

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES LEGISLATIVAS Y POLÍTICAS

PRÓLOGO POR JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ
LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA
JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO
JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS

Reflexiones constitucionales,
legislativas y políticas

Reflexiones constitucionales,
legislativas y políticas

LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ (COMP.)
LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA
JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO
JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-74-2
ISBN edición impresa: 978-958-8968-75-9

© LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ (COMP.), 2018
© LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA, 2018
© JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO, 2018
© JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS, 2018
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018
Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
[\[www.ilae.edu.co\]](http://www.ilae.edu.co)

Diseño de carátula: LEONARDO GONZÁLEZ BECERRA
Ilustración de portada: JONATHAN PATERSON. *World Change, Stock Media Canvas*,
Shutterstock.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
[\[editorialmilla@telmex.net.co\]](mailto:editorialmilla@telmex.net.co)

Editado en Colombia
Published in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

Prólogo	
<i>Juan Antonio García Amado</i>	11
CAPÍTULO PRIMERO	
NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES	
POR INCONVENCIONALIDAD	
<i>Luis Germán Ortega Ruiz</i>	35
I. Control de convencionalidad	35
II. Control de convencionalidad frente a la ley de los Estados	38
III. Control de convencionalidad frente a normas constitucionales	44
IV. Inaplicabilidad de la presunción de convencionalidad de las disposiciones normativas internas	50
V. Excepción de inconventionalidad	51
VI. El control de convencionalidad sobre leyes y normas constitucionales	54
Bibliografía	57

CAPÍTULO SEGUNDO	
EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN LAS CLÁUSULAS PÉTREAS	
<i>Luis Germán Ortega Ruiz</i>	59
I. Cláusulas pétreas	59
II. Modalidades de cláusulas pétreas	64
A. Cláusulas pétreas por bloque de constitucionalidad	64
B. Cláusulas pétreas por artículo transitorio	67
C. Cláusulas pétreas por vía de referendo	75
D. Cláusula pétrea por renuncia de competencias legislativas	78
Bibliografía	80
CAPÍTULO TERCERO	
EL <i>FAST TRACK</i> COMO MECANISMO DE IMPLEMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA	
<i>Luis Fernando Duque García</i>	83
I. Consideraciones preliminares	83
II. Procedimiento legislativo especial para proyectos de ley	86
III. Procedimiento legislativo especial para actos legislativos	87
IV. Pregunta jurídica	88
V. Coincidencias y diferencias frente al trámite legislativo ordinario	88
A. En relación con el trámite de leyes ordinarias y el fast track	88
B. En relación con el trámite de actos legislativos ordinarios y el fast track	89

VI. Rigidez y flexibilidad de la Constitución en sus artículos transitorios	94
Bibliografía	103
CAPÍTULO CUARTO	
DECISIONES POLÍTICAS Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA	
<i>Juan Gregorio Eljach Pacheco</i>	105
Introducción	105
I. La relación recíproca y paralela entre política y derecho	106
II. Los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991	111
III. La realidad de los derechos fundamentales	118
IV. El derecho fundamental a la salud	121
V. Los derechos fundamentales de la población desplazada	125
VI. Consideraciones finales	130
Bibliografía	131
CAPÍTULO QUINTO	
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA	
<i>Luis Fernando Duque García</i>	135
Introducción	135
I. La participación política	136
II. Problema jurídico	137
III. Democracia participativa y representativa	137
IV. Escenarios políticos de participación	140
A. Participación política en la mesa de negociación	140

B. Participación política como partido o movimiento político	142
V. Conclusión	147
Bibliografía	148
CAPÍTULO SEXTO	
EL DEBATE PARLAMENTARIO: UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	
<i>Jorge Eliécer Laverde Vargas</i>	151
I. El debate parlamentario en Colombia	152
II. El “problema” de las minorías en torno al debate parlamentario	157
A. El principio de consecutividad e identidad relativa como elementos integrantes del debate parlamentario	164
B. El principio de la instrumentalidad de las formas en el proceso legislativo	171
Conclusiones	175
Bibliografía	177
CAPÍTULO SÉPTIMO	
HACIA UNA NUEVA FUNCIÓN JUDICIAL DEL CONGRESO Y EL JUZGAMIENTO DE ALTOS FUNCIONARIOS CON FUERO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	
<i>Juan Gregorio Eljach Pacheco</i>	181
I. Antecedentes	181
II. Requisito de procedibilidad	182
III. Función judicial del Congreso	184
IV. Función de control político	187
Bibliografía	215
LOS AUTORES	221

PRÓLOGO

Imaginemos dos estados en los que el parlamento, democráticamente elegido, hiciera sus leyes, pero luego estas estuvieran sometidas a control de validez. En uno de esos estados tal control consiste en que se lanza un dado y si sale número par se decreta automáticamente que la ley en cuestión es constitucional, mientras que con idéntico automatismo se determina que es inconstitucional la ley si ha salido impar el número. En el otro estado, en cambio, se parte de que, para que sea constitucional, la ley ha de estar de acuerdo con el designio de los dioses porque es el propósito de los dioses lo que vive debajo de la Constitución, y por eso cada ley que el parlamento aprueba se somete a escrutinio de los sumos sacerdotes, que unas veces fallan a favor de la constitucionalidad y otras dicen que es inconstitucional la norma legal que en cada oportunidad revisan. A esos dos estados los podemos llamar, respectivamente, *Aleas* y *Aeternum*.

Entre tales modelos extremos se mueve el constitucionalismo moderno, y puede que más aun el cons-

titucionalismo contemporáneo, con el añadido de que abundan las paradojas. De todas ellas, y no son pocas, la más llamativa posiblemente sea la de que es el intento reiterado de construir sistemas de control constitucional como el de *Aeternum* el que da pie al periódico renacer del escepticismo que nos hace pensar que no cabe más control real que alguno bien similar al que se da en *Aleas*. Intentemos fundamentar esta hipótesis que acabo de formular.

El poder político más firme y eficaz será aquel que se asiente en una sólida metafísica. Una de las caras del estado es, ciertamente, la de la fuerza, y viene a cuento insistir en el monopolio de la coacción legal como elemento definitorio de los estados. La amenaza de la fuerza, el temor al castigo corporal y patrimonial ante todo, aleja a menudo a los ciudadanos de la tentación de desobedecer a los legisladores, pero no basta como salvaguarda de la eficacia del orden estatal. Hace falta también que al estado sus ciudadanos o súbditos no lo vean desnudo, sino revestido de las galas metafísicas de un orden superior, expresión de algún tipo de necesidad y orden trascendente, natural como natural es el paso de las estaciones o la rotación de los astros, o manifestación de la voluntad omnímoda de un ser superior, alguna suprema deidad. Al estado se lo obedece más y mejor cuando se cree que se obedece a algo más y que en el fondo no es al gobernante humano al que nos sometemos, sino a alguna entidad que a él mismo lo trasciende y lo explica, sea esa entidad el orden mismo de las cosas en su natural y necesaria configuración, sea el designio del supremo ser al que todos nos debemos porque todo se le debe.

Puede que la historia del derecho moderno sea la de la consabida secularización y desmitificación, sí, pero acompañada de sucesivas y constantes remitificaciones, por motivos funcionales, para no perder o para recuperar la eficacia de sus normas y porque, a la postre, por detrás de las normas jurídicas está siempre un poder bien terrenal y tangible que necesita asentarse y mantenerse. Quizá la historia del derecho moderno es la de un relativo fracaso (dejo a cada cual el diagnóstico o evaluación sobre la medida del mismo, si en verdad lo hubiera), porque un derecho desmitificado necesita el soporte de una sociedad ilustrada. No hemos podido desmitificar el derecho porque no hemos sido capaces de formar sociedades suficientemente ilustradas y moralmente maduras. Podría sospecharse que algunos no han querido sociedades ilustradas y moralmente maduras porque poco interés tenían en un derecho desmitificado.

Hay derecho desmitificado cuando vemos y aceptamos que las normas jurídicas las hacen personas, puros humanos que no son humanos puros, y que no hay más normas del derecho que esas que los impuros humanos hacen. Igual que no hay más azadas, puentes, arcos o flechas, paellas o sancochos, pistolas, anillos de oro, cohetes o violines que los que hacen los humanos; e igual que cada una de esas cosas puede usarse para fines nobles o perversos, para hacer el bien o recrearse en el mal. Pero hay una diferencia muy relevante, puesto que todas esas variadísimas cosas que los humanos hacemos están ahí sin más después de que las construimos, pero las normas jurídicas no solo están, sino que nos interpelan, ya que nos

piden obediencia o, por mejor decir, a través de ella se nos exige obediencia y se nos amenaza con males no desdeñables si no las acatamos. Yo puedo decidir no usar coche, no tener pistola o no lucir anillo de casado, pero no puedo sustraerme a la norma que me manda parar cuando el semáforo está rojo o que me amenaza con cárcel si mato a mi rival o me apropio de la vaca de mi vecino. Puedo incumplirla, pero no se me permite ignorarla, vivir como si no la hubiera. Hay ahí una razón para que me someta a la norma, pero puede haber también poderosas razones para que no quiera aceptarla ni cumplirla, y no solo por el egoísmo que me hace preferir mi libertad y mi propiedad, sino por el reto que me plantea la pregunta más inquietante: por qué, al fin y al cabo, tengo yo que obedecer a ese legislador o a esos legisladores que no dejan de ser gentes como yo; por qué, si el legislador y yo somos iguales en cuanto humanos y ciudadanos, ha de hacerse en mí la voluntad de él y no la mía propia, por qué sus deseos tienen que ser órdenes para mí.

En una sociedad intelectual y moralmente madura, la ciudadanía entiende que las normas jurídicas son obra de los humanos y que, por tanto, o reflejan mi voluntad o expresan la de otro, o hemos llegado a algún tipo de acuerdo los otros y yo para que la norma tenga algo de la voluntad de todos y de ninguno. Si así lo sentimos, la decisión de obedecer o rebelarnos será el resultado de un frío y racional cálculo que anteponga la dignidad a la piedad y la autoestima al temor reverencial, el orgullo al miedo, el optimismo a la resignación. Nada malo hay en obedecer por conveniencia y, ante todo, la desobediencia no puede ser pecado,

pues contra los conciudadanos no se peca, pecado solo hay contra la divinidad, tome la divinidad la forma que tome. El ciudadano moral e intelectualmente maduro tiene en el miedo a la condena terrenal, a la sanción jurídica, una razón para medir y modular su aquiescencia a la ley, pero a la ley jurídica como tal no la obedece ese ciudadano maduro por miedo al fuego eterno, al castigo divino. Sin embargo, cuando moralizamos la ley y decimos que ley no es la que resulte inmoral, el desobediente al derecho es también moralmente indecente, porque no solo desacata un mandato de los hombres, sino también y sobre todo un imperativo de la razón, desoye la voz superior, esa que no proviene ni del capricho de los individuos ni de la configuración de las sociedades, sino de la Verdad. Haga usted pasar la Constitución jurídica por plasmación de la Constitución moral necesaria y habrá conseguido convertir al rebelde en pecador y al desobediente jurídico en repudiable heterodoxo. La libertad parece cuando es solo libertad para hacer el bien y el bien es lo que algunos han puesto en el texto de un libro sagrado, aunque se llame Constitución, o lo que unos pocos deciden al interpretar ese sagrado libro. No hay nada más contrario al sentido originario del constitucionalismo que la pretensión de sacralizar las constituciones y convertirlas en el catecismo de la moral verdadera. Ese constitucionalismo es palmaria-mente inconstitucional porque es históricamente preconstitucional.

Los actuales estados constitucionales están fracturados por la paradoja y esa es la dura realidad del constitucionalismo contemporáneo, que se debate

entre el escepticismo pesaroso y la más rancia metafísica, versión aparentemente secular de las religiones del Libro. Para que la ciudadanía acepte los designios aleatorios y coyunturales de los poderes que copan los estados, hay que hacer que crean esos ciudadanos que la ley es más que los mandatos de esos que gobiernan y que no será ley lo que no se acomode a la Constitución, y que la Constitución es, frente a la ley radicalmente especial, porque ella no proviene del humano deseo sino que es plasmación del orden justo, de la verdad moral, del logos racional y argumentativo que se hace norma para siempre y calla y no argumenta más. Las constituciones se remitifican, se redivinizan, si así se puede decir, el derecho deja de ser amante fugaz de estas o aquellas morales y contrae nuevas y definitivas nupcias con la moral única, la verdad moral objetiva, su media naranja, su esposa por los siglos de los siglos. Moral verdadera y derecho auténtico, lo que Dios ha unido que no vuelva a separarlo el hombre.

La modernidad se cierra sin haberse cumplido, aquel derecho que quiso legitimarse democráticamente y aquellas democracias que trataron de reforzarse jurídicamente vuelven al redil, retornan a la casa del Padre. *Extra ecclesiam nulla salus*. Miles de constitucionalistas que se dicen ateos guardan las llaves del nuevo templo constitucional. Millones de ciudadanos que se piensan no creyentes tragan con carros y carretas porque la nueva casta sacerdotal les ha arrebatado la propiedad de su Constitución y la razón para aceptarla racionalmente o racionalmente rebelarse contra ella. Desobedecer ya no es alternativa, pues

contra la norma podemos alzarnos, pero contra el ser no hay resistencia posible. *Sein y Sollen* se han vuelto a reunir en el reino constitucional de modo inimaginable antes, y no solo para kelsenianos rehenes del neokantismo. La Constitución es lo que tiene que ser y tiene que ser como es. Aquellos jóvenes constitucionalistas que se fueron a Europa o los Estados Unidos sedientos de pensamientos jurídico crítico retornaron a sus países y universidades ungidos por la nueva verdad constitucional revelada, henchidos de virtud neoconstitucional, misioneros de un implacable poder sonriente, redimidos por la gracia de unos valores constitucionales cuyo contenido ellos proclaman y ante los que el pueblo ha de hincarse, pues quién se resiste a la verdad sin merecer abominación y castigo.

Es mano de santo. El pueblo acata, deslumbrado por la *Austrahlungswirkung* de esos principios y valores constitucionales que se le imponen por su bien y porque no puede ser de otro modo, y a ver quién dice que no son los verdaderos hermeneutas esos constitucionalistas omnipresentes y pluridoctorados. Los ciudadanos abandonan toda pretensión de que la Constitución es y ha de ser suya porque en la Constitución se ponen las reglas básicas del juego de ellos en sociedad. No, al renaturalizarse y remitificarse, al resacralizarse las constituciones, el poder constituyente se deshumaniza también y es poder ontológico, si así puede decirse, metafísica sustancia normativa autorreferente. El viejo dilema teológico de articular en la ley eterna *ratio y voluntas* como atributos divinos, la divina sabiduría y el divino querer, alcanza al fin, en nuestros tiempos, una solución más efec-

tiva por más trivial, y esa solución toma la forma de Constitución y da de comer al constitucionalismo. La Constitución es la que debe ser y debe ser la que es, es porque es justa y es justa porque es. Antes se decía que lo que ha de ser será; ahora, el nuevo constitucionalismo nos enseña que lo que debía ser ya es, ya ha sido y está siendo. Y se acabó el cuento. Que la teoría jurídica de nuestro siglo, y en particular la teoría constitucional, hayan perdido entidad y hondura por comparación con aquel refinado iusnaturalismo teológico de la Edad Media será asunto que analizarán con sorpresa los historiadores del derecho dentro de doscientos años, tal vez. Pero hoy no importa, porque lo que cuenta es que el invento funcione; y funciona a las mil maravillas. Y ahí tenemos la nueva configuración de la academia jurídica, con los constitucionalistas convertidos en iusfilósofos al modo de antaño y persiguiendo valores con el cazamariposas, y los iusfilósofos escribiendo poco más que libros de autoayuda en los que se viene a insistir en qué importantes son los derechos más importantes y qué valiosísimos los valores que más valen. Para ese viaje...

Las gentes obedecen y los profesores, aquellos que salieron de sus tierras hace veinte o treinta años para doctorarse en países lejanos y prestigiosos, viven felices en su inesperado sacerdocio, han ganado poder sin cuento con el cuento. Si la jurisdicción consiste en decir lo jurídico, ellos son los verdaderos jueces, son los que transmiten la Palabra, la voz del Oráculo. Van volviéndose talludos y algo espesos esos que fueron jóvenes constitucionalistas que marcharon a denunciar injusticias y volvieron poseídos la confianza en la

redención constitucional de las sociedades, pero les ha ido bien, han redactado sentencias e informes, han puesto y quitado magistrados, han sido altos magistrados, se han sentado a la diestra de los padres de la patria y han cobrado magros y legales emolumentos de la patria y de sus padres.

Mas todo embeleco se desmorona algún día. Tarde o temprano, la gente se da cuenta, ve la trama, conoce las claves del enredo, descubre dónde se guardaban las palomas que iban saliendo del sombrero. Y pierde la fe. A los parroquianos les siguen contando que la constitucionalidad de las leyes se controla con supina objetividad y porque la Constitución tiene un contenido moral objetivo y necesario que las cortes constitucionales identifican y aplican, y que la verdad constitucional no tiene más que un camino y que cuando el legislador se sale del camino, a la debida senda lo hacen volver los magistrados constitucionales, que en verdad no deciden, sino que conocen, que no ejercen arbitrio, porque ponderan, pesan, constatan y miden y dan al César lo que es del César y a la Constitución lo que es suyo.

El ciudadano se sorprende primero, luego empieza a sospechar y al fin se pone alerta. Al menos así sucede a los sujetos menos dados a las mitologías y al culto de las ajenas deidades; o a los ciudadanos maduros, por mejor decir. Esos ciudadanos se inquietan, pues si la Constitución es de todos y para todos y si la Constitución encierran verdades objetivas y pautas morales insoslayables, por qué son solamente unos pocos los que captan los contenidos objetivos de la Constitución o los alcances de esas éticas verdades y

por qué para dictaminar cuál derecho pesa más que otro en tal o cual caso o cuál es la fuerza cierto principio constitucional implícito está, al parecer, mejor dotado un señor que se doctoró en Berlín o una magistrada que fue antes asesora bancaria que una persona del montón o, incluso, una con dos o tres carreras pero que no deambuló jamás por los alfombrados pasillos de los poderes públicos o privados. Más adelante, ya con la mosca detrás de la oreja, esos mismos lugareños van captando regularidades y pautas que desentonan un tanto de lo que se suponía ciega justicia constitucional y objetivo designio deontológico. Por ejemplo, cada vez (o casi) que en uno de esos países, orgullosos de ser vanguardia del constitucionalismo más principialista y de tener sistemas jurídico-políticos en los que el derecho mejor cohabita con la moral verdadera, se plantea si será constitucional o no la ley que permite al presidente actual de la nación repetir mandato, la corte constitucional respectiva dice que sí y que cómo no ha de serlo aunque la Constitución del país lo prohíba, pues siendo importante lo que las constituciones dicen, la palabra constitucional no puede enmendar ni hacer sombra a lo que las constituciones calladamente mandan o permiten, aun en el caso de que en ellas esté escrito lo contrario. Cosa parecida ocurre cuando resulta que, por supuestos delitos parecidos, un tribunal constitucional de un país ha de juzgar si se debe deponer o no a todo un presidente o presidenta y una vez dice que sí y otra vez dice que no y nos fijamos bien y descubrimos que las afinidades políticas de los magistrados que votaron lo uno o lo otro son las determinantes o que cada uno vota

en favor del mandatario del partido que lo nombró o que apoyó su candidatura a la suprema corte. *And so on*. Tómese el amable lector al trabajo, si quiere, de elevar a docenas o cientos los casos bien conocidos de las últimas décadas, pues un servidor no debe aquí detenerse más en la glosa de lo tan obvio.

¿Será que la moral objetiva, el orden del ser, la naturaleza de las cosas o la Constitución material dan la razón las más de las veces a los presidentes que quieren repetir mandato tras mandato, a las empresas que pretenden imponerse en ciertos territorios, a los medios de comunicación más poderosos...? ¿O será que no estamos en *Aeternum*, como se nos había dicho, sino en *Aleas*? Si el ciudadano común, o hasta el mejor formado y más reflexivo, son incapaces de anticipar qué decidirá la corte constitucional en el próximo caso que juzgue y en el siguiente y en el otro, si esa ciudadanía de ninguna manera puede suponer con un mínimo de confianza cuál será el resultado de la próxima ponderación judicial o a quién darán razón los jueces al aplicar tal o cual norma de la Constitución, para esos ciudadanos es tal cual como si las resoluciones judiciales se jugasen a los dados, a pares o impares. Si, para colmo, esos mismos habitantes van descubriendo regularidades sorprendentes y pautas inesperadas, irán más lejos en su temor y sus sospechas y concluirán, entre deprimidos y perplejos, que eran dados, sí, pero estaban cargados.

Esa es la paradoja. Se quiso revestir la Constitución con metafísicas sayas y ropajes ceremoniales, pero al fin hemos visto que está desnuda y es esclava de los que decían cuidarla. Se trató de relegitimarla a base

de sustancializarla, de materializarla, de moralizarla, de alejarla de los vaivenes de la opinión social y de las coyunturas políticas, y se la ha politizado hasta la médula, se la ha licuado, se han evaporado tanto sus contenidos, que apenas puede el común de los mortales captar de ellos más que un cierto aroma de incienso, del incienso que se echa cuando pasa el poder y se honra al que fácticamente domina. Estas constituciones que tanto se ensalzan ya no son apenas límite para la fuerza del estado, sino pretexto para que los poderes del estado fuercen cualquier límite legal y hasta moral. Ya no va quedando rastro de la razón constitucional, de tanto como pesan y pesan y de tan generosamente como se ponderan los intereses de los que tienen y quieren los poderes y de tanto como ha engordado la soberbia de los profesores y la vanidad de los constitucionalistas. Bien sabe hoy todo gobernante con vocación de tirano que lo primero que ha de procurarse es una corte y cohorte de constitucionalistas que se encargue de que su palabra se haga verbo constitucional y se revista de principios y valores y parezca respetuosa con los mejores derechos, aunque todos los vulnere, empezando por los derechos políticos de un pueblo que la Constitución dice soberano y al que los constitucionalistas despojan de la palabra y la representación.

Permítame, amigo lector, que le haga unas sencillas preguntas y que con ellas le invite a una pequeña reflexión. Volvamos a aquellos dos imaginarios estados del principio. ¿Prefiere usted vivir en *Aleas* o en *Aeternum*? ¿Prefiere morar en un estado en el que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes

se dirima a cara o cruz (o cara o sello, como se dice en Colombia), a pares o nones o a la carta más alta, o en uno en el que sea la voluntad de los dioses la que se imponga y lo haga a través de la palabra de quienes sean nombrados sus sumos sacerdotes? Me dirá que feas son las dos alternativas y estaremos en eso de acuerdo. Pero, entonces, cuénteme si no estamos ya viviendo en un sistema jurídico-político en el que el constitucionalismo se ha vuelto por completo esotérico y en el que, ciertamente, no hay quien pueda saber por anticipado y con una mínima confianza cómo van a decidir las más altas cortes el próximo caso y el que venga luego, porque los magistrados y magistradas van a decir en cada ocasión que pesaron valores o que captaron esencias o que fueron “irradiados” por contenidos axiológicos que vibraban en el fondo de la Constitución. La metafísica más exaltada y la prosa más colorida no está hoy en las novelas de ficción científica ni en las aulas de filosofía, sino en muchas sentencias de muchos supremos tribunales. Si así son las cosas, y a fe mía que así son, que nos digan si a la postre importa si echan los dados o escuchan voces del más allá, si se juegan los fallos con una moneda o interpretan el vuelo de los pájaros o las vísceras de un pato, pues el caso es que igual de misteriosas e incontrolables nos resultarán las sentencias de las supremas cortes de *Aleas* o de *Aeternum* y en uno y otro lugar nos acabaremos resignando a nuestra condición de súbditos y rogando que se nos retiren del texto constitucional los derechos políticos, que de la lista de principios constitucionales expresos se borre el de soberanía popular y que del nombre del estado

en la Constitución se retire el apellido “democrático”, para que no acabe en cruel sarcasmo lo que un día se nos presentó como bello sueño o alcanzable proyecto.

Paradójico todo. Cuanto más es la Constitución de los constitucionalistas teóricos, porque solo ellos saben ver lo que en ella celosamente se oculta a las personas sin atributos, y cuanto más la Constitución es de los magistrados que supuestamente la custodian, porque nada más que ellos conocen y saben aplicar el sutil sistema de pesos con que se ponderan sus principios (quintaesencia de la alquimia en que ha venido a dar ese constitucionalismo que busca en lo constitucional la piedra filosofal de un iusnaturalismo disimulado y más conservador que nunca), más se aleja la Constitución de los ciudadanos y menos basa su validez y vigencia en su reconocimiento reflexivo. La Constitución deja de ser Constitución porque así la aceptan los que bajo ella viven y por ella quieren regirse y pasa a ser el objeto esotérico de una fe cuasireligiosa. Ya no hay contrato social, ha retornado la reunión de derecho y moral bajo la égida de una casta de intérpretes que se adueña del texto interpretado y lo hace suyo al privarlo de su sentido compartido, al erigirse esa vanguardia de los hermeneutas constitucionales en poder constituyente autoconstituido.

Y, al final de la historia y como siempre pasa, no hay metafísica social sin coacción ni constitucionalismo dogmático sin violencia. Los señores del constitucionalismo se deben a sus príncipes, acatan la soberana voluntad del que los mantiene y pintan de axiología constitucional los deseos, hasta los más obscenos, de quien los mantiene. A la Constitución rogando y con el

mazo dando. Está sin hacer, y habrá de hacerse algún día, la relación de los nuevos autoritarismos de fines del siglo xx y comienzos del XXI y de los constitucionalistas que desde la academia y las altas cortes del respectivo país quisieron volver estricta moralidad constitucional y eximio principialismo jurídico lo que no era más que el vil arrebato de sátrapas sin luces, pero con desmesurada ambición. Cuando yo era niño, en mi país, España, al dictador llamado FRANCO lo sacaban los obispos bajo palio y lo bendecían como caudillo de España por la gracia de Dios. Mírese en tantos países hermanos que sufren y han sufrido en estos tiempos los embates del autoritarismo y la falta de libertades y constátese quiénes son ahí y ahora los equivalentes funcionales de aquellos obispos y cuál es, en esta época, la doctrina que desplaza y suple a aquel catolicismo retrógrado que también presumía de la unión sacrosanta del derecho y la moral bajo la guía impecedera del líder y de su séquito de paniaguados y tiralevitas, que veían en el positivismo jurídico la encarnación máxima de lo diabólico y la desesperante rigidez de lo jurídico. Se gobierna más y menor si el derecho se vuelve maleable, dúctil, y a los alfareros los tenemos a sueldo. Aquel iusnaturalismo con aroma de sotanas raídas no ha desaparecido porque haya sido superado, solo se ha transformado y viste galas distintas y va más aseado; pero es lo mismo y en el fondo son los mismos y sirven para las mismas cosas.

¿Será que no hay solución? ¿Habrá muerto para siempre jamás el constitucionalismo razonable, el constitucionalismo democrático, el constitucionalismo que cree en las constituciones y da sentido a las

constituciones? ¿No nos quedará más remedio que resignarnos para definitivamente a la disyuntiva entre esos modelos de Estado que he denominado *Aleas* y *Aeternum*?

Si entre esas dos opciones hubiera que escoger, yo elegiría sin dudar la primera la de *Aleas*. Prefiero, con total convencimiento, un sistema en el que sea el puro azar el que decida las soluciones de los litigios constitucionales, en lugar de uno en el que fallen magistrados que finjan que obedecen a un dios constitucional mientras que, en el fondo, nada más que dan rienda suelta a sus propias neurosis o, más probablemente, siguen la voz de su amo generoso y bien terrenal, el mejor postor entre los postores. El azar es neutro y neutral. Si mi condena o absolución o si la validez o invalidez de la ley que yo voté van a depender de que al lanzar los dados la suma dé número par o impar, podré quejarme de la suerte, si me vienen mal dadas, pero no pensaré que la suerte la carga la conveniencia de otra persona o de un grupo o de un partido o de una empresa... Prefiero un sistema constitucional que tiene en su cúspide un homenaje al azar, antes que uno que se rellena de principios con los que hacer pasar por muy constitucional lo que más conviene a quien más que yo manda o más que yo tiene. Además, si depende del azar, ganaré yo el cincuenta por ciento de las veces; de la otra manera, mis posibilidades menguan, por mucho que me digan que son mis derechos alfa y omega del sistema constitucional entero. No es así, en ningún lado ha mejorado la justicia social y han salido en conjunto ganando los derechos sociales de los más necesitados allí donde el principialismo

neoconstitucional se ha impuesto y los principialistas han hecho su agosto. De eso ya hay estudios bien llamativos (para ir abriendo boca, véase el trabajo “The reality of social rights enforcement”, de DAVID LANDAU, en *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.º 1, 2012) y de eso no quedará mucha duda cuando se investigue un poco más y se rompa el hechizo. ¿O acaso cree alguien, bien en serio, que gracias a estas doctrinas constitucionales de ahora, de principios y ponderaciones, hay en Brasil, Colombia, Perú, Argentina, México, Bolivia, Ecuador... más justicia social de la que había o de la que habría habido si los altos tribunales de esos queridos países hubieran fiscalizado de otro modo, (pongamos que al estilo alemán, por decir algo) la efectividad de los derechos fundamentales o la validez de las normas infraconstitucionales? La fe mueve montañas, o eso dicen, pero el creyente necesita mucha fe para negar algunas evidencias y para rebasar algunas montañas.

Sí es posible un constitucionalismo “normal”, efectivo y útil, útil antes que nada para los titulares de los derechos fundamentales todos, de los de libertad a los procesales, de los políticos a los sociales, y muy especialmente los sociales. Está inventado desde hace mucho y no tiene nada de particular, es tan sencillo que casi avergüenza tener que explicarlo en estos tiempos. Se hace una Constitución que el pueblo respalda mediante las vías democráticas mejores de que se disponga y en un contexto político en el que se reduzca la manipulación tanto como se pueda, bajo la idea básica de que mal puede instaurarse un buen sistema democrático y de derechos si en el acto instaurador mismo

se atenta contra la democracia y se hacen de menos los derechos. En esa Constitución se dibujan los órganos e instituciones básicos del estado, se insertan las garantías mayores para la separación de poderes y se aseguran los derechos fundamentales de los ciudadanos por medio de procedimientos de protección bien eficaces. Evidentemente, desde la Constitución misma hay que poner a salvo la independencia de los jueces y la del órgano supremo de control de constitucionalidad de las leyes, pues sin esa independencia o un alto grado de la misma, toda Constitución de Estado de derecho es falsa y todo constitucionalismo es hipócrita. No hay Constitución donde el control de constitucionalidad lo ejercen los que comen en la mano del ejecutivo.

En ese constitucionalismo tan desconcertantemente sencillo y que es conocido y viable, tiene que haber control de constitucionalidad, sea difuso, sea concentrado o trátase de una combinación de los dos modos. Importa quién hace los controles, por supuesto, y repito que por eso tiene que haber verdadera carrera judicial y sistemas de nombramiento para las más altas cortes que sean transparentes, objetivos y meritocráticos. En cuanto a la manera de hacer ese control, no hay más que una que no se preste descarada y descarnadamente a la manipulación y el engaño: lo que a alguien se le ha hecho se coteja con lo que el texto de la Constitución manda, permite o prohíbe hacer; sencillamente. Si, supongamos, el texto constitucional prohíbe la tortura, torturar a alguien es inconstitucional aunque se acabe el mundo, aunque haya razones ocasionalmente comprensibles para torturar o aunque digamos que en el otro plato de la balanza pesan,

y pesan mucho, mil y un principios constitucionales expresos o fantasmagóricamente implícitos. No se puede torturar porque la Constitución dice que no se puede, y no hay más tu tía ni más moralidad ni más razones prima facie o valores en danza. Las normas de derechos y las normas en las que se apoya el funcionamiento de las instituciones básicas del estado de derecho no pueden ni deben ser dúctiles, han de ser rígidas y férreamente dominantes.

Lo mismo cuando se trata de decidir si es constitucional una norma legal. Si entre la norma infraconstitucional y la constitucional hay una antinomia insalvable con las herramientas normales y sabidas de la lógica y la semántica, la norma legal es inconstitucional; si no, no. Si la Constitución abole la pena de muerte y la norma legal que se enjuicia la permite, la norma legal en cuestión es inconstitucional aunque se revuelvan en sus tumbas ULPIANO, TOMÁS DE AQUINO, CARL SCHMITT o el *sursum corda* y aunque el bueno de ROBERT ALEXY diga que por qué no ponderamos un poco a ver qué sale o algún dworkiniano proponga que saquemos la güija y le preguntemos a HÉRCULES, a ver qué dice.

Y claro que para hacer eso aparentemente tan sencillo hay que interpretar y que por eso lo sencillo deja de serlo tanto. Pero interpretar es algo que hacemos a diario y cada vez que nos comunicamos. Cuando llevo a mi querida Colombia y alguien me propone que comamos juntos, tengo que interpretar si se refiere a lo que para los españoles es la comida de mediodía o a lo que para los Colombianos es la cena, pero no me hace falta buscar el principio constitucional de ali-

mentación sana o la virtud moral de la amistad para hacerme una idea, me bastará usar los indicios de los que en cada ocasión disponga. Imagínese la cara que se le ha de quedar a mi interlocutor si comparezco a la hora que me da la gana pero lo justifico alegando que me he guiado por el principio de razonable utilización de los horarios, principio, que, estoy seguro, algún constitucionalista enfebrecido habrá sacado ya de alguna pobre Constitución o estará a punto de imputárselo.

Interpretar es elegir entre significados posibles de expresiones, e interpretar razonablemente es elegir razonablemente entre significados razonablemente posibles de expresiones. Esas elecciones podemos justificarlas si no son arbitrarias, y las justificaremos mediante argumentos intersubjetivamente comprensible, asumibles y que vengan al caso, si no son arbitrarias. Los argumentos metafísicos no reúnen ninguna de esas tres condiciones, en cuanto argumentos justificativos de interpretaciones. Cuando a aquel amigo del ejemplo le digo que fui a la cita a las seis de la tarde porque así me lo dictó el principio de equidad horaria o el principio de equilibrio alimenticio, no estoy argumentando en serio, estoy, en el fondo, tomándole el pelo a mi amigo o, como se dice en Colombia, estoy mamando gallo.

Por supuesto que la interpretación de las normas constitucionales, y jurídicas en general, implica grados de discrecionalidad, y por supuesto que por esa vía hay margen para que en la práctica del derecho penetren valores e ideologías de los jueces. No puede ser de otra manera, y lo más que nos cabe es tratar

de controlar ese uso de la discrecionalidad a base de afinar nuestras exigencias de motivación racional de las sentencias y de rigor argumentativo. Ese es el mejor aporte de una buena teoría de la argumentación jurídica. Pero si tratamos de que la discrecionalidad se emplee razonablemente y, sobre todo, de que no degenera en arbitrariedad, lo menos conveniente será que invitemos a los que juzgan a usar metáforas como si fueran descripciones de operaciones reales. Si yo digo que entre las dos candidatas que tenía para esposas (es un suponer) ponderé, nadie piensa que saqué la báscula y pesé a cada una, sino que valoré muy personalmente cuál me convenía o me gustaba más. La discrecionalidad me la va a atribuir todo el mundo. En cambio, cuando un juez nos explica que ponderó en tres pasos, acabamos creyendo que pesó de verdad y de alguna manera y viene algún amigo alemán y nos convence de que no hay ahí discrecionalidad ninguna, o apenas, siempre que los pasos sean tres y los demos como Dios manda. ¿Por qué somos más crédulos cuando nos desenvolvemos en el mundo jurídico y por qué los juristas de medio mundo se toman al pie de la letra las metáforas y el lenguaje figurado? Misterios que alguna vez habrá de resolver la ciencia.

Esos jueces constitucionales ponderadores y principialistas que hemos fabricado con tanto entusiasmo como irreflexión son la más peligrosa carga de profundidad que se ha puesto al constitucionalismo. Que muchos hayan contribuido de buena fe poco quita a la intensidad del desastre. Desapoderar a esos tribunales, hacerlos volver al redil del derecho y las razones de todos va a costar sangre, sudor y páginas. Les

hemos hecho creer que el derecho son ellos y que los principios suyos son los auténticos principios constitucionales y ahora no querrán apearse de tan cómoda y sólida posición. Hay momentos en que la academia y la doctrina se vuelven impotentes para deshacer ciertos entuertos. Solo nos queda la política entonces, pero la buena, la virtuosa, la sincera y abierta, en la calle y con los ciudadanos, la política que pocas veces han querido hacer los académicos con ensoñaciones metafísicas, los profesores que en el derecho ven una forma de magia.

De cuanto acabo de escribir ninguna culpa tienen los autores de este libro, aunque en ellos esté la causa de estas reflexiones. Son buenos juristas y buenos constitucionalistas que honestamente defienden sus ideas y magníficamente las exponen. No motivan los malos libros ni las obras vulgares. Este buen libro, estos buenos trabajos que en este libro se contienen me han motivado para exponer o reiterar aquí algunas ideas a contracorriente del dogma y contra la iglesia imperante. Puede que sean erradas, puede que lo que acabo de escribir sea desenfocado en el fondo, puede que vuelva a ponerse de relieve cuán disfuncionales somos los ateos. Puede que la forma parezca impropia a más de cuatro, pues me dejo llevar más de una vez por la ironía y no es estilo que se aprecie en estos tiempos de impostada seriedad y academicismo enhiesto. Pero la intención ha sido buena y la alegría in-

tenza porque siguen apareciendo y mostrándose en la academia colombiana magníficos interlocutores.

Despojado mi discurso de la pretenciosidad con que en el gremio nos manifestamos tan a menudo, entiéndase como llamada para que, al plantear los problemas jurídicos propios del necesario constitucionalismo, dejemos de expresarnos como platónicos cavernarios o como creyentes de cualquier secta y hablemos con plena conciencia de que las constituciones las hacen las personas y las sociedades para solucionar algunos problemas fundamentales de las personas en sociedad, pero con todos los defectos y carencias de las personas y de las sociedades. Los problemas de constitucionalidad no son cuestiones atinentes al Más Allá, son problemas de aquí, y no conviene engañar ni engañarse sobre ese detalle.

Mi felicitación sincera para los autores de esta obra, con mis disculpas por haber tomado este prólogo como si fuera mi casa. Que sigan nuestros debates y que dure nuestra amistad.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

CAPÍTULO PRIMERO
NORMAS CONSTITUCIONALES
INCONSTITUCIONALES POR INCONVENCIONALIDAD
Luis Germán Ortega Ruiz

I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad adquiere vigencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH–, en aplicación del bloque de constitucionalidad frente a la correlación del derecho interno y el derecho internacional. A dicha finalidad, se le adjudica un examen especial jurídico, denominado *control de convencionalidad*. Este es entendido como:

En la semántica del [...] SIDH se conoce bajo el nombre de control de convencionalidad al procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema¹.

1 MARIO A. MIDÓN. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 71.

A partir de ese control, se pretende resolver la siguiente pregunta jurídica: ¿Existen normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad?

La hipótesis en que se soporta la presente investigación parte del supuesto de afirmar que sí existen normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad. Y para ello, se analizarán disposiciones constitucionales que se compararán por vía de bloque de constitucionalidad y algunos referentes judiciales, opiniones consultivas y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CorteIDH–.

Partir del supuesto de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad correspondería a una teoría que violaría del todo la supremacía constitucional de los Estados cuyo enfoque está soportado en la doctrina dualista, la cual se caracteriza por establecer la existencia de una norma de aplicabilidad constitucional sin que por sobre ella puede existir una fuerza normativa coercitiva que la restrinja o limite, en tanto que considera que el derecho interno y el derecho internacional son independientes y, por ende, frente al derecho interno, la máxima expresión corresponde a la Constitución Política. Al respecto, señala MARCO GERARDO MONROY CABRA:

Esta tesis considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derechos iguales, independientes y separados, que no se confunden y que, por tanto, no se puede decir que exista superioridad de un ordenamiento sobre el otro².

2 MARCO GERARDO MONROY CABRA. *Derecho internacional público*, Bogotá, Temis, 2002, p. 135.

Por otro lado, plantear la existencia de normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad desde la doctrina monista con prevalencia del derecho internacional³ es sinónimo de convencionalidad en tanto que permite considerar la existencia de normas supraconstitucionales que deben acoplar el sistema normativo de los Estados a las consideraciones del bloque de constitucionalidad y, por ende, al control de convencionalidad.

Frente a la teoría monista se ha dicho que:

Al orden jurídico están sometidos los derechos nacionales, de manera que existe un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. Este delimita los dominios de validez del derecho interno. El fundamento del derecho internacional no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene en el derecho internacional su fundamento⁴.

En este orden de ideas, se puede concluir que por vía de la doctrina monista con prevalencia del derecho internacional se abre camino la posibilidad de desarrollar el control de convencionalidad para determinar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad frente a las disposiciones jurídica internas. Este último planteamiento lleva a interrogar qué clase de normas serían objeto de dicho control, para lo cual se enmarca dicho cuestionamiento

3 Doctrina desarrollada por ERICH KAUFMANN (Demmin, 21 de septiembre de 1880-Heidelberg, 11 de noviembre de 1972).

4 MONROY CABRA. *Derecho internacional público*, cit., p. 136.

to en aquellas con carácter de ley y aquellas con carácter de norma constitucional.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE A LA LEY DE LOS ESTADOS

Existe un mandato normativo desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos que exige acoplar el ordenamiento normativo a las directrices convencionales que impliquen hacer efectivos los derechos y libertades del Pacto. De allí que el artículo 2.^o de la Convención establezca:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.^o no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁵.

El anterior aspecto reside en esencia en una obligación de hacer jurídico que imparte obligatoriedad por crear las disposiciones normativas que den lugar a la protección de los derechos y libertades ya señalados. No obstante, véase que sumado a lo anterior, dicha norma convencional señala de manera expresa que además de *las medidas legislativas* deben existir *otras*,

5 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm].

y de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Este último aparte permite incluir la posibilidad de acudir a la implementación de la excepción por inconvencionalidad.

El primer punto de partida es analizar si la excepción de inconvencionalidad es aplicable en normas jurídicas del orden legal y en sentido formal o estricto. Éstas, han sido definidas como aquellas que son “dictadas por el órgano legislativo y reúnen las características propias y contenido de verdaderas leyes”⁶.

Para este punto, no reviste duda la procedencia del control de convencionalidad frente a las normas infraconstitucionales como son todas aquellas con carácter de ley en sentido formal o estricto por aplicabilidad del artículo 2.º del Pacto de San José, el cual determina el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que amparen los derechos y libertades convencionales. Este control se hace evidente en la jurisprudencia de la CorteIDH quien ha aplicado este control.

Para determinar esta última consideración, se estudia el caso *Suarez Rosero vs. Ecuador*, en el cual se reprocha la existencia de una ley que permitía la incommunicación de un detenido, violando por ello, disposiciones de la convención. Al respecto, la CorteIDH ha señalado:

Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los dere-

6 MARCO GERARDO MONROY CABRA. *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 1996, p. 124.

chos y libertades reconocidos en ella (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1.º y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho⁷.

Si bien es cierto se hace evidente el control de convencionalidad sobre las leyes, no es menos cierto que es preciso, además, determinar sus efectos, es decir, establecer si la decisión de la CorteIDH expulsa del ordenamiento jurídico las leyes inconventionales de los Estados o realiza un juicio de validez convencional de inaplicabilidad.

Al respecto es necesario atender las consideraciones de la CorteIDH cuando afirma la existencia de “leyes [que] carecen de efectos jurídicos” tal como lo hace en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, el cual señala:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos con-

7 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf].

sagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú⁸.

Al respecto cabe resolver si los efectos jurídicos de que trata el anterior aparte tendrá efectos *inter partes* o *erga omnes*.

No se entendería que la inaplicabilidad de la norma inconvencional se soportara en el efecto *inter-partes* al considerar que las normas convencionales tienen como propósito el amparo de derechos humanos, los cuales tienen un componente esencial como es el de la *universalidad*, el cual le reviste todo el alcance a cualquier decisión jurídica para que su aplicabilidad propenda por el amparo y proyección de estos derechos. De allí que pueda afirmarse que ante la declaración de una norma por inconvencional, la misma escapa del ordenamiento jurídico por acción y por excepción. Por acción, con la declaración de la Corte IDH, y por excepción, cuando los servidores públicos en su ejercicio de convencionalidad inapliquen la norma interna inconvencional declarada por vía de acción. Esta última actuación es lo que podría denominarse como *la excepción de inconvencionalidad por acción*.

Ahora bien, por vía de excepción reviste también importancia el fallo del caso *Suarez Rosero vs. Ecuador* en cual se establece en uno de sus apartes:

La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en

8 CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf].

virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor SUÁREZ ROSERO esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2.º de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso⁹.

Véase como el componente de aplicabilidad de la norma interna es un referente para el control de convencionalidad en el cual la CorteIDH puede decidir sobre la convencionalidad de la norma así ésta no se aplique. No obstante, debe señalarse que una cosa es la inaplicabilidad de la ley por falta de ejecución por parte del Estado, y otra es la falta de aplicabilidad de una ley por considerarla contraria a la convención. Esta última variable corresponde al criterio que pretende desarrollar la aplicabilidad de la excepción de inconvencionalidad.

Frente a los anteriores fenómenos de control de convencionalidad, existirá el caso en donde no existe pronunciamiento expreso de la CorteIDH, pero sí la contradicción entre la norma interna y las normas convencionales. Para tal objetivo, se aplicaría lo que aquí se denominaría *la excepción de inconvencionalidad por omisión* en donde le corresponderá al operador jurídico aplicar la convención por excepción de inconvencionalidad de la norma interna, sin que exista pronunciamiento expreso de la CorteIDH.

9 CIDH. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, cit.

CONTROL	ELEMENTOS
Excepción de inconventionalidad por acción.	Pronunciamiento de la CorteIDH+ Excepción de inconventionalidad.
Excepción de inconventionalidad por omisión.	Normas convencionales + Excepción de inconventionalidad.

Estas fórmulas concilian de manera práctica la problemática que surge entre el control de constitucionalidad vs. el control de convencionalidad, cuando se evidencian los siguientes casos: a. Norma interna con control constitucional, pero inconventional; b. Norma interna sin control constitucional e inconventional; c. Norma interna con control de convencionalidad; y d. Norma interna sin control de convencionalidad, pero con control de constitucionalidad.

Si bien se puede considerar la prevalencia del control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad, es claro que dicho enfrentamiento adquiere solución al aplicar los dos modelos antes mencionados y denominados como *excepción de inconventionalidad por acción* y *excepción de inconventionalidad por omisión*, con los cuales se puede acudir a las normas convencionales y a la jurisprudencia de la CorteIDH como criterio de control de convencionalidad por acción o por vía de excepción.

En igual sentido, dichas formulas plantean un sistema que en nada implica abordar la confrontación entre el efecto *inter partes* y *erga omnes* de los fallos de la CorteIDH frente a las normas internas, puesto que al aplicar las anteriores excepciones de inconven-

cionalidad por acción u omisión estarían amparando las normas convencionales tanto en los casos concretos como en aquellos de carácter general.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE A NORMAS CONSTITUCIONALES

Lograr determinar si el control de convencionalidad es procedente sobre normas de carácter constitucional constituye el paso esencial para establecer la viabilidad de la excepción de convencionalidad frente a normas constitucionales, y, por ende, comprobar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad.

Lo que puede afirmarse es que el control de convencionalidad no se enmarca tan solo en una acción, puesto que su implementación además puede realizarse como mecanismo de excepción al restarle validez convencional a una disposición jurídica de derecho interno que contravenga las normas o reglas jurisprudenciales del SIDH conforme se expuso antes.

Al respecto, se pretenden plantear dos casos concretos por vía de acción y de excepción del control de convencionalidad:

A. La Constitución Política de Colombia señala la pérdida absoluta de los derechos políticos como consecuencia de una sanción adelantada en un juicio político el cual se materializa a través de una decisión del Senado de la República. Sobre este particular, cabe interrogar si los instrumentos internacionales del sistema de protección de derechos humanos permiten, a perpetuidad, la pérdida absoluta, valga resaltar, en su totalidad, de los derechos políticos, entre los cuales se

encuentran el voto, el derecho de petición de interés general, el uso de mecanismos de participación ciudadana o de acciones constitucionales, entre otros.

Dicho planteamiento se encuentra en el artículo 175 de la Constitución Política¹⁰, el cual se puede comparar de la siguiente manera:

NORMA CONSTITUCIONAL	NORMA CONVENCIONAL
<p>Artículo 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas: [...] 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o <i>pérdida absoluta de los derechos políticos</i>; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.</p>	<p>Artículo 23. <i>Derechos políticos</i>. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.</p> <p>2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o <i>condena por juez competente, en proceso penal</i>*.</p>

10 Disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

* OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit.

En relación con el juez competente, se puede apreciar que dicha limitación se le está asignando al Congreso de la República que, si bien cumple con el rol de juez para el levantamiento del fuero político, no es quien declara la responsabilidad penal. Así las cosas, se encuentra la existencia de un primer caso que puede enmarcarse en el catálogo de las normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad.

Así, podría afirmarse que existen normas constitucionales inconstitucionales y que deben ser excepcionadas por inconventionalidad.

B. La Constitución Política de Colombia señala la posibilidad de imponer medidas disciplinarias por parte del Procurador General de la Nación, como autoridad administrativa, frente a quienes son elegidos por elección popular. Frente a esta función constitucional en relación con las normas convencionales se puede apreciar en el cuadro de la página siguiente que:

NORMA CONSTITUCIONAL	NORMA CONVENCIONAL
<p>Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...] 6. <i>Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley*</i>.</p>	<p>Artículo 23. Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.</p> <p>2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, <i>o condena por juez competente, en proceso penal**</i>.</p>

A este punto se puede tener como principal característica que la decisión que expide el Procurador General de la Nación es del orden administrativo y, por ende, no reúne la condición de condena judicial en proceso penal.

* Numeral 6, artículo 277, Constitución Política, cit.

** OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit.

No obstante, se registra como antecedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana que involucra expresamente este caso la Sentencia SU-712 de 17 de octubre de 2013¹¹, la cual señala:

Solo una vez se establece la naturaleza de la “decisión internacional” que podría resultar incompatible con la posición que la Corte asumió sobre el alcance del artículo 277.6 es posible enfrentar seriamente la compleja contradicción normativa en que se ubican los precedentes de esta Corporación y la CorteIDH: mientras la Corte Constitucional considera permitido por el artículo 277.6 de la Constitución Política que una autoridad administrativa separe del cargo a un funcionarios de elección popular, a través de un procedimiento disciplinario, la CorteIDH sostiene que el artículo 23 de la CADH (norma incorporada al orden interno con jerarquía constitucional) prohíbe que ello ocurra y, en cambio, ordena que una decisión de esa naturaleza sea adoptada por un juez penal competente. Cuando una contradicción de ese tipo se presenta, corresponde a la Corte adelantar una armonización de las normas en conflicto, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución, y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos. De igual forma, la CorteIDH ha establecido que todos los órganos internos de un Estado parte en la Convención, incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplica-

11 M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>].

ción de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el control de convencionalidad de las normas internas.

Pareciera existir una contradicción de la sentencia señalada y el planteamiento que hace PABLO LUIS MANILI cuando señala que los instrumentos convencionales

deben ser utilizados como parámetro de validez de todas las normas que integran el sistema jurídico de los países miembros y deben ser aplicados por todas las autoridades públicas, sin importar cuál es la organización interna del poder judicial¹².

La citada contradicción se materializa cuando la sentencia establece la necesidad de encontrar la “armonización de las normas en conflicto” generando una fórmula de complementariedad y no de subsunción convencional.

Así las cosas, llama la atención que la misma jurisprudencia interna que trata el caso que nos sirve de ejemplo plantea la posibilidad de una *decisión internacional* que estaría en contra de lo decidido, permitiendo entonces de manera indirecta, reconocer la viabilidad no solo de establecer la inconvencionalidad de las normas constitucionales con control de constitucionalidad, sino también el reconocimiento jurisprudencial interno de la prevalencia del control de

12 PABLO LUIS MANILI. *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 344.

convencionalidad sobre el control constitucional en una concepción futurista.

IV. INAPLICABILIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS INTERNAS

Llama la atención la mencionada decisión judicial en tanto que admite la posibilidad de encontrarse en una eventual contradicción frente a la decisión que adoptó la Corte Constitucional Colombiana con relación a la eventual aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación del artículo 23 de Pacto de San José de Costa Rica.

Esta decisión de la Corte Constitucional permite verificar si su actuación admitía aplicar el control de convencionalidad por vía de excepción, inaplicando el canon constitucional para usar el artículo 23 del Pacto de San José. Esta posibilidad lleva adicionalmente a determinar si los efectos de presunción de constitucionalidad se aplican por igual a los cánones constitucionales frente a aquellos convencionales. Este análisis permite afirmar que no es posible emplear la presunción de convencionalidad de los cánones constitucionales cuando existe una norma precisa que determina el acoplamiento de las disposiciones internas frente a aquellas que impone el Pacto de San José. Considerar lo contrario, haría nugatoria la excepción de convencionalidad, puesto que permitiría que los Estados –amparados en la presunción de convencionalidad de las normas constitucionales y legales– desconocie-

ran el mandato de acoplamiento normativo interno frente al convencional. Esta consideración nace de la Sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional ya citada, en tanto que admite una posible decisión internacional –que podría ser de la CorteIDH – contraria a la adoptada por la Corte Constitucional, quien, sin decirlo en forma expresa en su sentencia, señala una eventual incompatibilidad que solo se materializaría por expresa decisión internacional. Dicho análisis permite afirmar que se plantea en este caso una presunción de convencionalidad de las normas constitucionales, la cual solo estaría desvirtuada cuando la CorteIDH admita lo contrario de manera expresa. Como puede advertirse, esta tesis está en contra de la excepción de convencionalidad, puesto que presumir la convencionalidad de las normas constitucionales impide su aplicabilidad.

V. EXCEPCIÓN DE INCONVENCIONALIDAD

Con el siguiente esquema se muestra que la excepción de constitucionalidad va a quedar supeditada al criterio supraconstitucional, infraconstitucional o constitucional del mecanismo de la excepción de convencionalidad.

Tabla 1. Criterio y fórmula de aplicación del control de convencionalidad

CRITERIO	FÓRMULA
Supraconstitucional	$\frac{\text{Control de convencionalidad}}{\text{Control de constitucionalidad}}$
Infraconstitucional	$\frac{\text{Control de constitucionalidad}}{\text{Control de convencionalidad}}$
Constitucional	Control de convencionalidad = Control de Constitucionalidad

Fuente: Elaboración propia

La excepción de convencionalidad reviste importancia frente a la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales por convencionalidad, en tanto que se soportan en hechos convencionales, de tal suerte que sea importante señalar lo expresado por PABLO LUIS MANILI cuando manifiesta que

la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad tiene como efecto que todos los sistemas nacionales, hayan o no adoptado la doctrina del bloque de constitucionalidad, funcionen, en los hechos, como si lo hubieran hecho¹³.

MANILI explica que para el derecho internacional público “el derecho interno es un simple hecho” al analizar jurídicamente las sentencias de la Alta Silesia, el buque *Lotus* y la decisión expedida para el

13 MANILI. *Control de convencionalidad*, cit., p. 345.

caso de la Fábrica de Chorzow dictadas por la Corte Internacional de Justicia. Dichas sentencias tienen como criterio que “los derechos y obligaciones de los Estados se regulan en las normas internacionales y que por lo tanto es éste, y no el derecho interno, el que da las pautas que determinan la licitud de las conductas de los Estados”¹⁴.

Por ello es importante afirmar que si el ordenamiento interno es asumido por la CorteIDH como hechos, es propio señalar que frente a los hechos debe aplicarse una categoría de derecho, que en este caso corresponde al convencional. Por tal razón, la excepción de inconvencionalidad se constituye en el instrumento jurídico para implementar el derecho convencional a todos los hechos de los Estados, entre los cuales se incluyen las normas constitucionales.

En Colombia, ya existen pronunciamientos en donde se ha desarrollado la excepción de inconvencionalidad que admiten su procedencia. A manera de ejemplo, el Consejo de Estado, ha señalado:

3.2.1.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces– de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno¹⁵.

14 *Ibíd.*, p. 112.

15 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Radica-

VI. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LEYES Y NORMAS CONSTITUCIONALES

La sola existencia de un instrumento convencional que indague la compatibilidad de leyes internas, de por sí, ya es indicativa de un control convencional sobre las normas jurídicas de los Estados. Este mecanismo se evidencia con las opiniones consultivas. Para dicho efecto, se establece en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos este instrumento en los siguientes términos:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales¹⁶.

Frente a este instrumento, la Corte IDH ha realizado un análisis a través de opiniones consultivas que dan

do 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413), 3 de diciembre de 2014, M. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/73001233100020030173601.pdf>].

16 OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit.

cuenta de la naturaleza convencional de las leyes y normas constitucionales de los Estados. Al respecto ha señalado:

En una opinión consultiva la Corte tuvo oportunidad de referirse *in extenso* al sentido de la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención, es decir, aquellas mediante las cuales se adoptan restricciones a los derechos y libertades reconocidos en ella. En aquella oportunidad definió la ley como “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6, párr. 38), definición a la que llegó con base en el análisis de los principios de “legalidad” y “legitimidad” y del régimen democrático dentro del cual hay que entender el sistema interamericano de derechos humanos (párrs. 23 y 32). Estas interpretaciones de la Corte se refirieron exclusivamente al sentido de la palabra “ley” en el artículo 30 y nada autoriza para extenderlas a otros supuestos en los cuales la Convención se refiera a la “ley” o, en cualquier otro contexto, se hable de “ley”. Habría que entender, entonces, que la expresión, utilizada en la consulta, “leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” se refiere a cualquier disposición de carácter general y no exclusivamente a la ley en sentido estricto.

La Corte entiende la expresión “regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con la Constitución”, como referida, en términos generales, a la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico interno e internacional¹⁷.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva

Puede apreciarse entonces como regla, que para que una ley interna sea convencional debe estar acorde con su Constitución y sólo estará acorde con su Constitución siempre y cuando la misma esté acorde con la Convención. Este control constitucional y convencional reside solamente para asuntos de fondo o sustanciales, dejando de lado aquellos del orden formal o de trámite.

El control de convencionalidad es un asunto de fondo y no de forma, en tanto que su aplicación corresponde a la confrontación normativa frente asuntos del orden sustantivo tal como se puede apreciar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando determina que la Comisión no tiene “atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado”¹⁸.

En este orden, se puede tener como conclusión que sí es procedente la inconstitucionalidad de normas constitucionales por inconventionalidad y que a su vez es procedente la excepción de inconvencionalidad por acción y por omisión, pero sólo en aquellos asuntos de carácter sustancial y no del orden formal.

OC-13/93 de 16 de julio de 1993, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf].

18 Ídem.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Radicado 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413), 3 de diciembre de 2014, M. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/73001233100020030173601.pdf>].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-712 de 17 de octubre de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>].

CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf].

CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fontevecchia.pdf>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf].

CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-13/93. (16 de julio de 1993). disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf].

MANILI, PABLO LUIS. *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

MIDÓN, MARIO A. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho internacional público*, Bogotá, Temis, 2002.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 1996.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm].

CAPÍTULO SEGUNDO
EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL
EN LAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Luis Germán Ortega Ruiz

I. CLÁUSULAS PÉTREAS

La noción de cláusula pétrea es entendida por GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS así:

g) La Constitución se considera *pétrea* si además de ser escrita y rígida se declara *irreformable*; no parece posible hablar de una Constitución totalmente pétrea, debiendo reservarse el concepto para *algunos contenidos* de la Constitución que no son susceptibles de reforma, o de alteración, o de supresión. Sin embargo, sería viable reputar a una Constitución íntegramente pétrea durante los *períodos de tiempo* en que su reforma está prohibida. Los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente¹⁹.

19 GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS. *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 27.

Otros autores relativizan el valor jurídico de las cláusulas pétreas en tanto que afirman que el poder de reforma también lo mantiene quienes crean las mismas. RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE al respecto expresa:

Tales normas prohibitivas, sin embargo y desde un punto de vista jurídico, tienen apenas un valor relativo, puesto que el mismo órgano estatal encargado de la reforma constitucional puede derogarlas en cualquier momento por los mecanismos previstos en el texto constitucional para su reforma general, a fin de proceder posteriormente a modificar la cláusula que contenía la norma pétrea²⁰.

Si bien pareciera que la existencia de las cláusulas pétreas obedece a un orden de registro textual en las Constituciones, al hacerse manifiesta esta exigencia, no debe olvidarse que aquellas plantean unos mínimos insustituibles que, sin estar amparados por las mencionadas cláusulas, adquieren un mayor rango de inmodificabilidad.

La existencia de las cláusulas pétreas lleva a plantear si su existencia debe ser expresa o tácita al interior de las Constituciones. Dicha existencia plantea un dilema constitucional como es establecer si con la consideración y existencia de las cláusulas pétreas expresas en las Constituciones se estaría abriendo una brecha para entender que sólo se configura la sustitu-

20 RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE. "El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional", en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 2, Santiago de Chile, Red Estudios Constitucionales, 2006, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/820/82040120.pdf>], p. 459.

ción constitucional cuando éstas, y no otras cláusulas constitucionales, son modificadas.

La Corte Constitucional de Colombia ha analizado la existencia de las cláusulas que imponen límite al poder, lo cual deriva de manera implícita en la presencia de cláusulas pétreas tácitas. Al respecto ha considerado:

Importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario²¹.

Ahora, plantear la existencia de cláusulas pétreas desde el punto de vista constitucional puede llevar a entender que aquellas Constituciones que las plantean son las únicas que puede llegar a ser sustituidas cuando son éstas modificadas, dejando entonces la posibilidad de señalar que aquellas cláusulas con carácter de no pétreas, al ser reformadas, harían inviable la sustitución constitucional.

Los anteriores dilemas son entendidos en la presente investigación como insumo para verificar la hipótesis que resulta de entender que el poder de reforma de las cláusulas pétreas, por mecanismos de democracia representativa, es limitada, mientras que aquellos mecanismos de reforma por la vía de demo-

21 Corte Constitucional. Sentencia C-303 de 28 de abril de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-303-10.htm>].

cracia participativa no adquieren limitación pétrea, pero sí del orden constitucional y de manera relativa.

Al respecto, se parte del supuesto que las cláusulas pétreas deben ser de la esencia constitucional y no pueden ser catalogadas como simples formalidades que se blindan en el articulado constitucional sin tener incidencia en la estructura sustancial y orgánica de la Constitución. Mal podría entenderse que el poder pétreo de reforma ampare un articulado constitucional que en nada incide en la parte dogmática y orgánica de una Constitución. A manera de ejemplo cabría preguntar: ¿qué incidencia constitucional tendría amparar bajo cláusula pétrea la existencia de una entidad u órgano estatal que no es de la esencia de la tridivisión del poder? O por el contrario, ¿qué incidencia tendría amparar una política de Estado y de Gobierno incorporada en la Constitución para que no fuera reformada en determinado tiempo?

Los anteriores cuestionamientos permiten determinar que la existencia de las cláusulas pétreas tiene como esencia la protección de los elementos esenciales de la parte dogmática y orgánica de la Constitución, en ese sentido, estarían establecidas para el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales y para el mantenimiento de la tridivisión del poder.

Un ejemplo de ello lo presenta México en su Constitución de 1824, en la cual limita el poder de reforma a través de una cláusula pétrea de derechos, libertades y específicamente de la tridivisión del poder. Dicho aparte señala:

Artículo 171. Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la acta constitutiva que establecen

la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de poderes supremos de la federación y de los Estados²².

Conforme lo anterior, se evidencia que las cláusulas pétreas tienen una relación directa con la misma existencia constitucional y con ésta, la protección de los elementos esenciales de una Constitución. Dichos elementos se aprecian como esenciales para la existencia de una Constitución en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los siguientes términos:

Artículo 16.- Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución²³.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁴ evidencia unos elementos esenciales para considerar la existencia de una Constitución, los cuales, y al ser relacionados con las cláusulas pétreas, derivan que sólo estas últimas tienen razón de ser cuando se pretende proteger las garantías de los derechos y la separación de poderes. De allí que pueda afirmarse que la cláusula pétrea es la misma constitución de la Constitución.

22 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf].

23 ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789, disponible en [<http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>].

24 Aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Francesa.

II. MODALIDADES DE CLÁUSULAS PÉTREAS

A. Cláusulas pétreas por bloque de constitucionalidad

Es seguramente el nivel de cláusula pétrea más importante que adquieren las Constituciones sometidas a los pactos políticos y jurídicos internacionales. Son estas el fiel reflejo de lo inmodificable, lo que llamarían algunos, frente al estudio de los derechos humanos, como el núcleo esencial, pero en este caso, ese núcleo esencial corresponde a la normatividad que amparan los derechos humanos para los Estados.

Así las cosas, las convenciones se constituyen en verdaderas cláusulas pétreas puesto que tienen la fuerza jurídica para hacer control sobre las mismas normas internas, las cuales son catalogadas como hechos cuando se trata del derecho internacional.

PABLO LUIS MANILI explica que para el derecho internacional público “el derecho interno es un simple hecho” al analizar algunas decisiones de la Corte Internacional de Justicia²⁵ que tienen como criterio que “los derechos y obligaciones de los Estados se regulan en las normas internacionales y que por lo tanto es éste, y no el derecho interno, el que da las pautas que determinan la licitud de las conductas de los Estados”²⁶.

Por ello, puede entenderse que las cláusulas pétreas de derecho interno, o mejor, de los Estados, están subordina-

25 Sentencias de la Alta Silesia y el buque *Lotus*.

26 PABLO LUIS MANILI. *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 112.

das a las cláusulas pétreas del derecho internacional, de lo contrario no existiría, a manera de ejemplo, el control de convencionalidad.

Todo lo anterior lleva a reevaluar la misma existencia de las cláusulas pétreas frente al derecho internacional, con la existencia de instrumentos en donde se verifica la compatibilidad de las normas internas con las convencionales. A manera de ejemplo, las denominadas opiniones consultivas de que trata el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales²⁷.

Adviértase entonces la existencia de cláusulas pétreas de derecho interno y de derecho internacional que

27 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"*, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

desdican la misma existencia de las primeras, en tanto que su supuesta petrificación se ve revaluada y sin eficacia cuando se somete al derecho internacional a través de mecanismos como el del control de convencionalidad y las opiniones consultivas.

De allí que pueda evidenciarse la existencia de cláusulas pétreas convencionales o de derecho internacional que no podrían ser desconocidas por normas del derecho interno y menos aún amparadas bajo el manto pétreo. Así, se puede concluir que el enfrentamiento de una cláusula pétrea de derecho interno cede ante una cláusula del derecho internacional.

Un ejemplo de ello lo materializa ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE al categorizar cláusulas de derecho internacional bajo los efectos de las cláusulas pétreas. Al respecto señala:

El derecho de petición individual es una cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran –a ejemplo del artículo 25 de la Convención Europea y del artículo 44 de la Convención Americana–, sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano *vis-á-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por medio del ejercicio del derecho de petición individual a la instancia judicial internacional de protección que se da expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes al ser humano, no derivan del Estado, y tampoco pueden ser por este suprimidos²⁸.

28 ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la*

Así las cosas, y bajo el anterior enfoque, puede afirmarse la existencia de cláusulas pétreas *iusnaturalistas* por relación directa con los derechos humanos que le restan validez a las cláusulas pétreas de los Estados al considerarse como hechos del orden interno.

B. Cláusulas pétreas por artículo transitorio

La transitoriedad de una disposición constitucional hace relación a la vigencia de un artículo sometido a un plazo o condición.

Estas modalidades de cláusulas pétreas advierten el temor y la inseguridad por las modificaciones o reformas que puedan derivarse por el cambio de Gobierno o de pensamiento político, los cuales sin duda varían con dicho cambio.

Este reflejo lleva a la reflexión que hace GREGORIO BADENI al señalar:

No se trata de preconizar una Constitución pétrea, sino de fomentar su estricto cumplimiento, con inteligencia, humildad y sensibilidad social para instaurar la seguridad jurídica tantas veces vapuleada en el curso de nuestra historia constitucional²⁹.

jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos, 1999, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf>].

29 GREGORIO BADENI. "Reforma constitucional de 1994", *Pensar en derecho*, año 3, n.º 5, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 9 a 16, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/revista-pensar-en-derecho-5.pdf>], p. 16.

Así las cosas, el enfoque y la génesis de las cláusulas pétreas solo obedece a la falta de cumplimiento que se ha derivado de la historia constitucional de las cláusulas constitucionales.

Lo anterior permite determinar que las cláusulas pétreas tienen dos propósitos: 1.º Tener la seguridad de evitar reformas sobre lo pactado; y 2.º Proteger a la Constitución de cualquier cambio que quebrante su esencia.

Es importantes que dichos propósitos sean analizados desde los mecanismos de inclusión constitucional, puesto que la configuración de cláusula pétrea también obedece a procedimientos de reforma constitucional. De allí que la permanencia temporal de una política de Gobierno o de Estado dependa por igual del proceso de incorporación constitucional de la cláusula pétrea.

Por lo anterior, es necesario determinar si es posible plantear por factores de plazo o condición la imposibilidad de modificar una cláusula constitucional por observancia de sus criterios de vigencia.

Un reciente ejemplo de lo dicho, es el proyecto en trámite del Acto Legislativo 01 de 2016³⁰ tramitado por *fast track* para la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, en el cual se determinó:

Artículo 2.º El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4.º del Acto Legislativo número 01 de 2016 y rige a partir

30 No confundir con el Acto Legislativo 01 de 2016 del 07 de julio de 2016 el cual fue tramitado por procedimiento ordinario constitucional.

de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del acuerdo final³¹.

Véase que dicho artículo establece un factor en tiempo de tres periodos presidenciales lo que lleva a cuestionarse si el factor de tiempo implica, al igual, la inmodificación y el obligatorio cumplimiento del contendido amparado por el mismo.

Para resolver lo anterior, claramente se debe establecer qué debe aplicarse en los tres periodos presidenciales de que trata la disposición. Dicha interrogante adquiere respuesta explícita en el artículo 1.º del mismo proyecto, el cual determina:

Artículo 1.º La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así:

Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de Derecho Internacional Humanitario o Derechos Fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del acuerdo final.

31 Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 tramitado por el procedimiento especial para la paz (*fast track*) “Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostar_documento?p_tipo=03&p_numero=01&p_consec=46990].

Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del acuerdo final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del acuerdo final.

Resulta entonces que la vigencia que ampara dicho proyecto de acto legislativo –tres periodos presidenciales– corresponde a los parámetros de interpretación, referencia y validez de las normas jurídicas frente al Acuerdo de Paz de 2016.

Otro punto importante que debe señalarse, es que catalogar una cláusula pétrea como una de las consideraciones constitucionales inmodificables plantearía que ni siquiera debería ser objeto de control constitucional. Esta situación se resalta por cuanto el acto legislativo que ocupa la atención de esta investigación está sometido a control posterior de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Así, el uso o verificación de las cláusulas pétreas no puede entenderse únicamente en la esfera de la generación de normas constitucionales propias de los procesos normativos en cabeza del Congreso de la República, puesto que por lo general, se hace este análisis cuando existe el ejercicio del poder constituyente en los órganos de representación desconociendo que el mismo además puede realizarse por vía de control de constitucionalidad. Por tal razón, no existiría diferencia en la modificación de una cláusula pétrea por vía de legislación positiva o, por el contrario, una modifi-

cación por vía de legislación negativa en el control de constitucionalidad.

Es importante hacer este ejercicio en los casos donde se realizan los juicios de constitucionalidad, en especial, en aquellos que están en cabeza de las autoridades judiciales que realizan un control concentrado, teniendo en cuenta, sobre todo, su carácter de poder constituido, para analizar si pueden determinar si la cláusula pétrea reforma o sustituye la Constitución cuando la misma ha sido elaborada por un poder constituyente, o subsidiariamente, por un poder constituido.

Lo primero que hay que decir es que en principio una cláusula pétrea adoptada por mecanismos de democracia participativa no debería ir a un control constitucional a menos que involucre elementos de la esencia constitucional dogmáticos y orgánicos. Una situación diferente corresponde a las cláusulas pétreas que nacen del ejercicio de los poderes constituidos, los cuales cuentan con controles soportados en vicios de forma, dejando de lado aquellos del orden sustancial o de fondo.

Dichos controles de forma frente a las cláusulas pétreas van más allá de verificar el tecnicismo en los procesos de reforma constitucional, como pudiera ser el número de debates, controles y demás actuaciones procedimentales constitucionales y legislativas.

Para el caso concreto que se analiza, se evidencia que la incorporación del articulado transitorio por vía del que se conoce como *fast track*, fue el resultado de dos procesos: el primero, un proceso de paz; el segundo, un procedimiento de reforma *fast track*. Este últi-

mo supeditado a lo que constitucionalmente se denominó *refrendación popular*.

Dicho procedimiento especial de reforma constitucional por vía del *fast track* hace parte del resultado de un proceso de paz, situación que finalmente y bajo aspectos jurídicos, determinó que su implementación solo podía aplicarse dependiendo de la *refrendación popular*.

La disposición normativa del mecanismo del *fast track* señaló:

Artículo 5.º Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera³².

¿Qué debe entenderse por refrendación popular? Sobre la refrendación popular, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “La regulación constitucional y la jurisprudencia sobre la materia revelan que con los términos ‘refrendación popular’ se denota ante todo un proceso, y no un acto único³³”.

Frente a dicho proceso se indicó:

El hecho de que sea un proceso, integrado entonces por varios actos, no es sin embargo solo un atributo formal atinente a la cantidad de actos que lo integran. Designa también, o ante todo, la intervención de diversas autoridades en un ejercicio de frenos y contrapesos. Cuando el

32 Acto Legislativo n.º 01 de 2016, cit.

33 Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>].

artículo 5.º del Acto Legislativo 01 de 2016 condiciona la entrada en vigencia de este último a la refrendación popular del acuerdo final, lo hace en el marco de un Estado constitucional de derecho, organizado en forma de República con separación de poderes, y bajo el respeto de los derechos de las minorías (C. P. Preámbulo y arts. 1.º, 2.º, 113). En este contexto institucional, sería inconcebible una refrendación popular entendida como un acto único en el cual el pueblo se pronuncie, sin controles previos o ulteriores, en torno a un asunto de interés colectivo, toda vez que su intervención podría quedar así despojada de límites, en un Estado que se caracteriza por limitar el ejercicio del poder constituido³⁴.

Entre los diferentes actos refrendatorios mencionados se pueden señalar aquellos que explícitamente determinó el Congreso de la República de Colombia en la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016:

Artículo 1.º En consideración de que la Corte Constitucional señaló que la refrendación popular es un proceso integrado por varios actos, la presente ley declara que la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, fue un proceso abierto y democrático constituido por diversos mecanismos de participación, en los que se incluyeron escenarios de deliberación ciudadana, manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática y la participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, cuyos resultados fueron respetados, interpretados y desarrollados de buena fe con la introducción de modificaciones, cambios, precisiones y ajustes posteriores en la búsqueda de mayores consensos reflejados en el Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre del presente año.

34 Sentencia C-699 de 2016, cit.

Este proceso de refrendación popular culminó, luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, mediante la aprobación mayoritaria de las Propositiones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarios del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente.

Por lo tanto, los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo número 01 de 2016, el cual entró en vigencia con la culminación del proceso refrendatorio. Este proceso legislativo contará con los espacios de participación ciudadana previstos en el Capítulo IX de la Ley 5.^a de 1992.

Lo anterior, sin perjuicio de que durante la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, se propicien mayores espacios de participación ciudadana que fortalezcan el proceso de transición hacia la construcción de una paz estable y duradera³⁵.

Este caso expresa una interesante incorporación constitucional que deriva un proceso de paz más un procedimiento constitucional especial que se supe-
dita a una refrendación popular que es indicativa de

35 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones", *Diario Oficial*, n.º 50.102, de 30 de diciembre de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>].

un proceso de participación popular que incorpora la participación ciudadana y la de los órganos y ramas del poder público. Es así que el artículo transitorio que establece el efecto vinculante de los contenidos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera es el resultado de la incorporación de un artículo transitorio constitucional por vía del *fast track* y la refrendación popular.

Como puede evidenciarse, este modelo o sistema adoptado por Colombia configura una especie de cláusula pétrea tácita *supra* que implicaría para su modificación un mismo procedimiento en el cual se apliquen los mismos condicionamientos que se establecieron para la refrendación popular.

Así las cosas, la modificación del artículo transitorio constitucional que establece la vinculación del Acuerdo de Paz frente a la interpretación, referente y validez de normas jurídicas estaría llamado a ser reformado atendiendo un nuevo proceso de refrendación popular conforme el trámite de un nuevo proceso de paz que adicionalmente incluya el trámite constitucional de reforma. Estos límites demuestran la rigidez y el blindaje normativo que presentan estas disposiciones, lo cual lo enmarca en una especie de cláusula pétrea tácita por condicionamiento en el tiempo y modo.

C. Cláusulas pétreas por vía de referendo

Establecer una denominación de cláusulas pétreas bajo el nombre de “cláusula pétrea por vía de referen-

do”, implica admitir que las normas constitucionales tienen diferentes categorías, dadas por el mecanismo de incorporación constitucional. Así, podría afirmarse que una cosa es la reforma constitucional adoptada por medio de mecanismos propios de la democracia participativa y otra, la adoptada por medio de mecanismos propios de la democracia representativa.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA se pregunta: “¿Qué es lo que distingue, conceptualmente, a la democracia representativa de la democracia participativa?”. A lo que responde:

La idea de la democracia –en principio, ligada a representativa– nos acerca al significado formal de democracia y al pensamiento liberal. Tiene una perspectiva francamente conservadora de las condiciones prepolíticas de existencia: vida, libertad, dignidad, honor y propiedad. Paralelamente, las características de la democracia participativa se enfilan hacia el ideario socialista. Su tendencia no consiste en impedir la desmejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, base de legitimación del Estado liberal y de la democracia representativa, las que considera en cierto modo presupuestas. Su objetivo es precisamente impulsar la adquisición de nuevas condiciones sociales: educación, trabajo, vivienda, salud, medioambiente³⁶.

¿Qué relación existe entre las cláusulas pétreas y los mecanismos de reforma en ejercicio de la democracia participativa y representativa? Esta pregunta nace de la hipótesis que pretende establecer que no existen cláusulas pétreas expresas frente al *referéndum*, por

36 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 202.

ser un mecanismo propio de la democracia participativa el cual solo adquiere como límite los elementos esenciales de la Constitución, de allí, su carácter relativo.

Así, puede afirmarse la viabilidad de reformar cláusulas pétreas cuando el mecanismo deviene del ejercicio de la soberanía participativa, excluyendo a la representativa.

En este caso, las reformas constitucionales que nacen de la voluntad del poder soberano por vía de soberanía participativa adquieren en un Estado democrático un *status* de superioridad dada su relación directa con el poder público.

Lo anterior, lleva a analizar la reforma constitucional planteada en Colombia por medio de la Ley 796 de 21 de enero de 2003, en la cual por vía de referendo se presentó la siguiente propuesta de reforma al inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño³⁷.

37 "Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional", *Diario Oficial*,

Véase que dicha reforma constitucional se realiza por medio de un mecanismo de participación vía referendo, lo cual permite establecer que su adopción constitucional ha generado un blindaje especial que la hace diferente a las demás cláusulas constitucionales. Es por ello que puede afirmarse que la existencia de cláusulas pétreas por vía de referendo bajo el entendido de considerarse como una disposición de mayor rigidez frente a las demás, debiendo ser reformada por un mecanismo similar. Así las cosas, se predicará que la configuración de cláusula pétrea es oponible frente a los congresistas con su competencia de reforma e inoponible frente a los mecanismos legislativos y no para aquellos procedimientos de reforma por vía directa y de participación ciudadana.

D. Cláusula pétrea por renuncia de competencias legislativas

Considerar la existencia de las cláusulas pétreas por renuncia de competencias legislativas es considerar la capacidad que tiene el Congreso para decidir, conforme su poder de reforma, qué puede y qué no puede reformar.

Un caso de interés para este análisis es el que realizó el Congreso de Colombia, al expedir el acto legislativo de “equilibrio de poderes”, en el cual renuncia a su poder de reforma frente a una cláusula que regula la reelección presidencial.

n.º 45.070, de 21 de enero de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7144>].

Dicha cláusula quedó registrada en los siguientes términos:

Artículo 197. [Artículo modificado por el artículo 9.º del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:] No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente³⁸.

Véase la importancia del articulado en el cual se constata que la rigidez de reformar lo normado para la reelección presidencial corresponde a un asunto de procedimiento más que a un asunto sustancial, de allí que sea necesario nuevamente llamar la atención de la incidencia de los mecanismos de reforma adoptados por aplicación de la democracia participativa y de aquellos adoptados por vía de representación.

Tal razón permite entender que el poder de reforma de las cláusulas pétreas deviene en principio y como regla general, a un aspecto procedimental y de manera excepcional, a un aspecto sustancial.

38 Artículo 197, Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

BIBLIOGRAFÍA

- Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].
- Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 tramitado por el procedimiento especial para la paz (*fast track*) “Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=01&p_consec=46990].
- ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789, disponible en [<http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>].
- BADENI, GREGORIO. “Reforma constitucional de 1994”, *Pensar en derecho*, año 3, n.º 5, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 9 a 16, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/revista-pensar-en-derecho-5.pdf>].
- BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ. *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*, 1999, disponible en [<https://>].

archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf].

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-303 de 28 de abril de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-303-10.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>].

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 2016.

HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 2, Santiago de Chile, Red Estudios Constitucionales, 2006, pp. 457 a 476, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/820/82040120.pdf>].

Ley 796 de 21 de enero de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, *Diario Oficial*, n.º 45.070, de 21 de enero de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7144>].

Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º

50.102, de 30 de diciembre de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>].

MANILI, PABLO LUIS. *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"*, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

CAPÍTULO TERCERO
EL FAST TRACK COMO MECANISMO DE
IMPLEMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL
PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

Luis Fernando Duque García

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En Colombia se ha incorporado en la Constitución Política el Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016³⁹ “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera”. En dicha reforma se incluyen mecanismos de adopción del acuerdo político y unos procedimientos especiales de reforma constitucional.

39 *Diario Oficial*, n.º 49.927, de 7 de julio de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].

A este procedimiento de creaciones normativas para proyectos de ley y reformas constitucionales se la ha denominado *fast track* (vía rápida). Este procedimiento fue implementado en el ordenamiento jurídico colombiano teniendo como base las diferentes experiencias internacionales relacionadas con procesos de paz en los cuales se evidenciaron dificultades en la implementación jurídica como consecuencia del trámite legislativo. Así, puede afirmarse que se está utilizando una creación normativa constitucional especial como medio para la creación normativa constitucional y legal específica.

El mecanismo del *fast track* en Colombia tiene como génesis experiencias en otros procesos de paz en los cuales se evidencia la importancia de la pronta implementación jurídica del mismo (factor tiempo). Es por ello que en la exposición de motivos⁴⁰ del acto legislativo que dio lugar a la implementación de este proceso se señalan los siguientes datos:

40 Ponencia para segundo debate en primera vuelta al P. A. L. 04 de 2015 Senado, *Gaceta del Congreso*, n.º 821, de 14 de octubre de 2015, disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3], en la cual se cita como fuente la matriz desarrollada por la Universidad de Notre Dame, disponible en [www.peaceaccords.nd.edu].

PROCESO DE PAZ	PORCENTAJE DE IMPLEMENTACIÓN
Angola (Primer proceso)	1.85% en el primer año / 53.7% al quinto año
Angola (Segundo proceso)	68.42% en el primer año
India	23.52% primeros 10 años
Bosnia	72% en el primer año / 84.7% al quinto año / 93% al décimo año.
El Salvador	56% en el primer año / 88% al quinto año / 95% al décimo año.
Irlanda del Norte	100% en el primer año de las reformas constitucionales por <i>fast track</i> .

Otro de los antecedentes que dan origen al *fast track* es el trámite de los tratados de comercio (*trades agreements*) (factor modo), propio de Estados Unidos para asuntos de acuerdos internacionales sobre comercio que se encuentra establecido en la sección 1103 (*Implementation of trade agreements*), inciso b (*Application of congressional "fast track" procedures to Implementing bills*) de la *Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act for 1988*⁴¹.

Frente a este procedimiento se ha dicho que

Representa la autoridad que otorga el Congreso estadounidense al Presidente para que, junto con sus negociaciones pueda iniciar acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales, evitando la posibilidad de que sufran enmiendas que obstaculicen y hagan lento el proceso de negociación⁴².

41 H. R. 4848 (100th), disponible en [<https://www.govtrack.us/congress/bills/100/hr4848/text>], 102 STAT. 1.129.

42 En *definicion.org*. Definición de *fast track*, disponible en [<http://www.definicion.org/fast-track>].

En este orden de ideas, puede entenderse que el *fast track* es el reconocimiento a una problemática, que, en principio, está soportada en el factor *tiempo* y subsidiariamente, en el *factor* modo.

Véase que los antecedentes señalados tienen esas características, en tanto que el principal motivo de utilizar el mecanismo del *fast track* en los procesos de paz fue la urgente implementación de los acuerdos (factor tiempo); mientras que el antecedente de los *trades agreements* es del orden procedimental (factor modo). Así las cosas, la primera conclusión que se deriva de la implementación del *fast track* es que obedece a la necesidad de aplicar un mecanismo que, en tiempo, reduzca el ordinario, y en modo, permita la capacidad de negociación, que, en los casos señalados, obedecerá a negociaciones de paz y comerciales.

Lo anterior también puede evidenciarse en el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2016 citado, el cual señala expresamente la finalidad del procedimiento al indicar:

Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera...

II. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA PROYECTOS DE LEY

Este procedimiento plantea las siguientes características:

1. Deben ser de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional.
2. Deben tener como objeto el desarrollo e implementación del proceso de paz.
3. Tienen trámite preferente frente a otros proyectos de ley.
4. El primer debate se realiza en las sesiones conjuntas de Cámara y Senado. El segundo debate es en las plenarias de Senado y Cámara.
5. La modificación a los textos de los proyectos debe contar con el aval del Gobierno.
6. Pueden tramitarse en sesiones extraordinarias.
7. La votación es sobre la totalidad del proyecto.
8. Tienen control automático, único y posterior de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, con excepción de los proyectos de ley estatutarios.

III. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA ACTOS LEGISLATIVOS

1. Deben ser de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional.
2. Deben tener como objeto el desarrollo e implementación del proceso de paz.
3. Tienen trámite preferente frente a otros proyectos.
4. El trámite se realiza en cuatro debates: primer debate en comisión, segundo debate en plenaria, tercer debate en comisión, cuarto debate en plenaria.
5. La modificación a los textos de los proyectos debe contar con el aval del Gobierno.
6. Pueden tramitarse en sesiones extraordinarias.

7. La votación es sobre la totalidad del proyecto.

8. Tienen control automático y único de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional por vicios de procedimiento.

IV. PREGUNTA JURÍDICA

¿El procedimiento legislativo del *fast track* es producto de la democracia participativa o representativa?

V. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS FRENTE AL TRÁMITE LEGISLATIVO ORDINARIO

A. En relación con el trámite de leyes ordinarias⁴³ y el fast track

La clasificación constitucional de las leyes en Colombia registra diferentes categorías. Entre estas, están las leyes ordinarias, estatutarias, marco, orgánicas, de facultades, aprobatorias de tratados y de convocatoria a Asamblea Constituyente o referendo.

La clasificación que se encuentra regulada en el acto legislativo que establece el mecanismo del *fast track* sólo hace una diferenciación frente a las diferentes clases de leyes al considerar un trámite especial para las leyes estatutarias. Así las cosas, se evidencia que el Acto Legislativo 01 de 2016 en comentario no hizo diferenciación en el trámite de leyes dependiendo de

43 Entiéndase por ordinarias todas las leyes que desarrolla la Constitución Política de manera general y permanente y no como una clase especial de leyes.

su clase, con excepción de las leyes estatutarias. No obstante, debe precisarse que sí se discrimina la clasificación de leyes, pero para efectos de las facultades presidenciales a efectos de expedir decretos con fuerza de ley, prohibiendo dicha competencia para actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes código y leyes que requieren mayoría calificada (amnistías o indultos) o absoluta (reformas constitucionales, orgánicas del plan de desarrollo, reglamento del Congreso, orgánicas de presupuesto).

B. En relación con el trámite de actos legislativos ordinarios y el fast track

El poder constituyente originario es soberano, tiene un carácter incondicional a pesar que las Constituciones pueden prever un procedimiento de reforma, de allí que sea procedente afirmar que las revoluciones –cuando han sido victoriosas– se transmutan en derecho. Esta consideración es importante para determinar la procedencia de los actos legislativos y a su vez, éstos, pero en relación con el mecanismo del *fast track*.

La importancia de la anterior consideración radica en determinar si las reformas constitucionales adelantadas por vía del *fast track* corresponden al resultado de una democracia participativa o representativa y si por este aspecto, el mecanismo transitorio transforma a la Constitución Política de rígida en flexible.

Para GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS las Constituciones rígidas tienen las siguientes características:

e) La Constitución *rígida* es la que, surgida de un poder constituyente formal, no se puede modificar sino mediante *procedimientos diferentes* a los de la legislación común; la rigidez puede consistir fundamentalmente en que: e") debe seguirse un *procedimiento especial* a cargo de un órgano también especial que hace la reforma; o sea que procedimiento y órgano reformatorios difieren de los legislativos comunes; a este tipo de rigidez se le llama orgánico; e") basta seguir un *procedimiento especial* a cargo del *mismo órgano legislativo* (Parlamento o Congreso); o sea que el procedimiento es distinto al de la legislación común, pero el órgano es el mismo; a este tipo de rigidez más benigno se lo denomina rigidez por *procedimiento agravado*, o rigidez formal⁴⁴.

Para el mismo BIDART CAMPOS, las Constituciones flexibles tienen las siguientes características:

f) La Constitución *flexible* es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común; por eso, en las Constituciones flexibles o elásticas suele decirse que falta la distinción entre Poder Constituyente y poder constituido, porque el Poder Legislativo está habilitado para modificar la Constitución como si fuera una ley común. Sin embargo, los demás órganos de poder distintos del Legislativo carecen de esa competencia, por lo que cabe decir que quedan subordinados a la Constitución y que, respecto de ellos, ésta no es flexible⁴⁵.

Atendiendo la explicación de BIDART CAMPOS, Colombia estaría entre aquellas que cuentan con una

44 GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS. *Manual de la Constitución Reformada*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 27.

45 Ídem.

Constitución rígida, en tanto que su procedimiento de reforma constitucional realizado por el órgano Legislativo cuenta con mayores rigores y exigencias en comparación con el trámite de una ley.

Es relevante determinar si con el procedimiento legislativo para actos legislativos la Constitución Política pierde su connotación de Constitución rígida y deriva en aquellas denominadas *flexibles*, por cuanto se simplifica su trámite constitucional para el desarrollo de las reformas que implican dar cumplimiento al acuerdo de paz.

El primer punto de análisis es que el mecanismo del *fast track* le otorga al Gobierno nacional la capacidad de presentar reformas constitucionales por esta vía. Dicho de esta manera, la iniciativa está monopolizada por un poder constituido que de ninguna manera podría limitar el poder constituyente, en dado caso que quisiera reformar o modificar las leyes adelantadas por este procedimiento.

El segundo punto recae frente a los periodos en los cuales debe adelantarse el proceso de reforma constitucional. Véase que los proyectos de reforma constitucional que cursan por vía ordinaria no pueden desarrollarse en sesiones extraordinarias; situación que no es restrictiva para los actos legislativos por vía del *fast track* los cuales sí pueden tramitarse entre el 17 de diciembre y el 15 de marzo y entre el 21 de junio hasta el 19 de julio.

El tercer punto recae en el control de constitucionalidad. Véase que por la vía ordinaria dichos proyectos de reforma no cuentan con un control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucio-

nal, lo que evidencia el poder que tiene el Congreso de la República para reformar sin que un poder constituido ejerza un control sobre su decisión de fondo. Lo anterior, sin desconocer el control por vicios de forma que pueden tener los actos legislativos. Contrario, los actos legislativos por vía del *fast track* cuentan con un control automático y único sobre aspectos de forma. Nótese que la connotación de control único descarta la posibilidad, a diferencia del procedimiento ordinario, de demandar ante la Corte Constitucional algún vicio de forma como sucede en el trámite ordinario.

Como se evidencia, hay unas condiciones fuertes y otras débiles entre las funciones de la rama Ejecutiva y Legislativa, en donde prevalece en varios puntos la primera por cuestiones de iniciativa, reforma, agenda, conforme se puede apreciar a continuación:

Tabla 2. Tensiones entre la rama Ejecutiva y Legislativa en las reformas constitucionales

MODALIDADES ACTO LEGISLATIVO	ACTUACIÓN	RAMA EJECUTIVA	RAMA LEGISLATIVA
Ordinarios	Iniciativa	Fuerte	Fuerte
Por <i>fast track</i>		Fuerte	Débil
Ordinarios	Proposiciones	Fuerte	Fuerte
Por <i>fast track</i>		Fuerte	Débil
Ordinarios	Orden del día	Débil	Fuerte
Por <i>fast track</i>		Fuerte	Débil
Ordinarios	Sesiones Extraordinarias	Fuerte	Débil
Por <i>fast track</i>		Fuerte	Débil

Fuente: Elaboración propia.

Como puede apreciarse, las tensiones entre las ramas Ejecutiva y Legislativa en los procesos de reforma constitucional en el procedimiento del *fast track* empoderan a la primera, al tener un poder prevalente y preferente frente a la segunda, pero que al final tiene un ingrediente especial: el control de constitucionalidad automático por parte de la Corte Constitucional.

Así las cosas, y atendiendo a que el *fast track* se constituye especialmente en un procedimiento que de suyo es en esencia formal, frente a la creación normativa, puede advertirse que éste adquiere compensación por el especial control constitucional que tiene, a diferencia de aquellos que se tramitan por la vía ordinaria.

Las particularidades del procedimiento de reforma *fast track* (una vuelta + votación + preferencia en el orden del día + aval de Gobierno) se ven adicionadas entonces con un requisito de otra categoría y que no se reduce a la formalidad legislativa, como es la revisión por parte de otra rama del poder de manera automática, en este caso de la Corte Constitucional, lo cual le impregna un requisito fuerte de rigor a estos procedimientos especiales, los cuales no se aplican a los actos legislativos y leyes expedidas por vía ordinaria, con excepción de las estatutarias.

La gran incidencia que tiene entonces el control de constitucionalidad frente a las tensiones entre Ejecutivo y Legislativo en los procesos de reforma constitucional por *fast track*, se constituye en un equilibrio que le agrega rigor al procedimiento y que, por ende, permite afirmar que la Constitución no se desnaturaliza en flexible por este aspecto.

Además, el procedimiento de reforma por vía ordinaria y el *fast track* siguen la suerte de encontrar que los actos legislativos, en uno y otro caso, siguen siendo más rigurosos frente al trámite legislativo.

VI. RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN SUS ARTÍCULOS TRANSITORIOS

La clasificación constitucional que determina cuándo una Constitución es rígida o flexible corresponde especialmente a un ámbito comparativo. De allí que pueda afirmarse que una Constitución sea rígida dependiendo su comparación con el trámite legislativo frente al de reformas constitucionales. Como pudo advertirse, tanto por vía ordinaria como por el *fast track*, la Constitución Política no se desnaturaliza en flexible. Teniendo en cuenta este aspecto, lo primero que hay que plantear es cuándo y sobre qué normas se debe hacer este análisis.

Para esta parte debe entonces determinarse que una cosa son las normas permanentes constitucionales y otra las normas transitorias.

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado para determinar la razón de ser de los artículos transitorios. Al respecto señaló:

Tal y como esta Corporación lo ha expresado “la razón de ser de un artículo transitorio es permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales”, por lo cual es razonable sostener que cuando el constituyente estableció normas transitorias quiso consagrar excepciones a las reglas generales que dispuso en normas permanentes. De ahí

pues que, “desde el punto de vista temporal, cuando una Constitución establece un régimen de transición en disposiciones transitorias y un régimen permanente en disposiciones ordinarias, y en un momento dado resultaren incompatibles dichas normas, el intérprete en principio debe aplicar preferentemente las primeras”⁴⁶.

Como puede evidenciarse, el empleo del término transitorio no solo reviste importancia a un articulado en tanto que se ha determinado la existencia de un derecho constitucional transitorio. ELISUR ARTEAGA NAVA al respecto ha terminado que este esquema tiene su propia naturaleza. Al respecto señala:

En lo relativo a normas constitucionales transitorias se puede afirmar que, por lo general, se trata de principios secundarios que elevan a rango constitucional por el simple hecho de ser agregados a la carta magna. Son normas de naturaleza accesorias; existen por cuanto a que hay un texto principal; dejarán de ser en el momento en que aquella desaparezca. No puede pretenderse darles validez independiente. No existe un derecho transitorio autónomo, que exista por sí y aplicable a todo tipo de constituciones⁴⁷.

Una disposición transitoria que llama la atención es la que describe y analiza RAÚL GUSTAVO FERREYRA sobre la reforma de la Constitución Argentina de 1994⁴⁸, la cual registra el siguiente texto:

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 29 de marzo de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-370_2000.html].

47 ELISUR ARTEAGA NAVA. “El derecho constitucional transitorio”, s. f., disponible en [<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-01.pdf>].

48 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, p. 230.

La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino⁴⁹.

En la citada cláusula, no se aprecian los motivos que al principio de este escrito fueron señalados como factores de tiempo y modo, por lo cual llama la atención que esta disposición, con carácter transitorio, no pertenezca al cuerpo principal de la Constitución y si al clausulado transitorio.

ELISUR ARTEAGA NAVA, al definir el concepto de *derecho constitucional transitorio* señala:

Principios normativos de naturaleza secundaria que se elevan a rango constitucional para los efectos de regular la entrada en vigor de una norma fundamental y lo relativo al tránsito de un derecho que desaparece a otro que lo sustituye. Es de naturaleza accesorio, existe por cuanto a que hay un texto principal, no tiene validez en forma autónoma. En la práctica esos principios han establecido excepciones y salvedades al texto fundamental, procedimientos especiales, aplicación retroactiva de leyes, etc.; se ha considerado que ello es procedente por cuanto a que el derecho constitucional transitorio es obra del mismo constituyente que ha discutido, aprobado el texto de la Carta Magna y es parte de esta⁵⁰.

49 Constitución de la Nación Argentina (Reforma de 22 de agosto de 1994), disponible en [<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>].

50 ELISUR ARTEAGA NAVA. *Diccionario de derecho constitucional*, México D. F., Oxford University Press México, 2011.

Véase como constante, que las normas transitorias tienen como marco esencial la norma principal, que en este caso es la Constitución Política en sus artículos permanentes. Así, se evidencia que las cláusulas constitucionales transitorias que son revestidas por el procedimiento del *fast track* llevan a determinar si las de este procedimiento de creación de leyes y actos legislativos tienen incidencia dependiendo si las normas tienen el carácter de principal o transitorio. Por dicho motivo, no es igual el uso del *fast track* para la creación de normas constitucionales de carácter principal y de carácter transitorio.

Entonces debe señalarse si el mecanismo del *fast track* es para la creación de normas constitucionales que en esencia deben ser de carácter transitorio o tendrá aplicabilidad para reformar los artículos de carácter principal. Este interrogante es el que permite establecer que su respuesta adquiere solución indagando la calidad de la Constitución como rígida o flexible y con ello determinar si existen artículos transitorios rígidos o flexibles.

Un punto de partida es recordar que el instrumento adoptado para desarrollar el *fast track* es un acto legislativo que introduce este sistema a la Constitución Política en artículos transitorios.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA señala que “si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo”⁵¹. Esta frase genera un impacto importante en la presente investigación, por cuan-

51 FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, cit., p. 242.

do el proceso del *fast track* también es un mecanismo de reforma constitucional, pero creada por medio de acto legislativo e incluida en la Constitución como artículo transitorio y con un componente muy especial: *Su vigencia dependía de la refrendación popular*. Este último aspecto es de suma importancia porque la Corte Constitucional de Colombia le dio un alcance particular al término, en tanto que no lo limitó al proceso plebiscitario que inicialmente se consideraba. Fue esta Corporación mucho más allá, determinando que la refrendación popular no se limita a un acto, por el contrario, es un conjunto de actuaciones y de participación ciudadana.

El hecho de que sea un proceso, integrado entonces por varios actos, no es sin embargo solo un atributo formal atinente a la cantidad de actos que lo integran. Designa también, o ante todo, la intervención de diversas autoridades en un ejercicio de frenos y contrapesos. Cuando el artículo 5.º del Acto Legislativo 01 de 2016 condiciona la entrada en vigencia de este último a la refrendación popular del acuerdo final, lo hace en el marco de un Estado constitucional de derecho, organizado en forma de República con separación de poderes, y bajo el respeto de los derechos de las minorías (C. P. Preámbulo y arts. 1.º, 2.º, 113). En este contexto institucional, sería inconcebible una refrendación popular entendida como un acto único en el cual el pueblo se pronuncie, sin controles previos o ulteriores, en torno a un asunto de interés colectivo, toda vez que su intervención podría quedar así despojada de límites, en un Estado que se caracteriza por limitar el ejercicio del poder constituido⁵².

52 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>].

Como puede apreciarse, el acto legislativo que adopta el mecanismo del *fast track* adquiere una identidad especial y diferente a cualquier otro modelo de reforma constitucional, porque su vigencia esta revestida de poder constituyente al estar su vigencia sometida a *refrendación popular*, que lo lleva a estar amparado por una expresión que no solo quedó circunscrita a la del Congreso de la República a través del acto legislativo, sino que además incluyó la participación directa de la democracia participativa.

Por lo recién expuesto y en atención a esta categoría única y especial del procedimiento del *fast track*, se puede concluir que su adopción se realiza a través de la democracia representativa y su vigencia a través de la democracia participativa, la cual quedo declarada a través de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016⁵³.

Artículo 1.º En consideración de que la Corte Constitucional señaló que la refrendación popular es un proceso integrado por varios actos, la presente ley declara que la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, fue un proceso abierto y democrático constituido por diversos mecanismos de participación, en los que se incluyeron escenarios de deliberación ciudadana, manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática y la participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016,

53 Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.102, de 30 de diciembre de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>].

cuyos resultados fueron respetados, interpretados y desarrollados de buena fe con la introducción de modificaciones, cambios, precisiones y ajustes posteriores en la búsqueda de mayores consensos reflejados en el Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre del presente año.

Este proceso de refrendación popular culminó, luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, mediante la aprobación mayoritaria de las Propositiones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarios del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente.

Por lo tanto, los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo número 01 de 2016, el cual entró en vigencia con la culminación del proceso refrendatorio. Este proceso legislativo contará con los espacios de participación ciudadana previstos en el Capítulo IX la de 1992.

Lo anterior, sin perjuicio de que durante la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, se propicien mayores espacios de participación ciudadana que fortalezcan el proceso de transición hacia la construcción de una paz estable y duradera.

La democracia representativa del acto legislativo que implementa el *fast track* se evidencia en:

1. La Ley 1820 de 2016 que declara la refrendación popular.

2. El debate de control político sobre el proceso de paz⁵⁴ en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, mediante la aprobación mayoritaria de las Propositiones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarios del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente.

La democracia participativa del acto legislativo que implementa el *fast track* se evidencia en:

1. Escenarios de deliberación ciudadana.
2. Manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática.
3. Participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016.
4. Espacios abiertos en donde se hicieron modificaciones, cambios, precisiones y ajustes al acuerdo de paz de agosto de 2016, los cuales buscaban mayores consensos y que finalizaron con el Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016.
5. Participación de representantes de la sociedad civil en control político del proceso de paz⁵⁵.

54 Propositiones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre de 2016 en las plenarios del Senado de la República y la Cámara de Representantes.

55 "Proposición Número 82 Asunto: Proposición de discusión de políticas y/o temas generales. Los Senadores abajo firmantes, con fundamento en los artículos 244 y siguientes de la Ley 5.^a de 1992, proponemos a la plenaria de esta Corporación citar a un debate para el martes 29 de noviembre al señor Ministro del Interior, JUAN

En este orden, el procedimiento del *fast track* adquiere el rigor para modificar las normas constitucionales permanentes y transitorias, al contar con respaldo participativo y representativo el acto legislativo que lo adoptó.

Este escenario que respalda con aspectos democracia participativa y representativa el mecanismo del *fast track* lleva implícito una seria de problemáticas sin respuesta que deben analizarse en eventuales hechos como son:

FERNANDO CRISTO BUSTOS e invitar al señor Alto Comisionado para la Paz, SERGIO JARAMILLO y al Jefe del Equipo Negociador del Gobierno Nacional HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, para que le explique al Senado de la República los alcances del Acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC en día de hoy, 24 de noviembre de 2016, en el Teatro Colón en la ciudad de Bogotá. Lo anterior con el fin de discutir las observaciones en relación con la política de paz del Gobierno Nacional y en particular, los puntos convenidos dentro del mencionado Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Proponemos, además, que para ese mismo debate se invite a un grupo de voceros que se hayan promovido desde la sociedad civil las opciones del SI y del NO durante la campaña que se realizó de cara al plebiscito del pasado 2 de octubre. El debate será transmitido por el Canal Institucional de televisión. Las decisiones acerca de las reglas a través de las cuales se desarrollará este debate, así como la selección de un número equilibrado de voceros del SI y el NO que serán invitados, corresponden a la Mesa Directiva de la Corporación. Al final del debate, en consideración a los artículos 248 y 252 de la Ley 5.^a de 1992, se someterá al pleno de la Corporación una proposición para establecer si los Senadores se declaran satisfechos con las explicaciones ofrecidas por el Gobierno Nacional y si se adopta la decisión política de refrendar el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP”.

¿Podría reformarse el acto legislativo que implementó el mecanismo del *fast track* por medio de otro acto legislativo que no tiene como condición de su vigencia la *refrendación popular*?

¿Necesitará un eventual acto legislativo que pretenda modificar el *fast track refrendación popular*?

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, *Diario Oficial*, n.º 49.927, de 7 de julio de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].

ARTEAGA NAVA, ELISUR. El derecho constitucional transitorio, disponible en [<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-01.pdf>].

ARTEAGA NAVA, ELISUR. *Diccionario de derecho constitucional*, México D. F., Oxford University Press México, 2011.

BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ. *Manual de la Constitución Reformada*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 2003.

Constitución de la Nación Argentina (Reforma de 22 de agosto de 1994), disponible en [<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 29 de marzo de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-370_2000.html].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>].

definicion.org. Definición de *fast track*, disponible en [<http://www.definicion.org/fast-track>].

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015.

Gaceta del Congreso, n.º 821, de 14 de octubre de 2015, disponible en [http://www.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3].

Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>].

Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act for 1988, H. R. 4848 (100th), disponible en [<https://www.govtrack.us/congress/bills/100/hr4848/text>].

CAPÍTULO CUARTO
DECISIONES POLÍTICAS Y LA EFICACIA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Juan Gregorio Eljach Pacheco

INTRODUCCIÓN

Las afirmaciones de RAÚL GUSTAVO FERREYRA “El poder político crea el derecho” y “las razones de derecho constitucional”, esto último, entendido a partir de los derechos fundamentales incorporados en las Constituciones como un criterio orientador de las decisiones políticas, remiten al estudio de la relación entre política y derecho. Lo anterior resulta importante pues es necesario el análisis de los derechos fundamentales como guías que orientan las decisiones del poder político en un Estado, ya que a través de la eficacia de los derechos fundamentales se logra la efectividad de las decisiones políticas. A partir de lo anterior, el presente trabajo analiza en primer lugar la relación entre política y derecho y cómo el contexto político y social influyó en la incorporación de los

derechos fundamentales y de sus garantías dentro de la Constitución Política de 1991. En segundo lugar, se pretende mostrar en forma somera la situación real de los derechos fundamentales en Colombia, en especial, las situaciones del derecho fundamental a la salud de los colombianos y la de los derechos fundamentales de la población desplazada.

I. LA RELACIÓN RECÍPROCA Y PARALELA ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Con posterioridad a la caída de las *polis* griegas, el término política se confunde con lo jurídico, lo ético y lo teológico. La autonomía de la política se logra con NICOLÁS MAQUIAVELO y con THOMAS HOBBS. Para el primero, la política es distinta de la moral y de la religión. En la obra *El príncipe*, MAQUIAVELO demuestra que la política se delimita a partir del poder y de los agentes que hacen parte de ella. Es decir, la característica fundamental que diferencia a la política de lo ético y religioso es el poder político y la relación que existe entre gobernante y gobernados⁵⁶. HOBBS delimitó más prolijamente el campo de la política, al señalar que existían reglas políticas con base en las cuales el soberano gobernaba⁵⁷. De lo anterior, podría pensarse que logró identificar y delimitar el poder creador de

56 LUIS LEANDRO SCHENONI. "El concepto de lo político en NICOLÁS MAQUIAVELO", *Andamios*, vol. IV, n.º 7, 2007, disponible en [<http://portal.uacm.edu.mx/sitios/andamios/num7/articulos2.pdf>], pp. 212 a 213.

57 GIOVANNI SARTORI. *La política: Lógica y método en las ciencias sociales*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 210.

estas reglas políticas que más tarde serían impuestas a lo gobernados.

No obstante, habiéndose demostrado la autonomía de la política, la definición única del término es compleja, porque es usada en todo tipo de contextos, razón por la cual, GIOVANNI SARTORI resalta que el término política sufre una “crisis de identidad”⁵⁸. Con el objetivo de no recaer en una discusión perteneciente al campo de la ciencia política, para el desarrollo del presente trabajo asumiremos por política la “... actividad dirigida al gobierno de la situación social que denominamos sociedad, por medio del poder político”⁵⁹. Este último, entendido como un centro político caracterizado por cumplir dos funciones básicas: la determinación de las metas sociales y establecer y mantener el orden de la sociedad⁶⁰. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta interesante analizar la afirmación de GUSTAVO FERREYRA “El poder político crea el derecho”⁶¹. Si se entiende el derecho como “... un sistema u ordenamiento jurídico o conjunto de normas jurídicas vigentes en determinado espacio y tiempo...”⁶²,

58 Ver *Ibíd.*, p. 216.

59 CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA DE PRAT *et al.* *Manual de ciencia política*, MIQUEL CAMINAL BADÍA (ed.), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 44.

60 *Ídem.*

61 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría”, *Revista de Derecho Político*, n.º 75 y 76, 2009, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>], p. 215.

62 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 33.

la anterior afirmación de FERREYRA implica ver al derecho como un instrumento que está a disposición del poder político para hacer efectivos determinados objetivos sociales a través del carácter coercitivo del sistema jurídico. En este sentido, los derechos fundamentales positivizados en las Constituciones, además de imponer límites al ejercicio de la fuerza estatal⁶³, también constituyen criterios orientadores de las decisiones políticas, o lo que FERREYRA denominó como “las razones de derecho constitucional”⁶⁴.

Reconocemos que la política y el derecho son distintos, sin embargo ambos tienen una relación recíproca. La relación entre derecho y política fue estudiada sobre todo por NORBERTO BOBBIO, quien analizó en especial la interacción entre norma y poder político⁶⁵. Afirmó que existe una relación de reciprocidad que impide que el derecho se superponga a la política o viceversa. Con el objetivo de analizar esta relación, BOBBIO propone una metodología a partir de la cual muestra cómo los criterios valorativos propios del derecho y del poder político se relacionan entre sí. En el derecho los criterios de valoración son la validez, la justicia y la eficacia, mientras que en el poder político los criterios de valoración son la legitimidad, la legalidad y la efectividad⁶⁶.

63 *Ibíd.*, pp. 55 y 56.

64 *Ibíd.*, p. 59.

65 NORBERTO BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (ed.), Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, p 308.

66 MARIO MONTOYA BRAND. “Derecho y política en el pensamiento de NORBERTO BOBBIO: una aproximación”, *Estudios Políticos*, n.º 26, enero-junio de 2005, disponible en [<http://aprendeenli>

A partir de lo anterior, en BOBBIO la relación entre derecho y poder político funciona de forma paralela y recíproca. En este sentido, consideró que el poder político se encuentra ubicado en paralelo a la norma, de tal forma que los criterios de valoración interactúan en forma de zigzag de arriba hacia abajo o viceversa⁶⁷. En otras palabras, desde el punto de vista de la norma y de forma descendiente, la justicia del derecho –es decir, los valores sociales hacia los que se orienta el derecho⁶⁸– fundan la legitimidad del poder o el derecho de detentar el poder. Si el poder es legítimo se produce un derecho que es válido o que existe dentro del ordenamiento jurídico⁶⁹, si el derecho es válido funda la legalidad del poder o un poder conforme a la ley. De manera recíproca, desde el punto de vista del poder político, de forma ascendiente la legalidad del poder supone que el derecho es válido, lo cual a la vez supone que el poder sea legítimo y la legitimidad del poder implica la justicia del derecho⁷⁰. A partir de lo anterior, el lector puede observar con claridad la interacción entre el derecho y la política, para de esta manera comprender con mayor claridad la afirmación de que “El poder político crea el derecho”, pues es necesario un poder político legítimo para la producción de un derecho válido al interior del Estado.

nea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/1407/1452], pp. 91 y 97.

67 BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 311.

68 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2013, pp. 24 y 25.

69 *Ibíd.*, p. 21.

70 BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 311.

En cuanto a la efectividad del poder político y la eficacia del derecho, BOBBIO considera que el

Poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces⁷¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el poder político es el que se encarga de determinar los objetivos generales dentro de una sociedad y de ordenarla e integrarla, resulta evidente que las decisiones de este poder político estén encaminadas al logro de los objetivos sociales y del bienestar general. Luego, la eficacia de los derechos fundamentales dentro de una sociedad permitiría evaluar hasta qué punto las decisiones del poder político están siendo efectivas para alcanzar los objetivos sociales y generar un bienestar dentro de la sociedad.

Planteado así el asunto, es importante resaltar dos puntos que se derivan de la afirmación “El poder político crea el derecho”. El primero, consistente en que es necesario un poder político legítimo para la producción de un derecho válido. El segundo, que una vez creado el derecho válido debe estudiarse con detenimiento la eficacia del mismo, pues, como el lector pudo observar, en BOBBIO la carencia de eficacia de la norma conlleva a la falta de efectividad de la política o viceversa. Esto último es importante porque si los de-

71 *Ibíd.*, p. 314.

rechos fundamentales no son eficaces dentro de una sociedad, de seguro las decisiones políticas que éstos orientan no son efectivas, ya que no estarían logrando el cumplimiento de los objetivos sociales. Como consecuencia de lo anterior, es importante recordar el papel de los derechos fundamentales dentro del derecho constitucional colombiano como criterios orientadores de las decisiones del poder político.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

El derecho constitucional contiene un conjunto de normas que establecen la organización social, económica, judicial, territorial y política de un Estado. En este sentido, FERREYRA considera que el derecho constitucional, el sistema jurídico constitucional o el derecho objetivo está compuesto por reglas que deben cumplir las tareas para las cuales han sido creadas, "... formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico"⁷². En Colombia, la evolución del derecho constitucional ha sido reflejo del intento de solucionar las distintas problemáticas sociales, entre ellas, quizás la más importante la lucha contra la violencia.

La reforma constitucional de 1991 estuvo precedida por fuertes sucesos de violencia que se intensificaron entre los años 1988 y 1990. La violencia pro-

72 FERREYRA. "Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría", cit., p. 227.

veniente principalmente del narcotráfico afectó a la población civil, terminó con la vida de grandes líderes políticos e incluso afectó la estabilidad de las instituciones estatales. Como consecuencia de lo anterior, surgieron cambios políticos que condujeron a que el Gobierno de la época expidiera el Decreto Legislativo 927 de 3 de mayo de 1990⁷³ mediante el cual se autorizaba el escrutinio de votos para la creación de una Asamblea Nacional Constituyente. Los 70 miembros de la constituyente fueron elegidos mediante voto popular, lo que permitió que la Constitución Política de 1991 fuera redactada de forma participativa, tomando en consideración la opinión de los delegatarios pertenecientes a distintos partidos políticos y movimientos sociales⁷⁴.

Este enfoque participativo de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente influyó en la incorporación de un nuevo catálogo de derechos con énfasis en el plano social. La constituyente integró a la Constitución de 1991 los derechos relacionados con “... los niños, los jóvenes, las mujeres, los ancianos, los minusválidos y, en general, un gran énfasis en la seguridad social”⁷⁵ que buscaban la realización de una sociedad en paz, más justa y equitativa. En el nuevo catálogo de derechos, se establecieron como fundamentales la vida, personalidad jurídica, honra, intimi-

73 *Diario Oficial*, n.º 39.335, de 4 de mayo de 1990, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>].

74 FERREYRA. “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría”, cit., pp. 43 a 49.

75 DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho constitucional colombiano*, 10.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 81.

dad, no ser sometido a torturas, no ser degradado, libertad de conciencia, expresión, locomoción, trabajo, reunión, asociación, debido proceso, defensa, elegir, ser elegido, acceso a documentos públicos e igualdad⁷⁶ entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede pensarse que los derechos fundamentales establecidos en el capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución Política de 1991⁷⁷ en efecto constituyen líneas de acción que dirigen las decisiones del poder político y que luego serán aplicadas a través del derecho. Sin embargo, antes de la creación de la Constitución de 1991, el derecho constitucional colombiano excluía los mecanismos judiciales para la protección de los derechos constitucionales, luego, las personas debían acudir a las acciones establecidas en los códigos para hacer efectivos sus derechos⁷⁸. La incorporación al texto constitucional de los mecanismos judiciales para que las personas hagan efectivos sus derechos ante las entidades públicas y privadas o ante particulares es uno de los mayores aportes a la Constitución colombiana.

76 TULIO CHINCHILLA HERRERA. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 140.

77 CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional *et al.*, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Constitución de 1991 remiten a esta fuente.

78 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. *Derecho constitucional colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 42.

De acuerdo al párrafo 1 del artículo 86 de la Constitución Política

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados...

En este sentido, puede concluirse que los únicos derechos que son objeto de protección mediante la acción de tutela son los expresamente incorporados en el capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución Política de 1991, bajo el título de derechos fundamentales o derechos de primera generación. Sin embargo, esta tesis restrictiva de los derechos fundamentales fue abandonada por la Corte Constitucional argumentando varias razones, que de los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente se hacía evidente que la acción de tutela podía ser utilizada para la protección de otros derechos cuando el caso lo ameritara, que el título de los capítulos de la Constitución carecían de fuerza vinculante, que además de los derechos fundamentales del capítulo 1 de la Constitución también se consideraban como derechos fundamentales los derechos de los niños y finalmente, que el constituyente no había distribuido coherentemente los derechos en los capítulos 1, “de los derechos fundamentales”, 2, “de los derechos sociales, económicos y culturales”, y 3, “de los derechos colectivos y del ambiente”⁷⁹.

79 CHINCHILLA HERRERA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, cit., p. 146.

Como el texto constitucional colombiano se abstiene de definir el término derecho fundamental, le correspondió a la Corte Constitucional hacerlo por vía jurisprudencial. De acuerdo a TULLIO CHINCHILLA HERRERA durante los años 1992 y 1993 la Corte Constitucional desarrollo criterios materiales, formales y técnicos para definir qué es un derecho fundamental y determinar cuáles debían ser objeto de protección judicial mediante la acción de tutela. A partir de los criterios axiológicos o materiales, los derechos fundamentales son aquellos que tienen una sustentación axiológica por ser inherentes a los humanos o por derivar de forma inmediata de valores y principios éticos⁸⁰, como es caso del derecho a la vida establecido en el artículo 11.

De acuerdo al criterio formal, los derechos fundamentales son aquellos que están incorporados en el capítulo 1 y en el artículo 44, es decir los derechos de los niños. Empero, para la Corte este criterio no es absoluto, ya que los derechos fundamentales establecidos en el capítulo 1 tienen una conexión relativa o de grados con valores morales, y el titular de los derechos, así como los sujetos obligados, son etéreos. Este es el caso –por ejemplo– del derecho a la paz establecido en el artículo 22 de la Constitución⁸¹.

Los criterios auxiliares, complementarios o técnicos son la eficacia directa y el contenido esencial. El primero hace referencia a que los derechos fundamentales son el resultado de la aplicación directa

80 *Ibíd.*, pp. 150 y 151.

81 *Ibíd.*, p. 152.

de la Constitución, por lo cual no es necesario que el legislador entre a fijar el sentido en que debe entenderse el derecho. El segundo implica que los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial dado por los postulados en que se fundan la doctrina y la Constitución. Precisamente, este núcleo esencial evita que las decisiones parlamentarias limiten los derechos en aras de garantizar bienes colectivos⁸².

Con todo y lo anterior, la Corte Constitucional utiliza criterios adicionales de refuerzo para reafirmar y adquirir certeza que un derecho tiene el carácter de fundamental. Dentro de estos criterios adicionales de refuerzo existen dos argumentos. El primer argumento consiste en que los derechos deben estar señalados en tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíban su limitación durante los estados de excepción, lo cual les da un carácter prevalente en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la Corte utiliza la protección a los derechos fundamentales frente a las decisiones del poder constituyente delegatario establecida en el artículo 377 de la Constitución⁸³. A causa de ello, las reformas constitucionales sobre el título II capítulo 1 deben ser sometidas a referendo para su aprobación final.

Por último, la Corte Constitucional utiliza el criterio de conexidad mediante el cual verifica la fundamentación del derecho en cada caso concreto. En este sentido, el juez verifica en un caso determinado si algún derecho perteneciente a los derechos de carácter social,

82 *Ibíd.*, pp. 150 a 154.

83 *Ibíd.*, p. 156.

económico y cultural o a los colectivos y del ambiente se convierte en un derecho fundamental por su íntima conexión fáctica con uno de los derechos fundamentales establecidos en el título II capítulo 1 de la Constitución⁸⁴. Esta conexión fáctica debe ser suficientemente probada con el objetivo de demostrar que la falta de protección a un derecho no fundamental produce de forma directa el quebrantamiento de un derecho fundamental. Cabe señalar que, CHINCHILLA HERRERA a partir de su análisis jurisprudencial hace notar que en determinados casos la Corte Constitucional vuelve laxo el requisito probatorio, en este sentido la Corte utiliza como prueba hechos notorios o situaciones sociales generalizadas para suponer la vulneración a un derecho fundamental. Así, pues, coloca como ejemplo la Sentencia T-585 de 27 de julio de 2006⁸⁵ en la cual la Corte presume la conexidad del derecho a la vivienda digna con los derechos a la vida, la integridad personal y el mínimo vital de las personas desplazadas⁸⁶.

De todo esto resulta que los derechos fundamentales y la acción de tutela destinada a su protección constituyen características fundamentales de la Constitución Política colombiana. El hecho que la Corte Constitucional evite circunscribir los derechos fundamentales a los establecidos en el título II capítulo 1 de la Carta Política y utilice los criterios axiológicos

84 Ídem.

85 M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>].

86 CHINCHILLA HERRERA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, cit., p. 158.

o materiales, el criterio formal, los criterios auxiliares, complementarios o técnicos (la eficacia directa y el contenido esencial), los criterios adicionales de refuerzo y el criterio de conexidad para determinar en cada caso si un derecho de segunda o tercera generación puede ser catalogado como un derecho fundamental resaltan dos elementos importantes. El primero, consistente en que debido a la difícil realidad colombiana la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales y en segundo lugar, que la eficacia de los derechos –en especial los derechos fundamentales– es necesaria para la efectividad de las decisiones del poder político, las cuales buscan el logro de una sociedad en paz, justa y equitativa en Colombia.

III. LA REALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En Colombia los derechos fundamentales gozan de protección a través de dos acciones constitucionales, la ya mencionada acción de tutela establecida en el artículo 86 y la acción de *habeas corpus* incorporada en el artículo 30 de la Carta Magna. Este último, de acuerdo a la Corte Constitucional, es un derecho fundamental y una acción constitucional que protege la libertad de locomoción de las personas ante eventuales capturas o detenciones arbitrarias e ilegales por parte de entidades públicas o privadas⁸⁷. Ahora bien,

87 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en

teniendo en cuenta que la acción de tutela a diferencia de la acción de *habeas corpus* ampara un grupo mayor de derechos fundamentales y que la Constitución establece un trámite preferente y sumario para su sustanciación, resulta lógico que sea la principal acción constitucional utilizada por los colombianos para hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

A pesar de que por disposición constitucional la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir, que debe ser usada cuando el afectado no tenga otro mecanismo judicial efectivo, o como mecanismo transitorio para evitar la vulneración irremediable a un derecho fundamental, es utilizada con frecuencia por la población colombiana. Así por ejemplo, señala la Defensoría del Pueblo que para 2014 se interpusieron 498.240 tutelas, la cifra más alta desde 1992⁸⁸. De igual forma, según estadísticas de la Corte Constitucional, desde 1992 a 2015, la acción de tutela ha sido –en comparación con las acciones de inconstitucionalidad– el principal mecanismo constitucional objeto de conocimiento por la Corte⁸⁹. Lo anterior indica en primer lugar que las personas conocen la efectividad

[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-187-06.htm>].

88 ALEXANDRA ORJUELA GUERRERO, LYDA MARIANA GONZÁLEZ LIZARAZO, HILARIO PARDO ARIZA y EDWIN JULIÁN ANGULO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2014, disponible en [<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>], p. 68.

89 CORTE CONSTITUCIONAL. “Estadísticas 1992-2018”, disponibles en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>],

de la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales y en segundo lugar, la constante utilización de la acción de tutela pone al descubierto una realidad preocupante que es la reiterada vulneración a los derechos fundamentales.

Los principales derechos fundamentales cuya protección se invoca mediante la acción de tutela son 1.º El derecho de petición; 2.º El derecho a la salud; 3.º Derechos económicos, sociales y culturales; 4.º El derecho a la vida digna y dignidad humana; 5.º El derecho a la seguridad social; 6.º El derecho al debido proceso y defensa; 7.º El derecho a la vida; 8.º El derecho a la igualdad; 9.º El derecho al trabajo; 10.º El derecho a la libertad de enseñanza, educación e investigación; 11. El derecho a la intimidad, buen nombre y honra; 12. El derecho a la integridad física; 13. El derecho a la personalidad jurídica; 14. El derecho a la protección al menor y a la mujer embarazada; 15. Derechos colectivos y del ambiente; 16. El derecho a la libertad individual; 17. El derecho a la libertad de asociación; 18. El derecho al libre desarrollo de la personalidad; 19. Derechos políticos; 20. El derecho a la libertad de expresión e información; 21. El derecho a la libertad de locomoción; 22. reparación e indemnización; 23. El derecho a la libertad de culto; 24. El derecho a la libertad de escoger profesión u oficio; y 25. El derecho a la libertad de conciencia⁹⁰.

90 ORJUELA GUERRERO, GONZÁLEZ LIZARAZO, PARDO ARIZA y ANGULO. "La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014", cit., p. 72.

De lo anterior, considero que el derecho fundamental a la salud y los derechos fundamentales de la población desplazada, en especial el derecho a la vida digna y dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y a la educación constituyen dos casos paradigmáticos que demuestran la falta de efectividad de las decisiones del poder político para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. Como consecuencia de lo anterior, analizaré la realidad de cada uno de estos derechos fundamentales en Colombia.

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

El derecho fundamental a la salud adquirió su carácter fundamental a partir de la Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008⁹¹ de la Corte Constitucional y de la Ley 1751 de 16 de febrero 2015⁹². Esta última regula la accesibilidad, disponibilidad, calidad y protección del mencionado derecho. Antes de las recién mencionadas jurisprudencias, la Corte Constitucional consideraba el derecho a la salud como un derecho social frente al cual el Estado estaba en la obligación de protegerlo en el nivel más alto posible según su capacidad institucional y recursos económicos⁹³. Teniendo

91 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>].

92 *Diario Oficial*, n.º 49.427, de 16 de febrero de 2015, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>].

93 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97.htm>].

en cuenta lo anterior, en un primer momento la Corte Constitucional protegía el derecho a la salud si se encontraba en conexidad con los derechos fundamentales del capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución. Posteriormente, la misma Corte mediante la Sentencia T-859 de 25 de septiembre de 2003⁹⁴ abandona progresivamente el criterio de conexidad para tutelar el derecho a la salud y empezó a considerarlo como un derecho fundamental autónomo⁹⁵.

A partir de la evolución jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 citada consolida el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. En esta sentencia, la Corte reconoce que otorgar el carácter de fundamental al derecho a la salud coincide con la evolución favorable de la protección internacional sobre el mencionado derecho fundamental. Sin embargo, a pesar de este gran avance internacional, dentro del derecho constitucional colombiano la eficacia, es decir, el cumplimiento del derecho fundamental a la salud es poco.

De acuerdo al informe elaborado por la Defensoría del Pueblo⁹⁶, de las 498.240 tutelas interpuestas a nivel nacional, 118.281 trataban sobre vulneración al derecho fundamental a la salud. De igual forma, el

94 M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-859-03.htm>].

95 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-045 de 11 de febrero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-045-15.htm>].

96 ORJUELA GUERRERO, GONZÁLEZ LIZARAZO, PARDO ARIZA y ÁNGULO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, cit.

83.2% de las mismas favorecieron a los accionantes y el 16.8% restante fueron negadas por hecho superado o por muerte del accionante⁹⁷. Esta situación que a primera vista parecería favorecedora, lo que traduce es una realidad preocupante. Esto en el entendido que el número de acciones de tutela se ha incrementado tanto que ha entorpecido la actividad judicial ocasionando que las personas se mueran esperando la protección constitucional de su derecho fundamental a la salud. Además, el cumplimiento de lo ordenado en dichas acciones de tutela, es decir, el respeto al derecho fundamental a la salud en muchas ocasiones no es acatado por las Entidades Promotoras de Salud –EPS– públicas y privadas que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS–. Esto último, según la Defensoría del Pueblo, lleva a que los usuarios deban interponer desacatos por el no cumplimiento de los fallos de primera instancia⁹⁸.

Consideramos que en Colombia la falta de eficacia del derecho fundamental a la salud, es decir, el hecho que las EPS no cumplan los fallos de tutela, obedece a profundos problemas del SGSSS. Este último fue establecido mediante la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁹⁹, que se originó en un contexto ideológico y político en el que se pretendía la eficacia real de los derechos sociales. Sin embargo, como el Estado no

97 *Ibíd.*, p. 85.

98 *Ibíd.*, p. 95.

99 *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html].

pudo garantizar la calidad de todos los derechos, recurrió a medidas que reducían las responsabilidades estatales. En el caso del derecho a la salud, la Ley 100 de 1993 permitió que los particulares prestaran los servicios de salud con el objeto de garantizar la universalidad del derecho de tal forma que los servicios de salud fuesen prestados a toda la población, en especial a la más pobre¹⁰⁰.

Como consecuencia de lo anterior, el sgsss es financiado por particulares y por el Estado, situación que ha llevado a problemas que impiden el cumplimiento eficaz del derecho a la salud. Como señaló durante 2008 la Procuraduría General de la Nación, el aumento de tutelas y las constantes reformas a la Ley 100 de 1993 indican que no se han superado las problemáticas que propiciaron su diseño, a saber, cobertura, financiación o asignación de recursos, entre otras¹⁰¹. Luego, pensamos que la política pública de salud establecida en la Ley 100 de 1993 es inefectiva lo que genera en forma paralela la ineficacia del derecho fundamental a la salud.

100 PATRICIA LINARES PRIETO (coord.). El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/eventos/eventos2008/INFORME_SOBRE_SALUD.pdf], pp. 48 a 50.

101 *Ibíd.*, p. 107.

V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA POBLACIÓN DESPLAZADA

Por el contexto social y económico en que se encuentra la población desplazada por la violencia en Colombia, los derechos fundamentales que por lo general les son tutelados se concentran en el derecho a la vida digna y a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la educación y a la salud. La Corte Constitucional mediante la Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004¹⁰² llamó la atención sobre la política pública de atención a la población desplazada. Resaltó varias problemáticas de esta política pública, las cuales –a criterio de la Corte– obstaculizaban el cumplimiento de los derechos fundamentales de la población desplazada.

Para la Corte Constitucional, uno de los problemas fundamentales que afectan la efectividad de la política pública para la atención de la población desplazada es la escases de financiación. Al respecto expresó que

El Gobierno central ha destinado recursos financieros inferiores a las necesidades de la política y muchas de las entidades territoriales no han destinado recursos propios para atender los distintos programas [...] Es por ello que el nivel de ejecución de las políticas es insuficiente frente a las necesidades de la población desplazada y que los índices de cobertura de sus distintos componentes son tan bajos¹⁰³.

102 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>].

103 Sentencia T-025 de 2004, cit.

Como consecuencia de lo anterior, se generó una reiterada vulneración de los derechos fundamentales de la población desplazada, ocasionando que la acción de tutela se convirtiera en un requisito tácito establecido por las entidades del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada – SNAIPD– para acceder al cumplimiento de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la Corte Constitucional decidió declarar por primera vez el estado de cosas inconstitucional frente a la problemática de la población desplazada. Lo anterior, porque consideró que existía una vulneración masiva de los derechos fundamentales, que el elevado número de tutelas interpuestas por personas desplazadas corroboran dicha situación, que las entidades estatales han omitido cumplir sus obligaciones frente a la población desplazada a pesar de que la Corte ya había ordenado el cumplimiento de ciertas medidas. De igual forma, señaló que la vulneración de los derechos fundamentales no era atribuible a una entidad sino a varias del orden central y descentralizado y por último que dichas vulneraciones eran producidas por fallas estructurales en la política pública de atención a la población desplazada.

Luego de que la Corte declarará el estado de cosas inconstitucional, ordenó a las distintas entidades nacionales, departamentales y municipales adoptar las medidas necesarias para superar los obstáculos que hacen ineficaces los derechos fundamentales de las personas en condición de desplazamiento. En este sentido, le ordenó por ejemplo al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada determi-

nar las medidas para superar la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional. De igual forma, solicitó a las entidades territoriales adoptar medidas que garanticen su mayor compromiso en la obtención de recursos y la atención a personas en condición de desplazamiento. También ordenó al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director de Planeación Nacional contribuir en la obtención de los recursos para que las metas de la política pública de atención a personas desplazadas se alcancen. Finalmente, le solicitó a la Ministra de Relaciones Exteriores definir la estrategia de promoción internacional de la política de atención a la población desplazada con el objetivo de conseguir recursos.

Dentro de los cinco años siguientes a la expedición de la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional dictó varios autos sobre el seguimiento a las órdenes dadas en la mencionada sentencia a las distintas entidades nacionales, territoriales y a altos funcionarios para la superación del estado de cosas inconstitucional. En el Auto n.º 008 de 26 de enero de 2009¹⁰⁴, la Corte señala que

A pesar del esfuerzo presupuestal realizado por el Gobierno, así como el avance en varios de los componentes de atención a la población desplazada, existe acuerdo, tanto entre el Gobierno nacional como por parte de los órganos de control, los organismos internacionales y la Comisión de Seguimiento, en que aún no están dadas las condicio-

104 M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm>].

nes para declarar superado el estado de cosas inconstitucional [...] que a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado.

Mediante el mencionado auto, la Corte le indicó al Gobierno que para declarar superado el estado de cosas inconstitucional debía demostrar soluciones respecto del goce efectivo de los derechos de un alto porcentaje de la población desplazada y sobre las condiciones que permitan mantener y progresar en el goce efectivo de los derechos fundamentales, probar que las políticas públicas en efecto conducen a la eficacia de los derechos de la población desplazada, indicar que la población desplazada y las organizaciones civiles que defienden sus derechos pueden participar en la formulación de decisiones estatales que los afecten y mostrar que las entidades territoriales contribuyen en la superación del estado de cosas inconstitucional.

Es importante reconocer que a consecuencia de lo anterior y de los reiterados autos de seguimiento proferidos por la Corte, se han dado grandes avances para el logro de la eficacia de los derechos fundamentales de la población desplazada. Por ejemplo, la Ley 1448 de 10 de junio de 2011¹⁰⁵ o “Ley de víctimas y restitución de tierras”, mediante el artículo 159 creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral

105 *Diario Oficial*, n.º 48.096, de 10 de junio de 2011, disponible en [\[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html\]](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html).

a Víctimas –SNARIV– el cual reemplazó al Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada –SNAIPD–. El artículo 161 de la misma ley señala los objetivos del SNARIV, los cuales responden a los lineamientos dados por la Corte Constitucional en los autos de seguimiento. En este sentido, se establecieron como objetivos del SNARIV los siguientes: que las entidades públicas y privadas que conforman el sistema participen en la formulación e implantación de la política pública de atención y reparación de la población víctima, adoptar las medidas que faciliten el acceso de las víctimas a los derechos a la verdad, justicia y reparación, acatar medidas que conduzcan al restablecimiento de los derechos de las víctimas y brindar las condiciones para llevar una vida digna, garantizar la coordinación entre las instituciones y la programación de los recursos para llevar a cabo la política pública sobre la población víctima del conflicto, apoyar la implementación de una plataforma de información que permita realizar un seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las entidades que conforman el sistema y apoyar los esfuerzos de las organizaciones civiles que abogan por los derechos de las víctimas, entre otros objetivos.

En el Auto n.º 099 de 21 de mayo de 2013¹⁰⁶ sobre el seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025

106 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/014.%20Auto%20099%20de%2021-05-2013%20seguimiento%20acciones%20del%20Gobierno%20sobre%20ayuda%20humanitaria.pdf>].

de 2004 y la superación del estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional insistió en algunas falencias de la política pública de atención a la población desplazada que impiden declarar la superación del estado de cosas inconstitucional. La Corte consideró que estas falencias se encuentran sobre todo en la falta de entrega efectiva, continúa y completa de la ayuda humanitaria en las etapas de urgencia, emergencia y transición. Según la Corte, estas falencias son generadas por la falta de voluntad política de las entidades territoriales, la escasez de recursos, la entrega inoportuna y de baja calidad de las ayudas, las dificultades para acceder a la oferta de ayudas del Estado, entre otras. Las anteriores situaciones constituyen retos que el SNARIV y las políticas públicas dirigidas a la población desplazada no han podido superar, causando el cumplimiento de 12 años de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional sobre la situación de la población desplazada en Colombia.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho constituye un instrumento más que la política tiene a disposición para el cumplimiento de determinadas metas sociales. Así pues, en Colombia la relación de reciprocidad entre la efectividad de las decisiones del poder político y la eficacia del derecho propuesta por BOBBIO es un hecho notorio. En este sentido, la creación de la Constitución Política de Colombia de 1991 tenía como objetivos primordiales la construcción de una sociedad en paz, más justa y equitativa. Estos objetivos primordiales o metas so-

ciales se traducen dentro de la Constitución en los fines del Estado establecidos en el artículo 2.º de la Carta Política. Luego, si estas son las metas sociales, se puede deducir que las decisiones políticas del poder político están orientadas a la realización de dichos objetivos sociales. En un Estado social de derecho como el colombiano, es indispensable la eficacia de los derechos fundamentales para el logro de las metas sociales para así considerar la efectividad de las decisiones adoptadas por el poder político para el logro de dichas metas.

Ahora bien, el constante aumento de las acciones de tutela demuestra que la vulneración a los derechos fundamentales es un hecho recurrente dentro del Estado colombiano. Esta situación ha llevado a que la Corte Constitucional haya ampliado el catálogo de derechos fundamentales establecido en la Constitución y a demostrar que muchas políticas públicas propuestas por el poder político carecen de efectividad por cuanto obstaculizan la eficacia de los derechos fundamentales. Resulta preocupante que los derechos fundamentales, las líneas de acción del poder político y del derecho que este poder imponga, sean en Colombia ineficaces, más aún cuando nuestro país se prepara para dejar atrás la violencia y a hacer frente a los retos que trae consigo el postconflicto.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, NORBERTO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (ed.), Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del Derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013.

CHINCHILLA HERRERA, TULIO. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Auto n.º 008 de 26 de enero de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm>].

Auto n.º 099 de 21 de mayo de 2013, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/014.%20Auto%20099%20de%2021-05-2013%20seguimiento%20acciones%20del%20Gobierno%20sobre%20ayuda%20humanitaria.pdf>].

Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97.htm>].

Sentencia T-859 de 25 de septiembre de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-859-03.htm>].

Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>].

Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-187-06.htm>].

Sentencia T-585 de 27 de julio de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>].

Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>].

Sentencia T-045 de 11 de febrero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-045-15.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL. “Estadísticas 1992-2018”, disponibles en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional *et al.*, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

Decreto Legislativo 927 de 3 de mayo de 1990, *Diario Oficial*, n.º 39.335, de 4 de mayo de 1990, disponible en [<http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>].

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría”, *Revista de Derecho Político*, n.ºs 75 y 76, 2009, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>].

Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html].

Ley 1448 de 10 de junio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.096, de 10 de junio de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html].

Ley 1751 de 16 de febrero 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.427, de 16 de febrero de 2015, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>].

- LINARES PRIETO, PATRICIA (coord.). El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/eventos/eventos2008/INFORME_SOBRE_SALUD.pdf].
- MONTOYA BRAND, MARIO. “Derecho y política en el pensamiento de NORBERTO BOBBIO: una aproximación”, *Estudios Políticos*, n.º 26, enero-junio de 2005, disponible en [<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/1407/1452>].
- ORJUELA GUERRERO, ALEXANDRA; LYDA MARIANA GONZÁLEZ LIZARAZO, HILARIO PARDO ARIZA y EDWIN JULIÁN ANGULO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2014, disponible en [<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>].
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho constitucional colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- RODRÍGUEZ AGUILERA DE PRAT, CESÁREO *et al.* *Manual de ciencia política*, MIQUEL CAMINAL BADÍA (ed.), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.
- SARTORI, GIOVANNI. *La política: Lógica y método en las ciencias sociales*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- SCHENONI, LUIS LEANDRO. “El concepto de lo político en NICOLÁS MAQUIAVELO”, *Andamios*, vol. IV, n.º 7, 2007, disponible en [<http://portal.uacm.edu.mx/sitios/andamios/num7/articulos2.pdf>].
- YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho constitucional colombiano*, 10.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

CAPÍTULO QUINTO
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL
ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA

Luis Fernando Duque García

*Si la política es una guerra sin armas,
el derecho al derecho es el botín del partido victorioso*
OSWALD SPENGLER¹⁰⁷

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los conflictos armados en el mundo ha tenido como punto de acuerdo la posibilidad de desarrollar la participación política de quienes han estado al margen de la ley. Ejemplo de ello fueron los procesos de paz de Irlanda del Norte (*The Troubles*), El Salvador, Guatemala o Sudáfrica, entre otros. Esa condición de inclusión o reconocimiento político se constituye en la sustitución de las armas por el respaldo de la par-

107 MARTÍN LÓPEZ CORREDOIRA. “Leer a OSWALD SPENGLER en los tiempos de decadencia de Occidente”, disponible en [<http://www.iac.es/galeria/martinlc/spengler.pdf>], p. 66.

ticipación e inclusión política a efectos de generar el debate democrático con libertad ideológica y contrarrestar la confrontación bélica. Colombia, en su proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército Popular –FARC-EP– no ha sido ajena a ese componente político y por ello ha desarrollado una serie de parámetros de participación en las diferentes estructuras del Estado como parte del proceso de implementación del Acuerdo de Paz. Frente a dicho aspecto, la presente investigación tiene como objetivo determinar la modalidad de democracia –*representativa* o *participativa*– que deriva en la participación política desarrollada en un acuerdo de paz, específicamente, con el modelo que implementa Colombia.

I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El órgano de representación política por excelencia en el sistema democrático ha sido el órgano congresional o parlamentario. A dicha institución se le otorga como función principal la representación política soportada en la *democracia representativa*. Para el caso concreto del Estado colombiano, este sistema democrático está soportado en conjunto con la *democracia participativa* en la Constitución Política en los siguientes términos:

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 establece¹⁰⁸.

108 Artículo 3.º, Constitución Política, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

II. PROBLEMA JURÍDICO

Si bien es cierto que dicha soberanía se materializa a través del Congreso con la democracia representativa, claramente está conjugada con la democracia participativa, lo cual implica determinar frente al proceso de paz adelantado con las FARC-EP a qué modelo de participación política se ajusta la representación política. Por ello, la pregunta jurídica a desarrollar es: La participación política de las FARC-EP en el proceso de paz como partido o movimiento político, ¿se ajusta al modelo de la democracia participativa o representativa?

III. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y REPRESENTATIVA

La Corte Constitucional de Colombia ha descrito a la democracia participativa y representativa en los siguientes términos:

En una democracia participativa los representantes electos por el Pueblo tienen el deber de ser voceros de la voluntad popular y acatar el mandato imperativo de sus electores, a diferencia de lo que ocurre en un [sic] democracia representativa, en la que “los funcionarios públicos elegidos democráticamente representan a la nación entera y no a sus electores individualmente considerados, por lo cual el mandato que reciben no les impone obligaciones frente a los electores”. De manera que el ciudadano conserva en todo momento sus derechos políticos para controlar a su representante, porque dicha elección no supone la transferencia de la soberanía popular, sino que lo inviste de legitimidad para actuar como un delegado del Pueblo¹⁰⁹.

109 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-379 de 18 de julio de 2016,

Como puede apreciarse, dicha consideración expresa unos elementos propios para cada una de estas democracias.

Tabla 1
Elementos diferenciales entre los modelos democráticos

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
Representan el mandato imperativo de los electores	Representan los intereses de la nación y no el de los electores
Controla el mandato del representante	Controla la representación frente a los intereses de la nación

Fuente. Elaboración propia.

Uno de los elementos de importancia en los anteriores modelos corresponde al *factor electoral*, el cual es determinante para diferenciarlos. De allí que se le adjudique a la democracia representativa que, conforme lo señala CLAUDIA CABRERA LAVARA,

la representación política sea considerada como aquella que hace posible la participación del ciudadano en el ejercicio del poder público, a través de un proceso electoral que hoy día está orientado a la designación de representantes¹¹⁰.

M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>].

110 CLAUDIA CABRERA LAVARA. "La democracia representativa en la era de la globalización: ¿nueva crisis de la representación política?", en PABLO ARMANDO GONZÁLEZ ULLOA AGUIRRE (coord.). *Declive y reconfiguración de la democracia representativa*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, D. F., 2009, disponible en [<http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LX/declive.pdf>], p. 63.

De otro lado, JOAN SUBIRATS HUMET considera que se debe

superar el debate sobre la democracia participativa y su relación con la democracia representativa, como si sólo se tratara de complementar, mejorar, reforzar una (la representativa) a través de la nueva savia que aportara la otra (la participativa)¹¹¹.

La caracterización de cada una de las citadas democracias conlleva a que las mismas puedan ser relacionadas de manera excluyente, la una de la otra, o, por el contrario, complementarias. De allí que ÓSCAR VALENZUELA MORALES señale que

muchos niegan la existencia de la democracia participativa y solo reconocen a la democracia representativa, conceptos que de ninguna manera son excluyentes, sino son absolutamente complementarios¹¹².

Como puede apreciarse, se evidencian unas fórmulas relacionales entre la democracia participativa y representativa bajo los siguientes aspectos: 1. Son complementarias; 2. Son excluyentes, y 3. Son etapas de desarrollo de la democracia y una deviene de la otra. Estos aspectos son de importancia para el caso de representación política de las FARC-EP en el proceso de

111 IGOR AHEDO GURRUTXAGA. *Democracia participativa y desarrollo humano*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 32.

112 ÓSCAR VALENZUELA MORALES. "Democracia directa o democracia participativa", en *Revista Judicial derechoecuador.com*, 29 de mayo de 2014, disponible en [<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/05/29/democracia-directa-o-democracia-participativa>].

paz de Colombia, por cuanto la sustitución de las armas corresponderá al efectivo proceso incorporación a las instituciones constitucionales a través de modelos democráticos.

IV. ESCENARIOS POLÍTICOS DE PARTICIPACIÓN

Los escenarios políticos de participación hacen referencia a las etapas previas y posteriores a la suscripción del acuerdo de paz. Algunos podrían afirmar que solo el escenario de participación política deviene con posterioridad al cumplimiento del acuerdo; no obstante, dicha afirmación iría en contra de admitir que el solo acto de instalación de una mesa de negociación lleva consigo que los integrantes ya cuenten con un reconocimiento político, y, por ende, de una participación política preliminar.

Por lo anterior, se hace necesario determinar el espacio político en el que se ha considerado la participación política de los integrantes de las FARC-EP. El primer escenario político corresponde a la mesa de negociación y a los roles con que participa en calidad de grupo armado organizado al margen de la ley, y el segundo, corresponde a su participación como partido o movimiento político.

A. Participación política en la mesa de negociación

La mesa de negociación sólo tiene existencia si la misma cuenta con un carácter institucional, y a su vez, una investidura para quienes la integran. Dicha connotación la otorga la legitimidad del Estado a través de un

reconocimiento jurídico. En Colombia, la ley¹¹³ reguló dicha materia creando unas categorías para quienes podían adelantar acuerdos de paz, entregando dicha participación al Gobierno nacional y a quienes éste autorice. Del lado de los grupos armados organizados al margen de la ley se establecen las siguientes categorías: miembro-representante y vocero. Dichas investiduras son entendidas por la ley en el siguiente sentido:

De conformidad con las normas del derecho internacional humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Se entiende por miembro-representante, la persona que el grupo armado organizado al margen de la ley designe como representante suyo para participar en los diálogos, negociación o suscripción de acuerdos con el Gobierno nacional o sus delegados.

Se entiende por vocero la persona de la sociedad civil que sin pertenecer al grupo armado organizado al margen de la ley, pero con el consentimiento expreso de este, participa en su nombre en los procesos de paz, diálogos, negociaciones y acuerdos. No será admitida como vocero, la persona contra quien obre, previo al inicio de estos, resolución o escrito de acusación¹¹⁴.

113 Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, *Diario Oficial*, n.º 43.201, de 26 de diciembre de 1997, disponible en [http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html].

114 *Ibíd.*, artículo 8.º, parágrafo, cit.

Se evidencia que el papel que desarrolla el *miembro-representante* en la mesa de negociación, conforme lo establece el mandato legal, es el de negociar conforme los intereses del grupo armado; mientras que el del *vocero* se desarrolla para propender por el proceso de paz en los espacios de diálogo, negociación o suscripción de acuerdos con el Gobierno. Así las cosas, puede en este escenario afirmarse que los intereses en la representación que se da en la mesa de negociación corresponderán a los mismos del grupo armado organizado al margen de la ley bajo la influencia de un modelo de *cuasi democracia*¹¹⁵ *participativa*, en tanto que sus intereses son los mismos del grupo que representa; mientras que los del *vocero* corresponden a un modelo de *cuasi democracia representativa*, en tanto que sus intereses son los mismos del proceso de paz, tal como quedó descrito en las características que se establecen en la Tabla 1 precedente.

B. Participación política como partido o movimiento político

En la implementación del acuerdo de paz se expide el Acto Legislativo “Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”¹¹⁶.

115 La palabra *cuasi democracia* hace referencia a la etapa previa a la suscripción del acuerdo de paz como escenario de debate, participación y representación de actores políticos.

116 Al momento de desarrollo de la presente investigación, dicho pro-

Lo primero que hay que señalar es que la participación política está condicionada a la dejación de armas¹¹⁷. Así, se estaría materializando la célebre frase de OSWALD SPENGLER¹¹⁸ “Si la política es una guerra sin armas, el derecho al derecho es el botín del partido victorioso”¹¹⁹.

Uno de los elementos de importancia para definir la participación política de las FARC-EP, es el mecanismo por medio del cual se realizará. Para este efecto, se proyecta la conformación de un partido político o de un movimiento político, el cual se perfecciona con la decisión de transformación y el cumplimiento de requisitos formales (acta de constitución, código de ética, designación de directivos, etc.). Un punto importante para la participación política es la garantía en el reconocimiento de la personería jurídica del partido o movimiento político. Para dicho efecto y teniendo

yecto se encuentra en etapa de conciliación en el Congreso de la República. *Gaceta* 287/17, disponible en [http://www.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=797&p_numero=03&p_consec=47770].

- 117 Proyecto de Acto legislativo 03/2017 Senado-05/2017 Cámara, “Artículo 1.º La Constitución Política tendrá los siguientes nuevos artículos transitorios: // Artículo transitorio 1.º Una vez finalizado el proceso de dejación de las armas por parte de las FARC-EP, en los términos del ‘Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera’, suscrito el 24 de noviembre de 2016, se reconocerá de pleno derecho personería jurídica al partido o movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal”.
- 118 Blankenburg, Alemania, 29 de mayo de 1880-München, 8 de mayo de 1936.
- 119 LÓPEZ CORREDOIRA. “Leer a OSWALD SPENGLER en los tiempos de decadencia de Occidente”, cit., p. 66.

en cuenta que dicho partido o movimiento no ha sido sometido al control de las urnas electorales, se le garantiza hasta el 19 de julio de 2026 unos criterios diferenciales frente a cualquier otro partido como es el número de afiliados, la participación en contiendas y el umbral de votación. Véase que para todos estos efectos la personería jurídica del partido o movimiento se reconoce de pleno derecho¹²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, se le garantiza a las FARC-EP la participación en la contienda electoral para cargos de elección popular y listas para corporaciones públicas y la participación con voz de un vocero en el Consejo Nacional Electoral¹²¹.

Para los primeros periodos de participación política¹²² como partido político o movimiento político contaría con cinco curules mínimas, las cuales se entienden como adicionales a las del número que actualmente componen el Senado de la República. En igual sentido, contaría también con cinco curules en la Cámara de Representantes.

Esta conformación política en el órgano legislativo ha sido de igual modo diseñada en otros procesos de paz, tal como se evidencia con los siguientes datos:

El acuerdo de paz de La Habana incluyó garantizar cinco senadores y cinco representantes para las FARC durante

120 Proyecto de Acto Legislativo 03/2017 Senado-05/2017 Cámara, cit.

121 Ídem.

122 Periodos 2018-2022 y 2022-2026.

dos periodos legislativos. En otros países donde ha habido proceso de paz, las cifras son las siguientes. Angola: de 220 curules, 70 fueron para el grupo desmovilizado. Además, se le dieron cuatro ministerios, siete viceministerios y siete embajadas. Nepal: de 330 curules, 83 fueron para la insurgencia, más cinco ministerios. Sudán: de 450 curules, 126, más la vicepresidencia y ocho ministerios. Nigeria: de 76 curules, 24. Sierra Leona: la vicepresidencia, cuatro ministerios y cuatro viceministerios¹²³.

En este contexto, los conceptos clásicos de democracia participativa y representativa no parecen ajustarse a los mecanismos institucionales de participación y representación en los procesos de paz, en tanto que el grupo armado organizado al margen de la ley cuando acuerda y cumple con los requisitos jurídicos para su inclusión política institucional no es elegido por vía electoral, sino que lo hace a través de las decisiones que el órgano de representación política establece para darle cumplimiento al acuerdo de paz a través de reformas constitucionales.

Teniendo en cuenta que la *democracia representativa* se soporta en el mandato imperativo de sus electores, hace que ésta no se ajuste a la representación política del grupo armado al margen de la ley cuando se transforma en partido o movimiento, al obtener curules parlamentarias sin contienda electoral. Esto por cuanto tiene la posibilidad de obtener curules, además de aquellas asignadas por el voto, a través de una

123 "Comparación interesante", *Revista Semana*, 3 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/confidenciales/articulo/el-acuerdo-de-paz-en-la-habana-garantiza-cinco-senadores-y-cinco-representantes-para-las-farc/492428>].

decisión de Estado que le reconoce escaños adicionales de no contar con el mínimo pactado en el Acuerdo de Paz.

Teniendo en cuenta que la *democracia participativa* se soporta en la representación de los intereses de la nación, además, hace que ésta no ajuste a la representación política del grupo armado al margen de la ley cuando se transforma en partido o movimiento político en tanto que su conformación parlamentaria no cuenta del todo con la participación del constituyente primario como legitimario de la conformación integral de la bancada del partido o movimiento. Así las cosas, con este modelo, podrán existir congresistas que sean elegidos por votos, así como otros, por vía automática para conformar el mínimo número acordado de curules.

Así las cosas, solo podría señalarse que la participación política en los procesos de paz de los grupos armados organizados al margen de la ley que se transforman en partidos o movimientos políticos no se enmarca en la democracia participativa ni representativa, ya que su configuración adquiere unas características propias, esenciales e individuales.

Uno de los elementos que permite afirmar la no configuración de la democracia participativa y representativa para la participación política de los grupos armados al margen de la ley que se transforman en partidos o movimientos políticos, es precisamente aquel que es vital para dichos modelos de democracia: la legitimación electoral absoluta y directa. Al estar ausente este último elemento, deberá entenderse que la participación política en el proceso de paz se

da como consecuencia de una legitimación electoral indirecta, que en este caso corresponderá a la desarrollada por quienes han sido elegidos electoralmente por vía de la democracia participativa y representativa, con lo que se materializaría con el Gobierno nacional y el Congreso de la República.

En este orden, el Gobierno nacional y el Congreso, amparados con la democracia participativa y representativa son los que legalizan la participación política de los grupos armados al margen de la ley en un proceso de paz, y éstos, como partido o movimiento político, por vía de legitimación electoral indirecta, ejercerán un modelo de democracia representativa especial frente a su grupo. A este modelo se le puede denominar *democracia representativa indirecta*.

La transformación de los grupos armados organizados al margen de la ley para la participación política se enmarca en el modelo de *democracia participativa indirecta* que se constituye en el antecedente para el fortalecimiento de la *democracia representativa* en aras de representar los intereses de la nación y no el de los electores.

V. CONCLUSIÓN

El Acuerdo de Paz y sus mecanismos de implementación, al reconocer participación política al grupo armado al margen de la ley con la transformación en partido o movimiento político, desarrolla una *democracia representativa indirecta*, mientras que para los procesos de contienda electoral se desarrolla en un esquema de *democracia participativa indirecta*.

BIBLIOGRAFÍA

AHEDO GURRUTXAGA, IGOR. *Democracia participativa y desarrollo humano*, Madrid, Dykinson, 2007.

CABRERA LAVARA, CLAUDIA. “La democracia representativa en la era de la globalización: ¿nueva crisis de la representación política?”, en PABLO ARMANDO GONZÁLEZ ULLOA AGUIRRE (coord.). *Declive y reconfiguración de la democracia representativa*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, D. F., 2009, disponible en [<http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LX/declive.pdf>], pp. 55 a 74.

“Comparación interesante”, *Revista Semana*, 3 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/confidenciales/articulo/el-acuerdo-de-paz-en-la-habana-garantiza-cinco-senadores-y-cinco-representantes-para-las-farc/492428>].

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta 287/17, disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=797&p_numero=03&p_consec=47770].

Constitución Política de 1991, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-379 de 18 de julio de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>].

Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, *Diario Oficial*, n.º 43.201, de 26 de diciembre de 1997, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html].

LÓPEZ CORREDOIRA, MARTÍN. “Leer a OSWALD SPENGLER en los tiempos de decadencia de Occidente”, disponible en [<http://www.iac.es/galeria/martinlc/spengler.pdf>].

Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2017 Senado-05/2017 Cámara.

SUBIRATS, JOAN. “Democracia, participación ciudadana y transformación social”, en *Polis, Revista Latinoamericana*, n.º 12, 2005, disponible en [<https://polis.revues.org/5599>].

VALENZUELA MORALES, ÓSCAR. “Democracia directa o democracia participativa”, en *Revista Judicial derechoecuador.com*, 29 de mayo de 2014, disponible en [<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/05/29/democracia-directa-o-democracia-participativa>].

CAPÍTULO SEXTO
EL DEBATE PARLAMENTARIO: UN ESTUDIO
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
Jorge Eliecer Laverde Vargas

El funcionamiento de la rama legislativa del poder público, comporta una serie de realidades complejas en su estructura, pues en el ejercicio de las actividades parlamentarias, en especial en la función legislativa, se ve materializada la democracia representativa en su esencia más pura. Esto implica que en el curso de las labores parlamentarias no todo vale, la Constitución, la ley y la jurisprudencia son enfáticas en establecer ciertos parámetros que deben seguirse para cumplir a cabalidad el principio democrático sobre el cual encuentra sustento nuestro ordenamiento constitucional.

De este modo, el debate parlamentario como elemento ínsito e inescindible de la práctica legislativa se encuentra sujeto a ciertos condicionantes para que se ajuste a las disposiciones constitucionales y en suma,

a la estructuración de aquel Estado social de derecho pretendido en la constituyente de 1991. Pero más allá de las disposiciones normativas que pretenden darle forma al debate, existen elementos y principios propios de la práctica democrática que están insertos en la estructura del debate parlamentario y cuyo desconocimiento puede implicar la invalidez de la discusión. En este sentido, el entender al debate parlamentario como una realidad mucho más holística y exigente, obligada a observar los ejes definitorios de los mandatos democráticos contenidos en la Carta, es la manera más precisa de comprender nuestro ejercicio legislativo y la construcción pluralista de nuestra democracia desde el parlamento.

Este capítulo intenta ilustrar aquellos conceptos que componen la realidad del debate parlamentario, desde el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pretendiendo abordar aquellos lineamientos que implican la asunción de una definición mucho más estructurada del concepto de debate parlamentario en la actualidad.

I. EL DEBATE PARLAMENTARIO EN COLOMBIA

El debate parlamentario es un elemento connatural al ejercicio de la democracia representativa. La heterogeneidad de criterios propia de la diversidad de un Estado multidiverso implica la convergencia de posiciones disímiles que necesitan ser conciliadas necesariamente para construir un ordenamiento acorde a cada una de las necesidades de los que son representados en el Congreso de la República. De este modo,

el debate es una realidad ineludible que significa la concreción de valores fundantes de la democracia colombiana, por ese motivo, la constituyente de 1991 no escatimó esfuerzos para delinear con claridad las condiciones en que debiera realizarse, de tal manera que salvaguardase los intereses de todos los sectores políticos partícipes de la construcción democrática.

De ahí que el principio democrático sea el que de sustento a esta vasta doctrina sobre el debate parlamentario. Aquel principio “está inspirado en varios postulados básicos: el principio de las mayorías, el principio de participación política y el principio de publicidad”¹²⁴. Conforme con aquel principio que pregonaba la participación activa de todos los sectores sociales en aquellas decisiones que los afectan –en especial, las minorías políticas que abanderan sus objetivos políticos particulares–, se edificó toda una doctrina por parte de la Corte Constitucional encaminada a delimitar el alcance del debate parlamentario con el objetivo de determinar qué era constitutivo o no de un vicio de procedimiento capaz de fundar la inconstitucionalidad de cierta normativa.

En primer lugar, la definición de *debate* es abordada por el artículo 94 de la Ley 5.^a de 17 de junio de 1992¹²⁵ como:

124 Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

125 *Diario Oficial*, 40.483, de 18 de junio de 1992, disponible en [<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>].

El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación”. Definición que fue plenamente aceptada por el tribunal constitucional en sus pronunciamientos y que adicional a ello aclaró que el sentido natural y corriente de dicha expresión no es válida en tratándose del trámite legislativo:

(L)a interpretación correcta de los términos ‘discusión y debate’ es la que se ajusta a las definiciones legales establecidas por el Reglamento del Congreso y no la del sentido natural y obvio de dichas expresiones según su uso general^[126].

En el entendido que aquel sentido natural y obvio, implicaba que siempre hubiera controversia, disputa u oposición de ideas¹²⁷, impedía una interpretación armónica con las discusiones propias de la actividad democrática, toda vez que el debate, en esencia, no siempre se traduce en la confluencia de posiciones dispares, por el contrario, el consenso también hace parte de la discusión parlamentaria. En este orden de ideas, la denominación legal será la única capaz de orientar las controversias que se susciten con relación a los temas relacionados con el debate parlamentario.

No obstante, los requisitos del debate parlamentario están contenidos en el ordenamiento constitu-

126 Sentencia C-013 de 21 de enero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-013-93.htm>].

127 El *Diccionario de la Real Academia Española* define “debate” de la siguiente manera: 1. m. Controversia 2. m. Contienda, lucha, combate.

cional, los artículos 145, 146, 157 y 160¹²⁸, regulan de manera genérica las discusiones al interior del Congreso. Así entonces, aquellas disposiciones determinan: el número de miembros necesarios para deliberar y tomar una decisión en cada cámara, que será una cuarta parte y la mitad más uno de sus miembros, respectivamente; determina que la mayoría simple será la regla general para la toma de decisiones salvo norma que estipule una mayoría distinta; en cuanto al número de debates establece que cuatro¹²⁹ serán los necesarios para la aprobación de un proyecto de ley; de otro lado, estipula que serán ocho días los que tendrán que transcurrir entre los debates en comisión y plenaria en cada una de las cámaras y 15 los que tendrán que mediar para que el proyecto sea discutido en la otra cámara congresional; junto con ello, el principio de publicidad es una condición necesaria para garantizar el cumplimiento del principio democrático, por lo cual es indispensable para validar el debate la previa publicación del proyecto; y por último, la aprobación o improbación de la iniciativa para dar por finalizado el debate.

128 CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional et al., 2016, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Constitución del 91 remiten a esta fuente.

129 Sin perjuicio del número de debates establecidos para otro tipo de trámites al interior del Congreso, por ejemplo, los actos legislativos.

De otra parte, la Ley 5.^a de 1992, como reglamento del Congreso, desarrolla con mayor nivel de detalle las anteriores disposiciones constitucionales. Entre algunos de los aspectos más importantes, están: la definición de debate y el momento de inicio y terminación del mismo, entre otros matices que definen la estructura de la discusión parlamentaria. De aquello, puede deducirse que el *debate* está sujeto a importantes lineamientos tanto constitucionales como legales, que condicionan el ejercicio de la actividad legislativa, tanto así que la inobservancia de alguno de ellos, en los términos definidos por la Corte¹³⁰, pueden desencadenar la inexequibilidad de la norma cuestionada por ello.

Pero la discusión con relación a esta materia no termina con los preceptos constitucionales y legales que pretenden darle forma al debate. Las disquisiciones en torno a la constitucionalidad del debate parlamentario giran, también, en torno a aspectos fundantes de la participación democrática como lo es la participa-

130 El estudio de constitucionalidad en materia de vicios de procedimiento en la formación de las leyes tiene que darse desde la aplicación del principio de instrumentalidad de las formas en el ejercicio legislativo, desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional, ver: Sentencia C-737 de 11 de julio de 2001, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-737-01.htm>]; Auto 029 de 16 de abril de 2002, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A029-02.htm>]; Sentencia C-131 de 24 de febrero de 2009, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-131-09.htm>], entre otras.

ción de las minorías políticas, aun cuando el principio de las mayorías es determinante en el debate democrático. Además, el principio de consecutividad y de identidad relativa, son exigencias necesarias para que el debate se lleve a cabo con la plenitud exigida que además revista las condiciones necesarias para no viciar la norma objeto de la discusión.

Es de la mayor importancia entender que las normas procedimentales en lo relativo a la formación de las leyes no comportan un fin en sí mismas sino que por el contrario son el vehículo para la materialización de objetivos sustanciales a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y en materia de debate parlamentario se nos obliga a evadir aquellos análisis escuetos y superficiales e ir más allá atendiendo las finalidades propias de cada una de las disposiciones normativas que reglamentan la materia. En consecuencia, es apropiado concluir que los requisitos del debate parlamentario encierran realidades mucho más holísticas que tienen como objetivo la materialización de valores axiales de nuestro modelo democrático.

II. EL “PROBLEMA” DE LAS MINORÍAS EN TORNO AL DEBATE PARLAMENTARIO

La expresión “problema” no pretende una significación peyorativa sino por el contrario, procura ilustrar una confrontación ius-teórica en torno al reconocimiento de los derechos de las minorías en el marco de una democracia respetuosa del principio mayoritario. Es claro que la democracia constitucional, en

los términos de la Carta política del 91 comporta una participación activa por parte de las minorías políticas, haciendo a un lado esa escueta democracia de las mayorías que no se compadecía con los intereses de aquellas facciones minoritarias.

Este enfrentamiento fue resuelto por la Corte¹³¹, al reconocer que existió un tránsito necesario a la democracia constitucional, ya que aquella democracia que tenía a las mayorías como único derrotero esencial de su estructura, irradiaba un alto grado de inseguridad política, pues debía haber algo más que se instituyera como límite a la autoridad que tenía a las mayorías como único sustento¹³². La disputa fue resuelta gracias al desarrollo del principio de supremacía constitucional que permitió entre otras cosas reconocer que nuestro modelo democrático tenía como eje transversal la Constitución y ya no las mayorías.

Prueba de ello fue el pronunciamiento de la Sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012¹³³, en donde con ocasión del estudio de las competencias reforma-

131 Ver Sentencia C-1290 de 5 de diciembre de 2001, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>]; Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>], entre otras.

132 Sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>]. “Por su parte RADBRUCH en un texto titulado ‘Relativismo y derecho’ establecería que la democracia se debe proteger a sí misma y por ende no puede a través de la regla de la mayoría y los métodos de elección llegar a suprimirse”.

133 Ídem.

torias del Congreso, se reconoció aquel tránsito, que irradió sus efectos sobre las demás formas de entender nuestras instituciones políticas, la Corte en dicha sentencia afirmó lo siguiente:

(S)e tiene que decir que a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional que resuelve la tensión entre el principio democrático y el de supremacía de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte ha acogido que so pretexto de la reforma a la Constitución no se puede cambiar, derogar o sustituir una Constitución por otra.

No obstante, en pronunciamientos anteriores se iba demarcando aquel cambio sustancial en la forma de entender nuestro sistema democrático y la participación de las minorías como elemento constitutivo de esta forma renovada de la democracia¹³⁴, que excluye a las mayorías como elemento determinante de su estructura e impone la Constitución como estandarte de su configuración. Sin embargo, esto no quiere decir que las mayorías dejen de ser las que tomen las decisiones, sino más bien que aquellos que conforman las minorías políticas tendrán un amplio margen de participación en el debate y que por ningún motivo pueden excluirse de la contienda democrática.

134 Sostiene la Corte en Sentencia C-145 de 23 de marzo de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-145-94.htm>] “sólo hay verdadera democracia allí donde las minorías y la oposición se encuentran protegidas a fin de que puedan eventualmente llegar a constituirse en un futuro en opciones mayoritarias, si llegan a ganar el respaldo ciudadano necesario”.

La Corte en 2004 sostuvo lo siguiente:

El principal derecho de las mayorías es el poder adoptar decisiones, y en esa medida decidir cuándo tiene suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión, razón por la cual, según lo prevé el numeral 3 del artículo 2.º de la Ley 5.ª de 1992, la aplicación del Reglamento del Congreso debe hacerse de tal forma que “toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión”. Igualmente la principal garantía para las minorías es tener la oportunidad de ser escuchadas efectivamente”¹³⁵.

Conforme con lo anterior, podemos deducir que si bien aquella democracia de antaño, en donde las mayorías imponían sus decisiones por sobre las minorías sin limitación distinta a las de carácter cuantitativo, se ha quedado atrás y ha hecho el tránsito a una democracia mucho más incluyente que pretende que las minorías sean actores importantes en el proceso de construcción democrática, teniendo a la Constitución como pilar de su estructura, el principio de las mayorías sigue siendo consubstancial al ejercicio democrático y se traduce en el derecho de tomar decisiones conforme al criterio de las facciones más representativas.

Ahora, en lo que respecta al debate parlamentario, esta premisa se instituye como máxima indispensable para garantizar un debate que se acomode a los postulados constitucionales. La participación se hace efectiva a través de las disposiciones normativas encaminadas a garantizar la intervención de distintos

135 Sentencia C-473 de 18 de mayo de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-473-04.htm>].

sectores políticos. Para ello el reglamento del Congreso estipula claras reglas de procedimiento (art. 94 y ss., Ley 5.^a de 1992), que tienen como objetivo primordial garantizar un desarrollo pluralista del debate parlamentario.

Con esto, se quiere poner en evidencia que el debate parlamentario no responde solo a lógicas procedimentales aisladas, sino que por el contrario, obedece a una estructuración concienzuda de lo que debe entenderse por democracia en el marco de la Constitución de 1991. De ahí, que las minorías jueguen un papel esencial en la discusión parlamentaria y que cualquier pretensión de excluirlos del debate es atentatorio de la esencia misma de la discusión parlamentaria tal como se entiende en la actualidad.

Ahora, ¿implica lo anterior que siempre tienen que existir intervenciones de parte de los sectores minoritarios para garantizar la armonía del debate parlamentario con la Constitución Política? La respuesta en este punto tiene que ser negativa, pues en sintonía con los argumentos de la Corte, en Sentencia C-668 de 2004¹³⁶, se hace claridad de que el requisito del debate no radica en la intervención masiva de congresistas, sino en la garantía de poder expresar con libertad la opinión con relación al asunto debatido:

Ello no significa como es obvio, que respecto de cada norma se exija intervención en pro o en contra de su contenido, ni tampoco que se exija la participación de un número grande de congresistas en la discusión formalmente

136 M. P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2004/c-668-04.htm>].

abierta, pues en eso no radica la existencia del debate. Lo que si no puede eludirse en ningún caso y, con mayor razón, tratándose de una reforma constitucional, es que la Presidencia, de manera formal, abra la discusión para que, quienes a bien lo tengan, se pronuncien en el sentido que les parezca. Lo que resulta inadmisibles es que se pase de manera directa de la proposición a la votación, sin que medie ni siquiera la oportunidad para discutir.

Y aquella posibilidad de participar se hace efectiva una vez el presidente de la respectiva corporación abre de modo formal el debate, entendiéndose que dentro de dicha apertura también se le otorga la posibilidad a las minorías de manifestar sus opiniones con relación a los asuntos de su interés. No obstante, es necesario precisar que la obligación en materia de debate parlamentario radica en la apertura formal del debate, mas no en la exigencia de que cada congresista dé su punto de vista respecto al asunto debatido, pues bien ha sostenido la Corte¹³⁷ que dicha exigencia sería contraproducente con el principio democrático.

137 Sentencia C-1040 de 2005, cit., “En acatamiento a los principios de pluralismo político y autonomía parlamentaria, la regulación del debate busca garantizar la oportunidad reconocida a los congresistas para intervenir en las discusiones, sin que ello incluya determinaciones acerca de su calidad ni suficiencia; *es decir, sin que tales preceptivas exijan la intervención material, más o menos extensa, más o menos pertinente, de todos y cada uno de los parlamentarios, pues tal propósito, antes que desarrollar el principio democrático lo haría nugatorio, ya que convertiría el derecho a participar libremente, en un deber de debatir forzosamente, el cual no puede ser impuesto a ningún parlamentario. Una cosa es la exigencia constitucional de que un proyecto sea sometido a debate en las células legislativas y otra bien diferente imponerle a cada congresista el deber de opinar sobre cada proyecto*”. (Resaltado nuestro).

En este sentido, la ausencia de apertura formal del debate se traduce en una flagrante vulneración del principio democrático, pues como ejemplo, podemos exponer la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 3 de julio de 2003¹³⁸, que dio lugar a la Sentencia C-668 de 2004, citada antes, que como razón fundante del fallo endilgó la falta de debate en plenaria de la Cámara de Representantes, por no haber abierto la dilución formal, y por continuar con la votación, lo que supuso la inconstitucionalidad de la norma, pues a juicio de la Corte

para la modificación de la Carta Política, lo mismo que para la formación de las leyes, es absolutamente indispensable el debate, esto es, la discusión en torno al proyecto normativo de que se trate¹³⁹.

En síntesis, la participación de las minorías se erige como un elemento esencial del sistema democrático colombiano y su reconocimiento en el curso del debate parlamentario comporta una realidad esencial de la construcción democrática conjunta de las diferentes fuerzas políticas, que no puede ser desconocido, so pena de un eventual vicio de procedimiento capaz de sustentar un cargo de inconstitucionalidad.

138 *Diario Oficial*, n.º 45.237, de 3 de julio de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8620>].

139 Sentencia C-668 de 2004, cit.

*A. El principio de consecutividad
e identidad relativa como elementos
integrantes del debate parlamentario*

Los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003¹⁴⁰, que modificaban algunas disposiciones del régimen general de pensiones, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-056 de 2003¹⁴¹. Más allá de los contenidos que en el momento no son de interés, los hechos que fueron materia de la controversia fueron los siguientes:

En lo que respecta al artículo 11, éste no fue incluido en la ponencia para segundo debate el en Senado de la República, por consiguiente, tampoco fue objeto de votación en dicha cámara. Su inclusión se dio en la plenaria de la Cámara de Representantes donde más adelante fue aprobado y consiguiente a ello, fue parte del informe de conciliación que luego contó con el visto bueno de ambas cámaras. Además, no fue aprobado en las comisiones conjuntas que se dedicaron al estudio de este proyecto, por una proposición que decidió aplazar su discusión y aprobación para las sesiones plenarias.

En lo concerniente al artículo 18, fue excluido al igual que el artículo 11, por no haberse alcanzado a votar en comisiones séptimas conjuntas y fue incluido

140 *Diario Oficial*, n.º 45.079, de 29 de enero de 2003, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html].

141 M. P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-056-10.htm>].

como artículo nuevo en el informe de ponencia ante Senado y Cámara, y posteriormente aprobado en cada una de ellas. Con relación al artículo 21, la historia fue muy similar, fue excluido para su estudio y votación en comisiones conjuntas, después fue incluido en el informe de ponencia para segundo debate tanto en Cámara como en Senado, siendo aprobado solo por el Senado.

Por último, en relación con el artículo 23, al igual que los anteriores fue propuesto para su debate y aprobación en las sesiones plenarias, por lo cual no surtió su primer debate en comisiones conjuntas. En plenaria fue aprobado por el Senado y negado por la Cámara de representantes, luego fue parte del informe de conciliación que fue aprobado por ambas cámaras.

Después de este contexto necesario del problema, cabe anotar, de manera anterior a su resolución, que el debate parlamentario está delimitado de tal manera que cada una de las cámaras está en la obligación de asumir la discusión de todos y cada uno de los temas sometidos a su conocimiento en la cantidad de debates necesarios para que pueda ser ley de la República. Quiere decir esto que no podrán existir tópicos que hayan eludido la discusión parlamentaria y que de manera imprevista se cuelen en las fases finales del proceso legislativo para así integrar el texto final de la eventual ley.

De igual modo, el debate suscitado sobre el acto normativo no puede degenerar su esencia y contenido, lo que significa que el proyecto discutido en cuarto debate debe ser el “mismo” que se debatió en el

primero. Esto supone un problema interesante en el ejercicio del debate parlamentario, pues la capacidad de reforma de los legisladores a los contenidos de los proyectos debatidos no es absoluta, ni habría razón para que fuera de esa manera, pues eso implicaría la asunción de una inseguridad evidente en el curso de la función legislativa.

Lo anterior no equivale a que los legisladores en el curso del debate estén impedidos para realizar las reformas que a su juicio consideren necesarias al proyecto conforme a sus intereses¹⁴², implica que existe un principio que limita la facultad de reforma de los congresistas, pues cada una de las modificaciones introducidas debe contener un mínimo de coherencia debida y conexidad con el núcleo esencial del proyec-

142 En la Constitución de 1886 (disponible en [<http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>]), el principio de identidad era de carácter absoluto, lo cual impedía que los legisladores pudieran introducir modificaciones al articulado de los proyectos, sin verse obligados a revertir el trámite de la iniciativa hasta su primer debate, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de septiembre de 1987, M. P.: HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, *Gaceta Judicial*, t. CLXXXIX, segundo semestre, n.º 2428, vol. II, disponible en [[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXIX%20Vol.%202%20n.º%202428%20\(1987\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXIX%20Vol.%202%20n.º%202428%20(1987).pdf)]: “[N]o se completa el ciclo y, por ende, no se cumple a cabalidad el indicado proceso (de formación de las leyes), cuando, habiendo modificaciones sustanciales una de las Cámaras conoce y aprueba el proyecto anterior a ellas y la otra se pronuncia sobre la versión posterior, toda vez que, por haber variado la sustancia del proyecto, el que se tiene luego de la variación es en realidad otro proyecto (al menos en sus apartes modificados) y debe, por ello, regresar a la Corporación que ignora su nuevo contenido para que, previo debate, le imparta la correspondiente aprobación constitucional”.

to discutido. Esto no obsta para que en los últimos debates no puedan realizarse modificaciones o introducir artículos nuevos, pues esta facultad está dentro de la esfera de configuración legislativa del Congreso, siempre y cuando la modificación introducida guarde una identidad temática evidente con lo discutido en debates anteriores y con el articulado del proyecto.

A lo anterior hay que llamarlo principio de identidad relativa o flexible¹⁴³, derrotero imprescindible en el estudio del debate parlamentario, que impone que las modificaciones realizadas

(i) [...] se refieran a temas tratados y aprobados en el primer debate, y (ii) que estos temas guarden estrecha relación con el contenido del proyecto¹⁴⁴.

En este sentido, tiene un vínculo inescindible con el principio de consecutividad, pues cualquier trasgresión del principio de identidad acarrea de suyo una afrenta a la consecutividad en el estudio del proyecto¹⁴⁵.

143 La Corte ha usado de manera indistinta los términos “flexible” y “relativa” para catalogar el principio de identidad. Ver Sentencia C-469 de 13 de junio de 2011, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-469-11.htm>].

144 Sentencia C-094 de 15 de febrero de 2017, M. P.: AQUILES ARRIETA GÓMEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-094-17.htm>].

145 Sentencia C-469 de 2011, cit., “Es preciso referirse a que cuando se explica el principio de identidad relativa, usualmente es relacionado de manera automática, e incluso identificándolo, con el principio de consecutividad, que consiste en la obligación de que todo asunto incluido en el proyecto de ley sea discutido durante

De este modo, el principio de consecutividad impone las siguientes obligaciones:

(i) Tanto las comisiones como las plenarias deben estudiar y debatir todos los temas que ante ellas hayan sido propuestos durante el trámite legislativo, pues el acatamiento de dicha obligación garantiza el cumplimiento de la regla de los cuatro debates consagrada en el artículo 157 C. P.; (ii) Por lo tanto, ninguna célula legislativa puede omitir el ejercicio de sus competencias y delegar el estudio y aprobación de un texto propuesto en su seno a otra instancia del Congreso para que allí se surta el debate sobre ese determinado asunto; (iii) La totalidad del articulado propuesto para primer o segundo debate, al igual que las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, deben discutirse, debatirse, aprobarse o improbarse al interior de la instancia legislativa en la que son sometidas a consideración. Ello con el fin de cumplir a cabalidad el principio de consecutividad en la formación de las leyes¹⁴⁶.

La manera más común de contravenir el principio de consecutividad es a través de la *elusión del debate*,

los cuatro debates. Ahora bien, esa relación no es siempre ineludible pues puede ocurrir que una disposición no haya sido aprobada en cuatro debates sin que su contenido convierta al proyecto de ley en uno totalmente distinto. Sin embargo, sí debe afirmarse que siempre que se identifique un vicio por violación del principio de identidad con la introducción de una enmienda, se traduce en la vulneración de la consecutividad pues, precisamente, dichos cambios, a pesar de ser esenciales, no fueron aprobados o siquiera discutidos con todos los debates reglamentarios. Así que, no toda trasgresión de la consecutividad implica la violación de la identidad pero, en cambio, toda violación a la identidad involucra una vulneración a la consecutividad”.

146 Sentencia C-839 de 23 de septiembre de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11658>].

un vicio de inconstitucionalidad que puede derivar de dos maneras, una formal y una material¹⁴⁷, en la primera a través de la postergación del debate sobre algún tema o artículo en concreto, como sucedió en lo relatado al inicio de este apartado con relación a cada uno de los artículos en mención, en donde a través de una proposición se trasladó su debate y aprobación a las sesiones plenarias, lo que comporta de manera evidente un vicio en la constitución de la iniciativa normativa.

Por otro lado, puede darse una elusión de carácter material, en donde realizándose formalmente el debate y la aprobación del proyecto, se excluye de la discusión cierta iniciativa de tal autonomía que pudiera constituir en sí misma un proyecto independiente, pero que aun así guarda relación con el núcleo temático del proyecto. Es decir, que en el evento en el que existiera una proposición de tal envergadura, y se eliminara en primer debate sin discusión alguna, no podría introducirse en fases posteriores del trámite legislativo, por constituir la autonomía necesaria para que en virtud del principio de identidad relativa tuviera la obligación de haberse discutido en primer debate.

En razón al alto nivel de análisis con relación a la aplicación de cada uno de estos criterios, es indispensable que cada uno se aplique de acuerdo a las realidades de cada caso en concreto, pues la intención

147 Ver Sentencia C-370 de 27 de abril de 2004, MM. PP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15046>].

de estos condicionantes al ejercicio del debate parlamentario no puede erigirse como un obstáculo pétreo a la labor del Congreso de la República, en menoscabo de las competencias que le son propias conforme a los mandatos constitucionales.

Después de estos breves considerandos, es preciso exponer las razones por las cuales los artículos antedichos al inicio de este apartado fueron declarados inconstitucionales, aun cuando pareciera evidente después de los atisbos jurisprudenciales reseñados en el curso de este capítulo, que la inconstitucionalidad era un destino infranqueable para dichas disposiciones, transcribimos el aparte resolutorio del pronunciamiento:

Como puede observarse, en el trámite que en el Congreso de la República se le dio a los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003, se incurrió en trasgresión del artículo 157 de la Carta Política, así como de lo preceptuado en la Ley 5.^a de 1992 (arts. 157, 158, 164 y 167, especialmente), mediante la cual se expidió el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. En efecto, ninguno de los cuatro artículos acabados de citar cumplió con el principio de consecutividad en la aprobación de las leyes que establece el citado artículo 157 de la Constitución, cuyo cumplimiento no puede quedar jamás al arbitrio de los miembros del Congreso, ni a la apreciación de momentáneas circunstancias sobre el número de asistentes a las Comisiones del Congreso. Tampoco puede tener aceptación constitucional que artículos presentados a consideración de tales Comisiones ya sea en el proyecto original o en los pliegos de modificaciones en las ponencias para primer debate, se discutan pero no se voten; o que ni siquiera se discutan y luego, a pretexto de proponer modificaciones o adiciones en las plenarias como lo autoriza el artículo 160 de la Constitución, se tergiversen la

significación de esta última norma para introducir como “artículo nuevo” un texto que ya de novedoso no tiene absolutamente nada porque había sido presentado en las Comisiones, y no fue votado por ellas, previo acuerdo para ello. Ese es un texto antiguo. Presentarlo como “nuevo” es en realidad un artificio para burlar el artículo 157 de la Constitución pretextando darle aplicación al artículo 160 de la misma. Y luego, como si ello no bastara a algunos de estos artículos se les dio cabida para convertirlos en textos legales por conducto de las Comisiones de Mediación aduciendo la supuesta existencia de discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara, cuando, en realidad, esos textos no habían sido objeto de aprobación en la forma prevenida en la Constitución de la República.

B. El principio de la instrumentalidad de las formas en el proceso legislativo

El análisis sobre los requisitos que determinan el debate parlamentario no debe hacerse de manera superficial, por el contrario, como antes mencionamos, es menester que aquellas disposiciones encaminadas a dirigir el debate sean vistas como mecanismos por medio de las cuales se pretende la materialización de principios estructurales de los valores democráticos, que se encuentran ínsitos en las dinámicas propias de la discusión parlamentaria, como algunos de los mencionados con anterioridad.

Pero esto no quiere decir que absolutamente todas las normas desde una interpretación teleológica tengan como objetivo una finalidad de este talante, aun cuando el desconocimiento por parte del Congreso de la República de alguna normativa procedimental en el curso del debate parlamentario pudiera configurar,

prima facie, un vicio en la formación del acto normativo, la realidad tiende a ser sustancialmente diferente.

La evolución jurisprudencial con relación a la inobservancia de las normas procedimentales en el curso de formación de las leyes, es amplia y ha venido sosteniendo¹⁴⁸ que no cualquier infracción normativa constituye un vicio de procedimiento capaz de desencadenar un juicio fundamentado de constitucionalidad. Así las cosas, en Sentencia C-786 de 10 de octubre de 2012¹⁴⁹, la Corte sostiene que:

no cualquier falla procedimental constituirá vicio de inconstitucionalidad, pues en virtud del principio de instrumentalidad de las formas algunos defectos pueden ser intrascendentes, otros pueden ser suplidos por mecanismos expresamente previstos en las normas vigentes, otros pueden ser saneados a lo largo del proceso legislativo y otros serán vicios subsanables bajo ciertas condiciones. Así pues, no toda irregularidad en el trámite del proyecto da lugar a la materialización de un vicio de procedimiento.

Dicho principio encuentra su génesis en el artículo 228 de la Constitución Política, de tal suerte que aque-

148 Ver sentencias C-240 de 22 de marzo de 2012, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-240-12.htm>]; C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>]; C-551 de 9 de julio de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>], entre otras.

149 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-786-12.htm>].

llas transgresiones con la aptitud de viciar el debate parlamentario serán únicamente aquellas cuyo desconocimiento implique la inobservancia de la finalidad asignada para dicha formalidad. En efecto, gracias a este principio, no cualquier falla supone un vicio de procedimiento, e incluso algunas otras pueden ser convalidadas o suplidas¹⁵⁰. De tal manera que existe la posibilidad de convalidar algún yerro si a través de alguna otra actuación se cumple la finalidad de la norma que se supone ha sido transgredida por el actuar del legislador; de igual modo, existe la posibilidad de devolver a la autoridad competente el acto normativo para que subsane alguna falencia, cuando no se ha surtido convalidación alguna de manera previa. Por otra parte, la Corte ha sostenido que no genera inconstitucionalidad alguna la realización material del procedimiento de aprobación, aun cuando nominalmente constituya un procedimiento distinto¹⁵¹.

En este estado de cosas, es preciso entender que las infracciones capaces de viciar el debate parlamentario –y por consiguiente la ley objeto de aquel– deben reunir las siguientes características:

- (i) vulneran algún principio o valor constitucional; (ii) afectan el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras; o (iii) desconocen las competencias y estructura básica institucional diseñada por la Carta, lo que a su vez remite en últimas, a la infracción de la Ley

150 Sentencia C-168 de 7 de marzo de 2012, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-168-12.htm>].

151 Sentencia C-473 de 2004, cit.

5.^a de 1992 u otras prescripciones que regulen el procedimiento legislativo"¹⁵². Las realidades del debate parlamentario implican reconocer que las formalidades son elementos que tienen como finalidad esencial el reconocimiento de valores axiales de nuestro ordenamiento constitucional, solo en ese sentido es posible prever que el desconocimiento de una norma de la Ley 5.^a pueda conllevar a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, en el entendido que a algunas disposiciones que hacen parte del reglamento del Congreso en materia de debate parlamentario, le está encomendada una finalidad establecida en la Carta del 91.

En este orden de ideas, la Corte también se ha ocupado de determinar cuál es el alcance del control sobre las leyes o actos legislativos por vicios en su formación, estableciendo como uno de sus límites la imposibilidad de realizar análisis con relación al contenido o a la calidad de los debates, pues eso sería una flagrante contradicción en contra de los principios de autonomía parlamentaria¹⁵³ y el pluralismo político¹⁵⁴.

En este contexto, entendemos que en lo tocante al debate parlamentario, si bien es cierto que *no todo vale*, tampoco puede entenderse que cualquier infracción es constitutiva de un desafuero irremediable

152 Sentencia C-277 de 18 de abril de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-277-07.htm>].

153 Ver Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>].

154 Ver Sentencia C-106 de 6 de marzo de 2013, M. P.: ALEXEI JULIO ESTRADA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-106-13.htm>].

que tenga como consecuencia ineludible un vicio en la formación del acto debatido. No obstante, al ser el debate parlamentario el escenario por excelencia en donde se forja la voluntad democrática, hay que ser enfáticos en que a cada disposición –incluso a las que hacen parte del reglamento del Congreso– le está encomendada una labor encaminada a garantizar el principio democrático en el cual se sustenta nuestro ordenamiento.

Por esta razón, y es necesario enfatizar en ello, cada regulación en torno al debate parlamentario tiene que ser analizada con lupa, pues cualquier disposición infringida, desde un punto de vista adecuado, puede llegar a constituir un desconocimiento de los principios democráticos que soportan el procedimiento de formación legislativa. Como también, aquella infracción pudiera ser subsanable y convalidada por la autoridad facultada para ello.

CONCLUSIONES

A modo de síntesis, hay que concluir de manera indeclinable que la figura del debate parlamentario encierra una realidad tan profunda como compleja, repleta de facetas y aspectos que no permiten análisis desde la superficialidad. Por el contrario, cada disposición referente al curso del debate y en sí, al trámite legislativo, en razón de que no comportan un fin en sí mismo, son instrumentos necesarios para la consolidación de elementos constitutivos de la democracia colombiana, como la participación de las minorías, la deliberación, la publicidad, entre otros más que son

derroteros necesarios en la formación de la voluntad democrática.

Es así que los desarrollos jurisprudenciales con relación al principio de consecutividad y de identidad relativa, son amplios e imponen condicionantes en el curso del debate parlamentario. La voluntad de conformar un ordenamiento jurídico sólido, implica la asunción de lineamientos estrictos como el principio de consecutividad, en razón a que cada disposición integrante de cualquier acto normativo debe ser discutida con todas las garantías necesarias para que confluyan los distintos criterios políticos en aras de forjar una normativa conforme a un ejercicio consciente de la democracia representativa.

De igual modo la Corte ha reconocido con entereza que el debate parlamentario es un elemento consustancial de las dinámicas democráticas de un país multidiverso como el colombiano, pero que incluso en medio de esa disparidad el consenso es una materialidad existente en medio de aquel proceso de discusión parlamentaria. Pero aquello no es excusa para cerrar los canales democráticos a aquellas minorías políticas, que ven en la oportunidad de ser escuchadas la concreción de su derecho a ser representadas y escuchadas en el Congreso de la República.

Ahora, si bien existen amplias regulaciones en materia de debate parlamentario, hay que entender que estas son simples instrumentos que pretenden realizar los mandatos de una democracia que ya no tiene como derrotero esencial las mayorías mas sí el texto constitucional. De tal suerte, que solo aquellas infracciones que se surtan en el curso del debate y que con-

travengan, a su vez, un mandato constitucional tienen la aptitud para viciar el procedimiento, de tal modo que sean capaces de sustentar la inconstitucionalidad de la medida.

En suma, el debate parlamentario es un tema tan complejo que podrían completarse tratados con esfuerzos encaminados a desentrañar lo más puro de su esencia y definir con certeza qué es lo que compone su estructura, pero estos pequeños esfuerzos comportan una utilidad evidente en la síntesis de aquellos compendios jurisprudenciales que aunque difusos en algunos aspectos, son los que han enriquecido la discusión en torno a aquello que constituye un premisa máxima del que hacer democrático: el debate parlamentario.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 01 de 3 de julio de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.237, de 3 de julio de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8620>].

Constitución Política de 1886, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Auto 029 de 16 de abril de 2002, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A029-02.htm>].

Sentencia C-013 de 21 de enero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-013-93.htm>].

Sentencia C-145 de 23 de marzo de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-145-94.htm>].

Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>].

Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>].

Sentencia C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>].

Sentencia C-737 de 11 de julio de 2001, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-737-01.htm>].

Sentencia C-1290 de 5 de diciembre de 2001, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>].

Sentencia C-056 de 3 de febrero de 2003, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-056-10.htm>].

Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>].

Sentencia C-839 de 23 de septiembre de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11658>].

Sentencia C-473 de 18 de mayo de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-473-04.htm>].

Sentencia C-370 de 27 de abril de 2004, MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15046>].

Sentencia C-668 de 13 de julio de 2004, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-668-04.htm>].

Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

Sentencia C-277 de 18 de abril de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-277-07.htm>].

Sentencia C-131 de 24 de febrero de 2009, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-131-09.htm>].

Sentencia C-469 de 13 de junio de 2011, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-469-11.htm>].

Sentencia C-168 de 7 de marzo de 2012, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-168-12.htm>].

Sentencia C-240 de 22 de marzo de 2012, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-240-12.htm>]

Sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>].

Sentencia C-786 de 10 de octubre de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-786-12.htm>].

Sentencia C-106 de 6 de marzo de 2013, M. P.: ALEXEI JULIO ESTRADA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-106-13.htm>].

Sentencia C-094 de 15 de febrero de 2017, M. P.: AQUILES ARRIETA GÓMEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-094-17.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional *et al.*, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de septiembre de 1987, M. P.: HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, *Gaceta Judicial*, t. CLXXXIX, segundo semestre, n.º 2428, vol. II, disponible en [[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXIX%20Vol.%20n.%202428%20\(1987\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXIX%20Vol.%20n.%202428%20(1987).pdf)].

Ley 5.ª de 17 de junio de 1992, *Diario Oficial*, 40.483, de 18 de junio de 1992, disponible en [<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>].

Ley 797 de 29 de enero de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.079, de 29 de enero de 2003, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html].

CAPÍTULO SÉPTIMO
HACIA UNA NUEVA FUNCIÓN JUDICIAL
DEL CONGRESO Y EL JUZGAMIENTO
DE ALTOS FUNCIONARIOS CON FUERO
CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Juan Gregorio Eljach Pacheco

Como inicio de este tema cabe preguntarse: ¿Cómo garantizar que los altos funcionarios del Estado colombiano sean juzgados por las conductas contrarias al derecho realizadas en el ejercicio de sus funciones?

I. ANTECEDENTES

Los procesos adelantados en contra de los altos funcionarios del Estado son poco comunes, por lo cual, cuando acontecen generan gran atención y recordación en la sociedad. Ejemplo de ello es el caso de investigación contra el ex Presidente de la República de

Colombia ERNESTO SAMPER PIZANO¹⁵⁵. El alto dignatario fue acusado de recibir dineros del narcotráfico para financiar su campaña electoral a la Presidencia de la República, como es lógico, el Fiscal de la época –ALFONSO VALDIVIESO SARMIENTO– interpuso la denuncia ante la Cámara de Representantes. Más adelante, la Cámara de Representantes decidió precluir la investigación porque consideró que no existían motivos suficientes para formular la acusación contra el ex Presidente e iniciar posterior juicio ante el Senado de la República. Esta situación terminó con la expedición por parte de la Corte Constitucional de la Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999¹⁵⁶ en la cual la Corte resalta que la inviolabilidad parlamentaria protege a los congresistas aún en el ejercicio de la función judicial.

II. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Los artículos 174, 178 y 178A de la Constitución Política de 1991¹⁵⁷, establecen los funcionarios del Estado colombiano sobre los que el Congreso ejer-

155 Por el Partido Liberal, entre el 7 de agosto de 1994 y el 7 de agosto de 1998.

156 MM. PP: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>].

157 CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional *et al.*, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna remiten a esta fuente.

ce su función judicial. A saber: el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación. Dentro de la sociedad existe un sentimiento de impunidad e inconformismo sobre las investigaciones adelantadas en contra de los anteriores funcionarios. Esto último, porque hoy en día ningún proceso en contra de los altos funcionarios públicos ha llegado a etapa de juicio ante el Senado de la República, ocasionando que no existan sanciones impuestas a los altos funcionarios. Esta situación, también ha evitado que los casos relacionados con delitos puedan ser de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, ya que la Corte Constitucional resaltó que de acuerdo al artículo 175 de la Constitución Política, el proceso adelantado ante el Senado de la República es un requisito de procedibilidad para poner a disposición de la Corte Suprema de Justicia a los altos funcionarios del Estado.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes¹⁵⁸ encargada de investigar y acusar a los altos funcionarios del Estado es catalogada como una célula legislativa ineficaz causante de la absolución de los funcionarios con fuero constitucional, pues la mayoría de los procesos han sido archivados, o se ha proferido

158 Ahora Comisión de Aforados, de acuerdo al Acto Legislativo n.º 2 de 1.º de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html].

auto inhibitorio impidiendo que la Comisión profiera resolución de acusación. No obstante, la ineficacia de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes es solo la manifestación de una serie de falencias jurídicas que derivan de la naturaleza de la función judicial del Congreso.

III. FUNCIÓN JUDICIAL DEL CONGRESO

En Colombia, como en otros países latinoamericanos, el Congreso tiene una función judicial la cual consiste en investigar, acusar y sancionar a altos funcionarios del Estado. En razón de lo anterior, de acuerdo al artículo 333 y 353 de la Ley 5.^a de 17 de junio de 1992¹⁵⁹ y a la Sentencia C-222 de 16 de mayo de 1996¹⁶⁰ de la Corte Constitucional, la Cámara de Representantes actúa como Fiscalía y el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación tiene las mismas facultades y deberes que los agentes de la Fiscalía General de la Nación. De igual forma, a los demás miembros del Congreso se les transfiere el régimen aplicable a los jueces de la República. De lo anterior puede inferirse que los congresistas deben ser imparciales cuando ejercen su función judicial.

Sin embargo, esta función judicial como lo ha reconocido la Corte Constitucional es un juicio político. El juicio político deriva del *impeachment* propio del

159 *Diario Oficial*, 40.483, de 18 de junio de 1992, disponible en [<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>].

160 M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-222-96.htm>].

sistema parlamentario inglés. Este último consiste en un juicio político que el parlamento ejerce sobre el Poder Ejecutivo para vigilar y sancionar las labores de Gobierno. Ahora bien, este juicio político responde a criterios de conveniencia política, lo cual impide la imparcialidad de los congresistas, quienes por su rol en la práctica se ven influidos por la agenda política. La falta de imparcialidad de los congresistas dentro del juicio político evita la determinación de la responsabilidad disciplinaria y penal de los altos funcionarios del Estado. Lo anterior, en cuanto a que las acusaciones contra funcionarios del Estado deben ser aprobadas por la Cámara de Representantes, sin este requisito, las acusaciones nunca llegan a ser de conocimiento del Senado de la República. En este punto, es importante resaltar que la situación se torna aún más compleja ya que de la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede inferirse que dentro del ejercicio de la función judicial de carácter excepcional otorgada al Congreso, este último, ejerce en representación de la sociedad, lo cual implica que dentro del ejercicio de la función judicial o juicio político, el Congreso actúa como juez y parte.

Además de la falta de imparcialidad de los congresistas, existen obstáculos técnicos que dificultan el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado colombiano. Entre estos se encuentran la falta de conocimiento jurídico de los miembros que hacen parte de la Comisión de Investigación y Acusación, quienes por lo general no cuentan con la preparación jurídica para realizar las actuaciones que un agente de la Fiscalía General de la Nación realiza durante la etapa de

investigación y acusación. De igual forma, al interior de la Comisión no se tiene personal suficiente para el desarrollo de las labores propias de la Comisión, generando retrasos en los procesos de investigación y acusación.

Para concluir, la poca intervención del Procurador General de la Nación o sus delegados, así como la de los particulares que pretendan constituirse en parte civil durante el proceso adelantado en contra de altos funcionarios aforados facilita que las investigaciones sean archivadas y no haya lugar a un juicio. Esta situación, es causada por la escasa reglamentación relacionada con la participación de estos actores como sujetos procesales que actúan en representación de la sociedad. Lo anterior, es más evidente cuando particulares pretenden constituirse como parte civil en representación de la sociedad, ya que esta actuación va en contra de la posición de la Corte Constitucional, quien afirma que dentro del juicio político, los miembros del Congreso al juzgar representan los intereses de la sociedad, luego los particulares no pueden constituirse como parte civil.

De la realidad jurídica y política de Colombia puede observarse que la función judicial del Congreso es un procedimiento de contenido político que se realiza siguiendo reglas jurídicas. Luego, si en Colombia se insiste en conservar la función judicial del Congreso, es necesario que se adopten las medidas jurídicas necesarias que reglamenten de forma clara la ejecución de la función judicial, en especial lo relativo a la existencia de procedimientos que garanticen la publicidad y la transparencia de las etapas de investigación,

acusación y juzgamiento, la independencia y responsabilidad de los congresistas en su papel de jueces y fiscales, la participación de la sociedad y del Procurador General de la Nación como sujetos procesales y por último lo relacionado con la idoneidad académica de los miembros de la Comisión encargada de investigar y acusar. De igual forma, consideramos que en Colombia la acusación por parte del Senado no debe ser un requisito de procedibilidad para llevar a los altos funcionarios del Estado colombiano ante la Corte Suprema de Justicia, pues el proceso político es independiente del juicio criminal.

Si lo anterior no es posible, pensamos que es necesaria una reorganización del equilibrio de poderes del Estado, de tal forma que al reconocer la definición original de juicio político, éste sea ejercido por el Congreso solo sobre el Presidente de la República. Frente a los demás altos funcionarios del Estado con fuero constitucional, consideramos que debe estudiarse la posibilidad de que sean investigados, acusados y juzgados por una entidad diferente del Congreso de la República.

IV. FUNCIÓN DE CONTROL POLÍTICO

La función de control político es una función que históricamente ha sido atribuida al poder legislativo con independencia de la forma de Gobierno que adopte cada Estado. Ésta consiste en el control ejercido por el parlamento y tiene un carácter político porque su objeto es la fiscalización de las acciones presentes o futuras del Gobierno para evidenciar los errores por

acción u omisión del mismo, fuera de la sanción que produzca. Tiene un carácter voluntario, toda vez que el parlamento decide sobre su realización con base a razones políticas de conveniencia¹⁶¹.

La anterior situación hace difícil distinguir la naturaleza del juicio político, el cual, también ha sido ejercido por el Poder Legislativo. El juicio político proviene del *impeachment*, que es un instrumento utilizado por el parlamento inglés para juzgar a algunos funcionarios; la Cámara de los Comunes acusa y la Cámara de los Lores juzga. Por lo general, dentro de los Estados modernos es usado sobre el Poder Ejecutivo en especial en contra del Primer Ministro o del Presidente. Sin embargo, a lo largo de los años la facultad de juzgar a cargo del Poder Legislativo se ha extendido sobre otros altos funcionarios pertenecientes a los demás poderes públicos. Por ejemplo, a nivel latinoamericano, la estructura general consiste en que la cámara baja acusa y la cámara alta juzga al Presidente, otros miembros pertenecientes al Poder Ejecutivo, magistrados de las altas cortes, al Procurador General de la Nación o al Contralor General¹⁶². Lo anterior, varía dependiendo de la organización interna de cada Estado.

Es difícil catalogar el juicio político como un procedimiento netamente jurídico o político y separarlo

161 GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, Neiva, Universidad Surcolombiana, 2010, pp. 24 y 25.

162 *Ibíd.*, pp. 70 a 73.

por completo del control político. En este sentido, "... para algunos trata sobre la responsabilidad política de funcionarios; para otros, solo actúa en casos de delitos graves"¹⁶³. Para determinados autores el control político es ejercido a través de todas las actividades parlamentarias, luego,

... la función de control no puede reducirse a procedimientos determinados sino que ha de tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria. En suma, esta concepción acepta los tradicionales medios de control parlamentario, tales como las interpelaciones, las preguntas o las comisiones de investigación...¹⁶⁴.

Lo anterior, implica que el juicio político va a estar influenciado por criterios de oportunidad y conveniencia política.

Al contrario, otros académicos consideran que el juicio político es un procedimiento en donde predomina el elemento jurídico y no es una forma de control político.

Se puede afirmar que el juicio político no constituye una forma de control político en sentido estricto ya que este

163 MARIO DANIEL SERRAFERO. "El 'impeachment' en América Latina: Argentina, Brasil, y Venezuela", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 92, abril-junio de 1996, disponible en [<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=249&IDA=17012>], p. 139.

164 CECILIA MORA DONATO. "Instrumentos constitucionales para el control parlamentario", *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 4, enero-junio de 2001, disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/4/art/art4.pdf>], p. 94.

último persigue una responsabilidad del Gobierno por sus actuaciones en términos de conveniencia y oportunidad política y no por situaciones individualmente consideradas que involucran una sanción por la ruptura o desconocimiento del orden constitucional, como si lo supone la destitución en el juicio político¹⁶⁵.

En otras palabras, el criterio diferenciador entre el juicio político y el control político es el tipo de responsabilidad. En el primero la responsabilidad es individual y surge por infracciones al orden constitucional o la ley dentro del ejercicio del cargo, mientras que en el control político la responsabilidad es colectiva por las acciones políticas que el Ejecutivo realiza contrarias al interés general.

Del mismo modo, existe una posición intermedia la cual considera que

La justicia política es un *mixtum* conceptual, que por su fuerte carga política, refleja una forma larvada de racionalización garantista en la persecución de una responsabilidad constitucional...¹⁶⁶.

Ahora bien, es imposible desconocer que el juicio político es un procedimiento que tienen elementos jurídicos y también políticos. Así por ejemplo, en Colombia

165 GERMÁN LOZANO VILLEGAS. "Control político y responsabilidad política en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 22, 2009, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/484/463>], pp. 242 y 243.

166 FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA. "Responsabilidad Constitucional del Gobierno", en *Ius Et Praxis*, vol. 12, n.º 2, 2006, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/507/375>], p. 10.

esta situación se ve reflejada porque el juicio político está regulado en la Constitución Política, en la Ley 5.^a de 1992¹⁶⁷, el Código de Procedimiento Penal¹⁶⁸, en la Ley 270 de 7 de marzo de 1996¹⁶⁹ o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y la Ley 273 de 22 de marzo de 1996¹⁷⁰. El elemento de conveniencia política es evidente cuando para la aprobación de la resolución de acusación la ley exige la votación favorable en la plenaria de la Cámara de Representantes.

Esta última noción de juicio político cobra importancia ya que en Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional enmarca el juicio político como un procedimiento político y jurídico, mientras que de manera paralela señala que dentro de la función judicial del Congreso, a los parlamentarios se les extiende el régimen aplicable a los jueces. Lo anterior, conlleva a que sean imparciales dentro del ejercicio de su función judicial de carácter excepcional por las consecuencias jurídicas que tiene. En este sentido, dentro de la Sentencia SU-624 de 20 de noviembre de 1996¹⁷¹ los

167 Cit.

168 Ley 906 de 31 de agosto de 2004, o Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html].

169 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

170 *Diario Oficial*, n.º 42.752, de 26 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/LEY2731996CONGRESODELAREPUBLICA.pdf>].

171 MM. PP.: JORGE ARANGO MEJÍA y ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU624-96.htm>].

magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOS y VLADIMIRO NARANJO MESA presentaron salvamento de voto, sobre el carácter de juez y parte del Congreso y las implicaciones que esto conlleva.

En primer lugar, los magistrados consideraron que cuando los miembros del Congreso de la República actúan como jueces dentro de la especial función judicial atribuida a esta corporación, se despojan de su carácter de parlamentarios toda vez que se les traslada el régimen aplicable a los jueces. Conviene mencionar la siguiente cita

... los miembros del Congreso, cuando se trata de adelantar funciones judiciales, no actúan propiamente en calidad de representantes de sus electores sino en calidad de jueces o fiscales... [seguidamente expresan] sería absurdo considerar que el Congreso de la República en ejercicio de su función jurisdiccional, actúe a nombre de la sociedad ya que sería contrario a la Constitución y a la ley que siendo juez, adquiriera al mismo tiempo la calidad de parte perjudicada con el delito investigado...

Por último, resaltan los magistrados que cuando los congresistas ejercen la función judicial otorgada por la Constitución para investigar, acusar y juzgar a altos funcionarios del Estado no actúan como representantes de la sociedad, le corresponde hacerlo al Procurador General de la Nación o a sus delegados. Por lo cual, resulta importante que dentro del proceso adelantado en la corporación legislativa les sean respetados sus derechos como sujetos procesales. Así mismo, concluyen los magistrados que

... el hecho de que el Ministerio Público, por mandato constitucional, represente los intereses de la sociedad en los procesos, no excluye la figura del actor popular quien, también por mandato constitucional y legal, puede defender y reclamar sus intereses personales y los de la comunidad.

Luego, para los magistrados dentro del proceso adelantado por el Congreso de la República en el ejercicio de su función judicial, los particulares pueden constituirse en parte civil en representación de la sociedad.

Con todo esto, para el desarrollo de la investigación asumiremos que el juicio político es una forma de responsabilidad especial porque tiene elementos jurídicos y elementos políticos, que persigue la responsabilidad individual por el desconocimiento del orden constitucional y legal. Ahora bien, en este punto cobra importancia la noción de independencia judicial aplicada a los congresistas. La independencia implica "... la ausencia de injerencias indebidas en la labor de administrar justicia..."¹⁷². En este sentido, partimos de la base que la función judicial del Congreso es un procedimiento político y jurídico, pero que en razón a los elementos jurídicos que lo sustentan y a las consecuencias jurídicas y sociales que los juicios políticos tienen sobre los altos funcionarios del Estado, es necesario que se transfieran al Congreso en ejercicio de

172 INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS -ILSA-. *Justicia bajo presión: Constricciones institucionales y atentados contra la independencia judicial en Colombia. 2005-2008*, Bogotá, ILSA, 2008, p. 9.

la función judicial, los derechos y obligaciones de la función de administrar justicia.

El principio de separación de poderes surge con el objetivo de organizar las distintas funciones propias del Estado oponiéndose a la monopolización del poder por parte del monarca. La división actual de las funciones del Estado en el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial se consolida con CHARLES LOUIS DE SECONDAT, SEÑOR DE LA BRÈDE Y BARÓN DE MONTESQUIEU¹⁷³. Sin embargo, desde el periodo clásico, ARISTÓTELES habla de la división del poder político en distintos órganos del Estado para evitar la corrupción del mismo. En este sentido, el filósofo griego en su obra denominada *Política* distinguió tres funciones del Estado: la función deliberativa, la función judicial y la de ejecutar ejercida por los magistrados¹⁷⁴.

La función deliberativa consistía en declarar la guerra, la paz y administrar. Esta función no consistía en legislar, pues para los griegos las leyes se encontraban dadas por los Dioses y solo había que interpretarlas o reformarlas en situaciones extraordinarias. Como consecuencia de lo anterior, por lo general en ARISTÓTELES¹⁷⁵ se reconocen con propiedad dos funciones del Estado, la función judicial y la de ejecutar encomendada a los magistrados¹⁷⁶.

173 La Brède, Francia, 18 de enero de 1689-Paris, 10 de febrero de 1755.

174 ARISTÓTELES. *La Política*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1993, p. 221.

175 Estagira, 384 a. C.-Calcis, Grecia, 322 a. C.

176 ENRIQUE DÍAZ BRAVO. "Desarrollo histórico del principio de separación de poderes", *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre de

Ahora bien, desde el período clásico, existía la necesidad de lograr un equilibrio de las funciones del Estado para limitar el poder político y definir la forma de Gobierno. Luego, filósofos griegos como ARISTÓTELES y PLATÓN¹⁷⁷

... esbozaron una forma mixta de Gobierno que involucraba la participación en el poder de distintos estamentos, orientada hacia un concepto plural del poder más que de una división de poderes en sentido estricto¹⁷⁸.

En otras palabras, descubrieron que la forma de organización del poder definía la forma de organización del Estado.

Llegada la Edad Media¹⁷⁹, las monarquías europeas se encontraban en una crisis de legitimidad de su poder político por los abusos cometidos sobre los gobernados. Es aquí, cuando los pensamientos de JOHN LOCKE¹⁸⁰ y el mismo MONTESQUIEU cobran fuerza. Ambos autores postulaban una separación rígida de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como única forma de garantizar la libertad de las personas e impedir la concentración del poder en un solo órgano o en una

2012, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3690/3028>], p. 243.

177 Atenas, 427-347 a. C.

178 LÓPEZ DAZA. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, cit., p. 13.

179 Caída del Imperio Romano de Occidente, 476-descubrimiento de América, 1492.

180 Wrington, UK, 29 de agosto de 1632-High Laver, UK, 28 de octubre de 1704.

sola persona, de tal forma que solo el poder limitara al poder¹⁸¹. Este es el principal antecedente del sistema de frenos y contrapesos incorporados dentro de las Constituciones de los Estados modernos.

Las ideas de LOCKE y MONTESQUIEU influyeron en las Constituciones de Francia y Estados Unidos, como es lógico de esperar, el principio de separación de los poderes públicos y el sistema de pesos y contrapesos fueron incorporados en las Constituciones latinoamericanas. En el caso de Colombia, la Constitución Política de 1886¹⁸² ya incorporaba el principio de separación de los poderes públicos. Más adelante, con el Acto Legislativo n.º 1 de 5 de agosto de 1936¹⁸³ se añadió a la Constitución de 1886 la colaboración armónica de los poderes públicos para la consecución de los fines del Estado¹⁸⁴.

La Constitución Política de 1991 continuó con la separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El artículo 113 de la Constitución Política establece que

181 LÓPEZ DAZA. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, cit., p. 14.

182 Constitución Política de 5 de agosto de 1886, disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1083/LIBRO_342.861C718C86_1886.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

183 *Diario Oficial*, n.º 23.263, de 22 de agosto de 1936, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>].

184 ANTONIO BARRERO ROZO. "El proyecto constitucional de separación de poderes en el Estado colombiano: Apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo xx", en *Vniversitas*, n.º 122, enero-junio de 2011, disponible en [<http://vniversitasjuridica.javeriana.edu.co/edicion.php?Ed=33&Cn=4>], pp. 216 y 217.

Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva, y la Judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines¹⁸⁵.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 el sistema de frenos y contrapesos no aplica solo a las entidades que hacen parte de cada uno de los poderes públicos, sino también sobre los órganos de control.

Como se ve, el principio de separación de poderes busca el equilibrio de los poderes públicos (sistema de frenos y contrapesos) de tal forma que ninguno sea absorbido por el otro. Históricamente a través del desarrollo de las formas de Estado y de Gobierno, el derecho constitucional ha desarrollado instrumentos que permiten a los poderes públicos ejercer control entre ellos. En este sentido, la doctrina por lo general hace referencia al control político que dentro de los sistemas parlamentarios realiza el parlamento sobre el jefe de Gobierno, cuando este último se aleja de los intereses políticos del primero. Sin embargo, a pesar de que el control político tiene su origen en los sistemas parlamentarios, no es propio de una determinada forma de Gobierno, ya que también está presente en los sistemas presidenciales. En estos últimos, a pesar de que hay mayor independencia entre los poderes públicos, el Poder Legislativo ejerce control sobre el Ejecutivo a través de figuras como la moción de cen-

185 CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991, cit.

sura, que encuentra su origen en los sistemas parlamentarios¹⁸⁶.

De igual forma, la función judicial que usualmente ha sido atribuida al Poder Legislativo constituye una expresión del principio de separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos. Para el caso de Colombia, la función judicial del Congreso de la República está establecida en los artículos 174, 175 y 178 numerales 3 y 4 de la Constitución Política de 1991. Esta función de carácter especial responde al objetivo de la Asamblea Nacional Constituyente de fortalecer el Poder Legislativo. En su momento, la Constituyente manifestó que

... en Colombia la tendencia no es fortalecer la función natural del Legislativo en relación con el Ejecutivo [...] Esta ha si ha sido una de las causas más notables de los abusos del poder por parte del Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, puesto que no existen en la práctica mecanismos para ejercer efectivamente la vigilancia, la calificación y la sanción política a determinadas conductas del Gobierno¹⁸⁷.

De acuerdo al numeral 4 artículo 6.º de la Ley 5.ª de 1992 o Reglamento del Congreso ya citada, la función judicial es una función excepcional del Congreso que se ejerce sobre altos funcionarios del Estado para determinar su responsabilidad política. Estos últimos, originariamente en la Constitución Política de 1991 se

186 LOZANO VILLEGAS. "Control político y responsabilidad política en Colombia", cit., pp. 234 a 241.

187 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional*, n.º 54, 17 de abril de 1991, p. 4.

limitaban al Presidente de la República, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación. No obstante, el Acto Legislativo 2 de 2015¹⁸⁸ modificó el numeral 3 del artículo 178 y adiciono el artículo 178A de la Constitución. Luego, se amplió el número de funcionarios sobre los cuales el Congreso puede realizar su función judicial. Ahora, serán investigados, acusados y juzgados por parte del Congreso el Presidente de la República, los miembros de la Comisión de Aforados, los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial (entidad que reemplazará al Consejo Superior de la Judicatura) y el Fiscal General de la Nación.

Es importante resaltar que la fusión judicial del Congreso ha sido un tema de poco pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional solo se ha referido al tema en ocho ocasiones mediante las sentencias C-198 de 21 de abril de 1994¹⁸⁹; C-222 de 1996¹⁹⁰; C-245 de 3 de junio de 1996¹⁹¹; C-385 de 22 de agosto de 1996¹⁹²;

188 Cit.

189 M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-198-94.htm>].

190 Cit.

191 M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-245-96.htm>].

192 M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-385-96.htm>].

C-563 de 4 de octubre de 1996¹⁹³; SU-624 de 1996¹⁹⁴; C-148 de 19 de marzo de 1997¹⁹⁵; y finalmente en la SU-047 de 1999¹⁹⁶.

En la Sentencia C-198 de 1994, la Corte Constitucional analizó las funciones de control político y la función judicial del Poder Legislativo. Al respecto resaltó que dentro de los sistemas de Gobierno democráticos es necesario el establecimiento de controles entre los distintos órganos que detentan el poder para lograr el equilibrio de poderes. De igual forma señaló que este control se realiza en nombre de la opinión pública. Para la Corte Constitucional el control político es propio del Poder Legislativo y no de una determinada forma de Gobierno. En concreto, expresó que

... la facultad del órgano legislativo de vigilar políticamente algunas actuaciones del Gobierno, encuentra fundamento en los poderes que los sistemas democráticos liberales le han conferido al parlamento o al Congreso para que ejerza un real contrapeso al órgano ejecutivo del poder público.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional resalta que el control político se realiza a través de citaciones a los ministros, la presentación de informes al Congreso, mediante la formación de comisiones investigadoras sobre las labores que realizan los miembros del Poder Ejecutivo, entre otras.

193 M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-563-96.htm>].

194 Cit.

195 M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-148-97.htm>].

196 Cit.

En relación con la función judicial del Congreso, la Corte Constitucional señaló que el fundamento de esta función está en que

... por razones de imparcialidad en el juzgamiento de ciertos agentes estatales, y por la conveniencia de que el parlamento, al representar la voluntad popular, pueda decidir definitivamente acerca de los delitos de contenido político cometidos por los señalados funcionario.

La Corte resalta que la función judicial del Congreso colombiano encuentra su antecedente más inmediato en “el procedimiento del *impeachment*” propio del sistema parlamentario inglés, en donde la Cámara de los Comunes acusa y la Cámara de los Lores juzga.

En la Sentencia C-222 de 1996, la Corte Constitucional realiza un pronunciamiento sobre la relación entre la función judicial del Congreso, el principio de separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y el fuero constitucional. En la mencionada providencia la Corte manifestó que

... se acepta y así se consagra en el respectivo ordenamiento superior, que en circunstancias de carácter excepcional preestablecidas, alguno asuma y cumpla funciones de otro. Así por ejemplo, el Ejecutivo cumple funciones legislativas (expedición de decretos con fuerza de ley previo otorgamiento de facultades extraordinarias); el Judicial cumple funciones administrativas (dada la autonomía administrativa y financiera de la Rama Judicial), y el Legislativo, en los casos especiales expresamente señalados en la Carta, cumple funciones de carácter judicial.

En otras palabras, la función judicial del Congreso surge como una forma de contrarrestar al Poder del

Legislativo y Judicial, con lo cual se busca una colaboración armónica de los poderes del Estado para el buen funcionamiento de éste y el cumplimiento de los objetivos sociales.

De igual forma, en relación con el fuero constitucional de los altos funcionarios del Estado, la Corte Constitucional resalta que el fuero penal especial y el fuero disciplinario constituyen una garantía especial que el constituyente les otorga a determinados funcionarios del Estado por los cargos que desempeñan y por la institución que representan. Lo anterior, con el objetivo de proteger la "... independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado a los que sirven los funcionarios vinculados por el fuero...". Para la Corte, esta garantía constitucional implica la realización de trámites especiales para el juzgamiento de los funcionarios con fuero constitucional.

Ahora bien, resulta importante resaltar que en esta sentencia la Corte Constitucional reconoce el carácter jurídico de la función judicial del Congreso pues en un primer momento expresa que

Para la Corte es indudable que tanto la actuación que se cumpla ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, ante la Comisión de Instrucción del Senado, y ante las plenarias de las dos corporaciones, tiene la categoría de función judicial, sólo para los efectos de acusar, no acusar y declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa. Por esta razón el inciso 2.º del artículo 341 de la Ley 5.ª de 1992, refiriéndose a la Comisión de Investigación y Acusación dispone: "Los requisitos sustanciales y formales de estas dos formas de calificación, serán los exigidos por el Código de Procedimiento Penal".

Luego, puede pensarse que la función judicial del Congreso adquiere un sustento jurídico porque para su realización hay que remitirse a normas jurídicas.

De igual forma, el Tribunal Constitucional resalta que

... De lo anterior se infiere que para estos efectos los representantes y senadores tienen las mismas facultades y deberes de los jueces o fiscales de instrucción, y, consiguientemente, las mismas responsabilidades.

A causa de ello, los congresistas además de tener las limitaciones propias de su cargo, se encuentran sometidos a las limitaciones propias de los jueces pues dentro de la función judicial los congresistas deben tomar decisiones imparciales porque sus decisiones tienen efectos jurídicos. Por último resalta la Corte que los congresistas en su condición de jueces, asumen una responsabilidad personal, que incluso podría tener implicaciones penales.

De igual forma, en esta misma sentencia la Corte Constitucional determinó que de la interpretación de los numerales 2 y 3 del artículo 175 de la Constitución Nacional, puede concluirse que en el caso de delitos comunes, al Senado de la República le corresponde declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia. Por lo cual, el anterior trámite es un requisito de procedibilidad para poder iniciar el juicio penal ante la Corte Suprema de Justicia. Una vez asumida la competencia del caso por parte de la Corte Suprema de Justicia el proceso penal es in-

dependiente del proceso de responsabilidad política adelantado por el Senado de la República.

Más adelante, en las sentencias C-245 de 1996 y C-563 de 1996, la Corte Constitucional reitera su posición sobre la función judicial del Congreso expresada en las providencias anteriores. La Corte insiste en que el proceso adelantado en contra de funcionarios públicos con fuero penal y disciplinario es un procedimiento de índole judicial, por lo cual a los congresistas se les transfiere el régimen aplicable a los jueces de la República. En este sentido

Las actuaciones frente a los funcionarios que gozan de fuero especial –penal y disciplinario– es de índole judicial, el régimen aplicable a los jueces se hace extensivo a los congresistas, y ello implica de suyo “una responsabilidad personal”, que evidentemente trae como consecuencia el que su proceder deba ser público y no secreto, pues únicamente siendo de público conocimiento a la actuación singular puede imputarse dicha responsabilidad. Lo anterior encuentra respaldo en el artículo 228 de la Constitución Política, cuando dispone que la Administración de Justicia es función pública y sus actuaciones serán públicas y permanentes...¹⁹⁷.

En consecuencia, la Corte considera que los votos de los congresistas dentro del ejercicio de la función judicial deben ser públicos, lo cual a su vez permite la determinación de la responsabilidad de los congresistas. Puntualmente la Corte expresó

197 Sentencia C-222 de 1996, cit.

... para efectos de establecer la responsabilidad personal del congresista que actúa como juez, la votación deberá ser nominal y pública, en los términos del inciso 2.º del artículo 130 de la Ley 5.ª de 1992.

En la Sentencia C-385 de 1996, la Corte Constitucional resalta dos elementos importantes. En primer lugar considera que el auto por medio del cual se cierra la investigación no es susceptible de recursos toda vez que se trata de un auto de mero trámite. En segundo lugar, la Corte declara la inexecutable de apartes del artículo 340 de la Ley 5.ª de 1992 ya que el traslado del auto de cierre de la investigación debe hacerse al defensor y a los demás sujetos procesales, entre estos, al Procurador General de la Nación o sus delegados y a la parte civil.

En la Sentencia SU-624 de 1996 la Corte Constitucional reconoce en forma expresa que la función judicial del Congreso es de naturaleza política y jurídica. Para la Corte

Su naturaleza política explica por qué la función de examinar la conducta del primer magistrado de la nación, se confía al Congreso, como representante de toda la sociedad...

En otras palabras, la Corte Constitucional resalta que en una democracia representativa los miembros del Congreso elegidos mediante voto popular representan la voluntad del pueblo, por lo cual es la identidad idónea para adelantar la investigación, acusación y juzgamiento contra los altos funcionarios del Estado.

En la misma sentencia, la Corporación Constitucional señala que dentro del proceso adelantado en el Congreso sobre altos funcionarios con fuero constitucional

... es inaceptable que alguien se constituya parte civil en este proceso, alegando ser representante de la comunidad, es decir, de toda la sociedad, sin que nadie le haya conferido esa representación o ese mandato, y actuando sólo por su propia voluntad.

Luego, para la Corte es inadmisibles que un particular pretenda constituirse en parte civil dentro del juicio político, toda vez que sus intereses al igual que los del resto de la sociedad están representados en el Congreso.

De igual forma señala el Tribunal Constitucional que conforme al artículo 277 de la Constitución y del artículo 364 de la Ley 5.^a de 1992, el Procurador General de la Nación o sus delegados pueden intervenir dentro del proceso adelantado en el Congreso de la República en contra de alto funcionario con fuero constitucional. Lo anterior, con el objeto de “defender los intereses de la sociedad” e “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”. En conclusión, para la Corte, solo es admisible la constitución en parte civil dentro del proceso adelantado por el Congreso de la República cuando la persona que pretende constituirse en parte civil resulta directamente perjudicada por el delito que se le imputa al alto funcionario, en este

sentido la persona está legitimada para reclamar una indemnización. De igual forma, pueden constituirse en parte civil un grupo de personas determinadas que hayan sufrido un daño directo con la conducta del investigado.

Dentro de la Sentencia C-148 de 1997, la Corte Constitucional especifica el procedimiento de la función judicial del Congreso. El Congreso realiza dos actuaciones judiciales: cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones por indignidad o por mala conducta y las que versan sobre delitos comunes. En el caso de los primeros, la denuncia o queja es recibida en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y

el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

Lo anterior, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 175 de la Constitución Nacional. De acuerdo al numeral 3 del artículo 175, cuando la denuncia versa sobre delitos comunes el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en el caso que haya lugar a seguimiento de causa, el acusado es puesto a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

Para la Corte, cuando la denuncia es sobre delitos comunes el Congreso

... cumple una función jurisdiccional de tipo penal, correlativa a las etapas de investigación y calificación de los procesos penales que se surten ante los jueces comunes...

En seguida expresó que

La función instructiva penal que cumple el Congreso de la República encuentra soporte jurídico en los numerales 4 y 5 del artículo 178 Superior...

Realizando una combinación extraña entre la función judicial del Congreso y la función de carácter penal propia de la Corte Suprema de Justicia.

En la misma sentencia, la Corte se pronunció respecto al archivo del proceso por parte de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión de Instrucción del Senado de la República. En este sentido, la Corte Constitucional reitera lo decidido en la Sentencia C-222 de 1996 sobre la materia. Al respecto, considera que de acuerdo al numeral 4 del artículo 175 y al artículo 178 de la Constitución Política, el archivo de la investigación es una facultad exclusiva del pleno de cada una de las cámaras y no puede delegarse en las Comisiones de Investigación y acusación de la Cámara de Representantes, ni en la Comisión de Instrucción del Senado.

El último pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la función judicial del Congreso fue en la Sentencia SU-047 de 1999, la cual se profiere como consecuencia de la decisión de la Cámara de representantes de prelucir la investigación contra el entonces Presidente de la República ERNESTO SAMPER PIZANO. En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional

se pronunció en particular sobre la inviolabilidad parlamentaria dentro de los juicios políticos adelantados por el Congreso de la República.

En su momento, la Corte Constitucional consideró que la inviolabilidad parlamentaria establecida en el artículo 185 de la Constitución Nacional es una garantía a favor del Congreso y de la democracia colombiana por cuanto permite que los miembros de la corporación legislativa carezcan de cualquier tipo de responsabilidad por sus votos u opiniones proferidas durante el ejercicio de su actividad parlamentaria. De igual forma resaltó los alcances de esta figura constitucional. Para la Corte la inviolabilidad parlamentaria es

(i) específica o exclusiva, pero al mismo tiempo es (ii) absoluta. La inviolabilidad es específica por cuanto la Constitución actual, como la anterior, precisan que esta garantía institucional cubre exclusivamente los votos y opiniones emitidos en ejercicio del cargo. También es absoluta, ya que sin excepción todos los votos y opiniones emitidos en el proceso de formación de la voluntad colectiva del Congreso quedan excluidos de responsabilidad jurídica.

Como consecuencia de lo anterior, para la Corporación Constitucional la inviolabilidad parlamentaria opera en todas las funciones que debe ejercer el Congreso de la República. Sobre la función judicial, expresó que

Nada en el texto de la Carta sugiere entonces que la inviolabilidad no opera cuando el Congreso ejerce funciones judiciales e investiga a algunos altos dignatarios, como el Presidente, los magistrados de las altas corporaciones judiciales y el Fiscal General de la Nación. No encuentra

sustento en la Carta y, más grave aún, conduce a una inaceptable erosión de la inviolabilidad parlamentaria, en detrimento de la independencia del Congreso y de la libertad del debate democrático.

De igual forma, sobre la actuación judicial adelantada en el caso de delitos comunes imputados al Presidente de la República, la Corte resalta que la inviolabilidad parlamentaria continua protegiendo a los magistrados por cuanto

... los juicios ante el Congreso por delitos de los altos dignatarios, si bien son ejercicio de una función judicial, por cuanto imponen sanciones y configuran un requisito de procedibilidad de la acción propiamente penal ante la Corte Suprema, conservan una inevitable dimensión política, por lo cual, en ellos, los congresistas emiten votos y opiniones que son inviolables.

Lo anterior, pone al descubierto la difícil naturaleza del juicio político, pues es complejo catalogarlo exclusivamente como jurídico o político.

Además del fundamento constitucional, la función judicial del Congreso está reglamentada por la Ley 5.^a de 1992 o Reglamento del Congreso de la República (arts. 327 a 366). Cuando se encuentren vacíos en la anterior ley, debe acudir a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. También regulan la materia, la Ley 270 de 1996¹⁹⁸, o Ley Estatutaria de la Ad-

198 Cit.

ministración de Justicia (arts. 178 a 183) y la Ley 273 de 1996¹⁹⁹.

Así las cosas, el proceso judicial adelantado contra altos funcionarios del Estado colombiano ante el Congreso de la República tiene unas etapas procesales que conviene resaltar. La actuación inicia de oficio, por una queja o denuncia escrita que se presenta en la Comisión de Investigación y Acusación. La denuncia o queja debe ser por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones por indignidad o por mala conducta y por delitos comunes. Hecho lo anterior, de ser aceptada la denuncia por el pleno de la Comisión de Investigación y acusación, el presidente de la misma procede a repartirla entre los miembros de la Comisión y designará hasta tres representantes investigadores para que se encarguen del trámite del proceso.

Luego, la Comisión ordena abrir diligencias previas por seis meses. Terminadas estas, el Representante Investigador debe dictar auto inhibitorio o apertura de investigación, la cual debe ser aprobada por el pleno de la Cámara de Representantes. De acuerdo al Código de Procedimiento Penal, la investigación tiene una duración de 30 días, pero cuando se trate de delitos conexos o sean dos o más los investigados el término será de 60 días. Vencido el término de investigación y previo traslado a las partes, el Representante Investigador dentro de los diez días siguientes presentará proyecto de resolución de acusación o de preclusión de la investigación ante el Presidente de la Comisión

199 Cit.

de Investigación y Acusación. Después la Comisión de Investigación y Acusación decidirá si acepta o no la acusación. En el caso de aceptarla, el proyecto de resolución de acusación se envía a la plenaria de la Cámara de Representantes para que decida si la presenta o no ante el Presidente del Senado, quien enviará el expediente a la Comisión de Instrucción.

Dentro de la Comisión de Instrucción se nombra a un Senador Instructor para que luego de estudiar el expediente presente un proyecto de resolución en el cual decida si admite o rechaza la acusación. Este proyecto de resolución será analizado por la Comisión de Instrucción quien de nuevo decidirá sobre la admisión o el rechazo de la acusación, de lo anterior, la Comisión realizará un informe el cual se leerá ante la plenaria del Senado. Ésta decidirá si la acusación es admisible o no. Cuando la acusación es admitida por el Senado de la República se inicia el trámite de juzgamiento. En el caso de que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones o indignidad por mala conducta, el juicio se adelanta ante el Senado de la República, quien impondrá sanciones consistentes en la destitución del empleo, privación temporal o absoluta de los derechos políticos. Cuando la acusación sea por delitos comunes o delitos que tengan otra pena que la destitución del empleo o la privación de los derechos políticos, el Senado debe declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa, en caso afirmativo, realizará acusación ante la Corte Suprema de Justicia.

Por lo general, las investigaciones relacionadas con la función judicial del Congreso, la responsabilidad del Presidente de la República, los altos magistrados y

el Fiscal General de la Nación realizan críticas sobre el retraso del procedimiento adelantado al interior de la Comisión de Investigación y Acusación, el elevado número de procesos, la cantidad de personal y la idoneidad profesional de los parlamentarios que conforman la respectiva corporación, entre otras²⁰⁰. Todo lo anterior, ha conducido a que la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes sea catalogada como ineficaz, pues en más de 50 años ningún alto funcionario del Estado ha sido formalmente acusado ante la plenaria del Senado de la República²⁰¹.

El proceso adelantado contra el ex presidente de la República ERNESTO SAMPER PIZANO en 1996 es un caso paradigmático que ha generado gran recordación en la sociedad colombiana. De hecho, el caso impulsó varias sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con el fuero de los altos funcionarios del Estado, la inviolabilidad parlamentaria y la función judicial del Congreso. Recientemente, luego de constantes críticas sobre los retrasos en los procesos tramitados en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, el Congreso de la

200 Al respecto ver: LÓPEZ DAZA. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, cit.; CAROLINA GUEVARA. "Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, n.º 2, julio-diciembre de 2015, disponible en [<http://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>].

201 GUEVARA. "Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia", cit.

República aprobó el Acto Legislativo n.º 2 de 2015²⁰² mediante el cual se hace una reforma para garantizar el equilibrio de poderes. Respecto a la función judicial del Congreso, el mencionado acto legislativo suprimió la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y creó la Comisión de Aforados, la cual se encargará de investigar y acusar a los altos funcionarios del Estado.

Entre los cambios incorporados a la Constitución, el legislador excluyó de competencia de la Comisión de Aforados la investigación y acusación del Presidente de la República y conservó la de los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación.

Además de lo anterior, el acto legislativo estableció que el Senado de la República tan solo podría imponer dos tipos de sanciones, la destitución del empleo o la suspensión, eliminando la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos. De igual forma, establece que las decisiones que adopte la Cámara de Representadas pueden ser apeladas ante el Senado de la República. Así mismo, cuando de los hechos se desprenda la comisión de delitos, el legislador facultó a la Comisión de Aforados para que de manera directa presente la acusación ante la Corte Suprema de Justicia o ante el Consejo de Estado cuando los acusados sean los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. También el legislador decidió reglamentar de

202 Cit.

forma clara los términos para realizar la acusación: 60 días para que la Comisión presente la acusación y 30 días para que la Cámara de Representantes decida sobre la misma.

Por último, es importante destacar la reducción significativa del número de miembros que harán parte de la Comisión de Aforados. La Comisión de Investigación y Acusación, de acuerdo al artículo 311 de la Ley 5.^a de 1992 estaba conformada por 15 miembros elegidos por el coeficiente electoral. Ahora, la Comisión de Aforados estará conformada por cinco congresistas, los cuales serán elegidos para periodos de ocho años por el Congreso. Sin embargo, el legislador –en aras de garantizar la idoneidad de los miembros de la Comisión de Aforados– impuso como requisito que éstos tengan las mismas calidades para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia. De manera análoga, para aportar transparencia y mérito al proceso de elección de los miembros de la Comisión de Aforados, la Gerencia de la Rama Judicial realizará una convocatoria pública para la elaboración de listas de candidatos a integrar dicha Comisión.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo n.º 1 de 5 de agosto de 1936, *Diario Oficial*, n.º 23.263, de 22 de agosto de 1936, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>].

Acto Legislativo n.º 2 de 1.º de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html].

ARISTÓTELES. *La Política*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1993.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional*, n.º 54, 17 de abril de 1991.

BARRERO ROZO, ANTONIO. “El proyecto constitucional de separación de poderes en el Estado colombiano: Apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo xx”, en *Vniversitas*, n.º 122, enero-junio de 2011, disponible en [<http://vniversitas-juridica.javeriana.edu.co/edicion.php?Ed=33&Cn=4>].

Constitución Política de 5 de agosto de 1886, disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1083/LIBRO_342.861C718C86_1886.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-198 de 21 de abril de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-198-94.htm>].

Sentencia C-222 de 16 de mayo de 1996, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-222-96.htm>].

Sentencia C-245 de 3 de junio de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-245-96.htm>].

Sentencia C-385 de 22 de agosto de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-385-96.htm>].

Sentencia C-563 de 24 de octubre de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-563-96.htm>].

Sentencia SU-624 de 20 de noviembre de 1996, MM. PP.: JORGE ARANGO MEJÍA y ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU624-96.htm>].

Sentencia C-148 de 19 de marzo de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-148-97.htm>].

Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, MM. PP.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Bogotá, Corte Constitucional *et al.*, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

DÍAZ BRAVO, ENRIQUE. “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre de 2012, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3690/3028>].

GUEVARA, CAROLINA. “Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, n.º 2, julio-diciembre de 2015, disponible en [<http://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>].

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS –ILSA–. *Justicia bajo presión: Constricciones institucionales y atentados contra la independencia judicial en Colombia. 2005-2008*, Bogotá, ILSA, 2008.

Ley 5.^ª de 17 de junio de 1992, o Reglamento del Congreso de la República, *Diario Oficial*, n.º 40.483, de 18 de junio de 1992,

disponible en [<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>].

Ley 270 de 7 de marzo de 1996, o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

Ley 273 de 22 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.752, de 26 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/LEY2731996CONGRESODELAREPUBLICA.pdf>].

Ley 906 de 31 de agosto de 2004, o Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html].

LÓPEZ DAZA, GERMÁN ALFONSO. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, Neiva, Universidad Surcolombiana, 2010.

LOZANO VILLEGAS, GERMÁN. “Control político y responsabilidad política en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 22, 2009, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/484/463>].

MORA DONATO, CECILIA. “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 4, enero-junio de 2001, disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/4/art/art4.pdf>].

SERRAFERO, MARIO DANIEL. “El ‘impeachment’ en América Latina: Argentina, Brasil, y Venezuela”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 92, abril-junio de 1996, disponible en [<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselctronicas?IDR=3&IDN=249&IDA=17012>].

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. “Responsabilidad Constitucional del Gobierno”, en *Ius Et Praxis*, vol. 12, n.º 2, 2006, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/507/375>].

LOS AUTORES

LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Público de la Universidad de Konstanz y de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Alta Dirección del Estado de la Escuela de Alto Gobierno. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Estudiante regular de los cursos válidos para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que se cursa en Buenos Aires, Argentina, próximo a presentarse ante la Comisión de Doctorado de esa casa de estudios. En la actualidad es senatorial del Congreso de la República de Colombia.

LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA

Estudió Economía Industrial en la Universidad de Medellín, Máster en Administración y Mercadeo

del Instituto Europeo de Altos Estudios Superiores, Especialista en Integración Económica de la Universidad Andina Simón Bolívar, Especialista en Alta Gerencia de la Universidad de los Andes, Especialista en Alto Gobierno Público de la Universidad de los Andes, Doctorado *Honoris Causa* de la Universidad Garcilaso de la Vega de Lima. Estudiante regular de los cursos válidos para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que se cursa en Buenos Aires, Argentina, próximo a presentarse ante la Comisión de Doctorado de esa casa de estudios.

JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO

Abogado de la Universidad del Cauca, Especialista en Gestión de Entidades Territoriales, Derecho Público, Magíster en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante regular de los cursos válidos para el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente e investigador, experto internacional en ordenamiento territorial. En la actualidad es el Secretario General del Senado de la República de Colombia.

JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia (2006), Magíster en Administración de Negocios, Especialista en Gerencia Empresarial y Especialista en Gerencia Financiera, todos de la Universidad Autónoma de Manizales, Especialista en Administración en Salud

de la Universidad Católica de Manizales, Diplomado en Gestión Pública y Docencia Universitaria de la Esap, estudiante de la Especialización en Gobierno y Gestión Pública Territorial de la Pontificia Universidad Javeriana, estudiante regular de los cursos válidos para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que se cursa en Buenos Aires, Argentina, próximo a presentarse ante la Comisión de Doctorado de esa casa de estudios.

Secretario General de la Comisión Sexta del Senado encargada del sector TIC y comunicaciones, educación, tránsito y transporte y servicios públicos domiciliarios, docente de la Universidad Esap.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en mayo de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia

