte que igualmente es necesario que tal normatividad surta el

control previo de constitucionalidad, pues si bien se trata de una situación particular, en cuanto una normatividad ingresa al sistema jurídico sin haber agotado previamente el proceso legislativo cualificado establecido por la Constitución para ellas, es decir, sin haber surtido el exigente proceso deliberativo reservado para aquellas materias esenciales a la vida social, no por dicha circunstancia los decretos así expedidos dejan de ser leyes en sentido material, de contenido estatutario, y con régimen esencial propio. Si bien, la particularidad de los decretos-leyes expedidos por el Gobierno Nacional en virtud de una especial habilitación constitucional transitoria constituye una excepción al régimen establecido en la Constitución para las leyes estatutarias, ello sin embargo no implica la facultad para omitir el deber de someterlas al control previo de constitucionalidad, pues se trata de un requisito inherente a su propia condición. De no ser así, se desnaturalizarían tales normas en cuanto a que carecerían de un elemento central de su carácter de estatutarias. En tal medida, resulta a todas luces contrario a la Carta Política, que un cuerpo normativo mediante el cual se regula un tema esencial para la vida nacional, y por lo tanto reservado a una ley estatutaria, despliegue todos sus efectos jurídicos sin la plena certeza en torno a su compatibilidad con la Constitución, aunque se trate de una normatividad estatutaria expedida por el Gobierno Nacional mediante decreto, pues con mayor razón en estos particulares casos, por no haber mediado un debate democrático, la exigencia del control previo de constitucionalidad adquiere a plenitud su sentido.

DECRETO ESTATUTARIO SOBRE FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES EN EL AMBITO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL-Control de límites temporales en su expedición

DECRETO ESTATUTARIO SOBRE FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES EN EL AMBITO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL-Omisión de remitirlo a la Corte Constitucional para el control previo de constitucionalidad

En el presente caso, el Gobierno Nacional expió el Decreto 2207 de 2003. Sobre este decreto, la Corte no tuvo la oportunidad de ejercer el control previo de constitucionalidad, pues no fue remitido por el Gobierno para el efecto. Fue necesario, en vista de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, que la Corte le solicitase al Presidente de la República su envío, para efectos de realizar el control de constitucionalidad correspondiente sobre el mismo, y que es el que se surte en la presente oportunidad. En efecto, el Presidente de la República, puso en vigor el Decreto 2207 de 2003, que tiene fuerza de ley y es de contenido

estatutario, omitiendo cumplir el control previo de constitucionalidad aplicable a este tipo de normas, habiéndose modificado de tal manera el régimen vigente en una materia esencial a la democracia colombiana como lo es la relacionada con la financiación de las campañas políticas, en el ámbito departamental y municipal. Por lo tanto, la Corte lo declarará inexistente, decisión que no podía ser adoptada sin que previamente se hubiere solicitado al Presidente de la República el envío del texto del mencionado decreto.

Referencia: expediente P.E. 021

Revisión del Decreto-Ley 2207 de 2003, "Por medio del cual se desarrolla el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales."

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

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

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia C- 972 del 7 de octubre de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional resolvió de la siguiente manera una demanda de inconstitucionalidad que había sido dirigida contra el artículo 6º del decreto 2207 de 2003, "Por medio del cual se desarrolla el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales":

"Primero.- INHIBIRSE para decidir de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 6º del Decreto 2207 de 2003.

Segundo.- SOLICITARLE al Presidente de la República, por medio del Presidente de la Corte Constitucional, que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíe a esta Corporación el texto del Decreto 2207 de 2003 para proceder a efectuar el control de constitucionalidad respectivo.

En cumplimiento del citado fallo, mediante oficio de 8 de octubre de 2004, el Presidente de la

Corte le solicitó al Presidente de la República el envío de una copia auténtica del decreto 2207 de 2003 “con el objeto de proceder a realizar la revisión oficiosa de constitucionalidad que por mandato de la Constitución, le corresponde a esta Corporación”.

Con fecha 11 de octubre de 2004, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República remitió a la Corte copia auténtica del decreto 2207 de 2003.

Una vez repartido el expediente, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2067 de 1991, la Magistrada Sustanciadora Clara Inés Vargas Hernández, mediante auto del 29 de octubre de 2003, avocó el conocimiento del presente asunto, ordenó fijar en lista el proceso de revisión, correrle el traslado de rigor al Señor Procurador General de la Nación y comunicar la iniciación del trámite a los Ministerios de Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público.

II. TEXTO DEL DECRETO QUE SE EXAMINA

A continuación se transcribe en su integridad el texto del decreto 2207 del 5 de agosto de 2003, “por medio del cual se desarrolla el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales”, tal y como aparece publicado en el Diario Oficial N. 45270 del 5 de agosto de 2003, pag. 26.

“DECRETO NUMERO 2207 DE 2003

(agosto 5)

por medio del cual se desarrolla el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales.

El Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el parágrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo número 01 de 2003 de julio 3, y

CONSIDERANDO:

Que el Acto Legislativo 01 de 2003 determinó que la cuantía de la financiación de las campañas políticas será por lo menos tres veces la aportada en el período 1999-2002 en pesos constantes de 2003. Ello incluye el costo del transporte del día de elecciones y el costo

de las franquicias de correo hoy financiadas;

Que el Acto Legislativo 01 de 2003 delegó en la ley la determinación del porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación, el monto de los gastos que los partidos, movimientos políticos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas y los efectos de la vulneración de los topes máximos de financiación de campañas;

Que de acuerdo con el calendario electoral, las elecciones municipales y departamentales deben celebrarse el 26 de octubre del año en curso;

Que el parágrafo transitorio determinó que la reglamentación en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización;

Que el acto legislativo previó que si el Congreso de la República no expidiere dicha reglamentación en ese lapso, lo hará el Gobierno Nacional antes del cierre de inscripciones,

DECRETA:

Artículo 1°. Financiación de campañas. Las campañas que adelanten partidos y movimientos políticos con personería jurídica y grupos significativos de ciudadanos, que postulen candidatos serán financiadas con recursos estatales únicamente mediante el sistema de reposición por votos válidos depositados a favor de la lista.

Se entiende por lista, para efectos de este decreto, tanto las uninominales para candidatos a alcalde o gobernador como aquellas plurinominales en el caso de elecciones a cuerpos colegiados.

Artículo 2°. Partidos y movimientos políticos. Tendrán derecho a recibir financiación estatal, en los términos del presente decreto, las campañas adelantadas por los partidos o movimientos políticos con personería jurídica reconocida de conformidad con el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2003.

Artículo 3°. Grupos significativos de ciudadanos. Para efectos de este decreto, se entiende por grupo significativo de ciudadanos aquel equivalente al menos al veinte por ciento del

resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos o curules por proveer. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de una lista.

Artículo 4°. Sistema de reposición de votos. De acuerdo con los requisitos dispuestos en el presente decreto, la financiación estatal se hará únicamente por medio del reconocimiento de los valores establecidos en el siguiente artículo por cada uno de los votos válidos depositados a favor de la lista inscrita en la elección respectiva.

Artículo 5°. Valor del voto por reposición. La financiación estatal de las campañas que adelanten partidos, movimientos políticos con personería jurídica y grupos significativos de ciudadanos, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, será de la siguiente manera:

- a) En el caso de las elecciones de las asambleas, se reconocerá por voto válido depositado a favor de la lista respectiva la suma de \$1.824 pesos;
- b) En el caso de las elecciones de concejos se reconocerá por voto válido depositado a favor de la lista respectiva la suma de \$1.102 pesos;
- c) En el caso de las elecciones de los gobernadores, se reconocerá por voto válido depositado a favor del candidato la suma de \$1.824 pesos;
- d) En el caso de las elecciones de alcaldes se reconocerá por voto depositado válido a favor del candidato la suma de \$1.102 pesos.

En ningún caso el valor total de la reposición podrá ser superior a las sumas máximas de dinero que se pueden invertir en las campañas electorales establecidas en el artículo séptimo de este decreto o a la suma realmente invertida y acreditada en los informes públicos de la contabilidad de las campañas.

Artículo 6°. Porcentaje de votación para tener derecho a la financiación de las campañas. En las elecciones para asambleas departamentales y concejos municipales y distritales tendrán derecho a obtener la financiación estatal las listas que superen el porcentaje equivalente al umbral determinado en el artículo 263 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, tendrán derecho a financiación aquellas listas que hayan obtenido curul.

Para el caso de las elecciones a cargos uninominales, tendrán derecho a financiación el ganador y los candidatos que superen el 50% del total de votos válidos obtenidos por el ganador de dicha elección.

Artículo 7°. Fijación de sumas máximas que pueden invertir en su campaña los candidatos a gobernación, asamblea departamental, alcaldías y concejos municipales y distritales. Se fijan las siguientes cuantías como sumas máximas de dinero que pueden invertir en las campañas electorales los aspirantes a gobernación, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales y distritales durante las elecciones a realizarse en el 2003:

- a) En los departamentos con censo electoral superior a un millón (1.000.000) de electores, el candidato no podrá invertir en la campaña electoral suma que sobrepase los \$1.004.016.718 para gobernador. Y por cada lista para asamblea no se podrá invertir suma que sobrepase los \$1.506.025.077;
- b) En los departamentos con censo electoral comprendido entre quinientos mil uno (500.001) y un millón (1.000.000) de electores, el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$535.477.088 para gobernador. Y por cada lista para asamblea no se podrá invertir suma que sobrepase los \$803.215.632;
- c) En los departamentos con censo electoral comprendido entre los cien mil uno (100.001) y quinientos mil (500.000) electores, el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$401.604.684 para gobernador. Y por cada lista para asamblea no se podrá invertir suma que sobrepase los \$602.407.026;
- d) En los departamentos con censo electoral igual o inferior a cien mil (100.000) electores, el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$334.672.242 para gobernador. Y por cada lista para asamblea no se podrá invertir suma que sobrepase los \$502.008.363;
- e) En la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C. el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$1.004.016.720 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$2.008.033.440;

f) En los distritos y municipios con censo electoral superior a los quinientos mil (500.000) electores, el candidato no podrá invertir en la campaña electoral suma que sobrepase los \$803.214.378 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$1.204.821.567;

g) En los distritos y municipios con censo electoral comprendido entre los doscientos cincuenta mil uno (250.001) y quinientos mil (500.000) electores, el candidato no podrá invertir suma que exceda los \$468.542.032 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$702.813.048;

h) En los distritos y municipios con censo electoral comprendido entre los cien mil uno (100.001) y doscientos cincuenta mil (250.000) electores, el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$401.604.684 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$602.407.026;

i) En los distritos y municipios con censo electoral comprendido entre los cincuenta mil uno (50.001) y cien mil (100.000) electores, los candidatos no podrán invertir suma que sobrepase los \$200.807.352 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$301.211.028;

j) En los distritos y municipios con censo electoral comprendido entre veinticinco mil uno (25.001) y cincuenta mil (50.000) electores, el candidato no podrá invertir suma que sobrepase los \$66.932.444 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$100.398.666;

k) En los distritos y municipios con censo electoral igual o inferior a veinticinco mil (25.000) electorales los candidatos no podrán invertir suma que sobrepase los \$34.552.420 para alcalde. Y por cada lista para concejo no se podrá invertir suma que sobrepase los \$51.828.630.

Artículo 8°. Sistema de auditoría interna. Para recibir los recursos a que alude el presente decreto, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos deberán acreditar un sistema de auditoría interna de acuerdo con los términos previstos en la ley.

La acreditación deberá hacerse dentro del mes siguiente a la fecha de expedición del presente decreto.

El auditor será solidariamente responsable del manejo que se haga de dichos recursos, por lo que deberá informar al Consejo Nacional Electoral sobre las irregularidades que se cometan. De igual manera, debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la parte pertinente de la Ley 130 de 1994.

El sistema de auditoría así como los términos y condiciones para la rendición de cuentas serán reglamentados por el Consejo Nacional Electoral.

Artículo 9°. Informes públicos. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, grupos significativos de ciudadanos y las personas jurídicas que los apoyen deberán presentar ante el Consejo Nacional Electoral informes públicos sobre el monto, origen y destino de sus ingresos, detallando los obtenidos y los gastos realizados durante las campañas.

Este balance deberá ser presentado a más tardar un (1) mes después del correspondiente debate electoral y una vez sean revisados por el Consejo Nacional Electoral serán publicados en un diario de amplia circulación.

Artículo 10. Rendición pública de cuentas. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en los artículos 18, 19, 20, 21 de la Ley 130 de 1994, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos tendrán que presentar ante el Consejo Nacional Electoral sus libros de contabilidad, como condición para poder acceder a los recursos de reposición por voto depositado. Los libros irregularmente llevados no serán medio de prueba y la lista perderá el derecho a obtener la reposición por votos depositados a su favor.

Artículo 11. Responsables de los informes públicos y de la rendición pública de cuentas. Para estos efectos de la presentación de informes y de la rendición pública de cuentas los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos deberán determinar para cada lista en cada circunscripción electoral la persona responsable de la presentación de estos informes.

Artículo 12. Efectos de la violación de topes en campañas electorales. La violación de los topes establecidos por el presente decreto para la elección de gobernador o alcalde debidamente comprobada, una vez verificada la rendición de cuentas de la que trata el presente decreto, se sancionará con la pérdida del cargo y no dará lugar a la reposición de votos al partido o movimiento político con personería o grupo significativo de ciudadanos que hubiere inscrito al candidato. Declarada la pérdida de la elección por esa causa, se reconocerá ganador al que hubiere obtenido la segunda votación.

Los candidatos a concejos municipales y distritales o asambleas departamentales que hagan parte de las listas a las que se les compruebe la violación de los topes establecidos en el presente decreto, perderán las curules obtenidas. Los partidos y movimientos políticos con personería o grupos significativos de ciudadanos que hubieren incurrido en dicha irregularidad no tendrán derecho a la reposición de votos.

En este evento, para reemplazar las curules obtenidas por la lista o las listas a las que se les haya comprobado la violación de los topes, se asignarán las curules de acuerdo con la nueva cifra repartidora que se elabore para el efecto entre las listas que hubieren superado el umbral.

Artículo 13. Reposición de gastos. La reposición de gastos de campañas solo podrá hacerse a través de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o grupos significativos de ciudadanos, que inscribieron la respectiva lista.

Los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos distribuirán los aportes estatales entre los candidatos inscritos, de conformidad con lo establecido en sus estatutos.

Parágrafo. El reconocimiento por parte del Estado de la reposición de los gastos electorales conforme a lo dispuesto en el presente decreto deberá efectuarse dentro del mes siguiente a la respectiva elección.

El pago efectivo de lo dispuesto en el presente decreto sobre reposición de votos se hará dentro del mes siguiente a la comprobación del cumplimiento de los topes máximos de financiación de las campañas.

Artículo 14. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 5 de agosto de 2003.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

Fernando Londoño Hoyos.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Alberto Carrasquilla Barrera.

III. INTERVENCIONES

1. Universidad del Rosario.

El Doctor Carlos Ariel Sánchez Torres, Director del Grupo de Investigaciones en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, considera que “no puede invocarse el principio de reserva de ley estatutaria y, en consecuencia, opinamos que no debe haber lugar a la inexequibilidad del artículo 6º del Decreto 2207 de 2003”.

Argumenta que si bien el artículo 6º del decreto 2207 de 2003 introduce modificaciones al porcentaje de votación para tener derecho a la financiación de campañas establecido por la Ley 130 de 1994, dichas reformas fueron realizadas por el Presidente de la República en virtud de una autorización expresa del Congreso Nacional. En apoyo de la anterior aseveración, trae a colación la sentencia C- 515 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Concluye afirmando que el Congreso de la República, en ejercicio de su poder de reforma derivado, modificó la Carta Política con el fin de revestir al Presidente de la República de facultades para expedir normas que, en principio, son del resorte del legislador, como es el caso del porcentaje de votación para tener derecho a la financiación de campañas electorales en los niveles departamental y local.

2. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Doctora Lucy Cruz de Quiñónez, en nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, presentó un escrito solicitándole a la Corte declarar exequible el decreto 2207 de 2003. Desarrolla su exposición en el siguiente orden (i) naturaleza del decreto a revisar; (ii) competencias material y temporal del Gobierno Nacional; (iii) sistema de financiación adoptado y (iv) transparencia, informes y revisión de cuentas.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica del decreto señala la interveniente que la Corte Constitucional ha calificado la materia de financiación de campañas y partidos políticos como propia de una ley estatutaria, debido a los efectos relevantes en la dinámica electoral y en el resultado de las elecciones. No obstante, nada obsta para que el legislador, actuando como constituyente derivado, prevea una hipótesis habilitante excepcional o transitoria al poder ejecutivo, debido a la urgencia de regular las condiciones de unas elecciones ya convocadas. En todo caso, agrega, esta reforma transitoria no es de tal magnitud que pueda afirmarse que la actual Constitución fue transformada en otra.

En relación con las competencias material y temporal del Gobierno Nacional, indica que el artículo 109 constitucional establece que los recursos públicos se repartirán conforme al sistema de reposición de votos depositados, pero defiere al legislador la fijación del porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación, el límite de gastos de los partidos, movimientos y candidatos, la máxima cuantía de las contribuciones privadas, los efectos de la violación de los topes y la forma de rendir las cuentas. Agrega que el Gobierno Nacional, una vez verificada la fecha límite del 26 de julio de 2003, tres meses antes de las elecciones departamentales y municipales, reguló la materia el 5 de agosto de 2003, es decir, antes del cierre de las inscripciones correspondientes que tenían como fecha límite el 6 de agosto.

En este orden de ideas, las normas financieras electorales previas, garantizan la igualdad en las reglas de juego democrático para que los contendores conozcan y dimensionen su expectativa de apoyo gubernamental mediante el gasto público correlativo, al tiempo de cierre de las inscripciones, antes del inicio de la campaña formal. Cabe precisar, que el derecho de crédito contra el fisco nacional se adquiere por el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley.

Tampoco puede decirse que las nuevas reglas de financiación conculquen derechos adquiridos, buena fe y confianza legítima con base en la variación introducida en las fórmulas contenidas en la Ley 130 de 1994, porque durante el año 2003 se surtió un amplio proceso de reforma política que culminó con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003 que adscribe la financiación a la forma de reposición de votos.

Por otra parte, en relación con el articulado, indica que es necesario examinarlo a la luz de los principios democrático y participativo. En tal sentido, considera que el decreto los garantiza por cuanto “Tanto los partidos mayoritarios, con arraigo histórico como las minorías, se enfrentan a los electores con las mismas herramientas políticas, que sirven, por un lado, para acceder al poder y por otro para que el Estado los subvencione objetivamente, por sus resultados, demostrados en las urnas. El mensaje del decreto es que se demuestre “enraizamiento social”. Así que se concluye que el sistema adoptado no impone trabas u obstáculos a la participación política al entregar la ayuda estatal con base en el éxito de las listas”.

Finalmente, la interviniente no encuentra reparo alguno en lo que se refiere a la regulación que trae el decreto en relación con la transparencia, los informes y la revisión de cuentas.

3. Presidencia de la República

En su condición de Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, el Doctor Camilo Ospina Bernal presenta las consideraciones que a continuación se resumen en relación con el decreto sujeto a examen.

Sostiene que no se presentó violación alguna de normas superiores en la expedición del artículo 6º del decreto 2207 de 2003, por cuanto el mismo “fue expedido en desarrollo de la facultad que para regular las materias relacionadas con el porcentaje de votación requerido para tener acceso a la financiación estatal de las campañas políticas y en defecto de una ley sobre la materia, le confirió el constituyente en el parágrafo del artículo 109 modificado por el artículo tercero del Acto Legislativo 01 de 2003”.

Ahora bien, dentro de las finalidades perseguidas con el Acto Legislativo 01 de 2003 figuran, entre otras, aquellas de establecer requisitos más exigentes para alcanzar la representación en las Corporaciones Públicas y la obtención de personería jurídica de los partidos, como el

umbral y la cifra repartidora; organización democrática de los partidos y prohibición de doble militancia.

De conformidad con el artículo 109 constitucional, el constituyente consagró la obligación para el Estado de concurrir a la financiación de los partidos dejando a la ley la decisión sobre la cuantía de dicha contribución, y el legislador en ejercicio de dicha competencia puede imponer limitaciones a la financiación de campañas tanto respecto de la forma como el Estado concurrirá a la financiación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica como del porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

Agrega que, las consideraciones anteriores muestran cómo el constituyente dejó al legislador un margen de configuración razonable para definir el porcentaje de votación necesario para tener derecho a la financiación estatal, dentro del espíritu de fortalecimiento de los partidos políticos y de lucha contra la política de los personalismos.

En suma, al expedir el decreto 2207 de 2003, el Gobierno simplemente hizo uso de la facultad constitucionalmente otorgada para hacer aplicable y dar eficacia jurídica al artículo 109 Superior, teniendo en cuenta el fortalecimiento de los partidos políticos y acudiendo a criterios razonables de representatividad.

4. Ministerio del Interior y de Justicia

El Doctor Fernando Gómez Mejía, en su calidad de Director del Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia, intervino en el proceso de la referencia exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

El decreto 2207 de 2003 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, teniendo en cuenta que el Congreso de la República no expidió la reglamentación correspondiente dentro del término previsto. En efecto, habiendo sido expedido el decreto 2207 de 2003 el día 5 de agosto de 2003 y publicado en el Diario Oficial 45270 de la misma fecha, se hizo antes del cierre de inscripciones, lo cual se produjo el 6 de agosto del mismo año, conforme lo dispone la resolución 4927 de 2002 de la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante la cual se estableció el calendario electoral para las elecciones del 26 de octubre de 2003 de gobernadores, alcaldes, asambleas departamentales, concejos municipales y miembros de Juntas Administradoras Locales.

En relación con el artículo 1º indica que es conforme con la Constitución por cuanto la financiación estatal tiene como objetivo lograr la independencia de las organizaciones políticas, evitando la influencia de aquellas personas que por su contribución económica a las mismas, puedan en algún momento influir en “los asuntos políticos de que conocen y exigir a cambio contraprestaciones indebidas, por todo lo cual la norma busca preservar la moralidad, la imparcialidad y el interés general”.

El artículo 2º del decreto fue redactado teniendo en cuenta que el inciso segundo del artículo 109 constitucional consagra expresamente que serán financiados con recursos estatales únicamente las campañas políticas que adelanten los partidos y movimientos con personería jurídica, requisito que le permite a los ciudadanos ejercer un mayor control sobre dichas organizaciones, haciendo que éstas se establezcan de manera seria y conforme a la ley.

Respecto al artículo 3º señala que dicha disposición fue expedida en desarrollo de la facultad que otorgó el inciso tercero del artículo 109 constitucional, al consagrarse que en este caso es a la ley la que le corresponde determinar el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

Los artículos 4º, 5º, 6º y 7º del decreto, relacionados con el sistema de reposición de votos, el valor de la reposición, el porcentaje de votación para tener derecho a la reposición y a la fijación de sumas máximas que se pueden invertir en las campañas electorales, encuentran su respaldo en el artículo 109 Superior. En este sentido, el decreto lo que hizo fue actualizar los valores del voto por reposición y de las sumas máximas que se pueden invertir en las campañas políticas, dándole cumplimiento al inciso segundo del párrafo del artículo 109 constitucional.

Los artículos 8º, 9º 10º y 11º del decreto, en cuanto establecen un sistema de auditoría interno, informes y rendición de cuentas y los responsables de las mismas, se encuentran conformes con los artículos 108 y 109 superiores, en la medida en que la exigencia del control a los recursos correspondientes, además de no implicar una injerencia en la organización interna de los partidos y movimientos políticos, conlleva a asegurar la transparencia del proceso de asignación y uso de los fondos públicos.

El artículo 12 del decreto, en el cual se establecen las sanciones por la violación de topes máximos que se puedan invertir en las campañas políticas, se pierda del cargo y exclusión

de la reposición de votos, se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 109 constitucional, que establece como sanción la pérdida de investidura y le otorga a la ley la facultad de señalar otros efectos.

El artículo 13 del decreto, según el cual la reposición de los gastos de las campañas sólo puede hacerse a través de los partidos y movimientos que inscribieron la respectiva lista y que la reposición se debe efectuar dentro del mes siguiente a la elección, no vulnera normas superiores, al encontrar sustento en el inciso tercero del artículo 109 constitucional.

En este orden de ideas, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del decreto 2207 de 2003.

5. Consejo Nacional Electoral.

La Doctora Nydia Restrepo de Acosta, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, interviene en el proceso de la referencia solicitándole a la Corte declarar exequible el artículo 6º del decreto 2207 de 2003.

A su juicio, la expedición del mencionado decreto no obedeció a un capricho del Gobierno Nacional “todo lo contrario, se sustenta en un mandato constitucional taxativamente dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003”, agregando que “se hizo indispensable incluir en este Decreto las condiciones para acceder al pago de dichos recursos por parte del Estado, ya que por cuestiones de tiempo, el Congreso de la República no alcanzó a desarrollarlas de manera legal y en virtud de su facultad natural, con miras a las pasadas elecciones para autoridades territoriales”.

De igual forma sostiene que “esta Corporación considera que el mencionado decreto fue expedido sólo para las elecciones del 26 de octubre de 2003”, y que dicho decreto podrá ser reemplazado por una ley de la República.

Asimismo, explica que el sistema de adjudicación de curules en las elecciones para corporaciones públicas de elección popular es la cifra repartidora, la cual reemplazó al anterior sistema de cuociente electoral. En concordancia con lo anterior, el artículo 6º del decreto 2207 de 2003 guarda una estrecha relación con el artículo 263 Superior, en el entendido de que cuando ninguna de las listas alcance el umbral, las curules serán

distribuidas por el sistema de cifra repartidora; en este último caso serán los candidatos elegidos por este método quienes tendrán derecho a la reposición de votos.

En síntesis, el desarrollo legal establecido mediante el decreto 2207 de 2003 tiene como base las modificaciones introducidas por el Acto legislativo 01 de 2003.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 3733, recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 13 de enero del presente año, solicita a la Corte lo siguiente:

“Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “sino lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes”, contenida en el parágrafo del artículo 3º transitorio del Acto Legislativo No. 01 de 2003, en el que se otorgan facultades al Presidente de la República para regular lo relativo a la financiación de las campañas electorales, por cuanto el otorgamiento de tales facultades al Congreso de la República desbordó los límites del poder de reforma a él atribuido por la Constitución Política.

Declarar la INEXEQUIBILIDAD por consecuencia del Decreto 2207 de 2003, por cuanto, al desaparecer la causa jurídica que sirvió de fundamento para su expedición, esta norma deviene inexequible.

Subsidiariamente, en caso de que la Corte considere que el parágrafo del artículo 3º transitorio del Acto Legislativo No. 01 de 2003 se aviene a la Constitución, este Despacho solicita hacer los siguientes pronunciamientos con relación al contenido del Decreto 2207 de 2003:

Declarar la EXEQUIBILIDAD del Decreto 2207 de 2003, con excepción de la expresión “y las personas jurídicas que los apoyen”, contenida en el artículo 9 del mismo, la cual es inconstitucional.”

El Señor Procurador General de la Nación comienza su intervención sosteniendo que, teniendo en cuenta el calendario electoral, las inscripciones para las elecciones del 26 de octubre de 2003 cerraban el 6 de agosto de 2003, el Gobierno Nacional hizo uso de la

facultad consagrada en el mencionado parágrafo el 5 de agosto de ese año mediante la expedición del decreto 2207 de 2003.

Al respecto, la Vista Fiscal considera que la reiterada renuncia del Congreso a su facultad de legislar, afecta el esquema constitucional de división de poderes, tanto más y en cuanto el parágrafo del acto legislativo consagraba un supuesto irrealizable por el legislador, cual era expedir en el término de 15 días la reglamentación de la reforma en lo atinente al asunto electoral, teniendo en cuenta que el acto reformatorio de la Carta se expidió el 1 de julio y sólo hasta el 20 de ese mes el Congreso podía reunirse por derecho propio, mientras que el término para las inscripciones vencía el 6 de agosto “es decir, el Congreso renunció tácitamente a su competencia al aprobar el parágrafo en mención, pues existía una imposibilidad material para regular la materia a la que él aludía”.

Sobre el anterior punto, la Procuraduría deja claro que desea llamar la atención sobre el hecho de que el Congreso de la República avoque reformas para ser implementadas inmediatamente, “sin que el legislador cuente con las condiciones de realización legales y materiales para efectuarlas. Con conocimiento de ello, recurre de manera retórica al mecanismo de la delegación subsidiaria de la competencia legislativa en cabeza del Ejecutivo o de otros órganos del Estado, en materias que sólo son competencia del órgano de representación popular...”.

En este orden de ideas, reitera la posición que había sentado en los conceptos concernientes a los expedientes D- 5091, D- 5032, D- 5041 y D- 5137, referentes a las facultades del constituyente derivado según la jurisprudencia de la Corte Constitucional; a los principios fundamentales y los valores que informan la Constitución Política que constituyen referentes necesarios para determinar su sustitución por el poder de reforma; al principio de separación de poderes inherente al Estado democrático constitucional; al otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir cuerpos normativos dentro de códigos y leyes estatutarias; y finalmente, las facultades del poder constituyente derivado en el caso bajo estudio.

A continuación, la Vista Fiscal examina la competencia temporal con que contaba el Gobierno Nacional para expedir el decreto 2207 de 2003, concluyendo al respecto que “el plazo otorgado al Congreso para regular la materia, el 26 de julio de 2003, es decir, tres meses

antes de la realización de las elecciones, previstas para el 26 de octubre de 2003, el Gobierno expide el decreto 2207 de 2003 el 5 de agosto de 2003, el cual fue publicado en el Diario Oficial No. 45.270”, debiendo concluirse que “en cuanto al aspecto temporal, el Gobierno Nacional era competente para expedir la norma”.

De igual manera, en lo que concierne a la competencia material considera que, en términos generales, el decreto se ajusta a aquella por cuanto los diversos temas que regula se refieren todos ellos a la financiación de las campañas políticas.

Acto seguido, la Vista Fiscal resume el contenido de los artículos que conforman el decreto 2207 de 2003, no encontrando contradicción alguna con la Constitución, salvo la expresión “las personas jurídicas que los apoyen” del artículo 9º, por cuanto “el inciso 7º del artículo 109 Superior únicamente establece este deber para quienes participen en el proceso electoral y no para los particulares que los financien. Adicionalmente, al establecerse esta obligación únicamente para las personas jurídicas, se vulnera el derecho a la igualdad, al eximir de dicha obligación a las personas naturales que igualmente pueden hacer aportes, de otra parte, las sanciones por violación a los topes de financiación recaen en principio en quienes participan directamente en él, según lo establecido en el artículo 109 constitucional. Si bien esta norma faculta al legislador a establecer otros efectos de la violación de dichos topes, no considera el Ministerio Público que éstos deban extenderse a los particulares sin que previamente se discuta democráticamente los efectos de la participación de particulares en las campañas políticas, especialmente cuando estos pueden incluir sanciones”.

En síntesis, el Gobierno Nacional excedió sus competencias puesto que, aunque el tema se relaciona con la financiación de las campañas electorales, guarda también relación con el derecho fundamental de habeas data, el cual debe ser regulado mediante ley estatutaria. El decreto resulta en este punto incoherente por cuanto “no señala los objetivos y efectos de estos informes a que estarían obligados los particulares que financiaron las campañas, ni tampoco señala cuál es la responsabilidad de los mismos”.

V. DECRETO DE PRUEBAS.

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 16 de febrero de 2005 decretó la práctica de las siguientes pruebas:

"Artículo único. Por Secretaría General de esta Corporación, ofíciense a la Señora Presidenta del Consejo Nacional Electoral para que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, se sirva enviar a este Despacho un informe detallado sobre los siguientes aspectos y remitir la siguiente documentación:

1. ¿ A cuánto ascendieron los montos de dinero destinados y cancelados efectivamente a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos para las campañas electorales que tuvieron lugar en el período 1999- 2002?
2. ¿ A cuánto ascendieron los montos de dinero destinados y cancelados efectivamente a los partidos, movimiento políticos y grupos significativos de ciudadanos para las campañas electorales para Gobernaciones, Alcaldías, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales que tuvieron lugar el 26 de octubre de 2003?.
3. ¿De qué manera se calcularon los costos de transporte y franquicias de correo para las elecciones del pasado 26 de octubre?.
4. De igual manera, se solicita el envío de copia de todas las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional Electoral en relación con los candidatos y campañas que tuvieron derecho a reposición de votos desde el año 1999 hasta el 2003.

El Consejo Nacional Electoral, mediante el oficio número OPC-028, del 17 de febrero de 2005 remitió las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución N° 0030 de 25 de enero de 2005.
- Copia del oficio CNE-P- 039 enviado por la doctora Nidia Restrepo Acosta, Presidenta del Consejo Nacional Electoral a la Doctora Alma Beatriz Rengifo López, Registradora Nacional del Estado Civil.
- Copia de las Resoluciones N° 0057 de 02 de marzo de 1999, N° 0058 de 02 de marzo de 1999, N° 033 de 26 de enero de 2000, N° 0185 de 08 de marzo de 2000, N° 0186 de 08 de marzo de 2000, N° 0266 de 12 de abril de 2000, N° 0400 de 14 de junio de 2000, N° 0003 de 31 de enero de 2001, N° 0027 de 31 enero de 2001, N° 0043 de 07 de febrero de 2001, N° 0059 de 02 de marzo de 1999, N° 0460 de 10 de septiembre de 2001, N° 0670 de 14 de noviembre de 2001, N° 0257 de 21 de enero de 2002, N° 0371 de 06 de febrero de 2002, N°

0563 de 27 de enero de 2003, N° 0564 de 27 de enero de 2003, N° 0347 de 22 de enero de 2004, N° 0409 de 29 de enero de 2004, N° 2519 de 25 de octubre de 2004, y N° 0033 de 25 de enero de 2005.

De igual manera remitió a esta Corporación unos cuadros donde se da cuenta de la financiación que recibieron los partidos y campañas electorales entre los años 1999 a 2003.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 inc. 2 y 241-8 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad del Decreto-Ley 2207 de 2003.

2. Asuntos previos.

2.1. Solicitud del Procurador General de la Nación.

Al emitir el concepto correspondiente a este proceso, el Procurador General de la nación solicita: “Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “sino lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes”, contenida en el parágrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003, en el que se otorgan facultades al Presidente de la República para regular lo relativo a la financiación de las campañas electorales, por cuanto el otorgamiento de tales facultades al Congreso de la República desbordó los límites del poder de reforma a él atribuido por la Constitución Política. En este orden de ideas solicita además, declarar la INEXEQUIBILIDAD por consecuencia del Decreto 2207 de 2003, por cuanto, al desaparecer la causa jurídica que sirvió de fundamento para su expedición, esta norma deviene inexequible.

Advierte la Corte, que al respecto del Parágrafo transitorio del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 existe cosa juzgada constitucional, pues ya fue declarado exequible mediante sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa¹, “por el cargo analizado”, relacionado con la competencia del congreso de la República para reformar la Constitución pero no para sustituirla, que es el mismo a que alude el Procurador en su solicitud. Al respecto concluyó la Corte en la citada sentencia:

“Tal como se ha puesto de presente a lo largo de esta providencia, lo que en las hipótesis de delegación legislativa resulta relevante desde la perspectiva del control, es establecer, no la mera titularidad formal en el ejercicio de la función legislativa, sino las condiciones en las cuales, de manera excepcional, se permite que la misma se radique en cabeza del Ejecutivo. Y tal análisis puede hacerse tanto en relación con actuaciones que de manera general reformen las normas que establecen la reserva, como frente a disposiciones por virtud de las cuales, en el ámbito de una reforma constitucional, se disponga, con carácter transitorio, una excepción al principio general. Esta última hipótesis, que es la que se presenta en el parágrafo transitorio del Acto Legislativo acusado. Por lo tanto, es posible concluir que dicha disposición no comporta una sustitución de la Constitución de 1991, ni de los principios de separación de poderes y reserva de ley que ella consagra como elementos definitorios de su identidad.”.

2.2. El Decreto-Ley 2207 de 2003 se encuentra produciendo efectos jurídicos.

La Corte considera necesario establecer previamente, si el decreto 2207 de 2003 continúa o no produciendo efectos jurídicos. Lo anterior por cuanto se trata de una regulación adoptada con base en una habilitación contenida en un artículo constitucional transitorio, y por ende, sin vocación de permanencia.

Al respecto observa la Corte, que la normatividad en cuestión, distinto a lo sucedido con otras contenidas igualmente en el Acto Legislativo 01 de 2003², sigue desplegando efectos jurídicos, motivo por el cual, esta Corporación puede realizar el examen de constitucionalidad correspondiente.

Cabe recordar, que mediante el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 se reformó el artículo 109 de la Constitución Política, que consagra lo concerniente a la financiación tanto de los partidos y movimientos políticos como de las campañas que éstos adelantes y los grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos.

El parágrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003, evidencia que la intención del constituyente fue la de adoptar una norma de habilitación para el Gobierno Nacional, en caso de que el Congreso no reglamentara las materias a que se refiere el artículo 109 Superior, la cual debería estar lista a mas tardar tres meses antes de su realización, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales.

Ahora bien, como no se trataba de regular el proceso electoral que se llevaría a cabo el 26 de octubre de 2003, sino el contenido del artículo 109 Superior sobre la financiación de las campañas electorales que se adelantaran para dichas elecciones, es evidente entonces que los efectos jurídicos del decreto 2207 de 2003 no se agotaron con la realización del mencionado certamen democrático, sino que por el contrario, la realización de dichas elecciones departamentales y municipales le daría plenos efectos jurídicos, teniendo en cuenta que tal y como está diseñado el sistema de reposición de votos, la financiación estatal de las campañas es posterior a las elecciones.

En suma, el decreto 2207 de 2003 se encuentra desplegando efectos jurídicos en la actualidad.

3. Naturaleza y características del Decreto-Ley 2207 de 2003. Alcance del control de constitucionalidad que le corresponde ejercer a la Corte sobre el mismo.

Mediante el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 se reformó el artículo 109 de la Constitución Política, disposición ubicada dentro del Título IV sobre -La Participación Democrática y de los Partidos Políticos-. Se transcribe a continuación el citado artículo:

Artículo 109. Modificado por Acto Legislativo 01 de 2003 Artículo 3°. El artículo 109 de la Constitución Política quedará así:

El Estado concurrirá a la financiación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

Las campañas que adelanten los partidos y movimientos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos serán financiadas con recursos estatales mediante el sistema de reposición por votos depositados.

La ley determinará el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.

Las campañas para elegir Presidente de la República dispondrán de acceso a un máximo de espacios publicitarios y espacios institucionales de radio y televisión costeados por el Estado, para aquellos candidatos de partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos cuya postulación cumpla los requisitos de seriedad que, para el efecto, determine la ley.

Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.

Los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos.

Parágrafo. La financiación anual de los partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica ascenderá como mínimo a dos punto siete veces la aportada en el año 2003, manteniendo su valor en el tiempo.

La cuantía de la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica será por lo menos tres veces la aportada en el período 1999-2002 en pesos constantes de 2003. Ello incluye el costo del transporte del día de elecciones y el costo de las franquicias de correo hoy financiadas.

Las consultas populares internas de los partidos y movimientos que opten por este mecanismo recibirán financiación mediante el sistema de reposición por votos depositados, manteniendo para ello el valor en pesos constantes vigente en el momento de aprobación de este Acto Legislativo.

Parágrafo transitorio. El Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes.

Como el Congreso de la República no expidiere las normas correspondientes para reglamentar lo previsto en el mencionado artículo 109 de la Constitución, en virtud de la habilitación constitucional consagrada en el Parágrafo transitorio trascrito, el Gobierno

Nacional expidió el 5 de agosto de 2003 el Decreto 2207 “Por medio del cual se desarrolla el artículo 3º del Acto legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales”.

La Corte, mediante sentencia C-972 de 2004, se abstuvo de resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 6 del Decreto 2207 de 2003, y en la misma providencia le solicitó al Presidente de la República enviar a esta Corporación el texto del citado decreto para proceder a efectuar el control constitucional respectivo.

La anterior determinación la adoptó la Corte, en razón a que la reglamentación a la que alude el Parágrafo transitorio del artículo 109 de la Constitución, se refiere a normas sobre financiación de las campañas políticas, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, materia que según pronunciamientos anteriores de esta Corporación³, debe ser objeto de ley estatutaria, puesto que la constitución dispone que lo relacionado con las funciones electorales y los movimientos y partidos políticos debe ser desarrollado a través de ese tipo de leyes (C.P., art. 152, lit. c), y la financiación de las campañas electorales es una parte esencial de esas materias.

Al respecto de la expresión “funciones electorales” a que se refiere el literal c) del artículo 152 de la Constitución, de tiempo atrás la Corte ha precisado los aspectos electorales que sólo pueden ser desarrollados por medio de leyes estatutarias y aquellos otros que pueden ser objeto de regulación mediante ley ordinaria, dado que ésta precisa regulación, por la forma como se consagró constitucionalmente, implica ser mucho más exhaustiva.

En la sentencia C-145 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte consideró,

“...que las funciones electorales que deben ser objeto de regulación mediante ley estatutaria van más allá de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana (CP art 152 literal d) o de la regulación de los derechos de participación de las personas y de los procedimientos y recursos para su protección (CP art 142 literal a).

“Es obvio que estas funciones electorales tienen lazos muy estrechos con los mecanismos y derechos de participación, así como con el régimen de los partidos y movimientos políticos y

el estatuto de la oposición, materias todas ellas que son también objeto de reserva de ley estatutaria por la Constitución. Pero lo que es importante señalar es que el contenido de las funciones electorales no se disuelve en las temáticas anteriormente señaladas sino que tiene una sustancia propia. Una cosa son entonces los derechos de participación, otra los mecanismos e instituciones de participación, y otra diversa aun cuando muy relacionada con las anteriores, las funciones electorales.

“(...)

“...los derechos de participación permiten a los ciudadanos que conforman el cuerpo electoral, por medio de determinados mecanismos e instituciones de participación ciudadana, ejercer la función electoral, gracias a la cual la sociedad democrática se autogobierna. Pero no por ello las funciones electorales se reducen a los mecanismos y derechos de participación ciudadana, por lo cual es necesario no confundir esos diversos fenómenos jurídico-constitucionales.

“Esta diferenciación es importante. En anteriores decisiones relativas al alcance de las leyes estatutarias, sobre todo en materia de derechos, esta Corporación había establecido que debía efectuarse una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución. Dijo entonces la Corte:

Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales.⁴”.

“Pero, como se ha mostrado anteriormente, las funciones electorales desbordan el marco del ejercicio de los derechos de participación. Esto significa que si bien en materia de derechos fundamentales se impone una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria -por cuanto una interpretación diversa vaciaría de contenido la actividad del legislador ordinario-, en materia electoral la situación es diversa. En este caso la regulación de la ley estatutaria debe ser mucho más exhaustiva por las siguientes razones:

“De un lado, porque es la propia Constitución la que ordena regular las funciones electorales mediante ley estatutaria y no solamente los aspectos esenciales de las mismas.

“De otro lado, porque -como se ha señalado anteriormente en esta sentencia- una definición restrictiva de la noción de funciones electorales haría perder su especificidad normativa al mandato constitucional del artículo 152 literal c, ya que las funciones electorales se disolverían en los mecanismos y derechos de participación.

“En tercer término, porque no se puede aducir que una reglamentación exhaustiva de las funciones electorales vacía al Legislador ordinario de su competencia -como sí sucede en el caso de los derechos fundamentales- puesto que las funciones electorales son un campo jurídico delimitado.

“Finalmente, pero no por ello menos importante, porque esta concepción amplia de la reserva de ley estatutaria en materia de funciones electorales encuentra una sólida justificación democrática y constitucional cuando se analiza el sentido de las reglas electorales en el funcionamiento del principio democrático. Es sabido que la democracia, como procedimiento formal para la adopción de decisiones, se fundamenta en el predominio del principio de mayoría en el juego político. Esto significa que por regla general las decisiones colectivas son adoptadas por las mayorías. Sin embargo, lo cierto es que el funcionamiento adecuado del procedimiento democrático basado en la alternancia de mayorías, requiere el reconocimiento por los actores sociales y políticos de reglas básicas previas, encaminadas no sólo a garantizar la igualdad y universalidad del sufragio sino también a proteger los derechos de las minorías en la dinámica democrática. En efecto, la democracia no es el gobierno exclusivo de las mayorías ni un mecanismo para que éstas atropellen a las minorías; por eso sólo hay verdadera democracia allí donde las minorías y la oposición se encuentran protegidas a fin de que puedan eventualmente llegar a constituirse en un futuro en opciones mayoritarias, si llegan a ganar el respaldo ciudadano necesario.

“(…)

“Por consiguiente, conforme a los anteriores argumentos, concluye la Corte Constitucional que a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales

funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio, etc. Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado. Esto no impide que de manera excepcional ciertas materias electorales puedan ser reguladas mediante leyes ordinarias. Así, hay disposiciones que corresponden a aspectos puramente operativos para facilitar la realización de una elección concreta y guardan conexidad con el tema electoral sin ser en sí mismas funciones electorales, como la autorización de una apropiación presupuestal para financiar unas elecciones determinadas. Tales materias pueden ser reguladas mediante leyes ordinarias y no requieren del trámite de una ley estatutaria.”.

Y se concluyó en la citada sentencia, en el punto específico de la financiación de las campañas electorales:

“De otro lado, esta Corte estima que un aspecto central del funcionamiento y régimen de los partidos y movimientos políticos, es el relacionado con la financiación estatal de las campañas electorales. Es este uno de los temas de ineludible regulación mediante ley estatutaria, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 152, literal c) de la Carta Política. Así lo entendió inequívocamente el legislador al ocuparse de manera integral de esta temática en la Ley Estatutaria Número 11/92 Cámara, 348/93 Senado, cuyo artículo 13, luego de reiterar el deber constitucional que en ese sentido tiene el Estado, señala las cifras o montos de reposición de los gastos de campaña para los distintos cargos de elección popular, al igual que la forma de distribución de los aportes estatales entre los candidatos inscritos y el partido o movimiento político, de acuerdo a sus estatutos, como también la entidad encargada de hacer el reajuste anual de tales valores, de conformidad con el aumento del índice de precios al consumidor (artículos 13, 39 y 40 ibidem).

Además, en la sentencia C-515 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, oportunidad en la que la Corte conoció de la demanda de un ciudadano contra el artículo 13 de la Ley 844 de 2003, disposición que no obstante regular lo referente al derecho a la reposición de gastos electorales para los candidatos que participarían en las elecciones del 26 de octubre de

2003, y en tal sentido derogar algunas disposiciones del decreto 2207 de 2003, fue incluida en una ley de modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2003, la Corte consideró, para declarar inexistente la norma demandada, lo siguiente:

“La Corte comparte el concepto acerca de que el artículo 13 de la Ley 844 de 2003 tenía que ser expedido de acuerdo con los procedimientos establecidos para las leyes estatutarias. El artículo 13 tuvo por fin regular distintos puntos relacionados con la reposición de los gastos electorales, que afectan - condicionan - el derecho de recibir esa reposición y modifican las responsabilidades que se derivan de la presentación de los informes. Estos puntos son centrales dentro de la reglamentación de la financiación de las campañas electorales y, por consiguiente, debían ser tratados por medio de una ley estatutaria. En este punto, la Corte reitera lo expresado en la sentencia C-484 de 1996, en el sentido de que “todas las normas que se ocupen de la reglamentación de los órganos de administración electoral y de los procesos electorales mismos han de ser materia de leyes estatutarias. A este principio escaparían únicamente aquellos aspectos que fueran absolutamente accesorios e instrumentales.” En este caso, como se ha precisado, el contenido del artículo 13 no se refiere a aspectos absolutamente accesorios e instrumentales, sino que determina los requisitos para poder acceder a la reposición de gastos y establece quién asume la responsabilidad por los informes presentados sobre los ingresos y gastos de las campañas (negrillas agregadas).

En este punto considera la Corte que es importante precisar que, según su características y su incidencia, también asuntos electorales que podrían ser considerados como accesorios o instrumentales deben ser regulados mediante leyes estatutarias. Por lo menos dos razones fundamentan esta definición: por una parte, porque una característica distintiva de las normas electorales es precisamente su tendencia a fijar procedimientos detallados, puesto que de las particularidades de esas reglas- y de su combinación - se derivan efectos importantes para la dinámica y los resultados de la contienda electoral. Dada la importancia de todos esos detalles operativos para el desenlace de la pujza electoral y para asegurar condiciones de igualdad y de transparencia para las elecciones, es fundamental que su reglamentación no quede en manos de mayorías coyunturales, sino que se someta a procedimientos especiales como los de las leyes estatutarias. Por otro lado, muchas de las normas electorales de carácter operativo tienen la virtualidad de afectar derechos fundamentales, en puntos como la intimidad, la igualdad y la libertad en el sufragio, etc. -

razón por la cual aparece como necesario que su regulación se realice a través de leyes estatutarias. Por eso, es preciso insistir en que pueden ser excluidas de la obligación de ser reguladas mediante leyes estatutarias las normas electorales que sean eminentemente accesorias o instrumentales, como lo anotó la Corte en la sentencia reciente sobre el mecanismo del voto electrónico, en la cual se manifestó al respecto..."

Pues bien, si la Corte consideró en la citada sentencia, que las modificaciones que se le hicieran al decreto 2207 de 2003, debían necesariamente ser tramitadas como leyes estatutarias, es evidente que se reiteró que el contenido del decreto 2207 de 2003 regula una materia de carácter estatutario.

Más recientemente, en la sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte al pronunciarse sobre la exequibilidad del Parágrafo transitorio del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003, precisó la facultad que se confirió al Presidente de la República mediante dicha disposición de la siguiente manera:

"i) tiene carácter subsidiario, en la medida en que sólo opera en el evento en el que el legislador no expida de manera oportuna las normas correspondientes, y sólo respecto de aquellas materias que no hayan sido objeto de regulación por el legislador; ii) es una competencia limitada en cuanto a la materia porque el Presidente de la República sólo puede modificar los cuerpos normativos señalados en la Constitución, y con el propósito exclusivo de desarrollar las nuevas normas antes de las elecciones departamentales y municipales venideras, que se llevaron a cabo en octubre de 2003 ; iii) en ese contexto, el Presidente sólo puede expedir aquellas normas que reglamenten el nuevo artículo 109 para dichos comicios y no para otros, de manera tal que no puede alterar indiscriminadamente cualquier norma estatutaria, sino solo aquellas respecto de las cuales se cumpla esa condición imperativa; iv) se trata de una facultad que el Presidente de la República puede ejercer sólo por un periodo determinable a partir de la propia disposición constitucional; v) las normas que expida el presidente tienen el carácter de leyes en sentido material, y quedan, por consiguiente, hacia el futuro, sujetas al mismo régimen de la ley estatutaria a la que ellas se integren; vi) lo anterior quiere decir que las mismas podrán, en cualquier tiempo, ser derogadas, modificadas o sustituidas por el legislador ordinario, y, finalmente, vii) las normas que expida el Presidente de la República en ejercicio de la especial habilitación constitucional, quedan sujetas al control de constitucionalidad que para las leyes ha previsto el ordenamiento

superior. Por otra parte, es preciso observar que esa habilitación tiene carácter excepcional, porque no obstante que se mantiene, en general, la reserva de ley formal, el propio poder de reforma, a la luz de unas muy particulares circunstancias, decidió conferir las facultades extraordinarias en las condiciones que se han reseñado."

Ahora bien. De lo previsto en los artículos 152, 153 y 157 de la Constitución, puede concluirse que fue voluntad del constituyente, que la expedición de una ley estatutaria se surtiera mediante un procedimiento cualificado, en el que intervienen, de manera consecutiva, las tres ramas del poder público realizando cada una funciones distintas y específicas. Como lo ha sostenido esta Corporación, éstas son leyes reforzadas caracterizadas por tener una mayor vocación de permanencia debido a las exigencias particularmente severas que rigen su tramitación.

Por virtud del artículo 152 Superior, le corresponde al Congreso regular mediante ley estatutaria: (i) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) Administración de justicia; (iii) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; (iv) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; y, (v) Estados de excepción. Además, el Congreso de la República, actuando en virtud del poder para reformar la Carta Política, adicionó el mencionado artículo para incluir dentro de la regulación propia de ley estatutaria, la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Leyes estatutarias que deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas por el Congreso de la República en las condiciones especiales señaladas por el artículo 153 Superior. Es decir, que además de los requisitos ordinarios exigidos por el artículo 157 de la Constitución para la expedición de las leyes ordinarias, aquellas requieren que su trámite se surta dentro de una sola legislatura y que las decisiones sean adoptadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso.

Además, según el inciso segundo del artículo 153 constitucional, dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto.

En relación con el control de constitucionalidad de las leyes estatutarias, la Corte, con fundamento en las anteriores disposiciones de la Constitución ha considerado que presenta las siguientes características: (i) es jurisdiccional; (ii) automático; (iii) integral; (iv) definitivo; (v) participativo; y, (iv) previo.

Se trata de un control jurisdiccional, por cuanto a la Corte le está vedado estudiar la conveniencia u oportunidad de una norma jurídica. Sus fallos son en derecho a partir de la confrontación de un proyecto de ley con la totalidad de la Carta Política. Por lo tanto, como lo sostuvo esta Corporación en sentencia C- 011 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “si bien el control de constitucionalidad de una ley estatutaria es en realidad un control sobre un proyecto de ley, ello no implica que la Corte Constitucional sea colegisladora. En otras palabras, la naturaleza jurídica del objeto estudiado no conlleva un cambio en la naturaleza de la función judicial”.

De igual manera, es un control automático, por cuanto no requiere para su inicio de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, según así expresamente lo establece la Constitución en los artículos 153 y 241-8.

Así mismo, el control de constitucionalidad es integral, por cuanto de conformidad con el numeral 8º del artículo 241 Superior la Corte debe examinar los proyectos de ley estatutaria “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”. De tal suerte que el juez constitucional debe confrontar la materialidad del proyecto de ley con la totalidad de la Carta Política; e igualmente, analizar si se presentó o no un vicio de carácter procedural en su formación.

De igual manera, se trata de un control de constitucionalidad definitivo, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 241-8 Superior, le corresponde a la Corte decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias.

El control de constitucionalidad es asimismo participativo, por cuanto según los artículos 153 inciso 2º y 242 numeral 1º, cualquier ciudadano podrá intervenir en el proceso de constitucionalidad con el propósito de defender o impugnar la exequibilidad del proyecto de ley.

Y, finalmente, es un control de constitucionalidad previo, por disposición del artículo 153 de

la Constitución, que establece que dicho trámite comprenderá la revisión previa por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto.

Cabe recordar, que un examen atento de la jurisprudencia sentada por la Corte en materia de control de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria evidencia, que de manera constante⁵, se ha insistido en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes estatutarias de manera previa a la sanción presidencial. En tal sentido, esta Corporación en sentencia C-011 de 1994 consideró lo siguiente:

“El control de una ley estatutaria es previo. Según el artículo 153 de la Carta, “dicho trámite (del proyecto de ley estatutaria) comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto”. Se advierte pues que el propio texto constitucional define con claridad el carácter previo del control que nos ocupa.”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia C-295 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, cuando señaló que “dentro de los elementos identificados a partir de la Constitución y la ley por la jurisprudencia para caracterizar el control de constitucionalidad de una ley estatutaria, figura precisamente el que éste es automático, previo e integral, sin que pueda la Corporación abstenerse de efectuarlo tomando en cuenta la eventual naturaleza ordinaria de las disposiciones sometidas a su examen. Cosa diferente es que esta circunstancia pueda ser considerada al efectuar el análisis de constitucionalidad respectivo.”

“En razón de la importancia de esas materias y de las implicaciones que su desarrollo tiene en el plexo normativo, el constituyente estableció el procedimiento legislativo especial inherente a las leyes estatutarias. A través de él se busca que la regulación de esos temas sea fruto de un amplio debate democrático en el que se garantice y fomente la participación de todos los grupos asentados en las Cámaras Legislativas. En el mismo sentido, a través de ese procedimiento cualificado se promueve la vigencia de textos normativos cuya compatibilidad con la Carta Política se halle garantizada con mucha más fuerza que la presunción de constitucionalidad que ampara a todas las leyes y de allí por qué tales textos se sometan al control previo del Tribunal Constitucional. Finalmente, las mayorías calificadas exigidas para la promulgación de la norma permiten también que ésta tenga vocación de permanencia y generen seguridad pues esas mismas mayorías se exigen también para su

modificación o derogatoria."

En efecto, el establecimiento de un procedimiento especial y cualificado para la expedición de las leyes estatutarias, asegura que temas esenciales para la vida social⁶, surtan un amplio debate en las cámaras legislativas, con un control previo sobre la exequibilidad del proyecto como parte inherente al régimen de este tipo de leyes, a fin de evitar que entren en vigencia sin la plena garantía de sujeción a la Constitución, dada la importancia que para la comunidad representan los temas que regula.

Por lo tanto, consideró el constituyente de 1991, que no era suficiente para las leyes estatutarias su entrada en vigencia con la sola presunción de constitucionalidad que ampara a todas las leyes, sino que, respecto de aquellas era necesario garantizar con mucha más fuerza⁷ su sujeción a la Carta Política, promoviendo que al entrar en vigencia, sus textos normativos ya estuvieran sujetos al principio de supremacía constitucional y por supuesto al de seguridad jurídica.

Cabe recordar, que la supremacía constitucional consiste en un conjunto normativo que no se deriva de otro, y a su vez, constituye la fuente primigenia de todo el ordenamiento jurídico. Y, el establecimiento de Tribunales Constitucionales, siguiendo el modelo kelseniano, precisamente tuvo como uno de sus fundamentos asegurar la vigencia de este cardinal principio⁸. En cuanto a la preservación de la seguridad jurídica, principios fundante también del Estado Social de Derecho, implica la certeza que tiene la comunidad acerca de que determinadas situaciones jurídicas no serán modificadas o alteradas sino por los medios pre establecidos en el derecho vigente, lo cual confiere tranquilidad a las personas destinatarias de las normas y coadyuva al mantenimiento de la paz social.

Ahora bien. Cuando regulaciones propias de ley estatutaria no sean expedidas por el Congreso de la República, sino que para ello se habilite excepcionalmente por la Constitución al Gobierno Nacional, considera la Corte que igualmente es necesario que tal normatividad surta el control previo de constitucionalidad, pues si bien se trata de una situación particular, en cuanto una normatividad ingresa al sistema jurídico sin haber agotado previamente el proceso legislativo cualificado establecido por la Constitución para ellas, es decir, sin haber surtido el exigente proceso deliberativo reservado para aquellas materias esenciales a la vida

social, no por dicha circunstancia los decretos así expedidos dejan de ser leyes en sentido material, de contenido estatutario, y con régimen esencial propio.

Si bien, la particularidad de los decretos-leyes expedidos por el Gobierno Nacional en virtud de una especial habilitación constitucional transitoria constituye una excepción al régimen establecido en la Constitución para las leyes estatutarias, ello sin embargo no implica la facultad para omitir el deber de someterlas al control previo de constitucionalidad, pues se trata de un requisito inherente a su propia condición. De no ser así, se desnaturalizarían tales normas en cuanto a que carecerían de un elemento central de su carácter de estatutarias⁹.

En tal medida, resulta a todas luces contrario a la Carta Política, que un cuerpo normativo mediante el cual se regula un tema esencial para la vida nacional, y por lo tanto reservado a una ley estatutaria, despliegue todos sus efectos jurídicos sin la plena certeza en torno a su compatibilidad con la Constitución, aunque se trate de una normatividad estatutaria expedida por el Gobierno Nacional mediante decreto, pues con mayor razón en estos particulares casos, por no haber mediado un debate democrático, la exigencia del control previo de constitucionalidad adquiere a plenitud su sentido.

Se podría alegar sin embargo, que en otras ocasiones la Constitución ha revestido de facultades pro tempore al Presidente de la República para regular temas que son de reserva de ley estatutaria y que el control de constitucionalidad ha sido realizado con posterioridad a la entrada en vigor de decreto con fuerza de ley. En tal sentido, durante el debate que tuvo lugar en la Comisión Primera del Senado del proyecto de Acto Legislativo núm. 01 de 2003 Senado, 136 de 2002 Cámara, “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones (segunda vuelta)”, según consta en el Acta de Comisión núm. 28, el Senador Andrés González Díaz presentó una proposición en los siguientes términos:

“Proposición número 133

“Parágrafo transitorio. El legislador procederá a regular los requisitos para la postulación de candidatos a más tardar tres meses antes de las próximas elecciones para corporaciones públicas. Si no lo hiciere, el gobierno nacional quedará revestido de precisas facultades extraordinarias para regular la citada materia durante un plazo que no podrá exceder la fecha de las respectivas elecciones” (negrillas agregadas)¹⁰.

En el curso del debate de la citada propuesta, el autor de la misma argumentó lo siguiente:

Sí. Hago una precisión. No voy a referirme al tema político porque esta norma se ha hecho con el propósito de propiciar aproximaciones. Por eso algunos de los temas que aquí se incluyen bien en algún momento lo ha sugerido el Senador Rivera o el Senador Navarro.

Pero sí una sola reflexión sobre el tema jurídico. Es que las normas de transición deben prevenir, esta norma que es de transiciones es para dejar unas herramientas dado que tendría un efecto inmediato lo que se dispone en el artículo, que no quede un vacío en estos temas y no encuentro yo que haya una contradicción evidente con lo relativo a las leyes estatutarias, las normas de transición pueden hacerlo así, y les voy a dar un ejemplo de la Constitución de 1991 donde se dieron facultades extraordinarias incluso para regular o relativo al régimen de tutela, que es obviamente uno de los temas que más tiene que ver con los derechos fundamentales, pero es que son normas provisionales, excepcionales, luego de que pase el régimen transitorio regresa a su absoluta normalidad el régimen constitucional. (negrillas agregadas).

De manera que yo no le vería ninguna contradicción como la que aquí se ha formulado y por el contrario está previsto en términos precisos y pro tempore como lo reclamaba el Ministro del Interior."

Pues bien, efectivamente el Constituyente de 1991, mediante el artículo transitorio 5º, revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para, entre otros asuntos, reglamentar el derecho de tutela.

Además, estableció en el artículo transitorio 6º, crear una comisión especial, a la que se le denominó comúnmente "Congresito", para improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, "Los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los de nombramientos. Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el Gobierno".

Adviértase entonces, que para la época de la expedición de la Constitución de 1991, se trataba de poner en marcha una nueva Carta Política que trasladaba el control de constitucionalidad a una también nueva institución, la Corte Constitucional, que entró en

funcionamiento en febrero del año siguiente, por lo cual, las normas respectivas que expediría el Presidente de la República para regular materias propias de ley estatutaria, como la reglamentación del derecho de tutela, no podían surtir ese control de carácter jurisdiccional previo previsto en la misma Carta Política.

Sin embargo, fueron sometidos a un cierto tipo de control por parte de la citada Comisión Especial, que si bien no ejercería una función jurisdiccional, si tenía la facultad de improbar normas de los proyectos de decreto que preparara el Presidente de la República, las cuales no podían ser expedidas.

Al respecto de este procedimiento, la Corte ha considerado, que los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias fueron el resultado de “una situación coyuntural y extraordinaria que hizo necesario acudir a procedimientos legislativos eficaces para poner en marcha un nuevo ordenamiento constitucional”¹¹.

Aunado a lo anterior, el Constituyente de 1991, previó en el artículo transitorio 10 de la nueva Carta Política, un control reforzado para los decretos que expidiera el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos transitorios, disponiendo que “Los decretos que expida el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”. Nótese, que además de aquel control previo que sobre tales decretos correspondía ejercer a la comisión especial creada para el efecto, se dispuso un control jurisdiccional posterior mediante la acción pública de inconstitucionalidad¹².

Cabe recordar también, que en determinadas ocasiones la Corte ha aceptado, de manera excepcional, que sobre una ley estatutaria se adelante un control de constitucionalidad posterior a la entrada en vigor de aquélla. En efecto, la Corte ha admitido que no obstante haberse adelantado el control de constitucionalidad previo e integral sobre el proyecto de ley estatutaria, en situaciones muy puntuales, se podría realizar un nuevo examen sobre la conformidad material de una norma de contenido estatutario con la Carta Política.

En efecto, esta Corporación en sentencia C- 011 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero estimó lo siguiente, en relación con un proyecto de ley estatutaria mediante el cual se reglamentaba el voto programático:

“Distinto sería, sin embargo, observa la Corte, el caso en el que el presunto vicio de inconstitucionalidad surja con posterioridad al control previo que ella realizó, evento en el cual ciertamente procede el control de constitucionalidad mediante acción ciudadana, de conformidad con el artículo 241 numeral 4° y 242 numeral 1°. (negrillas originales).

Por ejemplo, si al momento de la sanción presidencial se viola la Constitución -si la ley es sancionada por un ministro u otro funcionario distinto del Presidente de la República-, el vicio de constitucionalidad es sobreviniente al pronunciamiento -previo- de la Corte y por tanto no ha sido objeto de sentencia alguna. (negrillas agregadas).

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional se separa del concepto del Procurador General de la Nación, que estima que en todos los casos las leyes estatutarias son demandables en el devenir por los ciudadanos.”

El señalado caso de vicio de inconstitucionalidad sobreviviente ha sido entendido de manera restrictiva por el juez constitucional. Así, en Auto 038 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, la Corte señaló lo siguiente:

“En efecto, como se ha indicado, el fallo que en ejercicio del control de constitucionalidad profiera la Corte respecto de un proyecto de ley estatutaria, es integral, es decir, que al momento de confrontar las normas del proyecto con la preceptiva constitucional, la Corporación analiza todos y cada uno de los artículos del mismo a la luz de todos y cada uno de los preceptos del estatuto superior, y en consecuencia, no podrán en el futuro, ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad, pues al tenor del artículo 243 de la Carta Política, las sentencias de la Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y sus disposiciones no podrán volver a ser objeto en el futuro de examen de constitucionalidad, salvo la excepción a que se aludió en la providencia C- 011 de 1994, la cual no encaja dentro del cargo de la demanda”. (negrillas agregadas).

Siguiendo los anteriores pronunciamientos, la Corte en Auto 042 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández sostuvo, que “siendo el control de constitucionalidad respecto de los proyectos de ley estatutaria integral y definitivo y con efectos de cosa juzgada, ninguna de las normas que forman parte de la ella pueden ser examinadas nuevamente, salvo la

excepción a la que alude la sentencia citada, esto es, que se configuren vicios de inconstitucionalidad sobrevivientes a dicho control, como por ejemplo vicios de forma en el trámite posterior o vicios de fondo resultantes del cambio de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad”.

La anterior línea jurisprudencial muestra que el control previo, integral, definitivo, oficioso y participativo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley estatutaria es la regla general, y que únicamente en casos excepcionales, cuando quiera que se presente un vicio de inconstitucionalidad sobreviviente a dicho control, ya sea de carácter formal o material, se puede realizar un nuevo juicio de constitucionalidad, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, cuando quiera que la legislación delegada excepcional y transitoria sea de contenido estatutario, ésta deberá someterse al control correspondiente a tal variedad de leyes, que incluye, como parte esencial de su régimen, el control previo constitucionalidad. Además, dado que se trata de una norma expedida con fundamento en una habilitación constitucional, el control se extiende al cumplimiento de los límites temporal y material fijados por la norma habilitante.

4. Control de los límites temporales fijados para la expedición del Decreto 2207 de 2003.

Los diversos intervenientes y la Vista Fiscal coinciden en afirmar que el Gobierno Nacional respetó los límites temporales que la norma constitucional habilitante le señaló para la expedición del decreto con fuerza de ley mediante el cual desarrollara el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales. La Corte comparte la anterior aseveración, por las razones que pasan a explicarse.

De conformidad con el Parágrafo transitorio del artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2003, al Congreso de la República le correspondía reglamentar lo relacionado con la financiación de los partidos y movimientos políticos y las campañas que éstos adelanten así como los grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos. En lo que concierne a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación debía estar lista “...a más tardar tres meses antes de su realización”; y de no hacerlo, “...el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes”.

Dado entonces que la reforma constitucional entró en vigencia el 3 de julio de 2003; que las elecciones departamentales y municipales estaban programadas para ser realizadas el 26 de octubre de ese mismo año; que tres meses antes de su realización, es decir, antes del 26 de julio de 2003 el Congreso de la República no adoptó una ley estatutaria que regulase la mencionada materia, le correspondía entonces al Gobierno Nacional hacer la regulación mediante un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes, lo que ocurriría el 6 de agosto de 2003 según Resolución 4927 de 2002 de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Como el decreto 2207 de 2003 fue expedido por el Gobierno Nacional el 5 de agosto de 2003, siendo publicado en el Diario Oficial No. 45270 de esa misma fecha, no cabe duda alguna sobre el respeto a los límites temporales fijados por la norma habilitante.

5. El decreto-Ley 2207 de 2003 es inexequible por omisión del control previo de constitucionalidad inherente a las leyes estatutarias.

En el presente caso, el Gobierno Nacional expió el Decreto 2207 de 2003, que en el artículo 14 dispuso lo siguiente:

Artículo 14. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación.

El 5 de agosto de 2003, el decreto fue publicado en el Diario Oficial N. 45270, pag. 26, y desde esa fecha comenzó a desplegar todos sus efectos jurídicos, sin haberse surtido el control previo de constitucionalidad sobre el mismo.

Sobre este decreto, la Corte no tuvo la oportunidad de ejercer el control previo de constitucionalidad, pues no fue remitido por el Gobierno para el efecto. Fue necesario, en vista de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, que la Corte le solicitase al Presidente de la República su envío¹³, para efectos de realizar el control de constitucionalidad correspondiente sobre el mismo, y que es el que se surte en la presente oportunidad.

En efecto, el Presidente de la República, puso en vigor el Decreto 2207 de 2003, que tiene fuerza de ley y es de contenido estatutario, omitiendo cumplir el control previo de constitucionalidad aplicable a este tipo de normas, habiéndose modificado de tal manera el

régimen vigente en una materia esencial a la democracia colombiana como lo es la relacionada con la financiación de las campañas políticas, en el ámbito departamental y municipal. Por lo tanto, la Corte lo declarará inexistente, decisión que no podía ser adoptada sin que previamente se hubiere solicitado al Presidente de la República el envío del texto del mencionado decreto.

VII. DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXISTENTE el Decreto-Ley 2207 de 2003, por no haber surtido el control previo de constitucionalidad.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MARCO GERARDO MONROY CABRA Y RODRIGO ESCOBAR GIL A LA SENTENCIA C - 523/05

DECRETO ESTATUTARIO-Orden dada al gobierno de remisión de decreto obligaba a la Corte hacer un control integral, oficioso y definitivo de la disposición, sin considerar la oportunidad del envío/DECRETO ESTATUTARIO-Excepción a la regla de control previo (Salvamento de voto)

En la Sentencia C-972/04, la Corte dejó claramente establecido que el Decreto se solicitaba al Gobierno puesto que sobre éste se debía realizar un control oficioso, integral, definitivo y -en

lo atinente a este estudio- posterior. De otra parte, teniendo en cuenta que las sentencias son normas, lo cual es evidente en la parte resolutiva de los fallos, para que la norma constituida por la parte resolutiva de la Sentencia C-972/04 pudiera tener un entendimiento razonable, la mayoría debió haber tenido en cuenta el criterio hermenéutico del efecto útil. La orden dada al Gobierno de remisión del Decreto 2207 de 2003 obligaba a la Corte a hacer un control integral, oficioso y definitivo de la disposición, sin considerar la oportunidad del envío. La opinión mayoritaria desconoció este mandato que la Corporación se había auto impuesto en el fallo mencionado. Finalmente, si en gracia de discusión, dentro de una lógica en abstracto, pudiera decirse que los decretos con naturaleza estatutaria deben seguir idéntico procedimiento a las leyes estatutarias, como lo sostiene la Sala Plena, para el caso concreto del Decreto 2207 de 2003 la eventual falencia constitucional habría sido saneada con las contundentes consideraciones de las sentencias C-971 y C-972 de 2004 que abordaban como una excepción a la regla de control previo el caso del Decreto en cuestión.

DECRETO ESTATUTARIO SOBRE FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES EN EL AMBITO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL-Imposibilidad de exigir control previo

Si el Congreso tenía como máximo plazo para reglamentar las elecciones departamentales y municipales hasta tres meses antes de su realización, sólo hasta el 26 de julio, frente a la omisión del Congreso, el Gobierno pudo hacer uso de sus facultades subsidiarias. A partir del 26 de julio, el Gobierno tenía plazo para “dictar un decreto con fuerza de ley” hasta el 6 de agosto de 2003, fecha en la cual se dio el cierre de inscripciones. Es decir, el Presidente contaba con nueve días para dictar tal decreto. Así las cosas, sería manifiestamente desproporcionado exigir un control previo del mismo, toda vez que, teniendo en cuenta que la normatividad debía ser aplicada a los procesos electorales que culminarían el 26 de octubre -motivo por el cual el mismo párrafo dio un plazo máximo para que se dictara el Decreto-, en nueve días habría sido imposible ejercer el control por parte de la Corte Constitucional. Al observar que el Gobierno tenía una fecha límite para dictar el Decreto, a saber, la fecha de cierre de inscripciones, se puede inferir que tal facultad extraordinaria fue otorgada, principal aunque no exclusivamente, para que la normatividad fruto del ejercicio de tal facultad fuera aplicada en el trámite electoral que culminaba con las elecciones del 26 de octubre de 2003. Si esto era así, y teniendo en cuenta que la norma sujeta a control previo no hubiera podido entrar en vigencia hasta después de que tal control hubiera sido culminado, la mayoría contrarió la voluntad del constituyente en el párrafo transitorio.

Voluntad que consistía en someter a control integral pero posterior al Decreto 2270 de 2003. La Corte, al tener conocimiento del límite temporal con el que contaba el Gobierno para dictar el decreto con fuerza de ley y haber declarado exequible el parágrafo transitorio contentivo de tal límite aceptó que era constitucional que, para el caso concreto, el control constitucional de una norma de carácter estatutario fuera posterior. La parte resolutiva de la Sentencia C-971/04 hizo tránsito a cosa juzgada y lo que se derivaba de tal decisión debió haber sido cumplido por la misma Corte.

Referencia: expediente PE-021

Revisión del Decreto Ley 2207 de 2003, “Por medio del cual se desarrolla el artículo 3 del Acto legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales.”

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el habitual respeto por la decisiones de la Sala, salvamos el voto en el asunto de la referencia. (I) Después de realizar un breve análisis de los argumentos de la decisión mayoritaria, (II) procederemos a exponer las razones que nos llevaron a apartarnos de ésta.

(I) Breve análisis de los argumentos de la decisión mayoritaria

Por tal motivo, y con fundamento en el artículo 39 del Decreto 2067 de 1991, la Corte decidió asumir de oficio el control de constitucionalidad del mencionado decreto.

2. La Presidencia de la Corte Constitucional, por medio de oficio del 8 de octubre de 2004, solicitó a la Presidencia de la República el envío de copia auténtica del Decreto en cuestión para “proceder a realizar la revisión oficiosa de constitucionalidad que por mandato de la Constitución, le corresponde a esta Corporación.”

En cumplimiento de tal solicitud, el 11 de octubre de 2004, se remitió lo solicitado a esta Corporación. Por medio de Auto del 29 de octubre de 2003, la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández avocó conocimiento del proceso y dio trámite al mismo.

3. Al analizar la constitucionalidad del Decreto, la mayoría entró a estudiar las características y alcance del control constitucional que la Corte debía realizar sobre esta disposición.

Para el efecto, después de reiterar que el Decreto 2207 tenía carácter material de Ley estatutaria, trajo a colación las consideraciones de la Sentencia C-971/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual había estudiado la constitucionalidad del parágrafo transitorio del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003, según las cuales la facultad conferida al Presidente de la República en esa disposición implicaba que “las normas que expida el presidente tienen el carácter de leyes en sentido material, y quedan, por consiguiente, hacia el futuro, sometidas al mismo régimen de la ley estatutaria a la que se integren”.

Con base en este criterio, la mayoría señaló que al tener carácter de ley estatutaria, el Decreto 2207 de 2003 debió haber sido sometido a un tipo de control igual al de una ley estatutaria -ley cualificada en la que intervenían, consecutivamente, las tres ramas del poder desplegando funciones diferentes y específicas-, lo que incluía el control previo de constitucionalidad.

Recordó la Corporación que el control de las leyes estatutarias “es un control de constitucionalidad previo, por disposición del artículo 153 de la Constitución, que establece que dicho trámite comprenderá la revisión previa por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto.” Posteriormente, añadió la Corte que “cuando quiera que la legislación delegada excepcional y transitoria sea de contenido estatutario, ésta debe someterse al control correspondiente a tal variedad de leyes, que incluye, como parte esencial de su régimen, el control previo de constitucionalidad.”

Las razones expuestas por la mayoría para sustentar tal afirmación fueron las siguientes:

1. Puesto que los temas que abordan las leyes estatutarias son esenciales para la vida social, motivo por el cual deben tener un control previo sería contrario a la Constitución que una regulación referente a la financiación de las campañas electorales en los ámbitos departamental y municipal desplegara sus efectos sin que antes hubiese sido controlado por la Corte para garantizar la supremacía de la Constitución. Temas de la trascendencia del electoral no pueden surtir sus efectos dejándose sometidos sólo a un eventual control de

carácter posterior.

2. La conservación de la seguridad jurídica es otra de las razones por las cuales el control debe ser previo. En términos del pronunciamiento mayoritario “en cuanto a la preservación de la seguridad jurídica, principios (sic) fundante también del Estado Social de Derecho, implica la certeza que tiene la comunidad acerca de que determinadas situaciones jurídicas no serán modificadas o alteradas sino por los medios pre establecidos en el derecho vigente, lo cual confiere tranquilidad a las personas destinatarias de las normas y coadyuva al mantenimiento de la paz social.”

3. El control previo se justifica más aún cuando la norma controlada es producto del uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente, puesto que en esta ocasión hay menor foro de debate democrático que en el Congreso.

4. Si bien la Corte ha realizado control posterior de normas de contenido estatutario, éste ha sido excepcional y dentro de ninguna de las excepciones se encuadra el Decreto 2207 de 2003.

El primero de los casos se presentó cuando el Presidente, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la, para ese entonces, recién expedida Constitución de 1991, reglamentó aspectos constitucionales tales como el procedimiento de tutela. Tal caso tenía la particularidad de que para el exacto momento en que entró en vigencia la Constitución de 1991 aún no estaba conformada la Corte Constitucional, sino una comisión especial que se encargaba de controlar los proyectos de decreto preparados por el Gobierno nacional y la misma regulación transitoria de la Constitución había previsto para estos decretos un control posterior por parte de la Corte Constitucional.

El segundo de los ejemplos se presenta frente a disposiciones de leyes estatutarias que ya han sido sometidas a control previo y automático, pero después de su entrada en vigencia se han vuelto a contrastar con la Constitución por vicios de inconstitucionalidad sobreviniente.

1. Así como la ley estatutaria requiere de control previo, el decreto de contenido estatutario también lo necesita y, por tanto, no puede entrar en vigencia sin haber agotado el trámite que la Constitución establece.

Señala la mayoría que el Decreto en análisis, según su artículo 14, entró en vigencia a partir de su promulgación; fue publicado en el Diario Oficial No 45270 el 5 de agosto de 2003, momento desde el cual desplegó sus efectos jurídicos, sin control previo, desconociendo así la Constitución. Por tal motivo, la Corte lo declaró inexistente en su totalidad.

Agregó la mayoría, por último, que la declaración de inexistencia no hubiera podido ser adoptada sin que previamente se hubiera solicitado al Presidente el envío del Decreto.

(II) Razones del salvamento de voto

Los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto consideramos que la Corte ha debido realizar un control material del Decreto 2207 de 2003, puesto que el requisito de control previo de las normas de naturaleza estatutaria no era predictable en esta ocasión, puesto que (i) las sentencias C-971/04 y C-972/04 permitían un control de constitucionalidad posterior y (ii) debido a los factores temporales que rodearon la expedición del Decreto, la Corte al exigir el control previo del Decreto (a) estaría obligando a lo imposible al Gobierno y, simultáneamente, (b) desconocería la finalidad buscada por el Constituyente al atribuir facultades extraordinarias al Gobierno.

(i) En la Sentencia C-971/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte abordó el análisis del parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2003 según el cual “[e]l Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes.”

Como lo señala el pronunciamiento mayoritario, en la Sentencia C-971/04 se anticipó el carácter estatutario que tendría el Decreto que eventualmente llegara a dictar el Gobierno, en subsidio del Congreso, debido a su materia, y se afirmó que tal decreto debería someterse a control constitucional. No obstante, contrario a lo señalado por las consideraciones de la mayoría, la mencionada sentencia no indicó que tal control debiera ser previo, antes bien, como se demostrará a continuación, se previó que el caso del eventual decreto era *sui generis* y lo que se debería someter a control sería el Decreto que no el proyecto de tal.

- En efecto, al referirse a las características del parágrafo acusado, la Sentencia en mención

indicó que con éste “se mantiene el control constitucional de los decretos, el cual es ejercido por la Corte Constitucional.” Obsérvese cómo se refirió al control constitucional de los “decretos” y no de los proyectos de tales. Además, véase de qué manera no se mencionó nada acerca del momento en el cuál debía surtirse tal control.

- De otra parte, para justificar que la competencia excepcional y pro tempore concedida al Gobierno en el parágrafo transitorio no implicaba una reforma a la Constitución, la Sentencia señaló: “los decretos con fuerza de ley que profiera el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias en cuestión, están sometidos al control de la Corte Constitucional, lo que permite impedir cualquier abuso o extralimitación por parte del Ejecutivo. En este (sic) materia es preciso advertir que, no obstante que se está ante una especial habilitación para que el Presidente de la República expida normas con fuerza de ley, que no está enunciada entre las atribuciones de control de constitucionalidad que para la Corte Constitucional prevé el artículo 241 Superior, no es menos cierto que, tal como se expresó por esta corporación en la Sentencia C-131 de 1993, como quiera que en el Estado de Derecho todos los poderes constituidos derivan sus competencias de la Constitución y sería inconcebible que un acto de un poder constituido pudiese contrariar la Constitución y no obstante carecer de control, debe concluirse que las normas que en ejercicio de esa facultad expida el gobierno, están sometidas a control de constitucionalidad, y dado que las mismas tienen naturaleza legal, no solo porque así lo establece la norma habilitante, sino porque ellas están orientadas a expedir o modificar cuerpos normativos de carácter legal y estatutario, su conocimiento corresponde a la Corte Constitucional, como en diversas oportunidades, frente a situaciones similares ha sido expresado por esta Corporación.¹⁴” (subrayas ajenas al texto)

Del párrafo trascrito es oportuno estudiar las expresiones subrayadas. Al afirmar la Sentencia que la Corte tendría competencia para analizar la constitucionalidad de los “decretos” se excluía que el control ejercido debiera darse sobre el proyecto de decreto y, en esa medida, se justificaba tácitamente que el control fuera posterior. De otro lado, al aseverar que la facultad otorgada al Presidente “no está enunciada entre las atribuciones de control de constitucionalidad que para la Corte Constitucional prevé el artículo 241 Superior”, la Sala Plena excluyó el caso del Decreto gubernamental en cuestión de los parámetros del artículo 241, es decir, del control que deben tener las leyes estatutarias, cuyo carácter previo está expresamente estipulado en el artículo 241, numeral 8.

Al haberse excluido expresamente la disposición del Gobierno de los criterios del artículo 241, la Corte tácitamente estaba afirmando que la formación del Decreto que eventualmente expediera el Gobierno no era idéntica a la de una ley estatutaria, como afirma la mayoría, y, por tanto, no estaba sometido a control previo.

- Posteriormente, la Corte aseveró: "Observa la Corte, sin embargo, que la decisión del poder de reforma de acudir a esta alternativa de habilitación legislativa en relación con materias de ordinario sometidas a reserva de ley estatutaria, que incluyen en su tramitación el previo control de constitucionalidad, plantea un problema de asimetría en dichos cuerpos normativos, puesto que coexistirían en ellos, normas sobre las que ha operado un control integral de constitucionalidad, con otras que carecen del él y que sería por consiguiente susceptibles de ser demandadas por cualquier ciudadano. Como quiera que ello desnaturalizaría tales normas en cuanto que carecerían de un elemento central de su carácter de estatutarias, al paso que se desvertebrarían los estatutos a los cuales ellas se integran - en este caso la ley estatutaria sobre partidos y movimientos políticos donde se regula la financiación de la política- observa la Corte que, no obstante que no hay previsión expresa sobre el particular, una interpretación integral de la Constitución impone que en tales casos, en cuanto que en ejercicio de las facultades extraordinarias se modifiquen leyes estatutarias, los respectivos decretos deben ser remitidos por el gobierno para que la Corte ejerza el control de su constitucionalidad, y que en caso de que ello no ocurra así, la Corte habrá de aprehender de oficio su conocimiento. Solo de esa manera puede preservarse la naturaleza de las leyes estatutarias como cuerpos normativos que han sido objeto de un control integral y definitivo de constitucionalidad." (subrayas ajenas al texto)

Del anterior párrafo, y en particular de los apartes subrayados, se deduce que la Sala Plena quiso hacer énfasis en que no existía previsión expresa sobre el control de constitucionalidad de estos decretos, motivo por el cual no habría razón suficiente para incluirlos dentro de la forma de control prevista para los proyectos de leyes estatutarias en el numeral 8 del artículo 241 constitucional. Se infiere, además, que el control que debería darse sería sobre los "respectivos decretos" y no proyectos de tales. Es decir, el control si bien automático, no debería ser previo.

- La posición mayoritaria cita para justificar que la formación de el Decreto 2207 de 2003 debió haber sido cualificada, como la de las leyes estatutarias, el siguiente aparte de la

Sentencia C-971/04: “v) las normas que expida el presidente tienen el carácter de leyes en sentido material, y quedan, por consiguiente, hacia el futuro, sometidas al mismo régimen de la ley estatutaria a la que ellas se integren” (subrayas ajenas al texto).

Consideramos, primero, que no se debió haber dado una lectura aislada del aparte citado, sino sistemática; es decir, observante del contenido de los párrafos que se han citado y analizado anteriormente. Si tal lectura sistemática se hubiese dado, habría sido imposible concluir que al Decreto dictado por el Gobierno se le debió aplicar idénticas reglas a las de las leyes estatutarias.

Además, la mayoría olvidó observar la especial calificación que dio el párrafo a la equivalencia de regímenes aplicables a las normas que expidiera el Presidente y a la ley estatutaria a la que se integrara. En efecto, en el párrafo que equipará las normas que expidiera el Presidente a las leyes estatutarias, no se hizo referencia a la norma que estuviera por expedir o el proyecto de norma, sino a la “norma que expida”, es decir, al decreto ya expedido. Esto se refuerza si la equivalencia se debía dar “hacia el futuro”. La expresión hacia el futuro encaja mucho mejor con un control posterior y no previo como el que exigió la mayoría.

- En conclusión, al declarar exequible el párrafo transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003, la Corte permitió la figura de una delegación pro témpore sui generis con control de igual carácter singular, a saber, integral y oficioso, pero posterior.

Por su parte, la Sentencia C-972/04, como lo señala la mayoría, ordenó el envío del Decreto 2207 para “para proceder a efectuar el control de constitucionalidad respectivo”. Sin embargo, de esto no se infería, como se hizo en la Sentencia de la cual nos apartamos, el hecho de que tal control de constitucionalidad debiera ser previo, y por tanto, al no haberlo sido, el Decreto en su integridad deviniera en inconstitucional. Para fundamentar esta afirmación se citarán y analizarán varios apartes de la Sentencia.

Primero, obsérvese que dentro de las características que debía tener el control de constitucionalidad elaborado por la Corte no se mencionó el carácter previo. Además, si bien luego se hizo énfasis en las características del control, en ningún momento se hizo hincapié en la anterioridad con la cual debió haber sido enviado el Decreto.

- Posteriormente añadió la sentencia la siguiente afirmación que no deja duda alguna de que el control del Decreto, si bien era integral, no debió haber sido previo. Afirmó la Corporación “Así, es claro que el control debe ser oficioso, no rogado, lo que indica que el Gobierno debía haber enviado el decreto a la Corte inmediatamente después de su expedición, para que se surtiera el examen de constitucionalidad.”(subrayas ajenas al texto)

Obsérvese cómo la Corte al determinar el momento en el cual el Gobierno tenía el deber de haber enviado la norma no señaló que el control era previo, sino posterior, aunque debiera darse acto seguido a su expedición.

- Por último, la Corte indicó que “De las premisas anteriores se deduce que el Gobierno debía haber enviado a la Corte, de oficio, el texto del Decreto 2207 de 2003 para que fuera revisado en su constitucionalidad. El examen de constitucionalidad sobre el decreto debe ser, como se ha señalado, oficioso, integral y definitivo.” De lo subrayado se infiere, primero, que el control oficioso se debía dar sobre el “Decreto 2207” y no el proyecto de éste, y las características de tal control no eran otras que el ser oficioso, integral y definitivo.

En conclusión, en la Sentencia C-972/04, la Corte dejó claramente establecido que el Decreto se solicitaba al Gobierno puesto que sobre éste se debía realizar un control oficioso, integral, definitivo y -en lo atinente a este estudio- posterior.

De otra parte, teniendo en cuenta que las sentencias son normas, lo cual es evidente en la parte resolutiva de los fallos, para que la norma constituida por la parte resolutiva de la Sentencia C-972/04 pudiera tener un entendimiento razonable, la mayoría debió haber tenido en cuenta el criterio hermenéutico del efecto útil. La orden dada al Gobierno de remisión del Decreto 2207 de 2003 obligaba a la Corte a hacer un control integral, oficioso y definitivo de la disposición, sin considerar la oportunidad del envío. La opinión mayoritaria desconoció este mandato que la Corporación se había auto impuesto en el fallo mencionado.

Finalmente, si en gracia de discusión, dentro de una lógica en abstracto, pudiera decirse que los decretos con naturaleza estatutaria deben seguir idéntico procedimiento a las leyes estatutarias, como lo sostiene la Sala Plena, para el caso concreto del Decreto 2207 de 2003 la eventual falencia constitucional habría sido saneada con las contundentes consideraciones de las sentencias C-971 y C-972 de 2004 que abordaban como una excepción a la regla de control previo el caso del Decreto en cuestión.

(ii) De otro lado, debido a los factores temporales que rodearon la expedición del Decreto, la Corte al exigir el control previo del Decreto (a) estaría obligando a lo imposible al Gobierno y, simultáneamente, (b) desconocería la finalidad buscada por el Constituyente al atribuir facultades extraordinarias al Gobierno.

(a) El parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2003 señala:

“En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes.”

Contextualizando temporalmente el parágrafo transitorio se tenía que:

1. El cierre de inscripciones se dio el 26 de agosto de 2003
2. Las elecciones se surtieron el 26 de octubre de 2003
3. El 5 de agosto de 2003 el Gobierno profirió el Decreto 2270

Si el Congreso tenía como máximo plazo para reglamentar las elecciones departamentales y municipales hasta tres meses antes de su realización, sólo hasta el 26 de julio, frente a la omisión del Congreso, el Gobierno pudo hacer uso de sus facultades subsidiarias. A partir del 26 de julio, el Gobierno tenía plazo para “dictar un decreto con fuerza de ley” hasta el 6 de agosto de 2003, fecha en la cual se dio el cierre de inscripciones. Es decir, el Presidente contaba con nueve días para dictar tal decreto. Así las cosas, sería manifiestamente desproporcionado exigir un control previo del mismo, toda vez que, teniendo en cuenta que la normatividad debía ser aplicada a los procesos electorales que culminarían el 26 de octubre -motivo por el cual el mismo parágrafo dio un plazo máximo para que se dictara el Decreto-, en nueve días habría sido imposible ejercer el control por parte de la Corte Constitucional.

(b) Al observar que el Gobierno tenía una fecha límite para dictar el Decreto, a saber, la fecha de cierre de inscripciones, se puede inferir que tal facultad extraordinaria fue otorgada,

principal aunque no exclusivamente, para que la normatividad fruto del ejercicio de tal facultad fuera aplicada en el trámite electoral que culminaba con las elecciones del 26 de octubre de 2003. Si esto era así, y teniendo en cuenta que la norma sujeta a control previo no hubiera podido entrar en vigencia hasta después de que tal control hubiera sido culminado, la mayoría contrarió la voluntad del constituyente en el parágrafo transitorio. Voluntad que consistía en someter a control integral pero posterior al Decreto 2270 de 2003.

La Corte, al tener conocimiento del límite temporal con el que contaba el Gobierno para dictar el decreto con fuerza de ley y haber declarado exequible el parágrafo transitorio contentivo de tal límite aceptó que era constitucional que, para el caso concreto, el control constitucional de una norma de carácter estatutario fuera posterior. La parte resolutiva de la Sentencia C-971/04 hizo tránsito a cosa juzgada y lo que se derivaba de tal decisión debió haber sido cumplido por la misma Corte.

En los términos anteriores dejamos expuestas las razones de nuestra discrepancia.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA C-523 DE 2005

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO ESTATUTARIO-Imposibilidad de invocar procedimiento que solo está previsto para las leyes estatutarias (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO ESTATUTARIO-Carácter integral y definitivo (Salvamento de voto)

Referencia: expediente P.E. 021

Revisión del Decreto-Ley 2207 de 2003, “por medio del cual se desarrolla el artículo 3 del

Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales.

Magistrada Ponente:

Dra. Clara Inés Vargas Hernández

En relación con la sentencia de la referencia, con todo comedimiento reitero de manera sucinta las razones de mi desacuerdo con la decisión mayoritaria.

En efecto, si bien es cierto que en el caso presente se trata del enjuiciamiento de normas de contenido “estatutario”, por disponerlo así la propia Constitución, es lo cierto que la Corte, frente al Decreto en el cual se contiene esa “normatividad estatutaria”, no puede innovar un procedimiento que solo está previsto para la normatividad estatutaria plasmada en las leyes “estatutarias”. Estas están sujetas constitucionalmente a un trámite especial, no trasplantable, de manera automática, por ministerio del juez constitucional.

Ahora bien, se reitera que el control que en casos como el presente, corresponde a la Corte tiene el carácter de integral y definitivo lo que permitía en el caso de la referencia, efectuar el análisis en los términos que constitucionalmente se tienen establecidos pero sin perjuicio de las específicas circunstancias y características del acto formal que contiene la normatividad. Estas últimas, las cuales por los demás, sí fueron tenidas en cuenta por la Corte al asumir la competencia para conocer y resolver sobre la constitucionalidad del Decreto.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-523 de 2005

Referencia: Expediente P.E.-021

Revisión del Decreto-Ley 2207 de 2003, Por medio del cual se desarrolla el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003, en lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales”

Magistrada Ponente:

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.¹⁵ Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaría General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos – que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial – son separables, como lo demuestra el derecho comparado.¹⁶ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrá, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.¹⁷ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC¹⁸. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo

hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953¹⁹. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warrem trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* - mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.²⁰

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

2 Sentencia C- 757 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. S.V. de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Uprimny Yepes.

3 Se citó la sentencias C-515 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia C-013 de 1993

5 Ver C- 011 de 1994; C- 089 de 1994; C- 145 de 1994; C- 621 de 1997; Auto 038 de 1998; C- 008 de 1995; C- 371 de 2000; C- 620 de 2001; Auto 226^a de 2002; Auto 235^a de 2002; C- 295 de 2002; C- 162 de 2003; Auto 170 de 2003; C- 292 de 2003 y C- 307 de 2004.

6 Sentencia C-261 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Sentencia C-162 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

8 Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1985, p. 85.

9 Sentencia C-971 de 2004

10 Gaceta del Congreso núm. 315 del 1º de julio de 2003, p. 4.

11 Sentencias C- 1546 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas y C- 670 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencias C- 531 de 1993; C- 134 de 1994; C- 243 de 1996; C- 091 de 1997; C- 616 de 1997; C- 186 de 1998; C- 003 de 1999; C- 1716 de 2000.

13 Sentencia C-972 de 2004

14 Al respecto ver, entre otras las sentencias C- 131 y C-530 de 1993, y C-537 de 1998. En esta última Sentencia la Corte se declaró competente para examinar la constitucionalidad del primer inciso del artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, por cuanto, no obstante que estaba contenida en un Decreto formalmente ejecutivo de compilación, se trataba de una reproducción idéntica de la disposición contenida en la Ley 37 de 1931, precisamente, una de las leyes que se autorizó compilar, y, por consiguiente, su rango es de orden legal y no ejecutivo.

15 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

16 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

17 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

18 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito

o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

19 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent.* 39 A.B.A.J. (1953), 794.

20 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion.* 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.