

CAPÍTULO PRIMERO

CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO Y PRIMEROS ELEMENTOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO EN 1991*

I. INTRODUCCIÓN

No hubo que esperar hasta la amplia conmemoración de los veinte años de la Constitución Política,³⁰ vigente desde el 7 de julio de 1991,³¹ para reconocer que se trata del pacto social más democrático que ha tenido el país en dos siglos de existencia republicana. Tempranamente se contrastó con lo que hasta entonces había sido la historia del constitucionalismo colombiano. Si bien tradicionalmente ha predominado una adherencia a la forma de orga-

* La primera versión de este capítulo hizo parte de los materiales del módulo impartido en el curso de verano “Justicia y democracia en Colombia”, organizado por el ITAM de México D. F., en junio de 2011. Agradezco a Rodolfo Vázquez su generosa invitación y a René González de la Vega, Heber Joel Campos, Pamela Rodríguez, Franz Oberarzbacher y Carolina Miranda, sus observaciones a la primera versión del texto. Una versión posterior se expuso en el Simposio Nacional *Una Carta Política para reinventar la democracia*, Universidad de Antioquia, Medellín, mayo de 2011.

³⁰ Varias de las principales facultades de derecho del país realizaron congresos con ex constituyentes, académicos y líderes políticos sobre el balance de las dos primeras décadas de la Constitución. La Corte Constitucional organizó un congreso en octubre de 2011 con la presencia de doctrinantes como Alexy, Elster, Tushnet, Comanducci y Sager. Las memorias de ese evento aparecieron como: *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, cit. Dentro de los libros conmemorativos de las dos primeras décadas de la Constitución se destacan: 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; VV.AA, *Memorias del Simposio Nacional “Una Carta Política para reinventar la democracia”*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012; Yepes, Hernando y Suel, Vanessa (eds.), *La Constitución 20 años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2012; *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 32 de la Universidad Nacional, septiembre-diciembre de 2011, se dedicó monográficamente a los veinte años de la Constitución.

³¹ Si bien el aniversario de la Constitución se suele celebrar el 4 de julio, día de su promulgación —con 380 artículos y 59 disposiciones transitorias—, se debería celebrar el 7 del mismo mes, que fue cuando se publicó en la *Gaceta de la Asamblea*.

nización jurídico-política regida por una Constitución³² y, en comparación con varios países de la región, se han vivido escasos periodos de dictadura, las Constituciones previas a la vigente, aunque pueda parecer radical la alusión de “cartas de batalla”,³³ tendieron a ser las reglas fundamentales que en forma de norma suprema los vencedores imponían, con escasa o nula oportunidad de participación, sobre los vencidos. Las Constituciones no reconocían la diversidad étnica y cultural del país, así como su integración plural en lo ideológico, lo político y lo moral. Fueron pactos coyunturales caracterizados además por su poca durabilidad. En la historia colombiana se pueden distinguir dos momentos relevantes marcados por las Constituciones provinciales (1811, 1812 reformada en 1814) y las Constituciones políticas nacionales (1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886).³⁴

La volatilidad temporal de las Constituciones se debió, en parte, a la escasa representatividad que ostentaban respecto de la sociedad que pretendían regular. Hasta la Constitución de 1991 sólo dos habían superado los veinte años de existencia: la Constitución de Rionegro (1863) y la Constitución regeneracionista del presidente Rafael Núñez y su ideólogo, Miguel Antonio Caro (1886). La primera surgió con el triunfo del radicalismo liberal y procuró construir un Estado laico y federal, inspirado en los valores del liberalismo decimonónico; la segunda fue expresión del triunfo conservador de Núñez, quien al ganar la guerra civil de 1885 proclamó que la Constitución de Rionegro había dejado de existir. No impuso una dictadura, sino una Constitución, en la cual si bien se reconocía la separación de poderes y se amparaban derechos, retomaba gran parte del poder que tenían los estados independientes, mas cedió otros, como la educación pública y el registro civil a la Iglesia católica.

La Constitución de 1886 proclamó que la soberanía residía en la nación y determinó a su vez que la nación era católica, con lo cual automáticamente articuló la legitimación del poder político con la benevolencia de la Iglesia. Además, la Constitución preceptuaba, en su artículo 41, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión

³² En virtud de la cual en Colombia se evitó el ascenso al poder de caudillos que rigieron los destinos de Venezuela (José Antonio Páez y Juan Vicente Gómez), Argentina (Juan Manuel de Rosas) y México (Porfirio Díaz). “Y gracias a él evitamos la autopetrpetuación en el poder de Álvaro Uribe”. Uprimny, Rodrigo, “La Constitución en perspectiva (II)”, *El Espectador*, julio 18 de 2011.

³³ Como las denominó Hernando Valencia Villa en su exitoso opúsculo, con ese título, publicado en 1987 por la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

³⁴ Conforme a Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado, 2009.

católica. Para la Constitución bajo el régimen regeneracionista, Dios era la fuente suprema de toda autoridad, y la religión católica era la de la nación. De hecho, uno de los primeros actos políticos del gobierno de Núñez, luego de proclamada la Constitución de 1886, fue firmar un concordato con la Santa Sede (1887), que, entre otros asuntos, reguló que en las universidades, colegios, escuelas y demás centros de enseñanza, la educación y la instrucción pública se organizara y dirigiera en conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica. No sólo consagraba la obligatoriedad de la enseñanza religiosa y la observancia de las “prácticas piadosas” de la religión católica (artículo 12), sino que se establecía que “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (artículo 13). Y adicionalmente “en caso de que los maestros encargados de la enseñanza de la religión y la moral se alejaran de la doctrina católica, el obispo puede intervenir para retirarlos de sus puestos” (artículo 14).

La Constitución de 1886 respondía a su época. Hubo autoritarismos por un Ejecutivo muy poderoso, pero se logró evitar el desmembramiento del país por la violencia partidista de entonces. Era particularmente bien aceptada la idea de que un fuerte control gubernamental resultaba esencial para la seguridad. Luego Carlos Lleras Restrepo, presidente por el Partido Liberal durante el periodo de 1966 a 1970, sostuvo incluso que era necesario “reafirmar y fortalecer el régimen presidencial para salvar la democracia. Los gobiernos débiles y anárquicos son el prelude de las dictaduras”.³⁵ El objetivo de conseguir el orden público, luego de una guerra civil, se procuró alcanzar mediante los elementos consagrados en el texto constitucional que luego fueron reivindicados por la filosofía de la regeneración. Dentro de los elementos, se destacan: la centralización del poder público en el presidente, y por tanto el fortalecimiento de los poderes del Ejecutivo, la religión católica como del Estado y su papel preponderante en la educación. La eliminación de la elección de funcionarios a nivel regional dotó al presidente con la potestad de designar a los gobernadores, y éstos a su vez designaban a los alcaldes.

³⁵ Citado en Hartlyn, Jonathan, *The Politics of Coalition Rule in Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 209. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que dentro de los aspectos más destacados de su gobierno se encuentra la descentralización de parte de la gestión estatal en entidades especializadas, así como la creación de los Institutos Descentralizados, mediante la reforma constitucional de 1968. Para una breve semblanza, véase la contribución de Otto Morales Benítez al núm. 109 de la revista *Credencial Historia*, Bogotá, 1999.

La Constitución consagraba formalmente la división de poderes entre las tres ramas del poder público, pero no había un equilibrio real, ni frenos, contrapesos institucionales, debido al gran poder que concentraba el presidente y a la debilidad de las otras dos ramas, en particular la judicial. El presidente podía determinar el presupuesto y la relación de funcionamiento del Poder Judicial. El Legislativo era tan débil que se reunía sólo cuatro meses bienalmente.

El presidente tenía la facultad de nombrar toda la administración pública: desde el ministro de Gobierno hasta el gobernador departamental y el inspector de policía municipal. Podía no sólo suspender leyes, sino aprobarlas sin mayor formalidad mediante decreto de estado de sitio. Asimismo, podía administrar justicia a través de los consejos de guerra, en los que se examinaba la responsabilidad de los civiles por delitos como rebelión. El consejo de ministros, bajo estado de sitio, permitía disponer la detención administrativa de ciudadanos señalados como conspiradores.

Tenía inmensas facultades también en la economía, pues determinaba qué producto se importaba, cuánto valía el dólar, cuáles eran las tasas de interés y regulaba el precio del dólar de manera diferenciada según el sector (textileros, cafeteros, algodoneros, petroleros...). Unos de los poderes más importantes que se le retiraron fue la emisión de moneda y el manejo del crédito. Tenía además el poder de fijar los salarios y los precios de muchos productos de primera necesidad. El banco central, sometido al Poder Ejecutivo, permitió el abuso de la emisión monetaria y tuvo la inevitable consecuencia de una inflación creciente. Las guerras del fin de siglo aumentaron la emisión, que con el tiempo produjo una hiperinflación que llegó al 400% en 1902, y la ruina de gran parte de los pocos negocios existentes entonces en el país.³⁶

La Constitución propendió por el centralismo. Reversó la descentralización por la que propendió la Constitución de 1863 hacia los entonces nueve Estados soberanos. El control sobre los contratos que firmaba el Poder Ejecutivo era virtualmente inexistente, y tampoco se vigilaba la conducta de los funcionarios públicos. Con problemas y excesos, se avanzó en 1991 al crear órganos de control, respectivamente, la Contraloría y la Procuraduría.

En síntesis, dentro de las palabras clave para identificar el régimen jurídico-político instaurado a partir de la Constitución de 1886, estarían: Constitución sin derechos, derechos programáticos, presidencialismo exacerbado, exclusión represiva, confesionalismo católico, libertades restringidas por necesidades del orden público, centralismo y conservadurismo ideológico.

³⁶ Kalmanovitz, Salomón, "1886-1991. Una lectura económica de dos constituciones", *El Malpensante*, núm. 77, marzo-abril de 2007.

Si bien comparto con Posada Carbó,³⁷ que es una defensa precaria de la Constitución de 1991, argüir que fue la única en que no se dio una déspota imposición de los vencedores sobre los vencidos, no resulta exagerado enfatizar, en algunas características suficientemente bien explicativas del texto vigente, que la diferencian sustancialmente de su predecesora. Es incluyente en lo político, sensible a las minorías,³⁸ pluralista en lo ideológico e igualitaria en lo social. Consagró un cambio radical en el paradigma del funcionamiento del Estado respecto de sus fines, pues conforme al artículo 2o. constitucional se reconocen como fines esenciales del Estado la efectividad de los principios y derechos. Creó o fortaleció instituciones para conformar una estructura de organismos de control. Amplió el catálogo de derechos y los dotó con mecanismos judiciales para reclamar por su cumplimiento. La incorporación constitucional de principios de naturaleza moral ha derribado las fronteras, históricamente sólidas, entre el derecho, la moral y la política.

La Constitución de 1991 es sin duda un reflejo de la pluralidad de fuerzas representadas en la misma Asamblea, desde su elección hasta las deliberaciones en las cuales se aprobaban o improbaban los así denominados “proyectos de acto reformativo”. Ninguna fuerza política contaba con las mayorías necesarias para imponer un proyecto sin que tuviera que mediar el consenso. La Constitución que resultó luego de cinco meses de sesiones no es la que hubiera redactado individualmente ninguna de las fuerzas políticas que la integraron. Es una Constitución sobre la cual ningún partido o movimiento político puede reclamar su paternidad. Estableció o modificó varias instituciones, unas bien ponderadas, como la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación, y otras bien concebidas, pero mal diseñadas, como el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Televisión.³⁹ Ha sido el establecimiento de una jurisdicción constitucional independiente en cuya cabeza se ubicó un tribunal especializado, sino el más, uno de los aspectos más altamente ponderados de la Constitución. Es difícil encontrar una cuestión de la convulsionada realidad social colombiana sobre la cual no se haya pronunciado la Corte Constitucional. “La verdad es que la Corte Constitucional no se mete en todo, sino que la meten

³⁷ Posada Carbó, Eduardo, *La nación soñada*, Bogotá, Norma, 2006.

³⁸ Kelsen defendió primeramente la importancia de las fuerzas minoritarias en la teoría democrática. Véase Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García J., Medellín, Universidad EAFIT, 2011, en Montoya, Mario (ed.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

³⁹ Eliminada de conformidad con el Acto Legislativo 02 de 2011.

en todo”.⁴⁰ El nuevo derecho, como recepción y configuración en Colombia de un neoconstitucionalismo transnacional que se juzga de indebidamente proactivo y activista,⁴¹ constituye un marco desde el cual puede entenderse mejor la discusión por la presunta intromisión de la Corte en las funciones y competencias de otros organismos del Estado.

Respecto de los organismos de control, el Ministerio Público se creó en la Constitución de 1830. Los agentes de policía también lo integraban entonces. Después de varias reformas, la Constitución de 1991 determinó que no sería ya parte de la rama ejecutiva, y lo definió como órgano autónomo de control; suprimió cargos e instituyó otros, como los procuradores delegados y los agentes que ejercen control sobre la conducta de los servidores públicos para salvaguardar el imperio del derecho, la eficacia del orden jurídico, la protección de los derechos humanos y la consecución de los intereses de la sociedad. Con la Procuraduría, se creó la Defensoría del Pueblo, para tutelar los derechos humanos. La Constitución otorgó a la Procuraduría el poder preferente disciplinario frente a otros organismos estatales.

El Departamento de Contraloría comenzó a operar en 1923 con facultades como revisar y contar los elementos de propiedad estatal, las estampillas y el papel sellado en poder de empleados públicos. En 1932 se reorganiza como oficina de contabilidad y control fiscal. Se establece la obligatoriedad de rendir cuentas ante este organismo sobre el manejo de los bienes y recursos estatales. El ejercicio del control fiscal se definió en la reforma constitucional de 1945. La Constitución de 1991 eliminó el control numérico legal y le dio paso al posterior y selectivo, fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Concibe a la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa. La Constitución reguló que el Congreso en pleno, en lugar de una sola Cámara, elegiría al contralor.

El Banco de la República nació como Banco Nacional, en 1880, pero desde 1923 existe como se conoce actualmente. La Constitución de 1991 realizó innovaciones importantes, dentro de las que se destacan la eliminación de la Junta Monetaria y la instauración de la Junta Directiva para definir la política monetaria, cambiaria y crediticia; es decir, emitir moneda,

⁴⁰ Sostuvo al respecto Manuel José Cepeda en conferencia impartida en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Bogotá, febrero 18 a 20 de 2004, publicada en su libro *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

⁴¹ García Figueroa ha señalado con acierto que el neoconstitucionalismo propicia una mayor actividad judicial, pero no un mayor activismo judicial. Véase García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 110 y ss.

ser el banquero de los bancos y prestamista de última instancia del sistema financiero. Al gobierno sólo excepcionalmente le puede otorgar créditos. La Constitución estableció que el objetivo principal del Banco es preservar la estabilidad de los precios al reducir la inflación y mantenerla en niveles bajos. Determinó que la mejor manera de conseguir ese objetivo es mediante un banco central independiente.

Aunque la Fiscalía General de la Nación, creada en 1991, hace parte de la rama judicial, ha operado también como un órgano de control ante excesos de poder y desvíos en funciones y competencias del gobierno. La Constitución estableció el fuero ante la Corte Suprema, la pérdida de la investidura por el Consejo de Estado y la sanción disciplinaria por parte de la Procuraduría. La Constitución estableció un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ser congresista.⁴²

Interesa reconstruir, mapear, el contexto general en el cual surgió la Constitución política de 1991, porque el conjunto de variables sociales, jurídicas, políticas y económicas que forzaron a la sociedad a plantearse la necesidad de realizar una transformación radical en su sistema jurídico propiciaron un profundo cambio de paradigma en el derecho constitucional, que ha tenido un efectivo influjo en el derecho orgánico en general y en el imaginario de la ciudadanía, que, gracias a la ampliación del catálogo de derechos y a las acciones judiciales para propender por su efectiva garantía, puede sentirse a partir de 1991 parte de un mismo propósito constitucional que consagra un proyecto de país.

Este proceso también tuvo importantes implicaciones en los sucesivos procesos de reforma constitucional que se han vivido en la región desde entonces. Colombia, además de la tradición electoral y de estabilidad democrática que ha tenido, con sólo un gobierno de facto desde la expedición de la Constitución de 1886,⁴³ se destaca en el escenario jurídico e institucional iberoamericano por haber sido receptora temprana de doctrinas y teorías jurídicas que surgieron y se desarrollaron en los países europeos que

⁴² La Corte determinó que los abogados que son servidores públicos pueden ser sancionados disciplinariamente dos veces por el mismo hecho, sin que ello implique violación del derecho fundamental al debido proceso en su dimensión del *non bis in idem*. Sentencia C-899 de 2011.

⁴³ “Al general Gustavo Rojas Pinilla, y al término de su lánguido mandato, la nación colombiana le agradeció —para bien suyo y de sus compatriotas—, el abandono del poder en términos racionales y sensatos. En consecuencia, entregó los trastos del poder sin aspavientos y se marchó sin estrépito. Dejó, en su lugar, una Junta Militar de Gobierno con el fin de evitar nuevos y peores conflictos a la nación. Fue una retirada honrosa, consciente y oportuna. Le había quedado grande la grandeza”. Gómez Latorre, Armando, “La reforma del plebiscito, 1957”, *El Tiempo*, marzo 22 de 1991.

derrotaron el fascismo, y luego los que salían de la dictadura.⁴⁴ Este capítulo aborda los antecedentes que posibilitaron y propiciaron el desarrollo de un nuevo constitucionalismo en Colombia, dentro del cual las ideas y la ideología de las concepciones normativas de la democracia han ocupado sin duda un lugar predominante.

Se presentan las particularidades más relevantes que exhibió el proceso constituyente colombiano que inició a finales de la década de 1980 y se estructuró en 1991 con la promulgación de una nueva Constitución. Se analizan igualmente algunos antecedentes de la transición constitucional, que permiten entender las razones por las cuales la búsqueda de la paz como principal anhelo nacional, en lugar de procurar alcanzar mediante aumento de la fuerza del Estado, el recrudecimiento de la guerra, la maximización del control sobre el orden público y las restricciones correlativas a libertades civiles y derechos, condujo a una apuesta por inclusión política, más derechos y una democracia más robusta.

II. ANTECEDENTES DE LA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL

Para entender la necesidad imperante, entonces, de realizar un cambio radical en el sistema jurídico, no se pueden perder de vista los complejos fenómenos de naturaleza económica, política, social y jurídica que tenían sumido al país en una profunda crisis institucional que se empezó a agravar durante el primer lustro de 1980.⁴⁵ Lo social permanecía afectado por diversos factores:

⁴⁴ La exposición más difundida en Colombia acerca de este punto es López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004. Para una interesante discusión sobre los alcances y logros del libro, así como en general, de los problemas por las apropiaciones locales de doctrinas surgidas en otros contextos, véase, Bonilla, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2009.

⁴⁵ Análisis de este periodo ha merecido notable atención por parte de académicos comúnmente denominados “violentólogos” o “colombianistas”. Dentro de las principales compilaciones, se destacan: Leal Buitrago, Francisco (ed.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Norma, 2006. De la principal bibliografía sobre el proceso constituyente colombiano sobresalen las siguientes obras, que reúnen testimonios, proyectos aprobados y rechazados en la Asamblea, así como algunas de sus principales discusiones: Holguín, Armando, *El debate general de la Asamblea Nacional Constituyente*, Bogotá, Contraloría General de la República, 1991; Cepeda, Manuel José, *La constituyente por dentro: mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993; *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993; Dugas, Jhon (comp.), *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993; Lleras de la Fuente, Carlos y Tangarife, Marcel, *Constitución política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1996; Galvis Gaitán, Fernando, *La Constitución, explicada por los constituyentes*, Bogo-

la pobreza, la desigualdad, el desempleo, el empleo informal, las tasas de mortalidad infantil, los bajos niveles de educación y las escasas oportunidades laborales en las ciudades, así como el abandono del campo. Algunos de estos factores explican en gran parte que miles de colombianos se vieran obligados a sobrevivir de las rentas provenientes de alguna de las etapas del narcotráfico: cultivo, protección de sembradíos, contrabando de insumos, procesamiento, transporte interno y tráfico. La ausencia del Estado en vastas regiones impedía o restringía el acceso de millones de ciudadanos a bienes y servicios esenciales. Desde el punto de vista económico, el país estaba encerrado entre sus propias fronteras por un sistema de recaudo basado casi exclusivamente en impuestos (directos e indirectos) y en aranceles o impuestos sobre las importaciones. No existía la política de intercambios comerciales significativos con ningún país. La economía agraria era particularmente débil y se registraban altas cifras de endeudamiento externo. El desarrollo industrial era escaso. La modernización se favoreció por los avances en la interdependencia en los intercambios comerciales.

El país estaba conmocionado por el constante asesinato de líderes políticos, periodistas, miembros del Poder Judicial, funcionarios de la fiscalía y policías. El Poder Judicial fue, conjuntamente con la policía, la principal víctima de la criminalidad narcoterrorista. Entre 1979 y 1991, un promedio anual de 25 jueces y abogados fueron asesinados o sufrieron algún tipo de atentado.⁴⁶ El 14 de septiembre de 1979 se suscribió el Tratado de Extradición entre Colombia y Estados Unidos, el cual fue aprobado por la ley 27

tá, Temis, 1991; Calle, Humberto de la, *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la Constituyente de 1991*, Bogotá, Planeta, 2004; Pardo, Rafael, *De primera mano: Colombia, 1986-1994: entre conflictos y esperanzas*, Bogotá, Norma, 1996; Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1991; Zubiría, Andrés de (ed.), *Asamblea constituyente y dictadura constitucional, una constante histórica en Colombia*, Bogotá, Rodríguez Quito, 1991; Zuluaga, Ricardo, *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, Cali, Universidad Javeriana, 2008. La Presidencia de la República publicó en 1991 dos volúmenes que compilan discursos de Gaviria y materiales de las comisiones preparatorias, tanto las mesas de trabajo que hubo en todo el país como las comisiones convocadas directamente por el gobierno. *Propuestas de las comisiones Preparatorias: Asamblea Constitucional*, Bogotá, Presidencia de la República, 1991; *Una constituyente de todos los colombianos: documentos para las Comisiones Preparatorias y las Mesas de Trabajo*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1991.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, párr. 80-81. Sentencia del 11 de mayo de 2007, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf; Sánchez G., Gonzalo (coord.), *La Rochela: Memorias de un crimen contra la justicia*, Bogotá, Taurus-CNRR-Grupo de Memoria Histórica, 2010. Breves pero sentidas crónicas de algunas de las víctimas olvidadas de Escobar, se encuentran en www.semana.com/gente/otras-victimas-pablo-escobar-heroes-olvidados/181078-3.aspx.

de 1980. Para el momento del asalto al Palacio de Justicia en 1985 estaba siendo examinada su constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. A partir de la misma expedición de la ley empezó a operar un aparato criminal liderado por “los extraditables” en contra de numerosos funcionarios públicos, desde los ministros hasta los magistrados de las altas cortes, que fueron intensamente amenazados.

Durante el lustro siguiente, particularmente a partir del segundo semestre de 1985, inició el cerco al Poder Judicial por parte de los extraditables. Los magistrados de la Corte Suprema, sobre todo los miembros de la Sala Constitucional,⁴⁷ fueron presionados para que dicha ley fuera declarada inexecutable, lo cual en efecto sucedió, pero por vicios de procedimiento en su formación. A su vez, los magistrados de la Sala Penal eran objeto de amenazas e intimidaciones constantes, porque habían restablecido la extradición de narcotraficantes colombianos a Estados Unidos luego de que fuera asesinado el ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, en abril de 1984. Cuando la Corte emitió concepto favorable a la extradición de Carlos Ledher en 1987 se intensificaron los ataques a los magistrados.

En los meses previos a la primera elección popular de alcaldes, el 13 de marzo de 1988, los paramilitares realizaron masacres en Córdoba y Urabá para consolidar su poder localmente e impedir la elección de funcionarios públicos de izquierda. Para 1990 se registraba una masacre paramilitar (más de seis muertos) cada 72 horas. Miles de ciudadanos cayeron víctimas

⁴⁷ Manuel Gaona Cruz, recordado por haber muerto en el asalto al Palacio de Justicia por parte del M-19, era miembro de dicha comisión, y le había correspondido presentar la ponencia sobre la constitucionalidad del tratado de extradición. Había expuesto su posición favorable a su exequibilidad, por lo cual fue víctima de numerosos actos intimidatorios con objetivo de amedrentarlo e influenciar en su propuesta de fallo. Uno de los mensajes que recibió, con grabaciones de conversaciones telefónicas de sus hijos conseguidas mediante interceptaciones, dice: “‘Respetado’ doctor: El tiempo es inexorable y usted sabe muy bien que el plazo que le fijamos está próximo a vencerse y todo parece señalar que no le interesa su seguridad personal y la integridad de su familia. Recuerde que no admitimos otra traición, ni vamos a tolerar que el grupo del Externado, esa mafia que usted dirige y orienta, salga a defender tesis diferentes a las de la inconstitucionalidad del tratado. El tratado se tiene que caer y usted tiene gran responsabilidad en esa tarea. No nos defraude, porque no va a tener tiempo de lamentarse. Y no se preocupe por sus “colegas” que la ponencia que usted presente va a tener muy buenos defensores y el apoyo indispensable para lograr lo que consideramos un acto de justicia y de defensa de nuestra soberanía. Estamos cerca de usted, muy cerca, tanto que nos hemos tomado la molestia de enviarle la grabación que acompaña a la presente carta. Hay voces que son muy familiares; no es cierto? GUARDE TOTAL RESERVA!”. Al final de otro atemorizante mensaje, se leía: “(...) No aceptamos nada que se salga de nuestras condiciones y exigencias. ABSOLUTAMENTE NADA, porque usted en una demanda anterior ya traicionó a la patria y se vendió al imperialismo americano. Tenga prudencia, guarde silencio y espere si quiere salir bien librado”.

de las bombas que los extraditables, y en particular la mafia liderada por Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha, hicieron estallar en edificios oficiales, centros comerciales y sitios concurridos de Bogotá y Medellín, sobre todo. El cartel de Medellín había ofrecido a los jóvenes habitantes de las comunas pobres, pagarles 200 dólares por cada policía asesinado, en servicio o de civil. El resultado fue que en menos de dos meses fueron asesinados 400 policías, sólo en Medellín. Habían de igual forma ordenado la muerte del procurador Carlos Mauro Hoyos (enero/88) y de Guillermo Cano (diciembre/86).

Cano era director del periódico *El Espectador* y crítico aguerrido de las incursiones políticas de Pablo Escobar. Los medios informativos nacionales realizaron una “huelga de silencio”: un acto de protesta por la violencia contra el gremio, y en particular por el asesinato de Cano, un día completo en que el país no tuvo periódicos, radio ni televisión. Otra sensible víctima del medio periodístico nacional en manos del narcoterrorismo fue Diana Turbay, quien acudió engañada a una cita presuntamente con el guerrillero conocido como “el cura Pérez”, pero fue retenida por Escobar para presionar al gobierno de Gaviria para derogar el tratado de extradición. Turbay no sólo era una reconocida periodista, sino que también era hija del expresidente Julio Cesar Turbay. En una confusa operación de rescate el 25 de enero de 1991 fue herida y falleció en un hospital de Medellín.

Por otro lado, la guerrilla había detonado cargas explosivas más de cien veces contra el oleoducto Caño Limón-Coveñas, por lo cual hubo cerca de dos billones de pesos en pérdidas, y se afectaron no sólo 300 mil campesinos, sino también quince cuencas hidrográficas. Cuarenta y cinco frentes de las FARC aterraban al resto del país. La delincuencia común, adicionalmente, azotaba también a la ciudadanía. En los primeros siete meses de 1990 se registraron 4.718 hurtos (asaltos a residencias, robos de vehículos y atracos).

En octubre de 1985 el comandante del ejército, general Rafael Samudio, fue atacado por una cuadrilla de guerrilleros del M-19, que presuntamente quería secuestrarlo. El asesinato del ministro Lara fue lo que finalmente puso a los extraditables en la pantalla del radar de las autoridades para perseguirlos con miras a su extradición o a su ajusticiamiento. El siguiente en caer muerto, en julio de 1985, fue precisamente quien estaba al frente de la investigación por el asesinato de Lara, el juez Tulio Manuel Castro. Asesinaron, en abril de ese año, al magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Álvaro Medina Ochoa. Luego asesinaron a quien lo reemplazó, Gustavo Zuluaga Serna, en octubre de 1986. El 31 de julio de 1986 asesinaron a un sobreviviente del asalto al Palacio de Justicia, el magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema, Hernando Baquero.

Hasta Budapest llegó, a inicios de 1987, el alcance del poderío criminal narcoterrorista. Enrique Parejo, exministro de justicia durante la administración Betancur, y quien se desempeñaba entonces como embajador, sufrió un grave atentado.

Un comando armado del movimiento guerrillero M-19⁴⁸ asaltó el Palacio de Justicia (noviembre/85)⁴⁹, sede de las altas cortes y, luego de una incursión de las fuerzas militares y de una policía criticada por excesiva y desproporcionada, de los cerca de 350 rehenes murieron 95, once de ellos magistrados. El grupo guerrillero denominó el asalto: “Operación Antonio Nariño por los derechos del hombre”.⁵⁰ En vastas regiones del país acontecía una aguda violación de derechos humanos. Además de estos magnicidios conocidos y recordados ahora, fueron también víctimas de la demencial guerra, que los narcotraficantes le declararon al Estado, otros funcionarios públicos, como jueces, magistrados, procuradores, generales, congresistas y gobernadores, así como periodistas e intelectuales de izquierda.

En agosto de 1987, la academia fue la víctima, y los paramilitares los victimarios: tres catedráticos de la Universidad de Antioquia y un senador de la Unión Patriótica, también catedrático de la Universidad de Antioquia, Pedro Luis Valencia, fueron asesinados. Miles de personas participaron en

⁴⁸ A partir de una amnistía general otorgada por el gobierno del liberal Virgilio Barco, el movimiento guerrillero 19 de abril (M-19) se desmovilizó, se reinsertó en la vida civil y se transformó en la Alianza Democrática M-19, que obtuvo importante participación en la Asamblea Nacional Constituyente. Conforme a la ley 77 de 1989, se excluían de amnistía o indulto los delitos atroces. La ley sólo amparaba a autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, tipificados penalmente como rebelión, sedición y asonada, y los delitos conexos. “El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas”. Con este fundamento posteriormente fueron llamados ante la justicia varios ex miembros del M-19.

⁴⁹ Tema sobre el que se cuenta ya con un documento oficial exhaustivo en su investigación: Jorge Aníbal *et al.*, *Informe final. Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, Bogotá, La Universidad del Rosario realizó una edición en 2010.

⁵⁰ Sobre la infiltración del poder y el dinero de los extraditables en la cúpula del M-19, y en concreto de la financiación del asalto al Palacio de Justicia para quemar los archivos de la sala penal que contenían los procesos contra los principales narcotraficantes, se han dicho y desdicho varias versiones. Carlos Castaño, en *Mi confesión* (Bogotá, Oveja Negra, 2001) afirma que la toma del Palacio se decidió en su presencia y la de su hermano Fidel en la hacienda Nápoles “Era el favor que le haría el M-19 a los narcos a cambio de unos millones de dólares. Con eso lograrían destruir los archivos en donde se guardaban los casos contra los mafiosos” (cap. II “Pizarro tenía que morir”). Alias “Popeye” declaró a la Comisión de la Verdad que Escobar le pagó al M-19 dos millones de dólares por el asalto. En el documento oficial de dicha Comisión se afirma que Iván Marino Ospina, quien fuera jefe máximo del movimiento guerrillero, sostuvo estrecha amistad y unidad de acción con Escobar.

la “marcha de los claveles rojos” en señal de protesta por la arremetida ola de violencia que además no discriminaba ya ningún sector de la población. Al final de ese año, y entre las muertes de estudiantes, profesores, sindicalistas y militantes de izquierda, fue asesinado el director del Comité de Derechos Humanos de Antioquia, Héctor Abad Gómez. Por este hecho tuvo que exiliarse Carlos Gaviria Díaz, quien sería posteriormente magistrado de la Corte Constitucional, ya que era parte, con Abad, de dicho Comité.

1989 fue un año particularmente trágico para la historia colombiana. Uno de los actos de violencia más infaustos contra funcionarios judiciales fue la masacre conocida como “La Rochela”,⁵¹ perpetrada el 18 de enero, en la que cayeron víctimas de los paramilitares doce de quince funcionarios judiciales que integraban una comisión de investigadores que viajó al Magdalena Medio a investigar otra masacre que se había cometido contra diecinueve comerciantes.⁵² Martha Lucía González, jueza que expidió órdenes de captura contra los implicados en las masacres, Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y Fidel Castaño, fue intensamente amenazada, y debido a que se exilió en mayo mataron en represalia a su padre, el también abogado Álvaro González. En julio fue acribillada María Helena Díaz, jueza de orden público que confirmó las medidas de aseguramiento expedidas por González. En agosto fue asesinado el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Carlos Ernesto Valencia. Tenía a su cargo el expediente por el asesinato del director de *El Espectador*, por lo cual había llamado a juicio a Pablo Escobar y, junto a otros magistrados de la sala, habían ordenado la captura de Rodríguez Gacha por el asesinato de Jaime Pardo Leal, candidato de la Unión Patriótica a la presidencia. También cayeron abatidos por las balas del narcotráfico los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Héctor Jiménez Rodríguez, en octubre, y Mariela Espinosa Arango, en noviembre. Antioquia tuvo que despedir abruptamente a su gobernador, Antonio Roldán Betancur, y al comandante de la policía, Valdemar Franklin Quintero, en julio y agosto, respectivamente.

⁵¹ Episodio sobre el que puede consultarse la investigación, Sánchez, Gonzalo (coord.), *La Rochela: Memorias de un crimen contra la justicia*, cit. Lamentablemente no se trata de hechos aislados o de circunstancias excepcionales que corresponden a un periodo determinado de la historia colombiana. El grupo de Memoria Histórica ha registrado y documentado entre enero de 1979 y diciembre de 2009, hechos de violencia contra 1,487 funcionarios de la rama judicial, a lo cual se suman 22 ataques directos contra juzgados o instalaciones de la fiscalía. Cada semana es atacado violentamente en el país, por lo menos, un funcionario encargado de administrar justicia.

⁵² Por esta masacre la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó de fondo, con reparaciones y pago también de costas al Estado colombiano el 11 de mayo de 2007. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.doc.

La hasta entonces insondable crisis tocó fondo el 18 de agosto de 1989, cuando el carismático líder liberal Luis Carlos Galán cayó asesinado sobre una tarima en la que se disponía a dar un discurso, durante la campaña por lograr la nominación de su partido para las elecciones presidenciales. Este hecho conmocionaría a la sociedad colombiana hasta el punto de empezar a tomar forma, desde bases sociales y en particular estudiantiles, la necesidad de transformar el sistema jurídico entonces vigente. En esa misma campaña presidencial para el cuatrienio 1990-1994 fueron asesinados, por órdenes del narcoterrorismo, otros tres candidatos presidenciales. Se trata de Jaime Pardo Leal (octubre/87),⁵³ Bernardo Jaramillo (marzo/90) y Carlos Pizarro (abril/90). Además de Leal y Jaramillo, y de cerca de 4,000 militantes, fueron asesinados ocho congresistas, trece diputados, setenta concejales y once alcaldes de la Unión Patriótica, el partido político de izquierda que reunía a varios exmovilizados de la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) luego del malogrado proceso de paz de la década de 1980, que para inicios de la década siguiente trataba sin éxito de desasirse de la identificación con la opción armada.

En noviembre de 1989 explotó una bomba en avión en pleno vuelo para atentar contra la vida de César Gaviria, el sucesor de Galán en la campaña, quien canceló su viaje a último momento. El saldo del atentado fue de 107 muertos. El poder corruptor e intimidatorio de los narcoterroristas fue inmenso. “Plata o plomo” fue el mensaje que le enviaron a los políticos, los miembros del Poder Judicial y los policías. La política estaba corrompida o intimidada, pero en todo caso arrinconada. En abril de 1991 es asesinado el exministro de Justicia, Enrique Low Mutra. La reacción contra Escobar y el cartel de Medellín contribuyó a agravar en lugar de aminorar el problema. A inicios de 1993 el país atestiguó impávido el surgimiento de otro tipo de violencia, pues ahora eran antiguos socios y subordinados de Escobar quienes le combatían a muerte bajo el temido nombre de “Los pepes” (acrónimo para Perseguidos por Pablo Escobar).⁵⁴ Se generó una guerra sucia, que combatía paralelamente a la lucha regular en contra de los carteles de la droga.

El narcotráfico cambió para siempre la nación. No sólo intervino y pervertió la justicia, la economía y la política, sino también hasta la naturaleza del país y la estética de los colombianos.⁵⁵ En alusión de Joe Toft, exdirector

⁵³ Crónica sobre Pardo Leal, *www.semana.com/nacion/asesinato-jaime-pardo-leal/186267-3.aspx*.

⁵⁴ A finales de marzo de ese año la revista *Semana* publicó uno de los primeros reportajes sobre el tema: “¿Quiénes son los Pepes?” *www.semana.com/nacion/quienes-pepes/52232-3.aspx*.

⁵⁵ Santos Calderón, Enrique, “Tiempos traquetos”, *Semana*, agosto 25 de 2012.

de la DEA en Colombia: este país se había convertido en una “narcodemocracia”. Las pérdidas económicas por el terrorismo ascendían a quince mil millones de pesos.⁵⁶ El país recibió la década de 1990 con 40 mil homicidios atribuidos directamente al narcoterrorismo.

III. AMPARO POLÍTICO Y VALIDACIÓN JURÍDICA AL MOVIMIENTO SOCIAL

El 25 de agosto de 1989 un amplio grupo de estudiantes universitarios de Bogotá convocaron a una marcha del silencio en respuesta a la violencia y a la angustia causada por la impotencia de lograr un cambio ante el aparente colapso del Estado por el accionar de pequeños pero poderosos grupos. La marcha fue sobre todo una respuesta al cruento desafío que el narcoterrorismo le impuso a la sociedad. El título de un libro de la época refleja bien lo que pensaban, y temían, los analistas y la opinión pública de la época: *Al filo del caos*.⁵⁷ Estos sentimientos se transformaron en una fuerza que se aunó a la frustración generalizada debido al desgaste institucional por la imposibilidad de realizar un cambio a la Constitución de 1886 y por el uso recurrente de la figura del estado de sitio. En efecto, desde finales de 1949, cuando durante el gobierno del conservador Mariano Ospina Pérez se cerró el Congreso, en Colombia se vivieron 35 de los 42 años hasta la expedición de la Constitución de 1991 bajo estado de sitio.⁵⁸

El grupo estudiantil se inspiró quizá en las marchas que convocó Jorge Eliecer Gaitán cuando, siendo jefe único del Partido Liberal, se conoció a inicios de 1948 de numerosas muertes de copartidarios y de conservadores en varios pueblos. En estas marchas, separadas por casi medio siglo, sólo se escuchó el ondear de banderas y el viento que se estrellaba contra las pancartas. Luego de la marcha, a finales de 1989, se conformaron en varias ciudades mesas de trabajo que propusieron al gobierno, como transformaciones fundamentales al texto constitucional, los siguientes: cambios en la estructura del Congreso, en la administración de justicia, en el régimen de

⁵⁶ Cañón, Luis, “Narcodialogos, doble juego mortal”, *El Tiempo*, Bogotá, agosto 6 de 1991.

⁵⁷ Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León (comps.), *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80*, Bogotá, Tercer Mundo y Universidad Nacional, 1990.

⁵⁸ Precisamente por este antecedente, la Corte Constitucional ha ejercido un control estricto a la constitucionalidad de la facultad presidencial de declarar el estado de conmoción interior, como se denomina ahora. El control es incluso material, pues se analiza si verdaderamente acontece una crisis que amerite el recurso a esta facultad, la cual está consagrada en el artículo 213 constitucional.

derechos y en los mecanismos de planificación económica; regulación de los estados de excepción, ampliación de la descentralización administrativa y definición de los mecanismos de reforma de la Constitución.

Respecto del criterio de reformabilidad, la Constitución de 1886 no ostentaba la deseable rigidez. El sistema jurídico estaba petrificado, y el sistema político, anquilosado. Ambos sistemas estaban bloqueados porque más de una década transcurrió en la que sólo fue aprobada una reforma constitucional, la elección popular de alcaldes, a pesar de la urgencia por realizarle profundas reformas orgánicas y dogmáticas a la Constitución. En 105 años de vigencia la Constitución de 1886 tuvo 67 reformas. Fueron particularmente relevantes las reformas de 1910 y 1936, que limitaron su autoritarismo confesional y redujeron el poder del Ejecutivo.⁵⁹ La causa de la petrificación constitucional es sobre todo atribuida al plebiscito que se aprobó en 1957 para que rigiera la forma de gobierno que condujo al Frente Nacional. En particular, su artículo 13 restringió la posibilidad de realizar el proceso de reforma constitucional, únicamente al consagrado en el artículo 218 de la Constitución de 1886, el cual otorgaba al Congreso la facultad para adelantarlos.

El plebiscito de 1957⁶⁰ se realizó el domingo 1o. de diciembre de 1957⁶¹ para consultar al pueblo por la aprobación de los acuerdos de Benidorm y

⁵⁹ La primera estableció la elección popular directa del presidente, los diputados y concejales; confirió a la Corte Suprema el control constitucional de las leyes y estableció también un control difuso por vía judicial; redujo el periodo presidencial a cuatro años e impidió la reelección inmediata; prohibió la participación de militares en política, estableció un sistema para el nombramiento de miembros a las corporaciones públicas proporcional a los votos obtenidos y aseguró un mínimo de una tercera parte para el partido minoritario. La segunda eliminó privilegios para la Iglesia católica y reguló una forma de libertad de cultos que tuvo incidencia en la implementación de una educación liberal; amplió el derecho al voto a los hombres mayores de 21 años independientemente de sus posesiones o alfabetismo; definió la propiedad como función social, introdujo el intervencionismo estatal en la economía, estableció como función del Estado la intervención en la educación y definió el trabajo como obligación social de especial protección.

⁶⁰ A pesar de haberse denominado “plebiscito”, se trató más bien de un referendo, porque en lugar de convocar al pueblo para expedir o ratificar un nuevo ordenamiento jurídico, se sometió al voto popular la ratificación de una propuesta reformativa. En ambos casos se le solicita al pueblo pronunciamiento sobre alguna cuestión importante para la vida política nacional, pero en el referendo se hace la consulta sobre un texto normativo ya formalizado para que se pronuncien afirmativa o negativamente, mientras que en el plebiscito la consulta se realiza sobre una decisión no plasmada en un texto normativo con el ánimo de que el pueblo se pronuncie favorable o desfavorablemente. Sobre esta cuestión, consúltese sentencia C-180 de 1994.

⁶¹ 4.169.294 votos por el “sí”, 206.654 votos por el “no” y 20.738 en blanco. 194 votos fueron anulados. Escrutinio de la Corte Electoral, 30 de enero de 1958.

la posterior Declaración de Sitges,⁶² los cuales se realizaron entre los líderes políticos liberales y conservadores para terminar con la violencia suscitada luego del asesinato de Gaitán y con la subsiguiente dictadura de Rojas Pinilla.⁶³ Los derechos políticos estaban restringidos. De hecho la primera ocasión en la cual las mujeres pudieron votar en Colombia fue en 1957 para manifestarse respecto del plebiscito. El derecho al voto lo recibieron durante la dictadura de Rojas Pinilla con el Acto Legislativo núm. 3 de 1954. Si bien la reconciliación entre los partidos políticos por la cual se suscribió el acuerdo redujo la tasa de violencia, aquella que se produjo al final del Frente y durante el postfrente se atribuye a la falta de credibilidad y confianza de la sociedad civil en el sistema político y en su régimen institucional debido a las severas restricciones a la participación política.⁶⁴

Una vez probado el plebiscito, dentro de los principales efectos jurídicos que tuvo se destacan dos: impidió la posibilidad de conformar partidos u organizaciones políticas por fuera del liberalismo y el conservatismo, y restringió el proceso de reforma constitucional únicamente al procedimiento parlamentario. Las elites políticas que realizaron los acuerdos querían resguardar el poder para controlar las reformas a la Constitución de 1886, razón por la cual introdujeron en el plebiscito el artículo 13,⁶⁵ que condujo a una rígida parálisis institucional. A pesar de que el Frente Nacional terminó en 1974, el monopolio bipartidista continuó hasta el nombramiento mismo de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente en 1990, en lo que se ha denominado el postfrente.

⁶² Se dijo al respecto en la Declaración: “pensamos que el procedimiento más rápido y eficaz, y también el más democrático, para salir del caos y dar firme piso al orden constitucional y para aniquilar los repliegues y escondrijos donde se refugian los ergotistas y sofistas de la dictadura, es que tales enmiendas se lleven a la aprobación o rechazo de la opinión pública por medio de un plebiscito muy sencillo y concreto, que, otorgue al sistema paritario en las corporaciones públicas y, en general, al entendimiento de los partidos, un apoyo indiscutible por la apelación a la fuente más pura del poder público”.

⁶³ Como señaló con brevedad y acierto el columnista Armando Gómez Latorre meses previos a la expedición de la Constitución de 1991: “Lo bueno y oportuno del Frente Nacional fue su tarea positiva para contener la sangría del cuerpo social de la Nación, ocasionada por la violencia política. Pero lo negativo nunca superó lo peor del sistema: el aletargamiento doctrinario del partido liberal, el burocratismo y la abstención electoral. Desde entonces esa grave dolencia crónica se cierne amenazante sobre la frágil democracia colombiana”. *El Tiempo*, marzo 22 de 1991 (énfasis añadido).

⁶⁴ La misma violencia guerrillera surgió durante el primer gobierno conservador del Frente como expresión armada de reivindicaciones y luchas sociales que habían sido obstaculadas institucionalmente. Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León (comps.), *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80*, cit.

⁶⁵ Plebiscito de 1957, artículo 13: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

El anquilosamiento del sistema político al que condujo la petrificación del sistema jurídico impedía la libre gobernabilidad y reducía la posibilidad de desarrollar las iniciativas de cada presidente. Desde el primer gobierno luego de finalizado el Frente Nacional, con la presidencia del conservador Misael Pastrana (1970-1974), aconteció una frustrada secuencia de intentos de modificar la Constitución, entre 1977 y 1989, liderada por los gobiernos de Alfonso López Michelsen (1974-1978), Julio César Turbay (1978-1982), Belisario Betancur (1982-1986) y Virgilio Barco (1986-1990). Unos proyectos no culminaron el trámite legislativo y otros fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema o por el Consejo de Estado.

El gobierno López pretendió convocar a una “pequeña constituyente” para que reformara el régimen departamental y municipal, así como la administración de justicia. Para tal fin el Congreso expidió el Acto Legislativo 02 de 1977,⁶⁶ que convocaba una Asamblea Constituyente y separaba las elecciones presidenciales de las parlamentarias. A pesar de contar con el acuerdo expreso de todas las fuerzas políticas, la Corte Suprema lo declaró inconstitucional el 5 de mayo de 1978, con el argumento de que el Congreso no podía delegar en otro organismo, creado por él mismo, la competencia de reforma constitucional que sólo posee el constituyente primario. A juicio de la Corte, adicionalmente, el pueblo ya se había pronunciado, con el plebiscito, en el sentido de que sólo por medio del Congreso se podría reformar la Constitución.

El presidente Turbay consiguió que el Congreso aprobara, en diciembre de 1979, una reforma constitucional en las mismas materias de la fallida reforma de López, con el Acto Legislativo núm.1 de ese año. Por vicios de forma, la Corte Suprema la declaró inconstitucional en 1981. El año siguiente asumió la presidencia Betancur, quien promovió con éxito reformas legislativas que procuraban fortalecer administrativa y fiscalmente los departamentos y municipios, materias en las cuales expidió igualmente varios decretos reglamentarios. Con el Acto Legislativo núm. 1 de 1986 se estableció la elección popular de alcaldes y la consulta popular.

La intensa crisis estructural en la que estaba el país suscitó a inicios de la década de 1990, la esperanza ciudadana, un fuerte anhelo de paz, que se reforzó por la decidida voluntad política de realizar un cambio constitucional y por los exitosos procesos de desmovilización guerrillera durante el gobierno Barco. Se desarrollaba un proceso de paz con el M-19 en Santo Domingo en el marco de la cual se planteó la última propuesta de reforma a la Constitución de 1886.

⁶⁶ En esta sentencia por primera vez la Corte Suprema asumió el control de las reformas por vicios de fondo y no sólo de forma.

Barco intentó varias veces reformar la Constitución. Con el aprendizaje adquirido de las reformas de López y Turbay, fallidas por cuestión de competencia, publicó en *El Espectador* una carta abierta el 30 de enero de 1988, en la que expresó su intención de convocar a un referendo para reformar el artículo 218 constitucional, el cual regulaba la reforma a la Constitución de la República. Sostuvo que “Existe un consenso sobre la urgencia de una reforma radical”. Una Asamblea Constituyente sería esencial para resolver la crisis política y contener la violencia.⁶⁷

La primera propuesta de reforma del gobierno Barco fue un acuerdo suscrito en febrero de 1988 con el líder conservador Misael Pastrana Borrero, conocido como el “Acuerdo de la Casa de Nariño”, que procuraba encontrar un mecanismo extraconstitucional para reformar la Constitución. En virtud de este Acuerdo se creó una Comisión de Reajuste Institucional integrada por representantes de los partidos y de diversos estamentos que debía elaborar un proyecto de reforma constitucional que sería ratificado mediante referendo popular. El 4 de abril del mismo año el Consejo de Estado, abrogándose la potestad de salvaguardia preventiva de la Constitución,⁶⁸ lo dejó sin validez jurídica.

El 27 de julio de 1988 el gobierno Barco presentó al Congreso un proyecto, consistente en 188 artículos, para reformar la Constitución. 43 de esos artículos estaban destinados a “garantizar efectivamente los derechos humanos”. El 4 de agosto se difundió por los medios como “*La reforma Barco. Democracia participativa y justicia social*”. En la exposición de motivos se afirmaba que “La crisis de legitimidad institucional, la falta de participación ciudadana y las deficiencias en el sistema hacen ineludible la realización de cambios dogmáticos y estructurales de considerable magnitud”. El 14 de diciembre de 1989 se archivó porque se introdujo en la consulta al pueblo el tema de la extradición de nacionales.⁶⁹ Conforme a Humberto de la Calle, que luego fue ministro de Gobierno de Gaviria, se trató —a pesar de

⁶⁷ Cepeda Ulloa, Fernando, “Una Colombia nueva: la nueva visión de Barco”, en Deas, Malcom y Ossa, Carlos (coords.), *El gobierno Barco: política, economía y desarrollo social*, Bogotá, Fedesarrollo, 1994.

⁶⁸ Conforme al expresidente y exconstituyente Misael Pastrana, un magistrado del Consejo de Estado “se apropió de la guarda de la Constitución que ésta le confiere a la Corte Suprema y con la rebuscada tesis de la inexequibilidad de los actos por prevención dejó sin piso el Acuerdo”. Véase su libro *La verdad y el poder. Puntos de vista*, Bogotá, Supernova, 1990, p. 162.

⁶⁹ Los únicos senadores de la bancada liberal que no votaron a favor de que se hundiera el proyecto fueron Álvaro Uribe Vélez y Sergio Estrada Vélez. El primero llegó a ser presidente de la República y el segundo, que fue también magistrado de la Corte Suprema y embajador en Italia, fue asesinado.

problemas de redacción, coherencia y traducción de apartes de las constituciones italiana y alemana— del primer texto en el que se proponía de manera seria un cambio constitucional de verdad en el sentido de adoptar un sistema constitucional distinto y no sólo de modificar partes de la estructura del Estado.⁷⁰

Diversos y complejos acontecimientos de naturaleza política, jurídica y social, articulados con un sistema económico desueto, confluyeron en la necesidad imperativa de reformar el texto constitucional de manera tal que se cambiara profundamente el sistema jurídico en conjunto. Los desafíos que le impusieron violentamente a la sociedad el narcoterrorismo, las primeras masacres paramilitares, las marchas campesinas armadas, el inicio de los secuestros políticos y los enfrentamientos contra la guerrilla, terminaron de poner en jaque a un sistema jurídico-político petrificado que no respondía a las necesidades de la sociedad. El gobierno Barco pretendió que los cambios se hicieran apelando al constituyente primario. Se requerían nuevas bases para el acuerdo político en el país y ajustes profundos en las instituciones jurídico-políticas, lo cual suscitó a finales de la década de 1980 la respuesta social desde algunos gremios y la creación del “Movimiento estudiantil por la séptima papeleta”.

Estudiantes y profesores universitarios, sobre todo del claustro Rosarista,⁷¹ propusieron que en las elecciones ordinarias del 11 de marzo de 1990, donde se elegían senadores, representantes, alcaldes,⁷² diputados, concejales y el candidato del Partido Liberal a la Presidencia,⁷³ el pueblo introdujera una papeleta adicional, la séptima, en la cual se expresara a favor de la convocatoria a una asamblea constitucional. La papeleta se difundió también por los dos principales diarios *El Tiempo* y *El Espectador*. Universitarios en todo el país se sumaron a esta idea realizando asambleas y mesas de trabajo. Luego se concentraron en la idea de cómo debería ser la asamblea, precaviendo que no fuera un grupo de notables sino representantes del pueblo quienes modificaran la Constitución de 1886. Cerca de dos millones de papeletas se depositaron a favor de la convocatoria. Aunque este hecho político no tuvo

⁷⁰ De la Calle, Humberto, *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991*, op. cit., p. 115.

⁷¹ Zuluaga Gil, Ricardo, *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, cit.

⁷² La Constitución de 1991 eliminó el nombramiento presidencial de los gobernadores y estableció su elección mediante voto popular, así como su periodo en tres años.

⁷³ En convención realizada el 22 de julio de 1989 el Partido Liberal adoptó el mecanismo de la consulta popular, por primera vez en Colombia, de la cual resultaron seis precandidatos: Ernesto Samper, Luis Carlos Galán, Alberto Santofimio, Hernando Durán Dussán, Jaime Castro y William Jaramillo.

consecuencias directas debido a la informalidad de la propuesta y a que el Consejo Electoral no contabilizó la papeleta adicional, toda vez que no estaba legalmente reconocida dentro de esa elección, fue el catalizador de un movimiento de opinión que el gobierno Barco interpretó de forma tal que dictó el Decreto 927, en mayo 3 de 1990, donde ordenaba a la organización electoral que contabilizara los votos que se produjeran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 para integrar una asamblea constitucional.⁷⁴

El Decreto fue sorpresivamente declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en la opinión popular, expresada con la séptima papeleta, y en las circunstancias de violencia, inestabilidad y descrédito institucionales. Reconoció que ese voto “involucraba al constituyente primario” y constituía un hecho político que traducía un verdadero mandato. El 6 de diciembre de 1990 el presidente de la Corte, Jorge Carreño Luengas, se dirigió a la opinión pública para anunciar el sentido del esperado fallo: “Después de un prolongado estudio y de un intenso debate declaró constitucional en su integridad el decreto legislativo 927 del 3 de mayo de 1990 por el cual se invita a la ciudadanía a votar por una Asamblea Constitucional”. En la sentencia 59, mayo 24 de 1990, sostuvo que “El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo”. Se convocó entonces a elecciones presidenciales y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución de 1886.

Los cinco precandidatos liberales firmaron un manifiesto comprometiéndose a que si alguno resultaba elegido presidente, convocaba a una asamblea constituyente. Este fue el principal componente político que derivó en la desmovilización del M-19 el 8 de marzo de 1990. A pesar del asesinato de Pizarro, los desmovilizados no abandonaron el proyecto de paz y continuaron con el proceso político. Con amparo constitucional, se convocó a las elecciones presidenciales ordinarias, el 27 de mayo de 1990, y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución

⁷⁴ Decía la tarjeta electoral “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución de Colombia: SI NO”.

de 1886. Un reducido número del censo electoral vigente se expresó mayoritariamente a favor.⁷⁵

El 7 de agosto de 1990 resultó elegido César Gaviria, quien expidió, bajo estado de sitio, el Decreto 1926, agosto 24 de 1990, para convocar a una Asamblea Constitucional. Regulaba también lo relativo a su conformación, estableció un temario, unas reglas electorales y realizó una serie de orientaciones para su funcionamiento. En sentencia núm. 138, proferida el 9 de octubre de 1990 con ponencia de Fabio Morón Díaz, que posteriormente integró la Corte Constitucional, la Corte Suprema varió su jurisprudencia para declarar constitucional, en una decisión dividida, tal Decreto. Por unanimidad, la Sala Constitucional en su proyecto de fallo había propuesto la inexecutable del Decreto.

La mayoría (14-12) de la Corte lo encontró parcialmente inexecutable, pues declaró inconstitucional las limitaciones que el gobierno le había impuesto a la Asamblea, fundamentalmente el temario establecido para las deliberaciones y el control posterior a la Constitución que expidiera la Asamblea, el cual se propuso que fuera ejercido por la propia Corte Suprema. No era posible limitar el poder del constituyente primario, se arguyó en la sentencia. La única limitación era la finalidad expresada de fortalecer la democracia participativa y las normas dirigidas a elegir a los representantes. La Corte otorgó así vía libre a la reforma integral de la Constitución. En este punto es relevante enfatizar que fue la Corte la que transformó la Asamblea Constitucional en Asamblea Nacional Constituyente cuando declaró inconstitucional el temario que el gobierno le había establecido a los constituyentes para sus deliberaciones. Por esta razón los constituyentes fueron facultados para revisar y derogar íntegramente la centenaria Constitución entonces vigente y promulgar en consecuencia una Constitución totalmente nueva.⁷⁶

Las elecciones se realizaron el 9 de diciembre de 1990 y se contabilizaron un total de 3.710,557 votos. El entusiasmo que acompañó el impulso por la reforma no perduró para acompañar la elección de constituyentes.⁷⁷ No obstante, se dio una muy notoria consecuencia, ya que el amplio espectro ideológico y político que resultó elegido se contradecía con la historia colombiana, que había visto repartirse el poder entre los dos

⁷⁵ Hubo en la elección de la Asamblea un 75.34% de abstención, pues de los casi quince millones de electores habilitados concurren a las urnas poco más de tres.

⁷⁶ Cepeda, Manuel José, "Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The Role of the Constitutional Court", en Posada Carbó, Eduardo (ed.), *Colombia: The Politics of Reforming the State*, Nueva York, St. Martin's Press, 1998.

⁷⁷ Respecto a la representación por género, sólo cuatro mujeres resultaron electas.

partidos tradicionales, que además siempre mantuvieron mayorías en el Congreso, desde la implantación del Frente Nacional en 1958. Ahora una asamblea constituyente pluralista estuvo integrada por diversos sectores. La fuerza que obtuvo mayor respaldo fue la liberal con 31.22%; la segunda, la Alianza Democrática M-19 con 26.75%; y la tercera, el Movimiento de Salvación Nacional con 15.48%⁷⁸. El total de constituyentes, sumando las otras fuerzas que integraron la Asamblea, fue de 74. Fueron elegidos setenta por votación directa y cuatro voceros de organizaciones subversivas desmovilizadas que se integraron posteriormente a las deliberaciones: dos por el Ejército Popular de Liberación, uno por el Partido Revolucionario de los Trabajadores y uno por el movimiento armado Quintín Lame. Sólo los dos primeros tenían derechos plenos, es decir, voz y voto, mientras que los dos segundos sólo contaban con voz dentro de la Asamblea. Además del M-19, la pluralidad política y social se expresaba en otros integrantes, como los cristianos, los indígenas, la Unión Patriótica y los guerrilleros desmovilizados. La diversidad de fuerzas participantes dotó de legitimidad a la Asamblea para realizar los profundos cambios que se tenían previstos. Después de quinientos años desde la Conquista, los indígenas fueron integrados al proceso de definir nuestro destino como sociedad al considerarlos sujetos políticos.

La violencia que aquejaba al país se debía en parte a las restricciones que imponía el sistema político, pues al impedir la disidencia reducía la representación de numerosos sectores ante las instancias de decisión política. Como desde la Asamblea se pretendió promulgar una Constitución que fuera duradera, pero no mediante procedimientos autoritarios, la apuesta fue por mayor democracia. La apuesta por alcanzar la paz con inclusión y oportunidades de participación política se reflejó también en la reformulación de la estructura de los partidos políticos. La gran apertura de los canales para la participación de todas las corrientes de la opinión pública, sin embargo, no tuvo un efecto positivo. Las organizaciones sociales se podían volver partidos políticos, y se podía conformar uno con 50,000 firmas. Un lustro después de proclamada la Constitución habían 75 partidos políticos. Otra forma de favorecer la participación democrática fue ampliando la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos,

⁷⁸ Que equivale, respectivamente, a veinticinco, diecinueve y once constituyentes. Hubo un 75.34% de abstención en la elección de la Asamblea el 9 de diciembre de 1990, pues de los casi 15 millones de electores habilitados concurrieron a las urnas poco más de tres. La diversidad y el pluralismo lamentablemente no pueden predicarse respecto de la perspectiva de género, pues sólo cuatro mujeres resultaron electas.

pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes Legislativo y Ejecutivo.⁷⁹

Resulta llamativo, y podría decirse que es uno de los principales hechos que explican la excepcionalidad que muchos analistas han visto en Colombia,⁸⁰ que en medio del terrorismo financiado por los narcotraficantes, de la guerra sin cuartel entre carteles y del combate de las fuerzas militares y de policía a la guerrilla y a los paramilitares, no se recurrió como proyecto de reforma a un sistema autoritario a un régimen militar o a un modelo que derivara en la reducción de los derechos civiles. La oportunidad que estaba buscando la sociedad agobiada, con apoyo de la política, fue antes por mayor democracia: por inclusión, derechos, ampliación y generalización del bienestar fruto del crecimiento económico. La izquierda abandonó ambiciosas propuestas que defendió en varios “proyectos de acto reformativo” a la nueva Constitución, los cuales se enfocaban fundamentalmente en asegurar mayores indicadores de justicia social y reducción de la pobreza, precisamente porque pensó que la apertura democrática les permitiría luego en otros escenarios proponer leyes para desarrollar las provisiones que se establecieron en la Constitución. Las exclusiones políticas han sido, no sólo en Colombia, sino también en muchos países latinoamericanos, las principales causantes de distintos periodos de violencia y desestabilidad institucional.⁸¹

En este sentido, hay que decir que si bien la Constitución no consiguió la paz, deslegitimó por completo la lucha política armada.⁸² En 1991 se

⁷⁹ Actualmente pueden presentar proyectos de ley, además de los congresistas y el gobierno a través del ministro del ramo correspondiente, las altas cortes (Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema y Consejo de Estado), los organismos de control (Consejo Nacional Electoral, Procuraduría General, Defensoría del Pueblo y Contraloría General), la Fiscalía General, la ciudadanía (en número igual o superior al 5% del censo electoral), los concejales y diputados del país (30% del total). Asimismo, pueden presentar proyectos para modificar, reformar o derogar la Constitución (actos legislativos), el Gobierno Nacional, diez congresistas, los ciudadanos (en número igual o superior al 5% del censo electoral), y los concejales y diputados del país (20% del total).

⁸⁰ “Colombia es un laboratorio social, muchas veces macabro eso sí, de creatividad y experimentación social”, Boaventura de Sousa, “Colombia es un país tan fascinante porque parece siempre al punto de hundirse, pero no se hunde. Es un milagro permanente, además una mezcla de fenómenos de violencia con un alto grado de civilidad en la gente, de amor y tolerancia entre la gente” Daniel Pécaut.

⁸¹ Vilhena Vieira, Óscar, “Desigualdad y Estado de derecho”, en Rodríguez, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

⁸² Gutiérrez-Sanín, Francisco, “La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías”, *Estudios Sociojurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011.

acabaron definitivamente las justificaciones para alzarse en armas como método de inserción política. La nueva Constitución pretendió dotar al país de un marco jurídico que posibilitara la integración de sectores que sólo habían encontrado en el alzamiento en armas la forma de integrarse como actores políticos en las dinámicas sociales. No sólo se posibilitó que otras tendencias políticas integraran el Congreso, sino que se dotó al ciudadano con mecanismos para ejercer plenamente su ciudadanía a partir de la apertura de importantes espacios de participación.⁸³ En 1991 se redefinió el alcance de la ciudadanía en términos de la consideración a todas personas como miembros de una única comunidad política. Otras herramientas que se concibieron en 1991 para ampliar la democracia fueron la modificación de las estructuras y relaciones de poder entre los ciudadanos y los organismos del Estado, así como el mayor equilibrio efectivo entre los poderes, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la incorporación de nuevos derechos, el reforzamiento de mecanismos para su protección y el resguardo a las reglas electorales.

A pesar de la apuesta unánime por conseguir la paz como el principal proyecto de la Asamblea, no había entonces, como no hay ahora, una única concepción acerca de lo que significa ni, por lo tanto, un único camino propuesto para conseguirla. Tres concepciones se organizaron ideológicamente en el seno de la Asamblea.⁸⁴ Desde la izquierda se pugnó por aumentar la justicia social y lograr una efectiva redistribución del ingreso como medios para alcanzar la paz. Los exguerrilleros desmovilizados y algunos miembros del Partido Liberal defendieron estos principios y los medios para alcanzarlos. El presupuesto de la paz liberal era la falta de legitimidad del Estado, por lo que el objetivo de la Asamblea desde esta ideología fue defender la necesidad de estructurar un amplio catálogo de derechos fundamentales y de apoyar el ingreso de la izquierda a la política. La exclusión política electoral tan importante en nuestra tradición era lo que legitimaba a los grupos a alzarse en armas.

Paz significa más democracia en cuanto a inclusión política y protección de la disidencia se refiere. Desde esta posición se insistía con particular ahínco por repensar el modelo económico neoliberal y el consenso de Washington. El Estado de bienestar y el liberalismo social se defendieron desde esta ideología. La paz conservadora se planteó desde la urgencia por fortalecer el poder y la presencia del Estado mediante el monopolio de las armas y el

⁸³ Esguerra, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2005.

⁸⁴ Retomo algunos elementos del extraordinario opúsculo de Lemaitre, Julieta, *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la asamblea constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

orden. El fin del conflicto era a la vez medio y fin de la consecución de la paz. La paz significaba orden público. Por la propia lógica del funcionamiento de la Asamblea y por el hecho de que ninguna fuerza política que defendiera alguna de estas ideologías tenía el número de constituyentes necesarios para aprobar u objetar por sí solo una propuesta de acto reformativo, se debieron someter las propuestas establecidas desde cada ideología a acuerdos y consensos. Claramente triunfó la ideología liberal.

El 4 de febrero de 1991 se instaló la Asamblea. Se crearon cinco comisiones para estudiar los proyectos de “acto reformativo”, que luego se presentarían ante la plenaria. Se conformaron según los siguientes temas: derechos, principios y deberes; reorganización de las entidades territoriales; estructura del Estado, relaciones internacionales y fuerzas armadas; justicia, y temas económicos y de política fiscal. Lo aprobado y lo negado en comisión debía ser presentado ante la plenaria, y una vez aprobado definitivamente se realizaba un trámite de codificación. Además de los constituyentes, podían presentar proyectos el gobierno, el procurador, el contralor y las altas cortes.

IV. NACIMIENTO Y CONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Las Constituciones anteriores a la vigente, aunque válidas, no contaron con la legitimidad política que puede reclamar para sí la Constitución de 1991 por la inclusión ideológica representada en una apertura democrática inédita en la historia de Colombia. La Constitución de 1991 redujo los poderes que, a pesar de las reformas de 1910 y 1936, la Constitución de 1886 concentraba en el presidente. En 1991 se redujeron sus poderes también para proferir decretos con fuerza de ley, e igualmente se aumentaron las competencias del Legislativo. Desde el punto de vista liberal, se implementaron reformas, como el empoderamiento de la justicia y del Banco Central, y la división efectiva de poderes con órganos de control.

A pesar de que la Constitución de 1991 no consagra un modelo económico determinado, pues usualmente se le define como neoliberal,⁸⁵ aspectos como la apertura comercial y financiera, los cometidos para alcanzar un

⁸⁵ Conforme a Salomón Kalmanovitz, si bien la muy criticada apertura económica iniciada por el gobierno Gaviria pudo producir efectivamente algún desempleo, más efecto tuvo la revaluación del peso que se debió a los hallazgos de petróleo y a las exportaciones mineras. Las dos combinadas han deteriorado la rentabilidad de la industria y de la agricultura.

mayor equilibrio fiscal y la posibilidad de privatizar empresas estatales,⁸⁶ así como las reformas estructurales a la dimensión del Estado y a su intervención en la economía, permitieron a los gobiernos que se desarrollara con particular fuerza a este aspecto. La mayor participación democrática se relaciona con una de las críticas particularmente acérrimas a la Constitución, como es aquella según la cual plantea un modelo económico determinado: el neoliberal.⁸⁷

Podría sostenerse que la Constitución es como cabeza de Jano, que tiene dos caras: una social y otra económica. De un lado, consagra garantías y principios sociales de justa raigambre democrática así como mecanismos procesales, como la acción de tutela, pero de otro tiene un proyecto neoliberal manifiesto en la apertura de mercados, en el libre comercio y en las privatizaciones. A mi juicio, el enfoque que ha tomado el desarrollo de la cara económica ha redundado en efectos negativos para la parte social. La Constitución no consagró un modelo económico determinado. El viraje hacia esta perspectiva debe reprochársele, más que a la propia Constitución, a los gobiernos que han sido elegidos con posterioridad que promulgaron leyes e impulsaron políticas de índole neoliberal.

En Colombia, así como en otros países latinoamericanos, se impusieron las ideas de libre mercado y apertura de las economías. Se procuró democratizar la participación de los particulares; por ejemplo, en la prestación de servicios públicos esenciales, y, gracias también a la apertura democrática y su correlativa manifestación en lo electoral que posibilitó la Constitución, el pueblo se manifestó para elegir determinados gobernantes, que son responsables, más que la propia Constitución, del tipo de políticas que se han adoptado. “Tanto mercado como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”. En esta fórmula resume Guillermo Perry Rubio, exconstituyente liberal y luego ministro de Hacienda, el principio económico que rigió la normativa constitucional. Además, a la iniciativa privada se le abrieron muchos espacios; por ejemplo, en la prestación de servicios públicos, que ha aumentado desde entonces en cobertura y calidad. Ha habido casos en los cuales se le abrieron las puertas al sector privado sin la creación de controles eficaces para impedir excesos y desafueros como la corrupción en la con-

⁸⁶ Privatización de las telecomunicaciones (artículos 75 y 336 constitucionales), de la educación (artículos 67 y 69, ley 30 de 1992), de salud y pensiones (artículos 44, 48 constitucionales, ley 100 de 1993) y de los servicios públicos domiciliarios (artículo 365 constitucional, ley 142 de 1994). Se ha señalado como un defecto de la Constitución la independencia del Banco de la República, porque tiende a exacerbar esta cuestión.

⁸⁷ Hay que tener en cuenta también que la política de privatizaciones como tal había iniciado antes de la promulgación de la Constitución, con el gobierno Barco (1986-1990).

tratación pública o en el sector salud. Los problemas cuya responsabilidad usualmente se le atribuye a la Constitución se corresponden sobre todo con la forma indebida en la cual se ha dado su desarrollo por los gobiernos y los congresos que han actuado bajo su marco a partir de diversas leyes que la han reglamentado. Una Constitución es impotente ante las malas políticas o mala gestión pública.

Dentro de los aspectos económicos de la Constitución podría enfatizarse en que uno de cada cinco artículos tienen relación directa con la economía (casi 80), además del capítulo XII sobre el régimen económico y la hacienda pública, y el capítulo II de los derechos, las garantías y los deberes (económicos, sociales y culturales), la adscripción de la fórmula política del Estado social de derecho y la organización como República descentralizada, los artículos 48 y 49 sobre participación privada en prestación de servicios públicos (salud y educación sobre todo) e incluso el artículo 86, que consagra la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Dentro de los aspectos macroeconómicos, se reconoce el papel activo del Estado para lograr el pleno empleo y, en general, corregir las fallas del mercado en términos de eficiencia y equidad. Hay un numeroso articulado referido al manejo de la economía: política económica e intervención estatal general. Los artículos 226 y 227 tratan sobre la internacionalización de las relaciones económicas e integración, el artículo 334 sobre la dirección general de la economía a cargo del Estado, el artículo 371 sobre la autonomía del Banco de la República, y el artículo 373 sobre el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda por medio del Banco de la República. La autonomía del Banco se ha ejercido no obstante como es debido; es decir, en coordinación con la política económica estatal. Hubo un mayor aumento del tamaño del Estado con un correlativo aumento del gasto social, pues del 7% del PIB pasó a casi el 15%. También evolucionaron las transferencias a entidades territoriales, con el importante antecedente de la ley 715 de 2001.⁸⁸

Por distintos factores relacionados con la corrupción, la ineficiencia, las alianzas oportunistas con el Ejecutivo y los compromisos que adquiere con sus financiadores por los altos costos de ingreso y permanencia en la política, el Congreso en Colombia ha perdido paulatinamente la preeminencia que le otorga la Constitución. Además de haber derivado en apatía política

⁸⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias, de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

y descrédito social, la preeminencia perdida la ha retomado en algún sentido la Corte Constitucional donde se debaten asuntos de impacto no sólo social, sino también fiscal, que en otras democracias constitucionales ha decidido el Congreso. En Colombia, la manera en la cual la Corte Constitucional ha desplegado sus facultades y los efectos que le ha dado a algunas de sus polémicas sentencias ha derivado muchas veces en enfrentamientos entre las ramas del poder público, y entre las altas cortes de la propia rama judicial.

Los límites y vínculos que las Constituciones contemporáneas establecen al poder político se traducen en un cambio de paradigma, respecto de la ley y los derechos, que ha acompañado este proceso. Debido a que en la Constitución se consagra como razón de ser del Estado-aparato (parte orgánica) la realización de fines como la garantía de los derechos (parte dogmática),⁸⁹ se limita el poder del gobierno y el Congreso para tramitar leyes y sus propias reformas, pero sobre todo se amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. No son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida en que respete los derechos. Los derechos a partir de 1991 se han convertido en el eje del examen jurídico de cualquier asunto sometido a la composición jurisdiccional.⁹⁰

De la Constitución, como límite al orden jurídico, se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.⁹¹ “Primero los derechos que las leyes, primero los derechos que la autoridad”.⁹² Por su naturaleza normativa y a partir de su fuerza vinculante, las Constituciones son esquemas para orientar la actuación de las ramas del poder público. Las normas orgánicas estable-

⁸⁹ Determinando así una subordinación de la primera parte respecto de la segunda. Ciro Angarita, exmagistrado de la Corte Constitucional, era de la creencia que la parte orgánica debía interpretarse a la luz de la parte dogmática. Véase la sentencia de la que fue ponente T-406 de 1992. Ahora, debido en cierta medida al desarrollo que la jurisprudencia ha alcanzado como fuente de derecho, la parte orgánica debe incluso realizarse desde la parte dogmática.

⁹⁰ Heredero en este punto del constitucionalismo alemán de posguerra, en Colombia se podría decir lo mismo que dijo Friedhelm Hufe, para quien la República Federal de Alemania (*Bundesrepublik Deutschland*) se había convertido en la República de los Derechos Fundamentales de Alemania (*Grundrechtsrepublik Deutschland*). Cit. por Unger, Mark, “Sesenta años de la ley fundamental alemana”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.

⁹¹ Aguiló, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit., 2010; 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010.

⁹² Expresó César Gaviria en homenaje del partido Liberal por los veinte años de la Constitución (Bogotá, 21 de junio de 2011).

cen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, mientras que las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

La Constitución tiene la máxima validez formal, porque, conforme a su artículo cuarto, se trata de “la norma de normas”, y en cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. Por su naturaleza normativa, la Constitución no sólo es válida en tanto norma, sino que tiene fuerza vinculante, porque sus mandatos se aplican directamente y son obligatorios a los poderes públicos y privados. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte para proteger su supremacía, al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden modificarla, y su integridad, al realizar el proyecto de país y sociedad que consagran sus provisiones. La Constitución se interpreta de forma sistemática, porque para resolver un caso se articulan, directamente en la interpretación, diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (principio jurisprudencial de goce efectivo de los derechos). Las Constituciones de los países de la región reflejan el descontento social ante las situaciones que se viven, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira y a su vez contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. Dentro de las características de la Constitución también se encuentra su contenido sustantivo, en la medida en que no contiene sólo normas orgánicas, sino también dogmáticas, valores y principios.

Un aspecto transversal a las reformas constitucionales realizadas en América Latina es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad, al procurar conseguir la unidad alrededor del pluralismo y reconocerla no como un mal menor, sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado. Siguiendo la tendencia de separar a la Iglesia del Estado, que por ejemplo en Estados Unidos aconteció durante la Corte Warren,⁹³ la Constitución de 1991 realizó un significativo cambio cultural al definir laico al país.

Si bien el preámbulo de la Constitución invoca a Dios, Colombia es un país laico, porque el artículo 19 consagra la libertad de cultos. La Constitución, por tanto, confirió igual valor jurídico a todas las confesiones reli-

⁹³ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 1963. *Abington Township School District v. Schempp*, 374 U.S. 203, 1963.

gias, por lo cual los organismos estatales deben ser neutrales en materia religiosa.⁹⁴ Aunque la Corte Constitucional ha reconocido que el Estado y sus autoridades deben proteger las religiones como derechos individuales y colectivos trascendentes,⁹⁵ ha sido en general estricta en mantener la separación entre la Iglesia, de cualquier confesión, y el Estado. Es decir, Colombia es un país laico más no ateo o agnóstico.⁹⁶ La laicidad estatal es una garantía para respetar los principios que soportan el Estado social de derecho.⁹⁷ La garantía a valores constitucionales como la tolerancia y la pluralidad implican que no se le puede brindar a una determinada confesión, por mayoritaria que sea, una mayor oportunidad participativa para imponer su visión y el valor de su doctrina sobre la oportunidad de participación de cualquier otra confesión. Ningún organismo estatal puede interceder a favor de la mayoría en las condiciones de difusión de una determinada religión. Tienen entonces el deber de no promocionar o patrocinar alguna confesión.⁹⁸ La Corte ha resuelto que no se pueden otorgar tratos discriminatorios que privilegien una determinada religión sobre otros.⁹⁹ En este sentido, fue consistente con sus precedentes cuando declaró inexecutable la ley 1402 de 2010 “por la cual la Nación se asocia a la celebración de los 50 años de la Diócesis de El Espinal y se declara monumento nacional a la catedral de El Espinal, en el departamento del Tolima”.¹⁰⁰

⁹⁴ Sentencia C-350 de 1994. Hay una sólida subregla integrada por numerosas sentencias que en casos concretos o de control abstracto de constitucionalidad han mantenido separado al Estado de la Iglesia. En la más reciente, T-453 de 2012 que resolvía un caso de pensiones y protección de la seguridad social y del mínimo vital, se reiteró el principio de laicidad, y con base en la subregla y en los artículos 1 y 19 constitucionales, respectivamente sobre pluralismo y libertad de cultos, se prohibió en concreto que en documentos públicos se incluyeran citas bíblicas. Se dice en la sentencia que las autoridades públicas “en el ejercicio de sus funciones, están obligadas a respetar el principio de laicidad que caracteriza al Estado colombiano y que se materializa en la imposibilidad de que sus autoridades adhieran o promuevan determinada religión, o adopten cualquier conducta que desconozca el pluralismo, la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas consagrados por la Carta Política”. Sobre el principio de Estado laico y el pluralismo religioso en la Constitución colombiana, pueden consultarse las sentencias: C-027 de 1993, C-088 de 1994, C-568 de 1993, C-350 de 1994, C-609 de 1996, C-766 de 2010, C-152 de 2003 y C-1175 de 2004 y C-817 de 2011.

⁹⁵ Sentencia C-088 de 1994.

⁹⁶ Sentencia T-823 de 2002.

⁹⁷ Sentencia C-1175 de 2004.

⁹⁸ Sentencia C-766 de 2010.

⁹⁹ Sentencia C-152 de 2003.

¹⁰⁰ Sentencia C-817 de 2011. En esta sentencia la Corte cita a Ronald Dworkin (*Is democracy possible here?*) para ilustrar la diferencia entre las sociedades religiosas tolerantes, para las cuales la práctica religiosa debe ser objeto de protección estatal, pero admiten que se debe

La Corte en estos casos ha recurrido también a argumentos de derecho comparado para abordar las diferencias entre la jurisprudencia constitucional de diversos contextos respecto de la separación entre las Iglesias y el Estado, y en concreto para analizar la cuestión acerca de la manera idónea de trazar la línea divisoria entre, por un lado, la separación entre la Iglesia y el Estado, así como el amparo del pluralismo religioso, y por otro lado, la libertad de cultos y las prácticas religiosas concebidas como derechos individuales y colectivos trascendentes.¹⁰¹ La Corte ha debido construir una subregla con argumentos doctrinarios y jurisprudenciales provenientes de otros contextos para determinar hasta dónde llega la libertad religiosa y hasta qué punto puede ser legítimamente vulnerada por el amparo a otros derechos. Las diferencias entre las democracias liberales no confesionales y las pluralistas se reflejan en decisiones opuestas respecto de si, por ejemplo, en las escuelas públicas está permitida o prohibida la oración religiosa, la enseñanza de la religión o del creacionismo conjuntamente con la teoría de la evolución de las especies.

La Constitución de 1991 amplió el reconocimiento a las cerca de 1,500 Iglesias existentes. El nacimiento de la Constitución implicó el descenso de la preeminencia que la Iglesia católica tuvo, no sólo como única fe amparada por el Estado, sino tratándose de su poder en diversos escenarios públicos. La Constitución de 1886 preceptuaba, por ejemplo, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión católica (artículo 41).¹⁰² En virtud del concordato (1887) la formación en

expresar a través de diversos credos o, inclusive, respetan que los ciudadanos no profesen ninguno; y las sociedades seculares que aceptan la práctica religiosa de los ciudadanos, o la abstención en este sentido, pero no porque se considere que las religiones son un ámbito constitucionalmente protegido, sino que tales prácticas son parte de la autonomía individual. Para la Corte, analizando a Dworkin, la religión no tiene un valor intrínseco, por lo que el Estado debe ser neutral y permitir su práctica en la medida en que la creencia hace parte del ámbito de libertad individual e intimidad.

¹⁰¹ “Mientras que en Alemania las acciones estatales positivas de protección y apoyo a las iglesias son permitidas, en Estados Unidos está prohibido que el Estado actúe con un propósito ó efecto religioso, pero puede adoptar decisiones con algún impacto religioso siempre que no sean preferenciales o discriminatorias, y en Francia el principio de laicidad exige ausencia completa de relación entre el Estado y las Iglesias e impide manifestaciones o decisiones que puedan significar que las escuelas o entidades públicas tienen relación no solo con alguna religión específica sino con la religión en general. Estos enfoques diferentes obedecen a tradiciones históricas y culturales también distintas, aunque tienen en común la exclusión de un Estado confesional, el establecimiento de religiones oficiales, la identificación del Estado con una religión y la preferencia estatal por una iglesia”. Sentencia C-152 de 2003.

¹⁰² Poco más de dos décadas antes había escrito el papa Pío IX, en la encíclica *Syllabus*, que serían condenados con la excomunión quienes dicen que la Iglesia no tiene potestad

todos los centros educativos se debía organizar de conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica (artículo 12). Por lo tanto, se tenía la facultad para inspeccionar y revisar los textos usados como material de enseñanza. “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (artículo 13).

Desarrollos teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales acontecidos en los países en los cuales nació el constitucionalismo como forma de organización jurídico-política tuvieron particular influjo en el contenido dogmático de la Constitución, y se han receptado por parte de la jurisprudencia constitucional, particularmente significativos en cuestiones como la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, en la interpretación del principio de igualdad y en la fundamentación de las maneras de resolver colisiones entre, por ejemplo, libertad de expresión e intimidad.¹⁰³ La Corte, por ejemplo, ha incorporado como criterio argumentativo de su jurisprudencia la metodología de test de igualdad en su versión estadounidense y el principio de proporcionalidad de raigambre germano.¹⁰⁴

En Colombia se inició la configuración de un nuevo paradigma jurídico desde el discurso del entonces presidente César Gaviria en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual fue el primer norte ideológico que desde el gobierno recibieron los constituyentes conjuntamente con los proyectos de reforma más importantes que presentó el gobierno, tales como la creación de una jurisdicción constitucional independiente y la inclusión de un amplio catálogo de derechos. Este paradigma sería edificado progresivamente sobre la estructura de la jurisprudencia constitucional y la doctrina que, interesadas por los desarrollos jurídicos transnacionales, se enfocaron en las formas como se implementaron reformas constitucionales ambiciosas en contextos como el español, el italiano y el germano. El derecho constitucional jurisprudencial comparado fue relevante para la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus inicios, para determinar los límites al margen de configuración del legislador y para definir las

para definir dogmáticamente la religión católica como la única verdadera y quienes proclaman el error de la enseñanza laica o que la Iglesia debe estar alejada de los colegios.

¹⁰³ Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2001.

¹⁰⁴ Insignares, Silvana y Molinares, Viridiana, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 124, enero-junio 2012. Sostentan que con el recurso a tales criterios se ha reducido el margen de discrecionalidad judicial.

formas de resolver jurídicamente las colisiones entre derechos e intereses constitucionales.

Como ideas centrales de lo que primigeniamente se concibieron como caracteres distintivos del nuevo constitucionalismo en Colombia, se podría destacar la promoción de la igualdad por sobre la protección de la libertad que se expresó en la conciencia de que sin justicia social es imposible contar con una ciudadanía integrada en la medida en que mientras se continúen registrando las alarmantes y casi invariables cifras de pobreza, desigualdad, subdesarrollo y desempleo, habrá personas que fácilmente serán cooptadas para integrar las filas de la subversión o para suplir la mano de obra de la parte más riesgosa del negocio del narcotráfico. Una variable que no ha sido bien analizada cuando se aborda la dificultad de lograr la paz o al menos reducir las cifras de criminalidad, es el hecho de que continúe la política prohibicionista respecto del consumo de drogas, pues la existencia del narcotráfico tornará ineficaces las medidas legislativas o políticas que procuren pacificar la sociedad y acabar la criminalidad. Además, en un país tan desigual económicamente y tan jerarquizado socialmente, la dinámica del narcotráfico ofrece sobre todo a los pobres rurales, oportunidades que la economía formal no logra.

En el escenario global, la Corte Constitucional colombiana¹⁰⁵ ha sido reconocida como alineada con causas progresistas y como particularmente comprometida con el garantismo que comportan las provisiones constitucionales y con el control a los desbalances de poder y al (hiper)presidencialismo. El sentido de sus decisiones, así como las razones que ha esgrimido en sustento y la perspectiva teórica desde la cual las ha enfocado, la han situado cada vez más en la vanguardia del constitucionalismo en la región¹⁰⁶ considerando los países que entraron al neoconstitucionalismo en la última etapa, desde 1980, tales como Hungría, Sur África, India y Co-

¹⁰⁵ El influjo en Colombia del derecho administrativo francés trasciende la periodización neoconstitucional. El Consejo de Estado había sido instituido por el mismo Bolívar como órgano consultivo del gobierno (Decreto 30 de octubre de 1817), luego se suprimió (Acto Legislativo 10 de 1905) y la Constitución de 1886 lo revivió con funciones consultivas, pero también jurisdiccionales. El Acto Legislativo 3 de 1910 dispuso el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero fue el Acto Legislativo 1 de 1914 el que lo restableció. La Constitución de 1991 (título VIII, cap. III) lo reconoció. El trabajo más difundido sobre los orígenes del derecho administrativo colombiano es Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a ed., Bogotá, Temis, 2011. Para una perspectiva crítica, véase, Malagón, Miguel A., *Vivir en policía*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

¹⁰⁶ Arango, Rodolfo, *Derechos, justicia constitucional y democracia*. Bogotá, Universidad Externado, 2004. Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

rea del Sur.¹⁰⁷ Valiosas lecciones quedaron sobre este punto luego del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, que se realizó en octubre de 2011 en Bogotá con presencia de magistrados y académicos de diversos países, quienes destacaron cosas como la manera en que la jurisdicción constitucional colombiana ha contribuido a entender las posibilidades que tiene el derecho para mejorar las condiciones sociales en contextos marcados por la pobreza y la desigualdad.¹⁰⁸ Se ha argumentado que la Corte Constitucional colombiana es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁰⁹ asimismo, que supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas en Latinoamérica.

En distintos contextos jurídicos, y en concreto judiciales, en países de la región se han destacado decisiones de la Corte Constitucional, que han sustentado subreglas que, en desarrollo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, del catálogo de derechos, de principios como la colaboración armónica entre las ramas del poder público, el goce efectivo de los derechos, la realización de los derechos como fin del Estado y la garantía a la salvaguarda de la integridad de la Constitución, han contribuido de forma determinante no sólo en la interpretación, sino también, e incluso particularmente, en la creación y desarrollo del derecho constitucional, con profunda incidencia en la legislación en general.

Además de las reformas que introdujo, respecto de su antecesor, la Constitución colombiana ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado constituyen factores de

¹⁰⁷ Dornbach, Alajos, "Retroactivity Law Overturned in Hungary", *East European Constitutional Review*, núm. 1, 1992; Zirzak, Spencer, "Hungary's Remarkable, Radical, Constitutional Court", *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, vol. 3, núm. 1; Margaret A. Burnham, "Cultivating a Seedling Charter: South Africa's Court Grows its Constitution", *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 3, núm. 29, 1997; Sripati, Vijayashri, "Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India", *American University International Review*, núm. 14, 1998; Crossman, Brenda y Ratna, Kapur, "Secularism's Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India's Struggle for Democracy", *Harvard International Law Journal*, vol. 38, núm. 113, 1997; Kung Yang, "The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea", *Verfassung und Recht in Uebersee*, núm. 31, 1998; Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights*, Basic Books, 2004; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006.

¹⁰⁸ Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, cit.

¹⁰⁹ Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, 2010.

singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia del sistema regeneracionista, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte y le han generado un alto índice de favorabilidad entre la opinión pública, el cual siempre ha superado el índice de la rama judicial en conjunto.¹¹⁰

El nuevo derecho colombiano es vanguardista de las tendencias que han acometido varios países de la región con el cambio o la reformulación de sus Constituciones. Como una especie de rareza en el contexto iberoamericano e incluso global, la jurisdicción constitucional colombiana es considerada particularmente proactiva en sus sentencias y la que más ha judicializado diversos tipos de problemas públicos y políticos. Se reconoce como comprometida con las tesis medulares del neoconstitucionalismo. En veinte años de prolija jurisprudencia, la Corte ha tomado una serie de decisiones que han suscitado muchas y muy airadas críticas. Se le objeta sobre todo porque presuntamente se entromete en las funciones y competencias de las otras ramas del poder público. El progresismo de las actuaciones judiciales y la judicialización de cuestiones tradicionalmente decididas en la esfera política o legislativa han desembocado en un inédito protagonismo judicial.

V. EL PODER DEL PODER JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Con la expresión “choque de trenes” los medios de comunicación nacionales han reportado los enfrentamientos entre las ramas del poder público y las altas cortes de la propia rama judicial, por las facultades de la Corte Constitucional y los efectos de sus sentencias. Las polémicas que surgen por el activismo judicial no son, en forma alguna, exclusivas de Colombia. A medida que los países dotan a sus Constituciones de la máxima validez formal, incluyen un robusto catálogo de derechos, consagran mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía y se establecen altos tribunales para resguardar la integridad y supremacía de la Constitución, la política tiende a judicializarse, y el Poder Judicial adquiere un mayor protagonismo como consecuencia de la expansión vía jurisprudencial de la densidad normativa material de la Constitución.

¹¹⁰ La Corte Constitucional ha registrado (Gallup) índices de favorabilidad que rondan el 57%. A inicios de 2011 ascendió casi diez puntos. Esto resulta más sugestivo cuando se contrasta con el 33% de favorabilidad del sistema judicial en general y con el 53% de opinión desfavorable que registra el Congreso.

En un contexto de roles judiciales proactivos y activistas se suele escuchar que estamos ante una democracia judicial o frente a la dictadura de los jueces. Se han presentado varios argumentos para objetar la revisión judicial de constitucionalidad y para restringir el papel de la Corte a la revisión de la legislación expedida por el Congreso, pero sobre todo la jurisprudencia constitucional progresista, por ser no democrática o incluso antidemocrática. Se ha afirmado repetidamente que la Corte se ha arrogado demasiados poderes y que interviene en campos que no le corresponden. La objeción se exagera cuando los fallos tienen contenido económico y, puntualmente, de cuando ejercen impacto fiscal, porque usualmente genera gasto público no contemplado en el presupuesto.

Desde el inicio de la actividad jurisprudencial, la Corte ha empleado varios tipos de exámenes de constitucionalidad, dentro de los que se destacan: el test de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte).¹¹¹ La Corte ha incorporado como criterio argumentativo de su jurisprudencia la metodología de test de igualdad en su versión estadounidense y el principio de proporcionalidad de raigambre germano.¹¹² Ante los fallos progresistas surge la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial. La Corte, mediante un desarrollo jurisprudencial particularmente prolijo, ha ido extendiendo los efectos de la parte motiva de las sentencias, sin dar efectos generales, pero sí con fuerza obligatoria para las demás autoridades. Obligan a los demás jueces de tutela en este sentido.

Un punto que no se puede perder de vista, respecto de los efectos de las sentencias que profiere la Corte (*inter partes* la tutela, *erga omnes* las de constitucionalidad y las de unificación), es que las tutelas al principio de la jurisprudencia fueron proferidas en clave de efectos *inter partes*, o sentencias de amparo, como se denominan en el derecho comparado. Con posterioridad se han proferido numerosas sentencias en las cuales, luego de constatar los factores que conducen a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, extiende los efectos de las órdenes que imparte para proteger el derecho a la igualdad de quienes, si bien no impetraron la acción, se encuentran en similar situación a la demandada. Los efectos de las órdenes tienen un al-

¹¹¹ Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de las leyes”, *El derecho de los derechos*, cit., Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit.

¹¹² Insignares, Silvana y Molinares, Viridiana, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 124, enero-junio de 2012. Sostentan que con el recurso a tales criterios se ha reducido el margen de discrecionalidad judicial.

cance mayor¹¹³ porque trascienden a, y no sólo a los peticionarios del caso concreto.¹¹⁴ El mayor alcance de tipo material y temporal de esta clase de tutelas procura estar acorde con la magnitud de la violación.¹¹⁵

En otras sentencias de tutela, además de las que profiere en el marco de un Estado de cosas inconstitucional, la Corte ha ordenado que se tomen medidas o que se adopten programas o políticas que beneficien a más personas adicionalmente a los accionantes.¹¹⁶ La consecuencia es entonces la extensión de los efectos de la acción de tutela a quienes no la interpusieron, para lograr la protección efectiva de los derechos dada la magnitud de la situación, y para garantizar el principio de igualdad de quienes se encuentran en una situación similar. También ha impartido órdenes a las autoridades competentes, respetando las respectivas competencias, para que adopten las acciones necesarias para corregir la situación.

En Colombia, así como en otros países latinoamericanos,¹¹⁷ ha sido particularmente manida la “objeción contramayoritaria” hacia el Poder Judicial,¹¹⁸ y en concreto hacia la máxima institución de la jurisdicción constitucional, en virtud de la cual como los magistrados no son elegidos por el pueblo, sino nombrados por el Congreso, no hay en ellos “legitimidad” para obrar estableciendo que determinadas normas proferidas por el órgano que representa al pueblo no deben formar parte del sistema jurídico. Por ilustrar, la objeción en columna de prensa de influyente diario medellinense:

¹¹³ Sentencia T-203 de 2002.

¹¹⁴ Sentencia T-843 de 2009.

¹¹⁵ Sentencia T-025 de 2004.

¹¹⁶ En la sentencia T-1101 de 2001 se ordenó al Ministerio de Trabajo que adoptara un programa que garantice los derechos de los trabajadores temporales y establezca correctivos que eviten que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos. En la sentencia T-131 de 2005 se ordenó a la Fiscalía General que efectuara un plan para la implementación de la carrera administrativa. Otros casos, en las sentencias, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU-250 de 1998, T-590 de 1998, T-606 de 1998, SU-090 de 2000, T-847 de 2000, T-1695 de 2000, T-493 de 2005 y SU-388 de 2005.

¹¹⁷ Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; Barroso, Luis R., *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

¹¹⁸ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril, 1997; Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”; Ferreres, “Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, y Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

La Corte Constitucional debería ocuparse casi exclusivamente sobre el cumplimiento de los trámites en la aprobación de las leyes. En cuanto al contenido de ellas no debería ir más allá de retornarlas al Congreso si no está de acuerdo con éste. O mejor aún, concertar con él. Unos magistrados ineptos en numerosos campos del saber, sin elección popular y sin mayores responsabilidades, no puede suplantar al Congreso y legislar sobre lo divino y lo humano.¹¹⁹

Monseñor Juan Vicente Córdoba renegó en el mismo sentido: “¡Zapatero, a tus zapatos!, cada poder a lo suyo, el ejecutivo a realizar las leyes, el legislativo a hacerlas y el judicial a cuidarlas y a sancionar. La Corte se atribuyó lo que hace el Congreso y están haciendo leyes”.¹²⁰

Para sofisticar la objeción, citemos a quien la formuló por primera vez: Alexander Bickel, para quien

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema... cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma proferida por el legislativo o por el ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real aquí y ahora... El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia y esa es la razón por la cual puedo hacer la acusación de que el control judicial es anti-democrático.¹²¹

Tras esta cuestión hay un problema significativo, no solo del constitucionalismo, sino del estudio científico de la política que tiene que ver con el rol —no sólo la potestad, sino la legitimidad de ejercicio— de los tribunales constitucionales, cuyos miembros no son *elegidos*, sino *nombrados*, ante dos tipos de situaciones: normas proferidas por el Congreso, como órgano de mayor legitimidad popular, pero que vulneran principios constitucionales, o déficit amplio y generalizado en la prestación de derechos que fuerzan a la Corte a tomar un rol en la creación y desarrollo del derecho, lo cual termina por ensanchar el contenido normativo de la propia Constitución. Se han presentado varios argumentos para objetar estas situaciones, por ser antidemocráticas. No es este claramente el lugar para repasarlos, pero interesa enfatizar que debido a los márgenes constitucionales que tienen las democracias contemporáneas, una institución debe asumir el rol de control de que las mayorías están respetando el pacto constitucional.

¹¹⁹ González Rodríguez, Hernán, “Desaciertos de nuestra justicia”, *El Colombiano*, Medellín, 9 de junio de 2009.

¹²⁰ Revista *Semana*, abril 27 de 2012.

¹²¹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, pp. 16 y ss.

Dos contraargumentos rebaten esta objeción. El formal señala que hay muchos otros funcionarios por cuyos cargos tienen que ostentar una separación con el ciudadano y con su refrendación popular. Que una norma proferida por el órgano representativo del pueblo, conformado por un par de cientos de personas, sea declarada inconstitucional por un tribunal de nueve magistrados, para muchos ofende principios en virtud de los cuales, en una democracia, todos los funcionarios son elegidos y deben responder periódicamente, mediante el voto, ante el pueblo. Pero tampoco son elegidos por el pueblo los ministros, el gerente del Banco de la República y la cúpula de las fuerzas militares, y sin duda ellos pueden causar más daño en una semana que cualquier juez en toda su carrera.¹²²

El problema real no es el grado de representatividad popular de estos funcionarios, tal como el de los magistrados, ya que no habría dudas acerca de que por no estar sometido su cargo a los designios populares carecerían de la legitimidad para hacer aquello que la Constitución y la ley les exigen. El vínculo directo funcionario-pueblo no sólo no es real en muchos casos, sino que incluso no es deseable en muchos otros. Cargos como los codirectores del Banco de la República, los miembros de organismos de control y los magistrados de las altas cortes, deben ostentar una cierta antipatía con las mayorías representadas en el Congreso o en el gobierno, según quien los haya nominado o elegido, si en casos complejos se quieren resguardar los principios medulares que sustentan una democracia constitucional.

La cuestión tiene que ver más bien con lo que se espera de una democracia en el marco del neoconstitucionalismo, pues los ministros y los codirectores del banco, por ejemplo, tienen no solo la potestad, sino la obligación de desafiar la voluntad mayoritaria plasmada en leyes o en reformas a la Constitución, cuando están en riesgo las garantías constitucionales. El contraargumento sustancial en torno al rol que en una democracia constitucional deben tener los tribunales constitucionales, mediante controles de diferentes intensidades, es más importante porque experiencias comparadas demuestran que poco se ha ganado cuando desde la institucionalidad se pretende responder al reclamo formal implementando medidas como la elección popular de magistrados, tal como en Bolivia.¹²³

¹²² Dworkin, Ronald, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹²³ Constitución de Bolivia, vigente desde el 7 de febrero de 2009, artículo 182: "Los magistrados y las magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal". Autores como Garzón Valdés han realizado sugerencias de medidas en principio más exitosas para que haya mayor independencia judicial: nombrar

Los codirectores y los magistrados tendrían el mismo grado de legitimidad, porque unos son nombrados por el presidente que elige el pueblo, y otros por el Congreso, que elige de igual forma el pueblo. Como es más profunda la amenaza real que desde las mayorías se le puede plantear a una democracia, el contraargumento sustancial debe merecer mayor atención, pues tiene poco que ver con el hecho de que los magistrados sean o no elegidos popularmente en elecciones, y que de manera periódica respondan ante el pueblo para decidir si los ratifica o no en sus cargos.

Desde finales de 1940 el concepto de democracia cambió en Occidente y se desarrolló paulatinamente con relación a los principios consignados en las Constituciones que se proclamaron en los distintos momentos de entrada al neoconstitucionalismo. El impacto sobre la función judicial fue inmediato. Después de la ruinoso debacle en que el fascismo sumió a Europa, se procuró rehabilitar el derecho mediante el establecimiento de nuevas garantías ciudadanas y compromisos entre gobernantes y gobernados para romper radicalmente con el pasado reciente. Otra respuesta fue la creación de tribunales constitucionales. Aunque no tienen la posibilidad de convertirse en los garantes súper poderosos de las democracias, como muchas veces se les concibe, en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la realización de los fines estatales, no se les puede relegar a un rol de instancia estricta de legislación negativa.¹²⁴ Se constituyen en un poder legítimo creador de derecho. La cuestión cardinal es el resguardo jurisdiccional de la democracia constitucional: qué no pueden decidir ni siquiera las mayorías y cómo deben proceder los tribunales constitucionales en casos de violación de derechos fundamentales por cuenta de la inacción o acción insuficiente del gobierno o el congreso.

El gobierno sometido al Estado democrático de derecho tiene sentido precisamente porque debe tener límites definidos la configuración política de la voluntad (más que mayoritaria) de quienes, en un contexto y en un momento determinados, detentan el poder. Aunque surge una cuestión en principio discutible sobre la necesaria prevalencia de las opiniones de los magistrados sobre las de la opinión pública, particularmente los firmantes de iniciativas legislativas, y los congresistas: la presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar se desestima no sólo porque en las democracias latinoamericanas, y la colombiana en particular, no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino porque incluso si

jueces por periodos determinados sin posibilidad de reelección y elevando a mayoría cualificada de dos tercios del congreso su selección.

¹²⁴ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel, 1987.

así fuera, el propósito de las declaraciones de derechos que se incluyeron en las Constituciones luego de la segunda posguerra fue precisamente retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la cotidianidad política. Madison sostenía que el “trono de la razón” debe estar resguardado de “pasiones mayoritarias”.¹²⁵

Un aspecto medular de la justicia constitucional es evitar cualquier tipo de discriminación. En ello radica parte esencial de la razón de existencia de un tribunal constitucional, pues en virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un estamento especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos, gobiernen en beneficio de todos, y que cualquier trato desigual está justificado jurídicamente. La sociedad como un todo puede sustentar opiniones discriminatorias, ofensivas a una minoría o pretender imponer ideologías o cosmovisiones determinadas. La democracia como forma de organización jurídico-política de los Estados cuenta con una característica importante: las decisiones colectivas son válidas en la medida en que sean adoptadas por el pueblo mediante los mecanismos de participación establecidos. En una democracia mediada por una Constitución, la legitimidad se distingue de la estricta validez. El proceso de configuración de las cuestiones políticas debe, por tanto, contar no sólo con apoyos mayoritarios, sino con la participación de todos aquellos que serán afectados, así sea potencialmente, por las decisiones. De ahí también que en los últimos años hayan recibido tanta atención concepciones normativas de la democracia, como aquella en virtud de la cual la deliberación debe mediar las decisiones que regirán en la sociedad.

Dworkin sostuvo una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente al gobierno o las mayorías que detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana.¹²⁶ Ninguna directriz política, ni ningún objetivo social pueden sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general debe estar supeditado al respeto de los derechos de todos. La legitimidad de las opiniones sustentadas en la esfera pública es dependiente de los derechos individuales. Para Rawls,

no importa cuán eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en

¹²⁵ Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist Papers*, Rossiter Clinton (ed.), Nueva York, New American Library, 1961, núm. LXXVIII, vers. cast., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

¹²⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros.¹²⁷

Sin embargo, para algunos teóricos la tensión entre derechos fundamentales y democracia no existe, porque los primeros son presupuestos por la segunda. Para otros, en cambio, existe una tensión entre derechos fundamentales y democracia, porque los derechos fundamentales limitan las posibilidades de decisión legislativa y aseguran a personas y grupos frente a la voluntad política mayoritaria.¹²⁸ Bayón ha abordado el dilema que representan los mecanismos institucionales contramayoritarios, a saber: la democracia constitucional y la objeción democrática al constitucionalismo. Sostiene que se ha tendido a subestimar la dimensión del problema y a dar por sentado que entre democracia y constitucionalismo no hay ninguna dificultad severa. Critica que para presentar la inexistencia del dilema se acude a unos pocos argumentos aparentemente muy sencillos, y de cuya solidez no parece dudarse en lo más mínimo, dentro de los cuales se encuentra que insiste en que la democracia no puede identificarse sin más con el mero procedimiento de toma de decisiones colectivas por mayoría, sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática. Presupone demasiadas cosas y muy discutibles la idea de que la democracia constitucional es una exigencia inmediata del compromiso con el ideal de los derechos. Hay una tensión inevitable entre dos aspiraciones irrenunciables e igualmente valiosas: el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos, como aquellos que aseguran la autonomía individual.¹²⁹

Una adecuada teoría de los derechos como la que ha propuesto Alexy es central para resolver el conflicto que surge por las competencias del

¹²⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 3. El planteamiento de Rawls al respecto gira en torno a la imposibilidad de fundamentar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría, ya que la justicia no está sujeta a las transacciones y el provecho de unos, así sean mayoría ni puede darse nunca en detrimento de otros, por pocos que sean.

¹²⁸ Arango, Rodolfo *Derechos, justicia constitucional y democracia*, cit.

¹²⁹ Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

Tribunal Constitucional y el Congreso,¹³⁰ así como para distanciar la relación entre la democracia y los derechos fundamentales,¹³¹ entre lo que pueden hacer las mayorías directamente o por intermedio de sus representantes, y la concepción de las normas de derecho iusfundamental como límites a la voluntad política mayoritaria. Una de las condiciones necesarias para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales tiene que ver con la debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces constitucionales y el legislador como representante de la voluntad popular. Los principales problemas de justificación del constitucionalismo surgen al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus elementos.

Al concepto “democracia” se le agregó el adjetivo relacional “constitucional” porque independientemente de las mayorías o las fuerzas políticas que quieran imponer un determinado cambio, si rebasan los principios constitucionales, que son los diques por donde debe fluir la fuerza del poder político y el cauce para impedir que la voluntad electoral se desborde, el cambio propuesto debe invalidarse así se juzgue de elitista y “antidemocrático” al Poder Judicial, que cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al Poder Legislativo.¹³²

Al partir entonces, de los principios constitucionales se edifican estándares que son, en últimas, los que permiten comprender aquello que los poderosos pueden imponer a los débiles.¹³³ La democracia constitucional se distingue de la soberanía popular y del mayoritarismo porque mientras éstas son ideas descriptivas sobre los procedimientos de toma de decisiones, aquélla es una idea normativa que se refiere a valores políticos sustantivos. La democracia constitucional es una concepción normativa de la democracia porque consagra los principios que nos permiten determinar si en circuns-

¹³⁰ Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

¹³¹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³² Alexy, Robert, “Constitutional Review as Argumentative Representation” [inédito]. vers. cast. de Leonardo García J., “Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

¹³³ En contextos de menor desigualdad en el ingreso, mejor sistema de representación política y menor diferencia entre ricos y pobres, se suele referir este punto como aquello que “las mayorías” pueden imponer a “las minorías”. En Colombia, y en general en Latinoamérica, por el contrario, las mayorías son débiles mientras que una minoría con poder es la que impone la agenda según sus intereses.

tancias específicas los procedimientos de toma de decisiones son realmente democráticos.¹³⁴

Existen instituciones a las que se le confía el fortalecimiento y la conservación de los diques; es decir, tribunales constitucionales que protegen la “integridad y supremacía de la Constitución”, tal como preceptúa respecto del caso colombiano el artículo 4o. constitucional. Por un lado, operan como un legislador negativo verificando la constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos, sobre todo de aquellos que pretenden reformar parcialmente la Constitución al modificar algunos de sus aspectos esenciales; pero su función también es positiva en sentido proactivo, pues, por otro lado desarrolla en casos concretos los postulados que en forma de provisiones y garantías iusfundamentales se reconocen como uno de los fines del Estado.

Además del reconocimiento a la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad, tales diques son, en tanto elementos esenciales para asegurar la fórmula política del Estado social y democrático de derecho, el respeto por las reglas de juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder, el sistema de frenos y contrapesos, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio. Por ejemplo, la segunda reelección que proponía el referendo declarado inexecutable por la Corte en febrero de 2010 habría alterado la arquitectura de nuestra democracia constitucional. Una segunda reelección hubiera permitido que el presidente capturara las instituciones destinadas a controlarlo. La reforma para posibilitarle a un presidente permanecer doce años en el poder, y sin realizar ningún otro tipo de ajuste institucional o cambio orgánico constitucional, hubiera puesto en peligro, por la posibilidad de cooptación, la independencia de instituciones como la junta del Banco de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, así como la Corte Constitucional, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

Aquello que ninguna mayoría puede decidir se encuentra establecido por los derechos de libertad, los cuales constituyen límites al poder.¹³⁵ De-

¹³⁴ Post, Robert, “Democracy and Equality”, *603 Annals of the American Academy of Political and Social Science* 24, 2006, vers. cast. de Martina Urbisaglia y Leonardo García J., “Democracia e igualdad”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014.

¹³⁵ Por el contrario, los sociales son derechos que corresponden a obligaciones, lo que las mayorías deben decidir; Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, t. 2, “Teoría della democrazia”. Si no lo hacen, facultan por defecto al Tribunal Constitucional para

mocracia no sólo significa en la actualidad respeto a la regla de mayorías y resguardo del derecho al voto, sino también respeto a los diques que establecen las Constituciones. Fue superada por su propia historia la idea de *demos-kratos*; es decir, el poder o gobierno del pueblo. Una democracia constitucional debe contar con mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular. El Poder Judicial resguarda el carácter indisociable de la democracia política y los derechos fundamentales. Un sistema político democrático no se establece con la mera configuración de la voluntad general a través del voto, sino que el modelo normativo de la democracia contemporánea es constitucional, porque la expresión popular está atada con un “nudo gordiano” a la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales. Ya en 1787, decía Madison que el fin del sistema constitucional es impedir que una sola facción política, que un solo partido o movimiento, se apodere del aparato institucional.

Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática.¹³⁶ Las decisiones políticas en las democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos antimayoritarias. Una democracia constitucional no es un régimen que se basa en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras a la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La tiranía mayoritaria se distingue tajantemente de la democracia basada en una Constitución.¹³⁷ La democracia, desde que se dejó de pensar sólo en la manera de configurar la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales con la posibilidad de que las distintas facciones tengan participación en la institucionalidad. La competencia electoral debe desarrollarse de forma tal que no sólo el partido en el poder pueda ganar, con la correlativa posibilidad de alternancia en el poder político.

proferir sentencias y autos con órdenes específicas hacia organismos del Estado para dotar de garantía a estos derechos.

¹³⁶ Hay una tensión entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³⁷ Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist Papers*, cit.

Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno sometido a los principios constitucionales, es porque deben establecerse límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo; es decir, de aquello que las mayorías pueden imponer a las minorías en casos concretos. Esta cuestión se halla entre los aspectos que tradicionalmente mayor resonancia han tenido en América Latina cuando se aborda aquello que, precisamente para resguardar la democracia constitucional, no pueden decidir ni siquiera las mayorías. En este sentido, hay que domprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las Constituciones expedidas desde la segunda posguerra. Una medida, por muy mayoritariamente apoyada que esté, si resulta violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo debe ser invalidada. En casi todos los casos la mayoría, o la facción minoritaria en el poder, sentirá un interés o una pasión comunes que procurará convertir en norma con validez universal. En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria.¹³⁸ Acuerdos con amplios apoyos mayoritarios pueden asfixiar una democracia constitucional tanto como un régimen dictatorial.¹³⁹

El Poder Judicial ha adquirido la preeminencia de la que antes carecía, porque la Constitución, y en concreto los derechos, han adquirido una preeminencia en el lenguaje jurídico y en la configuración de la acción política. En una democracia constitucional se privilegia la soberanía popular representada en una Constitución respecto de las decisiones políticas provenientes de los poderes legislativos. Al contrario de que pudiera pensarse en un primer momento, y tal como precisó Ferrajoli,

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales.¹⁴⁰

¹³⁸ Para uno de los trabajos pioneros sobre el tema véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.

¹³⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, *cit.*, parte cuarta.

¹⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 203.

VI. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL FRENTE A LA PROBLEMÁTICA POR SU REFORMA/SUSTITUCIÓN

En una Constitución, la rigidez puede ser material-sustancial o formal. Conforme a la primera, una Constitución se expande culturalmente en la sociedad, de modo que se incorpora de forma paulatina a la práctica política, social y económica, así como en general a todos los ámbitos que componen la vida de una comunidad. En virtud de la rigidez formal, una Constitución en tanto norma fundamental debe ser escrita y disponer de un procedimiento riguroso, complejo y extenso para su reforma respecto del diseñado para la creación o modificación de las leyes, bien sea estableciendo más etapas durante su trámite parlamentario o requiriendo mayorías especiales para su aprobación; un procedimiento agravado.

Para determinar el grado de rigidez de una Constitución en un contexto determinado desde el punto de vista formal, Ferreres¹⁴¹ plantea como factores determinantes: el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la constitución, el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma y si se exige o no la participación del pueblo —bien sea directa (mediante referendo) o indirectamente (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma)—. Dentro de los objetivos que persiguen estos factores se destaca la amplitud deliberativa de las reformas, pues resulta directamente proporcional con la exigencia por mayores instituciones concurrentes con su consentimiento, por más etapas en su procedimiento de formación o por mayorías calificadas que impidan que bancadas mayoritarias impongan las reformas sin necesidad de lograr consensos.

Ante la evolución del nuevo constitucionalismo colombiano, y considerando que en una democracia constitucional mediada por un contexto de profunda desigualdad y déficit masivo en la realización de derechos, el Poder Judicial debe desempeñar un papel proactivo más allá de la mera verificación formal de la constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos. En este contexto, pueden surgir varios problemas relacionados, bien con el diseño orgánico de la Constitución y sus consecuencias para la efectividad de la parte dogmática, o bien con la presunta vulneración de competencias al controlar materialmente la constitucionalidad de los actos legislativos cuando el cambio recae sobre un aspecto esencial de la Constitución.

¹⁴¹ Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

Para concluir este capítulo se analizarán brevemente dos de esos problemas: primero el desafortunado tránsito de una Constitución pétrea (1886) a una Constitución maleable (1991), toda vez que lo deseable es contar con una Constitución rígida, porque una Constitución maleable ha derivado en un constitucionalismo volátil; y segundo, la facultad conferida a la Corte Constitucional para analizar la exequibilidad de una reforma a la Constitución, a partir de la problemática que surge porque si bien la propia Constitución sólo le asigna el poder de revisión formal por vicios en el procedimiento de su formación, la Corte ha construido una doctrina para fundamentar la necesidad de examinar el contenido material y, así, determinar si la disposición es reformada por otra nueva que le sustituye en un aspecto esencial.

1. *Constitución maleable y constitucionalismo volátil*

En lugar de discutir jurídicamente sobre los grados de alteración que por las reformas constituciones hasta hoy aprobadas ha sufrido la Constitución colombiana, es pertinente articular un asunto polémico de naturaleza política, que ha recibido buena atención de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, tanto trasnacional como local. Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en 1992 ha sido particularmente manida la “objección contramayoritaria al Poder Judicial”. La jurisdicción constitucional ha recibido constantes críticas y ataques desde diversos sectores cuando profiere sentencias ambiciosas en sus efectos. La cuestión tiene que ver, más que con una vulneración de competencias o con la falta de legitimidad constitucional, con lo que se espera de las instituciones públicas en una genuina democracia, que ya no es solo la representación popular, sino la garantía, al tiempo y, sobre todo, de principios constitucionales. ¿Cuál es el rol debido que los tribunales constitucionales le deben prestar a la ciudadanía? ¿Resulta en dicho examen relevante la consideración de que sus magistrados no son elegidos sino nombrados? ¿En qué institución del poder público radica la sede de la voluntad general? ¿Cuáles restricciones, si es que hay algunas, son admisibles en la configuración de la voluntad general en una democracia constitucional?

El equipo promotor del referendo para permitir una segunda reelección presidencial contraargumentó ante el cargo de inconstitucionalidad, diciendo que el pueblo puede tomar las decisiones fundamentales en una democracia; es decir, que puede manifestarse sobre cualquier asunto esencial en una sociedad en un momento determinado. Algunos de sus eslóganes expresaban: “Tenemos derecho a decidir”, y “En 333 mil hojas está

consignado el derecho de todos”. Dijeron, cual funcionario público en la Alemania nazi, que el pueblo en la toma de decisiones puede configurar su soberana voluntad de cualquier forma, independientemente del contenido de la medida. Uribe Vélez le espetó al senador Héctor Elí Rojas por RCN radio: “¿Para qué artificios jurídicos? Dejen que el pueblo decida”; frase que fue recogida por José Obdulio Gaviria en el título de su libro de 2006, *Reelección: que el pueblo decida*. La noción formal o procedimental de la democracia, defendida entre otros por Kelsen,¹⁴² presupone una condición necesaria, pero insuficiente para hablar de una verdadera democracia en la actualidad.

Un criterio precario que adoptó la Corte Constitucional para distinguir entre Constituciones flexibles y rígidas,¹⁴³ es que las primeras consagran una forma para su modificación igual a la establecida para el trámite de leyes ordinarias, “y, por tanto, no existe superioridad de la Constitución sobre la ley”, mientras que las segundas consagran un procedimiento para su reforma distinto al de las leyes. A partir de este criterio se define a la Constitución colombiana como rígida. De igual forma, intervinientes en la sentencia C-355 de 2003, que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley que convocaba al referendo “contra la corrupción y la politiquería” del primer gobierno Uribe, sostuvieron respecto del criterio de reformabilidad, que la Constitución colombiana puede concebirse como “rígida” debido al “complejo procedimiento establecido en el título XIII para reformarla”.

Soy de la opinión contraria. Según el criterio de reformabilidad, una Constitución no debe ser pétreo ni maleable, sino rígida; es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma, pero al tiempo existir varios canales o mecanismos para realizar el proceso. A partir de la importancia que se le ha atribuido a la rigidez constitucional en la actualidad¹⁴⁴ este punto de la arquitectura constitucional en Colombia, del diseño orgánico de su Cons-

¹⁴² Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García J., en Montoya, Mario (ed.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

¹⁴³ Sentencia C-543 de 1998.

¹⁴⁴ Guastini distingue entre la constitucionalización como fenómeno y aspectos relativos a la Constitución (como la rigidez, la garantía jurisdiccional, la fuerza vinculante y la interpretación extensiva) que serían epifenómenos o condiciones de posibilidad del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara, 3a. ed., 2007, pp. 153 y ss. Abordo estas tesis como principales e independientes en lugar que subsidiarias del proceso de constitucionalización. La tesis neoconstitucional de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico es la única que resulta necesaria para el proceso de constitucionalización del derecho.

titudin, puede criticarse porque estableció requisitos débiles para aprobar una reforma.

Desde los textos fundacionales del constitucionalismo luego de su nacimiento en la Revolución francesa (1789) y la guerra de independencia estadounidense (1776),¹⁴⁵ la perdurabilidad fue, conjuntamente con la superioridad como norma del sistema, uno de los principales cometidos de la iniciativa por un sistema constitucional. Debe ser un procedimiento particularmente distinto respecto del trámite legislativo ordinario. En teoría constitucional se denominan procedimientos rígidos, porque son distintos en la medida en que la aprobación de la iniciativa reviste de mayor complejidad respecto de aquella que regula el procedimiento legislativo ordinario. La rigidez de las Constituciones es una forma para propender por la garantía de su supremacía, ya que se las aleja en algún grado significativo de las coyunturas políticas y de los acuerdos entre Legislativo y Ejecutivo para aprobar reformas. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.¹⁴⁶ La rigidez ha sido defendida como un presupuesto para la efectiva constitucionalización del derecho.¹⁴⁷

Jon Elster observó que la Constitución colombiana tiene requisitos relativamente débiles para aprobar una reforma constitucional, pues se hace

¹⁴⁵ Dentro de los acontecimientos más importantes del mundo moderno, y en concreto desde el punto de vista político, se encuentran la Guerra de Independencia estadounidense de 1776 y la Revolución francesa de 1789. Brewer identifica sus siete principales aportes que fijaron el rumbo del constitucionalismo latinoamericano: (1) La existencia de la Constitución escrita, patente en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 y la Constitución Federal de 1787, (2) la idea de colocar al pueblo como el origen y fundamento de la organización constitucional del Estado, (3) el reconocimiento y declaración formal de un catálogo de derechos, (4) el principio de la separación de poderes, que se formuló “en primer lugar, en la Revolución norteamericana, razón por la cual la estructura constitucional de los Estados Unidos, en 1787, se montó sobre la base de la separación orgánica de poderes”, (5) esos dos procesos constitucionales dieron lugar a los dos sistemas de gobierno dominantes, el presidencialismo, heredado de la experiencia norteamericana, y el parlamentarismo, dominante en Europa, (6) la idea de un Poder Judicial independiente, separado del monarca y que actuara en nombre de la Nación, que en el caso norteamericano daría lugar al control constitucional judicial, (7) y la organización territorial del Estado, con la forma federal diseñada por los norteamericanos y el municipalismo propio de la Revolución francesa. Véase Brewer, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la Revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

¹⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91 y 92.

¹⁴⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*

por mayoría simple en cada Cámara, mientras que en la mayoría de países se necesita una supermayoría, por lo general de dos tercios de los congresistas, que se establece para ponerle controles legítimos a la voluntad de la mayoría popular.¹⁴⁸ En la práctica se observan los resultados de la falta de rigidez: en veinte años de vigencia de la Constitución se le han realizado 33 reformas.¹⁴⁹ Resulta además más difícil aprobar una ley de amnistía que una reforma constitucional. Dice la norma constitucional que por medio de las leyes el Congreso puede conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara.¹⁵⁰ Mientras que “El trámite del proyecto (de acto legislativo) tendrá lugar en dos períodos 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” (artículo 375, 2o. inciso). Para la ley se exige votación de dos tercios, mientras que para la reforma constitucional, mayoría simple. Surge el cuestionamiento acerca de si un gobierno, incapaz de reunir las mayorías para aprobar una ley de amnistía, puede cambiar en la Constitución la cláusula de aprobación de dicha ley reduciendo la mayoría de dos tercios a simple, para aprobar posteriormente dicha ley.

Una de las razones que explica la falta de rigidez de la Constitución, es que los constituyentes quisieron que el espíritu de participación extendida y el principio de ampliación e inclusión democráticas, sin duda dos de los elementos paradigmáticos del cambio constitucional, también estuvieran reflejados en la posibilidad de que hubiera un acceso relativamente amplio a la configuración del texto fundamental. Ello para evitar un estancamiento institucional como al que condujo el sistema de la Constitución regeneracionista de 1886. Antes el sistema constitucional era no rígido, sino pétreo, en la medida en que el Congreso era el único órgano que tenía la competencia para acometer procesos de reforma. Conforme a la exposición de motivos de la ponencia para debate en la comisión primera de la Asamblea, hubo consenso entre los delegados en considerar necesario complementar el

¹⁴⁸ Reportaje publicado en *Semana.com*, junio 23 de 2009 (4-6-09). Observación reiterada en su intervención en el seminario *Diálogos con el mundo en los 20 años de la Constitución Política de 1991* (Bogotá, octubre de 2011) y recogida en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado, 2013, pp. 111 y ss.

¹⁴⁹ Tres de las cuales la Corte ha declarado inconstitucionales. Todas las reformas se tramitaron por vía legislativa, menos una, que fue por referendo constitucional.

¹⁵⁰ Constitución Política, artículo 150, núm. 17.

mecanismo de reforma constitucional con mecanismos que permitan mayor participación democrática en dicho procedimiento.¹⁵¹

Podría discutirse si se logró o no encontrar el equilibrio que pretendió la Asamblea entre la permanencia que deben tener las normas constitucionales y la importancia de permitir los ajustes que respondan a las condiciones cambiantes de los tiempos.¹⁵² El equilibrio se pretendió fijar entre la necesidad de complejizar los procedimientos de reforma o, como concibe Habermas, en defender normativamente una idea de constitución como un proceso abierto, en permanente construcción.¹⁵³ La apuesta de la Constitución fue por mayor democracia vía ampliación de las oportunidades de participación social en la configuración del sistema constitucional. Este cambio procuraba dotarlo de mayor legitimidad, toda vez que permitiría reconocerse a todos los ciudadanos como partes de un mismo sistema, al contar efectivamente con dispositivos para participar en su configuración normativa. Pero de un sistema petrificado se pasó a uno volátil, por encima de la deseable rigidez, ya que la Constitución de 1991 ha probado tener pocas garantías para restringir la posibilidad de reformarse.

Uno de los ajustes imperativos que se le debería realizar a la Constitución es el relativo a sus propios procedimientos de reforma, pues los establecidos en el título XIII son débiles, comparativamente, por un lado, con el trámite de las leyes ordinarias, y por otro, con experiencias de países como Estados Unidos, Alemania y España. Se han mostrado insuficientes para impedir cambios inadecuados. La reforma se puede realizar mediante Asamblea Constituyente, el pueblo a través de referendo (mayoría simple y el número total de votantes debe superar la cuarta parte del censo electoral) y el Congreso por acto legislativo por mayoría simple (después de tramitar ocho debates en dos períodos ordinarios consecutivos).

Una Constitución maleable como la de 1991, porque no tiene cláusulas pétreas y por su falta de rigidez, debido a sus propios procedimientos de reforma, ha conducido a configurar un constitucionalismo volátil. De todas formas la Constitución, a pesar de las reformas que ha tenido y reconociendo que algunas han resultado particularmente perjudiciales, no ha perdido vigencia. Su espíritu sigue intacto. Había consagrado, por ejemplo (artículo 261), que ningún cargo de elección popular tendría suplente, pero el acto

¹⁵¹ Para permitir que se estableciera la Constitución como tal, constituyentes dentro de los que se encontraba Juan Carlos Esguerra, propusieron fijar un periodo de intangibilidad para la nueva Constitución de ocho años, lo cual finalmente no fue aprobado.

¹⁵² *Gaceta Constitucional*, núm. 52. Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pp. 9 y 10.

¹⁵³ Habermas, Jürgen, "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional", *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

legislativo 03 de 1993 lo modificó al restablecer las suplencias. Aunque esta reforma resultó desafortunada, porque bien podría haber contribuido a restringir la injerencia ilícita en política, no implicó una sustitución de la Constitución. El acto legislativo 02 de 2004 permitió la reelección presidencial inmediata, y aconteció durante el segundo mandato de Uribe una concentración de poder como se demostró en la investigación *Mayorías sin democracia*.¹⁵⁴ De todas formas, a pesar de algunos efectos institucionales desafortunados que implicó la reelección, no puede hablarse de una reforma radical ni de un cambio en un elemento de la Constitución que le confiera su identidad.¹⁵⁵

Ejemplos de rigidez se encuentran en la Constitución estadounidense, la más antigua aún vigente luego de cerca de 225 años desde su promulgación, y sólo ha tenido 27 reformas, denominadas enmiendas. Para introducirle alguna reforma se requiere no sólo el voto favorable de las dos terceras partes de la cámara y el Senado, sino también la aprobación de la cuarta parte de los estados. Con la negativa de tan sólo trece estados que conforman menos del 6% de la población, se impide la reforma constitucional. Esta cuestión se ilustra con breve mención a la historia de su última enmienda, conforme a la cual ninguna ley que modifique la remuneración de los congresistas surtirá efectos hasta después de que se haya realizado una nueva elección.¹⁵⁶ Dicha enmienda se aprobó durante el gobierno Clinton en 1992, no obstante haber sido redactada por James Madison y presentada

¹⁵⁴ García Villegas, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo (eds.), *Mayorías sin democracia*, Bogotá, Dejusticia, 2009.

¹⁵⁵ En homenaje que el Partido Liberal rindió a César Gaviria por los veinte años de la Constitución (Bogotá, 21 de junio de 2011), tanto Gaviria como Horacio Serpa, expresidente de la Asamblea, sostuvieron que la reelección ha sido la reforma más grave realizada a la Constitución. Después de revisar las reformas al texto constitucional y analizar algunos de sus principales efectos, considero que sólo ha habido una modificación al texto de 1991 que verdaderamente le afectó un nervio neurálgico, con el correlativo impacto estructural. Me refiero a la reforma al Sistema Nacional de Participación (que antes se denominaba Distribución del Presupuesto General de la Nación, mediante el situado fiscal. El A. L. 01 de 2001 eliminó el situado fiscal y dio paso al sistema general de participaciones, extendiendo lo preceptuado en el A. L. 4 de 2007). Dicha reforma se realizó en tres actos legislativos que modificaron los criterios para distribuir recursos de la nación a las entidades territoriales (1995) y restringieron el monto del crecimiento del sistema general de participaciones destinado para gastos generales en las entidades territoriales (2001). La modificación de dos artículos del capítulo IV constitucional que trata “De la distribución de recursos y de las competencias”. El artículo 356 fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2001 y luego por el Acto Legislativo 4 de 2007, y el artículo 357 fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 1995 y luego por el Acto Legislativo 4 de 2007. Se trata de la parte más intervenida de la Constitución.

¹⁵⁶ Enmienda XXVII. “No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened”.

como parte del *Bill of Rights* (entonces artículo 2o., que fue ratificado sólo por seis de catorce estados de la mayoría mínima exigida de tres cuartos de los estados necesaria para su ratificación) el 25 de septiembre de 1789. Es decir, mientras que aquí se habla de “cambiar articulitos”, como expresó el entonces alto asesor presidencial, Fabio Echeverri, respecto del cambio para permitir la reelección, en Estados Unidos la última propuesta de reforma constitucional tardó más de doscientos años en materializarse.¹⁵⁷

La Constitución de Alemania establece en su artículo 79 una exigencia a su propia reforma, consistente en la aprobación por parte de dos tercios en cada cámara. Introduce, además, para reforzar su rigidez, cláusulas pétreas, conforme a las cuales no se puede realizar ninguna modificación a la forma de organización de la Federación, al principio de la participación de los estados en la legislación, al artículo 1 (derecho a la dignidad humana y vinculación de las tres ramas del poder público a los derechos fundamentales) ni al artículo 20 (fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia). Ha sido modificada 54 veces desde 1949.¹⁵⁸

En España, la Constitución consagra en el título X (artículos 166-169) sus dos procedimientos de reforma. Uno es el procedimiento ordinario de reforma descrito en el artículo 167, que señala el deber de que los proyectos de reforma deban ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada

¹⁵⁷ El hecho de que la Constitución estadounidense sea la más difícil de modificar respecto de todas las Constituciones vigentes en el mundo también ha suscitado críticas. A pesar de la reverencia que históricamente se le ha tributado, Sanford Levinson ha publicado un desafiante, pero bien fundado libro, en el cual argumenta sobre la necesidad de reformar la Constitución. Además de la dificultad de reformabilidad, Levinson objeta que la Constitución permita declarar presidente al candidato que no necesariamente haya obtenido la mayoría de los votos en la respectiva elección, lo cual sucede por otra de las razones que ameritan a su juicio críticas, y es la manera de conformar el Colegio Electoral con 538 compromisarios que provienen de los cincuenta estados, más el distrito de Columbia, pero cuyo sistema de repartición no tiene en cuenta la población de cada Estado, y por eso, por ejemplo, otorga a California el mismo número de compromisarios que a Wyoming a pesar de que tiene setenta veces su población. La Constitución además faculta al presidente para anular leyes con las cuales discrepa a partir de fundamentos políticos. Véase Levinson, Sanford, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 2006, vers. cast. de Juan González Bertomeu, *Nuestra Constitución antidemocrática. En qué se equivoca la Constitución*, Barcelona, Marcial Pons, 2012.

¹⁵⁸ Otras Constituciones que consagran cláusulas de intangibilidad son la de Brasil, de 1988, que en su artículo 60 dispone que “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: i. La forma federal del Estado; ii. El voto directo, secreto, universal y periódico; iii. La separación de poderes; Los derechos y garantías individuales”. Las Constituciones de Francia, República Dominicana e Italia prohíben cualquier cambio que altere la forma republicana de gobierno. La de Estados Unidos prohíbe eliminar el principio de igual representación de los estados miembros en el Senado.

una de las cámaras. El otro, extraordinario, por cuanto regula la revisión total de la Constitución o una que afecte al título preliminar, al capítulo II, sección I del título I, o al título II, obliga a que tal reforma deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de cada Cámara, las cuales deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras; si se aprueba la reforma por las Cortes Generales, tendrá que ser ratificada mediante referendo (artículo 168).

En principio, cualquier artículo de la Constitución se puede reformar por la voluntad general expresada en las urnas mediante referendo o a partir de la voluntad política de los congresistas con un acto legislativo, pero si se trata de un artículo de cardinal importancia porque se demuestra que su reforma implica que la Constitución de 1991 se cambia por otra, que deja de existir tal como es, el encargado de hacer esa reforma sería por cuestión de competencia el pueblo mediante asamblea constituyente.

2. Posibilidad de reforma, imposibilidad de sustitución

Desde recién promulgada la Constitución de 1991 empezó un proceso de reforma, que en lugar de desarrollar algunas disposiciones y extender por esta vía su densidad normativa material ha ido en desmedro de cuestiones como la descentralización y el sistema de frenos y contrapesos. Se han modificado sobre todo aspectos orgánicos, como la eliminación de la Comisión Nacional de Televisión, la posibilidad de extraditar a nacionales colombianos, el régimen pensional, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el cambio del sistema penal y la reelección presidencial inmediata. Sin excepción, todos los gobiernos, desde el mismo que la promulgó, han impulsado reformas constitucionales totalizando hasta hoy 38.¹⁵⁹

Ahora bien, de la falta de rigidez y de la inexistencia de cláusulas pétreas en la Constitución colombiana no se deriva que todo pueda ser reformado, que se puede cambiar alguna aparte de la Constitución que implique una sustitución por otra Constitución diferente, lo cual desnaturalizaría el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder.¹⁶⁰ Esta cuestión conduce al segundo problema. La falta de

¹⁵⁹ Así: César Gaviria (1990-1994) tres reformas, Ernesto Samper (1994-1998) cuatro reformas, Andrés Pastrana (1998-2002) siete reformas, Álvaro Uribe (2002-2006 / 2006-2010) ocho reformas y luego siete, y Juan Manuel Santos (2010-2014) nueve reformas.

¹⁶⁰ Sentencia C-551 de 2003. En esta sentencia se ejerció por primera vez un control de constitucionalidad de una ley convocatoria a un referendo constitucional.

competencia que tendría el Congreso para realizar ciertas reformas tiene fundamento en el artículo 241,1 constitucional, así como en el artículo 374, que diferencian entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado en cabeza del Congreso, que tiene límites jurídicos en su actividad legislativa, tales como los procedimientos y los asuntos que puede reformar de la Constitución. El poder constituyente derivado no puede sustituir la Constitución, porque así se arrogaría funciones propias del poder constituyente originario.

El poder de reforma constitucional es un poder constituido; es decir, derivado, porque su origen, funciones y límites están dados por la Constitución. Por esta razón, tiene una serie de límites en su capacidad de actuación. La implicación de reconocer lo contrario sería que los poderes constituido y constituyente tienen la misma jerarquía y, por tanto, las mismas competencias, por ejemplo, en lo que se refiere a las posibilidades de reforma. El poder constituido es un poder de revisión que no puede sobrepasar lo estatuido por el poder constituido. El poder de reforma siempre estará subordinado a lo dispuesto por el constituyente en la Constitución.

Una pregunta sobre la que no hay jurisprudencial ni doctrinariamente respuesta mayoritaria es si la Corte tiene poder, si su competencia le permite controlar las reformas materiales a la Constitución por parte del Congreso. El propio texto en las disposiciones consagradas en sus artículos 241 y 379 otorga una respuesta afirmativa, pero si se entiende exclusivamente desde un poder de control formal por vicios de procedimiento. Es decir, si durante el trámite de formación parlamentario del acto legislativo, por ejemplo, se convocaron a sesiones extra sin la debida convocatoria a las mismas a los miembros de la comisión o si se realizaron votaciones sin el quórum requerido.

La Corte en repetidas ocasiones se ha abstenido de pronunciarse respecto de la presunta inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución, por carecer de competencia tratándose de consideraciones que configuran cargos de fondo contra la norma demandada.¹⁶¹ Por razones formales puede declarar inconstitucional un acto reformativo. De hecho, en la sentencia C-543 de 1998 enfatizó que en el examen constitucional de un acto legislativo no es de su competencia considerar la materia del mismo.¹⁶² Su función está orientada a la defensa de la Constitución, al establecer, mediante un riguroso estudio, si la forma en que se tramitó, discutió y aprobó atendió a las prescripciones constitucionales y reglamentarias. Ha declarado en este

¹⁶¹ Así por ejemplo, en la C-487 de 2002 que abordó la constitucionalidad de una norma del Acto Legislativo núm. 1 de 2001, sobre el Sistema General de Participaciones.

¹⁶² Artículos. 241-1 y 379 constitucionales.

sentido inexecutable por vicios procedimentales cuando desde el Congreso se presenta un proyecto de ley que contiene materias reservadas al Ejecutivo. En 1999 se pretendió transformar el Instituto Materno Infantil de la Costa Caribe en Empresa Social del Estado (ESE), pero a juicio de la Corte las disposiciones mediante las cuales se crea, suprime o modifica una entidad del orden nacional, que incidan en la estructura de la administración nacional, no se encuentran dentro de aquellas que pueden ser objeto de proyecto presentado por iniciativa del Congreso.¹⁶³

Desde el artículo 374 constitucional en adelante se instituyen las posibilidades de modificar la Constitución y se establecen unos procedimientos para su reforma. Se trata del acto legislativo, el referendo y la Asamblea Constituyente. Por las dos primeras se tiene la potestad de reforma de la Constitución. Es decir, que el pueblo, mediante referendo, y el Congreso tienen la competencia para reformar parcialmente la Constitución. Sólo a partir de un 30% del electorado que se manifieste con voto favorable, una asamblea constituyente puede tomar decisiones esenciales que comporten una posible sustitución de la Constitución vigente.

Quienes fundamentan en esta normativa la falta de competencia de la Corte para examinar materialmente la constitucionalidad de un acto respecto de su contenido no realizan una interpretación sistemática de la Constitución. No hay discusión alguna acerca de los controles que la Corte debe realizar al cumplimiento de los límites procedimentales; es decir, formales, al poder de reforma. La discusión surge ante la posición de la Corte sobre las restricciones al poder de reforma, pues además de este tipo de límites formales, el poder de reforma tiene en algunos casos límites competenciales. El juicio de sustitución constitucional, planteado en la sentencia C-970 de 2004, procura fundamentar que la Corte es competente para ejercer también un control material del acto reformativo de la Constitución; es decir, un control sobre su contenido, en ciertos casos.

La competencia para la revisión material se deriva de la competencia para la revisión formal, pues el poder que constitucionalmente se le otorga a la Corte para controlar la constitucionalidad del acto también comporta un poder para controlar que quien lo haya realizado sea efectivamente competente para hacerlo. De aquí se deriva la distinción entre reforma y sustitución. El Congreso, en efecto, puede reformar la Constitución como cuando, por ejemplo, eliminó el estatus constitucional de la Comisión Nacional de Televisión, o si eventualmente decide eliminar la figura de la vicepresidencia de la República. Pero si dicha reforma implica un cambio en

¹⁶³ Sentencia C-947 de 1999.

la Constitución que la transforma en otra, el Congreso no tiene la competencia para hacerlo, pues sólo lo podría hacer el pueblo mediante asamblea constituyente. La competencia del Congreso para cambiar la Constitución hace referencia a la Constitución vigente, por lo que la Corte debe verificar el tipo del acto; es decir su contenido, para determinar si con el cambio opera una sustitución de esa Constitución por otra. Sólo examinando el contenido del acto la Corte puede determinar si la Constitución se ha modificado en un aspecto no medular, o si por el contrario se ha sustituido porque la modificación radica sobre uno de sus elementos esenciales. La Corte entonces es competente para controlar que el Congreso haya modificado, mas no sustituido, la Constitución.

Cuando el artículo 374 preceptúa que “la Constitución podrá ser reformada...” quiere decir sin mayor discusión hermenéutica, que como se hace referencia a la Constitución Política de 1991 lo que se autoriza es una reforma a esa Constitución vigente, rechazando en consecuencia la posibilidad de una reforma tal que implique que deje de ser esa misma Constitución.¹⁶⁴ El estatuto antiterrorista del primer gobierno Uribe establecía no sólo excepciones a los derechos fundamentales, sino también la prolongación de la excepción mediante un mecanismo más flexible que una ley ordinaria, con lo cual el Congreso estaba sustituyendo un elemento esencial de la Constitución, como es el principio de supremacía constitucional. No es nuevo reconocer que existen límites implícitos al poder de reforma constitucional, los cuales tendrían que ver precisamente con los derechos fundamentales.¹⁶⁵ Pedro de Vega divide los límites implícitos en formales y materiales. Los primeros vienen dados por las mismas normas que regulan el procedimiento de reforma constitucional. Los segundos deben ser fundamentados y desarrollados a partir de los valores y los supuestos políticos en los que se inspira y se estructura el modelo de Estado constitucional.¹⁶⁶

El poder de reforma tiene varias características: es derivado e instituido, por lo que está sujeto a controles, y es limitado en razón a que la mis-

¹⁶⁴ La Corte recuerda que otros sistemas que admiten reforma total y establecen procedimientos especiales para tal fin; se trata de la Constitución española de 1978, la Constitución francesa de 1848, la Constitución de Suiza, la Constitución argentina de 1853 o la Constitución de venezolana vigente.

¹⁶⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 192.

¹⁶⁶ Vega, Pedro de, “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, en Carbonell, Miguel y Valadés, Diego (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, 2006. Su obra referencia en el tema, es Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Técno, 1985.

ma Constitución lo regula mediante el establecimiento de condiciones de posibilidad de dicha reforma. Además de procedimental, tales condiciones tienen que ver sobre todo con asuntos de competencia. El artículo 241 (“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”) en su numeral segundo asigna a la Corte la función de decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

En la sentencia C-551 de 2003, si bien se descartó el análisis del contenido de los actos reformativos, se amplió el ámbito de control de los vicios formales, a los vicios por competencia. La Corte ha entendido, sin variación jurisprudencial hasta ahora, que el procedimiento comporta tanto la forma como la competencia; es decir, que el análisis de los vicios de procedimiento incluye el análisis del presupuesto de la forma, que no es otra cosa que la competencia. Sin que la Corte se arrogue poder alguno de revisión sustantiva del acto reformativo, como el poder de reforma es un poder constituido tiene límites materiales que radican en la competencia del órgano que realiza la reforma, y ello sí debe estar sujeto a control. El poder de revisión trasciende entonces el procedimiento para analizar la constitucionalidad del contenido respecto de la competencia del órgano reformador.

Según el fundamento 21 de la sentencia, un vicio de competencia

se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos... El procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo.

En la sentencia que permitió la reelección presidencial, C-1040 de 2005, se ratificó el control de los actos reformativos de la Constitución y la subsecuente posibilidad de declararlos inexecutable, cuando el poder de reforma excede su competencia y sustituye la Constitución.¹⁶⁷ El poder de reforma es

¹⁶⁷ No se encontró que la reelección presidencial inmediata interviniera sobre algún elemento esencial de la Constitución, por lo que no la sustituía por una opuesta o integralmente diferente, debido a que las modificaciones introducidas no alteran la existencia del Estado social de derecho, la forma de república unitaria descentralizada, la autonomía de sus entidades territoriales ni restringía su carácter democrático, participativo y pluralista. Se declaró entonces constitucional. Adicionalmente, no se le atribuían nuevos poderes al presidente, era por una sola vez —lo cual no alteraba el sistema de frenos y contrapesos institucionales— y

amplio, pero precisa la Corte que no es la importancia ni las implicaciones de una reforma lo que determina si supone una sustitución. Enfatizó la Corte que la sustitución constitucional se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente.

En una Constitución como la colombiana, y en general las latinoamericanas, la discusión tiene entonces poco o nada que ver con la objeción contramayoritaria. Quién define, y sobre todo cómo, aquellos elementos que son esenciales de la Constitución. Lo anterior se agrava, digamos, porque la Constitución no limita expresamente el poder de reforma. Aquí radica entonces un problema relativo a la fundamentación. El problema de la doctrina de la sustitución, incluso más que la presunta vulneración de las competencias constitucionales por parte de la Corte, radica en la práctica en la manera correcta de determinar cuáles son los elementos esenciales de la Constitución o, como ha dicho la Corte, los “elementos que le confieren la identidad”.¹⁶⁸ La pregunta compleja no es entonces si hay competencia o no, sino qué es aquello considerado esencial en la Constitución y qué no.

Luego de establecer el juicio de sustitución en la sentencia C-551 de 2003, y reiterarlo en las sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, la Corte ideó un test para evaluar la constitucionalidad de un acto legislativo que presuntamente configura una sustitución de la Constitución por lo que, en consecuencia, acacería un vicio de competencia en el ejercicio de la potestad del Congreso para reformar la Constitución vigente. El test, planteado en la sentencia C-1040 de 2005,¹⁶⁹ consta de siete pasos: se debe (1) identificar el elemento esencial presuntamente reemplazado, (2) demostrar que tal elemento subyace a varias disposiciones constitucionales, (3) explicar por qué el elemento identificado es esencial, (4) demostrar que el contenido de tal elemento no puede ser abarcado por una sola disposición constitucional, (5) demostrar que identificar al elemento como esencial no comporta una petrificación de ninguna disposición constitucional, (6) evidenciar que el elemento esencial ha sido reemplazado por otro y (7) evidenciar que el nuevo elemento contradice al elemento esencial o guarda tantas diferencias con él que resulta incompatible con otros elementos esenciales de la Constitución.

estaba acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña con los otros candidatos.

¹⁶⁸ Sentencia C-243 de 2012.

¹⁶⁹ En esta sentencia la Corte también cambió el concepto “elemento definitorio de la identidad de la Constitución” por “elemento esencial”.

En todo caso, la facultad de la Corte para realizar un juicio de sustitución y determinar si el Congreso excedió o no su competencia de reformar la Constitución se debe concentrar en este aspecto competencial en lugar de trascender a uno que implique realizar un control material de la reforma. En la sentencia C-1200 de 2003 aplicó a los actos legislativos la doctrina establecida en la sentencia C-551 de 2003 sobre el referendo reformativo y señaló la importancia de diferenciar entre el juicio de sustitución, el juicio de intangibilidad y el juicio de violación de un contenido material de la Constitución. En la sentencia C-1200 de 2003 diferenció entonces nuevamente entre Poder Constituyente y Poder de Reforma o Derivado, reiterando que el segundo no puede asumir las tareas del primero, ni pueden equipararse, y que el poder de reforma no está autorizado para sustituir o suprimir la Constitución. Sostuvo que asimismo que cuando el juez constitucional sospecha sobre un vicio competencial debe verificar que la Constitución no fue sustituida por otra a través de la reforma.

Para la doctrina de la sustitución constitucional, la sentencia C-1200 de 2003 tiene particular interés, porque la Corte acoge y amplía sus supuestos analíticos. Introduce la diferencia entre intangibilidad y la prohibición de sustitución o insustituibilidad. La primera impide afectar el núcleo de un principio fundamental, o en un sentido más amplio, afectar a uno de los principios definitorios de la Constitución. La segunda “impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue reemplazada por otra, so pretexto de reformarla”.

En un salvamento y aclaración de voto a la sentencia C-816 de 2004, Manuel José Cepeda precisó dos formas para diferenciar entre el juicio de sustitución y otros en los que no tiene competencia la Corte. El primero es el método del juicio de sustitución, pues exige que la Corte diga cuál elemento esencial de la Constitución fue reemplazado por otro integralmente distinto, lo cual no sólo comporta la obligación de señalar expresamente un elemento normativo del texto, sino también argumentar cuáles son sus especificidades en la Constitución y por qué entonces se trata de uno de sus elementos esenciales. Luego, hay que definir si ese elemento identificado es irreductible a un artículo constitucional para evitar que la Corte lo convierta en una cláusula pétrea. Si la enunciación de dicho elemento esencial no implica que se erige un límite material intangible al poder de reforma, se evita que el juicio derive en un control material de intangibilidad. La segunda forma para diferenciar el juicio de sustitución es que su resultado debe poder conducir a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro integralmente diferente, no es posible armonizar la

reforma constitucional con el resto de normas que no fueron modificadas por ella, y que reflejan aspectos claves de lo insustituible.

La doctrina de la sustitución se ha empleado en las siguientes ocasiones: en el examen a la constitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004, donde la Corte sostuvo que la reforma para permitir una reelección presidencial no era constitutiva de sustitución a la Constitución, pero sí lo era la facultad otorgada al Consejo de Estado para expedir, en caso de que el Congreso no lo hiciera, una regulación que protegiera la igualdad de derechos para todos los candidatos presidenciales (ley de garantías electorales);¹⁷⁰ el elemento esencial sustituido era el principio de la división de poderes, y el fundamento fue que se le otorgaba la competencia de dictar leyes a un órgano judicial. Una reforma posterior, incluida en el Acto Legislativo 1 de 2008, sustituía dos elementos esenciales: el principio de igualdad y el principio del mérito como única condición para acceder a los cargos de la carrera administrativa,¹⁷¹ por lo que fue declarada inconstitucional la reforma que incluía automáticamente en la carrera administrativa a varios funcionarios públicos nombrados en provisionalidad quienes iban a obtener un nombramiento permanente sin tener que presentar examen de méritos, exigido para cualquier persona que se presenta un concurso de méritos para prestar sus servicios dentro del Estado.

Luego, en el examen constitucional más importante que ha realizado la Corte en su historia, declaró inconstitucional la ley que pretendía convocar a un referendo reformativo para permitir la segunda reelección presidencial inmediata.¹⁷² Este examen tuvo dos partes; en la primera se analizaron

¹⁷⁰ Sentencia C-1040 de 2005. En núcleo argumentativo de la sentencia para determinar que la reelección presidencial no constituyó una reforma constitucional es el siguiente: “Para la Corte los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho”. Declaró inconstitucional entonces solo el otorgamiento de funciones legislativas temporales al Consejo de Estado, con lo cual el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución, porque la norma en realidad sustituye el principio de supremacía de la Constitución y lo reemplaza por el de la supremacía del legislador transitorio. El texto de la norma decía: “Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”.

¹⁷¹ Sentencia C-588 de 2009.

¹⁷² Sentencia C-141 de 2010.

los vicios en el procedimiento de su formación, y debido a que la sociedad estaba esperando también un pronunciamiento en sentido sustancial, en la segunda fue objeto de revisión la vulneración de la competencia por parte del Congreso para cambiar un aspecto esencial de la Constitución al permitir una segunda reelección. Si bien la primera declaratoria de inconstitucionalidad aconteció por los vicios de forma en los que se incurrió durante el trámite parlamentario de la ley, luego la Corte abordó el problema de los vicios sustanciales y encontró que permitir una segunda reelección presidencial sustituía la Constitución en los siguientes elementos esenciales: principio de pesos y contrapesos, la alternancia en el ejercicio del poder público, la igualdad entre los candidatos y la generalidad de las leyes porque la reforma tenía nombre propio.

Había en ese momento, como hay ahora, un asentado consenso doctrinario, y en general entre la opinión pública en que una segunda reelección habría sido un ejemplo de reforma radical que terminaría cambiando un aspecto esencial de la Constitución. Ejemplos sencillos son la forma de organización política, el preámbulo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales. Resulta poco problemático discutir que el examen de constitucionalidad a la ley que convoca a un referendo no puede omitir considerar por ejemplo la violación de topes de financiación en la campaña de recolección de firmas, porque constitucionalmente un referendo sólo puede tener dos iniciativas: la gubernamental o la popular, y si se violan tales topes, muchas veces por aportes cuantiosos de contratistas del gobierno, se viola correlativamente el principio constitucional de transparencia y la naturaleza misma de la iniciativa popular por la potencialmente pervertidora injerencia del dinero en la configuración de la voluntad general.

La Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 4 de 2011,¹⁷³ que incorporaba un artículo transitorio a la Constitución, conforme al cual se ordenaba homologar las pruebas de conocimiento de los concursos de méritos con la experiencia de los empleados provisionales y los estudios adicionales que acreditaran. A su juicio, el acto transgredía los principios constitucionales al mérito y la igualdad de oportunidades propios la carrera administrativa, con el único propósito de imponer una decisión que beneficia a un grupo de personas. El Congreso, con la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, también usando la doctrina de la sustitución, entendió que el concurso público de méritos era un elemento esencial de la Constitución, en tanto elemento definitorio de la carrera administrativa, por lo cual lo estableció como necesario para acceder a los cargos.

¹⁷³ Sentencia C-249 de 2012.

En el caso del Acto Legislativo 4 de 2011, no obstante, cometió el error de poner en ventaja a los provisionales respecto de los demás aspirantes, lo cual desarticula el sistema de carrera. Conforme al precedente sentado por la sentencia C-588 de 2009, “quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre, por lo que la Corte insiste, en que este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta”. Se configuró entonces nuevamente una sustitución de la Constitución, por lo que se evidencia un vicio de competencia en el ejercicio de la potestad del Congreso para reformar la Constitución.

Para determinar si mediante el poder de reforma el Congreso por ejemplo incurre en vicio de competencia, se debe examinar si la Constitución fue o no sustituida por otra. Ello implica detectar en la Constitución aquellos aspectos que son esenciales y cuáles no. Al respecto encuentro discutible un caso en el cual la Corte declaró una inconstitucionalidad a partir de los límites competenciales del poder de reforma. El Acto Legislativo 01 de 2008, que permitía a los empleados en provisionalidad permanecer en sus cargos sin necesidad de concurso público, fue declarado inconstitucional porque operó una sustitución debido al cambio en el contenido del artículo 125 por otro integralmente distinto respecto de la carrera administrativa. Vulneraba gravemente también la supremacía constitucional, el principio de la separación de poderes y la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad de la reforma.¹⁷⁴ La misma Corte podría decirse que lo encontró discutible, toda vez que lo aprobó en una votación de cinco contra cuatro.¹⁷⁵ Si bien la carrera administrativa debe proveerse con cargos luego de un concurso de méritos que debe ser público, e independientemente de que se esté en desacuerdo con esta reforma (bien sabemos cómo suele operar el Ejecutivo con la provisión de ciertos cargos, con lo cual eliminar el concurso socavaría dicha arbitrariedad), encuentro complejo sostener que dicha reforma constituye una sustitución de la Constitución. Si esta objeción es correcta el test de la sustitución exhibe un problema en su fundamentación.

¹⁷⁴ Este test evalúa que la reforma tenga una pretensión mínima de universalidad, que se trate de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes en lugar de una regla adhoc. El test se aplica verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, de modo tal que “si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular”. C-551 de 2003.

¹⁷⁵ Sentencia C-588 de 2009.

En un importante caso la Corte empleó la doctrina de la sustitución constitucional para analizar si los elementos de justicia transicional consagrados por el legislador en el Acto Legislativo 1 de 2012,¹⁷⁶ que se plantearon como medios efectivos y necesarios para conseguir una paz estable y duradera, intervenían severamente sobre un elemento esencial de la Constitución, como es la garantía a los derechos y, en este sentido, la investigación y el juzgamiento en casos de su violación.

En las sentencias C-170, C-249 y C-288 de 2012 se aborda el criterio de la sustitución y se amplía con nuevos elementos. Importante destacar aquellos elementos encontrados esenciales en la Constitución: 1) el principio de Estado de derecho y la prohibición de normas adhoc de contenido plebiscitario, 2) la forma de Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, 3) el principio democrático y de supremacía constitucional, 4) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa, 5) los principios de democracia participativa y de soberanía popular, 6) la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, y 7) la regla de alternancia en el ejercicio del poder.

A pesar del grado de autorrestricción que la Corte ha demostrado en su jurisprudencia con las competencias de las otras ramas del poder público, se está ante el latente riesgo de que cuando esté en desacuerdo con una reforma constitucional (puede incluso que con buenas razones), pero que fue aprobada por el Congreso con respeto a los procedimientos y sin vulneración de la competencia, la declare inconstitucional abriendo una puerta giratoria de la doctrina de la inconstitucionalidad por sustitución. Hay que insistir como lo hiciera en las sentencias relativas al acto legislativo que permitió la reelección presidencial que

No le corresponde a la corte juzgar la conveniencia o inconveniencia de las características de esta reforma, ni sus efectos favorables o desfavorables para los diversos actores o grupos políticos, ni su significado a la luz de la historia del país, puesto que tales consideraciones corresponden a decisiones políticas que escapan al control judicial de la validez jurídica de la reforma. La corte solo puede juzgar desde el punto de vista jurídico si una reforma en realidad sustituye la Constitución por una opuesta o integralmente diferente.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Estos instrumentos son: criterios de selección y priorización de casos para concentrar los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; renuncia condicionada a la persecución penal; y suspensión condicional de la ejecución de la pena, aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de formas especiales de cumplimiento.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, comunicado de prensa, octubre 20 de 2005, p. 5.

La doctrina de la sustitución, aunque exhibe problemas, hace parte de los criterios que la Corte ha establecido para controlar los excesos en las acciones del Legislativo. Como se afirmó al final del apartado inmediatamente anterior, la Constitución instauró unos diques, que la Corte identificó como sus elementos esenciales porque le confieren su naturaleza, que crean un cauce dentro del cual debe fluir, con toda su fuerza, la democracia. La razón es que no se trata de una democracia a secas o de una democracia meramente representativa, sino de una democracia constitucional. Una de las principales características de esta forma de democracia es que además de resguardar el principio de mayorías, las elecciones libres y el sufragio universal, las disposiciones que consagra la Constitución son criterios para que en el examen constitucional se contenga la voluntad de las mayorías, para que en toda actuación se respeten esos elementos esenciales y para prevenir que dicha voluntad sea manipulada por liderazgos caudillistas o por dineros privados, como para que, en últimas, se impida que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular, como ha sucedido en otros países. La doctrina de la sustitución contribuye a defender la indisociabilidad de la democracia política y los derechos fundamentales en principios medulares de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho.

VII. ELEMENTOS DE LAS TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Desde las transiciones a la democracia de la década de 1980 la mayoría de países de la región han reformado al menos en una ocasión su texto constitucional.¹⁷⁸ Colombia fue pionera en estos procesos de cambio constitucional.¹⁷⁹ En el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales, dichos procesos de reforma requirieron de renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los procesos de implementación de las provisiones constitucionales. De manera paulatina se evidenció un cambio en la dogmática jurídica; es decir, un cambio en los textos constitucionales, en los códigos y demás leyes —no sólo en momento de su interpre-

¹⁷⁸ Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut (ed.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, London, Ashgate, 2012.

¹⁷⁹ Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 13, núm. 1, 2011.

tación judicial mediada por el proceso de constitucionalización del derecho, sino desde la misma proclamación legislativa—, y también en las teorías del derecho que respaldan la comprensión de cada campo normativo, lo cual vincula a la academia jurídica y a la doctrina.

Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional colombiano en 1991, tanto por el resultado del proceso constituyente como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, irradiaron procesos de reforma constitucional que desde entonces se han desarrollado en varios países de la región, particularmente en Venezuela, Ecuador y Bolivia.¹⁸⁰ El proceso de reformas constitucionales en América Latina ha estado enmarcado por la expedición de la Constitución de Brasil en 1988, pero sobre todo la Constitución Política de Colombia de 1991,¹⁸¹ y culminó con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009.¹⁸² En el medio de este periodo de reformas se comprende la expedición de las siguientes constituciones: Paraguay en 1992, Perú en 1993,¹⁸³ Venezuela en 1999¹⁸⁴ y Ecuador en 2008.¹⁸⁵

Elementos del paradigma constitucional que determinó el destino de los nuevos ordenamientos jurídicos, permearon asimismo otros contextos, que si bien no cambiaron de Constitución, realizaron reformas estructurales importantes. Dentro de los procesos de reforma se destaca el argentino, el

¹⁸⁰ Carpizo, Jorge *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo iberoamericano*, México, UNAM, 2009. César Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo, XXI*, cit. El vol. 89, núm. 7, 2011, de *Texas Law Review* recoge las memorias del simposio Latin American Constitutionalism celebrado ese mismo año. Sobre el constitucionalismo colombiano con elementos en perspectiva comparada, véanse las contribuciones de Uprimny, Rodrigo, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”; Rodríguez, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, y Cepeda, Manuel José, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”.

¹⁸¹ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente.

¹⁸² Promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo.

¹⁸³ Redactada por un Congreso Constituyente Democrático a inicios del gobierno de Fujimori tras la disolución del Congreso en 1992. Luego fue aprobada por un referendo en 1993.

¹⁸⁴ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abril 25) a favor de una nueva Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (diciembre 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (julio 25) y sometido el texto definitivo a referendo (septiembre 28).

¹⁸⁵ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente.

costarricense y el mexicano. El argentino¹⁸⁶ modernizó la Constitución introduciendo un catálogo más amplio de derechos, medidas para el ejercicio de la ciudadanía democrática y normas para la defensa de la Constitución misma; creó nuevos órganos de control. Se ha criticado no obstante por reforzar el sistema presidencial y reproducir la democracia delegativa. El costarricense instituyó la jurisdicción constitucional y creó una sala especializada de la Corte Suprema para tramitar los recursos de amparo y los vetos por razones de inconstitucionalidad (1989), estableció el derecho a un ambiente sano (1994) y determinó que la ciudadanía es irrenunciable (1995).¹⁸⁷ El mexicano fue sobre el desarrollo del control de constitucionalidad (1994) y sobre derechos humanos, que incluye el bloque de constitucionalidad y el principio de interpretación a favor de los derechos más amplios (2011).

El constitucionalismo latinoamericano tuvo un nacimiento tardío respecto de los procesos acontecidos en Estados Unidos y en el viejo continente, pero un desarrollo precoz por lo que hasta este entonces se ha evidenciado en el tiempo transcurrido comparativamente con los países de la región que cambiaron recientemente sus Constituciones. Tardío, en la medida en que décadas transcurrieron desde el origen de los cambios hasta su implementación local —con algunas dictaduras que ensangrentaron las democracias de países de la región— precoz, porque los avances son apreciables en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales durante las tres últimas décadas, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos. Un análisis sobre el tema tendría naturalmente que distinguir entre la consagración constitucional y normativa —vía por ejemplo bloque de constitucionalidad—, el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales —de la exigibilidad de los derechos sociales, por ejemplo— y la garantía efectiva otorgada a los derechos por parte de las instituciones del poder público.

En Italia y Alemania, así como en España y Portugal, aconteció una radical transformación de su derecho constitucional, que paulatinamente reconfiguró el contenido del derecho ordinario.¹⁸⁸ En Estados Unidos la riqueza del debate constitucional sobre todo ha sido tradicionalmente un

¹⁸⁶ Sobre el cual sobresalen Alfonsín, Raúl, *Constitución y consenso. A propósito de la reforma Constitucional*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas, 1996; Menem, Eduardo y Dromi, Roberto, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

¹⁸⁷ Hubo otras reformas, tales como la de 2003, que adoptó la reelección presidencial que había sido abolida por la reforma constitucional de 1969.

¹⁸⁸ Bellamy, Richard y Castiglione, Darío (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996; Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights*, cit.

referente para los académicos latinoamericanos. Entre otros temas, la configuración y metodología del derecho de precedentes se ha heredado del *common law* norteamericano.¹⁸⁹ Los estándares de constitucionalidad usados por su jurisprudencia constitucional han sido referentes permanentes de la labor adelantada por la Corte Constitucional colombiana. Algunas de las experiencias exitosas en los procesos de creación constitucional y desarrollo doctrinario y jurisprudencial fueron receptadas con diferencias contextuales, pero fácilmente identificables en América Latina, cuando al final también de dictaduras o de procesos intensos de cambio institucional, como en Colombia, urgieron doctrinas para fundamentar una nuevas prácticas en los sistemas jurídicos constitucionalizados.

En lo relativo al referente estadounidense, se debe sobre todo a una profusa doctrina y al nacimiento de la jurisdicción constitucional a inicios del siglo XIX a partir de fallos como *Marbury v. Madison*,¹⁹⁰ y con el importante antecedente de los fallos proferidos por la Corte Warren (1953-1969), que demostraron la posibilidad de que la rama judicial tome un rol protagónico en la garantía de los derechos. La Corte Suprema se vio abocada a definir y reafirmar la supremacía del Poder Judicial, y suya en particular, respecto de su poder último en materia jurisdiccional. En *Martin v. Hunter's Lessee*¹⁹¹ sentó por primera vez un precedente en el cual reafirmó no sólo en este caso sino en general su autoridad definitiva sobre las cortes supremas estatales, no obstante tratarse de un país integrado por estados con márgenes significativos de independencia,¹⁹² en asuntos que tienen relevancia nacional; es decir, de derecho federal. Posteriormente, en materia de interpretación en

¹⁸⁹ López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006; Bernal Pulido, Carlos, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes", *El derecho de los derechos*, cit.; "El precedente en Colombia", *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009; Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit.

¹⁹⁰ Sobre el que, entre mucha bibliografía, puede consultarse, Nelson, William, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000; Cueva, Ricardo, *De los niveladores a Marbury v. Madison*, Madrid, CEPC, 2011, II.2.6.

¹⁹¹ 14 U.S. 304, 1816.

¹⁹² Un relato anecdótico, pero significativo ilustra la importancia de este caso en la historia constitucional estadounidense. Al afamado juez Oliver W. Holmes, magistrado entre 1902 y 1932, le preguntaron cuál consideraba el caso más importante que había proferido el tribunal del cual ahora hacía parte. Respondió haciendo la salvedad de que no era, como la gran mayoría había acordado en señalar, *Marbury v. Madison* (1803), sino *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), ya que, para Holmes, un país puede vivir sin revisión judicial de constitucionalidad, pero no puede existir si no está clara la supremacía de una institución en definir qué dice y qué no dice la Constitución. Véase Holmes, Oliver W., *The Essential Holmes*, Posner Richard A. (ed.), University of Chicago Press, 1992.

particular, profirió la sentencia *Cooper v. Aaron*,¹⁹³ donde confirió a su jurisprudencia carácter vinculante a este respecto y en caso de control de constitucionalidad.¹⁹⁴

Una de las características del sistema jurídico estadounidense, que constituye a su vez, si no el más, uno de los aportes más influyentes que ha realizado al constitucionalismo global, es la *judicial review*, extendida ya en los países en los cuales se promulgaron democracias constitucionales. Consiste en la facultad judicial para revisar la conformidad con la Constitución de las normas expedidas por el Congreso y el gobierno, pudiendo por tanto declararlas inválidas o sometiendo su interpretación a un sentido determinado. Los defensores del nuevo derecho en Colombia, así como los partidarios del movimiento del constitucionalismo democrático, no objetan y en cambio respaldan la facultad judicial para controlar la conformidad con la Constitución de las leyes expedidas por el Congreso, y en general de todos los actos de los poderes públicos garantizando la integridad y supremacía del texto fundamental, así como la vinculación de los organismos estatales a los derechos fundamentales.

En *Marbury* se instruyó la posibilidad de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución. En el caso que resolvió dicha sentencia, William Marbury demandó a James Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, porque no obstante haber sido nombrado juez federal de segunda instancia por John Adams, entonces presidente, pero no reelegido, a Marbury no se le confirmó el nombramiento. Jefferson no confirmó éste ni otros nombramientos a cargos judiciales, porque Adams los había hecho con premura antes de retirarse del cargo para conservar algo de poder una vez fuera de la presidencia.

Marbury acudió directamente a la Corte Suprema solicitándole un auto de *mandamus*, que obliga a los funcionarios a cumplir las obligaciones que les impone la ley, para que se le ordenara al secretario Madison realizar el nombramiento correspondiente. Marbury apoyó su demanda en el acto del Poder Judicial (*Judiciary act*) promulgado por el Congreso de la Unión en 1789. Como base de esta decisión, el presidente de la Corte Suprema, John Marshall, argumentó que aunque el nombramiento reunía los requisitos legales y Marbury efectivamente tenía el derecho a reclamarlo, la Corte no tenía competencia para ordenarlo, y no reconoció por tanto la pretensión de Marbury. La Constitución establece que, salvo en casos determinados, la

¹⁹³ 358 U.S. 1, 18, 1958.

¹⁹⁴ Larry, Alexander y Schauer, Frederick, "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 1359, núm. 110, 1997.

Corte sólo es una instancia de apelación, y este caso no figuraba entre aquellos enumerados taxativamente como de su competencia original.¹⁹⁵

Sin embargo, el acto del Poder Judicial debía ser considerado para ese caso concreto como una norma inconstitucional, y por unanimidad, la Corte descartó la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución. La Corte adquirió la competencia para declarar inválidas normas que se interpretaran contrarias a la Constitución. “El juramento no podía cumplirse de otra manera”. El juez Marshall estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que la rama judicial tiene la competencia para “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre la interpretación política de la Constitución. Se salvaguarda la propia Constitución por parte de la jurisdicción de cada estado y la Constitución federal contra las leyes estatales.

Se dice en la sentencia:

Si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de tal manera que la Corte debe decidir el caso conforme a la ley, desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley; la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si, entonces, las cortes están para vigilar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso.

Más adelante se sostiene que

Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables. Quienes niegan el principio de que el Tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley... El observar que con tal principio [obligatoriedad de una ley inconstitucional] se reduce a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas

¹⁹⁵ El primer ejemplo de la exclusiva sujeción de la Corte a las facultades que le otorga la Constitución para resolver casos específicos se encuentra en la negación del primer *Chief Justice*, John Jay, a dar un concepto solicitado por el presidente George Washington sobre las implicaciones constitucionales de un proyecto sobre política exterior.

[una Constitución escrita] es ya suficiente para rechazar la tesis en América, donde las Constituciones escritas se han visto con tanta reverencia.¹⁹⁶

Además de establecer y fundamentar dicha facultad judicial, el fallo ubicó la perspectiva del magistrado Marshall sobre la del presidente Jefferson, actuando así como un verdadero poder político del Estado.

Con importantes similitudes a los procesos de reforma institucional acontecidos en Europa, dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las Constituciones en América Latina se destaca la superación de la adscripción o del reconocimiento de los Estados como confesionales y la adopción de una correlativa separación entre la Iglesia y el Estado, dotando de mayor consideración pública al pluralismo religioso respecto de las funciones de los organismos del Estado y las competencias y prerrogativas atribuidas a la Iglesia católica, tradicionalmente dominante como depositaria de la fe de los pueblos vecinos. Si bien de distintas formas se invoca el nombre o la protección de Dios en los preámbulos de las nuevas Constituciones, se consagró la libertad de cultos, lo cual hace a los Estados latinoamericanos no teístas ni ateos, sino laicos. Se reconocen las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, como expresa la Constitución ecuatoriana. El fundamento de esta forma de Estado no sólo es la igualdad de todos los ciudadanos, la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, sino también la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías.

Se extendieron los catálogos de derechos, incluyendo no sólo sociales, sino también derechos al medio ambiente sano y las nuevas tecnologías.¹⁹⁷ Las Constituciones también se caracterizan por consagrar un particular interés en proteger el ambiente. Además de reiterar en la importancia de salvaguardar la libertad, se incluyeron principios como igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia, dignidad humana, autodeterminación nacional y responsabilidad social. Se receptó la fórmula, de forma casi invariable respecto del contexto europeo, del Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona, y cuya soberanía radica en el pueblo.¹⁹⁸ Se

¹⁹⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803. Trad. propia, énfasis añadidos.

¹⁹⁷ La Constitución Ecuatoriana (Título II, cap. VII y Título VII, cap. II) incluye una serie de derechos de la naturaleza.

¹⁹⁸ Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia que se constituye en un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no

consagró en general la forma central del Estado, pero con una administración descentralizada. El principio de descentralización fiscal y presupuestal reforzó el régimen municipal y departamental. Adicionalmente al respeto a las fuerzas minoritarias y al amparo a las diversidades sexuales y religiosas, el nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora muy importante la protección a los pueblos indígenas.¹⁹⁹ La protección y promoción de las diversidades (étnica, religiosa, política y sexual) se establece como principio de rango constitucional.

En los países que cambiaron en las últimas dos décadas de Constitución política se vive en general en una disociación permanente entre el plano normativo: el garantismo, la inclusión y el igualitarismo de las provisiones constitucionales; y el plano fáctico: la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, los millones de personas víctimas del desplazamiento forzado, la mayoría de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción. La impunidad reinante termina siendo un incentivo adicional para resolver los conflictos por la violencia.²⁰⁰ Se ha agudizado la brecha de la separación social, pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso y desarrollo. Colombia, según el exconsejero presidencial para la prosperidad, Samuel Azout, es el cuarto país más desigual del mundo en términos de distribución del ingreso.

Los modestos grados de crecimiento económico que se han alcanzado no han repercutido en un beneficio compartido por el gran número de ciudadanos, ya que correlativamente aumentan los indicadores tales como la confianza inversionista traducida en mayor inversión extranjera, aumentan los niveles de pobreza, pobreza extrema y desigualdad. Esto nos permite aseverar que muchas medidas que los gobiernos han tomado en desarro-

adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, o a alguna de sus variaciones, el artículo 3o. consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¹⁹⁹ Grijalva, Agustín *et al.*, *Povos indígenas. Constituições e Reformas Políticas em America Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

²⁰⁰ Afirmaba un columnista de opinión de la época: “Los jueces adelantan un millón y medio de procesos, sin detenido alguno. Ocho ministros en 48 meses reflejan la dramática situación del sector”. Cañón Moreno, Luis, “Narcoterrorismo y paramilitares esperan a Gaviria”, *El Tiempo*, agosto 7 de 1990. A mediados de 1990 había 1.200.000 procesos penales sin detenido alguno y de 2.000 procesos de extinción de dominio contra bienes de narcotraficantes, no había ningún fallo en firme. Cañón, Luis, “Narcodialogos, doble juego mortal”. *cit.*

llo de la Constitución, no son siquiera utilitaristas, pues no benefician a un gran número de personas.²⁰¹ Pareciera que estamos cada vez más lejos de modelos normativos de democracia, como el que se deriva de planteamientos como los de Rawls, conforme al cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que redunden en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.²⁰² En este mismo sentido podría dejarse planteada una idea: por los enormes problemas de representación política real de la gran mayoría de ciudadanos en las sociedades latinoamericanas, la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial debe ser repensada en su denominación cuando se trata de objetar el papel activista de los tribunales que deben impartir justicia en tales contextos, pues no es precisamente contra las mayorías que se decide, sino contra los pequeños grupos cuyo poderío económico se traduce en mayor representación ante las instancias de decisión política. Los parlamentos están integrados cada vez menos por mayorías, de ahí su escasa representatividad y su baja popularidad.

Dicha disociación se explica en otra característica transversal de los procesos de reforma. Las Constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos consagran un constitucionalismo aspiracional, porque no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también consagran un tipo de sociedad a la que se aspira. Reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual, además de descriptivas son prescriptivas con alto contenido normativo, por lo cual contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. De este tipo de constitucionalismo, a su vez, se deriva que el primer cambio en las Constituciones es en su catálogo de derechos, pues en un contexto donde hay tanto descontento en una sociedad lo más natural es que la norma que regirá sus destinos no sólo organice las cosas como están, sino también que consagre un proyecto de país hacia donde se quiere llegar. Además de la consagración de nuevos derechos y principios, se han implementado políticas de acción afirmativa a partir del reconocimiento constitucional a sujetos de especial protección (indígenas, minorías políticas, desplazados, mujeres y afro descendientes). La apertura al derecho interna-

²⁰¹ Conforme a la filosofía utilitarista, el principio moral más elevado, bien sea respecto de las personas o políticamente hablando, consiste en maximizar el bienestar general, la felicidad colectiva o el equilibrio total del placer sobre el dolor. En una frase: maximizar la utilidad, lo cual significa maximizar el equilibrio entre felicidad y sufrimiento. Sandel, Michael, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.

²⁰² Primera parte del segundo principio de justicia, o principio de diferencia. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

cional de los derechos humanos es también un rasgo común en los procesos de renovación institucional latinoamericana.

La modificación en el sistema de fuentes se encuentra dentro de los principales cambios en la parte dogmática; es decir, en la parte de la Constitución que consagra derechos, incluye principios y adscribe a una determinada fórmula política. Actualmente la jurisprudencia se ha involucrado en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. A la jurisprudencia constitucional subyace una ideología que irradia todas las instituciones, la cual se vislumbra con meridiana claridad en el respeto constitucional al pluralismo, a la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad y en la necesidad de contar con una economía libre pero solidaria de mercado.

La consagración de la dignidad y la forma de su protección amparando la autonomía individual hace al colombiano un constitucionalismo particularmente liberal. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en protección de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Latinoamérica. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica; es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional.

Además de la ampliación de la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, se reconoce como un significativo logro la incorporación de mayores espacios de participación ciudadana. Con diferencias contextuales, se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se procuró fortalecer los órganos de control. Se reorganizaron los parlamentos, se crearon otras instituciones como tribunales constitucionales, defensorías públicas y juntas monetarias, y se realizaron cambios al proceso legislativo para la expedición de leyes y la aprobación de reformas constitucionales. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la Constitución no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se dotó de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del hiper-“presidencialismo” (Nino). Se observa una

preocupación constitucional por fortalecer al Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, receptando así la idea de los frenos y contrapesos, que si bien se encontraba ya en algunos casos reconocida constitucionalmente, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, se trata de un constitucionalismo de la diversidad, toda vez que el principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad, tanto por su consagración como por la posibilidad brindada por las propias Constituciones de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección. Igualmente, la mayor extensión, pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas —en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario—, constituyen dos aspectos afines al contexto europeo, que permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano, o aquello que tempranamente se ha denominado “neoconstitucionalismo”, con particular repercusión en México, Colombia, Brasil, Ecuador y Argentina. La rigidez de la Constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del derecho; de esta forma, se constituye en un elemento esencial de la doctrina neoconstitucional. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.²⁰³

A nivel orgánico sobresalen las reformas institucionales a los sistemas judiciales, los regímenes políticos y los ordenamientos territoriales. En el contexto de las modificaciones a la parte dogmática de las Constituciones latinoamericanas, especialmente el reconocimiento de la diversidad y el fortalecimiento de los derechos constitucionales, se pueden identificar en síntesis varios elementos comunes:

1. Ampliación del catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad, la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales, y de derechos colectivos y ambientales. Asimismo, se incluyeron cláusulas de derechos innominados para no restringir el tipo de derechos a los incluidos expresamente en la Constitución. En Colombia, el último artículo del ca-

²⁰³ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91 y 92.

pítulo sobre protección y aplicación de derechos, preceptúa que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.²⁰⁴

2. Lo anterior se ha visto reforzado por la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos y tratamiento especial a los tratados de derechos humanos,²⁰⁵ lo cual ha conducido a reconocer y amparar estándares internacionales de derechos humanos a partir, básicamente, del “bloque de constitucionalidad” que integran las normas de un determinado ordenamiento jurídico, no por su consagración o por creación jurisprudencial, sino por integración, debido a la ratificación de un acuerdo internacional de derechos.²⁰⁶

3. Consagración de mecanismos para pugnar por la garantía y promoción de los derechos constitucionales, mediante instituciones judiciales como el amparo y la acción de tutela, y la creación de instituciones como defensorías públicas.²⁰⁷

²⁰⁴ Artículo 94. El Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, en su artículo 2 señala en igual sentido, además de que la tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, que “Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”. Esta posibilidad coherente con la referida cláusula fue sometida a examen de constitucionalidad, encontrándose exequible en sentencia C-018 de 1993.

²⁰⁵ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cit.

²⁰⁶ Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995 y C-191 de 1998. En Colombia, por ejemplo, los derechos de las víctimas del conflicto armado a verdad, justicia y reparación, han sido reconocidos en virtud del bloque de constitucionalidad. Las disposiciones constitucionales que establecen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno son reconocidas por los artículos: el 9o. que reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional; el 93, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos, e igualmente consagra que los derechos constitucionales se deben interpretar conforme a tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados; el 94, que integra la cláusula de derechos innominados; el 214, que al regular los estados de excepción preceptúa la imposibilidad de suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; y el 53, según el cual los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna.

²⁰⁷ Tanto algún mecanismo judicial como alguna forma de “ombudsman” lo consagran las Constituciones de Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

4. Modificación de la forma de comprender la unidad nacional alrededor de ciertos principios tradicionales de identidad de pueblos y naciones (una determinada religión, lengua y forma de autoridad), para reconocer que la identidad y el reconocimiento no debe procurar conseguirse homogeneizando legalmente las diferencias, sino a partir del reconocimiento a un pluralismo razonable entre las concepciones del buen vivir de los distintos grupos.

5. En este sentido, el latinoamericano es el constitucionalismo de las diversidades, pues no sólo se reconoce la importancia sustantiva a la promoción de la igualdad y a la prohibición de discriminación, trascendiendo la vetusta noción de la igualdad formal, sino que a los grupos históricamente discriminados, tales como las minorías raciales, religiosas, políticas, sexuales y étnicas, así como mujeres y discapacitados, se les han dispensado tipos especiales de protección. En varios países incluso se determinaron circunscripciones especiales indígenas de representación política y se reconocieron lenguas autóctonas como oficiales, e igualmente se les reconocieron derechos especiales y diferenciados de ciudadanía.²⁰⁸

Si bien el constitucionalismo latinoamericano es laico, porque en todos los casos se consagra la figura de Dios, pero se reconoce la libertad religiosa, hay variaciones de grado pues algunas constituciones conservan algún rasgo confesional²⁰⁹ y otras reconocen la separación entre Iglesia y Estado.²¹⁰

6. Robustecimiento de la democracia y ampliación los canales para la participación democrática de la ciudadanía.²¹¹

²⁰⁸ Las Constituciones que realizaron los mayores cambios constitucionales respecto de la cuestión indígena fueron las de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia

²⁰⁹ “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (Argentina); “la religión católica es la del Estado” y se restringe la libertad de cultos a que no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres (Costa Rica); y “la religión católica es la de la mayoría de los panameños” y se limita la libertad de cultos al respeto a la moral cristiana y al orden público” (Panamá). La Constitución peruana señala que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

²¹⁰ Tal es el caso de las Constituciones colombiana, boliviana, brasilera, ecuatoriana, mexicana, nicaragüense, paraguaya y venezolana.

²¹¹ Se destaca en este punto la Constitución colombiana, que consagró varios mecanismos de democracia directa, como son el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria de mandato. Otras Constituciones inspiradas por la creación y consolidación de instituciones y mecanismos de este tipo, son la venezolana, la ecuatoriana, la boliviana, la brasilera y la peruana.