

**AUDIENCIA PÚBLICA
30 DE MARZO DE 2016**

**RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN DE RODRIGO UPRIMNY EN LA
AUDIENCIA SOBRE LA REFORMA DE EQUILIBRIO DE PODERES EN LA
CORTE CONSTITUCIONAL**

La tesis jurídica central que presento en esta oportunidad es que el Acto Legislativo 02 de 2015 (en adelante reforma de equilibrio de poderes), en lo referente al modelo de investigación y juzgamiento de altos funcionarios de la rama judicial, no constituye una sustitución de la Constitución. Soy de la opinión de que los principios axiales de la Constitución de independencia judicial, Estado de derecho, separación de poderes y debido proceso, no son sustituidos por la reforma realizada en esta materia. También, soy de la opinión de que el juicio de sustitución no es un juicio de conveniencia de la reforma realizada, por lo cual, aunque personalmente no me convence el componente judicial del Acto Legislativo 02 de 2015, me parece fundamental no convertir los juicios de conveniencia de las reformas realizadas en juicios de sustitución de la Constitución.

Para desarrollar esta tesis, mi presentación tiene dos partes. En la primera, explico el alcance que, en mi entender, debe tener la tesis de la sustitución de la Constitución, de modo que la Corte Constitucional no imposibilite infundadamente que la Constitución sea enmendada, so pretexto de sustituir un pilar esencial de la misma, cuando en realidad la modificación no recae sobre un principio de la esencia de la Carta sino sobre una las diversas expresiones regulatorias que tal principio tiene, lo que, a mi juicio, es válido y no supone una sustitución de la Constitución. Y en la segunda parte, analizo que la reforma al esquema de investigación y juzgamiento de altos funcionarios de la rama judicial no sustituye los pilares de la Constitución de Estado de derecho, separación de poderes, independencia judicial y debido proceso.

1. Tesis de la sustitución: principio de la esencia de la Constitución versus expresiones del principio esencial

Con razón, la Corte Constitucional ha establecido que cuando el Congreso actúa como poder de reforma su competencia está limitada puesto que la Constitución autoriza al Congreso a reformar la Constitución pero no a sustituirla por otra distinta. Además, si se permiten sustituciones de los pilares básicos de la Constitución por vía de acto legislativo, no habría ninguna diferencia sustancial entre los mecanismos de reforma constitucional, salvo que el procedimiento de unos es más difícil y gravoso que el de otros. Luego, si todos

los mecanismos de reforma sirvieran para lo mismo, todas las reformas se harían razonablemente vía acto legislativo por ser el mecanismo más sencillo y ágil, lo que haría perder el efecto útil de la asamblea constituyente o del referendo.

Con el propósito de evaluar si el Congreso cuando actúa como poder constituyente derivado excede o no su competencia para reformar la Constitución, la Corte, desde la sentencia C-551 de 2003, ha elaborado la metodología del juicio de sustitución con base en la figura del silogismo¹. Así, la jurisprudencia ha advertido que, en primer término, la premisa mayor supone identificar un pilar o un elemento básico, axial, estructural y definitorio de la Constitución, el cual se halla disperso en toda la Carta y no solamente en un artículo, pues esto haría de tal artículo una cláusula pétrea, figura totalmente ajena a nuestro ordenamiento constitucional. En segundo término, la premisa menor exige explicar el alcance jurídico del acto reformativo demandado a la luz del elemento axial identificado en la premisa mayor. En tercer término, la conclusión del silogismo se edifica comparando si el pilar fundamental identificado es sustituido o no por otro distinto o si es anulado.

El análisis de si una reforma realizada sustituye un principio axial de la Constitución requiere tener en cuenta tres cosas. Primero, que dicho análisis no es un juicio de conveniencia, es decir, no se trata de examinar si la reforma realizada por el constituyente derivado es buena, mala o regular. Segundo, que dicho análisis tampoco constituye un juicio de confrontación, esto es, no se trata de confrontar la reforma realizada con las normas constitucionales preexistentes porque eso implicaría que hay cláusulas pétreas en la Constitución y la Corte Constitucional ha sostenido que no las hay. Por el contrario, el juicio de sustitución constituye un complejísimo juicio hermenéutico en el que se debe establecer un principio axial de la Constitución y luego demostrar que la reforma realizada por el constituyente derivado sustituye –no solo que afecta– el principio axial definido. Y tercero que en ese juicio la Corte debe ser especialmente cuidadosa, por lo que la declaración de que un acto legislativo constituye una sustitución “*debe someterse a estrictas condiciones que hacen de esta hipótesis un evento excepcional, donde debe primar la prudencia y la autocontención (self restraint) del Tribunal Constitucional*” (Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 2016, fundamento 10.) Al menos dos razones

¹ El precedente de la Corte Constitucional con respecto al juicio de sustitución no ha sufrido ninguna variación en las últimas sentencias en las que se ha aplicado. Al respecto, ver la sentencia C-084 de 2016 en la que la Corte revisa el Acto Legislativo 01 de 2015 que dispone que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado se aplicarán las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario, a lo que la Corte agrega que ello no excluye la aplicación de otras fuentes del derecho como el derecho internacional de los derechos humanos. También puede consultarse la sentencia C-577 de 2014, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 que permite que una ley estatutaria regule cuáles delitos pueden ser considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. Igualmente, la consistencia del juicio de sustitución puede verificarse en la sentencia C-579 de 2013 en la que la Corte declaró exequible el inciso cuarto del artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2012 que permite que el Fiscal General de la Nación determine criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal en el marco de la justicia transicional.

justifican esa especial prudencia en el juicio de sustitución, que son i) la falta de un parámetro normativo claro, puesto que es la propia Corte quien elabora la premisa normativa que sirve de base al juicio de sustitución, mientras que en el control constitucional ordinario la Corte confronta la norma demandada frente a las disposiciones constitucionales; y ii) las tensiones reforzadas con el principio democrático, puesto que no sólo los actos legislativos cuentan con un procedimiento agravado de deliberación y mayorías frente al procedimiento de las leyes sino que, además, si son declarados inexecutable por sustitución, resulta extremadamente difícil recurrir a otra mecanismo para aprobar la reforma querida por el Congreso.

Por este motivo, es fundamental distinguir entre dos cosas que usualmente se confunden en el análisis de un juicio de sustitución: el principio axial o pilar de la Constitución, por un lado, y las distintas expresiones regulatorias de dicho pilar, por el otro. En mi opinión, lo primero no puede ser sustituido por el Congreso actuando como poder de reforma, mientras que lo segundo sí puede ser modificado con la condición de que el pilar no sea sustituido o anulado.

La distinción analítica que propongo a la Corte es importante pues un mismo pilar de la Constitución puede tener distintas expresiones regulatorias y, con ello, distintos diseños institucionales. Sin embargo, en diversas ocasiones se confunde la expresión regulatoria del pilar de la Constitución con el pilar en sí mismo, o se considera que la expresión regulatoria del pilar se confunde con el pilar constitucional. Este equívoco ha llevado a pensar que una modificación realizada a la expresión regulatoria, sustituye el pilar constitucional y esto es errado pues son dos cosas distintas.

Un ejemplo que ilustra este punto es el debate en torno a la supuesta sustitución del pilar de independencia judicial a partir del cambio realizado al esquema de autogobierno judicial contenido en el Acto legislativo 02 de 2015. Quiénes sostienen dicha sustitución, argumentan que la supresión del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) constituye una sustitución del principio de independencia judicial porque dicho Consejo hace parte del pilar constitucional, con lo cual el pilar solo podría ser regulado a través de la institución diseñada originalmente en la Constitución de 1991. Sin embargo, una cosa es el pilar de independencia judicial y otra las múltiples expresiones que su regulación institucional puede tener. Se puede modificar radicalmente la regulación de la estructura de autogobierno judicial y sustituirla por otra, sin que haya sustitución de la Constitución en el sentido técnico que lo ha entendido la Corte Constitucional, si el principio de independencia judicial no se sustituye.

La anterior distinción puede ser formalizada así: el pilar Pij (Pilar independencia judicial) puede ser materializado en distintas expresiones regulatorias, que podríamos

llamar A1 (que sería un consejo de la judicatura permanente y especializado que tiene tanto funciones de gobierno como de administración) y A2 (que sería un consejo de gobierno judicial temporal que tiene las funciones de gobierno acompañado de una gerencia que tiene las funciones administrativas). Una reforma puede cambiar totalmente la estructura de autogobierno judicial pasando del modelo A1 al modelo A2, con lo cual hay una sustitución de modelo de autogobierno judicial pero no por ello hay sustitución del pilar de independencia judicial. Para que el juicio de sustitución fuera exitoso en este caso habría que demostrar que el cambio de A1 a A2 hace desaparecer el pilar Pij, que es lo que no hacen quienes han cuestionado la reforma del autogobierno judicial, que se han limitado a argumentar que se pasó del esquema de gobierno A1 al esquema A2, y que el esquema de gobierno A1 era mejor para la independencia judicial. Pero no han mostrado que hubo una sustitución de Pij.

Además, argumentar que la expresión regulatoria del pilar de la Constitución integra el pilar mismo, traiciona la voluntad de la Constitución de 1991 que estableció la posibilidad de reformar las regulaciones de la Carta Política, y petrifica la Constitución, lo que también traiciona la voluntad del constituyente de 1991. Desde el punto de vista democrático, es fundamental distinguir entre los pilares constitucionales y las expresiones regulatorias de dichos pilares, porque la Corte debe asegurar tanto la permanencia de la Constitución, como la deliberación y discusión democráticas. De esta forma, el juicio de sustitución constitucional debe concentrarse en la sustitución de pilares axiales y no de expresiones regulatorias de dichos pilares.

2. Análisis acerca de si el modelo de investigación y juzgamiento de altos funcionarios de la rama judicial sustituye o no la Constitución

El establecimiento de algún diseño de investigación y juzgamiento de altos funcionarios de la rama judicial es compatible con la Constitución de 1991, pues fue querer del constituyente originario fijar un mecanismo especial de juzgamiento de dichos altos funcionarios. La reforma de equilibrio de poderes conserva un esquema de fuero para los altos funcionarios de la rama judicial. La modificación consiste en cambiar el procedimiento de investigación y acusación, especialmente en materia penal, en donde elimina el antejuicio político.

Ahora bien, los demandantes identifican algunos principios o pilares axiales de la Constitución: el Estado de derecho, el sistema de frenos y contrapesos, la independencia judicial y el debido proceso. Aunque estoy de acuerdo en que todos ellos son pilares axiales de la Constitución, la reforma de equilibrio de poderes en su componente de investigación y juzgamiento de altos funcionarios de la rama judicial no los sustituye, sino que simplemente modifica una de las expresiones regulatorias en las que ellos se expresan. Más

aun, la eliminación del antejuicio político no implica una sustitución de dichos pilares, pues este no hace parte de los pilares axiales mencionados, por lo cual eliminar el antejuicio político no significa sustituir los pilares.

En primer lugar, la reforma no sustituye el principio axial de Estado de derecho. La esencia de este principio es que todos los ciudadanos y ciudadanas, incluyendo los altos funcionarios, estén sometidos a las mismas reglas jurídicas y a los mismos jueces, por lo cual los fueros son una excepción al principio de Estado de derecho. Por eso, en la medida en la que se reduzcan los fueros y se acerque el juzgamiento de los altos funcionarios al juzgamiento ordinario de los ciudadanos, se avanza en la consolidación del Estado de derecho, no en su anulación. Así, generar un esquema de procesamiento, en el que un órgano de carácter técnico realiza la investigación y acusación de los delitos para que sean juzgados por la máxima autoridad judicial penal del país (Corte Suprema de Justicia) consolida el principio de Estado de derecho. En todo caso, este esquema mantiene un fuero especial para los altos funcionarios de la rama judicial.

En segundo lugar, la reforma no sustituye los principios axiales de frenos y contrapesos ni de independencia judicial. Los demandantes sostienen que estos se ven sustituidos porque el Congreso elige y controla a los miembros de la Comisión de Aforados, lo que puede generar presiones indebidas para adelantar investigaciones infundadas contra altos funcionarios de la rama judicial. Sin embargo, en el diseño original de la Constitución de 1991, el Congreso era el encargado de investigar, acusar y ordenar la suspensión del cargo de los altos funcionarios de la rama judicial, con lo cual dicho esquema contenía un mayor riesgo para utilizar el procesamiento de altos funcionarios como un mecanismo de presión. Pero, adicionalmente, la reforma avanza en la protección de la independencia judicial en su dimensión interpretativa, pues contempla que a los magistrados aforados “*no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en sus providencias judiciales o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional*” (Constitución Política, artículo 178A, Acto Legislativo 02 de 2015).

Pero además, la circunstancia de que sea un organismo distinto a la rama judicial quien pueda investigar y acusar a un alto funcionario de la rama judicial en materia penal no implica un irrespeto a la independencia judicial entendida como “*insularidad política*”¹ o como independencia frente a las demás ramas del poder público y frente al resto de instituciones públicas. Tal como mencioné con anterioridad, la arquitectura constitucional original de 1991 previó que el Congreso realizaría la investigación y acusación de los altos funcionarios de la rama judicial. De allí que sea infundado considerar que si su

¹ Fiss, Owen M. (1993). El grado adecuado de independencia. En *Derecho y Humanidades*, 5, 1997, 53-72.

investigación y acusación está en cabeza de órganos que no hacen parte orgánicamente de la rama judicial se está sustituyendo la Constitución.

En tercer lugar, la reforma no sustituye el principio del debido proceso. Primero, porque en la medida en que este nuevo esquema está previamente establecido, no es creado de una manera *ad hoc* para cada caso particular y las partes procesadas pueden ejercer su derecho de defensa, la reforma no riñe con el principio del debido proceso. Segundo, porque la Comisión de Aforados tiene materialmente las características básicas de un órgano judicial independiente: sus miembros son elegidos para un periodo de 8 años, tienen mecanismos de control y son elegidos por el Congreso de listas que realiza el órgano de autogobierno judicial. De esta forma, la Comisión de Aforados goza de atributos fundamentales: predeterminación, imparcialidad e inamovilidad.

En suma, los pilares fundamentales de Estado de derecho, separación de poderes, independencia judicial y debido proceso no se sustituyen con la reforma; lo que se altera es la manera como ellos se expresan. Esto equivale a una reforma de la Carta y no a una sustitución de los pilares de la misma. De esta forma, aunque es fundamental defender los límites del poder de reforma que tiene el Congreso, es importante mantener la rigurosidad del análisis del juicio de sustitución de la Constitución para no convertirlo en un juicio de conveniencia encubierto que petrifique las cláusulas de la Carta y lleve a la implosión de la Constitución de 1991 por la imposibilidad de reformarla.