

Bogotá, 4 de diciembre de 2009

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Humberto Sierra Porto
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso No. CRF-003

Norma revisada: Ley 1354 de 2009 “[p]or medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

Honorables Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con C.C No. 79.146.539 de Usaquén; Miguel Emilio La Rota, identificado con C.C No. 79.782.713 de Bogotá; Javier Eduardo Revelo Rebolledo, identificado con C.C. No. 80.199.746 de Bogotá; Nelson Camilo Sánchez León, identificado con C.C No. 11.203.155 de Chía; y Luz María Sánchez Duque, identificada con la C.C No. 30.233.501 de Manizales, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia.

I. Resumen de los argumentos y solicitudes

En esta parte, y con el fin de otorgar mayor claridad a nuestros argumentos, procedemos a resumir nuestra intervención, que desarrollaremos en detalle en el resto del escrito.

Los intervinientes consideramos que la ley revisada, que al parecer¹ convoca un referendo para permitir una segunda reelección del actual Presidente Álvaro Uribe Vélez, es inconstitucional por siete razones diferentes. Tres son vicios de competencia, a saber, 1) la extrema concentración de poderes que rompe el principio medular de separación de poderes; 2) la adopción de una reforma con nombre propio para la autoperpetuación en el poder del actual Presidente, lo cual acaba con la esencia del Estado de derecho y del constitucionalismo; y 3) la ausencia de garantías para los otros candidatos frente al actual Presidente, lo cual rompe la igualdad electoral y el principio de alternancia, que son esenciales a la democracia. Las otras cuatro razones son por vicios de trámite, a saber, 4) la falta de iniciativa ciudadana genuina por la superación de los topes de financiación, que muestra que se trata de una iniciativa plutocrática

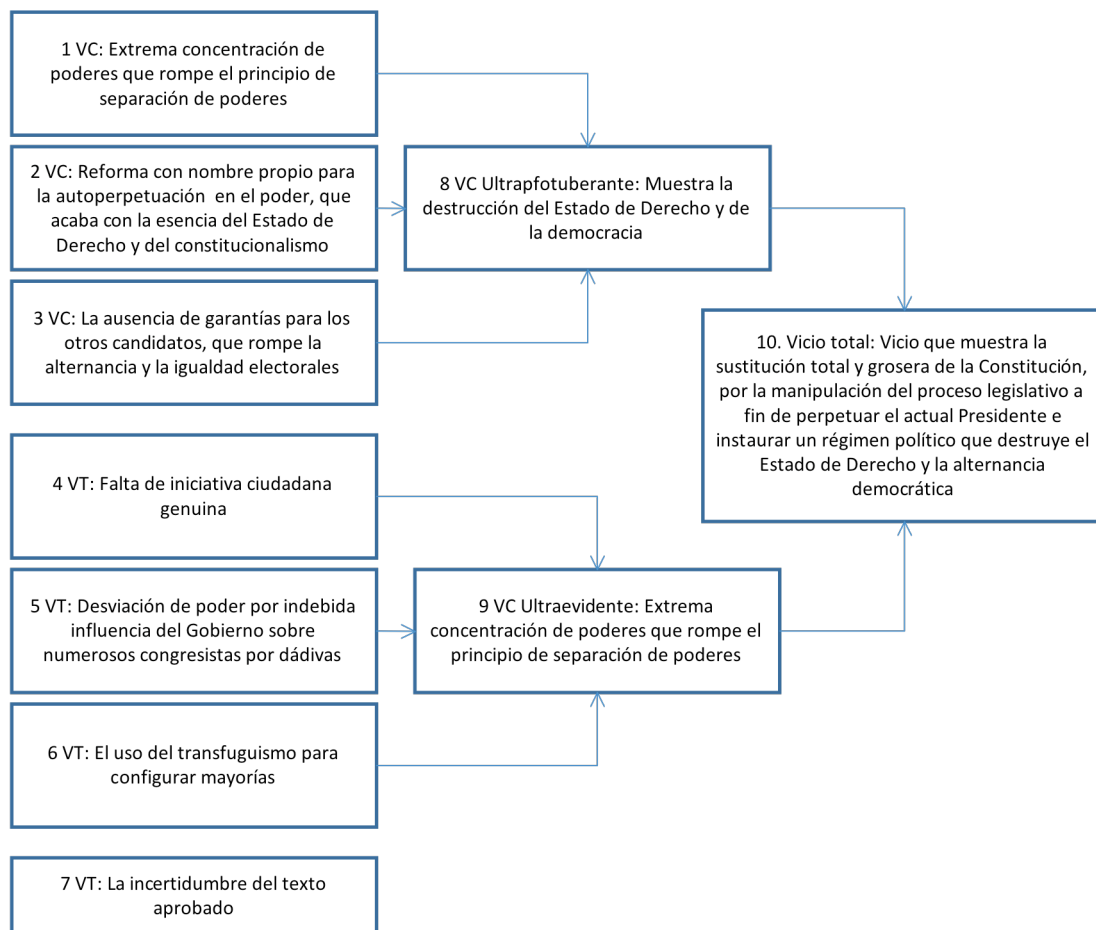
¹ Decimos que al parecer, pues precisamente el séptimo vicio protuberante de esta ley es que se encuentra tan mal redactada técnicamente que no se puede determinar si convoca o no un referendo.

y no popular; 5) la desviación de poder en el trámite legislativo debido a la indebida influencia del Gobierno sobre numerosos congresistas por medio de dádivas para obtener las mayorías requeridas; 6) el uso del transfuguismo como estrategia para configurar las mayorías en el Congreso; y 7) la confusión del texto adoptado que impide saber el significado de la Ley y el contenido del texto que podría ser sometido a la consideración de los ciudadanos.

Cada uno de esos vicios representa en sí mismo, y en forma aislada, una razón suficiente para que la Corte declare la inexecutable de la ley revisada, o al menos condicione su alcance y precise el contenido del texto que podría ser sometido a la ciudadanía, indicando que la reforma sólo es admisible con tres condicionamientos que deben ser incorporados al texto del referendo para que los ciudadanos sepan exactamente qué están votando, a fin de asegurar la libertad del elector. Así, debe precisar el texto que la segunda reelección sólo se aplica i) a partir de 2014, ii) una vez realizada otra reforma constitucional que reestablezca el equilibrio de poderes, y iii) una vez en pleno vigor una ley estatutaria de garantías que asegure la igualdad entre el presidente candidato y los demás candidatos.

A su vez, consideramos que existen dos nuevos argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la Ley revisada, que resultan de la combinación de los anteriores vicios. Así, un análisis combinado de los tres vicios de competencia, en sí mismos protuberantes, conforma un nuevo vicio de competencia, que es el octavo vicio de esta Ley y que podríamos denominar vicio ultraprotuberante de competencia, y que equivale a la destrucción del Estado de derecho y de la democracia establecidos por la Constitución. Por su parte, tres de los vicios de trámite, en sí mismos evidentes, conforman un nuevo vicio de trámite ultraevidente, que es el noveno vicio de la ley y consiste en la manipulación de todo el procedimiento legislativo a fin de asegurar a toda costa la aprobación de la reelección a favor del actual Presidente. Finalmente, consideramos que la articulación del vicio ultraprotuberante de competencia y del vicio ultraevidente de trámite conducen a un décimo y último vicio, que consiste en la sustitución total y grosera de la Constitución vigente, por medio de la manipulación del proceso legislativo a fin de perpetuar el actual Gobierno e instaurar un régimen político que destruye el Estado de derecho y la alternancia democrática.

El siguiente gráfico resume esos diez vicios que inevitablemente deben conducir a la invalidez de la ley revisada, en donde “VC” es vicio de competencia y “VT” es vicio de trámite.



Una vez descritos los diez vicios, procedemos en este resumen a describirlos brevemente.

1. Vicios de competencia

Comenzamos por resaltar que en este caso es necesario que la Corte analice si existen o no vicios de competencia del poder de reforma, pues no estamos frente a un pronunciamiento del Constituyente primario, el cual sólo ocurre si el pueblo, por iniciativa propia, convoca una Asamblea Constituyente, con temario ilimitado, lo cual no acontece en este caso. Estamos pues frente a un ejercicio del poder de reforma, que no puede sustituir la Constitución vigente.

El primer vicio de competencia ocurre por cuanto una segunda reelección inmediata permite que un mismo presidente gobierne por tres períodos consecutivos. Ahora bien, el diseño constitucional originario estableció una forma de separación de poderes y un sistema de pesos y contrapesos que suponía la ausencia de reelección. Una primera reelección debilitó ese sistema, pero no lo anuló, precisamente por cuanto era una sola reelección. Si bien esa primera reelección podría permitir que el presidente, por su poder nominador, adquiriera una influencia preponderante sobre las otras ramas de poder, esta primera reelección no equivalía a una destrucción del principio de separación de poderes, que es esencial al Estado de derecho y al régimen democrático. Dicha concentración seguía siendo una eventualidad, como lo dijo la sentencia C-1040 de 2005 y sólo ocurriría al final del segundo periodo presidencial. Por lo cual

no era tan grave, pues durante la casi totalidad de sus dos períodos, el presidente hubiera tenido suficientes pesos y contrapesos institucionales.

Por el contrario, una segunda reelección inmediata implica, por el paso del tiempo y el poder nominador acumulado del presidente, una inevitable concentración del poder que destruye el principio de separación de poderes. Aunque el paso de una primera a una segunda reelección no produce una variación abrupta en el poder negociador del presidente, sí resulta en un cambio marginal que en suma conlleva a un poder estructuralmente mayor en comparación con el que el presidente gozaba de acuerdo a la Constitución de 1991. Una segunda reelección inmediata, sin una modificación del sistema de pesos y contrapesos, equivale a una sustitución de la Constitución por una integralmente diferente. Por ende la Ley bajo revisión debe ser declarada inexecutable o en el texto sometido a referendo debe precisarse que sólo es aplicable si se aprueba otra reforma constitucional que prevea un sistema de pesos y contrapesos apropiado para los eventos de tres períodos consecutivos.

El segundo vicio de competencia ocurre por cuanto esta reforma tiene nombre propio y fue realizada para la permanencia en el poder del actual presidente Álvaro Uribe Vélez. Existen evidencias contundentes que muestran que el propósito de esta Ley no fue adoptar una reforma por las bondades abstractas de que exista una segunda reelección, sino para permitir la continuidad en el poder del actual Presidente. Además, en dichas evidencias se constata que la actual situación es radicalmente distinta a la analizada por la Corte en 2005 y por la que la Corporación se inhibió de pronunciarse sobre cargos parecidos a los hoy esgrimidos. Ahora bien, la esencia del constitucionalismo es precisamente establecer límites y mecanismos para que quien ocupe el poder no pueda autoperpetuarse en él. Por ello, una de las funciones esenciales del juez constitucional es evitar que las mayorías gobernantes y en especial el presidente usen las formas jurídicas para, con el ropaje del derecho, prolongar de hecho su permanencia en el cargo. Una reforma con nombre propio para permitir la continuidad del actual Presidente no es en realidad una reforma constitucional, sino un quebrantamiento constitucional de hecho, que implica una sustitución de la Constitución pues es una anulación de la esencia del constitucionalismo y del Estado de derecho, que además termina por poner al actual Presidente por encima del derecho. Por consiguiente, es necesario concluir que esta reforma equivale a una sustitución de la Constitución y debe ser declarada inexecutable. O para que esto no ocurra, debe tratarse de una reforma abstracta, sin nombre propio y que no pretenda la perpetuación en el poder del actual Presidente, por lo cual sólo podría ser aplicada a partir de 2014. Y el elector debe tener conciencia de ese hecho, por lo cual, en caso de que la Corte no declare inexecutable la ley, ese condicionamiento debe ir explícitamente incorporado al texto que será sometido a referendo a los ciudadanos.

El tercer vicio de competencia surge porque no existe en la actualidad un régimen de garantías que asegure una competencia igualitaria entre el presidente-candidato por segunda vez y los otros candidatos. En efecto, las actuales garantías establecidas en la Constitución y en la Ley estatutaria vigente, están previstas para una primera reelección inmediata. Es pues necesaria una ley que prevea garantías específicas y suplementarias para esta segunda reelección a fin de no anular los principios de igualdad electoral y de posible alternancia, que son de la esencia del Estado de derecho democrático. Además, al no operar adecuadamente las garantías frente a una segunda reelección inmediata, la continuación del actual Presidente por dos periodos incrementa aún más su poder frente a los demás candidatos en relación con aquel que ya tenía al ocurrir la primera reelección. La conclusión es obvia: la reforma que establece una segunda reelección no

puede ser aplicada al Presidente Uribe, por lo cual sólo podría operar a partir de 2014 tras ser aprobadas esas nuevas garantías electorales.

A una conclusión semejante se llega incluso si la Corte concluye que las actuales garantías, previstas en la Constitución y en la Ley estatutaria, son suficientes, por la sencilla razón de que dichas garantías prevén que el presidente debe anunciar su candidatura seis meses antes de la elección y tal declaración surte efectos esenciales para asegurar la igualdad electoral, como la congelación de ciertos gastos gubernamentales y de la publicidad de la gestión gubernamental. Ahora bien, por el momento en que ocurrirá la sentencia de la Corte y el eventual referendo, resultaría imposible cumplir con esas garantías para la próxima elección presidencial, por lo cual esa reforma no puede ser aplicada en las elecciones a realizarse en el año 2010. Y como en virtud del artículo 378 de la Carta el elector debe tener conciencia de ese hecho al votar el referendo, entonces en caso de que la Corte no declare inexecutable la Ley, debe explícitamente incorporarse al texto que será sometido a referendo a los ciudadanos que la segunda reelección sólo será posible a partir de 2014.

Esos tres vicios de competencia, todos protuberantes, generan cada uno la invalidez de la Ley revisada. Pero a su vez confluyen combinadamente y configuran un vicio extremo de competencia. En efecto, nótese que lo que hace esta segunda autorización de una reelección inmediata del Presidente Uribe es permitir el uso de la forma constitucional para quebrantar la esencia del constitucionalismo, pues se adopta una reforma con nombre propio para permitir la continuidad en el poder del actual Presidente. Esta continuidad se encuentra además asegurada pues no existe un sistema de garantías que permita una mínima igualdad electoral entre el Presidente y los demás candidatos, pues no habrá restricciones para el que el actual Gobierno use todos sus recursos para mantenerse en el poder. Hay pues una anulación del principio de alternancia potencial en el poder, que rompe el Estado de derecho y el principio democrático. Y finalmente esa segunda reelección conduce, por el poder acumulado por el presidente, a una extrema concentración del poder que anula el sistema de pesos y contrapesos diseñado por la Constitución. La segunda reelección inmediata para permitir la continuidad en el poder del actual Presidente equivale entonces a la destrucción del Estado de derecho y de la democracia establecida por la Constitución.

2. Vicios de trámite

El trámite de aprobación de la Ley 1354 de 2009 implicó también vicios evidentes. El primero de ellos fue la vulneración de los topes de financiación, que impidió que el Registrador otorgara la certificación de que ese trámite había sido legítimo y que llevó también a que el Consejo Nacional Electoral (CNE) dejara sin validez la etapa de inscripción de la iniciativa. Esta irregularidad no es menor pues no sólo el trámite careció de requisitos exigidos, como son la certificación del registrador, sino que muestra que las firmas no fueron recolectadas por una iniciativa ciudadana genuina sino impulsada por poderes económicos, muchos de los cuales son contratistas del Gobierno. Como se puede ver, quienes se benefician del Gobierno por ser contratistas financiaron la iniciativa más allá de los topes para permitir la continuidad en el poder del Gobierno que los beneficia, encubriendo la operación en una supuesta iniciativa ciudadana. No estamos entonces frente a una iniciativa popular sino plutocrática. Por ello, la Ley es inexecutable pues no hubo la iniciativa prevista por la Constitución, ya que las leyes de referendo sólo pueden ser presentadas por el Gobierno o por el pueblo. Y eso no ocurrió en el presente caso, pues la iniciativa no es formalmente del Gobierno y la vulneración de los topes de

financiación muestra que tampoco es una iniciativa ciudadana. Y ese vicio no puede corregirse con un aval *a posteriori* del Gobierno ya que la naturaleza de una iniciativa gubernamental es muy distinta a una popular. Por ejemplo, varios congresistas votaron a favor de la Ley simplemente porque consideraron que si el pueblo había tenido la iniciativa de convocar el referendo, debía permitírsele ese pronunciamiento, lo cual muestra que su actitud frente a un referendo de iniciativa gubernamental hubiera sido distinta. Este vicio resulta en este caso entonces insubsanable.

El segundo vicio de trámite resulta por las evidencias de que varios congresistas muy posiblemente variaron su voto en respuesta a dádivas gubernamentales. Son claras las pruebas de ese cambio de voto y de que recibieron dichas dádivas, como palacios municipales o direcciones de prisiones. Por lo anterior, teniendo en cuenta los antecedentes de los casos ocurridos en la anterior reelección, debe concluirse que se trata de votos espurios que no deben ser contabilizados pues hubo una desviación de poder de parte del gobierno que violó la independencia del Congreso. Esto configura un vicio de constitucionalidad conforme a la jurisprudencia de la Corte. Ahora bien, sin esos votos espurios la Ley 1354 no hubiera obtenido las mayorías requeridas durante la segunda vuelta, en especial en la Cámara de Representantes, por lo cual debe ser declarada inexecutable. En todo caso, si la Corte considera que la evidencia no es suficiente para excluir esos votos, debe proceder a verificar su legitimidad por medio de un interrogatorio a los congresistas involucrados, por cuanto existe evidencia suficiente de que esa manipulación del Congreso por el Gobierno pudo ocurrir. Y la Corte, que ejerce un control efectivo y no puramente formal de los vicios de procedimiento, no puede ignorar esas evidencias que son de notorio conocimiento público.

El tercer vicio de trámite es que hubo un ejercicio ilegítimo de transfuguismo político. En efecto, la reforma constitucional política contenida en el Acto Legislativo 01 de 2009 autorizó un transfuguismo temporal pues permitió durante dos meses un cambio de partido. Su propósito era permitir la puesta en marcha de las cláusulas permanentes de la reforma política, pero no alterar la disciplina de los partidos a fin de que se aprobara la reelección. Pero eso fue lo que sucedió en el último debate en la Cámara de Representantes, en donde cinco integrantes de Cambio Radical recurrieron a esa norma transitoria con el fin de eludir una sanción disciplinaria de ese partido, pasarse al Partido de la U y poder votar favorablemente la Ley de referendo, contrariamente a la decisión de bancada adoptada por Cambio Radical. Esos votos son también espurios y no deben ser contabilizados. Ahora bien, sin esos cinco votos, la Ley de referendo no hubiera obtenido la mayoría requerida por lo cual debe ser declarada inexecutable por falta de mayorías.

Los anteriores vicios de trámite son en sí mismos evidentes y comportan la inexecutable de la Ley revisada. Pero además dichos vicios confluyen para configurar un vicio combinado extremo de trámite, pues ponen en evidencia la manipulación del trámite de la ley por el Gobierno y sectores sociales que le son cercanos, a fin de lograr su aprobación. En efecto, no hubo iniciativa popular sino que sectores económicos, muchos de ellos contratistas del Gobierno, violaron los toques de financiación para encubrir como iniciativa ciudadana lo que no era en realidad una iniciativa popular; luego el Gobierno ofreció dádivas a varios congresistas con el fin de lograr las mayorías formalmente requeridas; finalmente, se abusó de una norma temporal para desarticular la oposición al referendo y permitir la formación de las mayorías.

A lo anterior se suman las irregularidades estudiadas en otras intervenciones ciudadanas que muestran aún más la voluntad de manipular el proceso por parte del Gobierno y que no se

analizan en esta intervención, tales como la reunión en sesiones extraordinarias, sin que su convocatoria fuere regularmente hecha, la propia presencia permanente de su Ministro del Interior de Justicia y sus asesores en el Congreso. Lo anterior evidencia la manipulación de todo el procedimiento legislativo a fin de asegurar la aprobación de la reelección a favor del actual presidente.

La combinación de los vicios de trámite y de competencia muestra finalmente la gravedad de la desfiguración y sustitución de la Constitución vigente que implica la presente Ley. En efecto, el vicio combinado extremo de trámite muestra que el procedimiento legislativo fue manipulado por el Gobierno para hacer aprobar esta Ley de referendo. Y el vicio ultraprotuberante de competencia muestra que el efecto de esa reforma es una autoperpetuación en el poder del actual Presidente, que destruye el Estado de derecho y la democracia, por la concentración de poderes que implica y la afectación de la igualdad electoral y del principio de alternancia. Tenemos entonces un vicio de sustitución total y grosera de la Constitución vigente pues el Gobierno, por medio de la manipulación del proceso legislativo, forzó la aprobación de la ley de referendo con el fin de continuar en el poder, sin posibilidad de una competencia igualitaria y así instaurar un régimen político que destruye el Estado de derecho y la alternancia democrática.

A todos estos gravísimos vicios, se suma uno técnico, que es en sí mismo un vicio autónomo suficiente, al menos para que la Corte devuelva la ley al Congreso a fin de que éste precise su voluntad. En efecto, la lectura de la Ley muestra que su articulado no convoca a un referendo, aunque su título hable de que es una ley convocante. Esa contradicción es en sí misma un vicio protuberante pues (i) el título de una ley debe corresponder a su contenido, lo cual no sucede en este caso, y (ii) tal como escrita, la Ley obligaría a los funcionarios públicos responsables de adelantar los trámites de referendo a derivar sus competencias de un contenido normativo que no las especifica. La ausencia de certeza respecto de las competencias creadas por el contenido normativo de la Ley es contraria al principio de legalidad establecido en la Constitución. Pero como hay otros elementos que sugieren que efectivamente la voluntad del Congreso fue la de convocar el referendo, puede tratarse de un vicio subsanable y la alternativa de la Corte es devolver el texto a las Cámaras para que éstas precisen su voluntad. Lo que no puede la Corte es ignorar ese vicio protuberante.

II. Análisis de los vicios individuales

1. La reforma constitucional propuesta en la Ley 1354 de 2009 constituye una sustitución de la Constitución de 1991 por una integralmente diferente

a. Deber de realizar un juicio de sustitución

En numerosas ocasiones, la Corte Constitucional ha establecido una diferencia entre, de una parte, la reforma de la Constitución que normalmente es realizada por el poder constituyente derivado, y de otra, la sustitución de la Constitución que únicamente puede ser llevada a cabo por el poder constituyente primario y originario. Con base en las disposiciones del Título XIII de la Carta y realizando una interpretación integral de la Constitución, la Corte ha identificado una limitación en la competencia del poder de reforma constitucional, conforme a la cual éste no puede sustituir la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder de reforma Constitucional es un poder derivado que carece de competencia para asumir el papel que corresponde al constituyente primario; no puede, por la vía del procedimiento de reforma, sustituir la Constitución.

Así, por medio de la sentencia C-551 de 2003² la Corte señaló que “[e]n el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados.”

En relación con el poder de reforma, la Corte precisó que éste “se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. (...) Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado.”

En dicha sentencia, la Corte indicó que la limitación competencial se deriva de la ausencia de una habilitación para la sustitución de la Constitución. Esto, pues la Carta contempló mecanismos exclusivamente para reformar la Constitución. La Corte, expresó que “(u)na cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado – lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, (...) y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder. || La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución (...) contradice el tenor literal de la Constitución. Así, el artículo 374 de la Carta señala que ‘la Constitución podrá ser reformada...’. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución

² En dicha sentencia, la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley de Referendo por medio de la cual el Gobierno Nacional convocó a un referendo para reformar la Constitución. La Corte concluyó que las reformas planteadas por la mencionada Ley no sustituían la Carta.

colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. (...) (R)esulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan.”

El llamado juicio de sustitución ha sido aplicado en las sentencias C-572 y C-971 de 2004 (respecto del acto legislativo mediante el cual se adelantó una reforma política), C-816 de 2004 (acto legislativo que promulgó el Estatuto antiterrorista), C-888 y C-970 de 2004 (acto legislativo que instauró el sistema penal acusatorio), y C-1040 de 2005 (acto legislativo que dispuso la reelección del Presidente de la República en el año 2005). En una sentencia reciente, la Corte declaró inexecutable el Acto legislativo 01 de 2008 que modificaba la carrera administrativa prescindiendo transitoriamente del concurso público.³ La Corte identificó un vicio de competencia en el trámite de la mencionada norma pues ésta en realidad consistía en una sustitución de la Constitución.

Es posible argumentar que el caso presente es diferente al tratarse de un referendo de iniciativa popular, el cual puede ser considerado como una manifestación del constituyente primario. No obstante, este argumento se fundamenta en una interpretación muy limitada del precedente: la Corte ya ha establecido que el poder de sustitución sólo aplica tras un acto fundacional mediante el cual el constituyente primario pretende cambiar integralmente el orden constitucional. Así, la sentencia C-551 precitada establece la competencia de la Corte para adelantar un juicio de sustitución de las leyes de referendo constitucional. Los fundamentos de dicha decisión son independientes a si la iniciativa del referendo es gubernamental o de iniciativa popular.

Así, las razones por las cuales la Corte ha considerado necesario llevar a cabo un juicio de sustitución aplican al caso presente. Si la ciudadanía selecciona el referendo como mecanismo para modificar la Constitución, ella misma delimita sus competencias como reformadora de la Constitución; actúa con el Congreso como poder constituyente derivado para realizar una reforma específica, cuyo texto definitivo confirma a través de la votación popular. Al ser el poder de sustitución excepcional, éste ha de ser reconocido por el constituyente originario convocando a una Asamblea Constituyente cuyo temario sea ilimitado.

Las razones por las cuales la Asamblea Constituyente tiene competencias más amplias que las que se predicán de un referendo de iniciativa popular están claramente dispuestas en la Constitución. La Asamblea tiene unos requisitos más exigentes en términos políticos: mientras que la esta última ha de ser aprobada por un 33.3% del censo, el referendo ha de serlo por un 12.5%.⁴

También, el referendo tiene unas reglas deliberativas menos amplias que las de la Asamblea: en la primera, se firma la iniciativa, se debate en el Congreso y se vota un texto fijo. En la

³ Sentencia C-588 de 2009. El acto añadía un párrafo transitorio al artículo 125 de la Carta.

⁴ Se comparan los artículos 376 de la Constitución respecto de la convocatoria a una asamblea constituyente, con los artículos 155 y 378 en relación con el referendo de iniciativa popular. Tras la aprobación de una ley por mayoría de los miembros de ambas cámaras, el pueblo decide si convoca la asamblea si lo aprueba por lo menos un tercio del censo electoral. En cambio, el referendo por iniciativa popular necesita inicialmente de la firma del cinco por ciento del censo electoral y, tras la promulgación de la ley, ha de ser aprobada por la mayoría de los sufragantes; éstos a su turno han de sumar más de un cuarto del censo electoral.

Asamblea en cambio, se debaten las competencias, el periodo y la composición en el Congreso, el pueblo convoca la Asamblea por medio de la votación popular, se eligen sus miembros también por votación popular y se discuten los contenidos de la reforma durante la duración de sus funciones. Mientras que para la primera se han de presentar las firmas, el debate en el Congreso y la votación popular, para la segunda es necesario cumplir con un debate en el Congreso, dos votaciones populares y un debate en la Asamblea misma.

En suma, la Asamblea Constituyente es un acto político de mayor envergadura, que es más gravoso en términos de riesgos políticos, tiempo y costos económicos, y finalmente en el que se requieren más espacios de deliberación. Esto evidencia que la Asamblea se configuró para la tramitación de reformas constitucionales de mayor envergadura que las que es posible gestionar a través de un referendo, aún así este último tenga iniciativa popular.

Estimar que la iniciativa popular del referendo es una manifestación del poder constituyente primario y original, haría absurda la previsión de la Asamblea Constituyente en tanto mecanismo de reforma constitucional. Si bastara con el referendo, sería redundante la posibilidad de convocar a una Asamblea, que tendría la misma utilidad que la iniciativa, pero sería más ineficiente y costosa. Es entonces lógico que únicamente sea posible reformar integralmente la Constitución mediante un acto de un peso político mayor que el de la recolección de firmas para un referendo. No existe otra forma de explicar las diferencias entre un referendo de iniciativa popular y una Asamblea Constituyente.

Además, el referendo comporta unos mayores riesgos de autoritarismo plebiscitario, en el que las mayorías son manipuladas por un régimen autocrático. Es natural entonces que el referendo tenga unos mayores límites constitucionales que la Asamblea Constituyente.

Habiendo establecido que es necesario adelantar un juicio de sustitución, se pasa a aplicarlo al caso concreto. Al desarrollar las razones por las cuales las reformas propuestas constituyen una sustitución, se seguirán los criterios establecidos por la Corte Constitucional⁵ para el mencionado juicio. Para cada uno de los vicios de competencia se analizarán (i) los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que resultarían sustituidos en caso de ser aprobado el referendo convocado por la Ley 1354 de 2009, (ii) el alcance jurídico de este referendo en relación con tales aspectos definitorios y (iii) la comparación de dichos parámetros con el caso concreto.

b. La reforma constitucional propuesta en la Ley 1354 concentra el poder en el ejecutivo y debilita el sistema de pesos y contrapesos.

La reforma constitucional que propone la Ley 1354 de 2009 sustituye la Constitución de 1991 porque una segunda reelección presidencial inmediata modificaría sustancialmente el sistema de pesos y contrapesos, y edificaría un régimen político radicalmente diferente con una débil competencia política y con una reducida alternancia en el poder. Este cargo será desarrollado en dos partes. Primero, se identifican los elementos esenciales del sistema de pesos y contrapesos que definió la Constitución de 1991. Segundo, se efectúa un análisis del porqué esos cambios en lugar de reformar la Constitución la sustituyen por una diferente.

1. Equilibrio de poderes en la Constitución de 1991

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Según una célebre definición minimalista, la democracia es un sistema de competencia entre facciones políticas. Por eso, cuando se acaba la competencia, se acaba la democracia. Cuando un partido o movimiento político consigue una superioridad tan aplastante que ya nadie puede disputarle el poder que tiene, se acaba la competencia. James Madison –el gran constitucionalista del siglo XVIII– denominaba a esto “*faccionalismo*” y pensaba que allí estaba el gran peligro del sistema democrático. Pero Madison, como muchos de sus contemporáneos, ideó un antídoto contra ese peligro: un complejo diseño institucional de pesos y contrapesos entre las distintas ramas del poder público que impidiera la concentración del poder en manos de un solo grupo político. Madison lo dice más bellamente: “[...] *la mayor seguridad [...] reside en dotar a los que administran cada rama del poder de los medios constitucionales y de los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás [...]. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición.*”⁶ Es por eso, que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se dice que un pueblo carece de Constitución si el poder del Estado no se ejerce de forma separada (art. 16).

Así pues, para evitar este mal es necesario que exista un cierto equilibrio entre las instituciones que ostentan el poder. Toda la historia de la democracia constitucional puede ser resumida como un esfuerzo por encontrar un justo balance entre la voluntad de las mayorías políticas y el respeto de unas reglas institucionales que encaucen esa voluntad y no permitan que se desborde. Los contrapesos institucionales están diseñados para establecer límites a las mayorías y para evitar que estas actúen a su antojo. La Carta Democrática Interamericana ratificada por Colombia planteó que la separación e independencia de los poderes públicos es uno de los “[...] *elementos esenciales de la democracia representativa*” (art. 5).⁷

En relación con el régimen constitucional colombiano, se constata una larga tradición de organización del Estado fundada en el principio de separación y control recíproco entre las ramas del poder público. Quizás lo más significativo de esa tradición es la independencia que desde mediados del siglo XX ha tenido la justicia en Colombia, sobre todo cuando se le compara con la mayoría de los países de América Latina.

Por su parte, la Constitución de 1991 buscó fortalecer esta tradición a través de varios mecanismos. La Corte Constitucional en varias oportunidades ha reconocido que el principio de separación de poderes es un elemento esencial de la Constitución. Por ejemplo, en la Sentencia C-757 de 2008 la Corte planteó que “[...] *el principio de separación de poderes en el escenario de la sustitución de constitución, [...] puede tenerse como definitorio de la identidad de la Constitución de 1991, pero que es claro que el mismo admite diversidad de formulaciones, todas compatibles con el postulado básico definitorio de la identidad de la Constitución, de manera que no toda modificación de la manera como en un momento se configuró el principio en la Constitución puede tenerse como una sustitución de la misma*” (subraya fuera del texto).⁸ Para la Corte entonces, la separación de poderes es un elemento definitorio de la identidad de la

⁶ Madison, James. 2001. “El Federalista LI”. En Alexander Hamilton, James Madison, y John Jay. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 220.

⁷ Compromiso de la Comunidad Andina adoptado por Ley 846 de 2003, a su turno declarada exequible mediante la sentencia C-644 de 2004.

⁸ Igualmente véanse, entre muchas otras, las Sentencias C-970 de 2004 y C-1040 de 2005.

Constitución que admite formulaciones diversas.

Esta interpretación se desprende de una lectura sistémica del texto constitucional. En su artículo 1º la Constitución definió que Colombia es un Estado social de derecho organizado “[...] *en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. El carácter republicano y democrático del Estado colombiano hace que principios como la separación de poderes y la alternancia de los gobernantes definan la naturaleza de la Constitución. El principio de separación de poderes no sólo se refiere a la estructura del Estado colombiano. Apunta además a limitar el ejercicio del poder político y a materializar los fines del Estado (art. 2).⁹ La formulación general de este principio fue incluida en el artículo 113 de la Constitución que plantea textualmente: “[s]on Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. || Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

De otra parte, el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos debe ser entendido a la luz de la forma democrática asumida en la Constitución, que no es otra que la democracia constitucional. Así lo ha señalado la Corte, que al respecto ha dicho: “*el Estado colombiano a partir de la Constitución de 1991 adoptó la democracia constitucional como su régimen político, alrededor de los principios, valores y mandatos del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º). Dicha decisión la tomó el pueblo colombiano en un acto de libre ejercicio de su soberanía e independencia política.*”¹⁰

Para materializar este diseño de un modo acorde con el modelo de democracia constitucional, la Constitución procuró disminuir el poder del Presidente en relación con los otros poderes del Estado, introduciendo la figura de la moción de censura (art. 135, núm. 9) y limitando las facultades constitucionales para declarar los estados de excepción (art. 212 y ss.). Además creó varios organismos encargados de hacerle contrapeso a la voluntad política mayoritaria, tales como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo. Finalmente, independizó varias autoridades cuyas funciones deberían ser autónomas de las coyunturas políticas, tales como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría General de la Nación y el Banco de la República, entre otras.

De otra parte, la Constitución le otorgó al Presidente de la República un importante poder de nominación. Cuenta con la potestad de presentar ternas o participar en su conformación, para la

⁹ En la Sentencia C-970 de 2004 la Corte Constitucional así lo reconoció. “*En efecto – afirmó la Corte –, la separación funcional permite, por una parte, limitar el alcance del poder que ejerce cada órgano y, por ende, restringir su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad y, por otra, asegurar que los diversos órganos desarrollen un mayor grado de especialización institucional*”.

¹⁰ Sentencia C-644 de 2004

designación de los magistrados de la Corte Constitucional (art. 239), el Fiscal General de la Nación (art. 249), los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (art. 254), el Procurador General (art. 277) y el Defensor del Pueblo (art. 281). Además, son elegidos directamente por el Presidente todos los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República (art. 372) y dos miembros de la de la Comisión Nacional de Televisión (art. 77). Este amplio poder de nominación presidencial fue compensado con un complejo equilibrio entre el periodo presidencial y el de los directivos de las instituciones de ese sistema de pesos y contrapesos. Sin reelección presidencial, los periodos del presidente y de los altos funcionarios del Estado tienden a no coincidir en el tiempo, lo cual obligaba al Ejecutivo a gobernar al menos una parte de su periodo con funcionarios nombrados en tiempos diferentes al suyo.

2. Una segunda reelección presidencial, sin modificaciones adicionales, sustituye el sistema de pesos y contrapesos.

El equilibrio institucional descrito se encuentra en peligro debido a que la propuesta de reforma constitucional propicia un proceso de concentración del poder y limita de forma desproporcionada la separación de poderes. Esta Ley propone una reforma que permite tres mandatos presidenciales consecutivos. Es decir, autoriza que una sola persona gobierne durante doce años sin interrupción.

La adopción de una reforma de dicha magnitud requiere de una serie de modificaciones institucionales necesarias para mantener el equilibrio. La posibilidad de reelegir al Ejecutivo de manera repetida se suele compensar con la introducción de reformas encaminadas a fortalecer la independencia de los poderes llamados a controlarlo. Estas medidas no han sido adoptadas en el momento actual.

Modificar la Constitución para que el mandato presidencial pueda ser de doce años consecutivos sin cambiar el periodo de los demás funcionarios públicos que están llamados a controlarlo pone a tambalear el andamiaje constitucional existente, como cuando a un castillo de naipes se le cambia una carta por otra que tiene una dimensión diferente.¹¹

La segunda reelección presidencial introduce un modelo institucional que no puede ser considerado como una de las diversas formulaciones de la separación de poderes; por el contrario, afecta la esencia del complejo sistema de pesos y contrapesos. Esto es así porque i) el presidente reelegido en dos oportunidades ejerce el poder de nominación que la Constitución de 1991 contempló para tres presidentes, y ii) algunos de los altos funcionarios nominados o nombrados por el presidente en sus dos primeros periodos presidenciales, seguirían ejerciendo sus funciones durante el tercer periodo. Veamos cada argumento tomando como ejemplo los cambios institucionales descritos por el cuadro que se anexa a la presente intervención.

¹¹ Estos riesgos han sido identificados empíricamente por varios estudiosos del régimen político colombiano. Al respecto véanse: Rodríguez, C. (2005). “El impacto de la reelección sobre la política y las instituciones colombianas”, en *Revista Foro*, 56; Villa, A. (2005). “El impacto institucional de la reelección”, en: Cárdenas, M. (coord.). *La reforma política del Estado en Colombia: una salida integral a la crisis*, Bogotá: Cerec, pp. 15-45 y Santana, P. (2006). “Colombia bajo el segundo mandato de Uribe”, en *Revista Foro*, 58.

En primer lugar, aunque la presente reforma no cambia las reglas del poder de nominación, una segunda reelección permite que el presidente mantenga dicho poder durante tres periodos. Según el cuadro anexo, el presidente dos veces reelegido podría influir en tres ocasiones en la nominación del Procurador General, del Defensor del Pueblo y del Fiscal General. Asimismo, podría nombrar nuevamente a dos de los cinco miembros de la Comisión Nacional de Televisión y podría llegar a elegir a todos los codirectores de la Junta Directiva del Banco de la República. Este reiterado poder de nominación desequilibra el sistema de pesos y contrapesos porque el periodo de los funcionarios que están llamados a controlar al presidente permanece intacto. En la práctica esto implica que el presidente reelegido repetidamente ejerza diez de los doce años de gobierno con funcionarios elegidos directa o indirectamente por él.

En segundo lugar, doce años continuos bajo el poder de un solo presidente afecta el sistema de contrapesos porque todos los altos funcionarios del Estado elegidos durante el segundo periodo presidencial ejercerían con el mismo presidente en un tercer periodo. En el cuadro anexo se observa que, además de las instituciones ya mencionadas, este sería el caso de algunos magistrados de la Corte Constitucional y de la totalidad de los de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Es por esta razón que la alternancia de los gobernantes se relaciona estrechamente con el fortalecimiento del sistema de pesos y contrapesos. La razón es simple: la alternancia del gobernante introduce la competencia política entre facciones y resguarda el sistema de pesos y contrapesos porque los funcionarios nominados o elegidos por un presidente cumplirían sus funciones de manera simultánea a uno diferente al que los eligió.

La segunda reelección modifica sustancialmente las circunstancias de hecho que llevaron a la Corte a declarar la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2004. La *ratio decidendi* de la Sentencia C-1040 de 2005 en este tema podría resumirse de la siguiente forma: una reelección presidencial inmediata no sustituye la Constitución porque los elementos que definen el sistema de gobierno no serían sustancialmente afectados. La reelección modifica elementos puntuales de la distribución del poder, pero los riesgos que esta modificación constitucional traería son “eventuales”.¹² Las sustanciales diferencias existentes entre una y dos reelecciones presidenciales implican que las circunstancias actuales sean perfectamente distinguibles del mencionado precedente.

El Centro de investigación Dejusticia adelantó una investigación titulada *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*.¹³ En este estudio se quiso evaluar los eventuales riesgos que supuso la primera reelección presidencial. La conclusión es que la primera reelección presidencial inmediata implicó riesgos reales para la

¹² En palabras de la Corte Constitucional “[...] establecer la posibilidad de reelección presidencial inmediata implica introducir una modificación importante en algunos aspectos del diseño de la distribución del poder del Estado [...] la reelección del Presidente proyectaría por un periodo más su influencia en la conformación de esos órganos. Sin embargo, esas modificaciones en la distribución del poder son eventuales y hacen parte de la ponderación que es necesario adelantar a la hora de hacer una reforma constitucional, ponderación que corresponde a quien está investido por el constituyente de poder de reforma, sin que las consideraciones sobre su conveniencia y oportunidad trasciendan al debate constitucional y sin que por virtud de ellas quepa afirmar que se ha producido una sustitución de la Constitución”.

¹³ García, M. y Revelo, J. (dirs.) (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. La versión magnética de este texto puede ser consultada en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=667.

autenticidad democrática.

Aunque la Corte Constitucional en la sentencia precitada señaló que este tipo de consideraciones se referían a cambios hipotéticos y se fundamentaban en temores y valoraciones políticas, en el caso de la segunda reelección es evidente que las hipótesis del desequilibrio de poderes están comprobadas y que los temores no son infundados. Esta reforma implica una modificación sustancial de la Constitución que trae riesgos seguros (y no eventuales) para el espíritu de la democracia colombiana.

En la Sentencia C-1040 de 2005 la Corte Constitucional planteó que reelegir al presidente era un asunto accidental y no definitorio del tipo de régimen político. Esta postura es razonable si se analiza la modificación de forma aislada y sólo aplica a una reelección presidencial. En la sentencia citada, la Corte aclaró que en los asuntos accidentales “[...] *pueden considerarse opciones distintas, como puede ser, por ejemplo la adoptada en el acto legislativo acusado, de incorporar la posibilidad de reelección inmediata, limitada, en todo caso a un periodo, para establecer un límite máximo de duración al mandato de cada presidente*” (subraya fuera del texto).

Las conclusiones son diferentes si se analiza la autorización de una segunda reelección. De un lado, si la Corte opta por concretar el análisis y analizar en profundidad la alteración del equilibrio de periodos que supone la segunda reelección, concluirá que el sistema de pesos y contrapesos se encuentra en peligro de desaparecer. El sistema de pesos y contrapesos que definió la Constitución de 1991 no es capaz de soportar dos reelecciones presidenciales. Con una reelección presidencial inmediata la Constitución de 1991 aún contaba con herramientas importantes para resistir el proceso de concentración del poder en el Ejecutivo. Aún con periodos de ocho años, el Gobierno era incapaz de influir en varias instituciones del Estado y aún si lo lograra, su poder solamente coexistiría por pocos años.

Estas consideraciones muestran que la reforma que se propone al pueblo busca sustituir la Constitución de 1991. A pesar de ello, si la Corte Constitucional considera –aplicando el principio de conservación del derecho- que la propuesta de reforma constitucional se ajusta a la Constitución, es necesario que condicione la aplicación de la reforma a que el equilibrio de periodos y el sistema de pesos y contrapesos sea sustancialmente modificado.

En resumen, la Ley 1354 de 2009 propone una reforma constitucional que reformula el equilibrio de periodos de la Constitución al punto que sustituye un elemento esencial de la Constitución de 1991: la separación de poderes. Esto es así porque i) una segunda reelección afecta la alternancia en el poder político, la competencia política y derrumba el sistema de pesos y contrapesos; ii) la afectación de principios tan importantes se materializa con la modificación radical del equilibrio de periodos que definió la Constitución; iii) el equilibrio de periodos no es un asunto accidental de una democracia constitucional porque garantiza que el sistema de pesos y contrapesos institucionales perdure; iv) una segunda reelección implica un peligro inminente (más que eventual) para la autenticidad de la democracia colombiana; y v) una segunda reelección permitiría que el presidente de turno (a) influya por tercera vez en los nombramientos de los altos funcionarios de varias instituciones (Defensoría, Fiscalía, Procuraduría, Banco de la

República y Comisión Nacional de Televisión) y (b) porque los altos funcionarios nominados durante el segundo periodo ejercerían durante el tercer periodo presidencial.

c. La reforma propuesta es contraria al principio de generalidad de las normas constitucionales y de la prohibición de que éstas sean modificadas procurando que algún particular siga en el poder. El Congreso no es competente para realizar una reforma constitucional con nombre propio.

La actual reforma constitucional está explícitamente dirigida a que una persona particular continúe ejerciendo la Presidencia de la República. Ello riñe con un principio constitucional básico según el cual las normas de la Carta son generales, sirven de regla de juego para todos los poderes y gobernantes, y no pueden ser manipuladas con el objetivo de beneficiar a uno de ellos. Dicho principio se desarrolla en normas básicas de la Constitución: el artículo 1º acerca del Estado Social de Derecho, que consagra la prevalencia del interés general; y el artículo 209, en el que se establece que la administración pública está al servicio de dicho interés. Además, el artículo 2º de la Carta incluye dentro de los fines esenciales del Estado la preservación de un orden justo. Y no es plausible que un régimen en el que las reglas de juego se modifican a favor de una sola persona lo sea. Por el contrario, la definición misma de un orden justo requiere del elemento de la generalidad de las normas. Esto siempre ha sido una parte esencial de la democracia. En palabras de Santo Tomás, un régimen "*se vuelve injusto cuando, despreciando el bien de la sociedad, tiende al bien privado del dirigente. Luego cuando más se separe del bien común, tanto más injusto será el régimen*"¹⁴

Se podría decir que mediante sentencias anteriores la Corte ya descartó cargos similares. En efecto, al resolver las demandas elevadas contra el acto legislativo que permitió la reelección presidencial, la Corte consideró que los argumentos según los cuales dicha modificación había sido adelantada para favorecer a Álvaro Uribe Vélez, eran juicios subjetivos que no podían ser tenidos en cuenta en la revisión de una norma general.¹⁵

No obstante, este caso es diferente. En el trámite de la Ley del Referendo se presentó un reconocimiento explícito de los poderes políticos de que la presente reforma se adelantaba buscando un tercer periodo del Presidente Uribe. Estas evidencias se observan a continuación:

- (i) El texto de reforma constitucional propuesto por medio de la iniciativa popular fue modificado para que el actual Presidente pudiese ser candidato. El Senado de la República cambió el verbo "*ejercido*", que excluía a Álvaro Uribe como candidato en el año 2010, por "*elegido*", que sí permitía dicha posibilidad. Por lo tanto, la voluntad del Congreso de reformar la Constitución con miras a una persona en particular está explícita en el cambio del texto de la Ley. Según el reconocimiento expreso de varios congresistas dicho cambio se realizó para permitir al actual Presidente ser elegido una tercera vez. Por ejemplo, el Representante a la Cámara Roy Barreras, que pasó de Cambio Radical al Partido de la U, dijo al diario El Espectador cuando el Congreso cambió el texto de la pregunta: "*Es bueno que los colombianos sepan que ahora sólo queda una*

¹⁴ ST La Monarquía, Tecnos, Madrid, , 2007, p. 18.

¹⁵ Sentencias C-1047 de 2005 y C-1051 de 2005.

alternativa para decidir: o va Uribe en el 2010 o se le cierran las puertas definitivamente"¹⁶.

- (ii) En diferentes ocasiones el Partido de la U indicó explícitamente que apoyaba la iniciativa popular y el trámite de la ley del referendo porque respaldaba un tercer periodo del Álvaro Uribe Vélez.¹⁷ Por ejemplo, el Presidente del Partido de la U Carlos García Orjuela declaró que dicha bancada apoyaría la iniciativa popular de referendo “*que permita que el Presidente Uribe*” se presente a una “*nueva elección presidencial*”.¹⁸ Así, el apoyo crucial de un partido político, que fue esencial para la aprobación de la Ley bajo análisis, tuvo como motivación expresa que el actual Presidente siguiera en el poder. En el mismo sentido, al presidir el Partido de la U Luis Carlos Restrepo afirmó en la Asamblea de dicho partido que “*la U es el partido de la reelección.*” Ello es consistente con varias fuentes de prensa de acuerdo a las cuales el señor Restrepo dejó de trabajar en el Gobierno Nacional y pasó a encabezar el partido mencionado con el objetivo de “*sacar adelante el referendo reeleccionista.*”¹⁹ No sobra señalar que el partido de la U se describe a sí mismo como “*la columna vertebral de la política de seguridad democrática*” y que gira “*entorno a la obra de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (...).*”²⁰
- (iii) El Ministro del Interior y de la Justicia realizó varias declaraciones dirigidas a acelerar el proceso de revisión del la Ley 1354 en la Corte Constitucional.²¹ No puede haber otra motivación para hacer dichos pronunciamientos que la premura del tiempo para que el Presidente pueda candidatizarse. Ello, en contravía de la serenidad y prudencia requeridas para evaluar una reforma constitucional, general, de largo plazo y sin beneficiarios particulares evidentes.
- (iv) Se evidencian una serie de comportamientos de parte del Gobierno Nacional en los que se evidencia su apoyo a la reforma constitucional bajo análisis. Se dan dos ejemplos claros de lo anterior: en primer lugar, el Presidente solicitó la realización de sesiones extraordinarias para la votación del proyecto en la Plenaria de la Cámara en Diciembre de 2008. Su interés por la aprobación del proyecto en dicho momento es el único factor que puede explicar la mencionada solicitud. Ello constituye una evidencia adicional de que el Presidente jugó un papel preponderante, no sólo en la aprobación de la medida, sino en que ésta hubiere tenido lugar en los tiempos que le permitieran lanzarse a la reelección. El argumento según el cual el Gobierno apoyó la medida con el fin de respetar la

¹⁶ Ver artículo en el Espectador <http://www.elespectador.com/noticias/politica/audio-cambio-radical-advierde-unicaposibilidad-reeleccion-2010>

¹⁷ Ver el video <http://www.youtube.com/watch?v=iP0agU2gTqc> , mediante el cual se describe cómo el partido “le apuesta a una segunda reelección del Presidente Uribe”. Este video está colgado en el canal propio del Partido de la U del sitio de Internet Youtube, y por ende ha de asumir que avala su contenido.

¹⁸ Ver artículo <http://www.lasillavacia.com/historia/4265> en el que se muestra el video del Presidente del partido referido tras la reunión de la coalición de Gobierno mediante la cual se decidió que se apoyaría la Ley de referendo.

¹⁹ Ver nota de prensa en <http://www.lasillavacia.com/historia/176>

²⁰ Ver la página de Internet del mencionado partido <http://www.partidodelau.com/index.php?p=3&ite=1>

²¹ Ver nota del diario El Tiempo http://www.eltiempo.com/colombia/politica/uribe-anunciara-candidatura-solo-despues-de-que-se-vote-el-referendo-valencia-cossio_6005596-1, en el que el Ministro además indica que la aprobación del referendo “es un reconocimiento del trabajo del Presidente Uribe”.

voluntad popular es fácilmente desvirtuable al constatar numerosos proyectos que cuentan con niveles altos de popularidad, pero que no tienen el apoyo de la línea gubernamental.

En segundo lugar, el comportamiento del equipo de asesores del Ministerio del Interior y de la Justicia en la aprobación del informe de conciliación es una evidencia clara del fuerte apoyo del Presidente a la iniciativa que favorece su propia reelección. Dicho comportamiento fue recogido en grabaciones de diferentes medios, en las que se constata la presión que sufrieron representantes y senadores para depositar su voto favorable, y los gestos de victoria y regocijo del Ministro del Interior al haber sido aprobada la norma.²²

- (v) Por último, a diferencia de los procedimientos realizados durante el año 2005, durante el trámite de la Ley 1354 se presentan muy escasos argumentos acerca de la conveniencia o no de que la Constitución de manera general permita tres periodos presidenciales. Por ejemplo, en la sesión del día 17 de diciembre de 2008 en la que la Plenaria de la Cámara de Representantes aprobó el texto de ley del referendo, hubo múltiples menciones respecto de la conveniencia de que el Presidente de la República fuera elegido por tercera vez. Pero no hubo una sola alusión a la conveniencia del cambio de reglas de juego de forma general. En otras palabras, el día que se presentaron más congresistas a debatir y votar la Ley bajo análisis –se registraron 48 intervenciones– no se habló en ningún momento del valor del cambio constitucional a largo plazo.

Estas pruebas indican que el hecho de que esta reforma estuviere dirigida a la reelección de una persona particular no sea un asunto meramente anecdótico, como sí lo hubiere podido ser durante el Acto Legislativo de 2004. La reelección del actual Presidente hace parte esencial, clara y explícita del trámite de la Ley de referendo.

Por lo anterior, la reforma constitucional que pretende la Ley bajo análisis es contraria a la esencia del juego constitucional de preservar la alternancia de los gobernantes. La espina dorsal del constitucionalismo y del principio republicano es mantener abierto el proceso democrático y evitar que quien está en el poder utilice las normas con el fin de auto-perpetuarse en él. Además, la aplicación de normas con nombre propio que buscan que una persona permanezca en el poder genera inevitablemente una tendencia de exclusión del individuo de las reglas de juego. La persona favorecida por dichos cambios pasa a sentir que está por encima del derecho, el cual aplica para todos menos para él.

Este tipo de modificación constitucional constituye lo que en términos de la Corte es un “*quebrantamiento*” de la Constitución y no una reforma de la misma. En términos de la sentencia C-551 de 2003 precitada, mientras que la reforma busca modificar de manera general las cláusulas constitucionales, el quebrantamiento tiene como objetivo adoptar una decisión política singular y puntual, que es contraria a los preceptos constitucionales.²³

²² Ver las siguientes noticias de prensa: <http://www.lasillavacia.com/historia/1945> ; <http://www.lasillavacia.com/historia/4119>

²³ La distinción que la Corte hace de estos dos conceptos se refirió a las preguntas 17 y 18 del referendo analizado en el año 2003. Estas preguntas buscaban respectivamente que el período de los congresistas fuera acortado, mientras el de las autoridades territoriales fuera ampliado. Para la Corte, este tipo de preguntas tienen la

Estos elementos de juicio no tienen una naturaleza subjetiva. Al referirse a la esencia misma de los trámites de la Ley bajo análisis tienen una relevancia jurídica que no puede ser obviada por el órgano constitucional que ha de revisar la legitimidad de los procedimientos. El juicio de competencia del que trata el test de la sustitución incluye establecer si las normas bajo análisis son consecuencia de una manifestación en búsqueda del interés general o si hacen parte de un proyecto político a nombre propio.²⁴

d. La reelección presidencial por un tercer período sustituye los principios de pluralismo democrático e igualdad en la contienda electoral presidencial.

La Ley 1354 de 2009 introduce un factor de desequilibrio en la contienda electoral que constituye una sustitución de la Constitución de 1991 en la medida en que no existe un marco de garantías electorales que resulte aplicable en caso de que la posibilidad de la segunda reelección presidencial sea incorporada a la Carta. La inexistencia de tal marco comporta una supresión de los principios de pluralismo democrático e igualdad en la contienda electoral, los cuales constituyen un eje esencial de la Constitución de 1991. Varios artículos constitucionales ponen en evidencia el carácter medular de tales principios. Así, el artículo 1º define a Colombia como un Estado social de derecho “*organizado en forma de República [...] democrática, participativa y pluralista*”; el artículo 2º establece como uno de los fines esenciales del Estado “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*”; el artículo 13 dispone que todas las personas “*gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades*” y que “*el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva*”; el artículo 40 según el cual “*todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”; el artículo 112

particularidad de no someter a consideración del pueblo unas normas abstractas e impersonales, sino de constituir por sí mismas actos electorales específicos. La prolongación de ciertos funcionarios dentro de la Constitución debe obedecer a una reforma estructural del régimen constitucional que rige la relación entre los ciudadanos, los elegidos y sus períodos. De lo contrario, la pregunta se vuelve un voto de confianza en ciertos funcionarios electos, disfrazada de referendo. Ésta sería una reforma de tipo plebiscitaria, que no está prevista en la Constitución. A su vez, para determinar si existe un quebrantamiento, la doctrina ha establecido el “*test de efectividad de la reforma*”, que busca mirar si las normas constitucionales a reformar, siguen siendo las mismas antes y después del referendo. Si siguen siendo las mismas, no ha habido reforma como tal, sino que se ha encubierto (en disfraz de referendo) una decisión política singular de tipo plebiscitario. Esto se lograría con la ampliación del período de un funcionario electo, puesto que la reforma sólo serviría o para despojarlo de su cargo o para hacerlo permanecer más tiempo en él de una forma *ad hoc*.

²⁴ De otra parte, para la Corte Constitucional no es extraño el análisis de elementos fácticos para evaluar la constitucionalidad de una norma general. La Corporación se ha fundamentado en elementos fácticos respecto del trámite de normas como fundamento para declarar su inconstitucionalidad. Por ejemplo, en la sentencia C-776 de 2003²⁴, la Corte consideró que una norma tributaria que imponía un impuesto del IVA del cuatro por ciento a los bienes y servicios de primera necesidad violaba varias normas constitucionales. Entre otros argumentos, la Corte consideró que dicha decisión había sido tomada “*sin un mínimo de deliberación política en el seno del Congreso*”, en consideración de las graves implicaciones constitucionales que tenía la norma tributaria. La Corte estimó que “*tanto de la concepción y el diseño de la norma acusada como de la manera como fue incorporado al sistema tributario se concluye que esta fue el resultado de una decisión indiscriminada de gravar una gran cantidad de bienes y servicios completamente diversos que no estuvo acompañada de la deliberación pública mínima, mediante la cual se materializa el principio de no tributación sin representación, respecto de las implicaciones de ampliar la base del IVA para la progresividad y equidad del sistema tributario.*” Esta es claramente una consideración fáctica acerca del debate en el Congreso que tiene consecuencias respecto de la constitucionalidad del procedimiento mediante el que se aprobó la norma.

consagra los derechos de los partidos y movimientos políticos de oposición; y en general todo el capítulo II del título IV que regula los derechos de los partidos y movimientos políticos es una expresión de los principios aludidos. Estos múltiples referentes normativos muestran no sólo que estos principios son definitorios de la identidad de la Constitución, sino que los mismos son irreductibles a un artículo de ésta y que, por tanto, no se pretende que la Corte convierta en pétrea una determinada cláusula constitucional.

La inexistencia de un marco de garantías electorales implica que en este caso nos encontremos ante una hipótesis distinta a la de la reforma constitucional que en el 2004 introdujo la reelección presidencial por una sola vez. En efecto, en la sentencia 1040 de 2005 la Corte concluyó que no podía aducirse que dicha reforma hubiera “*sustituido parcialmente la Constitución por supresión del principio de igualdad aplicado al proceso de elección presidencial o por una total subversión del principio de la democracia pluralista*”²⁵. A juicio de la Corte no se podía hablar de sustitución por cuanto tales principios seguían rigiendo en las otras esferas de la actividad democrática y porque además “*el Acto Legislativo acusado contempla expresas previsiones orientadas a garantizar el equilibrio en la contienda y promover la igualdad electoral en el nuevo contexto institucional...*”.

Tales garantías contempladas en el artículo 1º del Acto que consagró la reelección presidencial por una sola vez y que actualmente se encuentran incluidas en los incisos 4º y 5º del artículo 127 de la Constitución, son las siguientes: i) el presidente y el vicepresidente de la República que presenten sus candidaturas sólo podrán participar en las campañas electorales desde los cuatro meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial; y ii) durante la campaña, el presidente y el vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Pero además de estas garantías mínimas previstas expresamente en el Acto Legislativo, este también contempló, como garantía adicional para la preservación del equilibrio electoral, la obligación de expedir una Ley estatutaria al respecto. Así, el artículo 4º adicionó al artículo 152 de la Constitución un literal que dispone que el Congreso regulará mediante Ley estatutaria “[l]a igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”, y estableció en su parágrafo transitorio que el Gobierno Nacional o los miembros del Congreso deberían presentar, antes del 1º de marzo de 2005, un Proyecto de Ley estatutaria que desarrollara el literal adicionado al artículo 152 y que regulara, entre otras, las siguientes materias: “[g]arantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República”.

Tanto la existencia de unas garantías electorales mínimas previstas en el propio Acto Legislativo, como la consagración de la obligación de expedir una Ley estatutaria al respecto, fueron algunas de las razones que permitieron a la Corte concluir que la reelección presidencial por una sola vez no comportaba una sustitución de los principios de pluralismo democrático e igualdad electoral. Así se dijo expresamente en la sentencia C-1040: “[p]ara la Corte permitir la reelección

²⁵ Sentencia C-1040 de 2005, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente” (subraya fuera de texto). En este sentido, la viabilidad de la primera reelección estuvo sujeta no sólo a la declaratoria de exequibilidad del Acto Legislativo que la consagró, sino también a la expedición y exequibilidad de la Ley estatutaria de garantías electorales.

De acuerdo con los mandatos constitucionales introducidos por el Acto Legislativo 2 de 2004, el Congreso expidió la Ley 996 de 2005 que en su artículo 1º dispone que esta *“tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”* (subraya fuera de texto). Dicha Ley estableció garantías electorales adicionales a las previstas en el Acto Legislativo, relativas a restricciones y prohibiciones impuestas al presidente-candidato. Así, reguló el modo en que este puede participar en los mecanismos de selección de candidatos de los partidos o movimientos políticos (art. 6), y dispuso que seis meses antes de la votación en primera vuelta debe declarar públicamente y por escrito su interés en presentarse como candidato (art. 9). A partir del momento en que haga pública su candidatura comienzan a operar las siguientes restricciones: la gestión del gobierno no puede ser transmitida por el Canal Institucional del Estado (art. 27); y el presidente no puede asistir a actos de inauguración de obras públicas, ni entregar personalmente recursos o bienes estatales, ni referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas como Jefe de Estado o de Gobierno, ni utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del Gobierno (art. 30).

Ahora bien, considerando que el Congreso expidió la Ley 996 de 2005 que según el artículo 1º precitado aplica *“cuando el presidente en ejercicio aspire a la reelección”*, podría pensarse *prima facie* que el referendo que pretende introducir una segunda reelección presidencial no implica una sustitución de los principios de democracia pluralista e igualdad electoral, por cuanto ya existe un marco de garantías constituido por las previsiones contenidas en los incisos 4º y 5º del artículo 127 de la Constitución y por la referida Ley. Sin embargo, dicho marco no es aplicable en el evento de una segunda reelección presidencial porque el mismo fue previsto para regular la reelección presidencial por una sola vez. De hecho, otra de las razones por las cuales la Corte consideró que esta figura no comportaba una sustitución de la Constitución por supresión del principio de igualdad electoral es que el Acto Legislativo aseguraba *“la posibilidad de que el electorado decida sobre la alternación en el poder, al mantenerse las elecciones periódicas y limitarse a una sola vez la posibilidad de reelección”*.

En virtud de lo anterior, las garantías previstas en la Ley 996 de 2005 no suplen la omisión en la que incurre la Ley que convoca el referendo, ya que la posibilidad de la segunda reelección debilita la alternancia en el poder y, en esta medida, exige un marco de garantías electorales reforzado en relación con el previsto para la reelección por una sola vez. En efecto, la Ley 1354 abre dos posibilidades que no fueron contempladas al ser expedida la Ley 996: la primera es que quien ha sido presidente por dos períodos se postule para un tercer período sin solución de continuidad; y la segunda es que quien ejerció la presidencia durante dos períodos se postule posteriormente para un tercer período. En la primera hipótesis el presidente tendría la doble

condición de presidente-candidato, pero las restricciones y prohibiciones establecidas en la Ley 996 resultarían insuficientes para lograr la igualdad en la contienda electoral. Es preciso destacar que no es equiparable la situación de quien ha ejercido la presidencia durante un período y aspira a ser reelegido, de la de quien ha sido presidente por dos períodos y aspira a serlo por un tercer período. De acuerdo a lo descrito en esta intervención, el presidente que es candidato al final del segundo periodo cuenta con una ventaja política adicional a la que disfruta el presidente-candidato que está finalizando un primer periodo. Asumiendo todas las demás variables iguales, en este evento el presidente-candidato tiene un mayor poder de negociación y un más alto reconocimiento político. El hecho de haber estado en el poder más tiempo, por sí sólo, le permite disfrutar de estas ventajas adicionales.

En la segunda hipótesis, el aspirante a la Presidencia no ostentaría la condición de presidente-candidato. Pero es claro que el hecho de haber ejercido la presidencia por dos períodos genera una situación distinta frente a los otros candidatos, la cual debe ser también tenida en cuenta en el diseño de garantías. Es evidente que esta hipótesis no fue contemplada en la actual Ley de garantías, precisamente porque la misma fue expedida ante la posibilidad institucional de una reelección para un segundo período, no para un tercero.

Ahora bien, resulta claro que la introducción de la reelección para un tercer período marca un cambio en las reglas de juego del ejercicio del poder y la democracia en el país, tal como en su momento lo hizo la consagración de la reelección presidencial para un segundo periodo. En tal sentido, así como el Acto legislativo 02 de 2004 previó los ajustes jurídicos que deberían ser incorporados so pena de sustituir los principios de democracia pluralista e igualdad en la contienda electoral presidencial, la Ley 1354 de 2009 debió haber hecho lo propio en atención a este nuevo cambio constitucional.

La existencia de este marco de garantías constituye no sólo una exigencia para mantener la igualdad en la contienda electoral, sino también para hacer frente a la amenaza que comporta el incremento progresivo de períodos de reelección presidencial, ya que el mismo puede conducir a que un líder se auto-perpetúe en el poder. La ausencia de garantías que sean conmensurables al poder del presidente-candidato añade un obstáculo aún mayor para sus contrincantes y fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permite la consolidación de una sola persona en el poder. Por tal razón, ante la inexistencia de un marco de garantías adecuado, la ley acusada sustituye la Constitución de 1991 al suprimir los principios de pluralidad democrática e igualdad en la contienda electoral.

De los argumentos anteriores resultan dos posibles consecuencias. La primera es la inexequibilidad de la norma. La segunda, que en el caso de esta intervención constituye la pretensión subsidiaria, es el condicionamiento de la exequibilidad de la Ley en cuestión bajo el entendido de que únicamente puede surtir efecto una vez se haya suplido la referida omisión, es decir, una vez se haya expedido un marco legal de garantías electorales aplicables en el evento de una segunda reelección presidencial, o una vez se hayan hecho los ajustes necesarios a la Ley 996 de 2005.

Ahora, en caso de que la Corte estime que la Ley 996 de 2005, en conjunto con las previsiones contenidas en el artículo 127 de la Constitución, constituye un marco de garantías electorales adecuado incluso para el evento de una segunda reelección del presidente, es preciso que la Corte así lo aclare, pero que además se condicione la exequibilidad de la Ley 1354 en el sentido de que la reforma constitucional no puede surtir efecto para las elecciones presidenciales que se

realizarán en el 2010, dado que es imposible que tal marco de garantías sea aplicado. En efecto, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 996, tal como fue condicionado por la Corte en la sentencia C-1153 de 2005, las restricciones y prohibiciones impuestas a los presidentes-candidatos deben empezar a operar seis meses antes de la votación en primera vuelta. En este sentido, en caso de que el Presidente actual -que es el único que estaría en la hipótesis de ser reelegido para un segundo periodo- pretendiera postularse como candidato, tales restricciones y prohibiciones deberían haber empezado a ser efectivas desde el 30 de noviembre de 2009, lo cual ya es jurídica y fácticamente imposible.

Dado que en las dos variables posibles de la exequibilidad condicionada, la reforma constitucional no podría surtir efectos para las elecciones presidenciales del 2010, la Corte debe en cualquiera de estos casos diferir la vigencia de esta reforma para las elecciones del 2014. Sin embargo, considerando que el texto de la Ley 1354 por medio de la cual se convoca al referendo no excluye que la reforma se aplique a partir de las elecciones del 2010; y teniendo en cuenta además que, tal como se indicó en esta intervención, esta Ley está dirigida a permitir que el Presidente actual pueda ser reelegido para un tercer periodo -razón por la cual muchos votantes decidirán su participación en el referendo en vista de esto-, es preciso que el texto del referendo que se someta a consideración del pueblo incluya la salvedad de que la reelección presidencial por un segundo periodo únicamente operará a partir de las elecciones presidenciales del 2014. Así lo exigen los principios de claridad y lealtad en la redacción de un referendo que se desprenden del artículo 378 de la Constitución que dispone que “[e]l referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente”.²⁶ En efecto, si tal salvedad no es incluida en el texto que se someterá a la aprobación del pueblo, la libertad del elector será traicionada en la medida en que votará –o dejará de hacerlo– inducido por un engaño, a saber, que de ser aprobado el referendo el Presidente actual quedaría habilitado para ser candidato en las elecciones del 2010.

2. La iniciativa popular plutocrática

El procedimiento para elaborar una ley no se restringe a lo que ocurre en las instalaciones del Legislativo. Por tal razón, la Corte es competente para verificar que la iniciativa popular legislativa se ajuste a la Constitución.²⁷ Esta constatación se fortalece porque el cumplimiento de los requisitos constitucionales en este tema no es un asunto menor. La participación ciudadana tiene una importancia capital según se desprende del análisis de los principios fundamentales del Título I de la Constitución. Según este título, el Estado colombiano es “participativo” (art. 1) y tiene como fin “[...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (art. 2). Además de ello, el artículo 3 constitucional señala que la soberanía reside “[...] exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”. En la Sentencia C-180 de 1994 la Corte Constitucional planteó que “[l]a posibilidad de tener iniciativa legislativa y normativa ante las diversas corporaciones públicas, tiene la naturaleza de un derecho político

²⁶ Sobre tales principios la Corte ha señalado que “[l]a exigencia de lealtad y claridad apunta a garantizar que esa deliberación [la que se da sobre asuntos que a todos interesan y afectan] se realice partiendo de una base neutral sin inducir al elector a engaños o equívocos”. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁷ Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en varias ocasiones. En la Sentencia C-551 de 2003 por ejemplo, al controlar la constitucionalidad del referendo de 2003, estudió la iniciativa legislativa del Gobierno.

fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”.

La importancia que la Constitución le otorga a la participación ciudadana permite inferir que el incumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 134 de 1994 no sólo acarrea las posibles sanciones para los promotores de la iniciativa popular, sino que también ocasiona la inconstitucionalidad de la norma. Estas normas pretenden garantizar la expresión libre, voluntaria y auténtica de la voluntad popular. En específico, el respeto y establecimiento de los topes a la financiación compromete principios constitucionales como el de la igualdad entre los ciudadanos en la formación de la voluntad popular. En otras palabras, los topes a la financiación se explican por la necesidad de garantizar la expresión libre y fidedigna de dicha voluntad. Si estos topes se vulneran, los mecanismos de participación podrían servir únicamente para fortalecer aún más a los sectores económicos y políticos más poderosos de la sociedad. En la Sentencia C-180 de 1994 se advierte que la regulación de la financiación “[...] permite al Estado controlar eficazmente que los ingresos procedentes de este tipo de contribuciones se destinen a hacer efectivos los mecanismos de participación democrática”.

Los límites que contiene la Ley 134 buscan garantizar el gobierno del pueblo y no el de las corporaciones o de los grupos económicos más poderosos. El poder económico no debe incidir en la formación de la voluntad popular. Este ideal sólo se logra con la separación del campo económico y político. Según el reconocido sociólogo francés Alain Touraine, la democracia, a diferencia de la plutocracia, necesita que los ciudadanos puedan “[...] discutir en igualdad de derechos y garantías con aquellos que poseen los recursos económicos, políticos y culturales”.²⁸ Uno de los peligros de la democracia es la influencia excesiva de los grupos económicos poderosos. La democracia “[...] puede ser destruida, ya sea desde arriba, por un poder autoritario, ya desde abajo, por el caos, la violencia y la guerra civil, ya desde sí misma, por el control ejercido sobre el poder por oligarquías o partidos que acumulan recursos económicos o políticos para imponer sus decisiones a unos ciudadanos reducidos al papel de electores”. Es por esta razón que la Corte tiene el deber de proteger el carácter popular -y no plutocrático- de la iniciativa popular. Para hacerlo deberá aceptar que las infracciones cometidas a la Ley 134 de 1994 generan vicios insubsanables de constitucionalidad.

La Ley 1354 de 2009 es inconstitucional porque i) el Congreso tramitó una iniciativa popular que no cuenta con el certificado del Registrador y que además fue invalidada por el Consejo Nacional Electoral (CNE); y ii) porque se violaron los topes que la Ley 134 de 1994 estableció para la financiación de las iniciativas populares.

a. El Congreso tramitó una iniciativa legislativa popular que no cuenta con el certificado del Registrador y que fue invalidada posteriormente por el CNE

La Ley 1354 de 2009 es inconstitucional porque desconoció los artículos 155 y 378 de la Constitución Política, así como los artículos 24, 27 y 30 de la Ley 134 de 1994. Según estas normas, la actual Ley 1354 de 2009 no podía ser tramitada por el Congreso hasta que el Registrador Nacional certificara que la iniciativa popular legislativa cumplió con todos los

²⁸ Touraine, Alain. *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 21.

requisitos legales y constitucionales. El Congreso ignoró este requisito y tramitó la Ley aunque el Registrador había guardado silencio en relación con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos constitucionales y legales. Esta situación es aún más problemática si se tiene en cuenta la decisión del CNE de invalidar el trámite en la inscripción de la iniciativa popular.

La Ley Estatutaria 134 de 1994 establece que la iniciativa popular legislativa necesita un certificado de la organización electoral. El artículo 27 de la mencionada Ley afirma que la organización electoral, para todos los efectos legales, certificará “[...] el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana”. También, el artículo 24 de la misma Ley plantea para el caso de las iniciativas populares que el Registrador certificará “[...] el número total de respaldos consignados, el número de respaldos válidos y nulos y, finalmente, **si se ha cumplido o no con los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la iniciativa legislativa y normativa o de la solicitud de referendo**” (negritas fuera del texto). Según esta disposición, la certificación que debe emitir el Registrador no sólo se enfoca en la cantidad de respaldos necesarios, sino que abarca el cumplimiento integral de todos los requisitos constitucionales y legales, entre ellos, el respeto a los topes de la financiación.²⁹

Pero la Ley 134 no sólo establece la necesidad de un certificado integral por parte de la organización electoral. Esta Ley también plantea que el certificado es un prerrequisito para que la iniciativa popular pueda ser presentada ante el Congreso. Según el artículo 30, una vez certificado por la Registraduría el cumplimiento de los requisitos de la iniciativa popular legislativa, el vocero del Comité de Promotores presentará a) el certificado que expidió la organización electoral; b) el proyecto de articulado; c) la exposición de motivos; y d) la dirección y domicilio del vocero y los promotores.³⁰ En la Sentencia C-180 de 1994 la Corte planteó en relación con los artículos 30 y 31 que “[...] Los requisitos exigidos para la presentación de las iniciativas se acompañan con los dictados de la razón y son proporcionales al propósito de seriedad y veracidad que inspira su establecimiento, sin que, por lo demás, en modo alguno afecten o comprometan el núcleo fundamental de este derecho ciudadano”. En este sentido, estos requisitos garantizan la seriedad y veracidad de la iniciativa popular antes de su trámite en el Congreso.

A pesar de ello, la certificación que expidió el Registrador en el caso de la Ley 1354 de 2009 es parcial. El Registrador sólo certificó la cantidad de respaldos ciudadanos que apoyaron el proyecto y agregó que no podía pronunciarse en relación con el cumplimiento del resto de

²⁹ El Consejo de Estado estudiando la nulidad parcial del Decreto 895 de 2000 que desarrolló la Ley 134 de 1994 planteó que “[...] cuando el artículo 2 de la ley reglamentada establece que: la organización electoral certificará, para todos los efectos legales, el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana, no desconoce la facultad de certificación que corresponde al Registrador del Estado Civil contenida en el artículo 24, que determina que dicha certificación comprende, no solamente lo relacionado con el número total de respaldos consignados, de respaldos válidos y de respaldos nulos, sino el ámbito propio sobre **el cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas constitucionales y legales para la realización de los mecanismos de participación ciudadana**” (negritas en el original). Consejo de Estado, 21 de junio de 2001, expediente 6378.

³⁰ Esta disposición plantea que “[u]na vez certificado por la Registraduría del Estado Civil correspondiente, el cumplimiento de los requisitos de una iniciativa legislativa y normativa, exigidos por esta Ley, su vocero, presentará dicho certificado con el proyecto de articulado y la exposición de motivos, así como la dirección de su domicilio y la de los promotores, ante la Secretaría de una de las Cámaras del Congreso de la República o de la Corporación Pública respectiva, según el caso”.

requisitos legales, entre ellos, el respeto a los topes en la financiación. En palabras del Registrador

*“[...] al ser competente el Consejo Nacional Electoral para investigar y sancionar las violaciones a las reglas sobre presentación de balances y cuentas consagradas en la Ley 134 de 1994, no es posible expedir certificación sobre el cumplimiento de todos los requisitos de ley, en especial lo consagrado en los artículos 97 y 98 idem por parte de los promotores del referendo que busca modificar el inciso 1º del artículo 197 de la Constitución Política, hasta tanto no concluya la actuación por parte del Consejo Nacional Electoral en ese ámbito de competencia”.*³¹

De los argumentos anteriores se infiere que el Registrador no ha certificado la iniciativa popular, tal como lo exige la Ley 134 de 1994.

El Registrador advirtió que los topes a la financiación no habían sido respetados y remitió los balances presentados por el Comité de Promotores al CNE. Según el Registrador, esta es la institución encargada de determinar si los promotores respetaron – o no – las normas en la materia. En su entender, antes de certificar integralmente la iniciativa popular, el CNE debía pronunciarse.

El CNE inició una investigación para determinar qué ocurrió. Como resultado de este proceso, el 12 de noviembre de 2009 el CNE dejó sin validez la etapa de inscripción de la iniciativa legislativa y formuló pliego de cargos en contra del Comité de Promotores y de la Asociación Colombia Primero. Esta decisión fortalece las sospechas del Registrador, quien ahora cuenta con sólidos argumentos para no certificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en la iniciativa popular. En la Resolución 001 de 2009, amparada por el principio de legalidad, el CNE decidió

*“[d]eclarar la etapa de inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo, que busca la convocatoria de un referendo constitucional para la reforma del inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política, surtido ante la Organización Electoral, de que trata este proceso; no ajustada a las condiciones de plenas garantías a que se refiere el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución Política, por la violación de los topes de financiación del proceso de recolección de firmas, según se establece en la resolución 067 de 2008 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y como consecuencia de ello dejarla sin validez”.*³²

Esta decisión del CNE ha sido cuestionada por su presunta falta de competencia. La Constitución plantea que el CNE regulará, inspeccionará y vigilará *toda* la actividad electoral de los distintos actores políticos.³³ En la citada decisión, el CNE planteó que la Constitución podría ser aplicada directamente ante la ausencia de una norma legal que desarrolle las nuevas competencias que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2009. El CNE sostuvo que las potestades de vigilancia y

³¹ Informe remitido por el Registrador Nacional a la Corte Constitucional. Respuesta oficio No. OPC-301/09 del 5 de octubre de 2009, expediente CRF-0003, p. 27.

³² CNE, Resolución 001 de 2009 del 12 de noviembre de 2009, p. 93.

³³ Textualmente el artículo 265 constitucional – después del Acto Legislativo 01 de 2009 - afirma que el CNE “[...] regulará, inspeccionará, vigilará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden” (art. 265).

control de toda la actividad electoral le permitían invalidar el trámite estudiado. En sus palabras “[...] tanto la potestad de vigilancia como la de control confluyen en una competencia para validar, revocar o invalidar el trámite o etapa sujeto a su inspección”.³⁴ Para el CNE, el control que ejerce no sólo debería quedarse en la identificación y sanción de los responsables de las infracciones normativas sino que debería anular el procedimiento mismo. Según esta institución, si el CNE no declara la nulidad de una infracción demostrada estaría permitiendo que importantes principios constitucionales, como la expresión libre del pueblo, sean negados en la práctica.

Determinar si el CNE es competente para invalidar el trámite seguramente será un elemento que ocupará la atención de la Corte Constitucional. El control que realiza la Corte debería partir sin embargo de la presunción de legalidad y de constitucional que ampara esta Resolución. Salvo que la Corte encuentre que la decisión configura una clara vía de hecho y que afecta derechos fundamentales podría dejar de aplicar esta decisión.³⁵ Sin embargo, este no parece ser el caso de la resolución citada. Primero, porque las competencias de las autoridades públicas se derivan de la ley y de la Constitución. El CNE en este caso, interpretó de forma razonable el texto constitucional. Segundo, porque no es clara la afectación a los derechos fundamentales: la determinación de la responsabilidad del Comité Promotor y de la Asociación Colombia Primero continúa su curso normal.³⁶

En resumen, la ausencia de certificación integral por parte del Registrador y la decisión del CNE de invalidar el trámite de inscripción tienen gran relevancia. En efecto, estos hechos implican que la organización electoral en su conjunto tiene serias dudas sobre si la iniciativa popular que originó la Ley 1354 permitió la expresión auténtica de la voluntad popular. Los dos hechos – falta de certificación e invalidez del trámite – evidencian la inexistencia de una iniciativa legislativa en los términos de los artículos 155 y 378 de la Constitución. Si la iniciativa legislativa es inexistente, la Ley 1354 es inconstitucional.

b. En la iniciativa popular legislativa se desconocieron varios requisitos constitucionales y legales en cuanto a los topes de su financiación

La Ley 1354 de 2009 es inconstitucional porque la iniciativa popular desconoció los artículos 378 y 155 de la Constitución y 97 y 98 de la Ley 134 de 1994. Esta normatividad regula los requisitos en materia de financiación que los ciudadanos deben respetar si desean presentarle al Congreso un proyecto normativo.

³⁴ CNE, Resolución 001 de 2009 del 12 de noviembre de 2009, p. 24.

³⁵ En este punto véanse, entre muchas otras, las Sentencias T-397 de 1997, T-1313 de 2000 y T-043 de 2007.

³⁶ Una discusión relacionada con la legalidad de la Resolución 001 de 2009 se ha enfocado en la competencia de los conjucees que tomaron la decisión. Como el CNE no reunió las mayorías requeridas por el Código Electoral, decidió establecer que para lograr las mayorías requeridas serían nombrados tres conjucees por sorteo (Resolución 0730 de 2009). Los tres conjucees nombrados tomaron la decisión que aquí se presentó. A pesar de ello, algunos magistrados del CNE han manifestado que esta Resolución es inconstitucional porque desconoce los procedimientos que se manejan en la rama judicial. Este argumento carece de trascendencia constitucional porque la Resolución 0730 está amparada por la presunción de legalidad. Adicionalmente, es preciso reconocer que los conjucees nombrados actúan como verdaderos jueces del CNE y tienen todas las facultades legales y constitucionales de un juez en propiedad. Por esta razón, la competencia de los conjucees para formular el pliego de cargos es incuestionable. Sin embargo, dado que esta sala decidió invalidar el trámite de inscripción de la iniciativa legislativa el debate central debe remitirse nuevamente a las competencias generales del CNE.

La Constitución plantea que la iniciativa popular debe respetar los requisitos que defina la ley (art. 103). El parámetro entonces se encuentra en la Ley 134 de 1994. Esta Ley, de un lado, consagra en su artículo 98 un monto máximo de dinero privado que podrá ser gastado en los distintos mecanismos de participación. En la promoción de una iniciativa popular no se puede gastar más del tope que anualmente fija el CNE. En desarrollo de esta disposición, el CNE en 2008 estableció que los mecanismos de participación ciudadana del orden nacional tenían un tope máximo de 334.974.388 pesos.³⁷ De otro lado, según el artículo 97 de la Ley 134, los promotores de la iniciativa popular pueden recibir contribuciones privadas pero respetando los límites que establezca el CNE.³⁸ Esta institución estableció que esas contribuciones en ningún caso podrían superar el 1% del monto total presentado anteriormente, es decir, 3.349.743 de pesos.³⁹

Un análisis del acervo probatorio que la organización electoral ha recopilado evidencia que la iniciativa popular también vulneró los topes a la financiación establecidos en los artículos 97 y 98 de la Ley 134 de 1994. Esto se observa en los siguientes aspectos:

La Asociación Colombia Primero recaudó contribuciones para el impulso de la iniciativa popular sin estar facultada para hacerlo. El artículo 97 de la Ley 134 de 1994 plantea que “[l]os promotores podrán recibir contribuciones de los particulares”. Según esta disposición, sólo el Comité de Promotores inscrito ante el Registrador se encuentra facultado para recibir esas contribuciones. A pesar de esta prohibición, la Asociación Colombia Primero recaudó dineros que finalmente fueron destinados a la financiación de la iniciativa popular de la Ley 1354 de 2009. Esta asociación ha planteado que los dineros que recibió no serían contribuciones sino donaciones. Mientras que en la contribución se exige una finalidad, en la donación no.⁴⁰ Los dineros que los particulares entregaron al Comité de Promotores y a la Asociación Colombia Primero tenían un fin en conjunto: apoyar económicamente la iniciativa popular del referendo de la segunda reelección. El CNE encontró que i) el procedimiento para recaudar el dinero entre las dos organizaciones era uno sólo; y ii) que los aportantes podían escoger en dónde realizar su aporte.⁴¹ Es muy llamativa la respuesta de Luis Guillermo Giraldo (vocero del Comité Promotor) al respecto

*“PREGUNTADO: Por qué razón usted en cartas que se le ponen de presente, agradecieron a quienes aportaron a la asociación en nombre del comité?
CONTESTÓ: Si, las personas manifestaban su voluntad de aportar, yo no ocultaba mi condición de Vocero del comité y de la Asociación Colombia Primero. La persona a la cual se le dirigía esta comunicación exhibía si quería contribuir al comité y eso en el entendido de que la contribución no podía superior a la fijada por el CNE, si la persona manifestaba su intención de apoyar*

³⁷ CNE, Resolución 0067 de 2008, art. 1, núm. 4.

³⁸ Según esta disposición, “[n]inguna contribución podrá superar el monto que cada año fije el Consejo Nacional Electoral”.

³⁹ CNE, Resolución 0067 de 2008, art. 2.

⁴⁰ Según la Real Academia de la Lengua Española una contribución es una “[c]uota o cantidad que se paga para algún fin”. El Código Civil por su parte plantea que una donación es un acto “[...] por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta (art. 1443).

⁴¹ CNE, Resolución 001 de 2009, p. 37.

*a Colombia Primero entonces se establecía que era una donación para los fines estatutarios de la misma”.*⁴²

Como quien dice: el Comité de Promotores se creó para respetar la Ley 134 y la Asociación se utilizó para burlarla. Que la Asociación haya recibido contribuciones para financiar la iniciativa popular es evidente porque: i) antes del 10 de julio de 2008 el Comité de Promotores no tenía cuenta bancaria, lo cual implicó que antes de esta fecha todos los aportes fueron tramitados por la Asociación Colombia Primero; y ii) muchas de las “donaciones” que recibió esta asociación tenían una destinación específica: promover la iniciativa popular de la segunda reelección.⁴³ El CNE consideró que la Asociación Colombia Primero era el mandatario del Comité de Promotores y, por tanto, la asociación desarrollaba intereses del Comité de Promotores.

La iniciativa popular violó los toques individuales de las contribuciones. Según el artículo 97 de la Ley 134 de 1994 y el artículo 2 de la Resolución 067 de 2008, las contribuciones individuales no pueden superar el 1% del monto máximo de dinero privado que puede ser gastado, es decir, 3.349.743 de pesos. Ni el Comité de Promotores⁴⁴ ni la Asociación Colombia Primero cumplieron con estas normas. A manera de ejemplo se incluyen algunas de las contribuciones recibidas por la Asociación Colombia Primero:

- Donación por la suma de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) de INTERSEC LTDA.
- Donación por la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) de INTERACTIVA LTDA.
- Donación por la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000) de INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ & CIA
- Donación por la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) de la Organización Ardila Lule.
- Donación por cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) de Colpatria S.A.⁴⁵

Omitió gastos en el balance. El artículo 97 de la Ley 134 de 1994 establece que el Comité de Promotores deberá presentar a la Registraduría un balance de los ingresos (contribuciones) y de los gastos. El CNE ha establecido que este balance no es de ingresos y egresos, sino de ingresos por concepto de contribuciones y de gastos, que “[...] como en el caso concreto debe incluir los que han sido causados y no pagados”.⁴⁶ Para el CNE, el balance del Comité de Promotores omitió gastos y dificulta establecer que las cifras sean reales.

Registró como créditos contribuciones. De acuerdo al artículo 98 de la Ley 134 de 1994 y el artículo 1, núm. 4 de la Resolución 067 de 2008 del CNE el monto máximo que el Comité de

⁴² CNE, Resolución 001 de 2009, p. 39.

⁴³ El Consejo Central de la Asociación Colombia Primero por ejemplo decidió autorizar “[...] la recepción de donaciones **para financiar el apoyo de la Iniciativa Legislativa Popular que permita la segunda reelección**” (negritas fuera del texto). CNE, Resolución 001 de 2009, p. 42.

⁴⁴ El Comité de Promotores recibió de la empresa TRANSVAL un aporte en especie superior al tope establecido. CNE, Resolución 001 de 2009, p. 51.

⁴⁵ Según la Resolución de 001 de 2009 del CNE en 22 oportunidades como mínimo la asociación sobrepasó el límite de las contribuciones individuales (pp. 43-53).

⁴⁶ CNE, Resolución 001 de 2009, p. 54.

Promotores podía gastar era de \$334.974.388 pesos. No obstante, el Comité de Promotores gasto esta suma y \$1.903.458.135.81 pesos más. Los casi dos mil millones de pesos adicionales fueron registrados como un “crédito” que la Asociación Colombia Primero le otorgó al Comité de Promotores. Existen varias dudas en relación con la existencia de este “crédito”. Primero, porque las dos organizaciones tienen una gran cercanía y se articularon por un mismo objetivo: impulsar la iniciativa popular para la segunda reelección.⁴⁷ Segundo, porque la Asociación puso a disposición del Comité Promotor sus recursos - de infraestructura y cuentas bancarias - para impulsar la iniciativa popular. Tercero, porque al momento de inscribir el Comité de Promotores, Luis Guillermo Giraldo era el Representante Legal de la Asociación Colombia Primero. Cuarto, porque siete miembros del Comité de Promotores también lo son del Consejo Central de la Asociación. Quinto, porque – salvo en 2008 - el patrimonio anual de la Asociación Colombia Primero no había superado los \$70.000.000 pesos. Sexto, la Asociación no exigió ni garantías ni intereses al “crédito”. Es por estas razones que el CNE afirmó “[...] que la Asociación decidió convertir en crédito los gastos relativos al proceso de recolección de firmas después de realizarlos, o que siempre actuó en nombre del Comité”.⁴⁸

Varios de los contribuyentes a la iniciativa popular son contratistas del Estado. Esto implica que el poder económico que distorsionó la configuración de una verdadera voluntad popular se ha beneficiado económicamente del Estado y busca seguir haciéndolo. Como contratistas del Estado, varios contribuyentes del referendo de la segunda reelección recibieron beneficios del Gobierno. Estos contratistas apoyaron económicamente la iniciativa legislativa pero han ocultado su apoyo presentándolo públicamente como una iniciativa popular. Estos son algunos ejemplos de contribuyentes-contratistas del Estado, con su respectiva contribución:

- Grupo Odinsa S.A. (\$20.000.000)
- Consultores del Desarrollo Codensa (\$150.000.000)
- Asocaña (\$54.504.000)
- Antioqueña y Fiduciaria Popular S.A. (\$50.000.000)
- Grupo Córdor (\$100.000.000)
- William Vélez (\$11.750.000)
- Grupo CSS Constructores S.A. (\$50.000.000)
- Edgardo Navarro Vives (\$50.000.000)
- Manufacturas Eliot S.A. (\$100.000.000)
- Interseg S.A. (\$45.000.000)
- Empresa de Transportes Sánchez Polo (\$60.000.000)

⁴⁷ Así por ejemplo, el CNE afirmó que en el proceso se demostró “[...] la existencia de una estrecha relación entre esta entidad y el Comité de Promotores como quiera que comparten buena parte de sus integrantes, de sus directivos y funcionarios, su sede, sus actividades durante buena parte del año 2008 estuvieron de manera conjunta orientadas a promover la iniciativa popular legislativa que busca la convocatoria de un referendo constitucional para la Reelección Presidencial y, claramente, la Asociación recibió encargos del Comité para realizar funciones propias de éste último”. CNE, resolución 001 de 2009.

⁴⁸ CNE, Resolución 001 de 2009, p. 85.

- Valorem S.A. (\$100.000.000)⁴⁹

Así, la iniciativa popular fue financiada violentando los artículos 97 y 98 de la Ley Estatutaria 134 de 1994. Esta violación a los topes de la financiación implica que la iniciativa legislativa está viciada de manera insubsanable.

En este caso no es aceptable el aval del Gobierno – que puede presentarle próximamente a la Corte Constitucional – para subsanar la inexistencia de una iniciativa popular. Es cierto que, según el artículo 378 de la Constitución, tanto el Gobierno como los ciudadanos pueden presentar iniciativas legislativas para un referendo constitucional. Sin embargo, las radicales diferencias en el sujeto que presenta la iniciativa nos llevan a plantear que el aval del Gobierno es insuficiente para sanear los vicios de la iniciativa popular. Mientras que la iniciativa legislativa popular impone una carga adicional al Congreso para respetar y responder los deseos del pueblo,⁵⁰ la iniciativa del Gobierno carece de este matiz. Incluso se podría afirmar que la iniciativa gubernamental en un proyecto de reelección presidencial (como la Ley 1354 de 2009) podría ser un desincentivo para el impulso del articulado. El vicio aquí identificado sólo podría ser subsanado por el pueblo.

En resumen, la Ley 1354 de 2009 es inconstitucional porque desconoció los artículos 378 y 155 de la Constitución Política y 24, 27, 30, 97 y 98 de la Ley Estatutaria 134 de 1994. Como se ha mostrado hasta ahora, la iniciativa popular adolece de los siguientes vicios: i) no existió una certificación integral y previa al trámite legislativo por parte del Registrador en relación con el cumplimiento de todos los requisitos legales; ii) la etapa de recolección de firmas fue anulada por el CNE; y iii) en el impulso de la iniciativa popular se vulneraron los topes a la financiación. Estos vicios tienen relevancia constitucional porque los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley Estatutaria mencionada buscan asegurar que la voluntad del pueblo soberano se exprese de forma libre y auténtica.

3. Los votos de algunos congresistas son el resultado de una desviación de poder por parte del Gobierno Nacional.

Existen evidencias de que durante el trámite de la Ley 1354, el Gobierno Nacional ofreció dádivas para presionar y manipular a varios Congresistas con el fin de obtener su voto favorable al texto de ley que hoy se revisa. Se han conocido públicamente varias evidencias sobre Congresistas que cambiaron su posición respecto del texto del referendo tras haber recibido

⁴⁹ Al respecto véanse las notas de prensa “Los financiadores del referendo que busca la reelección” (2008, 2 de diciembre). En *Revista Semana* [en línea], disponible en <http://www.semana.com/noticias-politica/financiadores-del-referendo-busca-reeleccion/118353.aspx>. y “Detrás de los aportantes de Colombia Primero” (2008, 4 de diciembre). En *Revista Semana* [en línea], disponible en <http://www.semana.com/noticias-politica/detras-aportantes-colombia-primero/118397.aspx>

⁵⁰ En el debate legislativo por ejemplo, la representante a la Cámara Gloria Stella Díaz Ramírez (por el Movimiento Mira) afirmó que “[e]stamos convencidos que 4 millones 93 mil 504 firmas para nosotros son una garantía; que hecho el estudio y el análisis conforme a derecho no podía menos que llamarnos y obligarnos a apoyar esta iniciativa, y por eso queremos que los colombianos sepan que decidimos apoyarlos, porque esa es su decisión”. Gaceta del Congreso núm. 37, 16 de febrero de 2009, p. 37. Como se observa, el principal motivo de esta congresista para votar por la Ley 1354 fue el supuesto respaldo de los colombianos. Sin embargo, gracias a que los motivos de esta congresista y muchos otros han sido desvirtuados sus votos tampoco pueden ser contabilizados.

beneficios del Gobierno, ya sea a través de inversiones públicas en sus regiones o cupos laborales en entidades gubernamentales.

En varios casos, la Corte ha reconocido la relevancia constitucional de lo ocurrido en hechos similares a los anteriores. Así, en la sentencia C-1168 de 2001 la Corte señaló que el hecho de que el Gobierno ofrezca partidas o ejecuciones presupuestales “*a congresistas con el fin de obtener su apoyo para determinadas decisiones legislativas*” constituye una “*desviación de poder*”, que a su vez es “*una práctica inconstitucional*” que vulnera el principio de legalidad, la independencia del Congreso, y afecta la obligación de los congresistas de votar “*consultando la justicia y el bien común*”.⁵¹ Por estas razones, la Corte realizó un

*“control por desviación de poder”, haciendo referencia a “aquellos casos en donde la autoridad acude a un medio legítimo, pero para alcanzar fines ilegítimos, como puede ser la perturbación de la equidad de los debates electorales. En la medida en que usualmente esos fines inválidos no quedan formalmente incorporados en la disposición aprobada pero constituyen los móviles reales de la actuación estatal, y por ello la invalidan, es deber del juez constitucional examinar no sólo el contenido formal de la disposición sometida a control sino también los móviles que determinaron su aprobación.”*⁵²

Cuando la Corte ha conocido acusaciones de que en el trámite de normas legales se presentó una desviación de poder consistente en la impartición de inversiones públicas para influir en la decisión de congresistas, ha intentado constatar si dicha desviación en realidad ocurrió. En éste caso, las normas bajo revisión habrían de ser “*retiradas del ordenamiento*”.

En el mismo sentido, en la sentencia C-456 de 1998⁵³ la Corte estableció que en casos de desviación de poder “*la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales*”.⁵⁴

⁵¹ Sentencia unánime; M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa; Demandante. Alvaro Uribe Vélez. En esta sentencia, la Corte determinó la exequibilidad condicionada de varias normas contenidas en la Ley General del Presupuestales para el año 2001. El demandante acusaba dichas normas de ser auxilios parlamentarios diseñados para favorecer a congresistas a cambio de su apoyo en iniciativas legislativas. La Corte concluyó que aunque en dicha ocasión no tenía suficientes elementos de juicio para probar que las partidas presupuestales cuestionadas efectivamente buscaban fines ilegítimos, debía condicionar la constitucionalidad de las normas para impedir que éstas fueran utilizadas con objetivos que se apartaban del bien común y que vulneraban la independencia del Congreso.

⁵² La Corte ofició al Ministro de Hacienda y al Director del Presupuesto General de la Nación para que “*mediante certificación juramentada*” describieran la “*justificación que se les dio*” a las partidas impugnadas durante el trámite del Presupuesto. También ofició a varios periodistas con el fin de que “*expusieran claramente, sin perjuicio del secreto profesional que deben guardar, las razones que los llevaron a*” afirmar que las partidas presupuestales consistían en una nueva modalidad de auxilios parlamentarios. Finalmente, ofició al Director del Departamento Nacional de Planeación para que informara acerca de la razonabilidad de los proyectos de inversión referentes a las partidas impugnadas.

⁵³ M.P. Antonio Barrera Carbonell; S.V. José Gregorio Hernández, Eduardo Cifuentes Muñoz y Hernando Herrera Vergara; Demandante: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ El examen realizado en dicha ocasión remitía a elementos empíricos complejos, dado que era difícil identificar las razones de los congresistas a aprobar una determinada disposición. Pero en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la forma, era menester de la Corte aplicar “*un control de constitucionalidad integral*” y “*buscar la verdad real y, por consiguiente, el establecimiento y declaración de la voluntad auténtica del legislador en cuanto a*

La Corte Suprema de Justicia ha establecido una doctrina similar sobre la desviación de poder. Mediante la sentencia de única instancia 22453 del 26 de junio de 2008, la Sala de Casación Penal condenó a la ex representante Yidis Medina y además resolvió “*dar cuenta del presente fallo a la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, para los fines señalados en la parte motiva de esta providencia*”⁵⁵. Según la Corte Suprema

“Las circunstancias de factum y de iuris que sirven de fundamento a la presente sentencia indican que la aprobación de la reforma constitucional fue expresión de una clara desviación de poder, en la medida en que el apoyo de una congresista a la iniciativa de enmienda constitucional se obtuvo a partir de acciones delictivas.

La Corte Constitucional ha señalado que es posible advertir actos de desviación de poder en los trámites que cumple el Congreso de la República [...] Así como: i) la corrupción en el ejercicio de la función pública no puede ser fuente del derecho de propiedad, ii) que la contratación pública ejecutada con desconocimiento de las reglas que la regulan conlleva severas sanciones y iii) asumiendo en serio y hasta las últimas consecuencias que la lucha del Estado contra la impunidad tiene relevancia constitucional la cual no puede quedar reducida a simple retórica dirigida a la tribuna, resulta incompatible con la filosofía del Estado social y democrático de derecho que se precia de actuar sometido al imperio de la ley, que un acto jurídico desviado, de connotaciones delictivas tenga vigencia y ejecutividad.

De lo expuesto se concluye que el delito no puede generar ningún tipo de legitimación constitucional o legal, razón que lleva a la Corte a ordenar la remisión de copia de esta sentencia al Tribunal Constitucional y a la Procuraduría General de la Nación para los fines que estimen pertinentes”.

De estas sentencias se deriva el precedente según el cual ofrecer proyectos de inversión a cambio de un determinado comportamiento legislativo de los congresistas es una desviación de poder que vulnera su independencia. Las normas que instauran o ejecutan dichos proyectos de inversión pueden ser declaradas inexecutable. La jurisprudencia reseñada también establece que es posible probar la existencia de una desviación de poder a partir de un acervo probatorio para el que no es totalmente necesario tener certeza acerca de la voluntad interna de los congresistas al momento de la toma de sus decisiones.

Ahora bien, es importante que en este proceso sean protegidos el principio de buena fe y la presunción de constitucionalidad de las leyes. Tal como lo establece la sentencia C-456 de 1998 precitada, “*la existencia de la ilegitimidad de los fines debe evaluarse de manera estricta en cada caso concreto*”. Añade que “*no le corresponde a la Corte, presumir la ilegitimidad en los fines*”.

la finalidad de la ley, y cuando encuentre que ésta no se adecua a los preceptos de la Constitución deberá expulsar del ordenamiento jurídico las respectivas normas”.

⁵⁵ En el año 2004 se denunció entre otros a la ex representante a la Cámara Yidis Medina por haber recibido dádivas a cambio de su voto favorable por la reelección.

No obstante, el caso presente ofrece suficientes elementos de juicio para concluir que algunos congresistas tomaron decisiones como consecuencia de la manipulación gubernamental. En primer lugar, es un hecho notorio que en los últimos meses surgieron varios señalamientos acerca de presuntas dádivas ofrecidas por el gobierno nacional para presionar, facilitar o manipular a congresistas con el fin de obtener su voto favorable al texto de ley que es ahora revisado por la Corte. Por ejemplo, el 25 de agosto de 2009 el candidato presidencial Rafael Pardo presentó ante el Procurador General de la Nación “información sobre la utilización de los recursos del Fonsecon para la construcción y remodelación de 52 palacios municipales, al parecer a cambio de votos a favor del referendo reeleccionista.”⁵⁶ También, diversos medios de comunicación han realizado reportajes acerca de inusuales proyectos públicos o procesos de contratación dirigidos desde el Gobierno que beneficiaron a senadores o representantes clave para la votación el proyecto de Ley. Dichos artículos describen la ejecución de obras públicas en múltiples entidades territoriales y el nombramiento de decenas de funcionarios a lo largo del país.⁵⁷ En segundo lugar, también en agosto del presente año, varios representantes a la Cámara denunciaron ante los medios de comunicación que el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA les realizó ofertas irregulares a cambio de su voto favorable al proyecto.⁵⁸ Finalmente, se ha denunciado que los 8 congresistas que abandonaron el Partido Cambio Radical e ingresaron al Partido Social de Unidad Nacional (de la “U”) habrían recibido dádivas a cambio de su voto favorable por la reelección.⁵⁹

De manera específica, los medios de comunicación han explicado la forma como las dádivas sirvieron de incentivo para el trámite del proyecto de ley. De acuerdo con los medios, el Gobierno otorgó dádivas para convencer a congresistas de que ‘mantuvieran’ su posición, sobre todo después de que la Corte Suprema les abrió a varios de ellos investigación dando curso a la denuncia del Representante Germán Navas Talero. En otras oportunidades, pareciera haber premiado la fidelidad de sus aliados más importantes.

Los medios de comunicación también han evidenciado que varios de los directores de cárceles fueron cambiados en las semanas anteriores a que arrancara la conciliación de los textos y su aprobación por parte de las respectivas plenarias. Algunos de ellos fueron sustituidos por personas de la cuerda política de conciliadores del referendo como Pedrito Pereira, Juan Manuel Corzo y Gustavo Puentes.⁶⁰ Otros, por personas cercanas a congresistas cuyos votos estaban en duda, ya sea porque habían manifestado reparos al referendo o porque estaban en el grupo de los

⁵⁶ Ver comunicado de prensa de Rafael Pardo, titulado “En el congreso hablan del fonsecon como papá noel”, en página de Internet <http://www.rafaelpardo.com/encampana.php>.

⁵⁷ Acerca de la construcción y remodelación de varios palacios municipales, así como de la explicación de dichos proyectos realizada por el Ministro del Interior y de la Justicia, ver los artículos del portal de noticias La Silla Vacía, <http://www.lasillavacia.com/historia/3574> y <http://www.lasillavacia.com/historia/4070>. Respecto de la remoción de más de cincuenta directores de cárceles, ver <http://www.lasillavacia.com/historia/4177>. Ver también la respuesta a estas acusaciones de la Directora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en la revista Semana <http://www.semana.com/noticias-enfoque/no-he-recibido-presiones/128969.aspx>.

⁵⁸ Ver noticia en el diario El Espectador <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo157893-representante-rozo-dijo-director-del-sena-le-pidio-votara-el-refere>. Ver también la respuesta del Director del SENA en la revista Semana <http://www.semana.com/noticias-politica/directivos-del-sena-negaron-prebendas-para-favorecer-referendo/127827.aspx>.

⁵⁹ Ver noticia del diario El Espectador <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo159034-transfuguistas-si-pueden-votar-el-referendo>.

⁶⁰ Ver <http://www.lasillavacia.com/contenido/salen-y-entran-conciliadores>

86 representantes investigados por la Corte Suprema de Justicia, como Carlos Enrique Ávila Durán, Mario Varón y Víctor Vargas Polo.

De acuerdo con las denuncias realizadas por los medios, los conciliadores Pedrito Pereira y Juan Manuel Corzo también se vieron beneficiados con la construcción de los palacios municipales. Así como personajes que jugaron un papel clave en el trámite de la iniciativa como el vicepresidente de la Cámara Odín Sánchez, quien convocó las sesiones extras de la media noche y el presidente del Senado Hernán Andrade.

Los repetidos y consistentes reportes de las gabelas entregadas por el Gobierno, constituyen evidencia suficiente para desvirtuar el principio de buena fe. Como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la presunción que ampara las actuaciones de los particulares y de los funcionarios públicos en virtud del artículo 83 de la Constitución Política puede ser desvirtuada en los procesos constitucionales. Para esto, deben tomarse en consideración los elementos probatorios presentes en el caso en estudio. En caso de no ser suficientes, el juez tiene en todo caso la posibilidad de ejercer su poder oficioso⁶¹.

Es posible que cada una de las pruebas de “incentivos” por sí sola no sea evidencia suficiente para desvirtuar la presunción. Pero la suma de relatos sí permite concluir que en este caso se presentó una desviación de poder que vicia los procedimientos de manera insubsanable. Por ello, se solicita a la Corte declarar la nulidad de los votos depositados por Pedrito Pereira, Juan Manuel Corzo, Gustavo Puentes, Carlos Enrique Ávila Durán, Mario Varón, Víctor Vargas Polo, Odín Sánchez y Senado Hernán Andrade, durante la votación del informe de conciliación ante las plenarias de la Cámara y el Senado. A su vez, al no contar con dichos votos, no se logran las mayorías en la Cámara de Representantes, y por lo tanto, se presenta un vicio insubsanable. Por lo que la Ley 1354 de 2009 ha de ser declarada inexecutable.

De manera subsidiaria, en gracia de que la Corte considere que la evidencia presente no es suficiente para desvirtuar la presunción de buena fe, se solicita que el Tribunal llame a declarar a los congresistas cuya votación está en duda. El que ya exista un mínimo de sospecha sobre el comportamiento del Gobierno y la validez de los votos descritos hace necesario indagar si existen más elementos de juicio que ayuden a confirmar o desvirtuar las correspondientes dudas. En gracia de que se considere que en este caso aplica el derecho a no declarar en contra de sí mismo, esto no implica una prohibición de que la Corte realice preguntas relevantes para indagar acerca de los hechos. Los magistrados podrán valorar las respuestas de los declarantes para otros efectos de los penales.

4. Las prácticas relativas al transfuguismo resultan en un vicio de procedimiento insubsanable.

La Ley 1354 de 2009 es inconstitucional porque el texto conciliado fue aprobado en la Cámara de Representantes sin las mayorías constitucionales y legales. Según la Constitución Política (art. 378) y la Ley 5 de 1992 (art. 119 núm. 6), las leyes que convocan a un referendo para reformar la Constitución requieren del voto favorable de la mayoría de los miembros de cada cámara. En el trámite de la Ley 1354 de 2009 se incumplió con este requisito porque cinco de los ochenta y cinco votos depositados en la Cámara de Representantes para aprobar el texto conciliado serían inválidos y no pueden ser contabilizados. Estos votos serían inválidos porque

⁶¹ Ver: Sentencia T-600 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao

la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes erróneamente dejó de aplicar la sanción de suspender el derecho al voto que el Partido Cambio Radical había impuesto a cinco representantes de su partido por hechos previos a la aprobación del texto conciliado. La invalidez de estos votos trae como consecuencia que el texto conciliado (hoy Ley 1354 de 2009) sólo fue votado por ochenta representantes a la Cámara: cuatro menos de los exigidos por las normas precitadas.

Para desarrollar este cargo se presentan los hechos relevantes, los alcances del régimen de bancadas y de las sanciones que pueden imponer los partidos políticos y el análisis constitucional del caso concreto.

Primero, los hechos pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) El 18 de agosto de 2009, la bancada de la Cámara de Representantes del Partido Cambio Radical decidió que “[...] se abstendrá de votar el informe de conciliación propuesto frente al proyecto de ley que habilita la reelección presidencial. Esta decisión es vinculante y obligatoria para todos los miembros de la colectividad que integran la citada cámara legislativa conforme se establece el régimen de bancadas”.⁶²
- (ii) El 30 de agosto de 2009, mediante Resolución No. 247, los representantes a la Cámara Ángel Custodio Cabrera, María Violeta Niño, Felipe Fabían Orozco, José Ignacio Bermúdez y Luis Felipe Barrios, sin renunciar previamente al Partido Cambio Radical, fueron aceptados en el Partido Social de Unidad Nacional (de la “U”).⁶³
- (iii) El 31 de agosto de 2009 el Consejo de Control Ético del Partido Cambio Radical decidió “[s]ancionar con la suspensión del derecho al voto, tanto en las Comisiones como en la Plenaria de la Cámara de Representantes, en sesiones ordinarias y extraordinarias, por un lapso que corre entre la fecha de este Pronunciamiento y el resto del periodo para el que fueron elegidos con el aval del Partido Cambio Radical, a los señores Representantes Ángel Custodio Cabrera, María Violeta Niño, Felipe Fabián Orozco, Edgar Eulises Torres, José Ignacio Bermúdez y Luis Felipe Barrios”.⁶⁴
- (iv) El 1 de septiembre de 2009, la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes se abstuvo de aplicar la sanción que impuso el Partido Cambio Radical y permitió que los representantes votaran. Afirmó que los representantes mencionados “[...] fueron inscritos y admitidos como integrantes del Partido Social de la Unidad Nacional y en virtud de ello, dejaron de pertenecer al Partido Cambio Radical por lo que la sanción impuesta con fecha del 31 de agosto del mismo año, resultaba inaplicable por sustracción de materia, ya que se estaba sancionando con la suspensión del derecho al voto a un grupo de representantes a la Cámara que ya no pertenecían a dicho partido”.⁶⁵
- (v) El 1 de septiembre de 2009 los cinco representantes a la Cámara votaron favorablemente el texto conciliado de la actual Ley 1354 de 2009.

⁶² Partido Cambio Radical, reunión de Bancada de la Cámara de Representantes, 18 de agosto de 2009, p. 3.

⁶³ Partido Social de Unidad Nacional, Resolución No. 247 dek 30 de agosto de 2009, p. 2.

⁶⁴ Partido Cambio Radical, Consejo de Control Ético, pronunciamiento 027 del 31 de agosto de 2009, p. 20.

⁶⁵ Cámara de Representantes, Oficio No. OPC-314/2009 del 5 de octubre de 2009, p. 3.

(vi) La Ley 1354 de 2009 fue aprobada con 85 votos.

En cuanto a los alcances del régimen de bancadas y de las sanciones que imponen los partidos políticos, se constata que el Acto Legislativo 01 de 2003 modificó importantes reglas constitucionales relativas al régimen de los partidos políticos, al sistema electoral y a la organización electoral. Uno de los tantos propósitos de esta reforma constitucional fue el de incentivar la disciplina de los partidos políticos. Con este objetivo, el Acto Legislativo constitucionalizó la actuación por bancadas, modificando el artículo 108 de la Constitución de la siguiente manera:

*“[...] Los estatutos de los partidos y movimientos políticos regularán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán **en ellas como bancada** en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas // Los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y **podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del congresista, diputado, concejal o edil por el resto del período para el cual fue elegido**” (Negrillas fuera del texto).*

Para desarrollar este mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 974 de 2005. Según el artículo 1º de esta Ley, los “[...] miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación”. En otras palabras, una bancada incluye a los miembros de una corporación pública elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos.

Según los artículos 108 de la Constitución y 4 de la Ley 974 de 2005, el partido o movimiento podrá sancionar a los miembros de su bancada limitando los derechos congresuales del elegido como sus derechos a voz y voto. El órgano competente para imponer estas sanciones es el Consejo de Control Ético en los términos de los artículos 41, 44, 45 y 47 de la Ley 130 de 1994. Si el partido o movimiento decide que la sanción limite los derechos congresuales, ésta deberá ser comunicada a la Mesa Directiva de la Corporación para que le dé cumplimiento.

Ahora bien, paralelo al trámite de la Ley 1354 de 2009, el Congreso aprobó una nueva reforma política: el Acto Legislativo 01 de 2009. Esta reforma constitucional introdujo una excepción parcial a las reglas mencionadas, planteando en el párrafo transitorio de su artículo 1º que “[s]in perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, autorizase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia”. Con esta disposición se constitucionalizó transitoriamente el llamado “transfugismo” como una excepción al cambio de partido no sancionable. En otras palabras, por dos meses los miembros de Cuerpos Colegiados de elección popular podían cambiarse de partido sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.

Una interpretación armónica de la Constitución y el párrafo transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2009 debe diferenciar los momentos de la lealtad partidista, si algunos miembros de los Cuerpos Colegiados deciden cambiarse de partido o movimiento. Antes del cambio de partido o movimiento, el miembro del cuerpo colegiado debe cumplir con sus deberes y obligaciones como parte de la bancada del partido por el cual resultó elegido. Después del cambio de partido debe cumplir las directrices del nuevo partido. De lo contrario, llegaríamos a la absurda conclusión de que el cambio de partido no implica un cambio de bancada.⁶⁶

Un tema relacionado es el de la eficacia temporal de las sanciones que impone el partido inicial. Si el partido inicial sanciona a un miembro de su bancada y éste se cambia de partido ¿dicho cambio deja sin efectos la sanción impuesta? A continuación se sostiene que si el hecho que origina la sanción no es el mismo cambio de partido, la sanción tiene plena eficacia, incluso luego del cambio de partido.

Para argumentar lo anterior es importante estudiar el impacto del cambio de partido dependiendo del momento en que i) ocurre el hecho sancionado, ii) se impone la sanción y iii) se aplica la sanción.

Primero, es claro que el partido inicial no podría sancionar a un representante por los hechos en que incurra luego de haberse cambiado de partido. Pero si el hecho ocurre cuando el congresista aún pertenece al partido inicial, es de esperarse que este partido imponga las sanciones correspondientes.

Segundo, podría ocurrir que dicha sanción se imponga antes o después del cambio de partido. Parece razonable sostener que el partido puede imponer la sanción sólo si el representante no ha cambiado de partido.

Tercero, si el hecho y la sanción ocurren cuando el representante es miembro del partido inicial, queda por analizar qué ocurre si al momento de aplicar la sanción el congresista cambió de partido. Dado que la sanción ya fue impuesta, el representante debería acatarla. Esto por dos razones. Aceptar lo contrario afectaría gravemente los principios constitucionales de disciplina partidista y de juez natural (según el cual sancionados no pueden disponer de las autoridades que los investigan y juzgan).

⁶⁶ Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-342 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto) cuando estudió la constitucionalidad del inciso final del artículo 4 de la Ley 974 de 2005. Esta expresión afirmaba que no incurre en doble militancia el miembro de Cuerpo Colegiado que se inscriba para un nuevo partido por un partido o movimiento diferente al que avaló su elección anterior siempre y cuando “[...] cumpla con los deberes de la bancada, de la cual hace parte”. La Corte declaró inconstitucional el inciso mencionado porque afectaba la disciplina partidista como propósito principal del Acto Legislativo 01 de 2003. En palabras de la Corte “[l]a disposición acusada parte del supuesto de hecho de que una persona, que ha sido elegida con el aval de un determinado partido para ejercer una curul en una Corporación Pública o es titular de un cargo de elección popular, decide cambiar de organización política y lanzarse para una segunda elección por esta última. **Durante el tiempo transcurrido entre su inscripción como candidato para el nuevo certamen democrático y la realización de éste, efectivamente el elegido se encuentra militando, en los términos que se ha explicado *in extenso* en este fallo, en dos partidos o movimientos políticos. En efecto, la norma demandada dispone que la persona deberá seguir cumpliendo “con los deberes de bancada”, es decir, sigue vinculado a su partido originario, pero, al mismo tiempo, luego de haber notificado su retiro de aquél, perfectamente inicia su actividad política con un segundo partido de manera simultánea, sin que por ello pueda ser sancionado.** La norma acusada, en consecuencia, no sólo permite la doble militancia política sino que constituye una flagrante invitación a incurrir en transfuguismo político, sin que dichos comportamientos puedan ser sancionados, y por ende, desconociendo todos los principios que inspiraron la adopción de la Reforma Política” (negritas fuera del texto).

Dejar sin efectos las sanciones impuestas por el partido inicial dificulta la construcción de partidos disciplinados y de representantes responsables políticamente ante los partidos y la opinión pública. Los representantes hacen parte de una bancada porque fueron elegidos gracias al aval del partido inicial. Es un mínimo de lealtad y de responsabilidad con la bancada y el partido por el cual resultaron elegidos.

Además, preservar la eficacia de las sanciones que impuso el partido inicial protege el principio del juez natural que se manifiesta en la indisponibilidad de las sanciones por parte de los sancionados. Quien resulta sancionado tiene el derecho de disentir de la sanción pero está en la obligación de acatarla.

Se podrá argumentar que el cambio de partido hace ineficaces las sanciones a aplicar. El símil a utilizar sería lo que ocurre en los colegios. Si un estudiante es sancionado en un colegio A, pero el estudiante resuelve cambiarse al colegio B, la sanción inicial no podría aplicarse. No obstante, el caso de las sanciones de los partidos políticos es muy diferente porque acarrear consecuencias externas que van más allá de los mismos partidos. En otros términos, mientras que las sanciones de los colegios son eminentemente internas las de los partidos pueden afectar los derechos congresuales y el funcionamiento del órgano legislativo en general.

A todo lo anterior, hay que agregar la siguiente consideración finalística, que refuerza los argumentos y conclusiones precedentes: el propósito de la norma transitoria que permitía el cambio excepcional y temporal de partido era exclusivamente permitir la puesta en marcha de ciertas cláusulas permanentes de la reforma política. Esa norma transitoria se justificaba pues algunas de las nuevas normas permanentes implicaban situaciones que hacían razonable que se confiriera a los congresistas una posibilidad excepcional y transitoria de cambio de partido. En especial, la nueva redacción del artículo 197 de la Carta establece que quien quiera presentarse a la siguiente elección por un partido distinto debe renunciar a la curul doce meses antes del primer día de inscripciones. Era pues razonable permitir un cambio excepcional de partido ya que al adoptarse la reforma política esa posibilidad resultaba inaplicable para la elección de 2010, pues se estaría a menos de un año de la nueva elección, con lo cual el congresista que quisiera cambiar de partido quedaba inhabilitado.

Esa modificación permanente, que establece la regla constante según la cual quien quiera presentarse a la siguiente elección por un partido distinto debe renunciar a la curul doce meses antes del primer día de inscripciones, es parte del artículo 1° del Acto Legislativo No 01 de 2009, del cual la norma que autoriza el cambio de partido es una disposición transitoria. Esto significa que esa norma transitoria debe ser leída a la luz de ese artículo permanente y de ese mandato. La validez de la aplicación de ese cambio de partido debe hacerse entonces dentro del estricto marco de ese propósito de poner en marcha la reforma política, pero su finalidad no era alterar la disciplina de los partidos a fin de que se aprobara la reelección. Pero como hemos visto, eso fue lo que sucedió en el último debate en la Cámara de Representantes, en donde cinco integrantes de Cambio Radical recurrieron a esa norma transitoria con el fin de eludir una sanción disciplinaria de ese partido, pasarse al Partido de la U y poder votar favorablemente la Ley de referendo, contrariamente a la decisión de bancada adoptada por Cambio Radical. Esos votos son también espurios y no deben ser contabilizados. Ahora bien, sin esos cinco votos, la ley de referendo no hubiera obtenido la mayoría requerida por lo cual debe ser declarada inexecutable por falta de mayorías.

En resumen, la Mesa Directiva debía aplicar la sanción que impuso el partido, sin considerar la pertenencia al partido. Al no hacerlo en el caso de las sanciones de Cambio Radical, vulneró la Constitución e incurrió en una irregularidad que resulta en la nulidad de los votos depositados por los cinco Congresistas castigados. Ello a su turno, tiene como consecuencia la no aprobación de la Ley 1354.

5. El contenido normativo de la Ley 1354 no convoca a un referendo. La incertidumbre que esto produce respecto del principio de legalidad de la función pública, resulta en un vicio subsanable.

Tal como quedó redactada, la Ley 1354 dice así:

Ley 1354 de 2009

"por medio de la cual se convoca a un referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional".

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. El inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

"Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro periodo" .

Aprueba usted el anterior inciso.

Si: ()

No: ()

Voto en Blanco: ()

ARTÍCULO 2°. La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación.

(Siguen firmas)

Como se observa, el articulado de la Ley no convoca a un referendo. Establece directamente la manera cómo quedará el artículo 197 y posteriormente pregunta si se está de acuerdo con dicha modificación. De hecho, en el articulado de la Ley no se hace ninguna referencia a un referendo constitucional.

Ahora bien, de los hechos notorios ocurridos en los últimos meses, del título de la ley⁶⁷ y de la pregunta incluida al final del artículo 1º citado, es posible concluir que la ley convoca a un referendo. Por lo tanto, podría parecer excesivamente formalista exigir una referencia explícita en este sentido. No obstante, la omisión de ordenar la convocatoria del referendo produce problemas de tipo sustancial que no pueden ser ignorados por la Corte como protectora del principio de legalidad establecido en la Constitución.

En efecto, la Ley del referendo no establece una orden mediante la cual explícitamente se disponga la competencia de los funcionarios públicos a convocar un referendo. Ello significa que los servidores que ejercen funciones relacionadas con el mencionado acto electoral, han de realizar una interpretación de la Ley del referendo, acudiendo a elementos por fuera de su contenido normativo. Han de concluir que el contenido de la Ley 1354 es diferente a su sentido literal.

Igualmente, interpretando la Ley de esta forma, los mencionados servidores se expondrían a ser responsables penalmente. La ausencia de una competencia legal clara para realizar actividades públicas puede tener consecuencias penales para los servidores públicos que decidan en todo caso realizar dichas actividades.⁶⁸

Una Ley que no logra un mínimo de claridad y certeza respecto de las competencias legales de los servidores encargados de hacerla cumplir introduce obstáculos graves respecto del principio de legalidad. Dicho principio fue desarrollado en los artículos 121 y 122 la Constitución⁶⁹ que establecen que las funciones de los servidores públicos tienen que estar establecidas de manera detallada en la ley o en reglamentos. En relación con la taxatividad en la definición de competencias de los servidores públicos la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-292 de 2003⁷⁰ que *“uno de los instrumentos más útiles para controlar el ejercicio del poder es la restricción de las funciones o actividades que pueden ejercer quienes detentan dicho poder. Por lo mismo, el legislador al establecer listas de funciones, ha de optar por cláusulas taxativas, pues es la única manera de controlar, en el plano constitucional, que las facultades no resulten*

⁶⁷ Según el artículo 169 de la Constitución, “el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”. La Corte ha señalado que el título “carece de contenido o valor normativo” (sentencia C-152 de 2003 mediante la cual se analizó si era competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad parcial de un título de una ley). La Corte indicó que el título “exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley.” Igualmente, mediante la sentencia C-821 de 2006 que “antes que eficacia jurídica directa, el título de una ley constituye un criterio de interpretación de las disposiciones en ella contenidas que puede ayudar a determinar cuál es el alcance del articulado, su finalidad y su ámbito de aplicación. De este modo, ha señalado que a diferencia de los enunciados normativos de una ley, que contienen proposiciones jurídicas o reglas de conducta en sentido positivo, el título de una ley no configura una norma jurídica con eficacia jurídica directa, sin que lo anterior signifique que el título de una ley no pueda ser objeto de control constitucional, pues a pesar de carecer de fuerza normativa, éste sirve como criterio de interpretación de los preceptos contenidos en el cuerpo normativo, de manera que *“un título contrario a los preceptos constitucionales, de no ser excluido del ordenamiento jurídico, podría conducir a una interpretación de parte o de toda una ley no conforme con el estatuto superior”*. Al respecto, ver también la sentencia C-1046 de 2005.

⁶⁸ Artículo 428 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

⁶⁹ Art. 121 C.P.: Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Art. 122 C.P.: o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).

⁷⁰ M. P.: Eduardo Montealegre Lynett

en extremo abiertas o, por el contrario, tan restrictivas que anulan los espacios de autonomía de la organización". Además, la taxatividad en la definición de funciones de los funcionarios públicos es necesaria para establecer su responsabilidad, pues según el art. 6 de la Constitución⁷¹, los servidores públicos responden ante las autoridades por *"infringir la constitución y las leyes"*, y *"por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*.

Por las razones anteriores, la omisión del legislador de ordenar la convocatoria del referendo, combinada con el contenido normativo que efectivamente tiene el artículo 1° de la Ley 1354 constituye una vulneración del principio de legalidad. Ello a su turno constituye un vicio de procedimiento de la Ley bajo análisis.

No obstante, dicho vicio puede ser subsanado por el Congreso. En efecto, la orden de convocar a un referendo desapareció del texto del proyecto de ley en el informe de conciliación producido por miembros de ambas cámaras. Por lo tanto, la Corte Constitucional tiene la posibilidad de devolver la Ley 1354 a la mencionada etapa, con el fin de que se produzca un nuevo informe de conciliación en el que sean claras las órdenes dispuestas por el legislador.

⁷¹ Art. 6 C.P.: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

III. Vicios combinados, consideraciones finales y petitum.

Una vez explicados en detalle cada uno de los vicios individuales, que cada uno de ellos por solo es suficiente para fundamentar la invalidez de la ley revisada, procedemos a concluir esta intervención resaltando que dichos vicios configuran, en forma combinada, nuevos vicios, de carácter aún más protuberante y extremo. En efecto, la segunda autorización de una reelección inmediata del Presidente Uribe, que sería el efecto de esta reforma constitucional, en caso de ser aprobada, quebranta la esencia del constitucionalismo, pues se adopta una reforma con nombre propio para permitir la continuidad en el poder del actual Presidente. La permanencia del Presidente Uribe se encuentra además en cierta forma asegurada, pues no existe un sistema de garantías que permita una mínima igualdad electoral entre el Presidente y los demás candidatos, pues no habrá restricciones para el que el actual Gobierno use todos sus recursos para mantenerse en el poder. Hay pues una anulación del principio de alternancia potencial en el poder, que rompe el Estado de derecho y el principio democrático. Y además esa segunda reelección conduce, por el poder acumulado por el presidente, a una extrema concentración del poder que anula el sistema de pesos y contrapesos diseñado por la Constitución.

Esta segunda reelección inmediata para permitir la continuidad en el poder del actual Presidente equivale, desde el punto de vista sustantivo, a la destrucción del Estado de derecho y de la democracia establecida por la Constitución. Pero además la aprobación de la reforma se realizó por un vicio combinado extremo de trámite, pues el gobierno y sectores sociales que le son cercanos vulneraron normas procedimentales a fin de lograr a toda costa su aprobación. Se presentó como iniciativa popular lo que es en realidad una iniciativa plutocrática financiada en parte considerable por contratistas del Gobierno interesados en la perpetuación del actual presidente; existen evidencias de que el Gobierno ofreció dádivas a varios congresistas con el fin de lograr las mayorías formalmente requeridas y se abusó el propósito de una norma temporal para desarticular la oposición al referendo y permitir la formación de las mayorías.

Estos enormes vicios de trámite y de competencia muestran la gravedad de la desfiguración y sustitución de la Constitución vigente que implica la presente Ley. En efecto, el procedimiento legislativo fue manipulado para hacer aprobar esta ley de referendo, que tiene como propósito y efecto la permanencia en el poder del actual presidente, lo cual afecta la igualdad electoral y el principio de alternancia; y, como si fuera poco, dicha permanencia implica la concentración de poderes, anulando el sistema de pesos y contrapesos. Resulta difícil imaginar una sustitución más grave del principio democrático, del Estado de derecho y del contenido básico de la actual Constitución.

Por todo lo anterior, consideramos que la Corte debe declarar inexecutable en su totalidad la ley controlada y así lo solicitamos. En forma subsidiaria, y por las razones explicadas en este escrito, solicitamos que la Corte condicione el alcance de la ley y precise el contenido del texto que podría ser sometido a la ciudadanía, indicando que la reforma sólo es admisible con tres condicionamientos que deben ser incorporadas al texto del referendo para que los ciudadanos sepan exactamente qué están votando, a fin de asegurar la libertad del elector. Así, debe precisar el texto que la segunda reelección sólo se aplica 1) a partir de 2014, 2) una vez realizada otra reforma constitucional que reestablezca el equilibrio de poderes para esos casos, y 3) una vez en

pleno vigor una ley estatutaria de garantías que asegure la igualdad entre el presidente candidato y los demás candidatos.

De los señores magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes

C.C. No. 79.146.539 de Usaquén

Director DeJuSticia

Miguel Emilio La Rota

C.C. No. 79.782.713

Investigador Principal DeJuSticia

Javier Eduardo Revelo Rebolledo

C.C. No. 80.199.746

Investigador Asistente DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque

C.C. No. 30.233.501 de Manizales

Investigadora Asistente DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León

C.C. No. 11.203.155 de Chía

Investigador Principal DeJuSticia