

CAPÍTULO SEXTO

NARRATIVA DEL IDEAL DELIBERATIVO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Las cortes deberían ser “la aristocracia del saber”, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una isla de razón en el caos de las opiniones.

Gustavo ZAGREBELSKY*

I. INTRODUCCIÓN

Con su numerosa jurisprudencia, particularmente sensible a la desigualdad y la discriminación, la Corte Constitucional colombiana ha visibilizado muchos tipos de problemas, permitiendo que adquieran significancia política. En el contexto del diseño de estándares de constitucionalidad, la Corte también ha seguido, en general con rigor, el planteamiento neoconstitucional de alcanzar su legitimidad popular a partir del establecimiento de sólidos criterios argumentativos y de abordajes creativos e interdisciplinarios en los casos difíciles. La protección de derechos que cuentan con una amplia faceta prestacional, como los sociales, han exigido particular creatividad judicial para encontrar formas efectivas de protección, además del reconocimiento de su estatus iusfundamental, sin irrumpir en las competencias de otros organismos del Estado, y para que las decisiones además de bien fundamentadas y adecuadamente enfocadas tengan un impacto real.⁵⁶⁹

* Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

⁵⁶⁹ Tales como las sentencias que declararon estados de cosas inconstitucionales en materia carcelaria (T-153 de 1998 y T-606 de 1998) y respecto de los ciudadanos víctimas del delito de desplazamiento forzado (T-025 de 2004). También la sentencia que declaró el estatus iusfundamental de la salud (T-760 de 2008).

Hay una gran cantidad de literatura especializada y divulgativa sobre los principales asuntos que han merecido la atención de la Corte desde el inicio de su labor en 1992.⁵⁷⁰ Una de las más importantes y a partir de la cual se puede reconstruir una doctrina jurisprudencial, que sin embargo no ha merecido particular atención doctrinaria o académica, es la exigencia al respeto por los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (reformas a la Constitución). En concreto, dentro de tales procedimientos la salvaguarda a la deliberación parlamentaria reviste de particular interés, porque se trata de la etapa en la cual se someten a consideración las iniciativas que aspiran a convertirse en normas y políticas. Se debaten, controvierten y reformulan los proyectos para alcanzar mayores consensos, y, así, mayor legitimidad y efectividad. La etapa propiamente deliberativa, previa a la votación, cuenta con unos presupuestos particularmente importantes para realizar el principio democrático y para proteger el diseño de la forma de gobierno establecido por el constituyente en 1991.

En una democracia constitucional y dentro de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, la garantía efectiva de los principios constitucionales que son resguardados por la normativa procedimental, tanto las reglas constitucionales como las normas reglamentarias, fundamentalmente la ley 5a. de 1992 o “Reglamento del Congreso”, cuenta tanto al nivel de la validez jurídica intrasistémica como de la legitimidad política extrasistémica. La Corte no sólo ha reivindicado los valores del ideal deliberativo en sus controles al Congreso, sino también en sus propias prácticas, tanto cuando solicita conceptos a personas especializadas o instituciones reconocidas sobre determinados temas como cuando realiza audiencias públicas para escuchar a los vinculados al proceso o para controlar la ejecución de las órdenes impartidas en autos o sentencias. El ámbito del legislador es la conveniencia, mientras que el del juez es la constitucionalidad.⁵⁷¹

En este capítulo se analizan las principales sentencias que ha proferido la Corte, en las cuales ha reivindicado los principios y valores exigidos por una concepción deliberativa de la democracia. Se sustenta que tanto

⁵⁷⁰ Respecto de la primera, pueden consultarse las obras que se publicaron con motivo de la conmemoración por los veinte años de la Constitución colombiana. Montoya, Mario (ed.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de las dos décadas de la Constitución en Colombia*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012; Jost, Stefan (ed.), *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012; Yepes, Hernando y Suelt, Vanessa (eds.), *La Constitución 20 años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2012.

⁵⁷¹ Sostuvo Manuel José Cepeda en su aclaración de voto a la sentencia C-355 de 2006.

por la incorporación de disposiciones constitucionales y legales, como particularmente por el desarrollo que en su implementación en polémicos casos concretos ha realizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Colombia se ha consagrado un modelo deliberativo de democracia. Conforme a su recepción local, este modelo ha seguido tradicionalmente algunos elementos de concepciones teórico-normativas defendidas por los principales autores que hacen parte de la pléyade deliberativa, tales como Sunstein, Nino, Bohman, Cohen, Gutmann, Thompson y Elster.

La línea jurisprudencial sobre el vicio de inconstitucionalidad en el que se incurre cuando un proyecto de ley o de acto legislativo adolece de elusión deliberativa, se ha constituido en un sólido criterio de constitucionalidad, que además está en capacidad de servir como referente de derecho comparado acerca del tipo, fundamento y forma de ejercicio del control constitucional en los países de la región, sobre todo en los que han incorporado e implementado algunos de los elementos medulares del neoconstitucionalismo. A partir de esta jurisprudencia se ha creado una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. Se reconstruyen subreglas sobre elusión deliberativa en algunas de sus posibles formulaciones, las cuales resultan de analizar la línea jurisprudencial y concretar los precedentes sentados por las razones de las decisiones de las respectivas sentencias.

II. NORMAS ADSCRITAS Y DESMONOPOLIZACIÓN DE LA CREACIÓN LEGISLATIVA DE DERECHO

La forma como un tribunal constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y como realiza la concreción de los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo “normas adscritas”⁵⁷² o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”.⁵⁷³ Conviene precisar brevemente este concepto. En todo

⁵⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 66-72 (pp. 49 y ss. en la 2a. ed. de 2007).

⁵⁷³ Sentencias: T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001 y T-137 de 2003. Las principales referencias sobre precedente judicial y fuerza vinculante de la jurisprudencia en Colombia, son: Bernal Pulido, Carlos, “El precedente constitucional” y “La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; “El precedente en Colombia”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009; Medina López, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006; Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001, sección VI, 6.2; Arango, Rodolfo, “El valor de la coherencia y el prece-

ordenamiento jurídico hay disposiciones y normas. Las primeras son los enunciados lingüísticos tal cual fueron adoptados por la institución con la autoridad para hacerlo y consagrados en una ley o en la Constitución, mientras que las segundas son los significados que expresan las disposiciones. Las disposiciones normativas de rango constitucional o legal contienen entonces normas jurídicas. La norma proviene del significado del enunciado mediante la interpretación.

Las normas, por su parte, pueden ser directamente estatuidas por alguna disposición (“El derecho a la vida es inviolable”, por ejemplo) o ser creadas interpretativamente a partir de una o varias disposiciones (“Existe un derecho al mínimo vital si la persona se encuentra en situación de necesidad que amenaza sus derechos fundamentales, y el legislador no ha tomado las medidas necesarias para enfrentar tales situaciones”, cuyo establecimiento se fundamenta en disposiciones como la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el principio de la dignidad humana, y los derechos a la igualdad y libertad). Este segundo tipo de normas es la que se denomina adscrita. Una norma es adscrita porque, a pesar de no estar establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Una norma adscrita de derecho fundamental es aquella que, dada una determinada relación de fundamentación, se adscribe a normas existentes en las disposiciones constitucionales.

La *ratio decidendi* (“razón para la decisión”) de una sentencia es donde se consagran los argumentos que constituyen la base para la decisión y donde se realiza la formulación general del principio que la fundamenta. No es solo entonces la razón del caso *sub-examine*, sino un elemento en una subregla para la resolución de casos futuros conforme al principio de igualdad entre las personas y de coherencia judicial. Solo la *ratio* constituye precedente, y solo esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante general para todos los casos futuros pertinentes. La *ratio* establece por sí misma una regla que, además, cuenta con un grado de especificidad suficiente como para establecer los supuestos a los cuales se debe aplicar a nuevos casos, en tanto precedente vinculante. La *ratio* igualmente debe responder con precisión al problema jurídico que plantea el caso. Se identifica en una sentencia porque es donde se interpreta la Constitución, o la norma pertinente al caso, y sobre todo porque es donde se fundamenta el caso concreto.

dente constitucional”, en Zuluaga, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Cali, Universidad Javeriana, 2004.

Si bien la *ratio* de una sola sentencia constituye un precedente válido y obligatorio para todos los casos subsiguientes en los cuales los hechos sean analogizables,⁵⁷⁴ se debe consolidar-explicitar la línea jurisprudencial respectiva. La *ratio* sobre una cuestión jurídica se consolida en oportunidades posteriores cuando en otros casos se reafirma de manera reiterada la regla del fallo inicial.⁵⁷⁵ La línea jurisprudencial, digamos, depura y consolida la *ratio* definida en una sentencia y aplicada en otras subsiguientes.⁵⁷⁶ A medida que los precedentes sobre una materia determinada son utilizados como fundamento de nuevos casos, se establece una subregla que por su obligatoriedad de aplicación en casos analogizables constituye una fuente de derecho tal como aquella proveniente del derecho legislado. Las subreglas carecen del nivel de abstracción propio de las normas constitucionales de las cuales provienen. Su estructura les posibilita aplicarse de forma general a situaciones iguales.

Lo que un tribunal hace cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”,⁵⁷⁷ es entonces concretar normas adscritas de derecho fundamental, o subreglas, que, en síntesis, son normas de origen jurisprudencial que desencadenan efectos jurídicos como aquellos de las leyes proferidas por el Congreso. Su fundamentación se encuentra en la argumentación que se realice al incorporarlas en el campo semántico de otras normas constitucionales. Además de unificar las sentencias que se toman sobre un mismo punto de derecho, las subreglas constituyen precedentes constitucionales, contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

⁵⁷⁴ Para determinar hasta qué punto el precedente es relevante en un caso concreto, la Corte, para su propia labor, así como para orientar la labor de tribunales y jueces inferiores, precisó que se deben observar tres elementos: en la *ratio* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. Sentencia T-292 de 2006.

⁵⁷⁵ Sentencias T-1317 de 2001 y T-292 de 2006.

⁵⁷⁶ Así como una línea jurisprudencial que consolida una *ratio decidendi* adquiere efectos de precedentes, de los resultados de la ponderación que resulta entre dos principios constitucionales que colisionan en un caso concreto, quedan reglas que conforman una red cuyo rigor en la aplicación queda el que sea una red sin fisuras. Las subreglas elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales.

⁵⁷⁷ José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo. Véase su libro *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 87 y 108.

III. CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO Y MODELO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA

Dos razones sustentan que el constitucionalismo colombiano adopta un modelo deliberativo de democracia. La primera es de carácter normativo-procedimental: el reglamento del Congreso y la propia Constitución consagran reglas que se deben respetar durante el trámite para que un proyecto se convierta en ley o en reforma constitucional (acto legislativo), las cuales, además de regular el trámite legislativo en concreto, protegen la garantía de principios constitucionales inescindiblemente ligados con el modelo deliberativo. La segunda es de naturaleza jurisprudencial: numerosos precedentes sentados por la Corte Constitucional han establecido como criterios de control constitucional el respeto a los principios y valores que resguarda la normativa reglamentaria, tales como, por un lado, los principios constitucionales en general: el principio de representación, el pluralismo político, la igualdad, la democracia participativa, la dignidad humana, la protección de minorías y la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectarán; y, por otro lado, los principios del trámite parlamentario en particular: identidad, consecutividad, unidad de materia y el principio democrático. Estos principios, presupuestos de la actividad legislativa y la conformación del poder político,⁵⁷⁸ son reivindicados sobre todo por la concepción deliberativa de la democracia.

El ordenamiento jurídico colombiano consagra diversa normativa relativa a los derechos y principios que, en el marco de una democracia constitucional, se deben garantizar durante el trámite parlamentario de leyes y actos legislativos, con el objetivo de preservar los elementos esenciales de la Constitución o, como ha dicho la Corte, los “elementos que le confieren la identidad”,⁵⁷⁹ tales como el sistema de frenos y contrapesos institucionales, la máxima validez normativa otorgada a los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los derechos fundamentales de las minorías y la oposición, el respeto por las reglas de juego electoral, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio.

A partir de la normativa reglamentaria que ampara los principios constitucionales, la jurisprudencia ha establecido una serie de reglas concretas que se deben respetar durante dichos trámites para no incurrir en vicios in-

⁵⁷⁸ Sentencia C-252 de 2012.

⁵⁷⁹ Sentencia C-243 de 2012.

subsanales. La Constitución consagra la siguiente normativa deliberativa necesaria para la aprobación de los proyectos de ley y de acto legislativo: obligatoriedad de publicar el proyecto antes de tramitarlo en la comisión respectiva (artículo 157),⁵⁸⁰ publicidad de las sesiones (artículo 144), integración del quórum (artículo 145), mayorías para aprobar (artículo 146), respeto del periodo mínimo entre debates (artículo 160), integración de comisiones accidentales de ambas cámaras cuando surgen discrepancias (artículo 161) y exigencia de ocho debates en dos periodos ordinarios y consecutivos para que un proyecto de acto legislativo sea norma constitucional (artículo 375). En otras palabras, la Constitución dispone: (i) un número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones; (ii) que se debe cumplir con la mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva corporación que, salvo que la Constitución exija una mayoría especial, debe ser la mayoría de los votos de los asistentes; (iii) el carácter imperativo de los debates en las comisiones y en las plenarias, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley; (iv) la necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas; (v) el periodo mínimo que debe haber entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada, y (vi) la votación de lo discutido como finalización del debate.

La ley 5a. de 1992, además de la definición legal de debate (artículo 94), establece regulaciones específicas que se deben cumplir: término del debate, el cual empieza al abrirlo el presidente y termina con la votación (artículo 94), quórum deliberatorio y decisorio requeridos (artículos 95 y de 117 a 119), las reglas generales que rigen la intervención de los congresistas, los ministros y funcionarios invitados (artículos 96 a 105), regla de las intervenciones (artículo 97), interpelaciones (artículo 98), alusiones en los debates (artículo 99), réplica o rectificación (artículo 100), duración de las

⁵⁸⁰ El artículo 157 constitucional es de particular importancia, porque desarrolla el principio democrático. Establece como requisitos para que un proyecto sea ley el que deba haberse publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva, aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, aprobado en cada Cámara en segundo debate y sancionado por el gobierno. Además del trámite parlamentario pertinente, otras exigencias constitucionales para que un proyecto se convierta en ley, son que verse sobre una misma materia (artículo 158) y que sea presentado por los facultados con iniciativa legislativa (artículo 154). En la sentencia C-760 de 2001, así como en la sentencia C-370 de 2004, entre otras, el examen constitucional usa como fundamento normativo al cargo de elusión deliberativa los requerimientos generales para la aprobación de las leyes establecidos en este artículo.

intervenciones (artículo 102), número de intervenciones (artículo 103), quórum deliberatorio y decisorio requeridos (artículos 116 a 119), imposibilidad de intervenir sobre determinados asuntos y mediante la lectura de discursos escritos (artículos 105 y 104), condiciones para el aplazamiento del debate (artículo 107), cierre del debate por suficiente ilustración (artículos 108 y 164), publicación del informe antes de iniciar el primer debate (artículos 157) y podrán deliberar los congresistas y los ministros luego de la explicación del ponente de la significación y el alcance del proyecto (artículo 176).

Los precedentes han amparado la regla de mayorías al verificar que aconteció una libre oportunidad de deliberación para todos los congresistas en igualdad de condiciones, al verificar que sea la expresión de las mayorías la que queda consagrada en la norma porque no se presentaron manipulaciones, procedimientos ocultos ni acuerdos perversos para hacer avanzar un proyecto en su trámite parlamentario. Los precedentes han amparado también la regla de minorías que garantiza el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse. La línea jurisprudencial que se ha seguido desde las primeras sentencias que profirió la Corte sobre los efectos de los vicios relacionados con la falta de deliberación ha desarrollado esta normativa vigorizando y articulando su contenido, y estableciendo criterios claros que orientan la labor del Congreso como máximo órgano representativo, el cual resulta además el órgano con la conformación y los procedimientos para erigirse como el escenario idóneo para realizar las deliberaciones en virtud de las cuales se tomen las grandes decisiones nacionales.

IV. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE OPORTUNIDAD DE DELIBERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO

Una línea jurisprudencial puede definirse como una secuencia de casos fallados con similitud estructural en sus supuestos fácticos y en las soluciones jurídicas otorgadas. El derecho constitucional en el neoconstitucionalismo es un derecho estructurado por líneas jurisprudenciales, las cuales se forman a medida que sobre un mismo punto de derecho se toman decisiones uniformes. Ordenan las soluciones jurisprudenciales a un problema determinado y permiten reconocer un patrón de desarrollo decisional que configura entonces un criterio para fallar un nuevo caso afín a los supuestos fácticos (“analogizable”). Las líneas van especificando subreglas. La construcción de una línea jurisprudencial permite deducir la subregla correspondiente que se debe aplicar por razones internas (de respeto a los precedentes) y externas (de seguridad jurídica y garantía a la igualdad) en casos futuros analogizables.

Es una manera de ordenar los fundamentos que la jurisprudencia otorga en sustento de la solución a problemas jurídicos determinados, para constituir así una subregla que constituye fuente de derecho.

1. *Debate, deliberación y votación*

Desde la sentencia que empezó a establecer el contenido normativo del concepto “debate”, la Corte determinó unas características, tanto formales relativas al cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales de publicación del proyecto, apertura del debate, oportunidad de discusión y cierre del debate, entre otras, como sustanciales, relacionadas con la importancia de garantizar los principios amparados por las reglas procedimentales que, en últimas, se vinculan con el principio democrático, la publicidad, la participación y la protección de las minorías.

El debate se refiere a que los representantes que intervienen en el proceso de formación de la ley tengan la *oportunidad* —en todas las facetas del trámite legislativo— de participar en su discusión y aprobación. En los presidentes del Senado y de la cámara recae la obligación de posibilitar la realización efectiva del debate y cumplir con el requisito constitucional de la deliberación. En concreto, deberá garantizar que la discusión se lleve a cabo antes de la votación en cada debate, permitir las intervenciones de todos los integrantes de la comisión o cámara, introduciendo si es necesario restricciones operativas del debate cumpliendo lo anunciado y sin discriminaciones o preferencias.⁵⁸¹ El debate no sólo se entiende de forma reduccionista al vincular exclusivamente la oportunidad de deliberación en alguna sesión durante el trámite parlamentario, sino que comprende también los presupuestos necesarios para la correcta deliberación, tal como la información acerca del proyecto en curso o de la convocatoria a sesiones extra, razón por la cual, por ejemplo, si inicia el primer debate a una iniciativa sin haberse publicado el informe de ponencia, puede acarrear su posterior inconstitucionalidad.

El debate, además de ser deseable intrínsecamente, es connatural al proceso democrático, porque puede tornarlo más visible según el grado de consenso que convoque un determinado proyecto. Cuando se trata de proyectos de ley, como, sobre todo, de reforma constitucional (acto legislativo), es absolutamente necesario que otorgue la oportunidad de realizar la deliberación. La Corte introdujo una distinción, decisiva para la subregla

⁵⁸¹ Sentencia C-490 de 2011.

de elusión deliberativa, entre los conceptos debate y deliberación, desde su uso por el lenguaje común y desde la interpretación técnico-jurídica.⁵⁸² Con la exigencia de debate no sólo se cumple si se discute de cualquier forma, como una “discusión activa y controversial”. Se les debe otorgar a todos los representantes la igual oportunidad de participar en la respectiva sesión mediante el cumplimiento de los trámites establecidos en la Constitución y en el Reglamento del Congreso. Además de los principios que son amparados por las reglas del trámite parlamentario, la Corte, en desarrollo de la línea jurisprudencial, ha configurado unos temas directamente relacionados con la normativa por elusión deliberativa.

Debido a que la ley 5a. de 1992, “Reglamento del Congreso”, contiene requerimientos de orden técnico y operativo que en su trabajo ordinario los congresistas utilizan de forma más bien pragmática y estratégica, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de armonizarlos y adaptarlos a las condiciones deliberativas establecidas por las disposiciones constitucionales y las normas reglamentarias. La subregla que ha establecido el requisito formal y material de la deliberación en las decisiones legislativas procura irradiar con los postulados constitucionales y avances jurisprudenciales los mecanismos de trámite de las leyes y los actos legislativos.

La sentencia que inició la configuración de la prescripción legislativa acerca de la necesidad de debate reglamentario, en perspectiva constitucional, fue la C-013 de 1993, que examinó la constitucionalidad de una ley⁵⁸³ por presuntos vicios en el proceso de su formación. Conforme al artículo 157 constitucional, para que todo proyecto se convierta en ley debe haberse aprobado en primer debate en las respectivas comisiones de cada cámara, e igualmente debe haberse debatido y aprobado en las plenarias de cada corporación. Según sostuvieron los actores de la acción pública de inconstitucionalidad, el proyecto se había votado en “bloque” y sin darle lectura al articulado, por lo cual se había incurrido en un vicio insubsanable de inconstitucionalidad.

Para la Corte, aunque la ley se había aprobado bajo la vigencia de la Constitución de 1886,⁵⁸⁴ la interpretación correcta de “debate” se ajusta al Reglamento del Congreso en lugar que al sentido natural y obvio de dicha

⁵⁸² Sentencia C-013 de 1993.

⁵⁸³ Ley 1a. de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁸⁴ “El Reglamento del Senado, vigente para la época del trámite legislativo del proyecto de la Ley 01 de 1991, definía el debate así: “El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver el Senado. El debate empieza a abrirlo el Presidente y termina con la votación general” (artículo 159). Sentencia C-013 de 1993.

expresión según su uso general.⁵⁸⁵ Los conceptos “debate”, que se había entendido como “controversia sobre una cosa entre dos o más personas o como contienda, lucha o combate”, y “discusión”, en tanto “acción y efecto de discutir”, no son precisos respecto de lo que se exige en el trámite parlamentario. Por lo tanto deben entenderse dentro del marco del Código Civil, que en su artículo 28 señala que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Los términos “discusión y debate” se ajustan a las definiciones legales establecidas por el Reglamento del Congreso y no a la del sentido natural y obvio de dichas expresiones según su uso general. La exigencia entonces de debate no se refiere a la realización efectiva de un debate, sino a la oportunidad de su realización. No constituye un vicio en trámite legislativo la ausencia de deliberación si todos y cada uno de los interesados en debatir tuvieron la oportunidad efectiva de hacerlo.

La Corte avanza en la reconstrucción del debate y su importancia en el procedimiento parlamentario, con la sentencia C-222 de 1997, que estudió una acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo núm. 01 de 1996, que modificó los artículos 299 y 300 constitucionales. En su examen probatorio la Corte encontró que se habían dado los respectivos debates y que se cumplieron los procedimientos, por lo cual lo declaró executable en su integridad y sin salvamentos de voto. Sin embargo, la *ratio* de la sentencia amplía el contenido del concepto “debate” como se había entendido desde la C-013 de 1993. La estructuración de la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa en la versión que conocemos ahora comenzó por otorgar gran importancia al debate parlamentario, el cual no corresponde a la mera realización de una votación que concluye una discusión informal sobre el proyecto en general. En la sesión de debate se exige la posibilidad de deliberar sobre la materia del proyecto como paso previo a la votación, lo que se demuestra en la exigencia de dos tipos de quórum: el deliberatorio y el decisorio.⁵⁸⁶ El debate es la oportunidad de hacer efectivo el principio

⁵⁸⁵ Si bien las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio según su uso general, hay casos en los cuales el legislador ha adoptado expresamente para ciertas materias. Tal es el caso del concepto “debate”, cuya correcta interpretación desde el trámite legislativo es la que se ajusta a las definiciones legales establecidas por la ley 5a. de 1992. La Corte estableció entonces que respecto del examen constitucional de las normas provenientes del Congreso, se debe acudir a una definición estipulativa de “debate” que no se corresponde necesariamente con su definición en el diccionario. Sentencia C-013 de 1993.

⁵⁸⁶ La Corte ha reiterado la diferencia entre quórum deliberatorio y quórum decisorio. En deliberatorio es el número mínimo de miembros de la respectiva comisión o cámara que deben estar presentes en el recinto para que la unidad legislativa pueda discutir sobre

democrático porque posibilita la intervención y la expresión de minorías en el proceso de formación normativa.⁵⁸⁷

Puede que haya habido la respectiva sesión de debate, pero que no haya habido deliberación. Sobre todo puede que haya habido votación sin deliberación, por lo que la jurisprudencia diferencia entre estos dos momentos y establece que uno es prerequisite de validez jurídica del otro. La deliberación del proyecto y su votación son dos instancias diferentes. “Tratándose de la adopción de decisiones que habrán de afectar a toda la población, en el caso de las leyes y con mayor razón en el de las reformas constitucionales... el debate exige deliberación”, dice la sentencia. La deliberación implica el intercambio de ideas y razonamientos en pro o en contra de los proyectos presentados. La votación es la conclusión de un tipo de debate desarrollado sobre la base de la discusión libre, y en igualdad de condiciones entre todos los facultados para intervenir y sobre el supuesto de la suficiente ilustración en el seno de la respectiva comisión o cámara.

A menos que todos los miembros de una comisión o cámara estén de acuerdo en todo lo relativo a determinado tema —situación bastante difícil y de remota ocurrencia tratándose de cuerpos representativos y heterogéneos, como es el Congreso— es inherente al debate, tanto la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos, como el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio.⁵⁸⁸

La votación debe resguardarse como una etapa posterior y distinta de la deliberación dentro de la sesión de debate. La primera es el acto colectivo en el que los miembros de la corporación declaran su voluntad acerca de la iniciativa discutida. La deliberación comporta la oportunidad de discutir el proyecto puesto a consideración del Congreso. Ambas instancias deben cumplirse a cabalidad para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de las leyes.⁵⁸⁹ Cualquier proposición (modificatoria, aditiva o supre-

los temas objeto de su atención. Si se verifica este quórum no implica necesariamente que se pueda adoptar una decisión determinada, pues para ello se exige el quórum decisorio que corresponde al número mínimo de miembros de la comisión o cámara que deben estar presentes durante todo el proceso de votación. Así es como las cámaras y sus comisiones no pueden abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros y sólo se pueden tomar decisiones con la asistencia de la mayoría (mitad más uno) de la respectiva corporación. artículo 145 constitucional. Sentencia C-008 de 1995.

⁵⁸⁷ Sentencias C-222 de 1997 y C-760 de 2001.

⁵⁸⁸ Sentencia C-222 de 1997.

⁵⁸⁹ Sentencia C-1147 de 2003.

siva) presentada en el curso de los debates, se debe deliberar y votar, a menos que sean retiradas definitivamente por su autor. En la sentencia C-1147 de 2003 se declaró inconstitucional un artículo de la ley 788 de 2003 que gravaba los juegos de suerte y azar. El artículo hacía parte del proyecto original presentado por el gobierno, pero se excluyó en la ponencia para primer debate y se reintrodujo luego mediante una proposición aditiva. El artículo se aprobó en las comisiones tercera y cuarta de Cámara, se negó en la comisión tercera del Senado y la comisión cuarta del Senado se abstuvo de votarla. En este punto surge la siguiente subregla: *Está ordenado declarar inconstitucional un artículo o proposición de un proyecto, si se ha diferido su deliberación para otra etapa del trámite parlamentario.*

La sentencia C-668 de 2004 declaró inexecutable el artículo 16 del Acto Legislativo núm. 01 de 2003, sustentando que hubo ausencia de deliberación. Se estableció que en la plenaria de la Cámara no se realizó el último debate y se revivió un tema (la composición de las asambleas departamentales) votando el artículo sin que se hubiera realizado la debida deliberación. Se sostuvo en la sentencia que la votación no es la esencia del debate, sino la discusión y la controversia del legislador ante la conformación normativa. Al eludir la deliberación se viola de forma flagrante el deber constitucional (artículo 157) y legal (artículos 176 y 227 del reglamento del Congreso) de debatir suficientemente los proyectos y, así, de permitir la intervención de los parlamentarios, el gobierno por intermedio de los ministros y la ciudadanía.

En la aclaración de voto a esta sentencia, Rodrigo Uprimny sustentó que la declaratoria de inexecutable sólo se fundamentó en que el presidente de la cámara olvidó formalmente abrir a discusión el texto en uno de los debates, cuando la deliberación reglamentaria ciertamente se había efectuado. Si bien en esta sentencia sólo es implícita su adscripción en la línea jurisprudencial respectiva,⁵⁹⁰ la declaratoria de inconstitucionalidad con base en un criterio eminentemente formal arroja la importancia manifiesta que la Corte le otorga a la formalidad exigida por los periodos y términos de la deliberación. En este mismo salvamento, Uprimny señala que la obligación constitucional de los congresistas de trascender sus intereses y los de sus electores para considerar el interés general es una exigencia de la democracia, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 133 constitucional

⁵⁹⁰ Dentro de las sentencias más representativas respecto de esta línea jurisprudencial, se encuentran: C-013 de 1993, C-386 de 1996, C-222 de 1997, C-760 de 2001, C-915 de 2001, C-1250 de 2001, C-688 de 2002, C-801 de 2003, C-551 de 2003, C-1056 de 2003, C-839 de 2003, C-1152 de 2003, C-313 de 2004, C-370 de 2004 y C-372 de 2004.

“deberán actuar consultando la justicia y el bien común”.⁵⁹¹ Precisamente el resultado del proceso de toma de decisiones puede ser insuficientemente democrático, cuando no son sensibles a los juicios del público, o insuficientemente deliberativos, cuando reflejan presiones de grupos privados que tienen poco o nulo interés para incentivar una información adecuada y carencia de un verdadero proceso de justificación.⁵⁹²

En la misma aclaración puede observarse una particular recepción de la idea de razón pública en sentido esencialmente rawlsiano:

El Congreso es un espacio de razón pública. O al menos la Constitución postula que así debe ser por lo que las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa, y con mayor razón una decisión que se plasme en una reforma constitucional, deben acudir a ese espacio de razón pública a presentar sus razones. Deben igualmente convocar a los grupos rivales, incluso si son minoritarios, a presentar sus perspectivas. Y, en ese contexto, la deliberación pública es un incentivo para que los distintos grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas pues deben desarrollar justificaciones públicas de sus posturas.

En la sentencia C-487 de 2002 se abordó la constitucionalidad del artículo 5o. (parcial) del Código del Menor (Decreto-Ley 2737 de 1989)⁵⁹³ respecto de la presunta violación del número mínimo de debates requeridos. No implica una inconstitucionalidad automática la falta de publicación en el segundo debate durante el transcurso de las dos vueltas del proyecto cuando, como en este caso, se trata de una simple modificación que se convirtió en un texto que precisa el contenido inicial. La posibilidad de analizar en una segunda vuelta el texto aprobado en la primera no está restringida al contenido del texto publicado entre los dos periodos, porque en tal caso no tendría sentido consagrar en la Constitución dos vueltas para tramitar actos legislativos ya que en tal caso la segunda no podría ser sino la repetición de la primera. Uno de los objetivos de la publicación del proyecto cuando ha superado con éxito en primer periodo ordinario consecutivo⁵⁹⁴ es ofrecer al Congreso y a la sociedad la oportunidad de conocer oficialmente el texto de

⁵⁹¹ En esta aclaración, Uprimny retoma las características de la democracia deliberativa sostenidas por Gargarella en, *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 157 y ss.

⁵⁹² Sunstein, Cass, “Health-Health Trade-offs”, en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

⁵⁹³ El Código del Menor fue derogado, y en la actualidad en Colombia rige el Código de la Infancia y la Adolescencia “Ley 1098 de 2006”.

⁵⁹⁴ Artículo 375 constitucional.

lo aprobado hasta ese momento, lo cual habrá de ser punto de referencia necesario para el segundo periodo que deberá surtir el proyecto.

En la sentencia C-614 de 2002 se declaró constitucional el Acto Legislativo 01 de 2001 sobre sistema de participaciones generales. En ejercicio de acción pública de inconstitucionalidad se señalaron aparentes cambios del texto e incumplimiento de requisitos procedimentales. En sentido similar al fallo anterior, la Corte sostuvo que la naturaleza del control por vicios de forma es permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes han estado próximos a los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear ante la Corte las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tengan como consecuencia su inconstitucionalidad. La etapa de control constitucional no comporta la posibilidad de que el opositor de un proyecto pueda librar una última batalla jurídica en la instancia de la Corte.

En sentencia C-743 de 2013 se declaró inexecutable la reforma constitucional al fuero penal militar (Acto Legislativo 2 de 2012) por vicios procedimentales insubsanables. La Comisión Primera de la Cámara sesionó de manera irregular porque en uno de los debates la deliberación se desarrolló apresuradamente, toda vez que la sesión plenaria se había convocado de forma simultánea. La simultaneidad con la que se desarrollaron las sesiones de comisión y plenaria afectaron las condiciones bajo las cuales se desarrolló la deliberación democrática. La vulneración de normas reglamentarias (duración e inicio de las sesiones y prohibición de sesiones simultáneas)⁵⁹⁵ implicaron la afectación de principios constitucionales sustanciales como participación política de las minorías, pluralismo y principio democrático, resguardados por la calidad que debe ostentar la deliberación parlamentaria. El resguardo a estos principios por parte de la Corte adquiere particular relevancia en casos de reformas a la Constitución. Sobre todo, al no haberse completado en su integridad el primer debate en segunda vuelta, el acto legislativo no tuvo en propiedad los ocho debates que exige la Constitución en su artículo 375.

Existe una consolidada jurisprudencia relativa a que la observancia a las reglas del trámite parlamentario no es un fin en sí mismo. El principio de instrumentalidad de las formas, que deriva del artículo 228 constitucional que estipula la primacía de lo sustancial sobre lo formal, consagra que las normas del trámite parlamentario están al servicio de fines sustantivos. La relevancia de estas normas radica en que están vinculadas con la protección de normas constitucionales. Por esta razón, vicios en el procedimiento legislativo no implican necesariamente la declaratoria de inconstitucionalidad

⁵⁹⁵ Artículos 83, 91 y 93, respectivamente, de la ley 5a. de 1992.

de una norma. Se debe probar adicionalmente que la violación a la norma reglamentaria afecta un principio constitucional (C-668 del 2004).

2. *Principio de instrumentalidad de las formas*

El principio de instrumentalidad de las formas, que deriva del artículo 228 constitucional, donde se estipula la primacía de lo sustancial sobre lo formal, consagra que las reglas procedimentales, dentro de las que se encuentran las disposiciones del procedimiento legislativo, están al servicio de fines sustantivos. Su observancia no es un fin en sí mismo. Conforme a este principio, las normas que regulan la aprobación de leyes y actos legislativos no carecen de relevancia, sino que vinculan la importancia de las formas procesales a los objetivos y valores constitucionales que protegen, en lugar que a sus propias estipulaciones. La sentencia C-668 de 2004 aclara expresamente que incluso si se violan normas reglamentarias durante el trámite de formación de una ley no se incurre necesariamente en un vicio de inconstitucionalidad. Para que una violación reglamentaria implique una declaratoria de inconstitucionalidad debe involucrar la vulneración de un requisito exigido por la Constitución para el trámite de los proyectos de ley.

En consonancia con el principio de instrumentalidad, los vicios en el procedimiento legislativo no necesariamente implican la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma cuyo proceso no fue impecable. En estos casos se observa si la irregularidad impide en efecto la realización del elemento sustancial protegido por la forma. Si acontece una irregularidad procesal por quebrantamiento de los requisitos legales que protegen el proceso de formación de la voluntad democrática en el Congreso, pero no subsiste como consecuencia la afectación del elemento sustancial, no debe proceder la declaratoria de inconstitucionalidad. La jurisprudencia ha precisado en este sentido que no toda afectación a una norma contenida en el Reglamento del Congreso, o incluso a una norma constitucional, sobre el trámite parlamentario de los proyectos, comporta un vicio insubsanable que acarree declaratoria de inconstitucionalidad. La forma en el caso concreto debe interpretarse entonces desde un punto de vista teleológico respecto del fin sustantivo al que sirve el elemento formal, que puede ser un derecho, valor o principio (igualdad, debido proceso, publicidad, debida conformación de la voluntad democrática de las cámaras, regla de minorías, principio democrático, pluralismo, etcétera).⁵⁹⁶ El criterio de la instrumentalidad de

⁵⁹⁶ Sentencia C-872 de 2002 y Auto 029A de 2002.

las formas es entonces un estándar para diferenciar entre irregularidades irrelevantes y aquellas que constituyen verdaderos vicios procedimentales.

La irrelevancia de una formalidad procedimental radica en que su desconocimiento no vulnera ningún principio ni valor constitucional y, en especial, no afecte el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras ni desconozca el contenido básico institucional diseñado por la Constitución.⁵⁹⁷ En este proceso la Corte ha identificado una serie de valores protegidos por las normas sobre procedimiento legislativo, tales como la garantía de los derechos de las minorías políticas, el respeto a la voluntad de las mayorías en la configuración del principio democrático y la publicidad del procedimiento legislativo.

A pesar del vicio, puede haberse cumplido con el objetivo protegido por la norma procesal o igualmente se pudo haber convalidado durante el trámite parlamentario. Si por la irregularidad efectivamente cometida se declara inconstitucional la norma, terminaría siendo más traumático para el ordenamiento en un momento determinado que no hacerlo si se verifica que no se vulneró ningún principio ni valor constitucional. Las irregularidades que implican vicios insubsanables son las que vulneran algún principio o valor constitucional, afectan el proceso de formación de la voluntad democrática o desconocen las competencias y estructura institucional diseñada por la Constitución.⁵⁹⁸ Cuando la Corte encuentra vicios procedimentales subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que lo enmiende. Subsanao el vicio, procederá a decir sobre la exequibilidad del acto.⁵⁹⁹

La flexibilización del trámite de las leyes establecida en 1991 respecto de la Constitución de 1886 no significa que los vicios en el procedimiento de formación hayan perdido importancia acorde a la posibilidad de que en algunos casos acarreen la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que los haya presentado.⁶⁰⁰ Las normas que regulan la aprobación de leyes y actos legislativos no tienen la función de obstaculizar o impedir la expedición de leyes, ni mucho menos de dificultar la deliberación en condiciones de libertad e igualdad entre los facultados para hacerlo, como ordena la normativa constitucional, lo cual equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Sentencia C-737 de 2001.

⁵⁹⁸ Sentencias C-240 de 2012 y C-737 de 2001.

⁵⁹⁹ Artículo 241 constitucional.

⁶⁰⁰ Sentencias C-500 de 2001 y C-026 de 1993.

⁶⁰¹ Sentencia C-055 de 1996.

En la sentencia C-872 de 2002 la Corte declaró exequible, ante una acción pública de inconstitucionalidad, la ley 643 de 2001, que fija el régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.⁶⁰² Presuntamente se habían incumplido tres requisitos formales: error en la *Gaceta del Congreso* sobre la fecha de la sesión en la cual se aprobó el proyecto de ley, la solicitud de trámite de urgencia fue presentada por el ministro delegatario sin estar habilitado para hacerlo y la falta de correcta sanción presidencial. Se probó que no se habían violentado principios constitucionales. El error en la fecha que se publicó correspondió a un error de transcripción. Publicar una fecha incorrectamente configura un vicio insubsanable solo si compromete algún principio constitucional o tiene efectos sustantivos. Se estableció de igual forema que el segundo cargo no procedía porque el ministro retiró la solicitud de insistencia cuando no había producido aún ningún efecto. Finalmente, indicó la Corte que el presidente no debe aclarar su identidad con la escritura de su nombre, pues es una figura perfectamente identificable, lo cual implica que así firme sin que sea legible su nombre no se presenta una confusión en cuanto al cargo o la identidad del funcionario. Si bien todos los ponentes deben firmar los informes de ponencia, la falta de firma de quienes se apartaron de la posición mayoritaria constituye un vicio procedimental, pero como las diferencias entre los ponentes no pueden torpedear el proceso legislativo, el vicio no adquiere la dimensión necesaria para afectar la legitimidad de la publicación del informe de ponencia para segundo debate.⁶⁰³ La normativa constitucional sobre el trámite para la formación de las leyes y los actos legislativos tiene sentido si se observa desde los objetivos que procura alcanzar más que desde su propio rigorismo procedimental.⁶⁰⁴

3. *Principios de consecutividad, identidad y unidad de materia*

La Corte definió el principio de identidad como “flexible o relativo”,⁶⁰⁵ porque no implica que las comisiones y plenarios de cada cámara deban

⁶⁰² La Constitución establece en su artículo 242, núm. 3, un término de un año contado desde la publicación del acto para que los ciudadanos puedan presentar acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

⁶⁰³ Esta como otras irregularidades no configuran un verdadero vicio, porque no cuentan con la suficiente entidad para viciar la legitimidad del requisito de publicar el informe ponencia para segundo debate. Las discrepancias entre los ponentes no pueden llevar al punto de torpedear el proceso legislativo. Sentencia C-055 de 1995.

⁶⁰⁴ Sentencia C-737 de 2001.

⁶⁰⁵ Entre otras, en la sentencia C-714 de 2006. La sentencia C-141 de 2010 estableció el “núcleo conceptual” de este principio: en los debates se debe mantener sustancialmente el

abstenerse de introducir modificaciones a los proyectos,⁶⁰⁶ so pena de posterior declaratoria de institucionalidad. Exige en cambio que el proyecto no pierda su esencia durante los debates; es decir, que las modificaciones guarden relación estrecha con el contenido general del proyecto. El proyecto debe ser el mismo respecto de la materia que trata y de su núcleo temático. Las eventuales divergencias entre lo aprobado en una y otra cámara se deben solucionar en comisiones de conciliación. El principio de unidad temática preceptúa que los proyectos pueden adicionarse o suprimirse en partes durante el procedimiento legislativo si versan sobre la misma materia general del proyecto. Se relaciona entonces con la conexidad temática, sistemática y teleológica que debe estar presente entre todos los artículos que conforman una ley.⁶⁰⁷

El principio de identidad cambió radicalmente con la Constitución de 1991, pues antes se exigía que el texto aprobado en cada debate fuera exactamente el mismo, lo cual derivaba en que el trámite debía repetirse ante cualquier modificación.⁶⁰⁸ El texto de la norma aprobada debe guardar una relación de conexidad con lo inicialmente aprobado en el primer debate para que, en efecto, haya una clara identidad temática entre el texto definitivo del proyecto y lo aprobado en el primer debate. La jurisprudencia exige que haya una relación de conexidad material entre el proyecto y las modificaciones que se introduzcan.⁶⁰⁹ El Congreso no puede entonces aprobar proyectos en una cámara que no hayan sido presentados en la otra.⁶¹⁰ De lo anterior no se deriva una prohibición a la introducción de modificaciones a los proyectos,⁶¹¹ sino que éstas deben ser sobre temas tratados y aprobados en primer debate, e igualmente que deben guardar relación con el contenido del proyecto; es decir, respetar el principio de unidad de materia.⁶¹² Si se irrespeta entonces el principio de identidad de la modificación (adición o

mismo proyecto, es decir, las modificaciones que en ejercicio de los principios de pluralismo y decisión mayoritaria se le realicen al proyecto no pueden ser de tal envergadura que terminen por convertirlo en otro completamente distinto.

⁶⁰⁶ Lo cual además iría en contra de la posibilidad expresa de hacerlo, consagrada en el artículo 160 constitucional.

⁶⁰⁷ Sentencia C-384 de 2003.

⁶⁰⁸ Sentencia C-940 de 2003. Respecto de la ley del plan nacional de desarrollo se exige adicionalmente que entre la modificación y el proyecto haya una identidad respecto de los instrumentos presupuestales adecuados para garantizar los programas contenidos en el proyecto inicial. Sentencia C-305 de 2004.

⁶⁰⁹ Sentencia C-178 de 2007.

⁶¹⁰ Sentencias C-543 de 1998 y C-1405 de 2000.

⁶¹¹ Sentencia C-238 de 2006.

⁶¹² Sentencia C-754 de 2004.

supresión) respecto del tema del proyecto, implica que se irrespeta correlativamente el principio de consecutividad, porque la disposición adicionada o corregida no surtirá los debates reglamentarios, y por esta razón acontece su inconstitucionalidad.⁶¹³

Para determinar si las modificaciones guardan relación con el tema del proyecto se debe establecer, conforme a la jurisprudencia, si la relación de conexidad es remota o meramente tangencial, o si es por el contrario, “clara y específica”,⁶¹⁴ “estrecha”,⁶¹⁵ “evidente”⁶¹⁶ y “necesaria”.⁶¹⁷ La Constitución, por su parte, exige que la modificación sea sobre aquellos aspectos que se juzguen “necesarios”.⁶¹⁸ Al ceñirse al deber de guardar identidad con lo debatido y aprobado en las comisiones, las modificaciones por tanto no podrán incluir temas nuevos.⁶¹⁹ Se pueden introducir modificaciones al proyecto, incluso en cuarto debate, pero si guardan una fuerte relación de conexidad temática con la materia que venía siendo discutida en los debates anteriores.⁶²⁰ Prácticas usuales del Congreso que no constituyen entonces elusión deliberativa, son: votar en bloque el articulado de un proyecto⁶²¹ y aprobar ordinariamente un artículo que guarda relación de conexidad con la materia del proyecto que ha surgido dentro del procedimiento legislativo.⁶²²

La Corte ha señalado unos criterios materiales para establecer la relación temática entre proyecto y modificación, y, así, para determinar cuándo la modificación implica un “asunto nuevo”.⁶²³ En virtud al principio de identidad relativa o flexible el Congreso puede realizar cambios en los proyectos, pero sin que impliquen cambios sustantivos en el contenido de la

⁶¹³ Sentencias C-1113 de 2003 y C-1147 de 2003.

⁶¹⁴ Sentencia C-307 de 2004.

⁶¹⁵ Sentencia C-1147 de 2003.

⁶¹⁶ Sentencia C-753 de 2004.

⁶¹⁷ Sentencias C-178 de 2007 y C-614 de 2006.

⁶¹⁸ Artículo 160, 2o. inc. constitucional.

⁶¹⁹ Entre otras, lo han definido las sentencias C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-669 de 2004 y C-809 de 2007.

⁶²⁰ Sentencias C-922 de 2000, C-1488 de 2000, C-198 de 2001, C-950 de 2001, C-992 de 2001, C-1191 de 2001, C-179 de 2002, C-816 de 2004, C-208 de 2005, C-1040 de 2005, C-1041 de 2005, C-453 de 2006, C-292 de 2007, C-307 de 2008, C-376 de 2008 y C-942 de 2008.

⁶²¹ Sentencia C-155 de 1998.

⁶²² Sentencia C-702 de 1999. Esta sentencia declaró inexecutable la norma sobre facultades extraordinarias porque fue introducida en el último debate. En la sentencia C-438 de 2000 se define el “pupitrazo” como la aprobación de un proyecto a última hora y sin el análisis detenido y ponderado. En la sentencia C-760 de 2001 se declaran inexecutable las disposiciones aprobadas sin cumplir un mínimo de publicidad.

⁶²³ Sentencia C-332 de 2005.

ley sancionada respecto del proyecto original. Introducir un artículo nuevo no implica necesariamente que se introduzca un asunto nuevo; lo que no se permite es que se introduzcan temas autónomos, nuevos y separables que no estén relacionados con la propuesta original.⁶²⁴ Tratándose de leyes, los criterios para determinar cuándo un cambio durante el trámite implica una transformación de la propuesta en otra totalmente diferente, son los siguientes: la nueva adición debe desarrollar o precisar aspectos de la materia central del proyecto que hayan sido debatidos previamente;⁶²⁵ los efectos generados por el cambio introducido no pueden ser totalmente diferentes u opuestos a los que surgen del texto original; el sentido de la norma propuesta después de la modificación sustancial no puede ser totalmente distinto u opuesto a la original; y los cambios introducidos no deben transformar la propuesta en otra totalmente diferente de modo tal que no sea posible identificarla materialmente con la original. No se considera asunto nuevo un artículo propuesto por la comisión de conciliación para superar una discrepancia entre las cámaras en torno a un tema.⁶²⁶ Precisa la Corte que la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico.⁶²⁷ Tratándose de reformas constitucionales el asunto nuevo es más flexible debido a la posible relación estrecha entre distintos temas constitucionales dadas las características de la Constitución de 1991. Por ejemplo, se ha admitido que la adición de un artículo sobre la participación del Ministerio Público en el nuevo sistema acusatorio guarda relación suficiente con una cuestión debatida como las garantías del investigado o acusado en el proceso penal.⁶²⁸

Luego de que la Corte en las sentencias C-801 de 2003 y C-839 de 2003 declarara inconstitucionales artículos porque se habían incorporado a sus respectivos proyectos ya iniciado el trámite parlamentario, luego de verificar que no tenían una conexión suficientemente fuerte y esencial con el tema del proyecto, elevó el grado de rigidez del estándar sobre unidad de materia y consecutividad en las sentencias C-1056 de 2003, C-1147 de 2003, C-312 de 2004, C-370 de 2004 y C-372 de 2004.⁶²⁹ La última versión de la doctrina constitucional sobre este punto se recoge en la sentencia C-490 de

⁶²⁴ Sentencia C-453 de 2006.

⁶²⁵ Sentencias C-801 de 2003 y C-1092 de 2003.

⁶²⁶ Sentencia C-198 de 2002.

⁶²⁷ Sentencia C-920 de 2001.

⁶²⁸ Sentencias C-332 de 2005 y C-996 de 2004.

⁶²⁹ Criticado por dos de los principales magistrados de entonces en salvamentos de voto a las sentencias C-1147 de 2003 y C-370 de 2004 (s.v. Eduardo Montealegre), así como a la sentencia C-1056 de 2003 (s.v. Manuel José Cepeda).

2011, donde se sustenta que la evaluación sobre la unidad temática de un artículo con el proyecto general se logra a partir de la verificación acerca de si el asunto objeto de debate “guarda relación causal, temática, sistemática o teleológica con los núcleos temáticos de la iniciativa, sin que la evaluación del cumplimiento de este requisito resulte particularmente intensa, pues ello terminaría por desconocer la cláusula general de competencia legislativa y, de manera más general, el principio democrático representativo”.

El principio de consecutividad es ponderado en el caso concreto con el principio de instrumentalidad de las formas.⁶³⁰ La misma Constitución y la ley plantean excepciones.⁶³¹ El desarrollo o la precisión de aspectos de la materia central del proyecto no significan asunto nuevo si lo que se agrega está comprendido dentro de lo previamente debatido.⁶³² La novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico.⁶³³ Si la comisión de conciliación propone un artículo que supera una discrepancia entre las cámaras en torno a un tema, no se entiende introducido un asunto nuevo si guarda relación con lo debatido en las cámaras.⁶³⁴ El respeto a los principios de identidad y unidad temática constituyen el criterio para determinar si las modificaciones introducidas a los proyectos son constitucionales. El análisis del respeto a estos principios en el trámite legislativo por parte de la Corte comporta el hecho de que la introducción de un cambio, aunque considerable, haya estado precedida de un examen del proyecto en conjunto.⁶³⁵ Respecto de actos legislativos, existe un requisito de que las iniciativas se presenten en el primer periodo.⁶³⁶

⁶³⁰ Sentencia C-801 de 2003.

⁶³¹ Sentencia C-198 de 2002.

⁶³² Sentencia C-1092 de 2003.

⁶³³ Sentencia C-920 de 2001.

⁶³⁴ Sentencia C-198 de 2002. Una de las críticas a la fallida reforma constitucional que el gobierno Santos presentó al Congreso para modificar los artículos relacionados con la administración de justicia, fue que en la sesión de conciliación que sólo debía unificar los textos aprobados por cada una de las cámaras, se agregaron asuntos que no habían sido objeto de debate previo y que consagraban beneficios para los congresistas. La reforma fue aprobada el 20 junio de 2012, pero debido al fuerte movimiento de oposición, el presidente Santos objetó la reforma por la versión final que se aprobó, por lo que convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para revocarla.

⁶³⁵ Planteamiento reiterado en sentencias como: C-940 de 2003, C-333 de 2010 y C-321 de 2009.

⁶³⁶ Para que se ampare la identidad en los proyectos reformativos de la Constitución, además de los requisitos para los proyectos de ley, es posible realizar modificaciones en el segundo periodo de sesiones (C-753 de 2004), si: (i) se relaciona y conserva la naturaleza de la reforma en general (C-543 de 1998, C-614 de 2002 y C-888 de 2004), y (ii) el tema de la modificación hizo parte de las deliberaciones desde la presentación del proyecto (C-372 de

Tratándose de un órgano plural y deliberativo, es natural que durante el trámite parlamentario de leyes o reformas constitucionales las diferentes perspectivas de todos los actores y representantes contribuyan de forma efectiva a que el proyecto no adolezca de parcialidad o intereses privados. La autonomía deliberativa del legislador se resguarda con los principios de identidad flexible o relativa y de unidad de materia. La Constitución flexibilizó el trámite legislativo acatando principios deliberativos fundamentales, conforme a los cuales la exposición pública y abierta de las iniciativas legislativas, así como las razones para respaldarlas, constituye la oportunidad idónea para que se adopten mejores normas y políticas, toda vez que la deliberación hace que se incremente la confianza pública en las medidas que se toman, lo cual a su vez deriva en su legitimidad. Los principios defendidos por la configuración del neoconstitucionalismo en Colombia se garantizan al proteger un escenario deliberativo para el proceso de toma de decisiones regido por determinadas condiciones.

Para propiciar la intervención de todas las fuerzas políticas, permitir la participación de las minorías en igualdad de condiciones, garantizar la deliberación pública y transparente sobre temas publicitados desde el inicio del trámite del proyecto, la Corte ha exigido el respeto a los principios de consecutividad y de unidad de materia,⁶³⁷ los cuales se han constituido en criterios de análisis constitucional. Estos principios son los principales orientadores del trámite legislativo⁶³⁸ y a su vez concretan el principio democrático en el trámite legislativo, porque, en tanto instrumento de racionalización de dicho trámite, garantizan que las leyes sean el “resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento”.⁶³⁹ Para resguardar el principio de consecutividad, los proyectos de ley y acto legislativo deben surtir el número de debates establecido y de manera sucesiva, tanto en comisiones como en plenarias.

El respeto al principio de unidad de materia exige que el objeto de lo decidido durante el trámite legislativo corresponda al mismo tema, “así el sentido de las decisiones sea diferente e, inclusive, contrario”.⁶⁴⁰ Contribuye

2004, C-888 de 2004 y C-292 de 2007). La posibilidad previa de deliberar en torno al tema de la modificación es la que determina su constitucionalidad (C-668 de 2004).

⁶³⁷ Este principio pretende alcanzar objetivos de seguridad jurídica sustancial, propiciando normas legales que observen una coherencia material interna. Sentencia C-940 de 2003.

⁶³⁸ Sentencia C-198 de 2002.

⁶³⁹ Sentencia C-501 de 2001. Es necesario resguardar el principio democrático de la representación y la deliberación dentro de los trámites de producción normativa. Sentencia C-041 de 2005.

⁶⁴⁰ Sentencia C-273 de 2011

de forma importante a la legitimidad del trabajo en el Congreso porque, en tanto control constitucional, impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo y evita que se aprueben normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con las que fueron efectivamente debatidas.⁶⁴¹ Conforme a este principio, todo proyecto debe referirse a una misma materia.⁶⁴² El tema de una ley debe coincidir con todos y cada uno de los asuntos que trata,⁶⁴³ de forma tal que en un momento determinado entre un proyecto y un artículo que se modifica se debe guardar una relación lógica-causal en cuanto a la conexidad temática, instrumental, material y teleológica.⁶⁴⁴

El principio de unidad de materia implica la exigencia de coherencia entre la ley y sus proposiciones. Se identifica con la propia voluntad legislativa, por lo que confronta la sustancia de la norma y no su trámite de elaboración. Vulnerarlo no constituye un vicio procedimental.⁶⁴⁵ El vicio no es formal entonces, sino que deriva de que el Congreso carece de la competencia para verter esos contenidos normativos en esa ley específica. Una ley puede ser formalmente inatacable debido a que surtió un trámite donde se aprobaron todas las disposiciones establecidas en la Constitución y en la ley, pero algunos artículos pueden declararse inexecutable si su contenido normativo no tiene una conexidad razonable con la temática general de la ley.⁶⁴⁶

El principio de unidad de materia exige que: (i) cada proyecto tenga un núcleo temático bien definido, (ii) entre ese núcleo y los otros contenidos del proyecto exista una clara relación de conexidad, y (iii) dicha relación se pueda establecer con base en un criterio objetivo y razonable. En caso de leyes multitemáticas, sus contenidos deben no obstante guardar una relación de coherencia normativa, objetiva y razonable.⁶⁴⁷ La deliberación durante el procedimiento legislativo es relevante para tomar una decisión final cuando, no obstante que fuera posible objetivamente establecer algún tipo de conexidad entre los contenidos de un proyecto de ley, uno de tales contenidos no hubiera sido explícitamente presentado en el curso del de-

⁶⁴¹ Sentencia C-501 de 2001.

⁶⁴² Sentencia C-214 de 2007.

⁶⁴³ Sentencias C-026 de 1993, C-489 de 1998, C-035 de 2003 y C-377 de 2008.

⁶⁴⁴ Sentencias C-022 de 1994, C-070 de 1994, C-407 de 1994, C-1057 de 2005, C-664 de 1998, C-788 de 2001, C-570 de 2003 y C-153 de 2004.

⁶⁴⁵ Por esta razón no está sometido a término de caducidad (artículo 242, inciso 3o., constitucional).

⁶⁴⁶ Sentencia C-531 de 1995. Consúltense también al respecto: C-055 de 1996, C-256 de 1998, C-025 de 1993, C-133 de 1993 y C-568 de 1997.

⁶⁴⁷ Sentencia C-104 de 2004.

bate legislativo. En estos casos prima la consideración sobre la unidad de materia, para evitar que al amparo de una conexidad meramente temática se introduzcan de manera subrepticia, materias que quedarían sustraídas del debate democrático.⁶⁴⁸

En la sentencia C-487 de 2002 se abordó la constitucionalidad de un párrafo del artículo 3o. del acto legislativo núm. 1 de 2001, sobre el Sistema General de Participaciones de Departamentos y Municipios. El artículo 375 constitucional establece el requisito de los ocho debates cuando se trata de acto legislativo, pero el hecho de que se incluya un aparte en el articulado ya adelantados los debates no implica una violación de este artículo si no se prueba a su vez falta de unidad de materia de lo que se adicione respecto del proyecto general. En este sentido, el cargo adicional por no publicar un texto agregado ulteriormente tampoco prospera si el proyecto general se publicó debidamente. La Corte reiteró el criterio establecido en la sentencia C-222 de 1997, conforme a la cual solo los textos “publicados oficialmente en el intermedio de los dos periodos ordinarios en que se debate la reforma pueden ser de nuevo debatidos y votados en los cuatro debates de la segunda vuelta”. De la exigencia constitucional no se deriva una restricción a la posibilidad de modificar el texto aprobado en primera vuelta, toda vez que tal modificación sea consustancial a lo ya deliberado y aprobado. En este caso, las expresiones adicionadas al párrafo no tienen un contenido temático específico que las diferencia del resto del inciso, por lo que su adición no constituyó un cambio esencial en el articulado. No se introdujo una modificación sustancial a lo previamente deliberado y votado.

El principio de unidad de materia permite establecer, si durante el trámite del proyecto se observó el principio de identidad.⁶⁴⁹ La articulación de ambos principios procura regular la tensión entre el respeto al principio democrático y el margen de configuración del legislador, con la protección a los derechos constitucionales y a los principios fundamentales. El examen de constitucionalidad por presunta violación al principio de unidad de materia debe ponderarlo con el principio democrático y la libre configuración del legislador.⁶⁵⁰ Si la exigencia de identidad en los proyectos de ley⁶⁵¹ es un criterio de control constitucional, la Corte ha reconocido que no debe establecerlo como criterio estricto. Si el principio de unidad de materia se usara con rigidez por parte de la Corte terminaría anulando el principio demo-

⁶⁴⁸ Sentencia C-803 de 2003.

⁶⁴⁹ Sentencias C-940 de 2003 y C-308 de 2007.

⁶⁵⁰ Sentencia C-277 de 2011.

⁶⁵¹ Artículos 158 y 169 constitucionales.

crático.⁶⁵² Un principio de identidad rígido iría flagrantemente en contra de los ideales deliberativos.

La naturaleza del principio de consecutividad es resguardar el debate democrático de la inclusión extemporánea (no de artículos sino) de temas nuevos, es decir, de temas que no fueron objeto de suficiente deliberación durante el trámite parlamentario. El principio de consecutividad se viola cuando después del primer debate o cuando el proyecto pasa de una cámara a otra, se introduce un artículo nuevo que no respeta el principio de identidad con la materia original. Los principios de consecutividad e identidad están directamente relacionados con el ideal deliberativo, porque su garantía permite que cada proyecto tenga un suficiente grado de deliberación democrática para que las normas jurídicas resultantes del proceso legislativo sean legítima expresión de la voluntad de los congresistas.⁶⁵³

La ley 508 de 1999 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para 1999-2002, fue declarada inexecutable en su totalidad⁶⁵⁴ por la sentencia C-557 de 2000 porque, a pesar de que se cumplieron los requisitos reglamentarios para la expedición de leyes ordinarias, así como aquellos señalados para la expedición de la ley del Plan, diferían sustancialmente los textos que se aprobaron en las sesiones que de manera simultánea se realizaron en cada una de las cámaras. Debido a que transcurría el último día en el que conforme al término constitucional establecido podían aprobar el proyecto en el Congreso, ya que vencido surgía la facultad constitucional al gobierno para expedirlo mediante decreto con fuerza de ley, se conformó una comisión de conciliación que redactó un acta que no contenía un nuevo texto explícito del proyecto ni de los artículos sobre los cuales se presentaban divergencias, sino que establecía una forma para determinar el contenido definitivo del proyecto respecto de los artículos aprobados de manera diferente en cada plenaria.

Ante el inminente vencimiento del término y la imposibilidad de conciliar el texto, la comisión le defirió la potestad al gobierno para decidir acerca del articulado que no había sido conciliado. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley, porque el Congreso no pudo cumplir con su deber de deliberación, conciliación, acuerdo y creación de la ley. Si bien se cumplieron los requisitos reglamentarios, y en particular se cumplió con los

⁶⁵² Sentencias C-025 de 1993 y C-737 de 2001.

⁶⁵³ Sentencia C-1011 de 2008.

⁶⁵⁴ Además de la ley del plan, la acción pública solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 2o. del artículo 183 de la Ley 5a. de 1992 (parcial), pero se rechazaron esos cargos, toda vez que había cosa juzgada constitucional, porque ya había sido declarado executable en sentencia C-025 de 1993.

debates, la accidentada comisión demostró que no fueron suficientes para conformar una norma que se hubiera debido acordar y conciliar. El Congreso, y en particular la comisión que nombraron las presidencias de ambas corporaciones, debió haber podido precisar el texto con el cual se superaban las diferencias entre el articulado que salió de los debates en el Senado y en la cámara. No es admisible la delegación de esta función, exclusiva e intransferible, del Congreso, al gobierno.

Sostuvo la sentencia que las normas que rigen el trámite de las leyes procuran precisamente que los congresistas “conozcan a cabalidad el tenor literal de las disposiciones que se someten a su consideración y aprobación, y que aquello que es finalmente adoptado como ley sea expreso en su texto y de público conocimiento”. Enfatiza la Corte que el sentido de toda la normativa procedimental para la formación de la ley⁶⁵⁵ es precisamente que se aprueben textos conocidos, explícitos e idénticos. La aprobación de textos implícitos resulta completamente ajena a la voluntad del constituyente.

Debido a que la transparencia y el respeto al principio del pluralismo político son importantes normas consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano⁶⁵⁶ e integran igualmente la concepción deliberativa de la democracia, se debe observar en este análisis un aspecto de la sentencia que declaró inconstitucional la ley convocatoria a un referendo para modificar la Constitución y permitir la segunda reelección presidencial. Además del argumento por sustitución de la Constitución, la Corte se pronunció sobre ocho vicios formales que se presentaron durante el trámite de la ley. Uno de los vicios fue la vulneración de los principios de identidad y consecutividad, porque el Congreso alteró de manera sustancial la iniciativa constitucional al modificar el texto de la pregunta sobre cuyo apoyo se habían manifestado los firmantes.

En la sentencia C-141 de 2010 se declaró inexecutable la ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional para permitir la segunda reelección presidencial, porque en el tercer debate del proyecto en la comisión primera del Senado, cuando los senadores se percataron de que si la pregunta se aprobaba tal como quedó formulada no sería posible candidatar al presidente en ejercicio (Uribe Vélez) para las elecciones siguientes,

⁶⁵⁵ Es decir, publicar el proyecto de ley y el proyecto aprobado en primer debate en la *Gaceta del Congreso*, la mediación de un periodo entre el primer y el segundo debate durante el cual los congresistas conozcan el texto y puedan reflexionar sobre su contenido, las sesiones de debates que se deben desarrollar respecto del proyecto, la publicación del texto aprobado y la creación de una comisión de conciliación que medie en las divergencias entre los textos aprobados en una y otra Cámara. Sentencia C-557 de 2000.

⁶⁵⁶ Constitución colombiana (artículos 1, 155 y 374) y en la Ley estatutaria de Mecanismos de Participación (134 de 1994, artículos 24, 27, 97 y 98).

de 2010, se cambió la pregunta del referendo respecto de la cual se había hecho la respectiva recolección de firmas.⁶⁵⁷ El Senado vició la iniciativa popular al cambiar la pregunta sustituyendo un verbo rector que otorgaba la posibilidad de reelección al presidente que hubiera sido “elegido”, en vez de quien hubiera “ejercido” la presidencia, durante dos mandatos consecutivos. La interpretación de la pregunta en su primera redacción excluía al entonces presidente, Álvaro Uribe Vélez, de la posibilidad de presentarse como candidato a las elecciones inmediatamente después de que finalizara su segundo periodo.

Además, el incumplimiento de los procedimientos y la manipulación en los debates previos a la votación afectan principios constitucionales básicos y necesarios en el debate parlamentario, como son la identidad y la consecutividad.⁶⁵⁸ Estos dos principios orientan el proceso de formación de las leyes y de actos legislativos, y también permiten que el proyecto, los debates, la aprobación y votación se ciñan a unas materias predefinidas, las cuales configuran las deliberaciones. La articulación entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un debate democrático.

Al presentarse solo dos de los cuatro debates necesarios exigidos por la ley, se incumplió con los requisitos mínimos del procedimiento legislativo.⁶⁵⁹ Retomando el planteamiento de la sentencia C-760 de 2001, sostuvo que “Sólo es posible subsanar vicios de trámite sobre la base de un trámite que efectivamente se ha llevado a cabo”,⁶⁶⁰ por lo cual en un momento determinado no es constitucionalmente válido presentar como subsanación de un vicio en el procedimiento legislativo, para que no acarree una declaratoria de in-

⁶⁵⁷ El texto de la pregunta sobre la cual firmaron en respaldo más de cuatro millones de ciudadanos, era: “Quien haya *ejercido* la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido para otro período”. Así fue aprobada por la Cámara, pero culminó su trámite en el Senado, así: “Quien haya *sido elegido* para la Presidencia...”. (Énfasis añadidos).

⁶⁵⁸ Igual argumento había sostenido la Corte en la sentencia C-737 de 2001, donde recaló la importancia de concertar “el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta, a fin de que los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas”.

⁶⁵⁹ Artículo. 149 constitucional “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama Legislativa del Poder Público, se efectúa fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes”.

⁶⁶⁰ Criterio retomado en varias sentencias y autos: sentencias C-370 de 2004 y C-473 de 2004; autos: 031 de 2012, 032 de 2012 y 086 de 2012.

constitucionalidad, lo que en realidad equivaldría a llevar a cabo etapas que no se surtieron del proceso de formación de la ley o del acto legislativo.⁶⁶¹

En 2009 se aprobó la ley 1327, convocante a un referendo para modificar la Constitución con el fin de permitir la imposición de penas hasta de prisión perpetua cuando los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro, se cometieran contra menores de catorce años y menores de edad con discapacidad física y/o mental. En examen constitucional posterior se encontró que durante el trámite parlamentario de la ley se cometieron dos vicios formales insubsanales que constituyen violaciones a requisitos sustanciales del procedimiento de su formación. Uno de ellos consistió en cambios sustanciales que se le hicieron al contenido de la propuesta original durante el proceso del trámite en el Congreso que viola los principios de identidad y de consecutividad de las propuestas de referendo, por cuanto se modificaron expresiones y se incluyó un nuevo párrafo, con efecto y sentido diversos a los establecidos en la propuesta de iniciativa ciudadana.⁶⁶²

Respecto de proyectos de iniciativa ciudadana como en este caso que se examinaba una propuesta de referendo, el Congreso puede realizarle modificaciones, pero que no comprometan su esencia. En la primera, de forma sustancial donde se analizó la constitucionalidad de un referendo por iniciativa ciudadana, se estableció el criterio según el cual durante los cuatro debates debe mantenerse sustancialmente el mismo proyecto; es decir, las modificaciones que se hagan en ejercicio de los principios de pluralismo y decisión mayoritaria no sean de tal envergadura que terminen por convertirlo en otro completamente distinto⁶⁶³. Esto afectaría la iniciativa ciudadana plasmada en el respaldo a una determinada pregunta a ser sometida a referendo, y así al principio democrático, pero sobre todo la obligatoriedad de que la iniciativa surta los debates reglamentarios, para lo cual no puede tener cambios esenciales luego del primero, porque materialmente el debate se estaría realizando no sobre el proyecto originalmente presentado, sino sobre aquel modificado en el transcurso del trámite. En sentencia C-397 de 2010 se declaró en consecuencia inexecutable la ley 1327 de 2009.

⁶⁶¹ Sentencia C-1248 de 2001.

⁶⁶² El otro ocurrió porque el certificado del Registrador Nacional sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la solicitud de referendo se presentó extemporáneamente al final del proceso de aprobación de la ley, y no al inicio, como corresponde. La falta de este certificado impide la iniciación del procedimiento y vicia por tanto su constitucionalidad.

⁶⁶³ Sentencia C-141 de 2010.

La falta de deliberación en el Congreso, así sea en el caso del examen constitucional a una ley convocatoria a un referendo precedida de millones de firmas, afecta la esencia del procedimiento democrático al punto que no es posible su subsanación. El requisito de los cuatro debates reglamentarios⁶⁶⁴ se vulnera si se verifica que en un caso concreto no se discutieron los artículos que se modificaron o suprimieron por la comisión accidental creada dentro del segundo debate. La única posibilidad de que no se cumpla la regla de los cuatro debates sin que acontezca una elusión deliberativa es que se realicen sesiones conjuntas de las comisiones de cada cámara como lo permiten la Constitución y la ley 5a. de 1992.⁶⁶⁵ Los debates, cuatro para las leyes y ocho para los actos legislativos,⁶⁶⁶ se deben realizar plenamente para que se agote la materia objeto de examen, y así lo decidido pueda reputarse válido formalmente y legítimo de forma sustantiva. Si en un trámite determinado falta uno de los debates o se realiza sin los requisitos, queda viciado de inconstitucionalidad.

Tema	Falta de unidad de materia en proyecto de ley
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Indefinido (no caducidad)
Característica	Insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Racionalidad deliberativa
Sentencias representativas	C-803 de 2003
Casos	Leyes 812 y 819 de 2003 (Ley de Presupuesto y Plan Nacional de Desarrollo)

⁶⁶⁴ Establecido en el artículo 157 constitucional.

⁶⁶⁵ Conforme a la ley 5a. de 1992, artículo 169, las comisiones permanentes de una y otra Cámara pueden sesionar conjuntamente por disposición constitucional (las comisiones de asuntos económicos deliberarán conjuntamente para realizar el primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaaciones) o por solicitud gubernamental (el presidente de la República envía un mensaje para trámite de urgencia sobre cualquier proyecto de ley).

⁶⁶⁶ Artículo 375 constitucional.

Subreglas	<p><i>Corresponde a la Corte Constitucional declarar inexecutable una ley que se refiera a materias distintas y que no tenga por tanto un núcleo temático bien definido y que no guarde conexidad entre ese núcleo y los otros contenidos de la ley.</i></p> <p><i>Corresponde a la Corte Constitucional declarar inexecutable una ley multitemática que se refiera a materias contradictorias y respecto de la cual sus contenidos no guarden una relación de coherencia normativa, objetiva y razonable.</i></p>
-----------	--

Tema	Modificar proyectos de ley
Tipo de vicio	Formal
Término de la demanda	Un año
Característica	Subsanable - insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Identidad y consecutividad
Sentencias representativas	C-397 de 2010 y C-141 de 2010
Casos	Leyes convocatorias a referendos sobre cadena perpetua para agresores de menores (ley 1327 de 2009) y sobre reelección presidencial inmediata (ley 1354 de 2009)
Subregla	<i>Esta ordenado declarar inconstitucional una ley o una reforma constitucional si luego de iniciado su trámite parlamentario se realizaron modificaciones sobre el proyecto que no guardaban una relación evidente, necesaria y específica con el tema general del mismo.</i>

4. *Publicidad de proyectos y de convocatorias a sesiones extraordinarias*

Un elemento esencial de la posibilidad de una debida deliberación durante las sesiones de debate, sobre todo las primeras, que a su vez está ligado con la deliberación parlamentaria como requisito esencial para la validez y legitimidad de las decisiones, es la publicación oportuna de la ponencia de los proyectos. Esta publicación condiciona el desarrollo del debate por parte de los congresistas en la medida en que la distribución de una copia

del correspondiente documento, es esencial para que los miembros de una respectiva célula legislativa lo puedan conocer.⁶⁶⁷

Las funciones del Congreso, principalmente proferir leyes y actos legislativos, nombrar algunos funcionarios públicos y ejercer el control político, sólo pueden cumplirse respetando los principios constitucionales. Cuando las iniciativas se vierten en la política, se debe honrar la publicidad en todos los momentos del procedimiento legislativo. Es una condición de legitimidad de la discusión parlamentaria, y de igual forma contribuye tanto al *accountability* parlamentario para que se pueda exigir el cumplimiento del debate y el respeto a los principios constitucionales que procuran resguardar de las posiciones egoístas, parcializadas y autointeresadas, como al mantenimiento de canales comunicativos abiertos para la preservación de una sociedad en la cual las posiciones políticas mayoritarias y minoritarias circulen con libertad e igualdad de condiciones en la arena política.

Una de las primeras reformas constitucionales sobre las que se refirió la Corte desde la perspectiva deliberativa, en particular desde el requisito de la publicidad, fue la C-543 de 1998, que declaró inconstitucional un aparte del Acto Legislativo núm. 1 de 1997 sobre la extradición de nacionales por delitos cometidos en el extranjero. Un aparte (“La ley reglamentará la materia”) no había cumplido con los ocho debates sino con cuatro, razón por la cual fue declarado inexecutable. Citando la sentencia C-222 de 1997, estableció que el término “debate” no equivale a “votación”, sino a discusión, y sobre el supuesto de la suficiente ilustración. La votación no es cosa distinta de la conclusión del debate. Debido a no haberse cumplido con los principios de identidad y consecutividad del proyecto, se afectó además la posibilidad de su publicidad.

En la sentencia C-951 de 2001 declaró inexecutable la ley 620 de 2000 que aprobaba la suscripción de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a que acontecieron dos irregularidades en el trámite en el Senado: la ponencia para primer debate se publicó después de su aprobación en la Comisión segunda, y en el expediente no aparece ninguna constancia de que la ponencia para primer debate en la Cámara haya sido publicada en la *Gaceta del Congreso*.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Sobre la finalidad de la publicación de ponencia, la Corte ha tratado diversos casos, como por ejemplo en las sentencias C-951 de 2001 y C-1250 de 2001: en la primera se dijo que el desconocimiento de la exigencia de publicar previamente en la *Gaceta del Congreso* las ponencias para primer debate no representa una irregularidad menor, sino que configura un vicio de procedimiento, y en la segunda se debió intervenir en un enfrentamiento entre el Ejecutivo y el Legislativo por la conveniencia y por la constitucionalidad de un proyecto de ley.

⁶⁶⁸ La ley 5 de 1992 (artículo 156) consagra una alternativa para agilizar el trámite de un proyecto, que consiste en que el presidente de la comisión respectiva puede autorizar la

Desde sus primeras sentencias ha insistido la Corte en el punto de la publicidad, la cual cumple ciertamente la importante finalidad de la transparencia de los debates que se dan en el Legislativo, al racionalizar la discusión, permitir que la decisión sea más propensa a considerar los distintos intereses sociales, con lo cual las deliberaciones conducen efectivamente a que se produzcan resultados más justos e imparciales. En la sentencia C-386 de 1996 se demandó la constitucionalidad de un extenso y variado articulado de la ley 5a. de 1992, para cuya resolución la Corte acudió a distintos argumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales.⁶⁶⁹

En particular, en el examen a la constitucionalidad del artículo 88 la Corte abordó tres asuntos directamente relacionados con el ideal deliberativo, como son las formas de contar con una democracia más amplia, la opinión pública y la igualdad entre las ramas del poder en materia informativa. Para que pueda hablarse verdaderamente de una democracia constitucional es esencial que la actividad parlamentaria esté regida por los principios de transparencia y publicidad, que son condiciones de legitimidad de la deliberación en la medida en que visibilizando las discusiones es que los congresistas pueden cumplir sus funciones, particularmente la de traducir políticamente la opinión de los distintos grupos y sectores de la sociedad.⁶⁷⁰ La publicidad conduce a la transparencia, y ésta a la imparcialidad, esencial en el grado de justicia que ostente una decisión y cardinal en el modelo deliberativo de la democracia.⁶⁷¹ En una democracia participativa, además, tienen que honrarse los principios que conectan a los parlamentarios con sus electores.

Uno de los requisitos mínimos de racionalidad deliberativa y decisoria es que los congresistas conozcan el texto sometido a votación con suficiente antelación, lo cual desde la sentencia C-760 de 2001 se constituye en un criterio necesario para superar el examen constitucional. Esta sentencia, que

distribución de la ponencia de forma previa al debate entre los miembros de la comisión. La ponencia se debe publicar de todas formas después en la *Gaceta*, pero la verificación de la distribución previa salva la constitucionalidad de una norma si se publicó en la *Gaceta* después de aprobada.

⁶⁶⁹ Respecto de la doctrina de la sustitución constitucional, esta sentencia enfatiza que el Congreso no es la máxima autoridad institucional ni puede operar como tal, porque constituye un poder constituido.

⁶⁷⁰ La sentencia cita a Kant, quien consideraba que uno de los principios trascendentales del derecho público era el que “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”.

⁶⁷¹ La sentencia C-386 de 1996 es citada por la sentencia C-915 de 2001 a este preciso respecto.

declaró constitucional el Código Penal,⁶⁷² desarrolló y amplió la *ratio* de la sentencia C-222 de 1997, pues sostuvo que la regulación del proceso de formación de las leyes, como una de las funciones esenciales del Congreso en la cual participa la Corte, y en particular la oportunidad de deliberación dentro de la sesión de debate, es la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático y procurar igualmente proteger el diseño de la forma de gobierno establecido por el constituyente. La Corte encontró en la sentencia C-760 de 2001 que la ley era constitucional, pero declaró inexecutable algunos artículos y apartes que no fueron publicados en la *Gaceta* núm. 540 de 1999, y que no fueron hechos públicos por otro medio, ni fueron conocidos por la plenaria de la cámara. Además, el proyecto existente se modificó de forma significativa en materias como la jurisdicción indígena, que “se sujetará a la ley que regule la materia”, pero ni siquiera se consultó con dicha minoría. Para la Corte, en sentencia C-760 de 2001, “el supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria es el conocimiento de los textos de los proyectos y de las modificaciones propuestas respecto de los mismos”, por lo cual “el desconocimiento del texto a aprobar equivale a la carencia de objeto de discusión o debate”.

Además del vicio por vulneración de los principios de identidad y consecutividad, la Corte declaró inexecutable, en sentencia C-141 de 2010, la ley convocatoria a un referendo constitucional para permitir la segunda reelección presidencial, porque la convocatoria a sesiones extra y su reunión se dio sin que el decreto correspondiente fuera publicado en el *Diario Oficial*, por lo que no existía sustento jurídico que autorizara la reunión, y por tanto la sesión extraordinaria debió ser declarada nula.

Por este mismo error procedimental el Congreso no publicó el decreto que convocó a sesiones extraordinarias, en las cuales la norma cursó su respectivo trámite. La sentencia C-685 de 2011 declaró inexecutable cinco leyes aprobadas por el Congreso en la misma sesión y sancionadas por el presidente el mismo día. La Corte, a pesar de algunos salvamentos de voto,⁶⁷³ ha sustentado de forma consistente que este vicio no es subsanable.

La falta de publicidad implica naturalmente el desconocimiento general del proyecto o de la proposición que lo modifica, lo cual excluye la posibilidad de su deliberación y vicia irremediablemente su votación. Mientras que el conocimiento previo por parte de los parlamentarios de los proyectos de ley y de las modificaciones propuestas a los mismos constituye el acata-

⁶⁷² Ley 600 de 2000.

⁶⁷³ Véanse por ejemplo los salvamentos a la sentencia que declaró inconstitucional la Ley de Insolvencia para Personas Naturales (Ley 1380 de 2010).

miento de un supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria exigido como requisito constitucional en el trámite parlamentario de aprobación de una ley.⁶⁷⁴ Acerca del principio de publicidad, la Corte ha regulado que los informes de las comisiones deben ser conocidos por las plenarios de las cámaras antes de ser sometidos a aprobación, pues sin el conocimiento previo no es posible entender que el debate y la decisión realmente existieron.⁶⁷⁵

Tema	Convocatoria a sesiones extra sin publicación del decreto convocatorio respectivo
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Un año
Característica	Insubsancable
Derechos y principios vulnerados	Publicidad y transparencia en los debates
Sentencias representativas	C-141 de 2010 y C-685 de 2011
Casos	Ley convocatoria a referendo sobre reelección presidencial (ley 1354 de 2009), ley de insolvencia para personas naturales (ley 1380 de 2010)
Subreglas	<i>Está ordenada la debida difusión de la ponencia o el informe de ponencia para primer debate, con antelación al trámite en la comisión correspondiente, so pena de declaratoria de inconstitucionalidad por acaecimiento de un vicio insubsancable.</i> <i>Debido a que carecen de validez los actos aprobados en sesiones que se realizan sin cumplir los requisitos constitucionales, está ordenado declarar inconstitucional una norma que se haya tramitado en alguna de sus sesiones de debate sin publicitar la convocatoria a sesiones extraordinarias.</i>

Respecto de un proyecto de ley aprobatoria de un artículo de un tratado internacional, debe anunciarse previamente la sesión donde se realizará su deliberación y votación. La Corte Constitucional tiene la facultad de revisar las leyes aprobatorias de tratados y acuerdos internacionales. Las características de este control son: es previo al perfeccionamiento del tratado, pero

⁶⁷⁴ Sentencia C-688 de 2002.

⁶⁷⁵ Sentencia C-179 de 2002.

posterior a la aprobación del Congreso; automático, pues debe ser enviada por el presidente a la Corte antes de proceder con su sanción; integral, porque la Corte analiza los aspectos formales y materiales del tratado y su ley aprobatoria, confrontándolos con la Constitución;⁶⁷⁶ y tiene fuerza de cosa juzgada. Cumple una función preventiva,⁶⁷⁷ porque su finalidad es garantizar la supremacía constitucional y el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano.⁶⁷⁸

La Corte debe analizar en cada caso donde se detecte la ocurrencia de este vicio al revisar la ley aprobatoria, si fue saneado por el propio Congreso, si es subsanable una vez identificado por la Corte y se le puede enviar al Congreso para que lo subsane, o si es insubsanable y la ley debe entonces declararse inexecutable.

En sentencia C-576 de 2006 se reconstruyó el precedente relativo al vicio insubsanable que deriva de omitirse el anuncio de la deliberación y votación de un proyecto de ley aprobatoria de un tratado internacional, en una sesión posterior a cuando se había anunciado su realización y dentro de una misma legislatura. En el examen previo de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, la Corte encontró que en el segundo debate en el Senado, en plenaria, se votó el proyecto de ley sin que previamente se hubiera anunciado que en dicha sesión se realizaría la votación.

Este hecho derivó en el incumplimiento de la exigencia constitucional conforme a la cual ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado.⁶⁷⁹ En este, así como en todos los casos donde se declara inexecutable una norma por un vicio formal, no se procede a examinar el contenido de la misma.

El artículo 80. del Acto Legislativo 01 2003 requiere para su cumplimiento que no coincida la sesión de anuncio de votación, con la sesión de deliberación y votación efectivas. Ordena que la fecha de votación de los proyectos de ley sea previamente anunciada, que dicho anuncio se realice en sesión distinta a la de la sesión en que es sometido a su aprobación, y que la votación se realice efectivamente el día en que se anuncie. El sentido

⁶⁷⁶ “En virtud del control por vicios de procedimiento que ejerce la Corte en desarrollo de esta facultad, se examina tanto la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios en la negociación y firma del tratado, como el cumplimiento de las reglas de aprobación legislativa en la formación de la ley aprobatoria en el Congreso”. Sentencia C-576 de 2006.

⁶⁷⁷ Sentencias C-468 de 1997, C-376 de 1998, C-426 de 2000 y C-924 de 2000.

⁶⁷⁸ Sentencia C-468 de 1997, reiterada en sentencias como: C-378 de 1996, C-682 de 1996, C-400 de 1998 y C- 924 de 2000.

⁶⁷⁹ Consagrado en el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003.

de este artículo es permitir a los congresistas saber con anterioridad cuáles proyectos de ley o informes de objeciones presidenciales serán sometidos a votación, suponiendo el conocimiento pleno de los mismos y evitando, por ende, que sean sorprendidos con votaciones intempestivas.⁶⁸⁰

La omisión de anuncio de votación es subsanable si el vicio ocurre después de que haya expresado su voluntad el Senado (que es por donde debe iniciar su trámite un proyecto de ley aprobatoria de un tratado). En virtud del principio de instrumentalidad de las formas es posible subsanar un vicio durante el procedimiento legislativo si no se ha vulnerado el principio que dicho requisito procura proteger. La Corte ha determinado como criterios relevantes para establecer la posibilidad de subsanar este vicio:

- (i) el cumplimiento de las etapas básicas y estructurales del proceso legislativo, establecidas en el artículo 157 de la Carta; (ii) el contexto dentro del cual se presentó el vicio; (iii) la garantía de los derechos de las minorías a lo largo del debate parlamentario y del principio democrático en la votación del proyecto de ley; (iv) el tipo de ley de que se trata y su evolución a lo largo del debate parlamentario.⁶⁸¹

Tema	Requisito de anuncio previo de votación en trámite legislativo
Tipo de vicio	Formal
Característica	Subsanable-insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Publicidad, transparencia y participación de minorías políticas
Sentencias representativas	C-576 de 2006
Subregla	<i>Un proyecto de ley aprobatorio de tratado internacional se declarará inexecutable si la votación se realiza en una sesión distinta a la que fue anunciada previamente, es decir, si se rompe la secuencia de citaciones y anuncios. En esta situación se entenderá incumplido el requisito del anuncio de la votación.</i>

5. Principio deliberativo y mayorías necesarias para aprobar proyectos

La Corte ha articulado una jurisprudencia activista y progresista con un respeto por los postulados de la democracia deliberativa que son transgre-

⁶⁸⁰ Sentencia C-533 de 2003 y Auto 038 de 2004.

⁶⁸¹ Auto 089 de 2005.

didos (por omisión o acción) en el escenario legislativo. Un caso que recibió gran cubrimiento mediático debido a su repercusión en la política de “seguridad democrática” del gobierno Uribe, fue la declaratoria de inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista.⁶⁸² La sentencia es un ejemplo del respeto por los autoprécendentes y de la independencia que una institución judicial debe representar en un Estado democrático de derecho. La sentencia C-816 de 2004 declaró inconstitucional en su integridad el estatuto antiterrorista, debido a que se incurrió en un vicio formal insubsanable.

La Corte fundamentó su decisión, entre otras consideraciones, en que más de una docena de los representantes que lo respaldaron habían cambiado su voto de un día para otro sin dar explicación pública alguna.⁶⁸³ En una de las sesiones de debate de la Cámara ocurrió un vicio de procedimiento, porque no se consideraron los efectos jurídicos y prácticos de la votación irregular del informe de ponencia, la cual no se había realizado a satisfacción del tipo de mayoría absoluta que establece la Constitución para la aprobación de los actos legislativos durante el segundo periodo ordinario y consecutivo de sesiones.⁶⁸⁴ La falta del tipo de mayoría exigida por la Constitución y el Reglamento del Congreso para la aprobación del acto legislativo debe acarrear en la práctica el hundimiento del proyecto, pero no fue considerado así por la mesa directiva que precisamente levantó la sesión, por lo que se pudo establecer que violó la normativa reglamentaria y constitucional respecto del trámite de reformas constitucionales. Al otro día inició la siguiente sesión a pesar de que la sesión inmediatamente anterior se había levantado luego de aprobar el proyecto sin la mayoría necesaria de los miembros de la cámara. Este vicio procedimental implica la declaratoria de inexequibilidad del acto.⁶⁸⁵

⁶⁸² El Acto Legislativo 02 de 2003 buscaba modificar los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de enfrentar el terrorismo.

⁶⁸³ Sobre el voto público o secreto de los congresistas, véase la sentencia C-245 de 1996, así como su análisis, en Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001, sección VIII, 8.4

⁶⁸⁴ Exigida por la Constitución en su artículo 375 en consonancia con el Reglamento del Congreso en su artículo 119 ordinal 1o.

⁶⁸⁵ Luego de precisar la iniciativa para la presentación de actos legislativos en el gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente, el artículo 375 constitucional establece que el trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. “Aprobado en el primero de ellos por la *mayoría de los asistentes*, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la *mayoría de los miembros* de cada cámara” (énfasis añadido). De forma casi idéntica lo estableció el Reglamento del Congreso, en su artículo 225: “El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las cámaras por la mayoría simple, en la

La Corte logró probar el perverso cometido de la mesa directiva: hacer proseguir irreglamentariamente el trámite del acto legislativo para tener oportunidad, por fuera de los debates en el Congreso, de conseguir las mayorías suficientes para aprobar el proyecto. Y, en efecto, más de una docena de representantes que lo respaldaron finalmente habían cambiado su voto de un día para otro sin explicación alguna.⁶⁸⁶ La sentencia que declaró inconstitucional el estatuto se fundamentó en que el cambio repentino e infundado en el voto de varios representantes vulneró el principio deliberativo que consagra la Constitución, regula la ley 5a. de 1992 y ha desarrollado la jurisprudencia. Este criterio no sólo ha sido seguido por la jurisprudencia constitucional.⁶⁸⁷

Adicionalmente, la exigencia constitucional de un tipo especial de mayoría conformada por la mitad más uno de los votos de los miembros de cada una de las comisiones y plenarias del congreso, necesaria para aprobar leyes estatutarias, no se cumple con dejar constancia de que el proyecto fue aprobado por dicha mayoría, sino que el quórum debe aparecer claramente determinado con el número de senadores o representantes que así lo decidieron.⁶⁸⁸

El criterio de las mayorías establecidas como necesarias para aprobar determinado tipo de leyes ha sido usado repetidamente por la Corte en su examen constitucional a leyes y actos legislativos. Si una ley estatutaria se aprueba con mayoría simple al término de alguna de las sesiones de debate, se genera un vicio insubsanable de inconstitucionalidad. La democracia basada en la regla de mayorías y en el respeto a unos principios que le confieren identidad a la forma de constitucionalismo que se eligió en 1991, imponen como condición un mayor grado de consenso entre las fuerzas políticas a la hora de determinar el contenido y los aspectos relacionados

primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta”.

⁶⁸⁶ Así, mientras en la sesión del 5 de noviembre el proyecto recibió 83 votos a favor y 48 en contra —por lo cual se debió haber archivado por falta de mayoría necesaria— en la sesión del día siguiente recibió 104 votos a favor y 32 en contra. Sobre el voto público o secreto de los congresistas, véase la sentencia C-245 de 1996, así como su análisis en, Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, cit., sección VIII, 8.4.

⁶⁸⁷ El Consejo de Estado, en su sala electoral, anuló la elección de los nueve magistrados del Consejo Nacional Electoral en 2011, toda vez que se exige la publicidad en la elección de los magistrados, y en este caso la votación fue secreta. El artículo 133 constitucional establece que las votaciones deben ser públicas. Otro artículo por cuya violación se declaró esta anulación fue el 108 constitucional, que obliga a los partidos políticos a votar en bancada.

⁶⁸⁸ Sentencias C-179 de 1994 y C-688 de 2002.

con la exigibilidad de los derechos.⁶⁸⁹ Ha sido estable la jurisprudencia de la Corte en exigir que por ley estatutaria que se desarrollen legislativamente los derechos fundamentales.

En estos fundamentos se basó la Corte por ejemplo para declarar inconstitucional la ley 1288 de 2009, que propuso e impulsó el gobierno de Uribe Vélez para fortalecer las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Cuando se probó que esta ley incidía directamente sobre elementos estructurales esenciales del derecho a la intimidad, surgió el criterio de inconstitucionalidad, porque se debió haber tramitado como ley estatutaria, y, por lo tanto, con el respaldo de una mayoría superior respecto de la exigida para aprobar leyes ordinarias. La Corte esgrimió tres argumentos para fundamentar que se trataba de un vicio insubsanable y, por lo tanto, que no podía remitir el acto al Congreso para que lo remediara. Hubo una distorsión de la formación de la voluntad democrática de las cámaras por la aprobación de un proyecto sin la mayoría necesaria; no es posible subsanar este vicio porque ello acontecería por fuera de los dos periodos ordinarios consecutivos que exige la Constitución para el trámite de actos legislativos, y la subsanación implicaría repetir la segunda vuelta, por lo cual sería hecha por fuera del término de treinta días que para los eventos en que es posible la subsanación preceptúa el Reglamento del Congreso en su artículo 202.

Sentencias como estas objetan el comportamiento, usual en algunos casos, de los parlamentos donde la reunión de las cámaras no sirve sino para formalizar con una votación la decisión que ya fue tomada en negociaciones previas privadas por fuera de las sesiones de debate. El control constitucional, aunque de baja intensidad, resguarda los principios en los que se desarrollan las normas procedimentales. Sentencias como esta, y en general la línea jurisprudencial sobre el control del procedimiento legislativo, son las que verdaderamente consagran el modelo deliberativo y público de formación de las leyes y de los actos legislativos que se diseñó en la Constitución.

La Corte, consciente de que se podría objetar como un “culto excesivo al respeto de rituales sin sustancia” el hecho de declarar inconstitucional por un vicio de forma leyes importantes para la política de un determinado

⁶⁸⁹ La sentencia C-567 de 1997 declaró inexecutable un artículo de la ley 190 de 1995, “*El estatuto anticorrupción*” que obligaba suministrar todos los datos solicitados en el desarrollo de un formato único de hoja de vida por parte de quienes aspiraran a ocupar un cargo público. La creación de una obligación de este tipo debería haberse realizado mediante ley estatutaria debido a su contenido ligado al *habeas data* o derecho a la autodeterminación informática. Sobre el desarrollo legislativo indebido del derecho fundamental al *habeas data* la Corte posteriormente ha declarado inconstitucionales otras disposiciones, sobre las que puede consultarse las sentencias C-384 de 2000, C-729 de 2000 y C-687 de 2002.

gobierno, sostuvo que en una democracia constitucional, y en particular en un país pluralista, la soberanía popular se manifiesta precisamente en deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática que exprese la decisión mayoritaria. Las decisiones colectivas deben ser un producto de una discusión pública que haya permitido además la participación de las minorías. Por esta razón, el control de los vicios de procedimiento en la formación de leyes y actos legislativos constituye una de las principales funciones de la justicia constitucional.⁶⁹⁰

Tema	Aprobación de proyecto sin mayorías reglamentarias
Tipo de vicio	Formal
Término de la demanda	Un año
Característica	Insubsancionable
Derechos y principios vulnerados	Principio democrático y principio de consecutividad (unidad de materia)
Sentencias representativas	C-816 de 2004
Casos	Estatuto antiterrorista (Acto Legislativo 02 de 2003)
Subreglas	<i>Está ordenado al Congreso archivar un proyecto, y de esta forma impedir que continúe su trámite, si la ponencia no obtiene la mayoría absoluta requerida en el segundo período de debates.</i> <i>Está ordenado declarar inconstitucional un acto legislativo si durante alguna de las sesiones de debate durante el segundo período, el proyecto se aprobó con mayoría simple y, a pesar de ello, continuó el trámite legislativo.</i>

6. “No taxation without representation” y racionalidad deliberativa

El gobierno Uribe presentó una reforma al estatuto tributario⁶⁹¹ en la cual, entre otras normas, consagraba la inclusión de nuevos productos como

⁶⁹⁰ Sentencia C-816 de 2004, fundamentos jurídicos 135 y ss.

⁶⁹¹ Ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

objeto de impuesto al valor agregado (IVA) y la ampliación del porcentaje que se tributaba por otros productos. En acción pública de inconstitucionalidad se le solicitó a la Corte que declarara la inexecutable de la ley porque, respecto de algunos de sus artículos, se vulneró durante el trámite legislativo la norma constitucional que regula el periodo que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate (artículo 160), toda vez que no se cumplieron los ocho días para pasar del primero al segundo, y quince para hacer tránsito de una corporación legislativa a otra.

En sentencia C-776 de 2003 se estudiaron los argumentos planteados por el actor, para quien se vulneró la Constitución, porque a pesar de que se dio la discusión en el Congreso no se cumplió con los referidos tiempos. La Corte encontró no obstante que dichos plazos no eran necesarios en razón de las mismas normas que se estudiaron y debatieron en secciones conjuntas, lo que redujo los tiempos de aprobación de la ley y permitió el cumplimiento del debido debate. Por ésta, así como por otras razones, declaró executable casi todo el articulado demandado y se inhibió respecto de un artículo. Ahora bien, encontró inconstitucional el artículo 116 de dicha ley, que ampliaba la base del IVA a productos de primera necesidad, como la leche, la carne, los huevos y los medicamentos, así como a servicios esenciales, como la salud, el agua, la luz, el gas y la educación, que se gravaban con un 2%. Además de que contrariaba los principios de progresividad⁶⁹² y equidad que rigen el sistema tributario en un Estado social y democrático de derecho,⁶⁹³ así como el principio de la igualdad. La Corte también fundamentó la inexecutable de este artículo 116 en un vicio por elusión deliberativa.

La Corte tuvo en cuenta en parte información relacionada con las tasas de pobreza e indigencia, la equidad del sistema tributario, los niveles de desescolaridad y desempleo, así como la distribución del ingreso en Colombia, y la falta de medidas de gasto social, que hayan probado ser efectivas, que compensen la afectación del mínimo vital de las personas más necesita-

⁶⁹² El principio de progresividad regula que el sistema tributario reduzca las diferencias relativas entre los aportantes conforme a su capacidad contributiva de la que disponen. Para lograrlo se debe diseñar un sistema tributario con sus normas particulares, de forma tal que reparta con justicia la carga tributaria estatal a partir de la capacidad contributiva de las personas. La carga tributaria debe ser mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente. Sentencia C-419 de 1995. Debido a que este principio permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados, se puede afirmar que el principio de progresividad se deduce del principio de equidad vertical. Sentencia C-643 de 2002.

⁶⁹³ Sobre este punto, Restrepo, Juan Camilo, *¿Y de la equidad qué? Reflexiones sobre el sistema tributario durante la administración Uribe Vélez*, Medellín, Dike, 2010.

das.⁶⁹⁴ Debido a que el IVA es un impuesto indirecto, es regresivo, toda vez que se debita a las personas con independencia de su capacidad económica. Si bien la Corte había señalado que se presume la capacidad de pago de quienes adquieren productos grabados, este criterio no vincula este caso, porque, se trata de productos de primera necesidad que por su naturaleza requieren todos los miembros de la sociedad, pero cuyo impuesto sólo afecta a los más desfavorecidos que tienen capacidad de pago reducida.⁶⁹⁵ Una persona que compra una bolsa de leche o una porción de pan no está ejerciendo su libertad como consumidor, en un sentido, sino que está supliendo necesidades básicas. Tampoco se deriva que siempre y en todos los casos los impuestos indirectos sean declarados inexecutable, pero indica que debe examinarse el contexto socioeconómico en el cual van a implementarse los nuevos gravámenes.

La Corte ha reafirmado en su jurisprudencia el amplio margen de configuración que la Constitución le confiere al Congreso en materia de política tributaria, con el fin de que pueda determinar qué no se grava, qué se grava y con qué porcentaje. Este margen de configuración ha sido calificado como “la más amplia discrecionalidad”.⁶⁹⁶ Por esta razón, se declaró executable el artículo 34 de esta misma ley 788 de 2002, que consagra bienes gravados con IVA del 7%. De la particular amplitud no se deriva, claramente, la falta de límites. Como todo ejercicio que realice el Congreso en el marco de una democracia constitucional, está sometido a los límites y vínculos que establecen los derechos fundamentales y los principios constitucionales que, como la legalidad tributaria, la equidad fiscal, la eficiencia, la progresividad y la igualdad real, debe respetar la potestad impositiva del Congreso.

El Congreso puede modificar la normativa tributaria en ejercicio de su potestad impositiva, pero no lo puede hacer de cualquier forma. En la justificación que otorgue a dichas modificaciones debe considerar los objetivos de fomentar determinadas actividades o sectores económicos, pero también atender al hecho de que como resultado de las propias deliberaciones del Congreso se ha sostenido durante décadas una decisión relativa a no extender la carga tributaria a las personas con baja capacidad contributiva.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Sentencia C-776 de 2003, apartado 4.5.6.1.

⁶⁹⁵ Sentencia C-505 de 1999.

⁶⁹⁶ Sentencia C-007 de 2002.

⁶⁹⁷ El apartado 4.5.2 de la sentencia presenta una breve reconstrucción histórica del IVA en Colombia, de la cual se colige que el artículo 116, por sus profundas implicaciones para el sistema tributario, implicó una modificación del sistema tributario en su conjunto, el cual “era uno distinto antes de la norma acusada y fue objeto de una modificación, no puntual o accesorio, sino trascendental”.

Al revisar la historia del IVA en Colombia, la Corte encontró que muchos de los bienes y servicios gravados en esa norma habían sido objeto de amplia deliberación parlamentaria conforme a la cual se había decidido excluirlos o declararlos exentos para promover la igualdad real. Ampliar la base del IVA como proponía el artículo 116 representa entonces una modificación del sistema tributario. La manera como se configuró el artículo 116 en el Congreso omitió el principio de consecutividad, porque fue introducido en el penúltimo debate durante las deliberaciones en la plenaria de la cámara y, como no tenía unidad de materia con el resto del articulado, constituía un tema nuevo, que debía haber surtido los cuatro debates reglamentarios. Como el Senado no tuvo ocasión de conocerlo, se introdujo mediante comisión de conciliación.⁶⁹⁸

Un tema nuevo, y particularmente sensible,⁶⁹⁹ se incluyó en el resto del articulado de forma tal que no pudo ser debatido. La Corte estableció que un día antes de la terminación del periodo legislativo, cuando habían transcurrido tres meses desde que se presentó el proyecto, el ministro de Hacienda afirmó ante la plenaria de la cámara:

Con el señor presidente de la República, el equipo económico estuvo meditando la conveniencia de incluir este gravamen del 2% para los bienes excluidos y exentos hoy en día ... sé que esta es la decisión más compleja, más difícil de esta reforma tributaria, pero yo les ruego meditarlo, pensarlo, estamos anticipando una situación fiscal de la Nación muy importante hacia el año 2005, y por lo tanto creemos que con esto les estamos dando el carácter estructural a la solución del problema fiscal de la Nación.

⁶⁹⁸ En algunos casos surgen discusiones relativas a lo que constituye o no un tema nuevo, así como a la excesiva rigidez de la Corte al decidir si existe o no “tema nuevo” a lo largo de los debates, toda vez que de otro lado sea afirmado que en el procedimiento legislativo también se debe incentivar la “flexibilidad y la creatividad”. Por ejemplo, en el salvamento de voto de Manuel José Cepeda a la sentencia C-1056 de 2003 sostuvo que un artículo declarado inconstitucional en la sentencia porque fue introducido a último momento en un proyecto ajeno a la materia por él regulada. Conforme a Cepeda, el artículo estaba en el proyecto de ley inicialmente presentado por el gobierno, versa sobre la materia pensional y está estrechamente vinculado a la reforma al régimen de pensión de vejez, discutida y votada en los cuatro debates reglamentarios.

⁶⁹⁹ Se dice en la sentencia que el ejercicio de la potestad impositiva del Estado no puede estar encaminado a empujar a los estratos bajos hacia la pobreza y a los pobres hacia la indigencia. La Corte ha señalado desde sus primeras sentencias que corresponde al legislador velar por la “efectiva idoneidad” de los sujetos obligados por las normas tributarias, de tal manera que no se impongan cargas sobre personas cuyo nivel de ingresos “se agota en la satisfacción de sus necesidades vitales mínimas”. Sentencia C-776 de 2003, apartados 4.5.3.2.2.2 y 4.5.3.3.2.

Con la actuación del Congreso respecto de este artículo no sólo se vulneró el ideal deliberativo al constatarse la ocurrencia de la afectación en el principio de consecutividad, sino que se irrespetó el propio criterio que en ocasiones anteriores había tomado el Congreso en estos casos.⁷⁰⁰ La Corte había advertido que la decisión de gravar bienes o servicios de primera necesidad exigía una “previsión razonada y ecuaníme”.⁷⁰¹ Por un lado, el artículo 116 habría tenido severos efectos sobre la población desfavorecida y profundas implicaciones para el sistema tributario. Por esta razón, la Corte encontró que vulneraba los principios tributarios de progresividad y de equidad. Estos principios se deben interpretar sistemáticamente con el derecho al mínimo vital.

La justificación del gobierno, en particular del ministro de Hacienda y del director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en sus respectivas intervenciones en la sentencia, es que los recursos se destinarían prioritariamente hacia el beneficio de los sectores desfavorecidos, por lo que al cobrarle el IVA a productos de primera necesidad terminarían beneficiándose del recaudo adicional. Además de la falta de evidencia que respalde la compensación de la nueva carga impositiva, constató la Corte que para entonces el gasto público social había venido disminuyendo en los últimos años y que en realidad el IVA se destinaría para financiar el gasto en seguridad y defensa.

Por otro lado, no sólo de la concepción del artículo, sino también de la forma como fue incorporado al proceso parlamentario, se establece que fue el resultado de una decisión arbitraria de gravar un alto número de bienes y servicios diversos,⁷⁰² la cual se tomó sin el mínimo de deliberación parlamentaria exigido por el principio de legalidad del tributo; es decir, de que no puede haber tributación sin la debida representación. Desde mediados del siglo XVIII existe el principio de “no tributación sin representación”, conforme al cual la representación de los sectores sociales se manifiesta gracias a la posibilidad de deliberación parlamentaria, así que con incumplirla no sólo se afecta la normativa reglamentaria sobre formación de leyes, sino también el principio de legalidad del tributo.

El principio de “no tributación sin representación” tendría, según la sentencia C-776 de 2003, dos expresiones: la instrumental y la material. La primera sería una exigencia de que “cualquier norma que establezca o mo-

⁷⁰⁰ Lewin Figueroa, Alfredo, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia tributaria (1992-2005)*, trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, noviembre 10 de 2005.

⁷⁰¹ Sentencia C-094 de 1993.

⁷⁰² Desde armas de fuego y maquinaria hasta leche y huevos.

difique una obligación tributaria deba haber surtido todos los pasos necesarios para haber sido adoptada como ley”. La expresión material se refiere a la deliberación sobre el tributo impuesto a cada bien y servicio por parte del Congreso. Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, porque traduce la posición de los representantes que se exterioriza en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual facilita el control del ejercicio del poder público.

El respeto al supuesto político de la representación se corresponde con la necesidad de un acto del legislador para la creación de gravámenes. En un sistema democrático la imposición de tributos debe surtir debidamente las etapas para adoptarse como ley. La creación de impuestos exige el consentimiento de la colectividad,⁷⁰³ y, por lo tanto, exige un respeto al trámite parlamentario, y, en particular, la satisfacción de un mínimo de racionalidad deliberativa respecto de las implicaciones de la modificación para los principios tributarios y, en últimas, para la sociedad. “Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, puesto que traduce la posición de los representantes del pueblo, expresada en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual a su turno facilita el control del ejercicio del poder público, que es un derecho fundamental de los ciudadanos”.⁷⁰⁴

A pesar de que había razones constitucionales de fondo para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ampliar la base gravable del IVA a productos de primera necesidad, porque afectaba principios constitutivos del modelo de Estado social y democrático de derecho, la razón de la decisión en este caso (*la ratio*) fue que el artículo de la referida ley se aprobó sin respeto a los principios que resguardan las normas que regulan el trámite de las normas en el Congreso y eludiendo, en consecuencia, la deliberación sobre las implicaciones de dicha ampliación respecto de los principios de progresividad y equidad.⁷⁰⁵ Un mínimo de racionalidad deliberativa debe preceder la decisión de ampliar la base gravable del IVA a productos de primera necesidad, máxime cuando deliberaciones anteriores habían sostenido la conveniencia de no hacerlo.⁷⁰⁶

⁷⁰³ Sentencia C-1383 de 2000.

⁷⁰⁴ Sentencia C-776 de 2003.

⁷⁰⁵ “Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y se predicán del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular”. Sentencia C-643 de 2002. La Corte protege la sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales, por lo cual debe asegurar que el sistema tributario se enmarque en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público. Sentencia C-183 de 1998.

⁷⁰⁶ Para declarar inconstitucional el artículo 116 se tuvo en cuenta también la vulneración al derecho fundamental del mínimo vital en tanto garantía de la dignidad humana en

7. *Elusión deliberativa por falta de consulta previa*

La consulta previa es el derecho del que gozan las minorías étnicas nacionales (indígenas, negros,⁷⁰⁷ raizales, palenqueros y gitanos), para informarse acerca de todo proyecto de ley, de infraestructura o de explotación de recursos naturales que pueda afectar sus territorios ancestrales y sus comunidades. La consulta previa no es un requisito del trámite parlamentario como tal, sino una condición previa que habilita el inicio y desarrollo del debate. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, señala en sus artículos 6 y 7 que los pueblos tienen el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de desarrollo nacional y regional que probablemente les afectaran de manera directa. Este tratado internacional es reconocido en Colombia en virtud del artículo 330 constitucional⁷⁰⁸ y forma parte del bloque de constitucionalidad⁷⁰⁹ debido a su aprobación por la ley 21 de 1991. La Corte ha utilizado la consulta como un estándar de constitucionalidad para proteger principios como autonomía, integridad e identidad cultural y económica de las minorías étnicas.

Más que por su ratificación formal, el Convenio se ha constituido en un estándar para determinar la validez de normas en Colombia por cuenta de

su dimensión de “vivir bien” con condiciones mínimas de vida sin las cuales las personas no tienen un mínimo de calidad de vida. Con la probada afectación al sector más desfavorecido de la población, que ha aumentado como se sabe por cifras sobre pobreza y desigualdad, no es equiparable de forma automática la capacidad para adquirir bienes y servicios, con capacidad contributiva. De los bienes y servicios de primera necesidad gravados depende el goce efectivo del derecho al mínimo vital. El deber general de contribuir a financiar los gastos del Estado se debe ponderar con principios de justicia y equidad. “No se puede afirmar que quien agota todo su ingreso en adquirir lo necesario para subsistir, tiene una capacidad contributiva reflejada en su posibilidad de adquirir bienes y servicios que ineludiblemente debe comprar para sobrevivir”. Sentencia C-776 de 2003.

⁷⁰⁷ Sobre la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras”, véase la sentencia C-253 de 2013. Sobre el lenguaje jurídico como factor potencial de inclusión o exclusión social, véanse por ejemplo: C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-320 de 1997, C-082 de 1999, C-800 de 2000, C-983 de 2002, C-478 de 2003, C-1088 de 2004, C-1235 de 2005 y C-037 de 2006.

⁷⁰⁸ Otros artículos constitucionales que respaldan la figura de la consulta previa, son: 1, 2, 7, 70, 93 y 329. Normas constitucionales relacionadas son aquellas que protegen las garantías otorgadas a los pueblos indígenas, tales como las integradas en los artículos 10 (las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios), 68 (derecho a la identidad cultural), 96 (los indígenas asentados en territorios fronterizos son nacionales por adopción), 171 (circunscripción especial indígena con dos senadores que los representen), 246 y 330 (autonomía judicial y gubernamental), 286 y 329 (territorios indígenas como entes territoriales) y 330, párrafo (derecho de participación de los pueblos indígenas).

⁷⁰⁹ Sentencia T-606 de 2001.

su implementación por parte de la jurisprudencia. Lo ha elevado a estatus iusfundamental porque está ligado a la subsistencia del grupo como grupo humano y como cultura. Es un derecho fundamental de carácter colectivo que procura proteger la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios, y asimismo amparar su derecho a la participación. Su realización debe estar enmarcada en un proceso público en el que se garantice el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo). Su nombre indica que la consulta se debe realizar de manera previa a la adopción de la medida para que precisamente la participación de las comunidades les permita contribuir en su configuración. La sentencia SU-039 de 1997 estableció los criterios para la realización de la consulta. La sentencia C-030 de 2008 precisó su forma de realización. El derecho a preservar la integridad de la comunidad se garantiza mediante el ejercicio del derecho a la participación en la adopción de las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarles.

A partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha establecido las reglas que se deben cumplir para garantizar la consulta previa. 1). Se deben consultar todas las leyes, los decretos y los proyectos que afecten las comunidades étnicas y sus territorios. 2). En la consulta deben participar los legítimos representantes de las comunidades afectadas que pueden estar acompañadas por organizaciones étnicas nacionales, los representantes de las empresas o los ponentes del respectivo proyecto de ley, y los organismos del Estado directamente vinculados (la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Ambiente) que fungen como garantes del proceso de realización de la consulta. 3). Los costos en la realización de las consultas los debe acarrear el Estado a partir de recursos propios gestionados por el Ministerio del Interior con aportes de sectores interesados en las consultas, como aquellos que explotan recursos naturales. 4). Debido a que el consentimiento por parte de las comunidades es un requisito necesario para la realización del proyecto, si el resultado de la consulta es negativo y si se encuentra que el impacto del proyecto es considerable y puede poner en peligro la supervivencia cultural o física del pueblo involucrado, al ejecución del proyecto debe suspenderse hasta tanto se llegue a un acuerdo.⁷¹⁰

Si bien por regla general no existen procedimientos especiales para la presentación de un proyecto, más allá de las señaladas formalmente en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, la Corte ha declarado inconstitucionales diversas normas, porque durante su trámite no se cumplió con

⁷¹⁰ Agradezco aquí la orientación de César Rodríguez Garavito.

la consulta previa a los pueblos indígenas y grupos étnicos. El objetivo de la consulta es determinar la eventual afectación directa que podrían sufrir estos grupos por la implementación de una medida legislativa (expedición de normas que los involucren o los afecten) o administrativa (expedición de una licencia ambiental para explotar recursos naturales).⁷¹¹

Conforme a una concepción deliberativa de la democracia se deben promover y fortalecer mecanismos para reducir el autointerés egoísta en la formación de la voluntad general y para contribuir a depurar el trámite parlamentario de la lógica perversa que muchas veces lo regula mediante la observancia al principio de publicidad, por ejemplo. Las medidas legislativas o administrativas que afectan derechos de pueblos étnicos minoritarios no se toman necesariamente por la lógica perversa del capital, sino por el desconocimiento de sus preferencias y necesidades. La misma falibilidad humana es un criterio para promover los mecanismos que contribuyan a tomar decisiones en las cuales se logre una adecuada articulación entre la necesidad de explotar los recursos naturales y la protección que el Estado le debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades; es decir, que permitan lograr una ponderación correcta entre los principios que ampara el derecho a la consulta previa, por un lado, y el principio a la seguridad jurídica y el derecho al desarrollo económico, por otro.

Así es como se ha establecido la existencia de dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas: el derecho general de participación y el deber de consulta. Conforme al primero los estados deben crear medios para que se haga efectivo el derecho de los interesados a participar en la adopción de las medidas que los van a afectar. La normativa constitucional que lo respalda es básicamente la igualdad política, la participación en el procedimiento legislativo y la circunscripción especial. Conforme al deber de consulta, el Estado está obligado a realizarla, toda vez que se constituye en un derecho fundamental.⁷¹² Se configura una violación a la Constitución si se pretermite en el trámite legislativo por el claro vínculo entre la realización de la consulta y la protección de la identidad cultural de las

⁷¹¹ Sentencia T-382 de 2006. Otras sentencias en las cuales se ha decidido sobre el derecho a la consulta previa, son: sentencias T-428 de 1992 (resguardo indígena de Cristianía en el caso de la troncal del café), SU-039 de 1997 (pueblo indígena U'wa), T-652 de 1998 (pueblo Indígena Embera Katío), C-169 de 2001 (circunscripción electoral de las comunidades negras), C-891 de 2002 (consulta en la expedición del Código de Minas), SU-383 de 2003 (fumigaciones que afectaban pueblos indígenas y tribales de la Amazonía) y T-880 de 2006 (cabildo Motilón Bari en caso de perforación exploratoria de Ecopetrol).

⁷¹² Sentencia C-615 de 2009.

minorías étnicas.⁷¹³ La Corte reconoce el derecho a la deliberación autónoma para que libremente convoquen a sus integrantes y representantes y valoren las ventajas y desventajas del proyecto.⁷¹⁴ La participación debe ser real y efectiva tratándose de las cuestiones que afectarán a las comunidades, sobre todo en casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. La participación no se emula con una simple función informativa, y la realización de la consulta debe estar regida por el principio de la buena fe. Tres criterios existen entonces en el estudio del deber de realizar la consulta en cada caso: (i) la obligatoriedad, (ii) las características de la obligatoriedad, y (iii) las consecuencias de su pretermisión u omisión.⁷¹⁵

Dos casos pusieron en la agenda de discusión nacional el control que ejerce la Corte a la manera como se elaboran las normas en el Congreso cuando se elude la deliberación respecto de las comunidades indígenas o étnicas que se verán afectadas por su implementación. En ambos casos se declararon inconstitucionales medidas, defendidas con especial vigor por el gobierno de entonces, que omitieron durante sus respectivos trámites de formulación y expedición el requisito de la consulta a las comunidades indígenas y tribales a pesar de afectarles directamente. Se trata de la ley forestal (Ley 1021 de 2006)⁷¹⁶ y del Estatuto de Desarrollo Rural (ley 1152 de 2007).⁷¹⁷

En el primer caso, la Corte reconoció que a pesar de que hubo un amplio proceso de participación de distintos sectores interesados durante el trámite parlamentario del proyecto de ley era necesaria la realización de la consulta previa. La ley regulaba de manera general e integral la actividad forestal, y por tanto podría afectar directamente a las comunidades indígenas y afrocolombianas al establecer políticas generales, definiciones y cri-

⁷¹³ Sentencia C-615 de 2009. La sentencia C-030 de 2008 amplió la definición del contenido y el alcance de la consulta previa, mientras que la C-175 de 2009 establece las reglas que se deben cumplir en la manera de realizar la consulta.

⁷¹⁴ Sentencia SU-039 de 1997.

⁷¹⁵ Sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008. En esta última sentencia se declaró inexequible la ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, condicionadamente a la suspensión de la ejecución de los proyectos o presupuestos plurianuales que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta que se realice la consulta previa, pues varios proyectos son susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas que residen en las zonas donde serán ejecutados

⁷¹⁶ Declarada inexequible en la sentencia C-030 de 2008. El precedente sentado en esta sentencia fue utilizado para analizar la constitucionalidad de diversa normativa. Véanse por ejemplo las sentencias: C-063 de 2010, C-937 de 2011, C-331 de 2012, C-398 de 2012, C-641 de 2012, C-862 de 2012, C-943 de 2012, C-068 de 2013.

⁷¹⁷ Declarada inexequible en la sentencia C-175 de 2009.

terios que pueden afectar las áreas donde se encuentran asentadas, lo cual puede además afectar sus formas de vida y su estrecha relación con el bosque. Hubo elusión deliberativa por falta de consulta con esas comunidades en la búsqueda efectiva de aproximaciones sobre la manera de evitar que la ley las afectara negativamente, ya que hubiera sido necesario que a partir de instancias suficientemente bien representativas de las comunidades se pusiera en su conocimiento el proyecto de ley, se les ilustrara sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas.

Por razones similares fueron declaradas inexecutable en sentencia C-366 de 2011 las reformas introducidas al Código de Minas,⁷¹⁸ pues las medidas legislativas que contenía incidían directamente en la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas, por lo que el proyecto debió contar con espacios de participación para las comunidades probablemente afectadas. El Congreso entonces no podía regular la explotación de recursos sin consultar con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre su contenido. La Corte ha variado según el caso en la adopción de los remedios judiciales al momento de analizar la constitucionalidad de un proyecto (de ley o de infraestructura) cuya implementación afecte comunidades étnicas nacionales. En unos casos ha declarado la inconstitucionalidad porque se encontró que el proyecto ha debido consultarse con las comunidades respectivas, mientras que en otros casos ha declarado la constitucionalidad condicionada a que la consulta se realice cuando se vaya a realizar algún aspecto del proyecto.⁷¹⁹

En el caso del estatuto de desarrollo rural, las razones por las cuales se reconoció que se había violado el deber de realizar la consulta previa fueron el reconocimiento de la importancia que para la definición de su propia identidad tiene la regulación de la propiedad agraria en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas, y la obligatoriedad del deber de consulta se refuerza por la existencia de materias que específicamente regulan temas relacionados con las comunidades indígenas o afrodescendientes.⁷²⁰

La consulta previa tiene unas características que no se pueden sustituir durante el proceso participativo ordinario del Congreso, ya que en el mis-

⁷¹⁸ Ley 1382 de 2010 que modifica la ley 685 de 2001 (Código de Minas).

⁷¹⁹ En esta sentencia C-366 de 2011, por ejemplo, la Corte confirió efectos diferidos a su decisión respecto de este segundo caso.

⁷²⁰ La Corte ha examinado la consulta previa en caso de leyes ordinarias, pero también de leyes estatutarias (C-490 de 2011, C-748 de 2011 y C-765 de 2012), tratados internacionales (C-750 de 2008, C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012) y reformas constitucionales (C-702 de 2010, C-882 de 2011 y C-317 de 2012).

mo no hay oportunidad de que las comunidades conozcan el proyecto, sus alcances y sobre todo sus eventuales perjuicios. El espacio participativo de la consulta les permite pronunciarse sobre las normas para que sus objeciones y reclamos sean escuchados y tengan influencia efectiva en la configuración de la norma. Este proceso procura evitar que las comunidades se afecten en su integridad cultural, económica o social. La sentencia que se profirió en el caso de la ley forestal extendió los alcances del precedente sobre consulta previa porque reconoce la obligación estatal de consultar a las minorías culturales los proyectos susceptibles de afectarlos directamente, antes de su radicación en el Congreso.

Tema	Omisión de consulta previa
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Indefinido (no caduca)
Característica	Insubsanable
Derechos y principios afectados	Principio democrático, derecho a la participación, pluralismo, reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, respeto a las minorías étnicas y salvaguarda de su identidad diferenciada
Sentencias representativas	C-169 de 2001, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-207 de 2007, C-175 de 2009, C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011
Casos	Ley Forestal (Ley 1021 de 2006), Código de Minas (Ley 1382 de 2010) y Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007).
Subregla	<i>Esta ordenada a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la realización de una consulta previa, libre e informada con las minorías étnicas nacionales cuando se compruebe que un proyecto de ley, de infraestructura o de explotación de recursos naturales, o decisiones administrativas, afecta directamente sus territorios ancestrales y sus comunidades.</i>

8. Relación entre amplitud deliberativa y capacidad de acción legislativa

Una sentencia que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 789 de 2002⁷²¹ consagró en su *ratio* un importante criterio de consti-

⁷²¹ En sentencia C-658 de 2003 se había declarado constitucional la ley 789 de 2003 en su integridad, y la sentencia C-801 de 2003 declaró exequible el artículo 51. En ambos casos

tucionalidad, que ha sido seguido por la doctrina de la Corte y es esencial en la subregla sobre elusión deliberativa. La sentencia C-038 de 2004 declaró exequibles los artículos 25 y 26, entre otros, de dicha ley. El primero extiende la jornada ordinaria o diurna hasta las 10 p.m., mientras que la regulación precedente señalaba que ésta iba únicamente hasta las 6 p.m. Extender la jornada laboral ordinaria hasta las 10 p.m. implica que quienes trabajen entre las 6 p.m. y las 10 p.m. no tendrán derecho al recargo por trabajo nocturno. El segundo modifica la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, pues reduce de 100% a 75% el recargo por trabajo en festivos y dominicales.

El principal argumento a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 26 era que establecen regulaciones menos favorables a los trabajadores respecto de las normas subrogadas, por lo que su implementación implica un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual estaría prohibido en materia de regresividad en derechos sociales. Quienes defienden la constitucionalidad, por su parte, sostienen que incluso si dicho retroceso existiera, estaría justificado, porque no afecta derechos adquiridos ni situaciones consolidadas, y tiene una finalidad legítima, como es promover el empleo y contribuir así al desarrollo económico estatal.

No sólo la exposición de motivos del proyecto y los informes de ponencias, sino también las deliberaciones en las cámaras, demuestran con claridad que la finalidad de las reformas es constitucional. Se trata de implementar medidas que faciliten la contratación de nuevas personas para apoyar el empleo y favorecer también el crecimiento económico del Estado. Las deliberaciones en las cámaras arrojaron un hecho interesante, cual es la divergencia no sobre los fines, sino sobre los medios para alcanzarlos y sobre la eventual desproporción en la afectación a otros principios y derechos. Sin duda se trata de una medida sensible, porque perjudica sobre todo a los trabajadores que reciben un salario mínimo o están en condiciones de empleo informal o subempleo, quienes precisamente se veían en la obligación de, o en todo caso aprovechaban la oportunidad para, trabajar más con el fin de ajustar su salario a sus necesidades. La Corte reconoce que estos artículos modifican las garantías laborales de las personas empleadas porque implican una menor remuneración por el mismo trabajo o una menor protección a la estabilidad en el empleo. La remuneración y la protección, reconoce igualmente la Corte, contribuyen a realizar normas constitucionales y tra-

los cargos examinados fueron sólo respecto de vicios en el procedimiento de su formación. Debido a que la demanda que se resolvió en la sentencia C-038 de 2004 trataba sobre cuestiones de fondo, la Corte encontró que no había cosa juzgada.

tados de derechos humanos ratificados por Colombia,⁷²² toda vez que las condiciones de trabajo deben ser justas, equitativas y satisfactorias.

Podrían encontrarse razones constitucionales de fondo relativas a que la jornada laboral flexible vulnera derechos del trabajador al descanso, a la unidad familiar y a la recreación. Comporta un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales. La prohibición *prima facie* de retroceso de los derechos sociales está consolidada en la jurisprudencia constitucional colombiana, así como en la doctrina internacional de derechos humanos⁷²³ que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano vía bloque de constitucionalidad. El trabajo es un derecho constitucional, así como un principio y valor que impone al Estado el deber de dispensarle particular protección. Es igualmente un derecho social que por ser de realización progresiva no sólo exige el amparo de ciertos mínimos, sino también el desarrollo progresivo para lograr su plena realización.⁷²⁴

Incluso omitiendo la eventual desproporción en la afectación, no estaba del todo clara la idoneidad de las medidas, es decir, si disminuyendo los costos laborales de los empleadores se iba a contribuir en efecto con la consecución de los fines establecidos: la promoción del empleo y el crecimiento económico del Estado.⁷²⁵ En este caso entonces podrían haberse encontrado razones para que la Corte se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de las medidas propuestas por el gobierno y aprobadas por el Congreso para mejorar el empleo. Concentró su análisis en el hecho de que en el Congreso el tema hubiera sido debidamente deliberado, para que se consideraran las implicaciones en el bienestar de los trabajadores para quienes la reducción de su ingreso mensual podría eventualmente afectar su mínimo vital. Con la doctrina de la elusión deliberativa la Corte respeta la máxima discrecionalidad del Congreso para tomar las grandes decisiones nacionales, al resguardar los principios mínimos que deben seguirse durante el trámite parlamentario, los cuales son protegidos por normas reglamentarias. De las deliberaciones en las cámaras igualmente quedó claro que entre los especialistas en el campo económico subsiste una discusión profunda por las pers-

⁷²² Los convenios de la OIT, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador.

⁷²³ Observación General núm. 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990. Véase también, Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 2006.

⁷²⁴ Sentencia SU-225 de 1998.

⁷²⁵ Conforme a la exposición de motivos, se podrían crear un total de 640,000 empleos durante el cuatrenio.

pectivas y los diagnósticos relativos a las causas del desempleo y las maneras idóneas para realizar reformas que conduzcan a su aumento.⁷²⁶

En esta sentencia se siguió el precedente sentado por la *ratio* de la sentencia C-168 de 1995, conforme a la cual el principio de favorabilidad laboral no impide modificar la normatividad existente, a pesar de que resulte menos favorable al trabajador. Por tal razón, la Corte, en la sentencia C-038 de 2004, analizó otras cuestiones independientes a la afectación a derechos. El debate teórico que encontró se sintetiza en la legitimidad constitucional de las medidas que, si bien implican la reducción de las garantías de los trabajadores, se encontraron para lograr el fin de promover el empleo de quienes no lo tienen o están en situación e informalidad (ampliar la jornada diurna hasta las 10 pm, reducir los recargos en festivos e introducir la jornada laboral flexible). La sentencia reconoce la complejidad de analizar la constitucionalidad de las normas laborales que subrogan normativa que afecta, de alguna medida, provisiones que resultan de particular importancia para sectores desfavorecidos de la población.

Para fundamentar su decisión de constitucionalidad, la Corte recurre a la diferencia doctrinaria y jurisprudencialmente bien establecida, entre una mera expectativa y un derecho adquirido, el cual tiene protección constitucional según el artículo 58, por lo que no puede ser desconocido por leyes ulteriores. El Legislativo puede modificar regulaciones abstractas aunque afecten a alguna persona que no podrá cumplir las expectativas que tenía de obtener algún día un derecho,⁷²⁷ pero no puede afectar un derecho adquirido, el cual se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho.⁷²⁸ La ampliación de la jornada

⁷²⁶ La Corte reconoce en la sentencia que producto de la deliberación motivada por las razones que fundamentaban el proyecto, se suscribió finalmente una de las dos posibles perspectivas económicas, la ortodoxa y neoclásica, conforme a la cual una de las razones del alto desempleo reside en la rigidez y los altos costos laborales, que impiden que exista un ajuste del mercado laboral vía reducción del salario. Esta perspectiva encuentra oposición por quienes sostienen que no hay evidencia teórica o empírica de que la flexibilización del mercado laboral logre realmente un aumento considerable del empleo. Por el contrario, desde la perspectiva keynesiana se sostiene que el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva, por lo cual una flexibilización del empleo disminuyendo el salario no aumenta el trabajo, sino que incluso puede implicar un agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores reduce la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo. Sentencia C-038 de 2004, fundamento 31.

⁷²⁷ Así lo ha regulado, entre otras, en las sentencias: C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997 y C-781 de 2003.

⁷²⁸ Sentencia C-478 de 1998.

laboral ordinaria y la reducción del porcentaje de pago por el trabajo dominical o festivo son expectativas en lugar de derechos adquiridos. Explícitamente dijo la Corte que las expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral.

La justificación de la ampliación de la jornada diurna eliminando el recargo por trabajo nocturno se basó en la estimulación de una mayor ocupación laboral en las empresas comerciales y de servicios. La justificación de reducir los recargos en festivos tiene el propósito similar de permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo. La jornada laboral flexible permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.⁷²⁹

Un problema jurídico de profunda implicación teórica surge al examinar la perspectiva con la cual se observa la controversia que involucra el caso. ¿La Corte puede evaluar la idoneidad y la necesidad de la fórmula que encontró el gobierno y fue debidamente avalada por el Congreso, para aumentar el empleo y contribuir así con el desarrollo económico estatal, si aún entre los especialistas en la materia hay grandes polémicas sobre las causas del desempleo y las formas de enfrentarlo? La Corte es consciente de que no debe mediar en las discusiones cuando no hay una flagrante afectación de derechos y se ha desarrollado la deliberación necesaria tendiente a establecer los pros y contras de la medida, entre el gobierno, la bancada mayoritaria y los partidos de oposición.

Dice la sentencia:

frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre

⁷²⁹ Sentencia C-038 de 2004. En estudios técnicos de la dirección social del Departamento Nacional de Planeación se basó la cuantificación de la contribución de las medidas adoptadas al aumento del empleo. Así, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en festivos debería generar 52,600 empleos al año y la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78,900 empleos.

empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques.

La jurisprudencia constitucional ha asimilado las regulaciones laborales a las normas que se profieren cuando el Estado interviene en la economía. En estas materias, por tanto, así como también en las tributarias, la Corte dispensa al Congreso la más alta discrecionalidad. Esto tiene dos implicaciones: la libertad de configuración legislativa está restringida por los principios constitucionales pertinentes, en este caso en la normativa iusfundamental sobre el trabajo, y el grado de intensidad del examen constitucional no puede ser alto. Si bien la Corte comparte expresamente con el accionante que los artículos impugnados son menos favorables a los trabajadores respecto de los que fueron subrogados, no encuentra en este hecho fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la medida. Las reformas laborales que tienen efectos negativos deben contar con una justificación suficiente de que fueron debidamente analizadas en sus consecuencias para fundamentar que son medidas proporcionadas respecto de los bienes constitucionales que afectan para alcanzar un importante propósito constitucional.

Al criterio deliberativo se articula entonces la flexibilidad del control constitucional cuando se trata de medidas tomadas en el seno del debate democrático, por lo que excepto allí donde las medidas que afectan derechos no tengan un fin constitucional o sean palmariamente irrazonables, la Corte cede en sus eventuales consideraciones de política económica para aceptar los argumentos económicos adoptados por el Congreso. La sentencia C-038 de 2004 no examina las razones que justificaron las medidas adoptadas por el legislador, las cuales resultan regresivas respecto de la protección laboral, si bien respecto de expectativas y no de derechos. Se examinó la norma en su constitucionalidad a partir del principio de proporcionalidad, como la Corte ha hecho en otras ocasiones en las cuales las medidas tomadas por el legislativo se declararon inconstitucionales porque, si bien procuraban alcanzar un fin legítimo y eran idóneas para lograrlo, eran o bien innecesarias porque había otro medio disponible igualmente idóneo y menos lesivo con el principio al que se enfrentaba, o bien desproporcionada en su afectación a derechos y principios, a pesar de aquellos que procuraba alcanzar. En este caso es clara la constitucionalidad de los fines que se procuran alcanzar con la medida. Los medios establecidos con esta reforma al código laboral para alcanzar los referidos fines, son: la modificación de la ampliación del trabajo diurno, la disminución de la remuneración al trabajo dominical y de la in-

demnización por terminación del contrato laboral sin justa causa, así como la implementación de una jornada laboral flexible.

Está ordenado que en materia de intervención del Estado en la economía, el control constitucional sea deferente con el medio elegido por los organismos democráticos para alcanzar determinados fines, excepto si se prueba la inconstitucionalidad de los fines, una afectación cierta de derechos o que el trámite parlamentario adoleció de elusión deliberativa.

Si bien las reformas laborales son concebidas como materia de intervención del Estado en la economía y el control constitucional en esta materia ha sido establecido como de menor intensidad, tratándose de reformas sobre las que haya indicios fundados de que tendrán efectos regresivos en algún derecho social, surge otra subregla:

Está ordenado que las medidas de política económica que implican un retroceso en derechos sociales tengan un estricto control constitucional donde se verifique que la medida tomada se basó en un estudio cuidadoso, que el Congreso analizó otras alternativas, pero demostró que no había otra igualmente idónea que resultara menos lesiva con el derecho social afectado, y que la importancia de lograr los objetivos establecidos en la medida es ponderada con el retroceso en el derecho social.

V. OPORTUNIDAD DE DELIBERACIÓN EN LUGAR DE DEBATE CUALIFICADO

La doctrina sobre elusión deliberativa no hace referencia a la falta de un debate cualificado o al respeto de algún principio sustantivo acerca del tipo o el contenido de las deliberaciones. Ha dicho la jurisprudencia que no es constitucionalmente necesario, para honrar los principios amparados por las reglas procedimentales, que haya una deliberación efectiva en todas las sesiones de debate durante el trámite parlamentario en la cual se realice un determinado número de intervenciones a favor o en contra del proyecto.⁷³⁰ Lo que se resguarda es la esencia del debate, que consiste en la prohibición de eludir u omitir la oportunidad de participación que tienen todos los congresistas u otros intervinientes en el proceso legislativo, así como a la vulneración de los principios constitucionales y aquellos consagrados por el Reglamento del Congreso relativos al ideal deliberativo, tales como la publicitación del proyecto y al periodo que debe haber entre debates,⁷³¹ ambos requisitos para

⁷³⁰ Sentencia C-668 de 2004.

⁷³¹ El objetivo del lapso entre debates es en últimas la garantía del principio democrático para que la decisión no provenga de un impulso irreflexivo sino de la persuasión racional.

que los congresistas sepan sobre qué trata el proyecto y cuál fue el articulado aprobado en primer debate para prepararse para los siguientes.⁷³²

Lo que se debe probar ante el cargo de elusión deliberativa es entonces la omisión de alguno de los requisitos formales relacionados con el trámite, que haya habido discriminación en contra de alguna minoría política o de la oposición al momento de intervenir, que se hayan afectado los principios de consecutividad e identidad, que se haya negado arbitrariamente el uso de la palabra a algún congresista u otro legitimado para intervenir, o que se haya omitido la apertura formal de la deliberación. Si se procede a abrir la sesión de votación sin que se haya abierto la de deliberación, acaece un vicio de inconstitucionalidad, por ejemplo. La Corte no exige al Congreso una manera específica de desarrollar la deliberación. El precedente, tal como se ha desarrollado conforme a las sentencias tomadas en la materia, es sobre oportunidad de deliberación en la sesión de debate parlamentario.

La Corte interpretó el artículo 94 de la Ley 5a. de 1992 en el sentido de que la expresión “sometimiento a discusión” en la definición de “debate” no significa deliberación efectiva, sino oportunidad libre de intervención regulada sólo por normas que establezca el presidente, tal como la duración en el uso de la palabra.⁷³³ Si una norma se somete a discusión y la Comisión o plenaria la vota sin que hubiera ocurrido la deliberación, no acontece elusión deliberativa, y por lo tanto no se configura un vicio de inconstitucionalidad. No puede la Corte establecer el criterio constitucional de realización efectiva de la deliberación, porque un consenso puede surgir en un momento determinado y se vota luego de abierta y cerrada la sesión de debate sin deliberación, sin que ello implique ocurrencia de un vicio insubsanable. La Corte protege que se garanticen las normas constitucionales y orgánicas que regulan el trámite legislativo para que haya oportunidad de deliberar y, de esta forma, resguarda el requisito mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria exigido por la normativa orgánica y constitucional.⁷³⁴

Esta omisión genera un vicio que se debe analizar en el examen constitucional porque vulnera el artículo 157 constitucional y las normas iusfundamentales que establece la Constitución, referentes, principalmente, al

En sentencia C-203 de 1995 la Corte precisó que incurrir en el vicio de no respetar el lapso entre debates no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida, si es posible repetir el segundo toda vez que para los proyectos de ley no se exige su aprobación dentro de una sola legislatura.

⁷³² Tal como lo preceptúa por el artículo 157 constitucional y las normas correspondientes de la ley 5a. de 1992.

⁷³³ Sentencia C-714 de 2006.

⁷³⁴ Sentencia C-760 de 2001. APV de Rodrigo Uprimny a la sentencia C-669 de 2004.

principio democrático,⁷³⁵ al principio de democracia participativa⁷³⁶ y a la protección a las minorías.⁷³⁷ El grado de vulneración a estos principios es directamente proporcional al nivel de intensidad del control constitucional a partir de la subregla de elusión deliberativa. Ahora bien, durante el trámite pueden surgir vicios en la formación del proyecto sujeto a control constitucional previo o por demanda de acción pública de inconstitucionalidad, los cuales pueden ser de naturaleza formal o material. Los primeros pueden subsanarse mediante la remisión que del mismo hace la Corte al Congreso, o a la autoridad que lo profirió, para que enmiende el defecto observado. Una vez enmendado, la Corte procede a decidir sobre la exequibilidad del acto.⁷³⁸ Este control formal tiene el objetivo de permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes conocieron los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear ante la Corte las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tengan como consecuencia su inconstitucionalidad. Los segundos no, porque conllevan la inconstitucionalidad de la medida.⁷³⁹ La vulneración de las garantías constitucionales constituye, conforme al artículo 5o. de la ley 5a. de 1992, “Reglamento del Congreso”, uno de los vicios procedimentales insubsanables en tanto se trata de uno de los vicios materiales.⁷⁴⁰

De esta forma, en sentencia C-473 de 2004 se declaró constitucional la ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. La demanda argüía que se habían vulnerado varios artículos constitucionales,⁷⁴¹ porque no se había cumplido con las formalidades del procedimiento, toda vez que se aceptó y votó una proposición sin suficiente ilustración. Aunque no hayan intervenido todos los congresistas previamen-

⁷³⁵ Consagrado en los artículos 1o. 3o. constitucionales. Véase al respecto sentencia C-089 de 1994.

⁷³⁶ El preámbulo determina que uno de los fines esenciales del Estado es asegurar “la igualdad, libertad y la paz dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”.

⁷³⁷ Este principio deriva el carácter pluralista del Estado colombiano (artículo 1o. constitucional).

⁷³⁸ Artículo 241 constitucional. La sentencia C-737 de 2001 se refiere, igualmente, al tema, aduciendo que éste se configura cuando tales vicios recaen o afectan los elementos esenciales de la ley.

⁷³⁹ Sentencia C-614 de 2002.

⁷⁴⁰ Los vicios de forma son aquellas irregularidades en que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley. La forma es el modo de proceder de una cosa, la manera como se hace; es un concepto que en el ámbito jurídico remite a los requisitos externos de expresión de los actos jurídicos, a las cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia. Por esta razón, los vicios en la formación de la ley se circunscriben a la manera como fueron debatidas, aprobadas y promulgadas las disposiciones legales. Sentencia C-501 de 2001.

⁷⁴¹ Artículos 150 núm. 3, 151, 157, 160, 339, 341 y 342 constitucionales.

te inscritos, no se violan las reglas sobre debate parlamentario si la deliberación se ha prologando por varias horas y el presidente de la corporación tiene razones fundadas para declarar la suficiente ilustración.

La Corte reconoce que no hay fundamento legal ni constitucional para exigir que las distintas posiciones deliberen bajo determinadas condiciones sustantivas, algún grado de profundidad con el cual se deban analizar los proyectos sometidos a consideración del Congreso ni la satisfacción de parámetros materiales para medir su suficiencia.⁷⁴² El margen de acción del Legislativo y el respeto a su autonomía, así como la garantía al principio del pluralismo, restringen la intensidad del examen que realiza la Corte. La subregla sobre elusión deliberativa es clara en tanto la razón de ser de la normativa reglamentaria y constitucional relativa al trámite parlamentario es determinar las condiciones para garantizar la posibilidad de existencia de un debate democrático.

La precisión acerca de la configuración del margen de acción que la Corte le ha establecido al Congreso en lo relativo a la conducción del trámite legislativo se esclarece en una sentencia importante, en la cual la fundamentación deliberativa sirvió no para declarar una inconstitucionalidad por elusión de debate, sino para avalar la constitucionalidad de determinadas normas. La sentencia que declaró constitucional un artículo de la reforma laboral que presentó el gobierno Uribe al Congreso, C-038 de 2004, es polémico, pero su argumentación es interesante tanto desde el principio de libre configuración legislativa como desde la potestad del Congreso para tomar las principales decisiones nacionales y el criterio de no elusión deliberativa que permitió verificar en el análisis constitucional posterior que en el Congreso no se omitió la consideración de los efectos de la medida sobre comunidades vulnerables ni se restringió la libre oportunidad de participación de todas las fuerzas políticas.

En las sesiones de debate del trámite parlamentario de la medida se deliberó acerca de la necesidad de disminuir las garantías a los trabajadores porque generaban rigideces en el mercado laboral, que son las que, en últimas, explican la magnitud del desempleo, por lo que al reducir las garantías laborales de quienes están empleados en la actualidad se va a aumentar el empleo, y, de esta forma, se trataría de una restricción justificada. A nivel técnico se deliberó suficientemente sobre la posición oficial defendida por el gobierno y por su bancada en el Congreso. Por otro lado se sostuvo que ese planteamiento es equivocado, porque el problema del déficit de empleo en Colombia no es de tipo neoclásico por costos laborales excesivos, sino

⁷⁴² Sentencia C-473 de 2004.

que es un déficit más de tipo keynesiano, por falta de demanda agregada. Por lo tanto, la norma iba, al contrario de lo que sostenían sus defensores, antes que a mejorar el problema del desempleo, a agravarlo.

Cuando acontece un caso en el cual surge una disputa que enfrenta legítimamente a los especialistas en la disciplina desde concepciones y fundamentos que fueron presentados y controvertidos con suficiencia en las sesiones de debate, la Corte, en lugar de tomar postura por uno u otro lado de la controversia, debe asegurar el respeto al principio democrático, la inclusión deliberativa de todos los facultados para intervenir en el debate y el control a las restricciones indebidas e injustificadas en derechos fundamentales, sobre todo si se trata de derechos de minorías. Tiene que verificar la fuerza deliberativa en el caso concreto; es decir, que se haya deliberado explícita, razonable y suficientemente sobre los puntos problemáticos de la medida. La Corte la declaró exequible, entre otros argumentos, porque verificó el acaecimiento del debate cualificado en el Congreso, en virtud del cual no sólo las mayorías, sino incluso, y particularmente, las minorías intervinieron en igualdad de condiciones y tuvieron la oportunidad de contribuir a la configuración de la medida al argumentar frente a quienes lideraban la propuesta acerca de sus potenciales efectos perjudiciales.

La Corte procede entonces adecuadamente sin zanjar con un fallo una discusión compleja, en este caso de economía pública. Por falta de clarividencia no puede ser juzgado un tribunal, ya que efectivamente, como sostenían los críticos, la medida no tuvo los efectos esperados en términos de estímulo al empleo. A partir del margen de acción configurado para el Congreso en el trámite de los proyectos y del concepto procedimental de democracia deliberativa, se concibe como adecuado el proceder de la Corte en este caso. A partir de este fallo se puede deducir que para la Corte la deliberación acentuada puede justificar constitucionalmente la restricción de derechos. En casos como este la Corte afirma que un debate acentuado puede permitir hacer cosas que un debate mínimo no. Si una medida va a limitar o restringir un derecho o una garantía, su votación debe al menos estar precedida por una amplia discusión cualificada.

Lo que debió haber hecho, en lo que se constituye una crítica al precedente sentado, es no declarar la cosa juzgada permanente, en este, así como en otros casos en los cuales las medidas que restringen derechos están fundamentadas en una de varias teorías económicas posibles. En efecto, si en un tiempo prudencial se verifica que la norma no alcanzó razonablemente el fin propuesto con el medio elegido, cuyos efectos negativos sobre los derechos o sobre las expectativas de las personas sí se comprobaron, se debe declarar inconstitucional. Por muy constitucional que sean los fines que se

pretenden alcanzar, la norma se torna palmariamente irrazonable si el medio elegido para conseguirlos no lo hace, pero sí afecta derechos; es decir, no tiene los efectos positivos esperados, pero sí tiene efectos negativos previstos. En casos difíciles, entonces cuando gracias a la deliberación cualificada se determina que aquello que permite considerar proporcional la restricción de derechos es el impacto positivo de una medida legislativa, se debería declarar que la cosa juzgada no es permanente, sino hasta cuando dicho impacto se verifique.⁷⁴³

Está ordenado al Congreso que, en atención a las normas reglamentarias y constitucionales, otorgue la oportunidad efectiva de participación de todos los facultados para hacerlo en igualdad de condiciones y restringiendo la libertad de deliberar sólo por garantizar su buen desarrollo.

Se deberán resguardar los derechos de igual participación de las minorías potencialmente afectadas por la decisión, bajo la pena de que se origine un vicio formal insubsanable de inconstitucionalidad por elusión deliberativa.

⁷⁴³ En este caso la reforma laboral demostró que, efectivamente, no tuvo los efectos esperados en términos de estímulo a la creación de empleo. Cuando fue demandada varios años después porque no cumplió el fin que en principio justificó la restricción en garantías laborales, la Corte resolvió que subsistía el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional.