

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2012.

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
E.S.D.

Ref: Acción pública de inconstitucionalidad contra el
Acto Legislativo No. 01 de 2011.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez y Paula Rangel Garzón, ciudadano y ciudadanas de Colombia, director e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, con fundamento en el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política y en el decreto 2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional, **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el Acto Legislativo No. 01 de 2011.¹

I. NORMAS DEMANDADAS

La demanda se dirige contra el Acto Legislativo No. 01 de 2011 “por el cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia”, que dice:

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2011

(Mayo 31)

por el cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

¹ Los demandantes queremos agradecer y reconocer el trabajo de Jose Rafael Espinosa, investigador de DeJuSticia., quien infortunadamente no pudo concurrir a la presentación de esta demanda, pero cuyos aportes fueron fundamentales para la realización de la misma.

Artículo 1°. Adiciónese el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política, con el siguiente inciso que será el primero:

La causal 1 en lo referido al régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los Congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

El Acto Legislativo demandado quebranta el Preámbulo y el artículo 3 de la Constitución que consagran el principio de soberanía popular; el artículo 4 que establece el principio de supremacía constitucional; el artículo 1 que define a Colombia como un Estado democrático y el artículo 133 que establece que los representantes del pueblo deberán actuar consultando la justicia y el bien común; todos los anteriores en relación con los artículos 374 y 375 relativos a la competencia del Congreso para reformar la Constitución y al procedimiento para la expedición de actos legislativos, los cuales también han sido violados.

III. COMPETENCIA

Conforme con el artículo 241 numeral 1 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para revisar las demandas contra actos reformativos de la Constitución. Por lo tanto, es también competente para revisar la demanda contra el Acto legislativo No. 01 de 2011 expedido por el Congreso de la República.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 242 numeral 3, las acciones por vicios de competencia caducan un año después de la publicación de un acto. Y teniendo en cuenta que la publicación del Acto Legislativo No. 01 de 2011 fue el 31 de mayo de 2011, a la fecha de hoy 31 de mayo de 2012 estamos habilitados para presentar la demanda pues no ha caducado.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

Consideramos que el Congreso de la República incurrió en un vicio de competencia al expedir el Acto Legislativo 01 de 2011 que estableció que en ningún caso habrá conflicto de intereses cuando se tramiten actos legislativos, razón por la cual este debe ser declarado

inexequible. Nuestro argumento parte de la base de que el juicio de sustitución es una metodología tendiente a determinar si el poder de reforma constitucional excedió su ámbito de competencia. De este modo, el juicio de sustitución es, en todo caso, un juicio sobre la competencia del poder de reforma constitucional. Ahora bien, dado que la Constitución prevé varios procedimientos de reforma que se distinguen por su diverso grado de dificultad y por la mayor o menor participación ciudadana, el alcance de la competencia del poder de reforma tiene también diversos grados y, en esta medida, los parámetros para definir cuándo estamos ante un caso de extralimitación deben ajustarse según el tipo de procedimiento. Por esta razón, la intensidad del juicio de sustitución debe ser distinta en cada caso. Así, en tanto más estricto sea el procedimiento y mayor sea la participación de la ciudadanía, el poder de reforma es mayor, su ámbito de competencia es mucho amplio y, en tal sentido, el juicio de extralimitación en la competencia del poder de reforma –juicio de sustitución– debe ser mucho más deferente con el poder de reforma. Llamaremos a este juicio de sustitución “restringido”.

Por el contrario, tratándose de procedimientos de reforma menos estrictos y que involucran una menor participación ciudadana, las restricciones a la competencia deben ser mayores y, por tal razón, el juicio de sustitución debe ser menos deferente con el poder de reforma. Llamaremos a este juicio de sustitución “ampliado”. Considerando que la reforma constitucional que realiza el Congreso a través de acto legislativo es el procedimiento menos gravoso y el que menor participación democrática requiere, sostenemos que en este caso el juicio de sustitución debe ser ampliado.

Para desarrollar nuestro argumento, en primer lugar presentaremos la tesis general sobre los límites al poder de reforma constitucional y mostraremos la equivalencia semántica que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, existe entre las nociones de sustitución y vicio de competencia. Esta aclaración tiene por objeto mostrar que el vicio de competencia que advertimos en la presente intervención a partir de la aplicación de un juicio de sustitución ampliado, se encuentra incluido dentro del cargo de sustitución propuesto por los demandantes. En este apartado también justificaremos por qué la intensidad del análisis del vicio de competencia debe ajustarse al tipo de procedimiento de reforma y sugeriremos cuáles deberían ser los parámetros de este análisis frente a reformas constitucionales realizadas mediante acto legislativo, indicando para tal efecto de qué modo debería adecuarse el juicio de sustitución para este tipo de casos. En segundo lugar, expondremos el sentido y alcance del Acto Legislativo No. 01 de 2011. En último lugar, demostraremos que el Acto Legislativo No. 01 de 2011 constituyó una afectación intensa al principio esencial de la democracia y la primacía de la voluntad general consignada en la Constitución Política.

A. Consideraciones generales sobre los vicios de competencia en reformas constitucionales

1. La tesis de los límites del poder de reforma constitucional²

En la Sentencia C-551 de 2003, la Corte dio inicio a la línea jurisprudencial sobre los vicios de competencia en los casos de reforma a la Constitución. La doctrina de la Corte en esa sentencia se funda en dos argumentos básicos: de un lado, la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma, de la cual extrae el tribunal la idea de que el poder de reforma, al no ser originario, es por esencia limitado; y de otro lado, la Corte argumenta que la Carta de 1991 no prevé la reforma total de la Constitución, por lo cual debe entenderse que esta no es posible pues las autoridades instituidas, y entre ellas el poder de reforma, solo tienen las competencias que les han sido atribuidas. La Corte concluye entonces que una reforma constitucional, a pesar de que haya sido aprobada conforme a los procedimientos regulares, puede ser inconstitucional si equivale a una sustitución de la constitución vigente.

Estimamos que los argumentos de la Corte a favor de la existencia de límites competenciales al poder de reforma, si bien son vigorosos, y tal vez suficientes, pueden ser apoyados con otros elementos que no solo refuerzan la tesis de la Corte, sino que además, como veremos en los siguientes apartados, ayudan a delimitar el alcance de la competencia del poder de reforma en las distintas vías. Existen en efecto otros argumentos lógicos, históricos, funcionales y de derecho internacional que refuerzan esa tesis.

Desde el punto de vista estrictamente lógico, un poder de reforma ilimitado, que tuviera la capacidad de modificar toda la constitución y sustituirla, incluyendo la propia cláusula de reforma y la supremacía de la misma constitución, es contradictorio. En efecto, como lo han mostrado brillantemente autores como Alf Ross o Adolf Merckl³, la idea misma de supremacía de la Constitución y la estructura jerarquizada de los ordenamientos jurídicos implican conceptualmente que el poder de reforma tiene límites competenciales. Así, conviene recordar que dos elementos esenciales de las constituciones en el mundo contemporáneo son su supremacía y rigidez, esto es, que ellas son la norma superior del ordenamiento y que tienen un mecanismo de reforma más estricto que el de las leyes ordinarias. Y por ello el poder de reforma es una competencia jurídica, que tiene su base en la propia constitución, y que es distinta del poder constituyente originario. La validez de los

² Este apartado retoma algunas de las consideraciones realizadas por Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto a la sentencia C-572 de 2004.

³ Para las tesis de Ross, ver Alf Ross. “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional” en *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontanamara, 1993, pp 49 y ss. Para presentaciones por otros autores de sus tesis, ver Pedro de Vega. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, pp 274 y ss.

actos del poder de reforma depende entonces de la preservación de la propia constitución, puesto que en ella tiene su fundamento de validez. Por consiguiente, no puede válidamente el poder de reforma, que es una competencia jurídicamente limitada y derivada, suprimir o sustituir la constitución existente, porque estaría precisamente eliminando las bases de su propia competencia. Estos autores concluyen entonces que si bien es posible que una reforma de ese tipo llegue a ser aceptada por la sociedad, como si ella hubiera sido adoptada por un procedimiento jurídicamente válido, es claro que esa reforma vulneraría la lógica y coherencia del sistema constitucional, pues el poder de reforma ya no sería un poder jurídicamente válido, ya que las bases de su competencia habrían sido eliminadas por la propia reforma. Y que no se diga que ese procedimiento fue válido por haberse fundado en la propia cláusula de reforma, pues no solo una proposición no puede ser, en términos lógicos, autorreferente, sino que además una autoridad no puede autodefinir su propia competencia, pues dejaría de tener una competencia limitada y se convertiría en soberana. Por ende, una reforma total de la constitución, amparada formalmente en el poder de reforma o revisión, en caso de ser aceptada por la sociedad, equivaldría a una verdadera actuación de un nuevo poder constituyente originario.

Una razón histórica y material sobre la función del constitucionalismo fortalece también la tesis sobre los límites competenciales del poder de reforma. En efecto, la idea de una constitución democrática no es únicamente la de una norma de especial jerarquía, sino que debe además contener ciertos valores mínimos para poder ser calificada materialmente de constitución. Y estos valores se encuentran ligados a la idea de un Estado limitado, que se fundamenta en la democracia, y garantiza la dignidad y los derechos de la persona. Una Constitución no es entonces cualquier texto jurídico que se reconozca como superior, sino que ha de contener ciertos elementos, tales como la definición de una estructura del poder, un sistema de derechos constitucionales, el diseño de un sistema democrático, la existencia de un control constitucional, el respeto por la dignidad humana, etc. Son estos valores y principios los que construyen la esencia de la idea de un poder constitucional limitado. La renuncia a tales valores y principios básicos no supone solo separarse de tal tradición sino, aún más, abjurar de la condición de democracia constitucional, pues no será posible concebir un poder limitado o, lo que es lo mismo, un Estado organizado por y a partir del derecho. Y por ello una reforma constitucional que consagre normas que desconozcan ese piso axiológico mínimo de todo régimen constitucional desborda las competencias del poder constituyente derivado, no solo porque subvierte la Constitución de 1991, que está comprometida con esos valores, sino además porque desvirtúa la idea misma de régimen constitucional. Como bien dice Lowenstein, una reforma constitucional que privara de sus derechos a los pelirrojos “*estaría tan en contradicción con el principio de igualdad*”, que es uno de los principios y valores esenciales del constitucionalismo, “*que habría que hablar de una anticonstitucionalidad inherente prima facie*”.⁴

⁴ Karl Lowenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1986, p 193.

Esta función histórica del constitucionalismo ha recibido además una cierta positivación en el derecho internacional público. En efecto, es posible identificar un orden público internacional, construido a partir de un sistema de valores que les son exigibles a todos los Estados en el planeta. Tales valores se reflejan en diversos instrumentos internacionales, como las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Además, muchos de los principios y reglas que amparan esos valores ligados a la dignidad humana han adquirido el carácter de normas imperativas de derecho público o normas *Ius Cogens*, que no admiten ninguna normatividad que las vulnere.⁵ Una reforma constitucional no puede entonces contradecir esos principios imperativos del derecho internacional público, muchos de los cuales han sido constitucionalizados por la Constitución de 1991, en virtud del bloque de constitucionalidad (CP arts 93, 94 y 214).

Los anteriores argumentos no solo refuerzan la tesis del carácter limitado del poder de reforma, sino que podrían ayudar a precisar esos límites. En efecto, si el poder de reforma no puede implicar la sustitución o destrucción de la constitución existente, es claro que este tiene la capacidad de modificar múltiples regulaciones contenidas en la Constitución, pero siempre y cuando dichas reformas no modifiquen la estructura básica de la Carta. Esto significa que en toda constitución existe un contenido esencial, que deriva de la decisión política fundamental adoptada por el poder constituyente, y que debe ser preservado por el poder de reforma, el cual no puede invadir ese contenido esencial, pues de hacerlo, estaría desbordando su competencia. Este contenido esencial de la Constitución equivale a la idea de la “*estructura básica*” desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India, que fue pertinentemente citada y explicada por la nota 19 de la sentencia C-551 de 2003. A su vez, esa estructura básica se encuentra ligada al sustrato axiológico de la Constitución, que se encuentra articulado no solo a ciertas decisiones fundamentales del poder constituyente histórico de cada país, sino además a la función contemporánea de los ordenamientos constitucionales en la preservación de la democracia y de los derechos de la persona. En el caso de la Constitución de 1991, ambos elementos se refuerzan mutuamente por una razón elemental: la identidad política de esta Carta está compuesta por un conjunto de reglas, principios y valores, que dan sentido a la persona humana y al sistema social organizado como Estado social de derecho y democracia participativa.

2. *El juicio de sustitución como método para determinar vicios de competencia en reformas constitucionales*

⁵ Sobre la noción de *Ius Cogens*, ver el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que define este concepto así: “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En la sentencia C-551 de 2003, la Corte indicó que el vicio de procedimiento en una reforma constitucional no solo se configura por irregularidades en el trámite, sino que puede darse por falta de competencia del sujeto llamado a impulsar y desarrollar dicho trámite. Tal es así porque la competencia es presupuesto de la forma, en tanto *“a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica”*⁶. En este fallo, en el cual se analizó la constitucionalidad de una ley por medio de la cual se convocaba a un referendo constitucional, la Corte se refirió a la sustitución de la Constitución como un vicio de competencia que se configura porque el poder de reforma es un poder constituyente derivado que, en cuanto tal, no puede reemplazar la Constitución de la cual proviene su poder. En palabras de la Corte, *“se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. 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”*⁷.

A partir de esta sentencia, la Corte ha venido desarrollando y precisando la tesis del vicio de competencia en los casos de reforma constitucional, para lo cual ha diseñado el denominado juicio de sustitución. De este modo, en materia de reformas constitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha ido estableciendo una suerte de equivalencia semántica entre los conceptos de vicio de competencia y sustitución de la Constitución. Así por ejemplo, en la última sentencia en la cual la Corte analizó una ley que convocaba a un referendo para reformar la Constitución, la imbricación entre estas dos nociones es clara pues la Corte muestra cómo el análisis de un vicio de competencia debe realizarse mediante un juicio de sustitución. Dijo la Corte: *“esta Corporación es competente para examinar si el enunciado normativo contenido en la Ley 1354 de 2009 configura un vicio de competencia, lo que hace necesario reseñar brevemente los alcances del juicio de sustitución a la Constitución, tal como ha sido expuesto en anteriores pronunciamientos”*⁸.

El que todo vicio de competencia se determine en virtud de la aplicación del juicio de sustitución, y el que este juicio de sustitución se haya desarrollado y haya sido aplicado precisamente para determinar el desbordamiento de la competencia del poder de reforma, explica la equivalencia semántica entre los conceptos de sustitución y vicio de competencia. De conformidad con esto, resulta claro que un juicio de sustitución es, en todo caso, un juicio sobre la competencia del poder de reforma constitucional. Así lo ha advertido la propia Corte al indicar que *“no se trata, en tales eventos [en los de sustitución de la Constitución], de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1993.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia”⁹.

Ahora bien, lo que pretendemos demostrar en esta intervención es que el alcance del poder de reforma constitucional no es el mismo en todos los casos, sino que este depende del grado de rigidez de cada procedimiento, así como del grado de participación popular; y que, en tanto el juicio de sustitución es un juicio para evaluar la competencia del poder de reforma, la consecuencia lógica es que este juicio se ajuste según el procedimiento, en los términos que serán expuestos en el siguiente apartado.

3. Los distintos alcances del poder de reforma según el procedimiento¹⁰

Como lo señaló la sentencia C-551 de 2003, la regulación del poder de reforma es uno de los asuntos más complejos del diseño constitucional y de la teoría constitucional, pues pone en tensión al pueblo soberano, titular del poder constituyente, y la supremacía del orden constitucional. Dijo entonces la Corte:

“La tensión entre el pueblo soberano y la supremacía constitucional se proyecta al campo de los mecanismos de reforma constitucional. Así, el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario. El problema surge entonces cuando la ciudadanía manifiesta claramente su voluntad de sustituir la Carta. En tales eventos, si la propia Constitución no prevé alguna forma de expresión jurídica del poder constituyente originario, entonces se llega al siguiente dilema indeseable: o la dinámica del poder constituyente se ve obstruida y asfixiada por los límites al poder de reforma; o por el contrario, una ruptura constitucional ocurre a fin de permitir la expresión del poder constituyente.

Sin embargo, no corresponde a la Corte en esta sentencia entrar a analizar los límites del poder de reforma cuando éste es ejercido por vía de acto legislativo o de asamblea constituyente, puesto que el presente proceso está referido exclusivamente a una ley que convoca a un referendo. Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese dilema y la tensión entre la soberanía

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2004.

¹⁰ Este apartado también retoma algunas de las consideraciones realizadas por Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto a la sentencia C-572 de 2004.

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. La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es “rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias” (Georges Burdeau. Op-cit, p 181.), y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales.

Y es natural que dicho procedimiento haya sido previsto por la Asamblea Constituyente de 1991, que quiso proteger la identidad y continuidad de la Constitución que promulgó, pero sin que ello implicara petrificar el texto constitucional, aprobado, precisamente porque esa asamblea había nacido, en parte, de las dificultades que el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución anterior había implicado para un cambio constitucional.¹¹”

La anterior doctrina sugiere que el alcance del poder de reforma es distinto según que el procedimiento sea más o menos agravado y recurra a mayor o menor participación ciudadana, lo cual explicaría, entre otras cosas, que nuestro ordenamiento recurra a distintos mecanismos de reforma constitucional. Esta conclusión es de gran importancia pues, a nivel de derecho comparado, ciertos autores y ordenamientos han concluido que para enfrentar las tensiones entre la soberanía popular y la supremacía constitucional es necesario intentar, en cierta forma, institucionalizar y positivar el poder constituyente originario, por osado que eso parezca, y proponen entonces establecer diversos mecanismos de reforma constitucional.¹² Para los ajustes menores de la Constitución a las nuevas realidades históricas, existiría un poder de reforma si se quiere “ordinario”, que estaría limitado por la estructura básica de la Constitución, esto es, sólo podría modificar cláusulas constitucionales que no estuvieran contenidas en esa estructura básica de la Carta. En cambio, para la aprobación de las reformas totales de la Constitución o de aquellas que afectan su contenido esencial, es necesario un procedimiento agravado de reforma, que cuente siempre con la consulta al pueblo y que haga difícil, pero no imposible la reforma de la estructura básica de la Carta.

Esta distinción de los mecanismos de reforma, y la previsión de un procedimiento reforzado y con participación obligatoria de la ciudadanía para aquellas revisiones que afectan la

¹¹ Sentencia C-551 de 2003, Fundamento 40.

¹² Para una defensa de esa tesis, ver Vanossi, Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1975, Tomo I. pp 207 y ss. Carl Friedrich. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pp 146 y ss. Y Elai Katz. “On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment” en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1996, No 19, pp 251 y ss. Para ordenamientos que también reconocen esa diversidad de mecanismos, ver los casos de España y Venezuela.

estructura básica de la Constitución, es una tentativa que, reconociendo el carácter obligatoriamente limitado del poder de reforma, pretende evitar rupturas de la continuidad jurídica. El resultado que se busca es entonces una cierta positivación del poder constituyente originario, tentativa siempre imperfecta, como lo reconoció la sentencia C-551 de 2003. Sin embargo, esa positivación parcial del poder constituyente originario aparece como la tentativa más audaz para preservar la identidad básica de las constituciones, sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales, en la medida en que permite ampliar las competencias del poder de reforma, autorizando incluso una reforma total pero regular de la Constitución. Al decir de Georges Burdeau:

“La extensión de los poderes del órgano de revisión constitucional se encuentra en función de la importancia de la participación del soberano en el procedimiento de revisión. Sin lugar a dudas, el hecho de que el pueblo sea llamado a pronunciarse directamente no le resta nada jurídicamente al carácter de poder constituido que es propio del órgano de revisión, pero al menos, políticamente su intervención tiene el efecto, al acercar el poder originario al poder instituido, de dar a este último una competencia prácticamente igual a aquella que, en términos jurídicos, pertenece al primero.”¹³”

A la luz de estas reflexiones sobre la posibilidad de institucionalizar parcialmente el poder constituyente originario es posible entender las razones profundas por las cuales la Asamblea Constituyente previó distintos mecanismos de reforma constitucional con grados distintos de participación democrática. En efecto, esto sugiere que los asuntos más trascendentales de reforma constitucional quedan reservados a los procedimientos y vías que cuenten con una mayor participación directa del pueblo (referendo y asamblea constituyente), mientras que las modificaciones de las regulaciones constitucionales que no afecten la estructura básica podían ser aprobadas por medio de acto legislativo. Así, la ponencia respectiva en la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente:

“(H)ubo un claro consenso en el seno de la subcomisión, en el sentido de considerar que es necesario complementar el mecanismo previsto en el actual artículo 218 de la Constitución, con otras disposiciones que permitan mayor participación democrática en el procedimiento de reformas a la Carta. Se quiso buscar un equilibrio entre la necesaria permanencia que deben tener las normas constitucionales, y la importancia de permitir los ajustes que respondan a las condiciones cambiantes de los tiempos. Sobre la base de este acuerdo fundamental, se decidió acoger en sus lineamientos técnicos el proyecto presentado por el Gobierno.

¹³Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, p 260, traducción nuestra.

*Se establece la posibilidad de reformar la Constitución, por el Congreso, mediante el mecanismo de actos legislativos hoy vigente, con algunas precisiones; por Asamblea Constituyente elegida popularmente y, sin consenso en la subcomisión, por Referéndum como figura independiente”.*¹⁴

Esta idea fue retomada en los debates en la Asamblea Constituyente, en donde algunos delegatarios plantearon la necesidad de que la reforma constitucional tuviera distintos niveles de exigencia, de tal manera que la revisión de los temas esenciales, ligados a los principios fundamentales y al reconocimiento y protección de los derechos constitucionales, estuviera sometida a un trámite más riguroso y que incluyera la participación ciudadana.¹⁵

Conforme a lo anterior, la Constitución de 1991, al establecer distintas vías de reforma, buscó evitar los riesgos que para la estabilidad jurídica puede implicar el ejercicio de la competencia del poder de reforma. En efecto, al obligar que algunos de esos mecanismos de reforma –como el referendo o la convocatoria a una asamblea constituyente- cuenten con la participación directa de la ciudadanía, la Constitución de 1991 permite ampliar la competencia del poder de reforma, más allá de sus límites inmanentes, pues esa participación directa del pueblo, sin eliminar la naturaleza jurídica y reglada del proceso, acerca, como lo explica Burdeau, el poder de reforma al poder constituyente. Estos procedimientos extraordinarios de reforma, a saber, el referendo y la asamblea constituyente, implican entonces una cierta positivación o institucionalización parcial del poder constituyente originario, que tiene un objetivo preciso: permitir que incluso los cambios más radicales de nuestro ordenamiento puedan ser adelantados por medios jurídicos, lo cual es natural en una Constitución que no solo reconoce la soberanía popular sino que, además, establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (CP arts 3° y 22). En efecto, al permitir una irrupción jurídicamente regulada del poder constituyente originario, la Constitución de 1991 incrementa la posibilidad de que los cambios sociales puedan realizarse por medios jurídicos pacíficos, a través de una participación ciudadana acentuada.

El examen precedente permite entonces concluir que la competencia del poder de reforma es diversa según que se base en los distintos procedimientos de reforma previstos por la Carta. Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 2010:

¹⁴ Informe Ponencia. Mecanismos de Participación Democrática. *Gaceta Constitucional*. No 52, pp 9 y 10.

¹⁵ Ver la sesión del 8 de mayo de 2001 de la Comisión Primera, en donde uno de los delegatarios planteó que toda reforma a la carta de derechos debía ser sometida a referendo, idea que fue respaldada por otro delegatario, que recordó que muchas constituciones preveían distintos mecanismos de reforma, según las materias. Ver Acta No 36 de esa sesión en *Gaceta Constitucional*. No 133, p 7.

Cada mecanismo de reforma constitucional previsto en esa constitución, permite en mayor o menor grado una expresión plural y democrática de ese poder constituyente, y en esa medida hay mayores restricciones al poder de reforma entre menos garantías de pronunciamiento plural ofrezca el mecanismo. Así, entre menos posibilidades haya de prefijar la agenda sobre la cual se puede pronunciar ese pueblo o menor participación de ese pueblo constituido en el proceso de reforma, mayores limitaciones hay al poder de reforma. Es por eso que la Corte ha señalado que a través de acto legislativo o de referendo constitucional, el poder de reforma es limitado.

En efecto, el artículo 374 de la Constitución, como ha quedado dicho, prevé tres posibilidades de reforma constitucional. En tales circunstancias, consideramos que la tesis de la prohibición de sustitución tal y como fue desarrollada por la sentencia C-551 de 2003, opera esencialmente frente a uno de los procedimientos agravados de reforma constitucional, como es el referendo, pero que dicha doctrina debe ser ajustada en relación con los otros dos procedimientos de reforma previstos por la Carta, a saber, el acto legislativo y la asamblea constituyente, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de esas vías.

Así, la reforma constitucional por vía de acto legislativo aprobado por el Congreso de la República, en los términos del artículo 375 de la Constitución, únicamente demanda el concurso de los partidos políticos con representación en el Congreso y la mayoría calificada exigida es relativamente baja, en términos de derecho comparado, pues basta la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, mientras que muchos ordenamientos requieren votaciones de dos terceras partes o tres cuartas partes de los integrantes de esas corporaciones. Además, este mecanismo no supone la participación directa del pueblo sino únicamente de sus representantes. Como quiera que este procedimiento implica la menor – en relación con las restantes posibilidades de reforma– representación o manifestación del consenso sobre la reforma, ha de entenderse que en tales casos es donde la competencia del poder de reforma es menor.

Por el contrario, las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) cuentan, en desarrollo del principio de soberanía popular, con la participación ciudadana. Así, la reforma constitucional por vía de referendo supone una ampliación de la base democrática de la reforma. En efecto, tal como lo prevé el artículo 378 de la Carta, no resulta suficiente la aprobación por parte de la representación política en el Congreso, sino que, además, el pueblo tiene que aprobar directamente la decisión. Pero eso no es todo; la Carta no solo exige que la modificación sea aprobada por más de la mitad de los sufragantes, sino que además establece un umbral mínimo de participación, pues señala que la reforma debe haber sido votada por más de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral. Estas exigencias institucionalizan parcialmente

el poder constituyente originario. Sin embargo, es propio de los referendos que el pueblo se pronuncie sobre algunos temas únicamente, por lo que es razonable concluir que por esta vía no puede llegarse a una sustitución total o parcial de la Carta, sino únicamente a la revisión de algunos de los elementos de su estructura básica.

Finalmente, del trámite fijado en el artículo 376 de la Constitución para la reforma por vía de Asamblea Constituyente se deriva que se está en presencia de un sistema que impone la máxima base democrática para la reforma constitucional pues, en realidad, se incorporan los modos anteriores (aprobación del Congreso y del pueblo de la convocatoria) y la realización de nuevas elecciones, además de la suspensión de la potestad de reforma del Congreso. Fuera de ello, para la aprobación de la convocatoria a la asamblea, ese artículo exige un umbral mayor de participación pues se requiere que lo apruebe al menos una tercera parte de los integrantes del censo electoral, y no únicamente la cuarta parte, como en el caso del referendo. Finalmente, la Carta establece que la ley que es sometida al pueblo para que este decida si se convoca o no a la correspondiente asamblea, determinará la competencia de la misma. En tales circunstancias, si la ley establece que la competencia de esa asamblea incluye la revisión total de la Constitución, y el pueblo aprueba la convocatoria de una asamblea con tales poderes, entonces se entiende que dicho cuerpo actuaría como poder comisionado del pueblo soberano, tal y como lo hizo, en su momento, la Asamblea Constituyente de 1991. Por esta vía, la Carta autoriza una verdadera institucionalización de un poder constituyente, con plena capacidad de reformar incluso la totalidad de la Constitución. Así lo advirtió la Corte en la sentencia C-141 de 2010: *”de los distintos mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta”*. De acuerdo con esto, la sustitución total o parcial de la Constitución que realice una Asamblea Constituyente sería válida frente al derecho constitucional colombiano, aunque pudiera ser atacada por desconocer compromisos internacionales del Estado colombiano. Pero esa es otra discusión.

4. La distinta intensidad del juicio de sustitución según el poder de reforma

Como mostramos en el anterior apartado, el alcance del poder de reforma varía de conformidad con el grado de rigidez del procedimiento, así como con el nivel de participación ciudadana. Ahora bien, si el juicio de sustitución es, tal como lo advertimos en el segundo apartado, un método para determinar si hubo un desbordamiento del poder de reforma, lo lógico es que la intensidad del juicio se adecue en función del alcance de la competencia de dicho poder. De conformidad con esto, estimamos que en los casos en los que el poder de reforma es mayor, el juicio de sustitución debe ser más deferente con este poder, mientras que en los casos en los que el poder de reforma es menor, el juicio de sustitución debe ser menos deferente. Así las cosas, consideramos que tratándose de

reformas por vía de referendo se debe utilizar un juicio restringido, mientras que frente a reformas a través de acto legislativo debe aplicarse un juicio ampliado.

De conformidad con este planteamiento, consideramos que es necesario que la Corte precise su jurisprudencia sobre el control constitucional frente a reformas constitucionales, en tanto esta, a nuestro modo de ver, se mueve entre una *ratio formal* que no establece distinciones del juicio de sustitución en función del procedimiento de reforma, y una *ratio material* que sí lo hace.

En efecto, en lo que concierne a la *ratio formal*, a partir de la sentencia C-970 de 2004 en la que se revisó la constitucionalidad de una reforma constitucional mediante acto legislativo, la Corte ha venido precisando una metodología para el análisis de los cargos por sustitución de la Constitución. El punto de partida de esta metodología es la idea planteada en la sentencia C-551 de 2003, según la cual el límite general al poder de reforma es que este no puede ser utilizado para sustituir parcial o totalmente la Constitución. No está de más resaltar que en esta sentencia fundante la Corte se refirió a la constitucionalidad de una ley que convocaba a un referendo, y no a una reforma mediante acto legislativo.

Según la sentencia C-970 de 2004, el análisis de un cargo de sustitución debe someterse a la siguiente metodología:

“4.1. Como premisa mayor [...] es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”¹⁶.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004.

Esta metodología fue precisada por la Corte en la sentencia C-1040 de 2005, en los siguientes términos:

“el método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior”¹⁷.

Según explica la Corte en el mismo fallo, el resultado de este juicio *“debe poder llevar a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible”¹⁸.*

Posteriormente, en la sentencia C-588 de 2009, en la que también se examinó la constitucionalidad de un acto legislativo, la Corte incorporó a la doctrina sobre el juicio de sustitución la noción de quebrantamiento de la Carta. Según la Corte, el quebrantamiento se produce cuando se introducen excepciones a una disposición constitucional. La Corte reconoce que es aceptable, en un principio, la inclusión de tales excepciones por medio de una reforma constitucional. Sin embargo, advierte que el quebrantamiento de la Carta

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005, f. j. 7.9.

¹⁸ *Ibídem*.

puede implicar su sustitución parcial o total, caso en el cual el quebrantamiento resulta inválido.

Aunque la Corte introduce un nuevo elemento en el juicio de sustitución, en todo caso la estructura de este se mantiene, de tal modo que debe comprobarse que la excepción incluida implica que la Constitución ha sido reemplazada en su integridad o en parte por otra totalmente opuesta. Así lo indicó la Corte al destacar que

“para que se produzca la sustitución no basta ‘limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución’ puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, ‘una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma’¹⁹,²⁰

De conformidad con lo anterior, resulta claro que de conformidad con la *ratio formal* de los fallos de la Corte acerca del juicio de sustitución, debe evaluarse en cada caso concreto si la reforma constitucional –con independencia del procedimiento: referendo o acto legislativo– comporta una sustitución total o parcial de la Carta, en los términos que le fueron atribuidos a esta noción en la sentencia C-551 de 2003, y de conformidad con el test planteado en la C-970 de 2004 y precisado en la C-1040 de 2005.

Sin embargo, si se evalúan las dos decisiones en las cuales la Corte ha declarado la inexecutable de actos legislativos por vicio de competencia, a saber, la C-1040 de 2005 y la C-588 de 2009, se advertirá que existe una *ratio material* que no es del todo coincidente con la noción de sustitución reconocida en la *ratio formal* de estos fallos.

Los dos casos en los cuales la Corte ha adoptado este tipo de decisiones comparten en común (i) el haberse referido a disposiciones con carácter transitorio que (ii) establecían excepciones a principios constitucionales.

Así, en la sentencia C-1040 de 2005, la Corte declaró la inexecutable de un párrafo transitorio introducido en la Constitución mediante el acto legislativo que permitió la reelección presidencial por una vez. En dicho párrafo se otorgaba una facultad legislativa de carácter supletorio a un órgano judicial. En virtud de esta facultad se habilitaba al Consejo de Estado para que, en caso de que el Congreso no lo hiciera en un tiempo específico, expidiera algunas disposiciones orientadas a establecer condiciones de igualdad

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2009.

electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República dado que, según el acto legislativo, el Presidente en ejercicio podría presentar su candidatura para un nuevo periodo.

Como sustento de su decisión, la Corte indicó que *“al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta”*. Según la Corte, *“esa atribución al Consejo de Estado”* comportaba *“una sustitución parcial y temporal consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema”* y sería reemplazada por *“la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos”*²¹.

Por su parte, en la sentencia C-588 de 2009, la Corte declaró la inexecutable de un acto legislativo que adicionaba un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución. Este párrafo permitía, durante un término de tres años, el ingreso automático a carrera administrativa de los servidores que estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales.

Según la Corte, con ese párrafo se introducía un régimen paralelo y totalmente opuesto al régimen de carrera administrativa que, de conformidad con lo afirmado en el fallo, constituye *“un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”*²². Concluyó la Corte que dado que la carrera administrativa es un eje definitorio de la Constitución, la introducción de una excepción temporal a este comportaba una sustitución parcial de la Constitución.

Ahora bien, si se contrastan las razones concretas expuestas por la Corte para justificar en cada uno de estos casos la declaratoria de inexecutable de las reformas, con el contenido del test de sustitución, se puede advertir que, aunque la Corte sigue los pasos de este para aplicarlo en cada caso, lo cierto es que la fuerte noción de sustitución que está incorporada en este juicio, no se adecua a la idea más débil de sustitución que constituye la *ratio material* de estos dos fallos.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 2009.

Concretamente, la falta de correspondencia se presenta en relación con el sexto paso del test, que exige demostrar que un elemento esencial definitorio de la Constitución ha sido “reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado-”. En efecto, es difícil encuadrar la inclusión de una excepción temporal dentro de la noción de reemplazo. Tal es así por cuanto el efecto de una excepción temporal es excluir del ámbito de aplicación de una norma una situación específica y por un tiempo limitado. En este sentido, en estos casos el elemento esencial definitorio continúa rigiendo en las situaciones no exceptuadas y recupera su vigencia absoluta una vez se cumpla el período fijado para la excepción. Por tal razón, se trata más de una alteración del elemento esencial definitorio, que de su reemplazo por otro.

Ahora bien, esta alteración puede comportar, tal como sucedió de hecho en los dos casos en cuestión, una interferencia intensa en un elemento esencial definitorio de la Carta. Estimamos que esta interferencia intensa le está vedada al Congreso cuando ejerce su poder de reforma constitucional y, por tal razón, configura un vicio de competencia que debe acarrear la inexecutablez del respectivo acto legislativo.

Estimamos que tratándose de reforma constitucional por medio de acto legislativo, el Congreso no solo carece de competencia para reemplazar un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro radicalmente opuesto, sino que además carece de competencia para alterar elementos definitorios de esta, como sucede, por ejemplo, con la introducción de excepciones a principios constitucionales o con la restricción de su alcance. El Congreso, como poder de reforma “ordinario”, que actúa por vía de acto legislativo, sin contar con la participación directa de la ciudadanía, no puede entonces interferir el contenido esencial de la Constitución, pues en estos casos la prohibición de sustitución que recae sobre el poder de reforma es máxima.

Así mismo, deben ser aún menores sus competencias para reformar sus propias facultades de reforma de la Constitución. Cuando el Congreso cambia el procedimiento por el cual él puede reformar la Constitución, modifica las garantías creadas por el constituyente primario para que la Carta se pudiera reformar parcialmente, sin ser sustituida. Por lo tanto, las cláusulas que establecen cómo se reforma de la Constitución y en especial cuándo y cómo puede el Congreso reformar la Constitución requieren un control mayor por parte de la Corte Constitucional.

Permitir al Congreso que sin ningún límite reforme el procedimiento por el cual se reforma la Constitución es darle totales facultades para que reforme la Carta. Por esa vía puede cambiar la única garantía que revisa la Corte Constitucional cuando analiza actos legislativos, que se trata de los vicios de procedimiento. De allí que el poder de reforma del Congreso deba ser menor cuando modifica sus propias reglas de juego para reformar la Constitución.

Esta conceptualización se adecua a la *ratio material* de los dos fallos en los cuales la Corte ha declarado la inexecutable de actos legislativos por vicio de competencia, pero implica ajustar la intensidad del test de sustitución que, tal como está planteado, es adecuado para evaluar el caso más extremo de desbordamiento de la competencia que consiste en reemplazar la Constitución –o un eje definitorio de la misma– por otra radicalmente opuesta, pero no para analizar otras hipótesis de desbordamiento de competencia.

De conformidad con esto, advertimos que el test que ha sido formulado hasta el momento por la Corte resulta suficiente para evaluar el desbordamiento del poder de reforma por vía de referendo, pero no para casos de reforma constitucional por acto legislativo en los que, conforme a lo que hemos expuesto, la competencia para reformar la Constitución es menor. Por tal razón, estimamos que esta es una buena oportunidad para que la Corte precise su jurisprudencia sobre este punto y adecue el test de sustitución en función de los mecanismos de reforma.

Esta adecuación implica, a nuestro modo ver, un ajuste a los dos últimos pasos del test según la conceptualización arriba presentada. De acuerdo con esto, tratándose del análisis de la competencia del poder de reforma constitucional por vía de acto legislativo, el juicio de sustitución debe orientarse a determinar si un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución fue interferido de modo intenso por parte del legislador. Esto implica conservar los cinco primeros pasos del test que se orientan a demostrar que efectivamente lo que está en juego es un elemento definitorio de la Carta y no cualquier disposición constitucional, pero variar los dos últimos pasos. De este modo, a diferencia del test para casos de reforma por vía de referendo, no se trata de demostrar si ese elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro integralmente opuesto, sino que se debe establecer si dicho elemento ha sido interferido de modo intenso por el Congreso por medio de un acto legislativo, que busca reformar la Constitución sin participación ciudadana.

En síntesis, la intensidad del juicio de sustitución debe ajustarse en función del mecanismo de reforma. Así, tratándose de reformas a través de referendo, el análisis de competencia debe realizarse a través del juicio restringido, que es el hasta ahora formulado por la Corte. Pero tratándose de reformas por acto legislativo, el análisis se debe realizar aplicando un juicio ampliado.

B. Existencia de un vicio de competencia en la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2011

En este apartado nos dispondremos a realizar un juicio ampliado en el que revisaremos si existió una afectación intensa a principios constitucionales con la aprobación del Acto Legislativo No. 01 de 2011. Optamos por el juicio ampliado por dos razones: primero, por ser una reforma constitucional hecha por el Congreso y que carece de participación ciudadana, razón por la que bajo la idea de graduación del juicio, debe existir un examen más riguroso por parte de la Corte Constitucional; y segundo, porque el Acto Legislativo modifica los límites que tiene el mismo Congreso cuando tramita reformas constitucionales, de allí que se trata de una reforma hecha por el Congreso que cambia el procedimiento que lo rige para reformar la Constitución. Lo anterior, hace que la reforma constitucional merezca un juicio ampliado menos deferente con el poder de reforma del Congreso. En desarrollo de este apartado, en primer lugar nos referiremos al sentido y alcance de la reforma constitucional introducida mediante el acto legislativo impugnado, y en segundo lugar aplicaremos el test.

1. El sentido y alcance del Acto Legislativo No. 01 de 2011

El Acto Legislativo No. 01 de 2011 adiciona un párrafo al artículo 183 de la Constitución en el cual establece que el *“régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los Congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos”*. Esta modificación al texto constitucional reduce el alcance del artículo 183 relativo a las causales de pérdida de investidura de los Congresistas, una de las cuales es precisamente violar el régimen de conflicto de intereses (C.P. Art.183, num. 1). En efecto, al disponer que este régimen no operará cuando se tramita una reforma constitucional, los congresistas que debatan y voten proyectos de actos legislativos que les representen un beneficio particular, directo e inmediato²³ no incurrirán en causal alguna de pérdida de investidura. El régimen de conflicto de intereses establecido en la Constitución es un mecanismo que busca garantizar que los representantes del pueblo actúen en procura del interés general y no para su propio beneficio. Está consignada principalmente en el artículo constitucional 182 que obliga a los congresistas a *“poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”*, y, en caso de no hacerlo, define como sanciones la pérdida de la investidura y la inhabilidad para nunca más acceder a un cargo de elección popular.²⁴

²³ Este es el alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional al conflicto de intereses de los Congresistas. Ha dicho la Corte: “De los anteriores elementos que suponen la existencia de un conflicto de intereses, se destaca el correspondiente a la exigencia de demostrar el beneficio particular, directo e inmediato que le reporta al congresista la participación en el debate o votación de un determinado proyecto de ley, conforme lo establece el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.” Corte Constitucional, sentencia C 1040 de 2005

²⁴ El artículo 182 de la Constitución dice: “Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el

El Consejo de Estado ha definido el conflicto de intereses como una “*conurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla*”²⁵. Adicionalmente, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha señalado que para que se configure un conflicto de intereses en la función legislativa, tienen que presentarse los siguientes supuestos o circunstancias:

*“(1) la participación efectiva del congresista en el procedimiento legislativo o en el ejercicio de los mecanismos de control; (2) la existencia, cierta y demostrada, de que las deliberaciones, votaciones y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados predeterminados; (3) el beneficio que persiga o se obtenga con la ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter particular, directo e inmediato; (4) que el congresista tenga la intención de beneficiar a sus familiares, a sus socios o a sí mismo”*²⁶.

Estos cuatro rasgos permiten tener una idea más concreta y clara de lo que la institución del conflicto de intereses busca garantizar: que los congresistas, con sus participaciones en el procedimiento legislativo o en el control político, no obtengan para ellos o para sus allegados *beneficios particulares, directos e inmediatos*²⁷ que desdibujen su labor como representantes de la voluntad popular.

trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Flavio Rodríguez Arce. 28 de abril de 2004. Radicación No. 1572.

²⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-1040/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2003. Radicación número: PI. 0580-01. C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de noviembre de 2004. Radicación número. PI. 0584-00. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

²⁷ “De los anteriores elementos que suponen la existencia de un conflicto de intereses, se destaca el correspondiente a la exigencia de demostrar el beneficio particular, directo e inmediato que le reporta al congresista la participación en el debate o votación de un determinado proyecto de ley, conforme lo establece el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992. Existe un interés directo, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio. Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la comprobación del mismo: “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Sólo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico, puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquél en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo”. Por otra parte, el interés se torna en particular, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser inmediato, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de

El régimen constitucional de conflicto de intereses contiene mecanismos para controlar las actuaciones legislativas y asegurar la transparencia de todas las decisiones de los parlamentarios. Así, por un lado, cuando un congresista omite declararse impedido aun existiendo razones para haberlo hecho, otro congresista puede interponer una recusación para que no participe en el debate y votación del proyecto. Y por otro lado, cuando el congresista no se ha declarado impedido y no ha sido recusado, cualquier ciudadano puede presentar demanda de pérdida de investidura ante el Consejo de Estado.

Estos controles y sanciones garantizan que los congresistas actúen dentro de un marco de justicia y bien común, en el que los intereses privados, personales o familiares que tengan en un determinado momento, cedan ante el interés general. Así mismo, demuestran que votar un proyecto atendiendo a los intereses particulares directos e inmediatos no es un problema menor, por el contrario, es una conducta altamente reprochable, tanto así que la ciudadanía tiene la capacidad de ponerla en conocimiento de las autoridades y el funcionario puede perder su cargo.

Ahora bien, tratándose de actos legislativos, el conflicto de intereses tiene un matiz, pues aquellos generalmente implican reformas que “*por su naturaleza son intemporales y de un grado de generalidad y abstracción mucho mayor que el de las leyes*”²⁸ en las que es poco probable que puedan concurrir beneficios particulares. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

*Para esta Corporación, al igual que lo ha sostenido el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre demandas de pérdida de investidura de congresistas, la regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso*²⁹

En su paso por el Congreso, el entonces proyecto de Acto Legislativo hoy cuestionado, que recibió un apoyo casi unánime, fue presentado como si se tratara de elevar a rango constitucional la jurisprudencia vigente sobre conflictos de intereses en materia de actos

evidencia fáctica su realización en el futuro” Corte Constitucional, Sentencia C-1040/05. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (Aparte 8.6.7.2.1.).

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C 1040 de 2005.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005.

legislativos³⁰ y como una herramienta para evitar temores de pérdida de investidura y agilizar el trámite de las reformas constitucionales. Sin embargo, la reforma no retoma la jurisprudencia citada pues elimina las excepciones al establecer que nunca podrán existir conflictos de intereses. De este modo, restringe el alcance del artículo 182 de la Constitución que exige poner en conocimiento de la Cámara los conflictos que se presenten sobre todos los asuntos sometidos a su consideración, sin ninguna distinción entre actos legislativos o leyes.

Cabe resaltar que aunque excepcionales, los conflictos de intereses sí se pueden presentar en el trámite de actos legislativos “*porque los beneficios o perjuicios que de ella se derivan puedan llegar a ser de naturaleza directa, inmediata y extraordinaria*”³¹. Para determinar si existe un conflicto de interés en la expedición de un acto legislativo debe tenerse en cuenta, en primer lugar, si la reforma constitucional afecta por igual a todos los colombianos y si el congresista tiene un interés particular en ella. Y segundo, si el interés del congresista excede un interés meramente político –inevitable en el ámbito parlamentario- y sea un verdadero interés privado. De acuerdo con la Corte, los intereses políticos que subyacen a las reformas constitucionales son legítimos, pues no solo forman parte del debate y la deliberación política, sino que su prohibición representaría que algunas cláusulas de la constitución se conviertan en cláusulas pétreas o irreformables.

Si bien es cierto que la mayoría de las normas de la Constitución son normas generales y con mayores niveles de abstracción que las leyes ordinarias, la Constitución también cuenta con normas que prevén determinados efectos para situaciones concretas que, al ser modificadas, pueden afectar intereses particulares, directos e inmediatos de los congresistas. Un ejemplo concreto de esta situación fue advertido precisamente en uno de los debates del Acto Legislativo 01 por el senador Juan Carlos Vélez Uribe, quien fue el único que votó en contra del proyecto. El senador se refirió al impedimento que presentó Juan Manuel Galán en el trámite de reforma a la Comisión Nacional de Televisión porque su esposa trabajaba en esta entidad, impedimento que fue aceptado por la Corporación.³²

³⁰ En el trámite del Congreso el Ministro de Interior, Germán Vargas Lleras, en defensa del proyecto dijo: “Brevemente, para reiterar la conveniencia y la utilidad de elevar a rango constitucional una jurisprudencia hoy vigente, jurisprudencialmente se ha aceptado que cuando los parlamentarios, Senadores y Representantes, deben y tengan que pronunciarse en el trámite de actos legislativos, no deben ni pueden proceder los impedimentos.”

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, MP. En este mismo fallo, la Corte precisó que “Para esta Corporación, al igual que lo ha sostenido el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre demandas de pérdida de investidura de congresistas, la *regla general* es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos *excepcionales* en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso.”

³² Al respecto, el senador manifestó: “Mire que aquí se presentó un caso muy puntual en esta comisión, donde se evidencia que puede haber conflicto de intereses en la aprobación de actos legislativos y aquí lo aprobamos, me refiero al caso específico del Senador Juan Manuel Galán. // Cuando él se declaró impedido para participar y votar la reforma constitucional que acaba con la Comisión Nacional de Televisión, en razón

Con este ejemplo se evidencia claramente que existen artículos constitucionales que no son impersonales, generales y abstractos dado que un parlamentario o sus familiares pueden tener un interés directo de conservar un empleo, adquirirlo, ganar una licitación, cambiar el régimen de responsabilidades, entre otros.

En consecuencia, el rango de constitucional no es *per se* una garantía de generalidad. De hecho, debido a que no existe ningún impedimento para que en el texto constitucional se incorporen asuntos que por su naturaleza deban regularse en la ley, esta reforma abre paso a la desnaturalización de la institución de conflicto de intereses porque los congresistas podrían participar en la discusión y votación de cualquier asunto -así obtengan beneficios particulares, directos e inmediatos- siempre y cuando se tramite como una reforma constitucional. Los congresistas podrían asumir los costos de los obstáculos adicionales que supone el trámite de una reforma constitucional, pero lograrían así evitar tener que declararse impedidos en discusiones en las que sí obtengan beneficios, para sí o para los que la ley determina como cercanos.

El efecto de la reforma es concreto: existiendo conflicto de intereses por parte de un congresista en un acto legislativo, este podrá debatir y votar el proyecto, y en ningún caso esta conducta conllevará la pérdida de investidura. Los demás congresistas no podrán exigirle nada y la ciudadanía tampoco. En este sentido, el Acto Legislativo No. 01 de 2011 no es una reforma inocua que se limite a elevar a rango constitucional las reglas de la jurisprudencia. La reforma elimina la prohibición de los congresistas del artículo 182 constitucional cuando se trata de actos legislativos, por lo tanto restringe los deberes de los congresistas, las causales de pérdida de investidura, las facultades de control de los demás parlamentarios y el poder de la ciudadanía de exigir de sus representantes que actúen en el Congreso únicamente en pro del bien general. En pocas palabras, los congresistas redujeron sus deberes y sus controles, para ampliar sus potestades, definiendo incluso el alcance de su propio régimen sancionatorio.

2. Aplicación del juicio de competencia al Acto Legislativo 01 de 2011

Tal como lo indicamos en el apartado de consideraciones generales, el juicio ampliado para evaluar la existencia de un vicio de competencia en materia de reformas constitucionales

a que su señora esposa, tengo entendido, trabaja allá.// Y esta comisión le aprobó ese impedimento, o sea que hay casos, en eso reitero la intervención del Senador Avellaneda en los cuales hay casos en los cuales se puede configurar específicamente el conflicto de intereses, yo veía entonces que ese proyecto, no sé si de pronto podríamos redactar un poco mejor, pero yo considero que sí se puede constituir el conflicto de intereses en reformas constitucionales.” Senado de la República, Acta de comisión 29 del 24 de noviembre de 2010, Gaceta 36 de 2011.

implica demostrar los cinco primeros pasos señalados por la Corte en la sentencia C-1040 de 2005, y ajustar los últimos dos pasos para verificar no una sustitución, sino una afectación intensa a un elemento estructural de la Constitución.

En cuando al primer paso del test, vale destacar que el elemento estructural que se ve afectado con el Acto Legislativo No. 01 de 2011 es el principio básico según el cual en un Estado Democrático como el prefigurado por la Carta Política, los representantes elegidos por el pueblo deben velar por el interés general y el bien común. Está idea propia de cualquier democracia está incluida en la Constitución Política en su artículo primero que reconoce que Colombia es una República democrática y está fundada en la prevalencia del interés general.³³ Pero igualmente este acto legislativo afecta otro principio esencial, que es de la propia naturaleza y supremacía de la Constitución, según el cual, el texto constitucional es la norma fundamental de convivencia en Colombia, por lo cual es suprema y debe contener reglas y principios estables, que respondan a principios imparciales y no a los intereses particulares de algún congresista, y por ello su procedimiento de reforma debe ser transparente y no estar viciado por intereses particulares.

En relación con el segundo paso, se advierte que los referentes normativos que desarrollan estos dos elementos esenciales son diversos. La creación de mecanismos de participación democrática, la organización del régimen electoral, de la función pública y del régimen territorial son entre muchos, ejemplos del principio democrático del Estado Colombiano.³⁴ Ahora bien, respecto al principio democrático en el Congreso, vale destacar el artículo 3 de la Constitución que establece que la soberanía reside en el pueblo, y este la ejerce de forma directa o por medio de sus representantes.³⁵ Así mismo, para asegurar el cumplimiento de la voluntad general o del pueblo soberano a través de sus representantes, la Constitución ha estipulado varias directrices en ese sentido. En un principio, el pueblo elige directamente a sus representantes (Art. 260) quienes, una vez elegidos, deben actuar consultando a la justicia y el bien común, y son responsables de las obligaciones propias de su investidura. Igualmente, por regla general, sus votos serán nominales y públicos (Art. 133).³⁶ La Constitución señaló también quiénes no pueden ser congresistas (Art. 179) y cuáles son las

³³ El artículo primero constitucional dice: “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.”

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C 089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ El artículo 3 de La Constitución dice: “**Artículo 3.** La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”

³⁶ El artículo 133 señala: “Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”

prohibiciones que en ejercicio de sus cargos tienen estos funcionarios (Art. 180). Puede afirmarse entonces que la Carta se dedicó cuidadosamente a establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los parlamentarios, para asegurar que la institución que en mayor medida congrega los intereses de la ciudadanía, funcione en pro de ellos y su labor no se vea interferida por los intereses personales de quienes desempeñan el cargo de parlamentarios. Y eso aún más cuando los congresistas ejercen la función de reforma constitucional, pues nada sería más contrario a la idea de supremacía constitucional y de Estado de derecho (Art 1 y 4) que permitir que un congresista reforme la Constitución movido por intereses particulares.

Para garantizar la transparencia e intangibilidad del mandato de los representantes –esto es, que los representantes actúen en nombre de la expresión ciudadana, consultando la justicia y el bien común-, y sobre todo cuando ejercen la función de reformar la Carta, la propia Constitución cuenta con una serie de mecanismos que afianzan la fidelidad de la democracia representativa, entre los cuales se encuentra el régimen de conflicto de intereses.

El objetivo de este régimen es fijar límites a las actuaciones de los congresistas para asegurar que efectivamente representarán los intereses de sus electores. Para esto se crean disposiciones previas y posteriores a la elección. En cuanto a las primeras, algunas de las causales que impiden ser congresista prohíben que el candidato sea cercano a una autoridad pública (Art. 179 Num. 5 y 6)³⁷ pues quien llegue al Parlamento debe actuar con total autonomía. Frente a las medidas posteriores, después de haber sido elegidos, los congresistas tienen el deber de actuar según los dictados de la justicia y el bien común (Art. 133), que exige una separación entre lo público y lo privado para que quien cree las leyes lo haga, únicamente, en defensa de lo público. Por ello debe manifestar a la Cámara cuándo está inmerso en un conflicto de intereses que ponga en riesgo ese mandato de representar la voluntad general.

Los mecanismos constitucionales también tienen como fin que existan herramientas de control de la ciudadanía a sus representantes, para lo cual necesitan conocer cómo vota el congresista y cuáles son las razones que influyen en su decisión para evaluar qué tanto representa el Congresista al pueblo o qué tanto está afectado por intereses privados.

³⁷ El artículo 179 de la Constitución en sus numerales 5 y 6 señala: “5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. 6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.”

En lo que respecta al tercer paso del juicio de competencia, vale decir que este elemento es esencial y definitorio de la Constitución pues tiene que ver con la forma de organización del Estado Colombiano, a saber, la democracia y el principio de supremacía constitucional. La democracia ha sido catalogada como un *“principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad, lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernan al destino colectivo”*³⁸. Para fortalecer esa democracia se incluyó un modelo de democracia representativa y de democracia participativa. La figura de la representación, debe ser interpretada a la luz de los principios de la democracia participativa y en consecuencia del cumplimiento de la voluntad del pueblo que es en quien reside la soberanía. En palabras de la Corte *“los congresistas cumplen una función de singular importancia dentro de nuestro sistema democrático, pues permiten cristalizar los intereses del pueblo mediante el ejercicio de instrumentos político-jurídicos a los cuales éstos no tendrían acceso de otro modo”*³⁹.

Así pues, existen ciudadanos que tienen una titularidad del poder público, derivado de la voluntad popular, y adicionalmente, quienes eligen y configuran ese poder público no agotan su poder público con la elección de representantes, sino que expansiva y continuamente amplían su ámbito de ejercicio al control activo del poder⁴⁰. En nuestro sistema constitucional, por lo tanto, la representación no se limita al momento de la elección, sino que la representación que se deriva de esa elección tiene que ser efectiva. En consecuencia, la democracia como elemento fundante del Estado Colombiano se expresa en la primacía de la voluntad popular que deben cumplir los congresistas cuando hacen las leyes. Y aún más cuando ejercen la función de reforma constitucional, pues se espera que la Carta incorpore principios que amparen los derechos de todos los habitantes y no que sea modificada con base en los intereses particulares.

En relación con el cuarto paso, cabe destacar que los elementos democráticos y de supremacía constitucional no son irreductibles a un solo artículo, pues permean en gran medida toda la Constitución. Como anotamos antes, se desarrolla en la organización electoral, el régimen territorial, los mecanismos de participación democrática, la organización de la función pública y la transparencia en la reforma constitucional.⁴¹ E incluso, en la regulación sobre el Congreso, son varios los artículos que desarrollan la premisa constitucional de la democracia y al prevalencia del interés general. Algunos de ellos son: Artículos 133, 179, 180, 182, 183, 184 y 259. Por esta misma razón, en quinto lugar, no se está estableciendo una cláusula pétrea que sea intocable mediante la reforma constitucional.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994. M .P. Hernando Herrera Vergara

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C 1040 de 2005

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-358/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴¹ Veáse: Corte Constitucional, sentencia C 089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, para desarrollar el paso seis y siete, ajustaremos las exigencias del test para desarrollar un juicio ampliado en el que no se exige demostrar la sustitución, sino demostrar que el legislador afectación de forma intensa uno o varios elementos definitorios de la Constitución.

En el caso concreto, efectivamente el Acto Legislativo No. 01 de 2011 afecta el principio de democracia porque no privilegia la voluntad general en la toma de decisiones y por el contrario permite que los congresistas debatan y voten actos legislativos que les pueden reportar un beneficio directo, concreto e inmediato. Siguiendo los términos de la sentencia C-588 de 2009- el Acto Legislativo “quebranta” y sustituye parcialmente la Constitución, pues al introducir una excepción al régimen de conflicto de intereses afecta aspectos parciales de su estructura básica. No sustituye ni elimina el régimen, ni la obligación general de representar la voluntad general, pero sí introduce un caso –actos legislativos- en los que elimina el mecanismo constitucional. Por lo tanto afecta gravemente el principio democrático.

Esa afectación es aún más grave si se tiene en cuenta que esa excepción se hace cuando los congresistas desarrollan su función tal vez más noble, que es reformar la propia Constitución, con lo cual el acto legislativo impugnado erosiona gravemente el principio de supremacía constitucional, pues anula el principio de transparencia en la reforma constitucional.

No se trata tampoco de una afectación inofensiva, pues al eliminar los controles previstos por la Constitución para evitar abusos legislativos y hacer transparente el mandato de la democracia representativa, los congresistas están suprimiendo los deberes que tienen con el pueblo en su condición de representantes. Los deberes que suprimen no tienen que ver simplemente con realizar un trámite que tomaba mucho tiempo en los debates –razón por la que muchos Congresistas apoyaron la iniciativa- sino que afectan: 1) el deber del Congresista de exponer cuáles son los intereses privados que concurren con el proyecto, y en consecuencia, 2) su capacidad de decisión; así como 3) el derecho que tiene la ciudadanía para saber cuándo un Congresista vive una situación que lo obliga a declararse impedido y 4) para sancionarlo por incumplimiento a su deber de representación. Todo esto afecta la prevalencia del interés general, para ceder ante los intereses particulares que aún comprobados, no tendrán que ser expuestos por el Congresista ni obstaculizará que se apruebe una reforma constitucional.

En esa medida, el principio democrático se ve afectado porque se debilita el régimen de los representantes que garantiza la división entre sus intereses públicos y privados, para que fueran solo los primeros los que motivaran las nuevas normas constitucionales. Y porque una vez elegido el representante, este se aparta del control de sus electores porque no debe

manifestar cuando está actuando bajo intereses propios, ni menos abstenerse de votar cuando quiere obtener un provecho personal. De allí que la excepción introducida altera el funcionamiento de la democracia representativa pues favorece un divorcio entre el representante y sus representados, en tanto el primero puede actuar guiado exclusivamente por sus intereses personales y los segundos no tienen forma de exigirle otra conducta, ni de sancionarlo pues se elimina su capacidad para presentar la demanda de pérdida de investidura.

Las razones aducidas para impulsar el proyecto afirmaban que el trámite de los impedimentos era muy dispendioso y asustaba a los Congresistas, y que además por regla general no solía haber conflicto de intereses cuando se trataba de actos legislativos. Sin embargo, las dos razones pasan por encima de las garantías propias de una democracia y de la garantía de la supremacía constitucional. De un lado, aunque exponer los intereses personales que pueden viciar una decisión ocupe tiempo, más allá de si es aceptado o no al interior del Congreso, es información importante que debe conocer la ciudadanía. Los electores deben saber cuándo hay intereses que podrían viciar una decisión imparcial, pues esta situación es la que pone en riesgo su voz en el Congreso, que es la voz de su elegido. Igualmente, si tiene la entidad de afectar la decisión que tome, es una decisión que le corresponde a la respectiva Cámara. De otro lado, a pesar de que por regla general no existen conflictos de intereses en la aprobación de actos legislativos, excepcionalmente sí pueden presentarse y en esos casos debe dárseles el trámite. Suprimir la excepción, conlleva la supresión de límites al legislador cuando reforma la Constitución, lo cual no es solo peligroso porque se da vía libre al Congreso para reformar la Carta atendiendo a su propio interés, sino porque para aprobar una norma en la que los legisladores están incurso en conflictos de intereses, pueden hacerla pasar como reforma constitucional.

Con la reforma, se sustraen a mandatarios específicos (congresistas) y situaciones concretas (discusión y votación de actos legislativos) de las garantías de transparencia e intangibilidad del mandato. Con esto se relativiza y se debilita el principio de transparencia del mandato. Y ese debilitamiento se traduce en una sustitución de ese principio en relación con la supremacía constitucional, pues se permite que los congresistas puedan modificar la Carta para ajustarla a sus intereses privados, sin que tengan que revelar esos intereses privados que los llevan a votar de una manera posiblemente incompatible con el interés general. La reforma anula entonces el principio de transparencia e imparcialidad en los procesos de reforma constitucional.

La paradoja a la que lleva esta reforma y que muestra la manera como destroza el principio de supremacía constitucional, al acabar con la transparencia en los trámites de los actos legislativos, puede ser explicada con un ejemplo hipotético. Supongamos que uno o varios congresistas quieren que se apruebe una ley que los beneficia, por ejemplo alterando a su favor las reglas legales pensionales; entonces, en tal caso, esos congresistas están obligados

a revelar ese conflicto de intereses, por cuanto se trata de una norma legal y no de una reforma constitucional. Pero con el acto legislativo No 01 de 2011, los congresistas podrían eludir ese deber de revelación con una simple decisión: tramitar esa modificación de las reglas pensionales, que los benefician, no como una reforma legal sino como una reforma constitucional, pues en ese caso no habría conflicto de intereses. Y así no sólo evitarían las posibles sanciones por haber violado el régimen de conflicto de intereses sino que además habrían constitucionalizado sus intereses privados. Es obvio entonces que ese Acto Legislativo no sólo erosiona profundamente el principio de supremacía constitucional, al permitir que las reformas constitucionales puedan ser expresión de los intereses privados de los congresistas, sino que además provoca una contradicción lógica y axiológica insalvable, que es la siguiente: si es claro que el trámite de una reforma constitucional debe ser más cuidadoso, riguroso, transparente e imparcial que el de una ley (pues en eso consiste el principio de supremacía constitucional), entonces ¿por qué un comportamiento que se considera impropio al tramitar una ley (que es incurrir en un conflicto de intereses y ocultar su existencia) se torna legítimo y admisible cuando se tramita nada más y nada menos que una reforma de la Constitución?

En conclusión, en nuestro sistema constitucional, por definición, los representantes representan la voluntad general, y al actuar deben ceñirse a ella, y no a su voluntad particular. Pero si una reforma permite que los representantes no estén obligados a perseguir el interés general, no estamos frente a una verdadera democracia representativa y participativa como la concebida por la Constitución colombiana. Tal como lo hace el Acto Legislativo No. 01 de 2011 que legitima la distorsión del mandato de la voluntad general y permite que el representante actúe persiguiendo su interés particular y no el interés de sus representantes. En el fondo entonces, si la Corte Constitucional avala este Acto Legislativo No 01 de 2011, el juez constitucional estaría permitiendo que los congresistas hayan reformado en beneficio propio el propio procedimiento de reforma, pues en eso consiste ese acto legislativo, que les permite incurrir impunemente en conflicto de intereses cuando reformen en el futuro la Carta. Y a su vez, los congresistas podrían aprovechar esa nueva regla de reforma constitucional para en el futuro llevar a la Constitución reglas que les beneficien sus intereses privados. Es obvio entonces que ese acto legislativo sustituyó (o al menos afectó gravísimamente) el principio de transparencia en la reforma constitucional, que es un principio medular de la Constitución colombiana.

V. PRETENSIÓN

En virtud de los argumentos expuestos, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que declare la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2011 en su integridad.

VI. NOTIFICACIONES

Recibimos notificaciones en la Carrera 24 No. 34 -61 de la ciudad de Bogotá. Teléfono: 6083605.

De los Honorables Magistrados y la Honorable Magistrada,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia

Paula Rangel Garzón
C.C. 1.032.401.057 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia