

## GUERRA IRREGULAR Y CONSTITUCIÓN: GARANTISMO JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

## IRREGULAR WAR AND CONSTITUTION : JUDICIAL ACTIVISM OF THE CONSTITUCIONAL COURT OF COLOMBIA

Viridiana MOLINARES HASSAN\*

**RESUMEN:** Presentamos un análisis de los precedentes jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional colombiana en el proceso de revisión de tres proyectos de reforma constitucional, de iniciativa gubernativa, legislativa y popular, promovidos entre 2002 y 2010 orientados a la materialización del programa de gobierno del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, y a la consagración constitucional de la figura de reelección presidencial de manera inmediata, por tres períodos consecutivos.

La reelección inmediata propiciaba la continuidad en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez y su programa de gobierno: Política de Seguridad Democrática (PSD), cuyo objetivo fue alcanzar la paz mediante la declaratoria de guerra al grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Nuestro propósito es instrumentalizar y poner en evidencia las tres iniciativas para describir el desarrollo constitucional colombiano, inmerso en procesos de violencia política contra el Estado y desde el Estado y, el equilibrio que ha ejercido la Corte Constitucional (Corte) desde un marcado garantismo judicial.

**Palabras clave:** Estado constitucional, guerra irregular, control constitucional, activismo judicial, control de constitucionalidad, reformas constitucionales, desarrollo constitucional.

**ABSTRACT:** We present an analysis of case law developed by the Colombian Constitutional Court in the review of three proposed constitutional amendments, initiative gubernatorial, legislative and popular, promoted between 2002 and 2010 to constitutionally enshrine the figure of an immediate presidential reelection, for three consecutive terms.

This figure favored the continuity in the government of Alvaro Uribe and his program of government: Democratic Security Policy (DSP), whose objective was to achieve peace through the declaration of war against the guerrilla group Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC). Our purpose is to implement and bring out the three initiatives to describe the Colombian constitutional development, immersed in processes of political violence against the State and the State, and the balance that has served the Constitutional Court (Court) from a strong judicial activism.

**Descriptors:** State constitutional irregular war, constitutional review, judicial activism, control of constitutionality, constitutional amendments, constitutional development.

\* Doctora en derecho público y filosofía jurídico-política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Este artículo es parte de la investigación doctoral desarrollada por la autora.

## I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA IDEA DE ESTADO CONSTITUCIONAL

La idea de Estado constitucional no es reciente. En el marco de las revoluciones liberales burguesas del siglo XVIII se expedieron, bajo el influjo de la Ilustración, las primeras Constituciones en Europa;<sup>1</sup> pero éstas se encontraron limitadas por un poder más fuerte que ellas: la omnipotencia, omnisciencia y exactitud del legislador. Se dio esta circunstancia cuando la asamblea representaba las conquistas democráticas de la época, y el Estado legislador se convirtió en la fórmula que adoptó la historia moderna para garantizar, con modificaciones, el Estado artificial que planteaba Hobbes.<sup>2</sup>

Conviene recordar las apreciaciones de Jeremy Bentham cuando, en 1789, definía las Constituciones como un conjunto de edificantes principios de justicia o de derecho natural, que nada tenían que ver con el derecho positivo,<sup>3</sup> y las de Jellinek, que, en 1909, afirmaba que todas ellas estaban

<sup>1</sup> Constituciones orientadas a la conquista de los derechos de libertad sobre los cuales Maurizio Fioravanti desarrolla los paradigmas historicista, individualista y estatalista sobre las libertades públicas; presentando un análisis diferenciado de este proceso en las Constituciones históricas y las escritas. Fioravanti, Maurizio, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

<sup>2</sup> No obstante, dos fueron las grandes derrotas de la fórmula hobbesiana y legislativa: la primera la constituye la ausencia de debate político en torno al poder del monstruo marino, como lo analizara en su momento, Carl Schmitt, planteando que los fundamentos políticos de los nacientes Estados fueron reemplazados por los intereses económicos de los grandes capitales burgueses que instrumentalizaron al Estado y obligaron a que se desarrollara bajo el otro supuesto planeado por Hobbes, más técnico que jurídico: como instrumento de organización y de límites al poder. Schmitt, Carl, Hamlet o Hécuba: la irrupción del tiempo en el drama, España, Pretextos-Universidad de Murcia, 2003.

La segunda derrota parte de la experiencia del totalitarismo alemán de mitad del siglo XX, que puso de manifiesto la vulnerabilidad del legislador frente al carisma de un dictador y facilitó su total sumisión, hasta rebasar los límites que plantea el principio de dignidad humana, como se puso de presente en el proceso de expedición y ejecución de las famosas leyes de Núremberg en 1935. Estas dos situaciones ponen de presente el declinamiento del modelo legislador y la necesidad del modelo constitucional. Saiz Álvarez, José y Bonette Perales, Enrique, *Responsa Iurisperitorum Digesta*, España, Universidad de Salamanca, 2000.

<sup>3</sup> Saiz Álvarez, José y Bonette Perales, Enrique, *Responsa Iurisperitorum Digesta*, España, Universidad de Salamanca, 2000.

destinadas a no ser nunca puestas en práctica, y a no tener posibilidad alguna para aplicarlas.<sup>4</sup>

Sin embargo, el desarrollo histórico del Estado se fracturó cuando el legislador, al que se había entregado el mayor poder del Estado, se tornó cómplice de los procesos que dieron lugar a la consolidación de los Estados totalitarios de mitad del siglo XX.

Derivado de la nefasta experiencia del nazismo alemán y del fascismo italiano, en la mitad del siglo XX renace la idea de Estado constitucional,<sup>5</sup> superando así el modelo de Estado legislativo a través de las figuras que con-

<sup>4</sup> Constituye una excepción a esta falta de supremacía material de la Constitución, la carta norteamericana que se caracteriza, precisamente, porque desde su expedición, en 1787, consagró la fórmula de supremacía material y el control difuso de constitucionalidad vía excepción. Siendo este el gran aporte de Norteamérica al constitucionalismo. García de Enterría, E., *La Constitución como norma jurídica*, en la obra colectiva *La Constitución Española de 1978, Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, Editorial Civitas-Thomson Reuters, 1989.

<sup>5</sup> Josep Aguiló considera que para usar de manera relevante la expresión Estado Constitucional debe tomarse en cuenta la Constitución en tres sentidos que él mismo explica; para que cuando se acude a los Estados constitucionales quede claro que se trata de sistemas jurídico-políticos que reúnen las siguientes características: 1. Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. 2. Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder y la garantía de los derechos; es decir asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. 3. La Constitución formal que responde a los lineamientos normativos del constitucionalismo además debe ser practicada... En otras palabras: para hablar de Estado Constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental. Es decir para hablar de Estado constitucional, la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los cánones del constitucionalismo. Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima, Temis, 2004, pp. 50,53.

De otra parte Miguel Carbonell, sostiene que no será un Estado Constitucional el que: "a. No tenga en la cúspide de su ordenamiento una norma jurídica a través de la cual se regulen las demás normas del sistema, encargada de establecer los procedimientos a través de los cuales se pueden crear nuevas formas jurídicas y/o modificar las ya existentes. b. No establezca una división de poderes que genere un equilibrio entre ellos: un sistema de Checks and balance que impida que sus titulares abusen del poder que tienen conferido. c. No garantice para todos los habitantes una serie de derechos fundamentales a través de los cuales se proteja la libertad y la igualdad: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro. Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2009, pp. 176 y 177.

sideraría Ferrajoli<sup>6</sup> como las características del nuevo paradigma de ciencia jurídica: la supremacía material de la Constitución,<sup>7</sup> la rigidez constitucional,

En el mismo orden Gustavo Zagrebelsky explica sobre el actual Estado constitucional que “Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo caus, está contenida en la fórmula del Estado Constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta la posición de la ley. La ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución”, Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 33 y 34.

Peter Haberle, involucrando el elemento pluralista en la Constitución y haciendo relación al caso europeo, explica “El Estado constitucional europeo es uno de los mejores y más señeros foros de planteamiento de —verdaderos problemas— más no se piense que ello es así en virtud de su capacidad de conocimiento de —verdades absolutas y perfectas—, elaboradas e implantadas por juristas, sino en virtud de un conocimiento de los derechos fundamentales entendidos como las libertades culturales básicas, al igual que de la democracia entendida como gobierno durante un tiempo determinado, en el sentido poperiano del término”. Haberle, Peter, *Pluralismo y Constitución*, España, Tecnos, 2002, pp. 130 y 131. Relacionando la libertad con el Estado constitucional, Ignacio de Otto señala “Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y la garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, responde a una determinada esencia. Por eso mismo el calificativo constitucional se utiliza tan sólo cuando se cumplen las exigencias de esa idea. Hay, así, un régimen constitucional o un gobierno o Estado constitucionales, que son lo contrario del Antiguo Régimen, del llamado absolutismo o despotismo, porque sólo en el régimen constitucional, o bajo un gobierno constitucional está la libertad asegurada”. Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, España, Ariel, 2010, p. 12.

<sup>6</sup> *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

<sup>7</sup> Debemos aclarar que el tema de la supremacía material se materializa en Europa, después de la segunda guerra mundial; sin embargo es relevante recordar las intensas discusiones de Kelsen y Schmitt entre 1928 y 1931, sobre el concepto de Constitución y las facultades de su defensor. De acuerdo con Kelsen la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y ésta debe ser garantizada jurisdiccionalmente; mientras que para Schmitt la Constitución es una serie de decisiones políticas, cuya defensa le corresponde al jefe de Estado. Lombardi, Giorgio, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 3a. ed., Barcelona, Tecnos, 2009.

el control de constitucionalidad de las leyes, el garantismo judicial en la protección de derechos fundamentales,<sup>8</sup> pero sobre todo la defensa de una nueva forma de democracia que plantea el cambio del discurso de voluntad de las mayorías, por la radical posición de defensa de las minorías. Del mismo modo la imposición de límites a los poderes públicos, a la política y al mercado en función de la declaración de los derechos humanos, que este mismo autor define como leyes del más débil.<sup>9</sup>

De esta experiencia surgen entonces las nuevas Constituciones de postguerra, que acogen las características señaladas, como precisamente lo hacen la Constitución italiana de 1948 y la alemana de 1949, y declaraciones internacionales en las que se protege la ahora abiertamente reconocida

<sup>8</sup> De acuerdo con Luigi Ferrajoli el garantismo está dirigido a establecer las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. El garantismo se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas, como de las políticas; tanto de las reglas de derecho privado como las de derecho público, fundada en una ilusión de un «poder bueno» o de una observancia espontánea. Este autor distingue varios tipos de garantismo: Patrimonial: sistemas de garantías destinados a tutelar la propiedad y demás derechos patrimoniales; Liberal: para designar las técnicas de la defensa de los derechos de libertad; Social: destinado a la satisfacción de los derechos sociales; Internacional: para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales, por el momento casi inexistentes. De igual forma realiza una distinción entre garantías primarias y secundarias, señalando que las primeras consisten en las obligaciones o prohibiciones que correspondan a los derechos subjetivos garantizados, y las segundas en las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos, y en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos, y con ellos, sus correspondientes garantías primarias. Finalmente establece una relación entre el garantismo y el constitucionalismo afirmando que el garantismo, no es más que la otra cara del constitucionalismo. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*

<sup>9</sup> Acogemos aquí el concepto de derechos fundamentales presentado por Luigi Ferrajoli; no nos detenemos en las cuatro tesis que sobre el tema presenta sino en el concepto general que lleva a concluir que estos derechos, como lo afirma este autor, son los derechos del más débil. «Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas... los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia». *Ibidem*, pp. 37 y 54.

dignidad humana,<sup>10</sup> que sustenta la inviolabilidad de los derechos humanos frente a cualquier posibilidad de vulneración desde los poderes públicos.

En el marco de este nuevo proceso constitucional pasan a ocupar el papel protagónico, antes radicado en el legislador, los tribunales constitucionales, que fueron acogidos por un número importante de Estados europeos.<sup>11</sup> Estos tribunales afianzan su labor garantista en un complejo proceso de interpretación constitucional.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Sobre el alcance de la dignidad humana como principio sobre el que se fundamentan las Constituciones de posguerra, y desde el análisis del derecho alemán encontramos que Peter Haberle sostiene sobre el tema “A pesar de la gran tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente e inmutable de lo que es la dignidad humana. De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las Constituciones se llega a percibir entre líneas que aquellas están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana. Se pregunta entonces ¿existe un núcleo de la dignidad humana que sea independiente del ámbito cultural? Responde Haberle a partir de los derechos fundamentales: Hay que partir de la tesis de que el conjunto de los derechos de tipo personal, por un lado, y de los deberes por el otro, deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. En esta garantía jurídica específica de los ámbitos vitales, del ser persona, de la identidad, encuentra la dignidad humana su lugar central... la dignidad humana no sólo es analizable en términos culturalmente específicos. Ya una mirada a los conceptos de identidad válidos entre culturas muestra que ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea reducible a ninguna cultura específica... El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana, explica Haberle como se ha concebido históricamente la idea de soberanía popular y concluye que sigue siendo una tarea pendiente la de desprender la soberanía popular de su origen histórico-polémico para verla en relación con la dignidad humana”. Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 169, 170-172, 173.

<sup>11</sup> Explica Víctor Ferreres Comella que “Tras la segunda Guerra Mundial, las cosas empezaron a cambiar de manera radical. Italia (en 1947), Alemania (1949) y Francia (1958) adoptaron nuevas Constituciones cuya protección frente a las leyes fue recomendada a un Tribunal Constitucional. También Portugal (en 1982) y España (en 1978), después de sus respectivas transiciones a la democracia introdujeron ese órgano en el nuevo orden constitucional. Bélgica y Luxemburgo se sumaron al club en 1980 y 1996, respectivamente, y casi todos los países de la Europa central y del este, tras la caída del comunismo”. Ferreres, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 26.

<sup>12</sup> Atendiendo que Gustavo Zagrebelsky involucra Constitución e historia, llegando incluso a firmar que la historia podría ser un elemento constitutivo del derecho constitucional, sostiene de la interpretación de la Constitución que “no es por tanto un acto puntual, ahístico, que se agota en la búsqueda de la norma que subjetivamente parece, hic et nunc, la más conforme a nuestras expectativas. En una Constitución basada en principios,

Asimismo, Ferrajoli señala que la complejidad del proceso se predica de la relación entre el juez y la ley, ya que a partir de la fuerza material de las Constituciones se abandona el viejo paradigma iuspositivista de sujeción a la letra de la ley sin importar cuál fuera su significado, y prevalece la sujeción a la Constitución que impone al juez la crítica de las leyes inválidas, por medio de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad.<sup>13</sup>

Según Zagrebelsky, el Estado constitucional se constituye entonces en una transformación radical y superadora del Estado legislativo,<sup>14</sup> y se caracteriza por:

1. Representar

tal vez la fórmula política históricamente menos complaciente con quienes ejercen el poder [...], en la medida en que somete su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales, de manera que ninguna norma o decisión es válida, ni mucho menos justa, por el simple hecho de proceder de una autoridad legítima si no resulta, además, congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales.<sup>15</sup>

2. Definir la democracia, que según Ferrajoli pasa de ser una democracia plebiscitaria a una democracia constitucional, bajo la cual se imponen límites al ejecutivo, no obstante sea la expresión de la mayoría; se ejercen así controles judiciales al parlamento y se establece un sistema de mediciones, límites y contrapesos entre las ramas del poder.<sup>16</sup>

3. Reconocer nuevos derechos y garantías, basados en la inquebrantabilidad de la dignidad humana, protegidos por los jueces constitucionales, que desarrollan una importante labor de interpretación constitucional.

Sobre el nuevo juez constitucional se concentró la atención de esta otra Europa, que se levantaba de las cenizas y se consolidaba la idea del Estado constitucional, con las limitaciones y problemas que se han derivado

la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad". Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 90.

<sup>13</sup> Ferrajoli, *op. cit.*

<sup>14</sup> Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 57.

<sup>15</sup> Troper, citado por Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, BEFDP, 1999, p. 15.

<sup>16</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 27.

de él, como la necesidad de intervenir como árbitro entre los procesos de desarrollo económico y la protección efectiva de los derechos de carácter asistencial, y la de aplicación de principios y valores constitucionales, que implican un exigente proceso de interpretación y replantean las fuentes del sistema jurídico.

Sin embargo, los postulados de este Estado constitucional sólo fueron acogidos por el constitucionalismo latinoamericano<sup>17</sup> a partir de la expedición de las Constituciones de la década de los años noventa, una vez que pasaron los régimenes dictatoriales.<sup>18</sup> En ellas se consagraron ambiciosos mecanismos de participación democrática y de protección a los derechos constitucionales, así como un fuerte control a los poderes legislativo y eje-

<sup>17</sup> Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano Roberto Viciana Pastor y Rubén Martínez Dalmau explican sus fundamentos teóricos, distinguiéndolo del neoconstitucionalismo, como corriente que surge con los Estados constitucionales de mitad del siglo XX, y resumiéndolo en que es el producto de las nuevas Constituciones de los Estados constitucionales latinoamericanos, sustentadas en el poder constituyente primario, es decir producto de Constituciones democráticas. Estos autores explican sobre el tema: “El nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que éste, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional... el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica... el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría (democrática) de la constitución”. Siguen explicando sobre el caso latinoamericano “...en América Latina ha pasado a convertirse en una práctica, realizada a través de determinados procesos constituyentes latinoamericanos que han producido nuevas Constituciones. En efecto, a través de los últimos procesos constituyentes se han legitimado textos constitucionales que han buscado, en un maremágnum de obstáculos y dificultades, no sólo ser reflejo del poder constituyente, sino, a continuación, permear el ordenamiento jurídico y revolucionar el *statu quo* de sociedades en condiciones de necesidad...Estos procesos con sus productos, las nuevas Constituciones de América Latina, conforman el contenido del conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Tesis doctoral inédita: Control Constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992–2006, Barcelona, Universidad Autónoma, 2009, Viciana R. Martínez Dalmau R., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 20 y 21.

<sup>18</sup> Argentina (1976-1983), Uruguay (1976-1983), Chile (1973-1990), Bolivia (1971-1978), Paraguay (1954-1989), Perú (1968-1975), Nicaragua (1936-1979), Brasil (1964-1985), Colombia (1953 -1958), Ecuador (1972-1976), Guatemala (1954-1986), Panamá (1968-1989), Venezuela (1952 – 1958), Honduras (1972-1982).

cutivo ejercido por los recién creados tribunales constitucionales,<sup>19</sup> aunque simultáneamente se omitieran respuestas sobre otros problemas que planteaba el nuevo constitucionalismo de la época: los trasplantes jurídicos, la ausencia de filosofía política y de preguntas concretas sobre la orientación del Estado.<sup>20</sup>

## II. DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO EN MEDIO DE LA GUERRA IRREGULAR

En el caso colombiano, el desarrollo del constitucionalismo está tan desprovisto de las condiciones que dieron lugar a la consolidación del Estado constitucional en Europa como de los régimenes dictatoriales profusamente establecidos en otros Estados latinoamericanos.

El factor guerra ocupa un importante margen en el desarrollo del constitucionalismo colombiano, aunque fueron muy pocas las libradas por Colombia en el ámbito internacional.<sup>21</sup> La evolución del Estado se encuentra enmarcada en importantes guerras civiles y en otras formas de violencias mutantes desarrolladas en el Estado, por el Estado, al interior del Estado,<sup>22</sup> que no han sido superadas a pesar de los grandes anhelos de la población,

<sup>19</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Crónicas de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Argentina, Marcial Pons, 2009..

<sup>20</sup> Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes”, *Serie Políticas Sociales*, núm. 153, 2009, pp. 11-43.

<sup>21</sup> Colombia en el ámbito internacional sólo ha estado vinculada a la Guerra que libró contra Perú en 1932, y participó en la guerra en Corea en 1950 luego de aceptar una convocatoria de Naciones Unidas para formar una fuerza Multilateral. Pardo, R., *La historia de las guerras*, Colombia, Sello Javier Vergara, 2004.

<sup>22</sup> En su tesis doctoral Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006, el profesor Mario Montoya, realiza una conceptualización sobre la guerra en sentido general, y de manera particular, en la que afirma que Colombia “es un Estado en guerra desde su creación; once guerras del orden nacional, incontables guerras del orden regional y local, y muchas otras nunca declaradas como tales, han marcado una interacción multicausal que en la mayoría de sus acciones ha involucrado la imagen o la realidad del Estado”. Explica el profesor, que “han sido guerras libradas en nombre del Estado, desde el Estado, en contra del Estado o por los elementos de un Estado”. Consultado de la tesis doctoral inédita del profesor Mario Montoya. Tesis doctoral inédita: *Control Constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006*, Barcelona, Universidad Autónoma, 2009, pp. 65 y 66.

entre otras razones porque la causa de las guerras ha sido y sigue siendo la concentración de la riqueza en pocas manos.<sup>23</sup>

Estas guerras internas de carácter irregular han impedido la concentración del poder político y militar en manos de una organización estatal como sucedió en Europa;<sup>24</sup> por el contrario, han propiciado una proliferación de grupos de poder que influyen en el desarrollo del Estado, aun cuando muchos de ellos están al margen de la ley.

Colombia sigue hoy enfrentada a una guerra contra el terrorismo, contra el narcotráfico, contra las bandas de paramilitares, contra la delincuencia común,<sup>25</sup> lo cual ha dado lugar a que se desarrolle lo que denominamos una guerra irregular,<sup>26</sup> entendiendo por ella una confrontación armada permanente

<sup>23</sup> González Fernán Bolívar, Ingrid, *Violencia política en Colombia: de la Nación fragmentada a la construcción del Estado*, Bogotá, Cinep, 2007.

<sup>24</sup> García Villegas, Mauricio, *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 25.

<sup>25</sup> Pizarro, Eduardo, *Una democracia asediada*, Bogotá, Norma, 2004.

<sup>26</sup> Atendiendo las complejidades del conflicto colombiano, preferimos aquí, hablar de guerra irregular, debido a que no ha sido posible encontrar una caracterización de lo sucede en este país, no obstante se realicen esfuerzos importantes, entre los cuales encontramos el de Eduardo Pizarro León Gómez, cuya conclusión es precisamente que lo que aquí sucede no encaja en ninguna definición de guerra o conflicto desarrollada desde el marco legislativo o doctrinal. Pizarro expone: "...el análisis de las cuatro principales caracterizaciones del conflicto armado que sufre Colombia pone en evidencia sus múltiples insuficiencias. El concepto de guerra civil es, de lejos, el más inapropiado. Al menos dos de los tres indicadores de una guerra civil (la polarización de la comunidad nacional y la existencia de una "soberanía escindida"), se hallan ausentes. Las otras tres caracterizaciones (guerra contra la sociedad, guerra ambigua o guerra contra el terrorismo), aun cuando apuntan a realzar aspectos centrales del conflicto armado, a su turno, ocultan otras dimensiones o generan distorsiones conceptuales. La noción guerra contra la sociedad, minimiza la dimensión política de la confrontación. El concepto de guerra ambigua atiende a una criminalización de la guerrilla en términos de una total derivación delincuencial. Finalmente, la noción de guerra contra el terrorismo asimila de manera superficial a los guerrilleros colombianos con las redes terroristas de otras naciones. En el estado actual de la discusión no estamos en capacidad de proponer un concepto alternativo y sintético, es decir, con una amplia economía del lenguaje. Sin embargo, tras el prolongado repaso que hemos realizado del debate interno e internacional sobre el conflicto colombiano, nos quedan algunas ideas: se trata de un conflicto armado interno (inmerso en un potencial conflicto regional complejo), irregular, prolongado, con raíces ideológicas, de baja intensidad (o en tránsito a un conflicto de intensidad media alta), en el cual las principales víctimas son la población civil y cuyo combustible principal son las drogas ilícitas. Con base en estos elementos deberíamos avanzar en el futuro hacia una definición más estricta y

que involucra civiles, militares y grupos armados ilegales. Este tipo de guerra ha producido un índice importante de asesinatos habituales y selectivos que encauzan la convivencia dentro de altos niveles de sadismo y terror.<sup>27</sup>

La guerra irregular influye indudablemente en el desarrollo constitucional del Estado; lo que no es una situación excepcional si se tiene en cuenta que en Colombia, desde el periodo de independencia y durante todo el siglo XIX, se libraron nueve guerras civiles,<sup>28</sup> mientras paralelamente se expedieron Constituciones para imponer las políticas de quienes resultaron ganadores;<sup>29</sup> Hernando Valencia Villa las describe como *Cartas de batalla* debido a que, estas Constituciones, antes de ser un producto de la política lo fueron de la violencia.<sup>30</sup>

comprehensiva del conflicto interno, lo cual como hemos dicho, tiene hondas implicaciones tanto en el plano político, como jurídico y militar. Es muy costosa para una nación como Colombia la ausencia de una visión compartida sobre los principales rasgos del conflicto armado y sus actores, la cual constituiría la base mínima necesaria para el diseño de una adecuada estrategia de defensa nacional". *Ibidem*, pp. 79 y 80.

<sup>27</sup> Explica José Antonio Gutiérrez, que el sadismo utilizado en la guerra ha sido, en toda la historia de Colombia, una estrategia de los actores; descarta que éste obedezca a deformaciones patológicas y por el contrario plantea que "responde a la necesidad estructural de las clases dominantes de mantenerse en el poder mediante el terror, y a mayor desigualdad, mayor terror se hace necesario infundir".

<sup>28</sup> Las guerras en civiles en Colombia en el siglo XIX fueron: la guerra derivada de la disolución de la Gran Colombia entre 1829 y 1831; la guerra de los Supremos entre 1839 y 1842; la guerra de medio siglo de 1851; la guerra contra la dictadura de general Melo en 1854; la guerra contra el régimen conservador de 1860 a 1861; la guerra de los conservadores contra los radicales de 1876; la guerra entorno al liberalismo radical de 1885; la guerra de 1895: la guerra de los mil días. Pardo, Rafael, *op. cit.*

<sup>29</sup> En Colombia, se pueden describir varias etapas de desarrollo constitucional, desde las guerras de independencias del siglo diecinueve, hasta la expedición de la actual Constitución en 1991. Después de ubicar las vigencias de las Constituciones colombianas se encuentra en una primera etapa las Constituciones de la configuración, es decir, Constituciones orientadas a integrar las provincias poscoloniales en un gran Estado que tomó varios nombres, derivados todos, de la aspiración de integrar tres reinos españoles: Venezuela, Bogotá y Quito, esta etapa culmina con la desintegración de la Gran Colombia en 1832 y da lugar a una segunda etapa que se cierra con la finalización de la guerra civil de 1885 y la expedición, en 1886, de la que sería la Constitución vigente en el país por ciento cinco años. La tercera etapa se deriva de la expedición de la Constitución de 1991, llamada Constitución para la Paz, expedida en un proceso extra constitucional por parte de una Asamblea Nacional Constituyente que logró integrar e interpretar las aspiraciones de la población colombiana, golpeada sistemáticamente por varios ciclos de violencia que siguen vigentes y cuyo germen se deriva de la década de 1948.

<sup>30</sup> Villa Valencia, Humberto, *Cartas de batalla*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987.

De igual forma la violencia del siglo XX ha influido en el desarrollo constitucional colombiano, que pasó de una guerra entre partidos a una dictadura militar, y de ahí al surgimiento de las guerrillas, a la violencia del narcotráfico y a las atrocidades del paramilitarismo.

Actualmente ha surgido un neoparamilitarismo como nuevo actor de violencia en la guerra irregular, producto del rearme de paramilitares desmovilizados, entre 2003 y 2005, a los que se ha denominado bacrim.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Presentamos una rápida descripción de las violencias mutantes que se han vivido en el país a partir de 1948, periodo denominado específicamente como “la violencia”, para entender la afirmación de que Colombia es un Estado en guerra irregular: Entre los años 1948 y 1953 surge la violencia entre los dos partidos políticos existentes, en un contexto económico impulsado por élites burguesas que, por su dependencia de la economía norteamericana, pretenden desplazar hacia la clase obrera colombiana el impacto de la recesión de los Estados Unidos, desconociendo los beneficios que ya les habían sido reconocidos a los trabajadores. Esta situación fue determinante para el intento de reorganizar el movimiento sindical bajo el liderazgo del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, de cuyo asesinato se afirma, no generó la violencia política en el país, pero sí logró su desplazamiento hacia las zonas rurales, el surgimiento de los primeros grupos de paramilitares conservadores y las primeras guerrillas liberales del país. Gutiérrez, José Antonio, “A 60 años del bogotazo, violencia política y dominación de clase en Colombia”, *anarkismo.net*, 2008, disponible en: <http://www.anarkismo.net/article/8873>. En esta década llaman la atención los genocidios registrados entre 1947 y 1950: Belalcázar, en el Cauca; El Playón, en Santander; Betania, Ceilán y San Rafael, en el Valle del Cauca; Arauca, en Caldas, y la distribución cronológica de los muertos por la violencia, que en la segunda mitad de los años cuarenta correspondieron a un total de 126.297 asesinatos en cinco años, Medina, Medófilo, “Bases urbanas de la violencia en Colombia”, *Revista Historia Crítica*, Bogotá, núm. 1, 1989, pp. 20-32. A esta violencia entre partidos, le sigue un golpe militar, entre 1953 y 1957, que termina con la cesión del gobierno por parte del dictador Gustavo Rojas Pinilla a una Junta Militar. Después sobreviene la convocatoria a un Plebiscito en 1957 mediante el cual se retoma la vigencia de la Constitución suspendida, y se establece un Acuerdo de Alternancia Política entre los partidos liberales y conservadores que habían estado en guerra, llamado Frente Nacional; éste da lugar a que ceda la violencia entre ellos; pero asimismo abre el contexto para el surgimiento de guerrillas comunistas, que, alegando exclusión política da lugar a la creación en 1964 de los movimientos guerrilleros, ELN, FARC y en 1974 el M-19, Tirado Mejía, Álvaro, “Del Frente Nacional al momento actual: diagnóstico de una crisis”, *Nueva historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1989. Posteriormente surge una nueva forma de violencia en el periodo comprendido entre 1974 y 1990, durante la cual, los gobiernos posteriores al Frente Nacional, enfrentan la congregación de violencias generadas por grupos de guerrilleros, con la concesión de indultos, amnistías y el trámite de procesos de paz en medio de actos de violencia, como fueron la toma del Palacio de Justicia por parte del guerrilla del M-19, y la retoma por parte de las fuerzas militares. El surgimiento del fenómeno paramilitar y la lucha contra los carteles de las drogas; en el periodo de 1990 hasta mediados del 2000 se suman a la guerra irregular; los grupos paramilitares, que utilizan

De toda esta historia de guerras el profesor Humberto Vélez Ramírez (2010) concluye en su conferencia “Las Constituciones en la historia colombiana”, que el Estado colombiano siempre ha estado en disputa por diferentes razones:

- En el siglo XIX, el motivo fue El Estado en construcción: en nueve guerras civiles de alcance nacional, ya uno, ya otro habiendo, improvisadamente elevado a la condición de “general”, se alzó en armas pretextando la pertinencia a una forma dada de ordenamiento territorial del Estado: centralista o federalista.
- Entre 1904 y 1929, el motivo fue El Estado en sí: desde entonces, para reprimir las demandas y reivindicaciones de la emergente clase obrera, los agentes del Estado transformaron el monopolio de la violencia ilegítima en violencia estatal. Esa razón aún se sigue esgrimiendo.
- Entre 1946 y 1957, el motivo fue El Estado disputado: fueron los tiempos de la violencia entre los partidos a causa del presupuesto que manejaba el Estado y por su capacidad para generar empleo. El presupuesto se volvió un botín apetecible y los dos partidos pusieron a pelear a sus bases partidistas en procura de su control exclusivo y excluyente.
- Entre 1966 y el presente 2013, el motivo ha sido El Estado confrontado: corresponde a la época de la violencia insurreccional, en la que grupos alzados en armas han buscado subvertir al actual Estado para reemplazarlo por un Estado alternativo.

Por esta guerra irregular en las dos últimas décadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a Colombia en once oportunidades, todas ellas derivadas de la violencia sádica manifestada en masacres de civiles, perpetradas por grupos paramilitares en colaboración con las Fuerzas

como estrategia de guerra masacres sistemáticas de campesinos y que, desmovilizados a mediados del 2003 bajo un proceso de justicia transicional, se rearman pocos años después dando lugar a un nuevo actor llamado neo paramilitares que actualmente cuentan con más de 11.000 integrantes. Ávila, Ariel, “Farc: dinámica reciente de la guerra”, *Revista Arcano*, núm. 14, 2008, disponible en: [http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/arcanos/arcanos\\_14\\_diciembre\\_2008\\_files/arcanos\\_14\\_editorial.pdf](http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/arcanos/arcanos_14_diciembre_2008_files/arcanos_14_editorial.pdf).

Armadas, en las que se han utilizado los más atroces métodos de exterminio, como el desmembramiento de cuerpos y su posterior desaparición.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Las sentencias en contra de Colombia por parte de la Corte Interamericana de Derecho son: 1) Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Hechos del caso: Caballero Delgado era un dirigente sindical del magisterio santandereano capturado junto a María Santana por una patrulla militar y desaparecidos por el ejército, en 1989, mientras organizaban una marcha contra la violencia. 2) Caso las Palmeras vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Hechos del caso: Desde un helicóptero se bombardeó la zona denominada Las Palmeras en la zona de Mocoa departamento del Putumayo, y se realizaron ejecuciones por parte de la policía y el ejército de al menos 6 personas. 3) Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004. Hechos del caso: 19 comerciantes fueron torturados, asesinados y desaparecidos a manos del ejército y paramilitares en Puerto Boyacá, los descuartizaron y arrojaron al río. 4) Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Hechos del caso: Gutiérrez Soler, en 1994, en Bogotá, fue detenido por comandantes del ejército y torturado para que confesara ser extorsionista, posteriormente fue absuelto y se encuentra exiliado en Estados Unidos. 5) Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Hechos del caso: Asesinato de un número indeterminado de personas en julio de 1997 en el departamento del Meta por parte de las autodefensas. Coordinada por el jefe paramilitar Salvatore Mancuso, quien los acusó de ser auxiliadores de la guerrilla 6) Caso masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006. Hechos del caso: En enero de 1990 en Antioquia 43 personas fueron asesinadas por los paramilitares, dirigidos por el jefe paramilitar Fidel castaño, los llamaron a lista a medida de que eran asesinados. 7) Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 10. de julio de 2006. Hechos del caso: En Ituango, municipio del departamento de Antioquia. Paramilitares, dirigidos por el jefe paramilitar Carlos Castaño, llegaron al pueblo asesinaron a varias personas y luego y lo incendiaron. 8) Caso de Germán Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia 1 del 2006. Hechos del caso: Escué Zapata era una autoridad del resguardo indígena de Jambaló, ubicado en el departamento del Cauca, que luchaba para que les devolvieran tierras ocupadas por terratenientes. Fue torturado, asesinado y se afirmó que había muerto en fuego cruzado. El Estado reconoció su responsabilidad 21 años después. 9) Jesús María Valle Jaramillo vs. Colombia. Sentencia de 2007. Hechos del caso: Jesús María Valle Jaramillo fue asesinado en su oficina, frente a familiares, por ser activista de derechos humanos y denunciar la matanza de Ituango a manos de paramilitares. 10) Masacre de la Rochela. Sentencia 1 del 11 de mayo de 2007. Hechos del caso: 12 investigadores de la matanza de los 19 comerciantes fueron asesinados, en 1989, en Santander por paramilitares con el apoyo de las fuerzas militares. 11) Caso Manuel Cepeda Vargas. Sentencia 1 del 26 de mayo de 2010. Hechos del caso: Paramilitares asesinaron al senador de la República Manuel José Cepeda quien había solicitado recurrentemente protección al Estado sobre su vida por las constantes amenazas de muerte, recibidas por parte de paramilitares.

### III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO EN MEDIO DE LA GUERRA IRREGULAR

Después de 105 años de vigencia de una Constitución autoritaria, la Constitución expedida en Colombia en 1991 recoge los postulados del Estado Constitucional desarrollado en Europa y las características del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Incluye entre sus características: la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción constitucional, complejos procesos de reforma, un amplio despliegue en torno al reconocimiento y protección de los derechos humanos, y aspectos sustanciales para la protección de la democracia constitucional.

Expedida bajo presiones de todo orden, con la urgente necesidad de superar complejos problemas de organización política y de garantizar libertades públicas, la de 1991 se perfiló como la Constitución para la paz, pues con ella se intentaba superar la guerra irregular que durante más de sesenta años ha mantenido a la población sumida en altos niveles de inseguridad.

Luego de veinte años de vigencia con esta Constitución no se ha logrado el gran objetivo que la impulsó: la paz, pero se han alcanzado otros igualmente valiosos: el Estado se constitucionalizó debido a que la población, en general, acude a las diversas acciones de protección de derechos constitucionales, entre las cuales resalta la acción de tutela. Por otra parte, desde el ejercicio de la función de control de constitucionalidad de los actos legislativos reformatorios de la Constitución, de las leyes, de tratados internacionales y de decretos legislativos expedidos bajo estados de excepción, la Corte Constitucional creada bajo esta Constitución<sup>33</sup> ha hecho contrapeso a los

<sup>33</sup> Eduardo Cifuentes explica el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Colombia, describiendo que a partir de la reforma constitucional de 1910 se consagró la acción pública de inconstitucionalidad; esta puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, en cualquier tiempo, contra leyes, decretos leyes y decretos con fuerza de ley, (actualmente consagrada como derecho político, en el núm. 6 del artículo 40 C.P); radicando en la Corte Suprema de Justicia, la facultad de conocer las objeciones del Presidente de la República sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley. Junto a este control concentrado, se consagró el control difuso, según el cual, en todo proceso en el que se presente una antinomia entre una ley y una disposición constitucional se deberá preferir la aplicación de la norma constitucional, (actualmente consagrado en el artículo 4 de la CP). Posteriormente, con la reforma constitucional de 1945, se consagró, lo que hoy se denomina: competencia residual del Consejo de Estado, (actualmente consagrada en el

poderes Ejecutivo y Legislativo, caracterizado el primero por su marcado autoritarismo<sup>34</sup> y el segundo por altos niveles de corrupción,<sup>35</sup> contribuyendo a la construcción del Estado constitucional en medio de la guerra irregular, y dando cuenta de un constitucionalismo fuerte.

La Corte Constitucional ejerce control de constitucionalidad bajo el preciso objetivo de mantener la coherencia e integridad del ordenamiento jurídico, y la de revisión de los fallos de tutela, expedidos por otros jueces, para garantizar la igualdad ante la administración de justicia; estas funciones las ha ejercido durante veinte años, acudiendo a una interpretación creativa y decisoria, más que formalista.<sup>36</sup>

Frente a la función de revisión de fallos de tutela, la Corte ha desarrollado una labor que ha cambiado el constitucionalismo en el país. En los últimos ocho años se registra la expedición de más de diez mil sentencias,<sup>37</sup> que revelan la falta de protección efectiva en que se encuentran los dere-

numeral 2 del artículo 237 de la CP); consiste en la competencia del Consejo de Estado (máxima autoridad judicial en lo contencioso-administrativo) para conocer las acciones de nulidad en contra de decretos gubernamentales sin fuerza de ley. De igual forma, con la reforma constitucional de 1968 creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, que debía preparar los proyectos de resolución en asuntos de control de constitucionalidad, como fundamento de las decisiones que debía adoptar la Corte en pleno. También se incorporó el control automático ejercido por la Corte Suprema sobre los decretos dictados por el Gobierno durante los estados de excepción y, finalmente, con la creación de la Corte Constitucional, en 1991, ésta asumió competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley que anteriormente concentraba la Corte Suprema; a ello se le sumaron algunas nuevas atribuciones, dentro de las que cabe destacar el control previo de constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias y la revisión de las sentencias de acciones de tutela, en materia de protección de derechos constitucionales. Véase, Cifuentes, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *Ius Et Praxis*, núm. 8 (1), 2002, pp. 283-317, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100015&lng=en&nrn=iso&tlang=es %](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100015&lng=en&nrn=iso&tlang=es %).

<sup>34</sup> Iturralde, Manuel, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2010.

<sup>35</sup> Sobre la corrupción al interior del Congreso, resalta la investigación de Claudia López, sobre la infiltración del narcotráfico y del paramilitarismo. Expone la investigadora que en la época de terrorismo auspiciada por el narcotraficante Pablo Escobar (1980-1990), éste señor logró infiltrar un 3% del Congreso, mientras que en la década de 2002 a 2010 el paramilitarismo infiltró un 48%. López, Claudia, “Balance político de la parapolítica”, *Revista Arcanos*, núm. 14.

<sup>36</sup> Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

<sup>37</sup> Véase [corteconstitucional.gov.co](http://corteconstitucional.gov.co).

chos de las personas, y dan cuenta de la necesidad de ser protegidos por el poder judicial. En este sentido se puede resaltar que frente a los temas más importantes del constitucionalismo contemporáneo, como los derechos de las parejas del mismo sexo, el aborto, el consumo de drogas y la protección efectiva de derechos sociales, la Corte ha expedido, vía tutela, sentencias de relevada importancia constitucional en el contexto interno e internacional,<sup>38</sup> que revelan la protección de las minorías, enmarcadas en las diferencias del pluralismo.

En torno a la facultad de revisión constitucional del sistema jurídico, a la Corte Constitucional le ha tocado declarar la inconstitucionalidad de leyes expedidas por un legislativo corrupto, como históricamente ha sido el Congreso colombiano. Lo anterior ha llevado a afirmar al ex magistrado de la Corte Constitucional Humberto Sierra Porto, que en Colombia existe un ex ante y un ex post; entendiendo por el ex ante la corrupción previa que se presenta al integrar el Congreso, y por ex post el proceso de revisión de constitucionalidad sobre las leyes expedidas por el cuestionado legislativo, que incrementa el campo de acción de la Corte.<sup>39</sup>

Entre todos los procesos de revisión de constitucionalidad llaman la atención los procesos de reforma revisados durante el 2002 y 2010, que recaen sobre iniciativas presentadas por el gobierno, por la bancada de Congresistas del partido del gobierno y por el pueblo mismo, orientados todos a mantener la continuidad del gobierno del presidente Álvaro Uribe y su política de seguridad democrática (PSD).<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Entre las sentencias más recientes encontramos la sentencia T-024 de 2004 mediante la cual se protegieron los derechos fundamentales de más de 1.400.000 desplazados por la violencia; la sentencia T-760 de 2008 mediante la cual se reorientó el proceso de prestación del servicio integral de salud a todos los colombianos, la sentencia T-075 de 2007 que reconoce derechos en materia de salud y bienes a la población del mismo sexo, y la sentencia C-577 de 2011, que reconoce la existencia de familia entre parejas del mismo sexo y exhorta al Congreso a legislar sobre la forma jurídica de Constitución de estas familias.

<sup>39</sup> Véase la conferencia del magistrado Humberto Sierra Porto, dictada en la mesa sobre Interpretación Constitucional, en el marco del evento Diálogos con el mundo realizado en Bogotá en octubre de 2011, bajo la organización de la Corte Constitucional en la celebración de los 20 años de la Constitución, en *corteconstitucional.gov.co*.

<sup>40</sup> Álvaro Uribe propuso como política de su gobierno la política de seguridad democrática (PSD) para alcanzar la paz mediante la guerra a las FARC. Las acciones estratégicas de esta política, consistieron en fortalecer las fuerzas militares incrementando las partidas presupuestales para su modernización; además, incluyó una red de informantes y soldados campesinos, involucrando civiles en el conflicto. Los recursos para ejecutar

Lo anterior no quiere decir que los gobiernos que antecedieron al gobierno de Álvaro Uribe no realizaron procesos de reforma constitucional; sí las hicieron, pero no se concentraron, como en el caso de Uribe, en enraizar un tipo de democracia plebiscitaria a través de reformas constitucionales para hacerse reelegir con el objetivo de continuar con el ejercicio de su política guerrera (PSD), que no sólo no arrojó los resultados esperados sino que, por el contrario, generó un actor más a la guerra irregular: las bacrim (bandas criminales) o neoparamilitares, entendiendo por ellas a los grupos de paramilitares, desmovilizados en el marco de la controvertida Ley de Justicia Transicional,<sup>41</sup> que se rearmaron luego del proceso de desmovilización.

#### IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A REFORMAS CONSTITUCIONALES EN UN ESTADO EN GUERRA IRREGULAR

La facultad de revisión constitucional de la Corte, durante el periodo de ejecución de la PSD superó el mero conflicto entre las ramas y se convirtió

la PSD provinieron de Estados Unidos mediante el acuerdo denominado Plan Colombia, que diseñó el gobierno inmediatamente anterior del presidente Andrés Pastrana; después continuaron con el Plan Patriota del 2004; que finalmente tomó el nombre de Plan Consolidación. También se pudo ejecutar con los recursos derivados de una reforma tributaria, presentada al Congreso bajo la iniciativa del gobierno, a través de la cual se estableció, inicialmente, un impuesto al patrimonio, de manera transitoria y por una sola vez, mediante el Decreto 1838 de agosto 11 de 2000, aplicado a patrimonios líquidos poseídos al 31 de agosto del mismo año. Posteriormente, se fue legislando sobre el mismo impuesto de forma tal que se cobró durante todos los años, e incluso, se estableció su recaudo hasta el 2014, dando lugar a que la PSD se convirtiera en política de Estado. Esto se realizó a través de Ley 863 de 2003, que gravó los patrimonios líquidos de enero de 2004, 2005, 2006; de la Ley 1111 de diciembre de 2006, que afectó los patrimonios líquidos a enero 1 de 2007 y estableció el pago hasta el 2010, y, finalmente, de la Ley 1370, del 30 de diciembre de 2009, que estableció el pago del 0.6% sobre el patrimonio líquido de 2011 a 2014.

<sup>41</sup> En junio de 2005 y, luego de un difícil proceso de discusión al interior del Congreso, bajo las amenazas a la sociedad de los jefes paramilitares desmovilizados en el 2003 y retenidos en centros de rehabilitación, se expidió la Ley 905, que se perfiló como una ley de Justicia Transicional, mediante la cual se desmovilizarían los miembros de las estructuras paramilitares, obligándose éstos a rendir versiones libres en las que confesarían sus crímenes a cambio de pagar un máximo de ocho años de privación de libertad. Este proceso fue altamente criticado porque planteó un marco de justicia transicional sin transición. Uprimny, Rodrigo, *Justicia transicional sin transición: verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Ántropos, 2006.

en un contrapeso a la continuidad de las políticas de guerra, bajo el entendido de que éstas vulneraban el Estado constitucional colombiano.

El contrapeso al que aludimos se expresó en las sentencias de constitucionalidad C 551/ 2003, C 1040/ 2005 y C 141/2010;<sup>42</sup> en todas ellas encontramos cómo desde el garantismo judicial se salvaguardó la democracia constitucional, desarticulando la democracia plebiscitaria pregonada desde el gobierno, aplaudida por el Legislativo, y también por la mayoría del pueblo.

Los tres procesos de reforma se originaron en dos referendos, los primeros en la historia constitucional del país,<sup>43</sup> el primero de iniciativa gubernativa y

<sup>42</sup> De los tres procesos, se ejecutó la reforma propuesta vía referendo de iniciativa gubernativa en el 2003, aprobándose, por parte de la población, solo una de las diecisésis reformas propuestas; se realizó la reforma de iniciativa legislativa que permitió la reelección por un segundo periodo presidencial de forma inmediata, y se declaró la inconstitucionalidad de la ley que convocabía a referendo de iniciativa popular propuesta en el 2010.

<sup>43</sup> No obstante no hayan cumplido con los requisitos como tales, en cinco momentos anteriores en la historia de Colombia, se registran procesos referendatarios. El primer momento se dio en 1810 cuando las ciudades de Nueva Granada acudieron a los cabildos abiertos para proclamar su independencia, nombrando juntas de gobierno, suscribiendo actas de independencia, redactando y expidiendo sus Constituciones. Un segundo momento ocurre, en 1822, cuando los habitantes de las islas de San Andrés y Providencia, después de varios años de estar bajo el dominio de Guatemala, posteriormente del virreinato de Nueva Granada y en 1818 de los franceses, muerto el líder francés Louis Aury, quien dominaba las islas, sus habitantes decidieron pertenecer a la Gran Colombia y adherirse a la Constitución de Cúcuta de 1821. El tercer hecho histórico, que podría entenderse como la realización de un referendo ocurre, en 1886, cuando el gobierno y sus delegatarios prepararon la nueva ley fundamental de la Nación, conocida como “Acuerdo sobre reforma constitucional”, el cual debía incluirse en la Constitución y el presidente de la época Rafael Núñez dispuso que la única manera de que este tuviera fuerza obligatoria sería a través de la aprobación del pueblo. El cuarto momento ocurre con el plebiscito de 1957, convocado por la Junta Militar de Gobierno, a quien el ex dictador Gustavo Rojas Pinilla cedió el poder, mediante el Decreto 247 del mismo año, para que los mayores de 21 años, expresaran mediante sufragio, su aprobación o no del un texto que proponía restablecer el imperio de la Constitución e introducirle algunas reformas, y el cual fue incorporado al texto constitucional de 1886, además, mediante el mismo proceso se instaló el periodo de alternancia política, conocido como Frente Nacional. Finalmente el quinto momento se presenta en 1990 y fue conocido como “La Séptima Papeleta”. Se realizó a partir de la convocatoria realizada por el Presidente Virgilio Barco al “Referendo extraordinario por la paz y la democracia”, exigida por estudiantes de varias universidades del país, quienes impulsaron la inclusión de una séptima papeleta, en el proceso de elecciones locales para apoyar la convocatoria a una asamblea constituyente para que reformara la Constitución. Esta propuesta fue aprobada el 27 de mayo de 1990 y se convirtió en el principal antecedente de la nueva Constitución Política de Colombia de 1991. La reseña de los procesos similares a referendos. Véase: Registraduría Nacional del Estado Civil.

el segundo de iniciativa popular; un tercer proyecto de reforma fue iniciativa de la bancada de congresistas del partido del gobierno de Álvaro Uribe. Los dos últimos tenían el objetivo de reelegir a Uribe y su PSD.

El proceso de control generó una enorme expectativa, debido a que se especulaba sobre el alcance de las revisiones de constitucionalidad, en razón a que si bien la guarda de la integridad de la Constitución le corresponde por regla constitucional a la Corte Constitucional, ésta tiene el límite de ejecutar sus funciones en los estrictos y precisos términos del artículo 241 constitucional, que dispone que el control sobre los actos legislativos reformatorios de la Constitución realizados por el Congreso solo puede realizarse por vía de acción; es decir, la Corte no conoce de ellos de manera previa ni automática, sino cuando son demandados en su constitucionalidad, y se pronuncia, exclusivamente sobre vicios en el proceso de su expedición y no sobre su contenido material. Mientras tanto, el control sobre las leyes que convocan a referendos sí se ejerce de manera automática, en razón a que la Constitución establece que antes de que la población valide y apruebe<sup>44</sup> en las urnas la convocatoria a referendo y los cambios a la carta, la Corte debe revisar la constitucionalidad de la ley que convoca el mecanismo de participación y pronunciarse exclusivamente sobre los vicios en su proceso de expedición.

Bajo estos límites la Corte revisó cada uno de los tres proyectos de reforma a la Constitución, y pese a no contener la Constitución colombiana cláusulas pétreas, se concretaron, por vía jurisprudencial, límites al poder del Congreso de reformarla. Así, con una mayor relevancia en el campo político y jurídico, se evitó la continuidad en el poder de un Presidente que, actuando bajo una democracia plebiscitaria, pretendió desconocer los límites temporales y sustanciales del ejercicio de su función gubernativa, acudiendo a un legislador corrupto y a unas masas que pretendían la imposición de su voluntad en consideración de representar a las mayorías.<sup>45</sup>

*Referendos.* Consultado abril de 2010 en: [http://www.registraduria.gov.co/Informacion/ref\\_intro.htm](http://www.registraduria.gov.co/Informacion/ref_intro.htm).

<sup>44</sup> En Colombia la Constitución establece en su artículo 378 que una vez expedida la Ley de convocatoria a Referendo, un cuarto del censo electoral debe validar la convocatoria, y la mitad más uno de ese cuarto de censo electoral debe aprobar las reformas propuestas.

<sup>45</sup> Sobre la democracia plebiscitaria característica del Gobierno de Álvaro Uribe puede citarse el argumento esgrimido por su Ministro del Interior y Justicia Fabio Valencia Cossío quien afirmó que si se aprobaba el referendo reelecciónista “no importarían los

### 1. *Control de constitucionalidad a la iniciativa gubernativa: referendo 2003*

Esta primera convocatoria a referendo en la historia constitucional de Colombia provino de una iniciativa del Ejecutivo radicada en el Congreso y acogida mediante la Ley 796/2003. Su objetivo fue afianzar el programa de gobierno presentado durante la campaña del recién elegido presidente Álvaro Uribe.

En el campo académico la convocatoria generó simpatizantes y detractores. Los simpatizantes alegaban que esta iniciativa materializaba una de las promesas de la Constitución de 1991, que daba cuenta de una democracia participativa;<sup>46</sup> los críticos afirmaban que aquella generaría un mal inicio de la ampliación de la democracia debido a que el proceso se orientaba a manipular a la población a pretexto de mayor participación,<sup>47</sup> siempre bajo

tiempos establecidos por la Ley, ni el cumplimiento de la Ley de Garantías para que Uribe pudiera presentarse como candidato”, Véase: Valencia Cossío dice que Referendo será norma superior, octubre 26 de 2009, <http://www.semana.com/noticias-revista-de-radio/va...>

<sup>46</sup> El profesor Aleksey Herrera afirmaba entonces que “El Referendo no constituye, en forma alguna, la solución a los graves problemas del país, pero contribuye a darle gobernabilidad a la democracia, a mejorar algunos conflictos coyunturales y a promover la construcción de un ética pública. En lo que se refiere al primer aspecto, se puede decir que el conflicto entre una sociedad civil cada vez más exigente en materia de libertades y beneficios sociales en el marco del Estado social de derecho contrasta con la existencia de un Estado paquidérmico e incapaz de ofrecer soluciones efectivas a las necesidades colectivas; por ello, la participación directa del pueblo a través del Referendo permitirá eliminar la intermediación del aparato burocrático del Estado y garantizar que la decisión popular se imponga en el ordenamiento con el efecto jurídico que tiene el carácter fundamental de la norma constitucional”. Herrera, Aleksey, “Los pro y los contra del referendo: una visión positiva”, *Informativo Unnorte*, año 1, núm. 4, 2003, p. 6.

<sup>47</sup> “Aunque en la exposición de motivos del Referendo se presentan el fortalecimiento de los partidos políticos, la lucha contra la corrupción política y la reforma del Congreso, a consideración de los electores se proponen entre otras, las siguientes normas: limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos (artículo 8), facultades de las corporaciones públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública (artículo 4), nuevos recursos para educación y saneamiento básico (artículos 12, 12 y 14). Esto evidencia que dentro del articulado se incluyen disposiciones que distan mucho de los motivos presentados en la convocatoria; con esto se desconoce la obligación de presentar, de forma clara y concisa, un proyecto de Referendo que verse sobre la materia presentada en la exposición de motivos, y por lo tanto, se desconoce el derecho del elector a estar debidamente informado sobre el asunto sometido a su consideración”. Molinares,

una democracia plebiscitaria, pues ningún otro poder del Estado podía ejercer control sobre un presidente con tan alta popularidad.

La llegada del nuevo gobierno, que desplegaba sus banderas de guerra, era lo que esperaba y anhelaba la población colombiana, luego del fracaso de su antecesor en la búsqueda de la paz con las FARC a través de negociaciones. Por consiguiente, la propuesta belicista de Uribe contaba no sólo con un alto grado de aceptación ,sino con una mayoría al interior del Congreso dispuesta a avalar sus iniciativas de reforma, tal y como se evidenció durante los ocho años de su gobierno.

Así, promover un referendo resultaba más un plebiscito innecesario; sin embargo, la ley que lo convocó fue revisada en su constitucionalidad: la Corte declaró constitucional la mayoría de los aspectos e inconstitucionales otros tantos.<sup>48</sup>

Nos centraremos aquí en el análisis de los aspectos declarados inconstitucionales para poner en evidencia que la facultad de la Corte se proyectó hacia la salvaguarda del Estado constitucional en una guerra irregular no declarada por parte del gobierno, pero enfrentada desde su política de seguridad democrática.<sup>49</sup>

Resulta indispensable anotar que, independientemente de la revisión de constitucionalidad, la convocatoria a referendo fracasó porque de los 18 artículos sometidos a aprobación por parte del pueblo, sólo fue aprobado

Viridiana, “Los pro y los contra del referendo: una mirada crítica”, *Informativo Unnorte*, año 1, núm. 4, 2003, p. 7.

<sup>48</sup> Las reformas propuestas en el referendo fueron: muerte política a los corruptos; voto nominal y público de congresistas, diputados, concejales y ediles; eliminación de suplencias a los cargos de concejales, diputados, ediles, concejales; concertación del presupuesto público entre gobernantes y población a través de audiencias públicas; manejo independiente de los servicios administrativos del Congreso; reducción del número de integrantes del Congreso; pérdida de investidura de los congresistas, diputados y ediles; limitación salarial a empleados públicos; supresión de contralorías; prohibición de auxilios con dinero público; nuevos recursos para la educación y saneamiento básico; saneamiento de finanzas públicas; fortalecimiento de partidos políticos. Las reformas propuestas declaradas inconstitucionales fueron: votación en bloque del refrendo, aspectos relacionados con: supresión de personerías; penalización de siembra, distribución, consumo de sustancias alucinógenas; periodo de las autoridades territoriales.

<sup>49</sup> Conviene anotar que al finalizar el gobierno de Álvaro Uribe, Juan Manuel Santos su ex ministro de Justicia y nuevo presidente declaró la existencia de un conflicto armado interno en Colombia y bajo esta declaratoria se expidió, a iniciativa del gobierno, la Ley 1448 de 2011, mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de este conflicto.

el primero: la muerte política a servidores públicos que hubiesen sido condenados por delitos en contra del patrimonio del Estado.

En la SC-551/2003,<sup>50</sup> con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, se resalta el garantismo y activismo judicial de la CC, que dio viabilidad a la convocatoria con restricciones: la imposibilidad de votar en bloque un referendo multitémático de origen gubernativo, para no correr el riesgo de que se convirtiera en un plebiscito; la inconstitucionalidad de introducir notas introductorias antes de las preguntas, que orientaban la votación del elector, y la determinación del alcance del poder de revisión de la CC en el proceso de convocatoria a referendo.

#### *A. Alcance del poder de revisión de la Corte en el proceso de convocatoria a referendo*

En calidad de primera convocatoria a referendo en toda la historia constitucional colombiana, la Corte determinó el alcance de su competencia, la naturaleza de la ley de convocatoria al referendo y los parámetros de control sobre el proceso.

Sobre el referendo conceptuó que es un mecanismo que permite cristalizar el derecho a la participación en la conformación y ejercicio del poder político; sobre el proceso estableció que el referendo se hace en colaboración armónica y separada de los poderes públicos. De este modo el referendo no se agota con la observancia de requisitos de forma, sino que debe contribuir a la realización de los fines del Estado para evitar que sea un instrumento de manipulación de los gobernantes. Sobre la integridad del sistema normativo, la Corte expresó que la adopción de normas constitucionales contrarias a las normas imperativas del derecho internacional rompería la integridad de la Constitución.

<sup>50</sup> Esta SC fue analizada por Hernán Alejandro Olano García y Daniel Fernando Espinosa Silva, y con relación a los múltiples aspectos que intentó cobijar el referendo señalaron “en cuanto a la unidad de materia, la Corte advirtió, que un referendo puede en efecto abarcar, varios temas y convertirse en una consulta multitemática, pero la violación de unidad de materia se produce al redactar un único texto, donde estén mezcladas normas que pretenden reformar la constitución, con otras que impliquen en sentido estricto, cambios de tipo legal”. Véase: Olano García, Hernán Alejandro y Espinosa Silva, Daniel Fernando, “Análisis de la sentencia C 551 de 2003 de la Corte Constitucional que limitó los poderes de reforma de la Carta Política”, *Revista Dikaios*, año 18, núm. 14, 2004.

Señaló de manera concreta el carácter estatutario<sup>51</sup> de la ley de convocatoria a referendo y consideró que su competencia estaba limitada a revisar asuntos de procedimiento, a favor del principio democrático que establece la libre autodeterminación del pueblo como constituyente originario; sobre éste último aspecto la Corte aclaró:

Es razonable concluir que el mandato del artículo 379 pretende restringir la posibilidad de la declaratoria de inexequibilidad de un acto reformatorio de la Constitución, únicamente a aquellas irregularidades que sean de una entidad suficiente como para constituir un vicio de procedimiento en su formación, entendiendo por éste la violación de los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas”. Sentencia C 551/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynet.

Esta declaratoria puede suponer en sí misma un sistema de choques entre ramas en cualquier otro Estado constitucional; sin embargo, no es así en el Estado colombiano, puesto que la reforma se orientaba específicamente no sólo a materializar el programa de gobierno del Ejecutivo sino a enraizar una democracia plebiscitaria, bajo la declaratoria de guerra. En este escenario, los individuos dejan de percibirse como personas dignas en sí mismas y como fin de las actuaciones del Estado, y se convierten en medios para la obtención de los fines del Estado.

### *B. Referendo multitémático y notas introductorias*

En atención a la multiplicidad y variedad de los temas sometidos a referendo, la CC advirtió la peligrosidad de un referendo multitemático de iniciativa gubernamental; salvaguardando la democracia constitucional, consideró que debía respetarse el artículo 378 de la CP y detuvo la propuesta del gobierno de votar en bloque todas las reformas presentadas bajo la consideración de que podría instrumentalizarse más como un mecanismo plebiscitario que referendatario.

<sup>51</sup> En Colombia los tipos de leyes consagrados en la Constitución son: orgánicas, estatutarias y ordinarias. Los tres tipos se caracterizan por cobijar materias diferentes y procesos singulares para su aprobación, siendo las leyes estatutarias aquellas sometidas a control previo de constitucionalidad por parte de la Corte por recaer sobre aspectos esenciales de la Constitución como derechos fundamentales, mecanismos de participación democrática, estados de excepción, partidos políticos y estatuto de oposición.

En el proceso de revisión, la CC consideró que el examen constitucional de una ley de referendo debía estar orientado a proteger la supremacía de la CP y la libertad del elector, pero igualmente a favorecer y potenciar el principio democrático y la soberanía popular, que se expresan por este mecanismo de democracia semidirecta. Estableció que no podía permitir que la ley de referendo fuera irregularmente aprobada o presentara preguntas en forma tal que no garantizara la libertad del elector.

Dicha libertad fue protegida con la declaratoria de inconstitucionalidad de la propuesta del Gobierno, que consistía en votar en bloque, aprobando o improbando, todas las reformas multitemáticas propuestas, aspecto que la CP ya había establecido en su artículo 378 y que el Ejecutivo y el Congreso desconocieron en el trámite de la convocatoria.

Otro aspecto que da cuenta del garantismo judicial fue la declaratoria de inconstitucionalidad de las notas introductorias que el gobierno había propuesto a cada una de las preguntas sometidas a referendo y el Congreso había aprobado, entre las que se encontraban: “Nota introductoria: para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?”.

La Corte consideró que estas notas orientaban la respuesta del votante y obligó a suprimirlas; obsérvese que no se trata aquí de una mera revisión formal, ni de un sistema de control al ejecutivo, sino de un proceso orientado a garantizar los presupuestos de la democracia constitucional, como quiera que descalifica el consenso entre el legislativo y el ejecutivo en torno al conductismo en las respuestas, al que se estaba sometiendo al cuerpo electoral.

En su interpretación, la CC explicó que las notas introductorias disminuían de manera significativa las condiciones de libertad del sufragante y la exigencia de lealtad en el proceso.

Especificamente dejó sentado en su sentencia que:

[...] El recurso a expresiones como “racionalización”, “hacer efectiva la participación”, “proteger a la juventud”, “reducir las desigualdades sociales” etc., al asociar una situación socialmente deseable e incluso urgida, con la opción política de aceptar la aprobación del contenido normativo del artículo, implica entonces una inducción al elector. En este sentido, el recurso a la carga valorativa de ciertas expresiones, la cual ha sido determinada previamente por consensos comunes espontáneos, tiene como efectos el de persuadir al elector mediante su fuerza retórica y el de inducirlo por la opción política de aceptar

la aprobación del contenido del artículo, lo que a todas luces, compromete las condiciones de libertad que deben existir en el proceso de manifestación de la voluntad política de los sufragantes. Sentencia C 551/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynet, cursivas nuestras.

Analizando de manera específica una de las notas propuestas, la Corte consideró que contenían una fuerte carga emotiva y valorativa: “Nota introductoria: como medida para reducir las desigualdades sociales y controlar el gasto público, ¿aprueba usted el siguiente artículo?”.

Sobre esta nota específica la Corte expuso:

Asocia una circunstancia socialmente deseable y anhelada, cual es la reducción de las desigualdades sociales, a la eventual aprobación de un texto normativo. Ahora, es claro que al asociar a la idea de la reducción de las desigualdades sociales la aprobación del texto normativo, la nota introductoria está actuando como factor inductivo del elector. Es de tal magnitud la manipulación y el efecto psicológico de la expresión empleada, que incluso, la respuesta negativa a dicha pregunta o lo que es igual, la improbación del texto normativo, significaría para el elector tanto como no estar de acuerdo con que las desigualdades sociales se reduzcan o más terrible, estar de acuerdo con la injusticia social. Sentencia C 551/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynet, cursivas nuestras.

Junto al proceso de revisión constitucional, la Corte realiza una importante tarea pedagógica y establece que en el caso de introducirse notas, estas deben estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, valorativamente neutro, ser breves, no ser superfluas o inocuas y ser comprensivas del objeto que el artículo expresa; conforme a estas especificaciones, la Corte considera que las notas dejan de ser un factor de manipulación de la decisión política y se desvirtúa la posibilidad de manipulación del elector.

En conclusión, la Corte considera que:

La incorporación de notas introductorias tiene el desafortunado efecto de comprometer la esencia y función del mecanismo de participación ciudadana en qué consiste un referendo. En efecto, podría suceder que, dada la incorporación de preguntas con contenido material en las que se indican finalidades y propósitos de tipo político, el elector crea que está votando por estos y no por la aprobación de un nuevo texto normativo que integrará la Constitución.

En esta hipótesis, la desnaturalización del mecanismo de participación en qué consiste el referendo constitucional es evidente. Sentencia C 551/2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynet, cursivas nuestras.

Después de haber declarado la exequibilidad de la Ley convocatoria al primer referendo en el país, la Corte se erigió como garantista del Estado constitucional al declarar inconstitucionales las notas introductorias a las preguntas y la votación en bloque, que lo convertían en un plebiscito y modificar la manera de asumir los colombianos su participación. De este modo, desvirtuando la instrumentalización negativa del mecanismo de participación que se intentó imponer, la Corte salvaguardó la democracia constitucional.

## *2 Control de constitucionalidad a la iniciativa legislativa: acto legislativo 02 de 2004*

Luego de la improbadación de las reformas constitucionales propuestas con el referendo por parte del cuerpo electoral y sólo dos años después de haber asumido la presidencia Álvaro Uribe, se radicó otro proyecto de reforma constitucional en el Congreso. No sorprendió que la iniciativa proviniera del Legislativo, integrado por una mayoría uribista; sin embargo, sí llamó la atención que se radicara una propuesta de cambio en la temporalidad del poder ejecutivo, ampliéndolo de cuatro a ocho años, por medio de un proceso de reelección presidencial inmediata, que no había sido considerada por los constituyentes de 1991.

La expedición, por parte del Congreso, del acto legislativo reformatorio de la Constitución, que posibilitó la reelección de Álvaro Uribe para un segundo mandato de cuatro años más, estuvo presidida por las declaraciones de Salvatore Mancuso, uno de los Jefes Paramilitares más importantes del país. Un día después de las elecciones de Congreso, en marzo del 2002, este señor expidió un comunicado de prensa en el que aseguró con relación a la integración del Congreso: “Recomendamos a la gente por quién votar, podemos afirmar, en tal sentido y con los datos a la mano, que la meta original del 35% ha sido largamente superada y constituye un hito en la historia de las AUC”. Declaraciones reafirmadas en el mismo sentido, en junio del 2005, por Vicente Castaño, otro jefe paramilitar, que declaró: “Creo que podemos afirmar que tenemos más del 35 por ciento de amigos

en el Congreso. Y para las próximas elecciones vamos a aumentar ese porcentaje de amigos".<sup>52</sup>

Mediante sentencia de constitucionalidad C 1040/ 2005, con ponencia de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, la Corte declaró la constitucionalidad de la reforma, pero estableció límites al Gobierno y garantías efectivas para los otros candidatos a la presidencia mediante la exhortación que hizo al Congreso para la expedición de una Ley de Garantías.<sup>53</sup>

En esta ocasión, la Corte también cumplió un papel garantista, que excedió el sistema de controles horizontales, e hizo contrapeso al Ejecutivo, que pretendía reelegirse con el objeto de mantener su política de guerra. El día de la presentación de la iniciativa de reforma mostraba como logros: la recuperación del 70% del territorio del país en manos de la guerrilla de las FARC, y el incremento de la fuerza pública que, además, se estaba profesionalizando. En contraposición a esta ejecutorias se registraban dos grandes derrotas: el aumento en un 250% de los campos minados en el país por parte de las FARC,<sup>54</sup> y la ejecución de los falsos positivos, como se denominó al asesinato selectivo y sistemático de civiles por parte de las fuerzas militares, que luego los presentaban ante la opinión pública como insurgentes, con el fin de obtener los beneficios que otorgaba la PSD: remuneraciones económicas y días de descanso a quienes capturaran o asesinaran a guerrilleros.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Véase, Vicente Castaño, en *semana.com*, 5 de junio de 2005, en <http://www.semana.com/noticias-portada/habla-vicente-castaño/87628.aspx>.

<sup>53</sup> Luego de la expedición de esta sentencia, se llevó a cabo, por parte de la Corte Suprema de Justicia, un proceso judicial contra dos miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes —cámara baja del Congreso— acusados de recibir beneficios ofrecidos por el gobierno a cambio de la votación favorable en los debates que dieron lugar a la expedición del acto legislativo que permitía la reelección. El proceso concluyó con la condena a la senadora de la bancada de Congresistas del partido del gobierno, Yidis Medina. Esto generó un frontal enfrentamiento entre el gobierno y la Corte Suprema de Justicia que conllevó al desconocimiento, por parte del gobierno, de su deber constitucional frente a la Rama Judicial, que consiste en la obligación de prestar, a los funcionarios judiciales, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (artículo 201 de la CP); éste por el contrario, cuestionó a la Corte Suprema de Justicia a través de los diferentes medios de comunicación, y acusó de prevaricar a los magistrados de esta alta corporación.

<sup>54</sup> Ávila, *op. cit.*

<sup>55</sup> Actualmente las organizaciones de víctimas de los militares han presionado al Estado para que reconozca a las fuerzas militares como victimarios en el conflicto colombiano.

La revisión de constitucionalidad no se realizó de manera automática, como en el caso de la ley de convocatoria a referendo; se realizó previa demanda de inconstitucionalidad, y la competencia de la Corte se limitó a revisar los vicios de procedimiento en el proceso de expedición del acto legislativo.

La Corte no recibió una sino varias demandas de inconstitucionalidad en las que se alegaron varios aspectos sobre la materia, como la sustitución de la Constitución por parte del Congreso principalmente.

Ante las demandas de inconstitucionalidad, la Corte, con su tendencia a la interpretación evolutiva, expidió una de las sentencias más interesantes en materia de límites a los poderes constituidos, pues cobijó no sólo al Poder Legislativo sino que en la revisión se ocupó incluso del alcance de la temporalidad en el ejercicio del poder ejecutivo y, además, hizo alusión a la toma de decisiones del pueblo en el proceso electoral.

Esta sentencia se constituye en un hito con relación a lo que en Colombia se ha venido denominando test de sustitución, entendiendo por él los límites que tiene el Congreso para realizar reformas y evitar que incurra en la sustitución de la carta.

En este sentido, la Corte, bajo un orden riguroso, se pronunció primero sobre un aspecto cuantitativo, estableciendo que la facultad del Congreso para reformar el periodo presidencial podía realizarse exclusivamente “por una sola vez”, y luego desplegó los pasos para realizar el test de sustitución.<sup>56</sup>

biano por los falsos positivos, éste se ha negado y los ha incluido en la Ley de Víctimas expedida en junio de 2011, como víctimas del conflicto en general, dando lugar a un proceso de reconocimiento discriminatorio de la calidad de víctima.

<sup>56</sup> En la misma sentencia la Corte alude a sentencia anteriores donde había enunciado los pasos para la realización del test de sustitución, así: En las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se delineó el método para efectuar el juicio de sustitución, y se señaló: “Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Se trata de un enunciado específico, que no se limita

Sobre el poder del Congreso la Corte afirmó:

Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos. Sentencia C 1040/ 2005. M. M. P.P. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto.

Sobre la posibilidad de que el Congreso realizara posteriormente otra reforma y la participación del pueblo en el proceso, la Corte determinó:

Permitir la reelección presidencial —por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial— es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente. Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continúa operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. Sentencia C 1040/2005. M. P. Rodrigo Escobar

a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”.

Gil, Manuel José Cepeda, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, cursivas nuestras.

Frente al fenómeno de sustitución de la Constitución, que se presentaba por primera vez en la historia constitucional del país, la Corte conceptúo:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Sentencia C 1040 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto.

Y fijó como pasos que se deben seguir para la aplicación del test de sustitución:

1. Establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución.
2. Plantear cómo puede una reforma llegar a ser realmente una sustitución de la Constitución.
3. Comparar el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

Además, la Corte, aclaró:

La premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas —como sucede típicamente en el control material ordinario—, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable, como sucede en el juicio de intangibilidad. (Sentencia C 1040 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gi, Manuel José Cepeda, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto).

Esta sentencia contó con uno de los salvamentos de voto de mayor trascendencia en el país; el del magistrado Jaime Araujo, quien le hizo a la

población un llamado a la desobediencia civil, al considerar que la reforma excedía los límites del Congreso y revelaba un sistema dictatorial.

El magistrado expuso concretamente en su salvamento de voto:

En una concepción Constitucional de democracia, no es cierto que lo decidido por la mayoría deba aplicarse per se a las minorías. La definición de democracia desde la óptica constitucional, va mucho más allá que la toma de decisiones mayoritarias; la concepción constitucional es una definición incluyente, donde las decisiones mayoritarias deben no solo respetar a las minorías sino igualmente los derechos fundamentales de cualquier individuo... Así las cosas, la reelección inmediata es una figura jurídica ajena a la evolución constitucional en Colombia, no fue tema deseado por el Constituyente soberano. Por el contrario, pareciera deducirse de las características históricas propias de nuestro sistema político y del querer expreso del Constituyente soberano, un rechazo manifiesto a la reelección inmediata en cabeza del Presidente de la República. Salvamento de voto. Sentencia C 1040/ 2005. S. V. M. Álvaro Araujo, cursivas nuestras.

La sentencia C 1040/ 2005 avaló la constitucionalidad del acto reformatorio introducido por el Congreso, pero al mismo tiempo establece unas reglas claras, que le impidieron al legislativo reformar por segunda vez el periodo presidencial. De esta manera se protegió la democracia constitucional colombiana. El Congreso no pudo favorecer la política de guerra del presidente Álvaro Uribe.

### *3. Control constitucional a la iniciativa popular: referendo de 2009*

Finalmente llegamos al tercer momento elegido para nuestro análisis sobre la revisión de constitucionalidad de reformas constitucionales en un Estado en guerra irregular, formulado en la segunda convocatoria a referendo en la historia constitucional del país; en este caso se pone en evidencia un aspecto trascendental para el constitucionalismo colombiano debido a que se declaró la inconstitucionalidad, por vicios de forma, de la Ley 1354/ 2009, mediante la cual se convocabía a un referendo de iniciativa popular para la tercera reelección del presidente Álvaro Uribe.

Para la fecha de la convocatoria a referendo, 2010, el Consejo Nacional de Planeación (CNP), en su informe “Reflexión para la planeación, Balance general del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, y por medio de

su presidente Adolfo Atehortúa, concluía sobre la gestión del gobierno de Álvaro Uribe

hubo crecimiento económico, que obedece más que a una política interna al crecimiento de la región. También hubo una mayor inversión y productividad. Sin embargo, persiste el falso dilema de la inflación versus la competitividad, como si estos factores se excluyeran. Pero lo más preocupante fue que en los momentos de crecimiento del PIB, la riqueza no se redistribuyó. Colombia sigue siendo uno de los países en América Latina con mayor desigualdad. Hay logros importantes en los golpes a las FARC, pero eso ha tenido un costo muy elevado: el des prestigio de las Fuerzas Militares debido a los llamados “falsos positivos”. La política antidroga también tiene logros que mostrar, pero la coca sigue consiguiéndose y el mercado no se afecta. No estamos dando en el blanco. Se han extraditado jefes paramilitares y en narcos como ‘Don Mario’, pero surgen nuevos narcos.<sup>57</sup>

Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley se garantizó, vía judicial, la democracia constitucional, por cuanto: la iniciativa de reforma fue radicada por el 5% del censo electoral, como establece la Constitución, equivalente a casi cinco millones de personas. El Congreso, expresión de la democracia, expidió la ley que convocaba al referendo, y los nueve magistrados<sup>58</sup> de la Corte, al realizar el control automático a la ley, la declararon inconstitucional, y con ello impidieron que Álvaro Uribe continuara en el poder, no obstante lo solicitara el pueblo y lo legislara el Congreso,<sup>59</sup> anteponiendo a estas circunstancias los principios del Estado constitucional.

<sup>57</sup> Véase: Avances del gobierno han sido entre adelantos y tropiezos, en semana.com, febrero 24 de 2010, en <http://www.semana.com/noticias-politica/avances-del-gobierno-han-sido-entre-adelantos-tropiezos-cnp/135461.aspx>.

<sup>58</sup> Véase, El Colombiano, Los nueve de la decisión, publicado el 27 de febrero de 2010 [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/Los\\_nueve\\_de\\_la\\_decision/los\\_nueve\\_de\\_la\\_decision.asp?CodSeccion=192](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/Los_nueve_de_la_decision/los_nueve_de_la_decision.asp?CodSeccion=192).

<sup>59</sup> En este momento se presentaban denuncias sobre la falta de ética política de los miembros del gabinete del gobierno, ya que, durante los dos períodos de gobierno sucesivos de Álvaro Uribe, no sólo los congresistas se vieron inmersos en los procesos relacionados con grupos paramilitares, sino también, varios de sus ministros y sus propios hijos. Entre éstos casos se encuentra el de la Ex canciller o Ex ministra de Relaciones Internacionales, (segundo Ministerio en orden de importancia) María Consuelo Araujo , cuyo padre y hermano, éste último ex congresista, fueron condenados por la Corte Suprema de Justicia por vínculos con paramilitares; el del hermano del Ministro del Interior y de Justicia, (primer Ministerio en orden de importancia), cuyo hermano, Ex director Regional de Fiscalías de Medellín, fue condenado por vínculos con grupos paramilitares; el del Mi-

En una decisión trascendental, la Corte puso en evidencia el garantismo judicial frente a los procedimientos de reforma constitucional, con lo que menguó la legitimidad del gobierno bajo Estado de opinión,<sup>60</sup> que promovía el Poder Ejecutivo en todo el país. Como consecuencia de la decisión de la Corte, Álvaro Uribe no pudo gobernar el país por cuatro años más, a pesar de que casi cinco millones de personas, el cinco por ciento del censo electoral, radicaran la solicitud de convocatoria.

La iniciativa popular fue una estrategia del gobierno, que acudió al constituyente primario para dar curso a la reforma, alegando que ocho años no eran suficientes para terminar de ejecutar la PSD.<sup>61</sup> La iniciativa tenía en cuenta el antecedente fijado por la Corte en la revisión del acto legislativo 02/2004, que establecía que el Congreso no podía reformar en una segunda ocasión el periodo presidencial.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Convocatoria a Referendo mediante sentencia de constitucionalidad C 141/ 2010, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, alegando la existencia de vicios de trámite en la convocatoria, que era el aspecto sobre el cual la faculta la Constitución.

Los vicios de inconstitucionalidad señalados por la Corte recayeron sobre dos aspectos esenciales: el proyecto fue discutido en el Congreso sin el cumplimiento de los requisitos formales que para la convocatoria al referendo establece la Ley 134/1994, Estatutaria de Mecanismos de Participación, según los cuales los convocantes debían presentar al Consejo Nacional Electoral certificación y límites del presupuesto utilizado para realizar la recolección de firmas constitutivas del 5 % del censo electoral con el que se iniciaba el trámite de la convocatoria; así como la modificación por parte

nistro de Hacienda, Óscar Iván Zuluaga, investigado por su presunta vinculación política con la red política paramilitar del Magdalena, y de abuso de poder en la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, que permitió que los hijos del presidente adquirieran unos terrenos destinados a fines colectivos.

<sup>60</sup> Véase: El Estado de opinión sin límites, 14 de enero de 2010, <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/estado-opinion-limites/133654.aspx>.

<sup>61</sup> En relación con la convocatoria a un referendo constitucional, se realizaron muchas críticas desde diferentes sectores. Se sostenía que obedecía a una coyuntura y no a la consolidación del Estado constitucional; se insistía en que debía realizarse para reelegir no al Presidente, sino a su política de guerra, corriendo el riesgo de convertir la guerra en una política de Estado. Se puede consultar una posición al respecto en, “¿Reelección de la Seguridad democrática?”, 2 de abril de 2009. <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/releccion-seguridad-democratica/122440.aspx>.

del Congreso de la pregunta por la cual ese 5 % del censo electoral había manifestado su apoyo. De este modo la Corte establece una vez más una regla, vía jurisprudencial, en torno a los límites en el proceso de reforma a la carta por parte del Congreso compuesto en un 48% por representantes del partido del gobierno, entre los que estaban suspendidos de sus cargos aquellos a quienes la Corte Suprema de Justicia investigaba por vínculos con el paramilitarismo.<sup>62</sup>

De otra parte, la Corte estableció que en el proceso de expedición de la ley convocatoria a referendo como iniciativa de carácter popular, el Congreso no podía introducir ningún tipo de modificación a la pregunta por la que había firmado el cuerpo electoral, fijando así un límite al poder de reforma del mismo Legislativo.<sup>63</sup>

En la sentencia, la Corte se pronunció sobre los vicios de trámite, indicando que:

Los vicios de trámite referidos, los cuales tuvieron lugar en el curso de la iniciativa ciudadana y durante el procedimiento legislativo que culminó

<sup>62</sup> Los vínculos de los Congresistas con los jefes paramilitares se establecieron en Pactos, firmados entre los dos sectores, con el objetivo de refundar el Estado colombiano; entre esos pactos se cuentan: el Pacto de Ralito, suscrito el 23 de julio del año 2001, en la población Santa Fe de Ralito, del Departamento de Córdoba, entre varios miembros del Congreso aspirantes a reelección para el nuevo periodo que iniciaba en el 2002, con los jefes paramilitares: Salvatore Mancuso, Jorge 40, Diego Vecino y Adolfo Paz. Entre las consecuencias derivadas de éste acuerdo, se encuentra el control de gran parte del Congreso por parte de paramilitares que ayudaron a la elección de los Congresistas que firmaron el pacto. El Pacto de Chivolo, suscrito en el Departamento del Magdalena, por el jefe paramilitar Jorge 40 y aspirantes a alcaldías, concejos, asambleas y gobernaciones de éste departamento. El Pacto de Pivijay firmado para definir los candidatos a cargos públicos que recibirían el apoyo de los paramilitares. Véase De Ralito a la Corte”, 24 de mayo de 2007, <http://www.semana.com/noticias-nacion/ralito-corte/101739.aspx>. Véase: De encuentro al que asistieron 410 políticos hablaría “Jorge 40” en versión que rendirá en 10 días, en eltiempo.com, Mayo 18 de 2007. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3560754>. Véase Chivolo y Pivijay, los otros pactos, 15 de julio 2009, <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-chivoloy-pivijay-los-otros-pactos>.

<sup>63</sup> Esta situación se presentó porque la pregunta sometida al censo electoral para convocar el referendo se redactó de manera equivocada y no viabilizaba la reelección para un tercer periodo inmediatamente siguiente, sino subsiguiente. Se quiso superar el inconveniente modificando la pregunta como efectivamente hizo, no obstante la Corte consideró que el Congreso no estaba facultado para modificar la pregunta que el 5 % del censo electoral había aprobado en el trámite de convocatoria y declaró la inconstitucionalidad de la Ley de convocatoria. Esto impidió que Álvaro Uribe continuara en el poder.

con la expedición de la Ley 1354 de 2009, suponen el desconocimiento de importantes principios constitucionales y de los procedimientos formales previstos por la Constitución y la ley para la convocatoria de un referendo de iniciativa popular reformatorio de la Constitución. No se trata, por lo tanto, de meras irregularidades formales sino de violaciones sustanciales al principio democrático, uno de cuyos componentes esenciales es el respeto de las formas previstas para que las mayorías se pronuncien. Sentencia C 141/2010. M. P. Humberto Sierra Porto, cursivas nuestras.

Sobre uno de los vicios específicos revisados, que aludió a la justificación de la exigencia de topes individuales y globales a la financiación privada, la Corte consideró que:

La exigencia de topes a la financiación privada, cuando se trata de una iniciativa popular para convocar un referendo constitucional, cumple la función de garantizar que no se distorsione el interés ciudadano frente a un tema específico sólo porque los promotores disponen de una cantidad ilimitada de recursos, al igual que garantiza el principio de libertad que debe orientar la participación popular. Sentencia C 141/2010. M. P. Humberto Sierra Porto, cursivas nuestras).

Sobre los cambios introducidos por el Congreso a la pregunta previamente aprobada por el cuerpo electoral, la Corte conceptualizó:

En tratándose de leyes de convocatoria a un referendo constitucional de iniciativa popular, la posibilidad de introducir modificaciones por parte del Congreso de la República se encuentra limitada en virtud de la protección que debe garantizarse al principio de democracia participativa y al derecho fundamental de participación política de más del cinco por ciento de ciudadanos que conforman el censo electoral vigente... por lo que una modificación sustancial de la iniciativa normativa ciudadana, en cualquier etapa del procedimiento legislativo, implica la vulneración del principio de identidad, y dependiendo de la etapa del trámite legislativo en que aquella haya tenido lugar puede acarrear a su vez la trasgresión del principio de consecutividad que exige que la iniciativa ciudadana sufra cuatro debates durante su trámite en el Congreso, sin que pueda ser alterada sustancialmente a lo largo del procedimiento legislativo. (Sentencia C 141/2010. M. P. Humberto Sierra Porto, cursivas nuestras).

Frente a la salvaguarda de la democracia constitucional, la Corte estableció de manera radical que:

La noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad. Sentencia C 141/2010. M. P. Humberto Sierra Porto, cursivas nuestras.

Con esta sentencia se puso punto final al gobierno que desde el 2002 al 2010 ejerció Álvaro Uribe; y ante los tres proyectos de reforma, todos de diferente origen con el mismo objetivo, la Corte desarrolló precedentes jurisprudenciales que limitaron el poder reformador del Congreso, impidieron la continuidad del presidente Álvaro Uribe en el poder, con ello el ejercicio de una democracia plebiscitaria, y pusieron límites a la voluntad de las mayorías.

## II. CONCLUSIONES

El Estado constitucional en Europa derivó de la experiencia de los totalitarismos en Italia y Alemania. La guerra marcó el rumbo del nuevo Estado, fundado en la supremacía material de la Constitución y los tribunales constitucionales, acogidos por un número importante de Estados europeos. Los Estados europeos iniciaron las garantías constitucionales bajo un complejo proceso de proceso de interpretación.

En Colombia, la evolución del Estado se encuentra enmarcada en importantes guerras civiles y violencias mutantes, que no han sido superadas a pesar de los grandes anhelos de la población. En el marco de estas guerras se erige, desde 1991, la Corte Constitucional como guardiana de los derechos constitucionales y garantista de los presupuestos del Estado constitucional.

De acuerdo con el magistrado Humberto Sierra Porto, en Colombia, la Corte se ve enfrentada en el ejercicio de sus funciones a un ex ante y un ex post. El ex ante alude a la corrupción que se presenta al integrar el Congreso, que tendría que llevar al ejercicio de controles previos y rigurosos; el ex post se relaciona con los procesos de conocimiento de acciones de inconstitucionalidad sobre leyes y reformas constitucionales, que tiene que hacer la Corte para garantizar la transparencia y rigidez constitucional.

En los últimos ocho años la garantía judicial de la Constitución se consagró en las Sentencias de Constitucionalidad C 551/2003, C 1040/2005 y C 141/2010. En todas, unido a los argumentos jurídicos derivados del proceso de control, encontramos cómo desde el garantismo judicial se salvaguardaba la democracia constitucional desarticulando la democracia plebiscitaria pregonada desde el gobierno y regulada por el Legislativo e incluso aplaudida por la mayoría de la población.

La Corte revisó cada uno de los tres proyectos de reforma a la Constitución y, no obstante no contener la Constitución colombiana cláusulas pétreas, se establecieron, vía jurisprudencial, límites al poder de reforma constitucional del Congreso. Con una mayor relevancia dentro del campo político y jurídico, la Corte evitó la continuidad en el poder de un presidente que, actuando bajo una democracia plebiscitaria, pretendió desconocer los límites temporales y sustanciales del ejercicio de su función gubernativa, acudiendo a un legislador corrupto y a unas masas que pretendían desconocer las reglas constitucionales bajo el pretexto de la imposición de la voluntad de las mayorías.

La función de control constitucional ejercida por la Corte impidió una reforma que posibilitara un tercer mandato consecutivo del presidente Álvaro Uribe, con lo que frenó la continuidad de una política de guerra que lejos de alcanzar el objetivo de la paz generó nuevos actores de violencia dentro de la guerra irregular que se libra en Colombia.

La propuesta que presenta este artículo está orientada a plantear que la solución frente al proceso de consolidación de Colombia como Estado Constitucional, pasa necesariamente por el garantismo a los procesos constitucionales, hasta ahora, salvaguardado por el activismo de los jueces constitucionales, quienes en franco proceso de interpretación creativa y decisoria, han protegido, tal como se demuestra en los casos descritos, la democracia constitucional, de los injerencias que se intentaron introducir

por parte del Ejecutivo, del legislador e incluso el pueblo mismo, orientadas todas a afianzar una democracia plebiscitaria.

En este escenario, podemos afirmar que la cultura sobre la justicia constitucional, aunque desarrollada de forma tardía en Colombia, paradójicamente enfrenta un proceso de aceleración desde el garantismo de la Corte Constitucional, convirtiéndose éste modelo, en el referente a seguir en torno a la consolidación del Estado constitucional, resaltando en ello la rigidez y control constitucional ejercido por parte de la Corte en las difíciles circunstancias de guerra irregular en el país.

