

# **LOS DEFECTOS Y LOS EQUIVOCOS JURIDICOS DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR SOBRE LA REELECCION**

Rodrigo Uprimny

El concepto del Procurador sobre el referendo reeleccionista es, desde el punto de vista estrictamente jurídico, muy deficiente, debido a defectos metodológicos serios, incorrecciones normativas graves, inconsistencias lógicas, la elusión del examen de temas fundamentales y la adopción de una filosofía constitucional riesgosa e inaceptable para quienes defienden el Estado de derecho. En este documento procedo a analizar los defectos y equívocos más protuberantes de este concepto del Jefe del Ministerio Público.

Tres aclaraciones son sin embargo pertinentes. De un lado, he tratado de reducir al mínimo el uso de los tecnicismos jurídicos con el fin de que este estudio resulte comprensible también para lectores no especializados en temas constitucionales. De otro lado, me he centrado en el análisis de los defectos más protuberantes del concepto del Ministerio Público, por lo cual este análisis no pretende ser un examen integral de dicho concepto. Finalmente, y por la misma razón, este documento no busca tampoco ser un estudio comprehensivo de la constitucionalidad o no de la ley de referendo reeleccionista. Aunque a veces serán inevitables algunas discusiones al respecto, el propósito de este texto es esencialmente evaluar la solidez jurídica de la posición del Procurador. Mi visión sobre la inconstitucionalidad del referendo reeleccionista se encuentra ampliamente desarrollada en la intervención que presentamos de parte de DeJuSticia ante la Corte Constitucional, que se encuentra también disponible en esta página Internet de Dejusticia, y a la cual remitimos al lector interesado.

En este estudio comenzaré por presentar las impropiedades metodológicas del concepto del Procurador, para luego estudiar su punto jurídico más problemáticos, así como sus principales ausencias. El análisis de esos aspectos permitirá entonces detectar serias inconsistencias lógicas en el enfoque del Procurador. El estudio termina con una breve crítica de la riesgosa filosofía constitucional que subyace a sus planteamientos.

## **I. LAS IMPROPIEDADES METODOLÓGICAS**

En varios apartes, el concepto del Procurador incurre en imprecisiones importantes. Por ejemplo, en la pagina 5, atribuye a la sentencia C-551 de 2003

(que es sobre el anterior referendo de 2003) un párrafo y un análisis sobre la reelección, que en realidad corresponde a la sentencia C-1040 de 2005, que estudió varias demandas contra el acto legislativo No 2 de 2004 que estableció la primera reelección. Y en la página 33 hace referencia a una doctrina de la Corte Constitucional sobre las posibles implicaciones del cambio de partido (el llamado “transfugismo”) en los vicios de procedimiento, pero no cita la sentencia en la cual se basa, con lo cual no se puede verificar la exactitud de la referencia, ni si se trata o no de la transcripción de un tema marginal de la sentencia o del asunto central decidido en esa ocasión. Esta evaluación es siempre importante pues, como es sabido, los apartes marginales de una sentencia, llamados *obiter dicta* (dichos al pasar), aunque son relevantes y pueden ser importantes, no tienen en estricto rigor la fuerza vinculante de un precedente constitucional, por no ser la *ratio decidendi* (razón de la decisión) de la sentencia anterior<sup>1</sup>.

Estas imprecisiones jurisprudenciales son serias, pues no estamos hablando de un concepto del Procurador sobre un tema marginal sino de un asunto esencial para el Estado de derecho en Colombia, como es el debate sobre la legitimidad de la modificación de la Constitución para permitir la reelección del presidente en ejercicio. Con todo, podría decirse estos defectos corresponden a inatenciones que el Procurador podría (y debería) corregir con una fe de erratas a su concepto, pero que no alterarían el sentido esencial de su análisis. Puede que eso sea cierto; por ello no centro mis críticas metodológicas en esas imprecisiones. Hay otras que en cambio me parecen mucho más serias, pues en ellas el concepto del Ministerio Público no incurre en simples inatenciones sino que deliberadamente, por medio de citas parciales, atribuye a ciertas sentencias y pruebas documentales un significado distinto a aquel que deriva de una lectura imparcial de esos documentos. Y eso es grave, pues el Procurador es constitucionalmente el representante de la sociedad y tiene el deber de defender la integridad del orden jurídico, por lo cual se espera que se refiera de manera rigurosa a la jurisprudencia o a los documentos que cita. Pero eso no sucede, al menos en los siguientes dos casos, que no recaen sobre puntos menores sino sobre aspectos esenciales del presente debate constitucional,

---

<sup>1</sup> Sobre la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi* y la importancia de tal distinción, ver a nivel jurisprudencial las sentencias SU-047 de 1999 y C-836 de 2001 de la Corte Constitucional. A nivel doctrinario, ver Neil MacCormick y Robert Summers (Ed) *Interpreting precedents*. Paris, Ashgate Dartmouth, 1997. En Colombia, ver Diego López. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000. La idea esencial es que únicamente tiene fuerza de precedente aquella regla o principio que sirvió de sustento a la decisión, que es la *ratio decidendi*, mientras que los *obiter dicta* tienen una fuerza meramente persuasiva. Y es que la *ratio decidendi* fue la base real de la decisión, mientras que las otras consideraciones no tuvieron incidencia sobre la parte resolutive de la sentencia anterior,

### **a- Una desfiguración del alcance de la sentencia C-551 de 2003.**

En la página 3 el Procurador hace referencia a la sentencia C-551 de 2003 dando a entender que en ella la Corte habría defendido la tesis según la cual en los referendos constitucionales se puede sustituir integralmente la Constitución vigente pues actúa el pueblo soberano como poder constituyente originario. En efecto, el concepto cita un aparte del Fundamento 40 de esa sentencia, en donde la Corte expresamente señala que nuestra Constitución “intenta superar ese dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente”. El Procurador argumenta entonces que esa sentencia está en línea con la sentencia C-554 de 1992 sobre el carácter soberano y desprovisto de limitaciones jurídicas del poder constituyente originario y que de esa línea jurisprudencial y de esa cita “debe concluirse que cuando el pueblo actúa activamente en los mecanismos de reforma que prevé la Carta Política, éste siempre lo hace en su condición de soberano y, por tanto, de poder constituyente originario, capaz de sustituir o reemplazar los contenidos superiores que guían el ordenamiento jurídico”.

Esta conclusión del Procurador es inexacta y desleal con el precedente jurisprudencial, pues la sentencia C-551 de 2003 en ningún momento señaló que el referendo constitucional era el procedimiento que permitía un cambio total de Constitución. Es más, la sentencia sostuvo todo lo contrario, puesto que en esa oportunidad la Corte examinó cada una de las preguntas del referendo de 2003 para ver si había o no exceso en el poder de reforma, lo cual muestra que para la Corte el referendo constitucional no es un ejercicio de poder constituyente originario sino del poder de reforma, que tiene entonces límites competenciales<sup>2</sup>. Así, en el fundamento 271 de la sentencia, la Corte indica que frente a cada pregunta, es necesario “analizar si el poder de reforma obró dentro de sus límites competenciales, esto es, si las reformas propuestas implican o no una sustitución de la Constitución vigente”, examen que efectivamente la Corte realiza con cada una de las preguntas sometidas a consideración de la ciudadanía. Por ejemplo, frente a la pregunta 2 sobre voto nominal, la Corte, luego de estudiar su alcance,

---

<sup>2</sup> El punto para el lector no especializado es el siguiente.: la Corte ha sostenido invariablemente desde 2003 que el poder de reforma es limitado y puede únicamente reformar la Constitución pero no sustituirla ni total ni parcialmente. Esto último, según ha dicho la Corte, sólo podría hacerlo el poder constituyente originario. La pregunta es entonces si en un referendo actúa la ciudadanía como poder constituyente o como poder de reforma.

indica que “esta reforma no implica ninguna sustitución de la Carta, pues se limita a desarrollar los mecanismos de funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular, con la pretensión de hacer más transparente el voto de los representantes de la ciudadanía, lo cual es compatible con la soberanía popular.” Y expresamente en el fundamento 45, la Corte afirma acerca de la ley de referendo que se “trata pues de una ley aprobada por el Congreso como legislador, no como titular del poder de reforma, pero orientada a que se reforme la Constitución por medio de la participación ciudadana directa al pueblo, como titular del poder de reforma”. En un referendo constitucional, conforme a esta sentencia, el pueblo no actúa entonces como titular del poder constituyente originario. Todo esto muestra que esta sentencia C-551 de 2003, que es el precedente más importante sobre la naturaleza del referendo constitucional, expresamente excluyó que éste fuera un ejercicio de poder constituyente originario, contrariamente a lo afirmado por el Procurador al referirse a ese precedente.

A eso habría que agregar que al volver a analizar el tema, en la sentencia C-1040 de 2005, que declaró la constitucionalidad de la reforma que estableció la reelección inmediata, la Corte dijo explícitamente, en el fundamento 10.7.2, que el único mecanismo excepcional que la Constitución eventualmente preveía para una reforma total o sustitución de la Constitución era la asamblea constituyente. En efecto, en esa sentencia, la Corte procedió a resumir su línea jurisprudencial sobre el tema de los límites del poder de reforma y señaló acerca de los vicios de sustitución lo siguiente:

*“En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias “en los términos que esta Constitución establece”, no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que “reside exclusivamente en el pueblo”, el único que puede crear una nueva Constitución. Adicionalmente, la Corte constató que el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.*

Esto significa que la sentencia C-1040 de 2005 no varía el precedente de la sentencia C-251 de 2003 sino que lo reitera, aclara y consolida, contrariamente a lo afirmado por el Procurador, quien sugiere que dicha sentencia C-1040 de 2005 habría implicado un cambio jurisprudencial. Nada más alejado de un análisis imparcial de esos precedentes jurisprudenciales, que son sin lugar a dudas dos de las sentencias más relevantes para el presente debate jurídico, pues la primera sistematiza la naturaleza, alcances y límites del referendo constitucional, mientras que la segunda recae sobre el acto legislativo que consagró la reelección inmediata.

Ahora bien, podría argumentarse que los precedentes de la sentencia C-551 de 2003 y C-1040 de 2005 no son relevantes pues en aquellas oportunidades se trataba del estudio constitucional de un acto legislativo (sentencia C-1040 de 2005) o de un referendo de iniciativa gubernamental (sentencia C-551 de 2003), pero no de un referendo de iniciativa ciudadana, que es el tema que la Corte debe revisar en la presente oportunidad. Y es cierto que esa diferencia puede ser importante y podría sustentar un cambio de visión sobre la naturaleza del referendo. Pero lo cierto es que el Procurador no argumenta ese punto sino que atribuye a la sentencia C-551 de 2003 un significado que no le corresponde. En todo caso, la iniciativa ciudadana no altera la naturaleza del referendo ni le confiere el carácter de poder constituyente originario. Y es que la doctrina de la Corte de que el ejercicio del poder constituyente originario sólo puede hacerse por medio de una asamblea constituyente dista de ser una tesis caprichosa pues responde a las diferencias de regulación constitucional del referendo y la convocatoria a una asamblea constituyente, como lo explicamos detalladamente en el punto II.1.a de nuestra intervención de DeJuSticia ante la Corte Constitucional y lo analizamos un poco más extensamente en este estudio (Cf infra punto III b)

Ahora bien, es obvio que el Procurador puede discrepar de la jurisprudencia constitucional y puede solicitar a la Corte un cambio de sus precedentes, el cual, en excepcionales circunstancias, es posible y legítimo. Pero lo que no puede el Procurador, sin sacrificar los deberes de su cargo, es presentar de manera parcial y equívoca dicha jurisprudencia, con el fin de defender una determinada posición. Y esa impropiedad metodológica recae en un punto esencial pues sirve al Procurador para eludir un análisis sistemático de eventuales vicios de sustitución en la aprobación del referendo.

**b- Un yerro protuberante en la valoración probatoria de la certificación del Registrador.**

Una segunda inexactitud muy seria del concepto del Procurador es la referencia a la certificación del Registrador acerca de si se habían o no cumplido los requisitos constitucionales y legales de la iniciativa ciudadana. En la página 11, el concepto transcribe apartes de esa certificación del Registrador, en donde este funcionario señala que certifica el “cumplimiento del requisito constitucional y legal de la presentación de respaldos de un número de ciudadanos no menor al 5% de ciudadanos que apoya la solicitud de referendo”. De esa constancia, el Procurador concluye que el Registrador habría certificado el cumplimiento de todos los requisitos legales y constitucionales, incluida entonces la regularidad de la financiación. Pero eso es obviamente inexacto, pues una lectura desapasionada del documento del Registrador no permite llegar a esa conclusión ya que únicamente se certifica el cumplimiento del requisito del número de las firmas, pero no de todos los requisitos legales y constitucionales. Pero eso no es todo; explícitamente el Registrador ha señalado en varias oportunidades que no podía certificar el cumplimiento del requisito de legalidad de la financiación pues había indicios de irregularidades que correspondía investigar al Consejo Nacional Electoral.

Ahora bien, el concepto del Procurador intenta justificar la conclusión contraevidente a la cual llega, con el argumento de que el Registrador realiza su certificación con base en el artículo 24 de la Ley 134 de 1994 o ley estatutaria sobre mecanismos de participación (de ahora en adelante LEMP), que señala que es deber del Registrador certificar no sólo sobre el número de firmas sino además sobre todos los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la solicitud de referendo.

El Procurador tiene razón en que esa norma ordena al Registrador certificar sobre el cumplimiento de todos los requisitos de la iniciativa pues dicho artículo establece 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.” Pero una cosa es que ese artículo de la LEMP ordene al Registrador certificar sobre todos los requisitos y otra que el Registrador haya realmente otorgado un certificado integral sobre todos los requisitos, cosa que nunca ha hecho, pues se ha limitado a hacer ese certificado parcial (únicamente referido al número de firmas) pero siempre ha expresado que no podía certificar sobre la legalidad del financiamiento del referendo, y en especial sobre el desbordamiento o no de los topes de financiación y gasto.

El Procurador reconoce que el Registrador envió las cuentas financieras de los promotores del referendo al Consejo Nacional Electoral por considerar que se habían desbordado los topes de financiación. Pero resta toda importancia a esa remisión con un argumento jurídico muy cuestionable, que analizaremos en el siguiente punto, según el cual la vulneración de los topes sólo implica responsabilidades individuales y no tiene relevancia constitucional sobre la ley de referendo. En este aparte queríamos simplemente destacar la debilidad de la valoración probatoria del Procurador, que atribuye a un certificado del Registrador un significado muy distinto al que éste tiene, pues allí donde el Registrador certifica el cumplimiento de un solo requisito constitucional y legal (el número de firmas), el Procurador entiende que fueron certificados todos. Y este yerro de valoración probatoria también recae sobre un punto esencial, pues tiene que ver con el desborde de los de los topes de financiación y gasto, que es un claro vicio de inconstitucionalidad de la ley de referendo, como lo explicaremos en el siguiente punto.

## **II. Un ejemplo de incorrección normativa protuberante: el precario estudio del desborde de los topes de financiación**

Los anteriores defectos metodológicos se combinan con análisis jurídicos muy discutibles. Por razones de brevedad, me centro en un tema, que es de enorme trascendencia, que es el desbordamiento de los topes de financiación de la recolección de firmas para el referendo, frente al cual el análisis del Procurador es realmente precario.

El asunto es así: en 2008, el tope fijado por el Consejo Electoral para el gasto en la recolección de firmas para una iniciativa popular era de aproximadamente 335 millones de pesos; las contribuciones individuales a los promotores de un referendo debían ser menores a 3 millones y medio. La fijación de esos topes es una competencia y una obligación del Consejo Nacional Electoral, conforme a los artículos 97 y 98 de la LEMP.

Ahora bien, hoy es claro que los promotores del referendo reeleccionista, con la fachada de la “Asociación Colombia Primero”, gastaron más de 2000 millones y recibieron muchas contribuciones individuales de 50 millones o más. El desbordamiento de los topes fue evidente y grosero y ya nadie niega ese hecho. Y como si fuera poco, varios de los contribuyentes son a su vez contratistas del gobierno a favor del cual se promovía el referendo, como lo desarrollamos más

detalladamente en el punto II.2 de la intervención de DeJuSticia ante la Corte Constitucional sobre la ley de referendo.

A pesar de lo anterior, el Procurador argumenta que esa irregularidad no afecta la constitucionalidad de la ley de referendo pues no vulnera ninguno de los requisitos previstos por el título XIII de la Constitución, que son los únicos cuya violación puede provocar la inconstitucionalidad de una convocatoria a referendo. Para llegar a esa conclusión, el concepto se funda en el artículo 379 constitucional, según el cual los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Carta. Igualmente el Procurador cita algunas sentencias en donde la Corte ha señalado, con toda razón, que no cualquier irregularidad ni cualquier violación del Reglamento del Congreso implica un vicio de inconstitucionalidad. Y entonces concluye que incluso si hubieran existido vulneraciones de esos topes de financiación y gasto, no habría ningún vicio de inconstitucionalidad sino únicamente eventuales responsabilidades individuales, por cuanto el Título XIII no “hace referencia a temas financieros ni mucho menos a balances contables”.

Esta conclusión es inaceptable pues interpreta indebidamente el alcance de los vicios de procedimiento en la aprobación de una reforma constitucional y minimiza una irregularidad grave, como es la violación de los topes de gasto y aportes en las iniciativas de referendo constitucional. Procedo pues a analizar ambos aspectos.

#### **a) Normas de referencia y vicios de procedimiento en reformas constitucionales.**

Contrariamente a lo sugerido por el Procurador, es claro que los vicios de inconstitucionalidad en un referendo no se limitan exclusivamente a las violaciones directas a los requisitos establecidos expresamente en el Título XIII de la Carta interpretados éstos en forma literal y restrictiva. Ese punto fue explicado en detalle por la Corte Constitucional en numerosas sentencias<sup>3</sup> que aclararon que como el propio Título XIII remite a otras normas de la Constitución, entonces para el control de constitucionalidad de los actos legislativos confiado a la Corte deben tenerse en cuenta no sólo los requisitos

---

<sup>3</sup> Sobre este parámetro normativo del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-222 de 1997, C-387 de 1997, C-543 de 1998, C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-551 de 2003, C-1200 de 2003 y C-1043 de 2005.



expresos establecidos en ese Título XIII sino también otras normas constitucionales y del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992) o de la LEMP, cuando esas disposiciones establecen requisitos básicos y esenciales para la debida formación de la voluntad democrática de las cámaras. Por ejemplo, en la sentencia C-816 de 2004, Fundamento 13 y ss, dijo la Corte:

*“Decisiones anteriores de esta Corporación conforman un precedente consolidado y unánime, según el cual el parámetro normativo propio del control de los actos reformatorios de la Constitución no puede limitarse de forma exclusiva a las previsiones normativas del título XIII, por la sencilla razón de que esas normas constitucionales remiten a otros textos jurídicos (cita omitida) En este sentido, para el control de constitucionalidad de los actos legislativos confiado a la Corte deben tenerse en cuenta también ciertas normas constitucionales y del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992), en tanto estas disposiciones establecen requisitos básicos y esenciales para la debida formación de la voluntad democrática de las cámaras*

*(....)*

*Consecuencias similares pueden advertirse por la inobservancia de otros requisitos que, aunque no están expresados en la literalidad de las normas contenidas en el mencionado título XIII, han sido incluidos por la jurisprudencia constitucional dentro del parámetro del control judicial de los actos legislativos, tales como la publicación del proyecto de acto legislativo previo al estudio en la comisión correspondiente (CP art. 157-1 y art. 144 Ley 5 de 1992), la elaboración de informe de ponencia destinado al pleno de cada cámara para efectuar el segundo debate del proyecto de acto legislativo en cada una de las “vueltas” (CP art. 160), los términos aplicables entre el primer y segundo debate y entre la aprobación en una cámara legislativa y en otra (CP art. 160), el procedimiento para las modificaciones, adiciones y supresiones del proyecto de acto legislativo (CP art. 160) y el cumplimiento del requisito de la unidad de materia (CP art. 158), entre otras disposiciones.*

*Con base en este marco de referencia, puede concluirse que el mandato del artículo 379 superior, según el cual los actos legislativos “sólo” pueden ser declarados inexecutable por violación de los requisitos establecidos en el título XIII de la Carta, no puede ser interpretado de manera exegética y estricta, pues dicha hermenéutica desvirtuaría todo el sistema de control de las reformas constitucionales previsto por la Carta”.*

Un ejemplo obvio, citado por la propia Corte, muestra lo anterior: el Título XIII no establece la manera como se aprueba un texto legal en el Congreso, pues ese punto está desarrollado en el Título VI que regula el funcionamiento de las Cámaras. Allí se dice, por ejemplo, que toda ley requiere no sólo que haya votación favorable en las plenarias sino que el texto también debe haber sido aprobado por las comisiones permanentes. Además, ese Título VI, desarrollado por el Reglamento del Congreso, señala que las leyes no sólo requieren aprobación sino debate público, y por ello la Corte ha entendido que existe un vicio de procedimiento si se elude esa discusión, o no se publica la ponencia previamente al debate o ésta no es votada favorablemente por las cámaras. Ninguno de esos requisitos aparece explícitamente en el Título XIII de la Constitución pero la Corte ha entendido que su vulneración es un vicio de inconstitucionalidad del acto legislativo o de una ley de referendo, por cuanto son elementos esenciales de la aprobación del acto legislativo o de la ley de referendo<sup>4</sup>. Por ejemplo, con esos criterios, la sentencia C-668 de 2004 declaró la inconstitucionalidad del artículo 16 del Acto Legislativo No 01 de 2003, por cuanto una de las cámaras eludió el debate de esa disposición. Igualmente, por no haberse respetado el requisito de que el informe de ponencia tenía que ser aprobado por mayoría absoluta de las plenarias, la sentencia C-816 de 2004 declaró la inconstitucionalidad total del Acto Legislativo No 02 de 2003.

El criterio para saber si un requisito que no está expresamente establecido en el Título XIII de la Constitución representa o no un vicio de procedimiento ha sido precisado por la propia Corte: debe tratarse de un elemento esencial de la formación de la voluntad de las cámaras o debe ser la concreción de un elemento básico previsto por el propio Título XIII. La Corte lo ha explicado en los siguientes términos:

*“El análisis precedente muestra que el parámetro normativo aplicable al control de los actos legislativos está formado por las normas de la Constitución y del Reglamento del Congreso cuyo (i) cumplimiento es presupuesto básico y necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras, (ii) están estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial del principio democrático, y (iii) tienen una entidad tal que, al desconocerse, ocasionan un vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo, en la medida en que desconocen “los requisitos establecidos por la propia*

---

<sup>4</sup> Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-816 de 2004 y C-218 de 2005.

*Carta para la aprobación de dichas reformas, los cuales se encuentran sintetizados en el Título XIII”<sup>5</sup>.*

La pregunta obvia que el Procurador no podía dejar de analizar con cuidado era entonces si la evidente y grosera violación de los toques de gasto y de aportes en la recolección de firmas para el referendo implicaba o no un vicio de inconstitucionalidad. Procedo pues a analizar ese aspecto.

**b) El requisito de “iniciativa ciudadana” y la violación de los toques de gasto y de aportes en la recolección de firmas.**

El Título XIII, en su artículo 378, establece claramente que un referendo para reformar la constitución debe ser de iniciativa gubernamental o de los ciudadanos. En este caso, el gobierno no presentó el referendo, que se supone entonces que fue de iniciativa popular o ciudadana.

Una pregunta surge naturalmente: ¿cómo se sabe si realmente se respetó el requisito de que hubiera una verdadera iniciativa ciudadana? La respuesta a ese interrogante es clara: deben respetarse los elementos esenciales previstos en la LEMP que aseguran el carácter ciudadano de la iniciativa. Y dentro de esos elementos están obviamente los mandatos previstos en los artículos 97 y 98 de la LEMP, que señalan que el Consejo Nacional Electoral debe establecer límites a los gastos y aportes en las iniciativas de referendo constitucional. En efecto, esos límites no son un asunto menor pues tienen un propósito esencial: asegurar que las iniciativas ciudadanas sean realmente de los ciudadanos y no estén condicionadas por el dinero. La recolección de firmas, para que podamos hablar genuinamente de iniciativa popular, debe ser la obra de ciudadanos que se movilizan a favor de una causa y no el producto de poderosas maquinarias financiadas por los ricos y poderosos. Por eso, si uno cree en la soberanía popular y en la igualdad, debe defender que no se superen esos toques, para que todas y todos tengamos la misma oportunidad de lograr el apoyo para nuestras iniciativas.

En el caso colombiano, esos toques de gasto y aportes tienen otro propósito importante: evitar influencias indebidas de organizaciones criminales que podrían financiar la recolección de firmas para promover iniciativas de reforma constitucional favorables a sus intereses.

---

<sup>5</sup> Sentencia C-816 de 2004, Fundamento 16.

Contrariamente a lo afirmado por el Procurador, la violación de los topes de gasto y de aportes no es entonces sólo un asunto que compromete la responsabilidad de los promotores del referendo. Dicha vulneración implica la inconstitucionalidad de la ley de referendo pues ésta significa que la ley careció de una iniciativa ciudadana genuina, que es uno de los requisitos esenciales establecidos por el título XIII de la constitución. En efecto, cuando se desconocen dichos topes, es claro que no estamos frente a una movilización masiva de ciudadanos sino frente a una iniciativa dinamizada por grupos económicos y contratistas del Estado, que invocan al pueblo para perpetuar un gobierno que es útil a sus intereses. Esta violación dista entonces de ser menor o puramente formal, pues los topes de financiación protegen la dinámica democrática de las indebidas influencias de ese “poderoso caballero” que es “don dinero”, según el célebre poema de Quevedo.

La tesis del Procurador es entonces inaceptable desde el punto de vista normativo pues invoca la soberanía popular pero en realidad favorece la plutocracia, esto es, el gobierno de los ricos. Pero también es inaceptable por su precariedad jurídica pues evita, con una interpretación formalista y restrictiva del artículo 379 de la Carta, (interpretación formalista y restrictiva que la Corte Constitucional ha rechazado en todas sus sentencias sobre el tema), un estudio siquiera somero de las implicaciones que para la democracia en general y para la naturaleza ciudadana de una iniciativa popular tiene el hecho de que las firmas que sustentan la ley de referendo hayan sido recolectadas no por unos grupos de ciudadanos políticamente movilizados sino por unas maquinarias burocráticas financiadas en gran medida por grupos económicos y contratistas del gobierno. El argumento del Procurador para eludir ese examen fue que el Título XIII no “hace referencia a temas financieros ni mucho menos a balances contables”. Con ese pobre argumento habría que concluir que si mañana un acto legislativo es aprobado únicamente por las plenarias de las cámaras, sin informes de ponencia, ni debates, ni aprobación por las comisiones respectivas, no habría empero ningún vicio de procedimiento pues el Título XIII no menciona ninguno de esos puntos

### **III. Las ausencias o la elusión del examen de temas fundamentales**

Las consideraciones precedentes muestran que el Procurador desestima el examen de puntos importantes, como el relativo a las implicaciones de la vulneración de los topes de gasto y de contribuciones en la recolección de firmas. Pero ésa no es la única ausencia importante en el estudio del Procurador. Existen

al menos cuatro puntos en donde también es evidente el silencio la ausencia o la precariedad del análisis jurídico del Procurador.

#### **a- La falta de examen sistemático de los vicios de sustitución**

El Procurador elude en su concepto un examen sistemático de los eventuales vicios de sustitución, con dos argumentos realmente muy precarios jurídicamente.

Así, como ya se vio, el Procurador argumenta que el referendo es una ejercicio del poder constituyente originario, por lo cual no aplica la doctrina sobre los límites del poder de reforma. Pero, como ya vimos, esa tesis no corresponde a la doctrina de la Corte Constitucional, que indica todo lo contrario: que el referendo es un ejercicio del poder de reforma, que sirve para modificar la Carta pero no puede usarse para sustituir ni total ni parcialmente los elementos esenciales del ordenamiento constitucional. El único mecanismo por el cual, conforme a la doctrina reiterada de la Corte, es posible un ejercicio válido de poder constituyente es por medio de una convocatoria a una asamblea constituyente, en donde se someta a consideración de la ciudadanía que ésta aprueba dicha convocatoria y otorgue a la asamblea una competencia ilimitada de modificación del ordenamiento constitucional Y las razones de esa diferencia entre referendo y asamblea constituyente no son caprichosas sino que derivan de su regulación constitucional, como lo explicamos en detalle en la intervención de DeJuSticia ante la Corte Constitucional. 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%.<sup>6</sup> 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 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.

---

<sup>6</sup> 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.

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. Pero nada de eso fue analizado por el Procurador.

De otro lado, el Procurador, a pesar de que se niega a hacer un verdadero juicio de sustitución, pues atribuye al referendo la posibilidad de sustituir integralmente la Constitución, sin embargo argumenta en forma brevísima que en todo caso la consagración de una segunda reelección inmediata no implica ninguna sustitución de la Carta vigente, pues es simplemente una leve variación cuantitativa de la reelección presidencial, que es una figura que ya está incorporada en el texto constitucional. Y para apoyar su tesis cita un párrafo de la sentencia C-1040 de 2005 que declaró exequible la reforma que estableció la primera reelección (aunque, como ya lo expliqué atribuye ese aparte a la sentencia C-551 de 2003). En ese párrafo, la Corte dice que no la reelección presidencial inmediata no es una sustitución de la Constitución de 1991 pero precisa que eso es así pues la reelección es “por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de oposición y la equidad en la campaña presidencial”. Ahora bien, no se entiende como puede el Procurador sustentar su tesis de que una segunda reelección no sustituye la Constitución invocando para ello una sentencia de la Corte que estableció que no había sustitución pero precisamente por cuanto la reelección era por una sola vez. Y es que el argumento de la sentencia C-1040 de 2005 es que esa primera reelección podría permitir que el presidente, por su poder nominador, adquiriera una influencia preponderante sobre las otras ramas de poder, pero 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, y es un punto que ni siquiera analiza el Procurador, 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. Nada de eso amerita un examen siquiera somero de parte del Procurador.

### **b. La ausencia de cualquier referencia a los eventuales vicios por manipulación del consentimiento del Congreso**

Otro vacío enorme del concepto del Procurador es cualquier referencia, siquiera breve, a los eventuales vicios de procedimiento en la aprobación de la ley por manipulación del consentimiento del Congreso por parte del Gobierno, que podría haber incurrido en este aspecto en una desviación de poder.

El punto es el siguiente: existen indicios muy serios de que varios congresistas muy posiblemente variaron su voto en respuesta a dádivas gubernamentales. Son claras las pruebas de que hubo esos cambios de voto y de que muchos congresistas recibieron dichas dádivas, como palacios municipales o direcciones de prisiones. Por lo anterior, teniendo en cuenta los hechos ocurridos en la anterior reelección, como el caso de la Yidispolítica, era de esperarse que el Procurador examinara ese tema, pues la inducción del voto por la oferta de dádivas es constitucionalmente ilegítima, como lo señaló la sentencia C-1168 de 2001, en donde la Corte Constitucional 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”.<sup>7</sup> Por ello nosotros en DeJuSticia en nuestra intervención ante la Corte Constitucional estudiamos en detalle ese punto; sin embargo el Procurador se abstuvo de cualquier comentario de este punto trascendental pues 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.

---

<sup>7</sup> 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.

**c. La falta de examen de las protuberantes inconsistencias formales del texto aprobado**

Otra carencia evidente del análisis del Procurador es que no realiza siquiera un comentario de un defecto formal obvio y protuberante de la Ley 1354, que es el siguiente: esa ley en ningún momento convoca a un referendo. En efecto, 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 nunca a un referendo. Establece directamente la manera cómo quedará el artículo 197 de la Constitución 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 ley<sup>8</sup> y de la pregunta incluida al final del artículo 1° 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 pues en principio los funcionarios que deben ejecutar la ley, como el Registrador, deben atenerse a su contenido literal. Por ello era necesario que el Procurador analizara el punto, al menos para discutir las implicaciones jurídicas de ese monumental defecto formal de la ley.

Por ejemplo, en nuestro concepto de DeJuSticia ante la corte Constitucional nosotros analizamos este importante punto formal y concluimos que la alternativa natural que tiene la Corte Constitucional es devolver la ley al Congreso para que éste precise el alcance del texto legal aprobado. ¿No era importante que el Procurador se pronunciara sobre este aspecto?

#### **d. La falta de examen del efecto combinado del conjunto o cúmulo de irregularidades detectadas**

Un último vacío importante del concepto del Procurador es que tampoco examina, siquiera en forma breve, el posible efecto combinado del conjunto de irregularidades que el propio concepto acepta que ocurrieron.

El asunto es el siguiente: el Procurador reconoce que ocurrieron en el trámite de la ley varias irregularidades, como la vulneración de los topes de gasto y de

---

<sup>8</sup> 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.

aportes en la recolección de firmas, la indebida convocatoria a sesiones extraordinarias (pues el decreto convocante fue publicado después de ocurrida la sesión), los cambios de partido o “transfuguismo” de varios congresistas, que pasaron de Cambio Radical a la U y votaron afirmativamente el referendo, o la imposible aplicación de la ley de garantías para asegurar un mínimo de equidad en la campaña presidencial en caso de que el referendo fuese aprobado. El Procurador niega que cualquiera de esas irregularidades represente un vicio de procedimiento en el trámite de la ley de referendo. Por las razones ya presentadas, no comparto esa tesis, al menos frente al transfuguismo, la violación de los topes de financiación o la falta de aplicación de la ley de garantías (aspecto que abordo en el siguiente punto de este estudio). Pero en gracia de discusión, aceptemos que el Procurado tiene razón y que ninguna de esas irregularidades representa individualmente un vicio de procedimiento en la aprobación de la Ley 1354. Sin embargo, ¿no debía el Procurador también haber examinado si el efecto combinado de esas irregularidades podía configurar un vicio de inconstitucionalidad que implicara la inexecutable de la ley?

Para responder a ese interrogante, conviene hacer un símil. Supongamos que un juez evalúa las pruebas A, B y C contra un procesado y concluye que ninguna de esas tres evidencias, individualmente considerada, es suficiente para tener certeza sobre la culpabilidad del acusado y por ello lo absuelve. ¿Es correcta esa conclusión? Obviamente no por la siguiente razón: es posible que ninguna de las tres pruebas analizadas aisladamente lleve a la certeza, más allá de toda duda razonable, sobre la culpabilidad del procesado; sin embargo es igualmente posible que el estudio conjunto de las pruebas A, B y C permita establecer con certeza que el procesado es culpable.

En ese mismo orden de ideas, supongamos que una ley o un acto jurídico estén afectados por las irregularidades A, B y C y que ninguna de ellas, individualmente considerada, sea de suficiente entidad para provocar la invalidez de la ley o del acto administrativo. Sin embargo eso no significa que la ley o el acto administrativo sean válidos pues es posible que el efecto combinado del conjunto o cúmulo de las tres irregularidades sea tan grave que provoque la nulidad de la ley o del acto administrativo. Por ejemplo, en el concepto de DeJuSticia ante la Corte Constitucional, consideramos que incluso si se concluye que ninguno de los vicios individuales detectados es suficiente para provocar la inexecutable de la ley, es necesario que el juez constitucional examine el efecto combinado de ese conjunto o cúmulo de vicios pues éstos confluyen para configurar un vicio combinado de procedimiento. En efecto, ese cúmulo de vicios pone en evidencia la manipulación del trámite legislativo por el Gobierno

y sectores sociales que le son cercanos, a fin de lograr la aprobación de la ley de referendo con el fin de que el Presidente continúe en el poder, sin posibilidad de una competencia electoral igualitaria.

#### **IV. Las inconsistencias lógicas y teóricas del concepto.**

Fuera de los anteriores defectos, el concepto del Procurador también incurre en inconsistencias lógicas y teóricas que distan de ser menores. Me centro en dos esenciales: su paradójico análisis del problema de la ley de garantías y su singular visión teórica, que combina alternativamente una visión formalista o antiformalista del control constitucional.

##### **a- El inconsistente análisis de la imposible aplicación de la ley de garantías.**

Cuando se aprobó en 2004 la posibilidad de la reelección inmediata, era claro para todo el mundo (incluidos los defensores de la reelección) que el presidente en ejercicio, si aspiraba a ser reelegido, gozaba de enormes ventajas frente a los demás aspirantes, pues controlaba el presupuesto y salía constantemente en los medios defendiendo su gestión, que es una forma de hacer campaña. La reforma de 2004 previó entonces que existiera una ley estatutaria de garantías electorales, que limitara un poco esos privilegios exorbitantes del presidente-candidato y estableciera algo de equidad en la contienda electoral. Ese mandato está expresamente establecido en los artículos 127 y 152 de la Constitución.

Para desarrollar ese mandato constitucional, el Congreso aprobó la Ley 996 de garantías electorales, la cual establece que seis meses antes de la elección, el presidente debe anunciar su candidatura. Y en ese momento empiezan a operar unas prohibiciones: el presidente debe, por ejemplo, suspender la transmisión de los consejos comunitarios, cesar la contratación directa, abstenerse de hacer inauguraciones públicas o de entregar personalmente subsidios.

Esas limitaciones operan desde el anuncio presidencial de su candidatura, según lo precisó la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional. Como las elecciones son la última semana de mayo, eso significa que el presidente Uribe, si quería reelegirse, debió anunciar su candidatura en noviembre de 2009. Y desde ese momento debieron aplicarse las restricciones, las cuales tienen que operar durante un tiempo razonable si se quiere una mínima equidad electoral.

Poco sentido tiene aplicar las prohibiciones una o dos semanas antes de la elección.

Ahora bien, el Procurador realiza en este tema un muy extraño ejercicio de lógica jurídica. Su análisis en el fondo acepta (pero sin decirlo) que el Presidente Uribe ya está en campaña y que los demás candidatos no gozan de igualdad electoral por la falta de aplicación de la ley de garantías electorales. Igualmente el Procurador señala que el presidente no puede estar en campaña, pues no le está todavía permitido candidatizarse. También constata que si se aprueba el referendo, de todos modos habría desigualdad electoral, ya que es imposible que la ley de garantías electorales opere adecuadamente, debido al brevísimo plazo que habría entre el referendo y la elección presidencial. En síntesis, el Procurador acepta que incluso si se aprueba el referendo es imposible que, si el Presidente Uribe se candidatiza, pueda aplicarse una ley de garantías que otorgue un mínimo de equidad en la contienda electoral. Pero el Procurador no extrae de esas premisas la conclusión obvia: que en caso de que se aprobara una segunda reelección, esta no puede ser legítimamente aplicada al Presidente Uribe pues no habría nunca ninguna equidad electoral, por cuanto resulta imposible aplicar la ley de garantías electorales<sup>9</sup>. En vez de eso, el Procurador invita al Presidente a acoger, pero por una suerte de deber moral, las restricciones previstas por la ley de garantías.

La conclusión y lógica del Procurador son entonces extrañas: en vez de amonestar al presidente por estar en campaña, sin poder jurídicamente estarlo, le recomienda seguir en campaña, esto es seguir violando la Constitución. Y le invita a cumplir una ley de garantías pero sin que tenga la obligación jurídica de acogerse a ella pues aún no puede ser candidato. Como quien dice, le invita a incumplir lo obligatorio (la prohibición actual al presidente de ser candidato) y a cumplir con lo no imperativo (el cumplimiento de una ley de garantías que no se le aplica por no ser candidato), como si la simulación de que se están otorgando garantías electorales a los otros candidatos borrara el hecho evidente: que si se aprueba el referendo y el presidente Uribe es candidato, entonces habrá una campaña electoral sin ninguna garantía de equidad electoral. Una lógica sorprendente del concepto que en el fondo elude la conclusión natural a la que tendría que llegar: que incluso si se aprueba el referendo, una segunda reelección

---

<sup>9</sup> Y eso suponiendo, en gracia de discusión, que la Ley 996 es aplicable para el evento de una segunda reelección inmediata, punto que es discutible, pues dicha ley fue diseñada teniendo en mente que sólo podía haber una reelección. En la intervención de DeJuSticia ante la Corte examinamos con más detalle este aspecto.

es jurídicamente inaplicable al Presidente Uribe por falta de equidad electoral frente a los otros candidatos.

## **b. Formalismo y antiformalismo jurídicos a la carta**

La anterior inconsistencia lógica del Procurador no es la única de su concepto. Existe otra incoherencia que fue acertadamente detectada en un análisis realizado por “La Silla Vacía”<sup>10</sup> y es la manera como el Procurador combina alternativamente en sus argumentos una visión formalista y una visión antiformalista del derecho y del control constitucional.

Un examen atento del concepto permite concluir que en cierto apartes, el Procurador es extremadamente formalista, como cuando se niega a examinar las implicaciones de la violación de los toques de financiación, con el argumento estrictamente formal (y equivocado como ya lo mostramos) de que el Título XIII de la Constitución no habla de límites de aportes o gastos electorales, por lo que la vulneración de los toques no puede constituir un vicio de inconstitucionalidad de la ley de referendo. Igualmente fue extremadamente formalista al abstenerse de estudiar las posibles manipulaciones por parte del gobierno a las votaciones de los miembros del Congreso. Pero en cambio, el concepto rechaza explícitamente el formalismo cuando invoca el principio de instrumentalidad de las formas y considera que ciertas irregularidades importantes, como la convocatoria extemporánea a sesiones extras, no llegan a ser vicios de procedimiento susceptibles de provocar la inexecutable de la ley de referendo por cuanto no afectan valores constitucionales sustantivos. Igualmente el Procurador es vigorosa y expresamente antiformalista cuando se trata de analizar las implicaciones de la imposible aplicación de la ley de garantías; así, en un innovador ejercicio de activismo antiformalista, el Procurador invita al Presidente a acoger una ley de garantías que no le es formalmente aplicable, por cuanto aún no puede ser formalmente candidato, con el argumento de que el proceso de reforma en curso ha generado una expectativa creciente de que el Presidente Uribe sea reelecto por segunda vez.

Ahora bien, en principio, el formalismo o el antiformalismo son posturas respetables en teoría del derecho y frente al control constitucional. Lo que es problemático desde el punto de vista de la coherencia argumentativa y de la consistencia teórica es esa suerte de formalismo y antiformalismo a la carta a la

---

<sup>10</sup> Ver el artículo “El Procurador, formalista en lo que perjudica la reelección y flexible en lo que la beneficia”, publicado el 12 de enero de 2010 y accedido en [www.lasillavacia.com/historia/5853](http://www.lasillavacia.com/historia/5853)

que recurre el Procurador, en donde invoca argumentos formales para abstenerse de examinar defectos decisivos de la ley de referendo (como la violación de los topes de financiación) para luego, algunos párrafos después, y sin mayores explicaciones por el radical cambio de perspectiva teórica, recurrir a argumentos antiformales para desestimar la importancia de otros problemas graves de la ley de referendo, como la imposible aplicación de la ley de garantías. La impresión que queda es desagradable: no estamos frente a un concepto imparcial, como el que en principio corresponde redactar al Procurador, como representante de la sociedad; estamos más bien frente a un alegato de parte en donde se recurre indistintamente a argumentos formales y antiformales con un solo propósito: defender la constitucionalidad de la ley de referendo,

#### **V. La riesgosa visión teórica del Procurador o la legitimación del cesarismo plebiscitario.**

Los anteriores puntos han mostrado las debilidades jurídicas del concepto del Procurador. Un aspecto igualmente grave es la filosofía política que implícitamente acoge, que es la defensa del carácter omnipotente de la voluntad de las mayorías, cuyos deseos deben respetarse, incluso si implican la alteración de las propias reglas electorales y constitucionales, a fin de favorecer la permanencia en el poder del Presidente en ejercicio.

La tesis esencial implícita del Procurador (pues no es tampoco desarrollada con rigor) es que el referendo reeleccionista es legítimo y democrático porque responde a la voluntad popular. Pero la cosa no es tan sencilla por cuanto la democracia no se confunde con la aceptación de la voluntad desbordada de las mayorías. Por ejemplo, es evidente que sería antidemocrático que unas mayorías decretaran que de ahora en adelante el gobierno sería ejercido por un monarca, asesorado por sus amigos. Esa decisión, aunque fuera mayoritaria, sería inaceptable desde el punto de vista democrático, pues habría aniquilado las bases mismas del régimen democrático.

La continuidad y legitimidad de la democracia depende entonces del respeto de los presupuestos del proceso democrático. Una democracia genuina fortalece entonces la participación y deliberación ciudadanas pero dentro del respeto de los derechos humanos de todos, y en especial de las minorías. Y eso sólo se logra si se asegura alguna forma de Estado de derecho, que implica la separación de poderes y la sumisión de todos, y en especial del gobernante, a las leyes.

Este vínculo estrecho entre Estado de derecho y continuidad democrática no es una pura disquisición teórica; ha sido probado empíricamente. Sin Estado de derecho, ningún régimen democrático genuino ha persistido. Por ello, como lo decía el gran filósofo italiano Bobbio, sin Estado de derecho no hay democracia verdadera.

Ahora bien, una nueva reelección en Colombia erosionaría gravemente el Estado de derecho, al menos por tres razones, que el Procurador se abstiene de examinar: de un lado, porque agravaría el desequilibrio de poderes pues el Presidente Uribe terminaría por tener una influencia decisiva en casi todos los demás órganos de Estado; la separación de poderes quedaría herida de muerte.

De otro lado, porque rompería la idea de que la Constitución es una regla de juego a la que todos nos sometemos en forma duradera, precisamente para controlar los abusos de poder y asegurar los derechos de las personas, pues se impondría la práctica de que el gobernante puede cambiar las reglas constitucionales para favorecer sus intereses.

Finalmente, porque Colombia entraría en la nefasta tradición latinoamericana del caudillismo pues esta reelección tiene un propósito específico, que es la continuidad en el poder del Presidente Uribe, quien es visto, incluso por él mismo, como el líder providencial irremplazable. La perpetuación en el poder de un caudillo es incompatible con la democracia, que implica la alternancia entre gobiernos electos popularmente.

Es cierto que los promotores del actual referendo no han tenido la desfachatez de la Asamblea Constituyente de 1905, que estableció que el periodo presidencial era de 4 años, salvo el periodo en curso, que sería de diez años, siempre y cuando estuviera "a la cabeza del gobierno el señor General Rafael Reyes". Pero tampoco estamos muy lejos de esa idea de adaptar la constitución al caudillo.

Por ello, en nombre del pueblo y de la democracia, la visión teórica que subyace al análisis del Procurador es más próxima de la defensa de los cesarismos plebiscitarios que de una democracia genuina y vigorosa.