

Boletín Nº 16
del
**Instituto de Estudios
Constitucionales**
Escuela de Derecho

DIRECTOR: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

**LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: ¿HACIA LA
SUSTITUCIÓN DEL DERECHO POR EL DEBER?**

Jorge Luis Barone

EL CONTROL JUDICIAL DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL

Luis Javier Moreno Ortiz



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO:
¿HACIA LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO POR EL DEBER?
© *Jorge Luis Barone*
EL CONTROL JUDICIAL DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL
© *Luis Javier Moreno Ortiz*

Primera edición: octubre de 2008.
Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda.
Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.
www.usa.edu.co
Fax: 3 17 75 29.
Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.
Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo
Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*No consiste el entender las leyes en retener sus palabras,
sino en comprender sus fines y sus efectos.*
Celso, Digesto I, 3, 17.

CONTENIDO

LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: ¿HACIA LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO POR EL DEBER? <i>Jorge Luis Barone</i>	7
EL CONTROL JUDICIAL DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	21

LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: ¿HACIA LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO POR EL DEBER?

RECENSIÓN: LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO. LEÓN DUGUIT.

Jorge Luis Barone

"Nadie posee otro derecho que el de cumplir siempre con su deber"
Augusto Comte

SUMARIO: **1. Introducción. 2. De las Transformaciones del Derecho Privado en General.** §1. Punto de Partida: el Código de Napoleón y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. §2. Concepción Civilista Clásica: naturaleza y crítica. §3. La Nueva Concepción de Derecho: la noción de «función social». §4. Redefiniendo los Límites de la Libertad. **3. Repensando las Instituciones de Derecho Privado.** §5. La Autonomía de la Voluntad: i) Las personas colectivas: Sustitución de la teoría de la ficción de la personalidad por la noción de fin; ii) El acto y la situación jurídicos: la declaración de voluntad; iii) La relación jurídica: no siempre se da entre dos sujetos. §6. El Contrato. §7. La Responsabilidad. §8. La Propiedad.

1. INTRODUCCIÓN

En cualquier sociedad, por adelantada que sea, el Derecho vigente es un mero sofisma; lo vigente se queda en la semántica. Expresa únicamente que tal o cual norma no ha sido expresa o tácitamente derogada por otra, aun cuando el conglomerado social la desconozca, la repudie abiertamente en sus relaciones. La vida es espontánea, las normas y la jurisprudencia no. Requieren el consenso de muchos y se elaboran a partir de largos y arduos procedimientos. Por ello, el orden positivo "vigente" no es vigente sino en el papel.

El autor reseñado expone la forma como, en las sociedades modernas, se está llevando a cabo una transformación en sentido socialista, que contrasta en lo más profundo, con la estructura individualista y subjetiva de los órdenes fundados a partir de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano y el Código de Napoleón.

La noción de función social tiene un claro asidero en las sociedades avanzadas, y sustituye a la de Derecho subjetivo. Quienes tienen a su cargo la construcción del ordenamiento jurídico no pueden, no deben ir contra la realidad que la misma sociedad impone. Los viejos dogmas individualistas y metafísicos del Derecho civil deben ser desechados, para abrir paso a una nueva concepción de lo jurídico elaborada sobre un solo fundamento: el deber social de las personas.

2. DE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO EN GENERAL

§1. El Punto de Partida: el Código de Napoleón y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789

Algunos sucesos históricos han caracterizado y marcado una época determinada; han constituido los hitos que revolucionaron la concepción del mundo y las instituciones imperantes de su momento. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la expedición del Código de Napoleón en 1804, sin duda alguna, constituyeron los pilares sobre los cuales se erigió un nuevo orden jurídico, cuyo espíritu irradió, en general, a todos los ordenamientos de los Estados de cultura americano-europea¹. Las nociones de Derecho subjetivo, de sujeto de Derecho, de personalidad jurídica y de Autonomía Individual son, de manera indiscutible, consecuencias directas del triunfo de la Igualdad, la Libertad y la Fraternidad sobre las antiguas instituciones del orden pre-revolucionario.

Sin embargo, pronto ocurrió que el desarrollo práctico de los nuevos principios puso en evidencia las falencias que se derivaban de su aplicación natural, esto es, sin ajustes, de cara a las cambiantes exigencias sociales². Las nociones metafísicas de Derecho subjetivo y de sujeto de Derecho, que daban un ropaje puramente individualista a instituciones como el contrato, la propiedad y la culpa, exigen hoy ser redirigidas hacia una

concepción jurídica en la que la función social que debe cumplir toda persona, constituya el fundamento de la legitimidad de sus actos y de la protección jurídica de los mismos. En otras palabras, los estándares de las sociedades modernas demandan el rechazo de la legitimidad de las actuaciones fundadas en la noción de Derecho subjetivo³.

§2. El Sistema Civilista: naturaleza y crítica

El sistema civilista está siendo avasallado a partir de la crítica de las nociones primigenias que le dan sentido. Como se verá más adelante, los efectos del análisis que aquí se plantea se extienden a las instituciones básicas del Derecho privado, como el contrato y la propiedad.

El sistema civilista, que nació con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Código de Napoleón, está inspirado en las nociones de Derecho subjetivo⁴ y de Sujeto de Derecho. Desde ellas, el hombre aparece como titular de derechos individuales, inalienables e imprescriptibles que se hallan naturalmente ligados a su condición de hombre y que, como se enseña desde temprano en las escuelas de Derecho, sólo tienen por límite los derechos de los demás. Así, entonces, el papel del Estado no es otro que el de asegurar el libre ejercicio de estos derechos⁵.

Las fallas de este sistema salen a la luz cuando se plantea la siguiente pregunta: ¿Existe el hombre como individualidad, como ser aislado? La respuesta a esta cuestión está dada por la misma noción de Derecho subjetivo. Si ésta es, por definición, la facultad de de un sujeto de imponer a otros el respeto de su voluntad, rápidamente se llega a la conclusión de que para hablar de derechos subjetivos es necesario, al menos, que concurren dos voluntades. Una voluntad que domina a otra en una circunstancia concreta.

La noción de Derecho subjetivo es, por tanto, metafísica, contraria a la realidad. Pretende tomar por cierto algo que no es, que nunca ha sido y que nunca será. El hombre como individualidad no existe, y como no existe, entonces es imposible hablar de sus derechos individuales, inalienables, imprescriptibles e inescindiblemente ligados a su individualidad⁶. El hombre no tiene derechos que aporte a la sociedad,

porque jamás ha vivido por fuera de ella. Si en todo caso existe un derecho, este no puede nacer sino de la vida en sociedad, y no puede ser otro distinto que el de cumplir cada cual con su deber social.

Si los derechos subjetivos no existen, como se ha sostenido, entonces, el sujeto de Derecho, como aquél que es titular de derechos subjetivos, tampoco existe. La validez o no de los actos y su correspondiente protección, no están determinadas por el hecho de que provengan de un sujeto de Derecho. El Derecho moderno exige que el análisis parta del apego de los actos al deber de solidaridad social que los deben motivar, sin entrar en los pormenores metafísicos referidos a la existencia de un sujeto de Derecho.

La noción de función social se impone en las sociedades modernas. La crítica a las nociones de Derecho subjetivo y de sujeto de Derecho es contundente, y sus efectos se extienden a los elementos esenciales del sistema civilista, a saber: i) La libertad individual; ii) La inviolabilidad del Derecho de propiedad; iii) El contrato; y iv) La responsabilidad por culpa.

§3. La Nueva Concepción de Derecho: la noción de "función social"

Un nuevo sistema jurídico se está elaborando sobre la base realista de la noción de la función social. Los principios y elementos del sistema civilista no satisfacen las exigencias de las sociedades modernas. En el Derecho moderno, la noción de Derecho subjetivo se desvanece frente a las funciones que todo individuo debe cumplir⁷.

La función social surge, precisamente, de la idea del hombre como ser gregario, como ser que no puede estar aislado de sus semejantes, que debe ejecutar ciertas tareas en beneficio de los objetivos sociales. Por ello, la solidaridad social se impone al individuo y se constituye en el principio que legitima sus actuaciones.

La solidaridad social no es una doctrina, sino el hecho que justifica cualquier tipo de asociación, es decir, i) la semejanza de las necesidades de los hombres que pertenecen a un mismo grupo social; y ii) la diversidad de necesidades y aptitudes de los hombre que pertenecen a ese mismo

grupo. Cada individuo posee aptitudes distintas, que debe poner al servicio no solo de sus intereses particulares sino, más que otra cosa, al servicio de los intereses de la sociedad en la que se desenvuelve.

Por otra parte, desde esta visión, las medidas adoptadas por el Estado no tienen por objeto la protección de derechos inexistentes. En las sociedades modernas, el Estado puede y debe realizar las restricciones e imponer las obligaciones necesarias, para permitir a cada persona el cumplimiento de la función social que lo constriñe, de acuerdo con el lugar que ocupa en la colectividad⁸.

§4. Redefiniendo los Límites de la Libertad.

En el sistema civilista, toda persona es libre de desenvolver su actividad física, intelectual y moral. El Estado, como ya se anotó, sólo puede imponer ciertas restricciones con el fin garantizar a todos el ejercicio de sus derechos. Como bien lo establece el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre, "la libertad consiste en hacer todo lo que no dañe a otro". Por fuera de este evento, el individuo puede realizar cualquier actividad, aun aquéllas que sin ningún beneficio lo ponen en riesgo o incluso lleguen a dañarlo. En consecuencia, es impensable bajo la óptica individualista, que el Estado prohíba las actividades que inútilmente ponen en riesgo al individuo que las realiza o imponga cargas que atenten contra su libertad, como la obligación de trabajo, de enseñanza o de previsión.

Sin embargo, la realidad social se muestra en contradicción con los principios de la doctrina individualista, que aún están sobre papel. Hoy se observa cómo los estados que han alcanzado un mayor grado de civilización, restringen la actividad del individuo en su propio beneficio, como cuando establecen la prohibición de realizar ciertas actividades peligrosas que no reportan ninguna utilidad a la solidaridad social⁹, y, de otra parte, cuando, por ejemplo, imponen la obligación de enseñanza. Estas normas se encuentran en contradicción con la concepción individualista de la libertad.

Y tiene todo el sentido, pues si los derechos subjetivos no existen, no es posible hablar del derecho a la libertad. El hombre no tiene derecho a desenvolver su individualidad; por el contrario, tiene el deber de hacerlo

para cumplir con su función social. El Estado adquiere, como consecuencia, el deber de establecer las normas que permitan ese desenvolvimiento, de proteger los actos que están acordes con los fines de la solidaridad social y de castigar aquéllos que sean contrarios.

En síntesis, la noción de libertad-derecho está siendo destronada por la de libertad-función, aun cuando formalmente los textos que inspiran aquélla sigan vigentes.

3. REPENSANDO LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO

§5. La Autonomía de la Voluntad

En el sistema civilista todas las personas son libres de modificar su esfera jurídica, ya sea ampliándola o restringiéndola, mediante un acto de su voluntad, dentro de las limitaciones que la ley impone, que no pueden ser otras que la de no hacer daño a otros con su acto. El artículo 944 del Código Civil argentino define acto jurídico de la siguiente manera: "Son actos jurídicos, los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o transferir derechos". En síntesis, la teoría de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con el sistema civilista, se reduce a los siguientes aspectos: "i) Todo sujeto de Derecho es un ser sujeto de voluntad; ii) Todo acto de voluntad de un sujeto de Derecho está socialmente protegido; iii) Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga un objeto lícito; iv) Toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de Derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y el otro el sujeto pasivo"¹⁰.

Sin embargo, esta concepción de la autonomía de la voluntad se halla en abierta contradicción con la que describe la realidad impuesta por el Derecho moderno. A este último poco le importa que el acto emane de un sujeto de Derecho o que la relación surja entre sujetos de derecho, por una simple razón: el sujeto de derecho no existe. De tal forma que, atendiendo a la realidad del diario acontecer de las sociedades modernas, la teoría civilista de la autonomía de la voluntad, soportada en la noción de derecho subjetivo y sujeto de Derecho, se desvanece y abre paso a una nueva forma de concepción, que se sustenta a partir del fin de los actos, como se pasa a demostrar a continuación:

i) Las personas colectivas: sustitución de la teoría de la ficción de la personalidad por la noción de fin

En cuanto a la existencia de la voluntad se refiere, los vacíos de la doctrina individualista surgen, de lleno, en el campo de las personas morales, de las colectividades¹¹. Allí surgió la pregunta de si las colectividades tenían o no una voluntad distinta de la de sus socios, cuestión de vital importancia, puesto que sólo si se les reconocía voluntad propia a las colectividades, y con ella la cualidad de sujetos de Derecho, los actos que de ellas emanaran tendrían el amparo del Estado, a condición, por su puesto, de que tuvieran un objeto lícito.

A este asunto se le pretendió dar solución mediante la teoría de la ficción jurídica expuesta por Savigny, según la cual el Estado podía reconocer la personalidad jurídica de las colectividades, lo cual suponía admitir que tuviesen una voluntad distinta de la de sus asociados¹². Sin embargo, la anterior teoría trajo consigo un nuevo problema ¿Qué hacer frente a un gran y creciente número de asociaciones que no eran reconocidas por el Estado y que, no obstante ello, actuaban en el plano jurídico?

En Francia surgieron un gran número de asociaciones profesionales, a pesar de que estaban prohibidas por considerarlas un atentado contra el monumento de la libertad individual. Empero, esto no impidió que se formasen agrupaciones de distintos gremios, que actuaban con una voluntad distinta de la de sus socios individualmente considerados. Estas agrupaciones adquirían bienes, negociaban con ellos, asumían obligaciones, todo lo cual se hacía contrariando abiertamente las leyes vigentes.

El legislador francés tuvo que entender, por la fuerza de los hechos, que la protección jurídica de los actos de las colectividades y de los terceros que interactuaban con ellas no podían pender de un reconocimiento formal por parte de la administración. Así, mediante la ley 1 de 1901, en la que se prescinde por completo de la expresión "personalidad jurídica", se protegieron las actuaciones colectivas a partir del fin que persiguiesen sus miembros¹³. Así mismo, se establecieron restricciones y sanciones a las colectividades, que sólo encuentran asidero en la concepción moderna de Derecho, como la posibilidad de adquirir únicamente los bienes inmuebles necesarios para el cumplimiento del fin perseguido por

sus miembros, y la ineficacia de los actos que no estén adscritos al cumplimiento de ese fin. Es claro que, si realmente el Estado hubiese reconocido a las colectividades la cualidad de sujetos de Derecho, estas limitaciones por el fin carecerían de sentido, pues en la concepción civilista toda persona tiene Derecho a la libertad, y la libertad consiste en hacer todo lo que no dañe a otro.

ii) El acto y la situación jurídicos: la declaración de voluntad

La protección de la libertad individual en el sistema civilista conlleva, por contera, a la protección de la voluntad interna de los sujetos de una relación jurídica, pues sólo ella constituye un elemento de individualidad. La voluntad que se expresa, por el contrario, es un acto social que puede ser contrario a la verdadera intención de las partes. Por tal motivo, no sorprende que el artículo 1156 del Código de Napoleón disponga que "En los convenios se debe investigar cuál ha sido la intención común de las partes antes que detenerse en el sentido literal de los términos". Por lo tanto, la voluntad interna del sujeto es la que produce efectos en Derecho en el sistema civilista.

En cambio, el Derecho moderno tiende a admitir que sólo produce efectos la voluntad declarada. Son obvias las consecuencias: en un caso de discordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, el sistema civilista admite la prueba de la real voluntad y la hace prevalecer; el Derecho moderno, a contrario sensu, puede llegar a admitir la prueba de ausencia de voluntad, pero no la de la existencia de una voluntad interna distinta de la declarada. Las partes de una relación en las tendencias modernas no pueden exigir que sus manifestaciones voluntarias produzcan efectos distintos, probando que la voluntad interna ha sido otra¹⁴. El motivo para que ello sea así es también simple: Admitir la prevalencia de la voluntad interna es reconocer la subsistencia en el Derecho moderno, de las concepciones metafísicas e individualistas del Sistema Civilista.

iii) La relación jurídica: no siempre se da entre dos sujetos.

La última crítica que hace el autor a la teoría civilista de la autonomía de la voluntad, se refiere a la existencia de dos sujetos de Derecho como presupuesto mínimo de toda relación jurídica¹⁵. En cuanto a la propiedad,

por ejemplo, los civilistas han tenido que idear la teoría del sujeto pasivo universal para salvar el contenido dogmático de esta concepción.

En las sociedades socialistas, pueden darse situaciones que deben ser garantidas por el Estado aun cuando en ella no interactúen dos sujetos. El derecho moderno, se aviene a proteger los actos de voluntad que están determinados por un fin de solidaridad social, es decir, que están enfilados al cumplimiento de una función social, sin entrar en los pormenores de la existencia o no de pluralidad de sujetos¹⁶.

Desde finales del siglo XIX, se ha formado en Francia una jurisprudencia muy interesante al respecto. El caso emblemático fue el del testamento de los hermanos Gouncourt, quienes consagraron su fortuna a la creación de una academia literaria. "El testamento de Edmundo Gouncourt, que declaraba ser a la vez el intérprete de la voluntad de su hermano Julio, instituía como legatarios universales a Alfonso Daudet y León Hennique, con el encargo de vender todos sus bienes y aplicar el producto a la creación de una Sociedad literaria de diez miembros con 6.000 francos de renta anual a cada uno y la obligación de conceder todos los años a una obra literaria un premio de 5.000 a 10.000 francos. Los herederos naturales pretendían que esas disposiciones debían ser anuladas, porque se referían a una persona inexistente por intermedio de personas interpuestas. El Tribunal de Casación de París, confirmando la sentencia del Tribunal del Sena del 5 de agosto de 1897, decidió en sentencia del 1 de marzo de 1900, "que ha lugar a declarar válidas, en el fondo como en la forma, las disposiciones testamentarias de Edmundo Gouncourt". Los tribunales deciden que no hay persona interpuesta, "considerando que la interposición de personas no es una causa de nulidad más que cuando la persona llamada a recoger la liberalidad de manos del testador por intermedio del interpuesto es incapaz o desconocida; que en este caso Alfonso Daudet y León Hennique son los únicos legatarios instituidos". El argumento así presentado no tiene valor, puesto que la persona que debe beneficiarse aquí no solamente es incapaz, sino inclusive inexistente; es la Academia, que seguramente no existe en el momento de la muerte del testador. Es verdad que los tribunales agregan que "sin duda el deseo del testador es que su fortuna pase a la Sociedad... que esta Sociedad, no teniendo todavía existencia a su muerte, es incapaz en sentido de que no puede recibir de él; pero que en el momento en que nazca legalmente

recibirá los bienes, no del testador, sino de los mismos legatarios". (Sirey, 1905, II, pág.78)... Dos años después, el Tribunal de Casación debía ir más allá todavía. En 1900, el Tribunal de París reconocía que la fundación no podría organizarse y funcionar más que mediante la intervención de la autoridad pública al otorgarle la personalidad con el reconocimiento de utilidad pública; agregaba, por lo demás, que esto no afectaba la validez del legado. En 1902 el Tribunal Supremo llega aun a admitir que la institución de caridad fundada por un testador puede funcionar a título de institución privada sin reconocimiento de utilidad pública. M.Graule, rentista de Finestret (Pirineos orientales), había hecho un testamento en el cual encargaba a sus legatarios universales fundar en Finestret un hospital para ancianos pobres; él mismo regulaba la organización del hospital así fundado. Los herederos naturales acataban la disposición como hecha a una persona incierta por intermedio de personas. El Tribunal de Montpellier, primero, y el de Casación, después, reconocían la regularidad y la validez de esta fundación. Los argumentos aducidos no son de los mejores, porque el Tribunal Supremo no osaba rechazar todas las viejas concepciones y colocarse frente a la realidad. Sin embargo, tomo esta nota de la sentencia: "Teniendo en cuenta que no deberán considerarse las cargas y la cláusula indicadas como constitutivas de una mano muerta prohibida por la ley, que únicamente tienden a organizar una obra de beneficencia lícita en sí, susceptible de llegar a ser un establecimiento de utilidad pública, pero que en tanto no sea reconocida como tal, subsistirá como institución privada, según las reglas de Derecho común". (Sirey, 1905, I, pág. 137). Esta sentencia tiene un alcance que rompe con los principios civilistas, pues si la fundación no existe al momento de la muerte del testador, entonces ¿cuál es la persona titular del patrimonio afecto a esta obra de beneficencia? Lo que la jurisprudencia francesa hizo, aun sin querer hacerlo, fue reconocer y proteger la afectación de una riqueza a un fin lícito, independientemente de que no existiera pluralidad de sujetos en la situación planteada.

§6. El Contrato

En el plano jurídico de la concepción civilista, los sujetos se relacionan, en principio, por medio del contrato. Esta institución es el estadio en que tiene lugar un juego de voluntades entre una pluralidad de sujetos, y que tiene por objeto aumentar la esfera jurídica de una de las partes y disminuir

la de la otra. Por tanto, para el sistema civilista el contrato es, por esencia, un acuerdo de voluntades.

No obstante, en las sociedades modernas han aparecido nuevas categorías jurídicas que los civilistas han intentado encajar en la noción de contrato. Se trata de figuras en que no tiene lugar el libre juego de voluntades entre sujetos¹⁷.

Los mal llamados contratos de adhesión son una manifestación clara de la aparición de novedosos actos jurídicos que se apartan de los principios tradicionales que dan forma al contrato. El cuestionamiento es evidente, ¿Dónde está el acuerdo de voluntades en los contratos de adhesión? Ciertamente no lo hay. Lo que realmente hay es una declaración unilateral de hecho o de derecho, según provenga de un particular o de una persona de Derecho público, que ofrece un bien o servicio en determinadas condiciones, y otra voluntad que quiere aprovecharse de ella.

No hay aquí acuerdo de voluntades; es más, puede que las voluntades jamás lleguen a conocerse, pero si el acto unilateral está determinado por un fin de solidaridad social, el Estado no puede invalidarlo, todo lo contrario, está en el deber de protegerlo.

§7. La Responsabilidad

A las relaciones surgidas sólo mediante contratos, propugnada por los civilistas, les cabe únicamente la excepción de la responsabilidad por culpa. El artículo 1382 del Código de Napoleón establece que quien cause un daño por su culpa o negligencia está obligado a la reparación de perjuicios. A este sistema se lo conoce como responsabilidad subjetiva, y en él resulta indispensable la existencia de una actuación intencional, imprudente o negligente del causante del daño, para que pueda realizarse la correspondiente imputación de responsabilidad. Lo contrario, esto es, admitir la imputación de responsabilidad sobre la base de causas externas al sujeto sería un atentado contra su individualidad.

Por el contrario, en el Derecho socialista de las sociedades modernas están surgiendo sistemas de responsabilidad objetiva, en donde no es necesario probar la culpa, sino solamente el daño causado. Esta nueva

concepción lentamente va cerrando espacios al sistema de responsabilidad por culpa, al punto de sólo poder intervenir en el campo de las relaciones individuo- individuo¹⁸. De otra parte, cuando se trata de relaciones individuo-grupo o de grupos entre sí, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el patrimonio que debe soportar el riesgo creado por el grupo considerado? El grupo no es un sujeto de voluntad, pero su actividad beneficia a la sociedad y, en particular, a los miembros del grupo. Por lo tanto, si el grupo tiene el beneficio inmediato del ejercicio de la actividad será "justo que soporte el riesgo que hace correr a los individuos y a los demás grupos, en el desarrollo de esa actividad"¹⁹.

Una muestra de la evolución del Derecho en este sentido se encuentra en la Ley francesa del 9 de abril de 1978. Esta ley estableció que, cuando un accidente se produce en el trabajo, el patrono no puede justificarse probando la culpa o torpeza del trabajador; sólo se exime probando que éste se ha lesionado intencionalmente.

§8. La Propiedad

El artículo 17 de la Declaración de 1789 establece que "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado". He aquí la apología máxima de los postulados individualistas del Derecho civil, que se complementa con el artículo 544 del Código de Napoleón, que dispone lo siguiente: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta".

Desde la posición civilista, el Derecho de propiedad es absoluto frente al poder público, que sólo puede establecer algunas restricciones por interés de policía, pero no puede ir más allá, salvo pagando una previa y justa indemnización; es absoluto frente a los individuos, pues según la teoría de Baudry-Lacantinerie "el propietario puede legítimamente realizar sobre la cosa actos aunque no tenga ningún interés confesable en realizarlos" y si con ellos causa daño a otro "no es responsable porque no hace más que usar un derecho"²⁰; finalmente, es absoluto en su duración, por cuanto el titular del Derecho de propiedad puede disponer de sus bienes en negocios entre vivos y en testamento.

En el Derecho moderno, la noción de propiedad-derecho es sustituida por la de propiedad-función. Como se ha dicho, el derecho subjetivo no

existe, lo que existe es el deber de todo individuo de cumplir con una función determinada por sus aptitudes y por la posición que ocupa en el conglomerado social. Por ello, quien es poseedor de riqueza tiene una función que sólo él puede cumplir, cual es aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. En consecuencia, la protección de sus actos serán garantidos, en la medida en que persigan el fin de solidaridad social que se le impone²¹.

En ese sentido, el legislador estará plenamente facultado para exigir la explotación de los bienes de capital y sancionar al propietario por el abandono de sus riquezas, o por su empleo para fines distintos de los de solidaridad social. En conclusión, si bien en las sociedades modernas la afectación a la riqueza para la satisfacción de las necesidades individuales del propietario es legítima, no lo es menos el deber de usar su poder sobre la cosa para satisfacer las necesidades comunes.

***** NOTAS *****

¹ "...me parece imposible discutir que en las sociedades de cultura americano-europea, el Código de Napoleón y la declaración francesa de los derechos del hombre de 1789, señalan el término de una larga evolución en el orden jurídico". Pág. 172.

² "El siglo XIX ha sido un período particularmente fecundo en todos los órdenes sociales de la actividad humana. Un movimiento considerable se ha realizado en el dominio social. Pero este movimiento, en lugar de ser, como pensaban los hombres de la revolución francesa y la primera generación del último siglo, el desenvolvimiento normal de los principios formulados en 1789, ha sido una reacción formidable contra ellos". Pág.172.

³ "El sistema jurídico de la declaración de los Derechos del hombre y el Código de Napoleón, descansan en la concepción metafísica del Derecho subjetivo. El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista". Pág. 174.

⁴ "...el profesor Jellinek dice: El Derecho Subjetivo es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad". Pág.174.

⁶ "Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado o independiente es una ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad". Pág. 178.

⁷ "El hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar". Pág. 178.

⁸ "...he ahí el gran hecho moderno, he ahí el eje central, en cierto modo, sobre el cual evoluciona el Derecho. Cada Hombre, cada grupo de hombres, ya sea el dictador supremo de un país o el más modesto de los súbditos, ya sea un parlamento omnipotente o una modesta asociación, tiene una cierta tarea que cumplir en el vasto taller que forma el cuerpo social. Esta función está determinada por la situación que de hecho ocupa en las colectividades" Pág. 182

⁹ "La ley debe prohibir todos los juegos peligrosos en los que sin provecho social el hombre expone su vida". Pág. 188.

¹¹ En cuanto a las personas naturales se refiere, se ha discutido sobre la voluntad del niño o del loco. Para explicar su personalidad jurídica se decía: "Hay en ellos una voluntad virtual o potencial, y esto basta para que sean sujetos del Derecho". Pág. 197.

¹³ "...era preciso rendirse contra la evidencia. La protección jurídica de la actividad colectiva no puede depender de la arbitrariedad del Gobierno; es preciso de toda necesidad que toda colectividad, por el solo hecho de perseguir un fin lícito, pueda constituirse libremente y encuentre en el derecho objetivo la protección segura de sus actos".

¹⁴ "Puede probar (y ciertas decisiones de la jurisprudencia parecen negarle esta posibilidad) que no ha habido un acto de voluntad; pero no puede obtener el reconocimiento de los actos que no ha declarado querer, aun cuando en realidad los haya querido". Pág. 209.

¹⁵ "En el sistema individualista, la situación de Derecho no puede concebirse más que como una relación entre dos sujetos". Pág. 216.

¹⁶ "No hay que investigar los dos términos de una relación que no existe, sino simplemente si ha habido un acto de voluntad, determinado por un fin conforme al Derecho objetivo". Pág. 217.

¹⁷ "Al lado del contrato aparecen nuevas categorías de actos jurídicos que los civilistas quieren, a todo trance, comprender, de grado o por fuerza, en el antiguo cuadro del contrato pero que en realidad son absolutamente diferentes, que son, quizás, actos unilaterales". Pág. 221.

¹⁸ "Se comprende fácilmente cómo la afirmación de esta especie de responsabilidad es una consecuencia de la socialización del Derecho. Cuando no se veían en la vida jurídica más que relaciones de individuo a individuo, cuando se referían todos los hechos sociales a la autonomía de la voluntad individual, no se podía concebir el nacimiento de una obligación más que como obra de la voluntad. El sujeto quiere conforme al Derecho: se hace acreedor o deudor. Quiere contra Derecho: es responsable y será deudor del equivalente del perjuicio causado". Pág. 232.

¹⁹ Pág. 232.

²⁰ Pág. 238.

²¹ "La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza". Pág. 240.

EL CONTROL JUDICIAL DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: **1. Prolegómenos.** § 1. Aproximación a un tema complejo. § 2. Apuntes metodológicos. § 3. Fuentes de la investigación. **2. El discurso teórico.** § 4. La Constitución y el problema del bloque normativo. § 5. Separación entre la iniciativa y el referendo. § 6. La iniciativa a la luz de las fuentes normativas. § 7. El referendo a la luz de las fuentes normativas. § 8. Las fuentes jurisprudenciales. § 9. La Sentencia C-180 de 1994. § 10. La Sentencia C-643 de 2000. § 11. La competencia de la Corte Constitucional en la teoría. **3. En busca de lo concreto: el camino de la ley.** § 12. Marco general de la Sentencia C-551 de 2003. § 13. La ley convocante y sus características. § 14. El control de la Corte. § 15. El trámite en el Congreso. § 16. La libertad del elector. § 17. Preguntas y notas introductorias. § 18. Complejidad, extensión y ambigüedad de las normas. § 19. Contenido normativo multitemático. § 20. El voto en blanco. § 21. La teoría de la diferencia entre reformar y sustituir la Constitución. § 22. La anulación fallida. § 23. El decisum. § 24. Apuntes sobre la ratio decidendi. **4. En busca de lo concreto: el camino de la reforma constitucional.** § 25. Cuestionamientos a la competencia de la Corte Constitucional. § 26. El problema del control: ¿dualidad o duplicación? § 27. El referendo como blanco. § 28. Sentencia C-973 de 2004. § 29. Sentencia C-1000 de 2004. § 30. Sentencia C-1121 de 2004. § 31. Sentencia C-1173 de 2004. § 32. Sentencia C-113 de 2004. § 33. El referendo como argumento. § 34. Sentencia C-931 de 2004. § 35. Sentencia C-740 de 2006. § 36. Sentencia C-178 de 2007. § 37. Sentencia C-180 de 2007. § 38. Sentencia C-293 de 2007. **5. Conclusiones.** § 39. Apuntamientos teóricos. Visión preliminar. § 40. Apuntamientos sobre la ley convocante. Visión intermedia. § 41. Apuntamientos sobre la reforma constitucional. Visión completa. § 42. ¿Soberanía popular?

1. PROLEGÓMENOS

*Toda dificultad eludida se convertirá más tarde en un
fantasma que perturbará nuestro reposo.*

Frédéric Chopin.

La historia de Colombia se construye a la medida de la coyuntura. Cada día trae su afán, y con tantos afanes, la voluntad se agota en la inacción.

Las cosas ocurren, se comentan, se estudian y se consideran mientras duran, hasta que los nuevos hechos lo desplazan todo, cubriendo con el olvido de lo añejo lo que era novedad. El ciclo de los acontecimientos da la impresión de que pasan muchas cosas, pero en el fondo queda la reflexión de que no pasa nada. El tema principal de la actual coyuntura es el referendo constitucional. A falta de uno, se anuncian tres, todos ellos de iniciativa popular, el de la reelección presidencial, el del agua y el de cadena perpetua para los violadores y abusadores sexuales de niños. Pese a la tendencia predominante, bien vale la pena intentar escapar a los vaivenes de la política de ocasión, que suelen tener la pretensión divina de estar en todas partes, para estudiar de manera estrictamente jurídica la institución del referendo constitucional a la luz de la Constitución, la ley y la jurisprudencia. Esta es la sujeta materia del presente documento.

§ 1.

El referendo constitucional es un asunto complejo. En torno a él converge la acción de cuatro actores principales: el Pueblo, el Gobierno, el Congreso y la Corte Constitucional. Su camino está lleno de dificultades desde el comienzo, al punto de parecerse mucho a una carrera de obstáculos. El Pueblo puede ser el alfa y la omega del proceso, pues tiene iniciativa para proponerlo y tiene el poder privativo de decidirlo, aprobándolo o negándolo. El Gobierno tiene también iniciativa para proponerlo, pero no puede tramitarlo y aprobarlo. El Congreso, gran cancerbero de todas las reformas a la Constitución, puede decidir las directa o indirectamente. Directamente, por medio de actos legislativos, como ha ocurrido en la mayoría de los casos hasta ahora. Indirectamente, por medio de la ley que convoca al Pueblo a un referendo o de la que somete a consideración del Pueblo la convocatoria de una asamblea constituyente. La Corte Constitucional puede actuar antes y después de la votación del referendo. Antes, con el control automático de la ley que convoca al Pueblo, conforme a la competencia señalada por el numeral 2 del artículo 241 de la Carta. Después, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, contra el acto que reforma la Constitución, según lo preceptuado por los artículos 241.1 y 379 *ibidem*.

§ 2.

La complejidad de la materia requiere una metodología que le sea adecuada. Son muchos los temas a considerar. Desde la perspectiva de la competencia, puede estudiarse la de los titulares de la iniciativa, la del Congreso en el trámite de la ley, la de la Corte Constitucional en su control previo y en su control posterior, e incluso la del Pueblo en el momento de aprobar o improbar la reforma a la Constitución. Este documento se centra en el estudio de la competencia de la Corte Constitucional. Solo cuando sea indispensable para comprender este tema, se hará referencia a las demás competencias. El método propuesto tiene dos escenarios: el análisis en el plano teórico de las fuentes jurídicas relevantes en el asunto, y el análisis en el plano práctico de la única experiencia de referendo constitucional ocurrida después de la vigencia de la Constitución de 1991. Ambos análisis, si bien separados en sus respectivos planos, se presentan conforme al orden cronológico de los eventos, para considerar primero el control automático previo de la ley que convoca al Pueblo a un referendo y, después, el control por vía de acción pública de la reforma constitucional aprobada por el Pueblo.

§ 3.

La investigación se hace a partir de fuentes normativas y jurisprudenciales. Las fuentes normativas son cuatro: la Constitución Política, la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana o Ley 134 de 1994, la ley orgánica del reglamento del Congreso o Ley 5 de 1992, y la ley que convocó al anterior referendo constitucional o Ley 796 de 2003. Las fuentes jurisprudenciales son catorce: las Sentencias C-180 de 1994, C-643 de 2000, C-551 de 2003, C-931, C-973, C-1000, C-1121 y C-1173 de 2004, C-1048 de 2005, C-113 y C-740 de 2006, C-178, C-180 y C-293 de 2007.

2. EL DISCURSO TEÓRICO

La teoría es asesinada tarde o temprano por la experiencia.
Albert Einstein.

El vertiginoso impulso popular que agita a la asamblea constituyente de 1991, consolidado por el creciente desprestigio de los representantes del

Pueblo en su tarea de intermediación política, se plasma en la atribución de la soberanía al Pueblo. El nuevo soberano puede pronunciarse directa o indirectamente. En el primer caso, al tenor del artículo 40.2 de la Carta, todo ciudadano tiene el derecho a participar del poder político y, para concretarlo, puede tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. Los mecanismos previstos por el artículo 103 ibidem para esta participación son: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. En el segundo, media la intervención de sus representantes, siendo el principal de ellos el Congreso. A partir de esta dualidad, la doctrina ha venido hablando de dos clases de democracia, la participativa o directa y la representativa o indirecta.

§ 4.

La Constitución pretende regular todo lo concerniente a su reforma en su Título XIII. No obstante, la regulación de este Título, además de ser breve, compleja y confusa, es, como lo reconoce la propia jurisprudencia constitucional, en especial en la Sentencia C-551 de 2003, incompleta. Pese al contundente mandato del artículo 379, para poder ejercer el control de constitucionalidad en tales materias, es menester integrar un bloque normativo como parámetro de juzgamiento, lo que corresponde a uno de los sentidos en que suele emplearse la noción de bloque de constitucionalidad. La evidente imposibilidad de estudiar el proceso de formación de una ley sin tener en cuenta el reglamento del Congreso, basta para notar lo anterior. El bloque normativo es un asunto tan complejo como problemático. En el caso del referendo constitucional, a los referentes normativos de la Constitución y de la ley orgánica del reglamento del Congreso, es menester agregar la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana. La integración que hace la Corte Constitucional del bloque normativo relevante en cada caso, brinda el marco teórico para determinar el ejercicio de su competencia de control judicial.

§ 5.

En el complejo proceso del referendo constitucional está involucrado al menos un mecanismo de participación ciudadana: el referendo, pero también es posible que lo esté, como es el caso en los tres referendos a

que se ha aludido, otro mecanismo: la iniciativa legislativa. Sea lo primero, entonces, advertir la existencia de dos mecanismos diferentes de participación, que no pueden confundirse, en el proceso del referendo constitucional. De la errónea confusión de los dos mecanismos se siguen graves consecuencias hermenéuticas, visibles en el variopinto elenco de opiniones vertidas y revertidas en el país. La iniciativa legislativa popular, además de aparecer implícitamente en el artículo 40.2 y explícitamente en el artículo 103 de la Carta, está regulada en los artículos 375, 377 y 378 *ibidem*. En el artículo 375 se trata la iniciativa popular para presentar proyectos de actos legislativos, tema regulado también por los artículos 119.1 de la ley 5 de 1992 y 31.1 de la ley 134 de 1994. El artículo 377 se ocupa de la iniciativa popular para proponer un referendo constitucional derogatorio de los actos legislativos aprobados por el Congreso. El artículo 378 se refiere a la iniciativa para, en los términos del artículo 155, que a su vez remite al artículo 163, someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el Congreso incorpore a la ley. Este último contenido normativo es el relevante en este caso. El referendo propiamente dicho aparece regulado en los artículos 374, 377, 378 y 379 de la Carta. El artículo 374 lo establece como uno de los tres medios por los cuales puede ser reformada la Constitución. El artículo 377 se ocupa de la hipótesis del referendo derogatorio. Los artículos 378 y 379, relevantes en este caso, versan sobre la aprobación de reformas constitucionales por referendo y sobre la posibilidad en el tiempo de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad contra tales reformas, en concordancia con el artículo 241.2 *ibidem* y con el artículo 60 de la ley 134 de 1994.

§ 6.

Las fuentes relevantes en cuanto a la iniciativa, en el caso del referendo constitucional que se estudia, son: los artículos 155, 163 y 378 de la Carta, 119.6, 141, 142.18, 169, 229 y 230 de la Ley 5 de 1992, 2, 10 a 31 de la Ley 134 de 1994. La Constitución establece las condiciones bajo las cuales debe tramitarse la ley por medio de la cual el Congreso podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional en su artículo 378. Estas condiciones se complementan por los artículos 155 y 163, vía remisión expresa, que establecen los requisitos para que los ciudadanos puedan presentar proyectos de ley o de reforma constitucional y el trámite de urgencia de los proyectos en el Congreso, respectivamente. El

reglamento del Congreso establece mayoría absoluta para aprobar la ley que convoca a un referendo constitucional, artículo 119.6; reproduce, en su artículo 141, los requisitos para que los ciudadanos puedan ejercer su iniciativa; confunde los términos al establecer esta materia dentro de los temas que corresponden a la iniciativa privativa del Gobierno, en el artículo 142.18, confusión que es subsanada por la Corte Constitucional, que en la Sentencia C-643 de 2000 declara esta norma condicionalmente exequible, "bajo el supuesto de que no excluye la iniciativa popular para presentar proyectos de reforma constitucional que serán sometidos a referendo y que el mismo Congreso incorpore a la ley"; regula la sesión conjunta de las comisiones de las Cámaras, con ocasión del mensaje de urgencia, en el artículo 169; resume las condiciones generales para la ley que convoca al referendo en el artículo 229.2; y reglamenta la intervención en las sesiones del vocero de los ciudadanos. La ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana define el mecanismo de participación popular de la iniciativa ciudadana en su artículo 2, y en los artículos 10 a 31 establece el procedimiento que debe seguir la iniciativa para proponer al Congreso que convoque al Pueblo para un referendo constitucional. Este es el marco general del asunto.

§ 7.

Las fuentes relevantes en cuanto al referendo constitucional son: los artículos 374, 377, 378 y 379 de la Constitución, 119.3h, 142.18, 206.8, 218, 229 de la Ley 5 de 1992, 1, 3, 4, 5, 33 a 49 de la Ley 134 de 1994. La Constitución establece la posibilidad de ser reformada por referendo, en el artículo 374; regula el referendo constitucional derogatorio en el artículo 377; fija una mayoría consistente en el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, siempre que éstos sean más del 25% de los ciudadanos que hacen parte del censo electoral, como requisito para la aprobación de una reforma constitucional por referendo, al tenor del inciso segundo del artículo 378; y establece, en el artículo 379, tanto un marco de referencia sobre los parámetros para juzgar la reforma adoptada, que es el Título XIII de la Carta, como un término de caducidad de un año para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. El reglamento del Congreso se ocupa del referendo al establecer mayoría absoluta para aprobar las leyes orgánicas que fijen las condiciones para convertir la región en entidad territorial, con el posterior referendo de los

ciudadanos de los departamentos interesados, artículos 119.3h y 206.8; reproduce el mandato constitucional sobre órganos constituyentes en el artículo 218; y discrimina los asuntos que se pueden someter a referendo en el artículo 229. La ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana menciona el referendo en el artículo 1; lo define en el artículo 3; lo clasifica en los artículos 4 y 5; y lo regula en los artículos 33 a 49.

§ 8.

En el plano teórico, antes de cualquier experiencia práctica, la Corte Constitucional emite dos importantes pronunciamientos, que sirven de fuente para examinar el asunto, las Sentencias C-180 de 1994 y C-643 de 2000. La primera sentencia corresponde a un control singular, previo y automático que hace la Corte de los proyectos de ley estatutaria. En ella se hacen importantes reflexiones y correcciones a las normas que regulan tanto la iniciativa popular como el referendo constitucional, con ocasión del estudio de la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana. La segunda obedece al tradicional control que realiza la Corte en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, y rectifica un desajuste perpetrado por el Congreso en la elaboración de la ley orgánica por la cual se da su propio reglamento.

§ 9.

La sentencia C-180 de 1994 se enmarca dentro del ejercicio de la competencia señalada en el artículo 241.8; corresponde al control de constitucionalidad previo de los proyectos de ley estatutaria, en este caso del texto que a la postre será la Ley 134 de 1994. Esta particular clase de sentencias, en las que la Corte concurre con el Congreso en la formación de la ley, merece una especial consideración. Al no haber demanda de inconstitucionalidad, el control que ejerce la Corte es especialmente amplio e integral, pues debe ocuparse de estudiar tanto el proyecto de ley en su unidad, como cada uno de sus artículos, a la luz de la Constitución. En cuanto a la visión general de la materia, la Corte trae a cuento dos elementos discursivos: uno, su copiosa jurisprudencia sobre la democracia participativa y su discurso en torno al principio democrático, contenida, entre otras, en las Sentencias T-003, T-439, T-469 y C-607 de 1992, C-003, T-200 y T-383 de 1993, y C-086 A y C-089 de 1994; y dos,

su jurisprudencia tanto sobre leyes estatutarias como sobre el control de constitucionalidad de las mismas, contenida en las Sentencias C-011, C-088 y C-089 de 1994, en las cuales se ocupó de los proyectos de ley estatutaria que desarrollaban o regulaban el voto programático, la libertad religiosa y de cultos, y el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, respectivamente. En cuanto a la visión particular del asunto, la Corte se ocupa de presentar otros dos elementos discursivos: uno, la revisión del trámite del proyecto de ley estatutaria; y dos, la revisión del contenido de todos y cada uno de los artículos del proyecto. En esta segunda revisión se organizan los múltiples mecanismos de participación ciudadana en cuatro géneros: iniciativa popular, consulta, voto y cabildo abierto, siendo el plebiscito y el referendo dos especies de la consulta; se establece que la iniciativa popular es un derecho político fundamental atribuido a todo ciudadano; se define el referendo como "una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo" y se lo tiene, también, como un derecho político fundamental; se clasifica el referendo en derogatorio y aprobatorio; se declara inexecutable el contenido del artículo 17 del proyecto, conforme al cual las iniciativas populares deben remitirse a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para la revisión de las mismas, porque ello menoscaba el alcance del mecanismo de participación popular, al dar al órgano judicial una inusitada capacidad de incidir sobre el contenido, alcance y apoyo de la iniciativa, porque la decisión del Consejo de Estado puede ser contrapuesta a la que tome la Corte Constitucional en ejercicio de su competencia, en desmedro de la seguridad jurídica, más aún cuando el legislador no puede alterar la distribución de competencias hecha por la Carta, y, porque, esta intervención previa, vía consulta, impediría un pronunciamiento ulterior por la vía de la acción contencioso-administrativa; se rectifica la usurpación que pretende hacer el Congreso, al declarar inexecutable que las normas aprobadas por referendo tengan como encabezamiento: "el Congreso de Colombia decreta". Lo que en esta sentencia se dice en relación con la competencia de la Corte Constitucional respecto del control de la ley que convoca al referendo se estudia en la sección 11.

§ 10.

La Sentencia C-643 de 2000 decide la demanda presentada por Wilter Antonio Gómez Campos y William Ricardo Chavarriaga Figueroa, contra el numeral 18 de la Ley 5 de 1992, conforme se da cuenta en el expediente

D-2701. En esta norma, que regula las materias de iniciativa privativa del Gobierno, se incluye, en el numeral demandado, la iniciativa de referendo sobre un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley, con lo que se saca de un tajo a la iniciativa popular del escenario normativo. Sobre la base de la soberanía popular y de la democracia participativa, la Corte reitera que la iniciativa popular es un derecho político fundamental y agrega que éste es "esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez, inherente al desarrollo humano". La Corte considera, a modo de *ratio decidendi*, que "una interpretación meramente exegética del texto legal acusado daría lugar, efectivamente, a considerarlo contrario a los mandatos constitucionales", pero, "en aras de la primacía del principio de la preservación del derecho que guía la labor del control constitucional abstracto, la norma debe ser interpretada sistemáticamente con otras también pertenecientes a la Ley 5 de 1992" que, en su artículo 229.2, regula de manera "específica e independiente" a la iniciativa popular. Por tanto, "la no inclusión de la iniciativa popular en la disposición acusada se deriva más bien de un defecto en la técnica legislativa utilizada por el legislador al expedir la Ley 5 de 1992 que de un propósito vulnerador de la Carta política". Como consecuencia de lo anterior, la Corte declara exequible la norma demandada, bajo el supuesto de que ella no excluye la iniciativa popular.

§ II.

El aspecto puntual de la competencia de la Corte Constitucional aparece por partida doble en el artículo 241 de la Constitución. Esta duplicidad no debe causar desconcierto, pues, si se entiende bien el complejo proceso del referendo constitucional, en él están involucrados dos mecanismos de participación ciudadana: la iniciativa popular y el referendo propiamente dicho. De lo primero se ocupa la Corte en razón de la competencia atribuida en el numeral 2 del artículo 241, y de lo segundo, con fundamento en la competencia atribuida en el numeral 1 ibidem. Ambas competencias limitan el control de la Corte Constitucional a "sólo por vicios de procedimiento en su formación [de la ley que convoca al referendo o de la reforma constitucional aprobada en el referendo]". En la Sentencia C-180 de 1994, la Corte se ocupa del tema con ocasión del estudio de los artículos 34 y 44 del proyecto de ley estatutaria de

participación ciudadana. Sobre la base del artículo 34, precisa que es exequible "en el entendido (sic) que se refiere a la decisión que a esta Corporación le compete proferir con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, sólo por vicios de procedimiento", pues, "una interpretación distinta del fragmento que se glosa no se acompañaría con el artículo 241 de la Carta". A partir del estudio del artículo 44, reitera lo anterior, lo amplía y lo argumenta de la siguiente manera:

Debe advertirse en relación con esta norma, el artículo 241 numeral 2º de la Carta es categórico en establecer que el control que con anterioridad al pronunciamiento popular debe la Corte Constitucional ejercer, tiene por único objeto examinar la constitucionalidad del acto de convocatoria del referendo para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. No puede entonces la Corte, so pena de contrariar la Constitución, ejercer un control previo y de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo. Respecto de los actos reformativos de la Constitución, la Corporación únicamente puede ejercerlo [el control] por vicios de procedimiento en su formación, y mediando acción pública ciudadana conforme al artículo 241-1 CP.

(...) Agrégase a lo anterior que, como se puso de presente al examinar el tema del control constitucional con ocasión de lo normado en los artículos 17 y 34 de este mismo proyecto, la atribución de competencias a la Corte Constitucional, no es materia que pueda ser desarrollada por el legislador, pues fue regulada íntegramente por el Constituyente en la Carta Política y emana directamente de sus preceptos. No puede, entonces, el legislador asignar una nueva competencia de control a la Corte, so pena de contrariar el artículo 241 CP, en el que el Constituyente, en términos categóricos expresó que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución se le confía "en los estrictos y precisos términos" que dicha norma contempla. A la Corte Constitucional únicamente se le pueden asignar nuevas competencias mediante un acto reformativo de la Carta Política.

3. EN BUSCA DE LO CONCRETO: EL CAMINO DE LA LEY

*La práctica debería ser producto de la reflexión,
no al contrario.
Hermann Hesse.*

El complejo proceso del referendo constitucional fue iniciado por el Gobierno en el año 2002, con la presentación del proyecto de ley número

47 de Senado y 57 de Cámara, por medio del cual se convocaba a un referendo y se sometía a consideración del Pueblo un proyecto de reforma constitucional. Su trámite, tortuoso y difícil, estuvo marcado por las complicaciones que son propias de la inexperiencia. Era menester aprender todavía la dura lección de la práctica. El proceso de control constitucional empezó con un contratiempo, pues el Presidente del Congreso remitió a la Corte el proyecto aprobado, como si se tratase de una ley estatutaria, y ésta se lo devolvió, como consta en auto del 20 de enero de 2003, para la sanción del proyecto y la promulgación de la ley, pues su control automático no es previo a la ley que convoca, sino al pronunciamiento popular sobre el referendo. Cumplida la sanción y la promulgación, el Presidente de la República remitió a la Corte la ley 796 de 2003. El control constitucional sobre la ley 796 de 2003, que convocaba al Pueblo a un referendo constitucional, fue ejercido en la Sentencia C-551 de 2003. De esta extensísima sentencia, se dará cuenta en esta y en las siguientes secciones.

§ 12.

La Corte funda su competencia en los artículos 241.2, 378 y 379 de la Carta, y precisa que este control se caracteriza por ser previo al pronunciamiento popular, concentrado, judicial, automático, integral, específico, participativo, definitivo y delimitado. Establece como parámetro de juicio un bloque normativo conformado por la Constitución, la Ley 5 de 1992 y la Ley 134 de 1994, sobre la base del principio de interpretación integral y sistemática de la Constitución. Reitera lo dicho en la Sentencia C-543 de 1998, en que se había sostenido que su control recaía "sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo", lo que condujo a una decisión inhibitoria respecto de pronunciamientos de fondo, cosa que ya se había hecho en las Sentencias C-487 y C-614 de 2002. Plantea la ambigüedad de la noción de vicios de procedimiento, para justificar la necesidad de fijarla y determinarla vía hermenéutica, argumentando que ello no había sido necesario antes, porque no se trataba de un control integral, como sí ocurre en este caso. Al claro mandato del artículo 241 opone los artículos 378 y 379, que tratan, de manera más amplia, de requisitos, entre los cuales destaca dos: la protección de la libertad del elector, que no es un vicio en la formación de la ley, "sino de presentación del contenido del

proyecto de reforma constitucional incorporado a dicha ley", y, el tema de si el procedimiento fue seguido "por un órgano constitucionalmente autorizado para ello". Este último tema, del cual se ocupa a modo de *obiter dicta*, pues la materia no incide en la decisión sobre la constitucionalidad de la ley convocante, conducirá su discurso hacia la reforma de la Constitución. Esto se verá más en detalle en la sección 21.

§ 13.

La ley convocante, al ser "uno de los pasos de la reforma constitucional" en el complejo camino del que se viene dando noticia, ostenta unas "características especiales", que a juicio de la Corte son:

- (i) la reserva de iniciativa en favor del Gobierno, [o del Pueblo] (ii) la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, (iii) la presentación del texto sometido a votación popular para garantizar la libertad del elector, y (iv) que los proyectos de reforma constitucional que dicha ley contiene no reforman *per se* las disposiciones de la Carta, ya que no han sido aprobados aún por la ciudadanía.

De la anterior caracterización, se siguen para la Corte las siguientes tareas: examinar sus efectos sobre el control a su cargo; analizar si el trámite en el Congreso tiene particularidades, en razón de la iniciativa reservada del Gobierno; y estudiar cuáles son las consecuencias de cara a garantizar la libertad del elector.

§ 14.

En cuanto al control ejercido por la Corte, se advierte que en torno a la ley convergen tres poderes: el Gobierno, que ejerce la iniciativa, el Congreso, que la debate y la aprueba, y la Corte, que asegura la regularidad del procedimiento, con el "propósito básico" de permitir una reforma constitucional con la participación del Pueblo, "pero de una manera tal que la libertad de los votantes sea garantizada (CP art. 386), a fin de evitar el cesarismo plebiscitario". Por ello, el control constitucional de la ley convocante

- (...) debe estar orientado a proteger la supremacía de la Constitución (CP art. 4) y la libertad del elector (CP art. 378), pero igualmente a favorecer y potenciar el principio democrático y la soberanía popular (CP arts 1 y 3), que se expresan por este mecanismo de democracia semidirecta. Esto significa que la Corte no puede permitir que la ley de referendo sea irregularmente

aprobada o contenga preguntas que estén presentadas en forma tal que no garanticen la libertad del elector. Por ello, si la Corte constata que en la aprobación de una pregunta hubo un vicio de procedimiento, o su formulación no asegura la libertad del elector, es obvio que no puede permitir que dicha pregunta sea sometida al Pueblo. Pero también debe el juez constitucional favorecer la expresión de la ciudadanía, pues Colombia es una democracia participativa, fundada en la soberanía popular (CP arts 1° y 3°).

§ 15.

En cuanto al trámite de la ley, la Corte advierte que si bien el trámite en el Congreso tiene unas exigencias particulares, se trata "de todos modos" de una ley, y, por tanto,

(...) le son aplicables todas las normas y principios que rigen la formación de las leyes, y debe cumplir todos los pasos de la formación de las leyes, salvo que expresamente la propia Constitución establezca requisitos particulares, o que su naturaleza de ley convocante implique inequívocamente que una determinada regla constitucional sobre la formación de las leyes no se le aplica, o adquiere en ella características particulares.

Las particularidades de esta ley son la exigencia de una mayoría calificada y la reserva de la iniciativa. Lo primero no ofrece mayor problema, pero lo segundo implica considerar la teoría de la intangibilidad o inmodificabilidad del texto a someter a referendo. El tema es estudiado a partir de dos problemas: cuándo se agota la facultad de iniciativa y cuál es la potestad del Congreso para modificar el proyecto presentado. La iniciativa va más allá de la simple presentación del proyecto, ya "que puede materializarse en diferentes momentos a lo largo del debate democrático". De ahí que el titular de la iniciativa "puede proponer modificaciones, incluso con posterioridad a la presentación del proyecto y sin necesidad de retirarlo", según se sostuvo en la Sentencia C-058 de 2002. Con todo, la iniciativa tiene límites, pues al habitual de la unidad de materia, se suma un límite suplementario, consistente en que "sólo se pueden introducir modificaciones o adiciones que guarden una relación o conexidad razonable con los temas propuestos", pues "el proyecto fija el marco definitivo dentro del cual pueden moverse el Gobierno y el Congreso y todo tema que lo desborde es inconstitucional". Al ser "de todos modos" una ley, los Congresistas pueden realizar modificaciones en su contenido, al tenor de los artículos 154 y siguientes de la Carta, como lo ha establecido, entre otras, la Sentencia C-475 de 1994, pues,

además, en este caso no existe limitación expresa a la competencia del Congreso, como sí ocurre en otros. Sin embargo, esta competencia también tiene un límite, pues si bien "el Congreso puede modificar, sin necesidad de autorización alguna, las regulaciones sobre los temas planteados por el Gobierno", "no puede introducir temas nuevos, que no hayan sido propuestos por el Gobierno, porque en ese evento efectivamente estaría desconociendo la reserva de iniciativa". En el caso puntual del referendo:

(...) esto implica que el Congreso puede modificar las preguntas planteadas por el Gobierno y alterar el cuestionario sobre temas específicos, pero carece de competencia para introducir temas distintos a los planteados por el Gobierno. Por ejemplo, sería obviamente inconstitucional, por desconocer la reserva de iniciativa, que el Gobierno propusiera un referendo para modificar las competencias de las asambleas departamentales, y el Congreso incorporara una pregunta relativa a la gratuidad de la administración de justicia, puesto que ese tema no fue planteado ni avalado por el Gobierno. Pero en cambio se ajustaría a la Carta que el Congreso modificara el articulado propuesto por el Gobierno relativo a las competencias de las asambleas departamentales, pues esa alteración no desconocería la reserva de iniciativa, ya que fue el propio Gobierno quien planteó el tema.

Así, puede considerarse que la introducción de un tema sustancialmente distinto al del proyecto de reforma constitucional genera la violación del trámite o procedimiento establecido en el artículo 378 de la Constitución, pues en este evento se estaría desconociendo el querer del Gobierno, considerado titular legítimo de la atribución relativa a que el Congreso de la República se ocupe de debatir su propuesta y no aquella que, con temas diferentes, pueda aparecer durante el tránsito del proyecto por las Cámaras Legislativas. En este orden de ideas, toda propuesta presentada y aprobada durante el trámite del proyecto en el Congreso de la República, deberá corresponder a los temas que llevaron al Gobierno a formular la correspondiente iniciativa, pues de otra manera se desconoce el texto del artículo 378.

78- Por todo lo anterior, la Corte concluye que, dentro de los límites señalados en el fundamento anterior de esta sentencia, el proyecto presentado por el Gobierno no es intangible y puede ser modificado por el Congreso.

Con todo, podría objetarse a la anterior conclusión que la regulación del referendo constitucional en general, y en particular la redacción del artículo 378 superior, prohíben al Congreso modificar la iniciativa gubernamental. Según este reparo, el artículo 378 de la Carta señala literalmente que al Congreso compete "*incorporar*" el proyecto de reforma constitucional a la ley, lo cual indica que su función es proceder a una mera incorporación o "*legalización formal*" de la iniciativa gubernamental, pero sin la posibilidad de modificarla.

Según esta visión, la facultad de las cámaras se limita entonces a decidir si somete o no esa iniciativa a consideración del Pueblo, lo cual se ve confirmado nuevamente por el tenor literal del artículo 378 superior, que establece que el Congreso "*podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional*". Según esta argumentación, la única posibilidad que tiene el Congreso es decidir si convoca o no al referendo, incorporando o no a la ley el proyecto de reforma constitucional, que no puede ser otro sino aquel que fue presentado por el Gobierno, debido a la reserva de iniciativa, lo cual reafirmaría que el Congreso carece de facultad para modificar el proyecto.

79- La Corte no comparte esa particular lectura del artículo 378 superior, pues el tenor literal de esa disposición en manera alguna está prohibiendo al Congreso modificar la iniciativa gubernamental. Las inferencias que los defensores de esa tesis realizan de las expresiones "*incorpore a la ley*" o "*podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional*" no derivan del contenido semántico de esos apartes, si éstos son interpretados sistemáticamente. Esa norma simplemente señala que el referendo debe estar incorporado en una ley, lo cual significa que el Gobierno no puede eludir el debate y la aprobación de su iniciativa por el Congreso, quien conserva entonces la facultad de decidir si convoca o no al referendo por medio de una ley aprobada por la mayoría de ambas cámaras. Pero en ninguna parte, esa disposición prohíbe la modificación de la iniciativa gubernamental, y ésta no puede ser inferida por medio de una interpretación muy particular y generosa de las referidas expresiones del artículo 378 superior, pues toda restricción a la libertad de configuración del Congreso, en la medida en que es una limitación y excepción a las competencias ordinarias del Legislador, debe aparecer de manera clara y expresa en la Carta, y debe ser interpretada restrictivamente. Ahora bien, cuando el artículo 378 de la Carta menciona una "*ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras*", no agrega ningún impedimento expreso ni tácito para que el Congreso pueda debatir esta clase de proyecto, más aún cuando se trata de un referendo constitucional que, por antonomasia, requiere discusión, pedagogía y publicidad.

§ 16.

En cuanto a la protección de la libertad del elector, que es el único elemento añadido al examen del procedimiento de formación de la ley, vide § 12, la Corte la funda en el artículo 378, en tanto dispone que el referendo debe ser presentado de tal manera que el elector pueda escoger libremente aquello que vota afirmativamente y aquello que vota negativamente. Al no haber encontrado significativos reparos en cuanto

al procedimiento, la protección del principio de la libertad del elector es la principal *ratio decidendi* de la Corte. Este principio implica una protección reforzada, pues va más allá de la protección normal al elector en toda elección, ya que el referendo constitucional tiene un riesgo considerable, pues existe evidencia histórica de que este mecanismo ha sido manipulado por regímenes autoritarios para legitimarse plebiscitariamente. El riesgo es que el referendo constitucional se desfigure para convertirse en plebiscito. La Corte advierte, a partir de las intervenciones en el proceso, cuatro escenarios principales de riesgo para la libertad del elector: la inclusión de preguntas o notas introductorias que inducen la respuesta; la extensión, complejidad y ambigüedad de algunos artículos propuestos; la diversidad de materias tratadas y la posibilidad de votarlas en bloque; y la previsión del voto en blanco.

§ 17.

El primer reparo, vinculado a las preguntas o notas introductorias, lleva a la Corte a precisar que estas no son indispensables en el proceso del referendo constitucional, pero que tampoco están prohibidas, por lo que, en caso de incluirse se debe cumplir con una exigencia de claridad, de lealtad y de coherencia, valga decir, que ellas no pueden ser equívocas ni inducir a engaños ni dejar de corresponder a la norma propuesta. Para satisfacer esta exigencia, la Corte elabora el siguiente manual de redacción:

(...) las notas introductorias deben satisfacer ciertos requisitos como, (i) estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, (ii) que sea valorativamente neutro, (iii) ser breves en la medida de lo posible, (iv) no ser superfluas o inocuas y (v) ser comprensivas del objeto que el artículo expresa. Para la Corte la satisfacción de estos requisitos garantiza que las notas introductorias (i) no sean un factor de manipulación de la decisión política (ii) no induzcan la respuesta del elector (iii) no presenten información parcial o engañosa y por lo tanto no vicien la voluntad política, (iv) garanticen condiciones favorables para el correcto ejercicio del derecho político, (v) otorguen pulcritud y corrección al proceso de convocatoria, y (vi) revistan de un mayor grado de legitimidad la decisión que se tome.

§ 18.

El segundo reparo, que censura la extensión, complejidad y ambigüedad de los artículos a proponer al Pueblo en referendo, que se basa en la

incapacidad del Pueblo para habérselas con normas difíciles, para la Corte, y para cualquier demócrata, implica atribuir a los ciudadanos una "minusvalía intelectual". Además, esta forma de ver las cosas limitaría los temas de reforma constitucional, dejando en manos del Pueblo acaso los más llanos. Si el tema de la reforma es complejo y exige un cambio sistemático, no parece lo más adecuado, desde el punto de la unidad y la coherencia de la Carta, desagregar o subdividir las normas propuestas. Lo que no es posible, de cara a la protección a la libertad del elector, es incluir en la norma "elementos completamente extraños a tema o institución propuesta, esto es, regulaciones que no tengan vínculos de conexidad lógica o sistemática con la reforma propuesta".

§ 19.

El tercer reparo, consistente en la multiplicidad de materias diversas, que implican varios referendos en uno, y la posibilidad de confundirlas para votarlas en bloque, es estudiado con cuidado por la Corte, pues esa posibilidad, regulada en el artículo 42 de la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, ya había sido declarada exequible en la Sentencia C-180 de 1994. Por ello, para hacer frente al principio de la cosa juzgada, la Corte introduce un matiz: en la sentencia que sirve de precedente no se estudió el tema de cara a los referendos multitemáticos, como el que se estudia ahora, posibilidad que justifica una decisión diferente, pues la votación en bloque de un referendo constitucional tal,

(...) desnaturaliza la figura del referendo constitucional, al convertirlo en una expresión de apoyo o rechazo al promotor del referendo. El voto en bloque de un referendo multitemático de origen presidencial tiende además a convertir la consulta a la ciudadanía en un mecanismo plebiscitario, que no es constitucionalmente idóneo para la reforma de la Carta.

§ 20.

El cuarto reparo, que versa sobre la previsión del voto en blanco, le resulta a la Corte atendible. Dejando de lado, *ad hoc*, su interpretación sistemática e integradora de las normas que conforman el bloque normativo, la Corte toma *al pie de la letra* el mandato del artículo 378, en el que aparecen previstos el voto afirmativo y el voto

negativo. Al no aparecer en este artículo, aunque sí en otras normas del bloque normativo, la Corte considera que su inclusión es inconstitucional. Esta curiosa ductilidad en la coherencia del discurso, se complementa cuando, para hacer frente al principio de cosa juzgada, pues el artículo 41 de la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana había sido declarado exequible por la Sentencia C-180 de 1994, la Corte trae de nuevo a cuento el matiz de que se trata de un referendo multitemático.

§ 21.

Puesta la pica en Flandes, la Corte ahonda en el tema de la competencia de reforma, ya que ella es "un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable". Ampliada la sujeta materia de control por vía interpretativa, propone el problema de si el Pueblo o el Congreso tienen límites materiales, o competencia limitada, para reformar la Constitución. Su respuesta es afirmativa, pues "importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario". Así ocurre el alumbramiento de la teoría de diferenciar, en materia de reformas constitucionales, entre reformar la Constitución y sustituirla, que es ilustrada en el discurso con el poder constituyente y su división en original y derivado, para sostener que todos las modalidades de reforma: acto legislativo, referendo y asamblea constituyente, corresponden "al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución". El referendo constitucional no implica a su juicio "un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales, y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación", porque el artículo 378 busca "una articulación entre la democracia representativa, la participación directa del Pueblo y la garantía judicial de la supremacía de la Carta", pues se trata de "democratizar la democracia". Una interesante síntesis de esta teoría será elaborada por la propia Corte en la Sentencia C-293 de 2007, vide § 35.

§ 22.

Del incansable espíritu conflictivo, y a veces camorrista, de los colombianos, no se va a escapar ni siquiera la extensísima Sentencia C-551 de 2003. Contra ella, un grupo de ciudadanos encabezados por José Trinidad Rivera Panqueba, presentará un incidente de nulidad, que la Corte decidirá mediante el Auto 165 de 2003, según se da cuenta en el expediente CRF-001. El grupo de ciudadanos aduce tres razones para fundar su solicitud: una, la incompetencia del Presidente para sancionar la Ley 796 de 2003, pues para la fecha de la sanción "la investidura del Presidente fue revocada"; dos, la demora de más de seis días entre la fecha de la decisión de la Corte y la fijación del edicto, con lo que no se cumple el término previsto para la notificación de la sentencia; y, tres, la no contestación de un derecho de petición presentado en el curso del proceso. Para resolver la solicitud, la Corte repasa su jurisprudencia sobre esta materia, y precisa, entre otros puntos, que estas nulidades tienen un carácter extraordinario; que las violaciones al debido proceso deben ser ostensibles y probadas; y tales violaciones deben ser significativas y trascendentales respecto de la decisión. La jurisprudencia de la Corte ha establecido el alcance de las violaciones significativas y trascendentales al debido proceso, que son aquellas que tienen repercusiones sustanciales, y que se circunscriben al desconocimiento del principio de publicidad, a la falta de quórum o de mayorías exigidas por la ley, y a la violación del principio de cosa juzgada. Al mandato del artículo 16 del Decreto 2067 de 1991, que regula el tema de la notificación de las sentencias, la Corte opone el artículo 56 de la ley estatutaria de la administración de justicia, que ampara su obrar en este caso. A la incompetencia del Presidente, la Corte opone que ese tema ya se estudió en la sentencia impugnada, con todo rigor, que no se encuentra acreditada, y que su decisión se encuentra amparada por la cosa juzgada. Al exótico argumento de no haber respondido un derecho de petición, la Corte opone que éste se contestó poco después de una semana de haber sido presentado. Por lo anterior, la solicitud es denegada.

§ 23.

El control de constitucionalidad ejercido por la Corte sobre la ley convocante, *prima facie*, se limita sólo a los vicios en su procedimiento

de formación. Dentro de ella, la Corte, a modo de *obiter dicta*, incluye "los vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma". Además de las anteriores competencias relativas a los vicios de procedimiento, la Corte asume otra competencia, con fundamento en el artículo 378 de la Carta, en virtud del cual "debe examinar si la presentación del texto sometido a la aprobación del Pueblo asegura o no la libertad del votante". El *decisum* de la sentencia consta de siete puntos. De ellos son especialmente relevantes los puntos 2, 3, 4 y 5, en los cuales se hacen declaraciones de inexecutable. Su texto es el siguiente:

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLES** en su integridad los numerales 10, 16, 17 y 19 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, la expresión "y las personerías" del numeral 12, y el parágrafo del numeral 6, que adicionaba el artículo 176, y que literalmente dice:

"PARÁGRAFO. Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley, que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz, bajo la dirección del Gobierno, este podrá establecer, por una sola vez, circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que se realicen antes del 7 de agosto del año 2006, o nombrar directamente, por una sola vez, un número plural de congresistas, diputados y concejales, en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados.

El número será establecido por el Gobierno Nacional, según la valoración que haga de las circunstancias y del avance del proceso. Los nombres de los congresistas, diputados y concejales a que se refiere este artículo, serán convenidos entre el Gobierno y los grupos armados, y su designación corresponderá al Presidente de la República.

Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser congresista, diputado y concejal."

Tercero. Declarar **INEXEQUIBLES**, las siguientes expresiones del parágrafo transitorio del numeral 14, del artículo 1 de la Ley 796 de 2003 "*expansión de la*" y "*democrática*".

Cuarto. Declarar **INEXEQUIBLES** las notas introductorias de los contenidos que aparecen en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y 18 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, salvo la expresión ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTICULO? de cada uno de ellos, que se declara EXEQUIBLE.

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** la inclusión de la casilla para el "*voto en blanco*" de los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y 18 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003.

§ 24.

La *ratio decidendi* en la cual se funda la sentencia, tanto en lo que declara exequible como en lo que declara inexecutable, tiene dos escenarios: los vicios en el procedimiento de formación de la ley convocante y la protección de la libertad del elector. A continuación se hacen algunas reflexiones puntuales sobre la tarea que desarrolla la Corte en ambos escenarios. En el primero, la Corte establece que el procedimiento de formación de la ley es en su mayoría exequible, salvo algunas excepciones, de las cuales vale la pena destacar dos: una, el numeral 10, relativo a la supresión de las personerías, por cuanto en su trámite la comisión de conciliación desbordó su competencia, ya que este tema fue negado por las Cámaras y no podía ser revivido por la comisión; y dos, el numeral 16, sobre narcotráfico y drogadicción, pues se trata de un tema agregado posteriormente, que no tiene ningún vínculo ni con la materia ni con la finalidad del proyecto, lo que viola el principio de publicidad. En el segundo, basándose en el principio de protección a la libertad del elector, la Corte declara exequible la mayoría del texto de la norma sometida a referendo, salvo unas cuantas excepciones, de las cuales resaltan las siguientes: las notas introductorias de los numerales del artículo 1 de la ley, salvo la expresión ¿aprueba usted el siguiente artículo?; el voto en bloque; el voto en blanco; la invitación a participar en un acto electoral, implicada en el numeral 17. De las notas introductorias se censura que éstas no son neutrales, pues tienden a influenciar indebidamente al elector. Tanto el voto en bloque como el voto en blanco presentan graves complicaciones, pues el uno y el otro, regulados en los artículos 42 y 41 de la ley estatutaria de mecanismos de participación, respectivamente, fueron objeto de la Sentencia C-180 de 1994, en la cual se los declaró exequibles. Ante el complejo obstáculo de la cosa juzgada constitucional, que es particularmente amplio cuando se trata del ejercicio de un control previo e integral de constitucionalidad, la Corte argumenta que el cambio de su jurisprudencia, que contraría su cosa juzgada, es admisible, por cuanto en este caso se trata de un referendo multitemático, mientras que en la sentencia C-180 de 1994 se tenía en mente un referendo unitemático y, por tanto, no se estudió el referendo multitemático, como ahora sí se hace. Lo anterior podría parecer aceptable para el voto en bloque, pero se complica mucho de cara al voto en blanco. El consabido argumento

de que se trata de un referendo multitemático no parece ser suficiente para rebatir la cosa juzgada constitucional, pues la Corte lo refuerza con la interpretación privilegiada del artículo 42, que regula específicamente la casilla del referendo y es más acorde con el artículo 378 de la Carta. De la prolongación del período de las autoridades locales, la Corte reprocha dos cosas: que esta propuesta vulnera la prohibición del artículo 38 de la ley estatutaria de mecanismos de participación, y que este tipo de propuestas no corresponden a un referendo sino a un plebiscito.

4. EN BUSCA DE LO CONCRETO: EL CAMINO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Nuestra naturaleza está en movimiento.

El reposo absoluto es la muerte.

Blaise Pascal.

En el complejo proceso del referendo constitucional concurren dos controles constitucionales. En las secciones anteriores se ha estudiado lo relativo al control de constitucionalidad sobre la ley convocante al referendo, especificando sus características y particularidades. Este primer control es previo a la votación popular y, por tanto, no versa en estricto sentido sobre el referendo constitucional, pues en ese momento no existe reforma alguna a la Constitución. El acto de votación del referendo marca un lindero ineludible para el discurso. Después de la reforma aprobada o improbada por el Pueblo, se sigue un control posterior, por vía de acción pública, que la Constitución asigna a la Corte Constitucional. El referendo convocado por la Ley 796 de 2003 fue aprobado en el primero de sus artículos, relativo a la pérdida de derechos políticos, e improbado en los demás. A esta reforma constitucional se la designó, impropriamente, Acto Legislativo 1 de 2004. La avalancha de demandas presentadas emplea en dos sentidos el referendo constitucional: como blanco de sus ataques constitucionales, en cuanto a lo aprobado, y como argumento principal de otros ataques, sobre la base de lo no aprobado. Antes de pasar a estudiar esas demandas y sus consecuencias, vale la pena dedicar un espacio a la consideración teórica de la competencia misma de la Corte.

§ 25.

El tema de la competencia de la Corte Constitucional, respecto del control de las reformas a la Constitución, se encuentra integralmente tratado en la Sentencia C-1048 de 2005, mediante la cual la Corte decide la demanda presentada por Alejandro Martínez Caballero y Tomás de Aquino Caballero Corvacho, contra el Acto Legislativo 2 de 2004, según se da cuenta en el expediente D-5739. La extensa demanda, para lo que aquí interesa, plantea la procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad y, por ende, la competencia de la Corte para controlar actos legislativos, por la vulneración del contenido material de la Carta. En la demanda se trata, además, el tema de la sustitución de la Constitución. A juicio de los demandantes, la Corte debería inaplicar el numeral 1 del artículo 241 de la Carta, pues éste no guarda unidad y coherencia con el encabezamiento del artículo 241. El tema de fondo del proceso es decidido con arreglo al principio de cosa juzgada, pues en la Sentencia C-1040 de 2005 ya se había decidido la exequibilidad del acto acusado, y en la demanda se plantean cargos semejantes. En cuanto al control material de las reformas y a la inaplicación del artículo 241.1, temas no tratados en procesos anteriores, la Corte decide inhibirse. La *ratio* de tal decisión aparece en el siguiente texto:

Los demandantes proponen que la Corte no se limite a analizar si el Acto Legislativo acusado sustituye o no la Constitución. Estiman que la Corte puede ejercer un control de fondo de las reformas porque el numeral 1 del artículo 241 es inconstitucional y piden que la Corte lo inaplique y entre a ejercer un control material del Acto por violar principios y derechos constitucionales interpretados a la luz del bloque de constitucionalidad.

Si bien esta tesis es novedosa en nuestro contexto, refleja el debate en torno a si cabe sostener que artículos de una Constitución son contrarios a normas superiores de la misma Constitución. Sin descontar la trascendencia teórica de esta cuestión y su relevancia en algunos países en los cuales la respectiva Constitución establece cláusulas intangibles, a la luz de la Constitución de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte la tesis planteada, aunque sin duda respetable, no puede ser acogida.

La Constitución de 1991 fue adoptada toda en un mismo acto de la Asamblea Constituyente y todas las normas que la integran tienen la misma jerarquía. No es posible juzgar un artículo del texto originario, adoptado por el Pueblo a través de la Asamblea Constituyente, a partir de otros artículos de la Carta. La Constitución adoptada por dicha Asamblea conforma una misma unidad.

Ello no significa que entre normas constitucionales no se pueda predicar la existencia de contradicciones. En efecto puede haber "tensión" entre principios, como por ejemplo entre el principio democrático y el principio de Estado de Derecho; o "colisiones" entre derechos, como, por ejemplo, entre la libertad de prensa y el derecho a la honra. No obstante, tales tensiones o colisiones se han de resolver mediante la armonización de las normas relevantes para solucionar el problema jurídico correspondiente, no mediante la inaplicación de una norma por ser contraria a la Constitución. Por lo tanto, no cabe inaplicar el numeral 1 del artículo 241 de la Carta, sea en el caso concreto por vía de excepción o con efectos erga omnes por vía de una declaratoria de inexequibilidad.

§ 26.

La concurrencia de dos controles, el de la ley convocante y el del referendo constitucional, si bien aparecen separados en el tiempo por la votación popular, requieren ser abiertamente diferenciados en su materia y en su alcance. Ambos controles, al tenor del artículo 241 de la Carta en sus numerales 1 y 2, están limitados en la materia "sólo por vicios de procedimiento en su formación". No obstante, al ser el control de la ley convocante un control integral, como lo sostiene la Corte para referirse a temas como la protección de la libertad del elector, las consecuencias del ejercicio del mismo deben tener importantes implicaciones, en razón del principio de la cosa juzgada, para el juzgamiento del referendo. Por ello, el pretender incluir dentro del alcance de la acción pública el procedimiento de formación de la ley convocante, implicaría una duplicación del control, tan innecesaria como injustificada, pues sobre la materia ya existe cosa juzgada. Hecha esta exclusión de materia, el procedimiento de formación del referendo estaría limitado, *prima facie*, al acto por medio del cual se señala la fecha de la votación y a la votación misma.

§ 27.

Sobre la reforma al artículo 122 de la Constitución, aprobada en el referendo constitucional, llueven las demandas. La tempestad, iniciada por la demanda del ciudadano Francisco José Vergara Carulla, continúa con el ataque de la ciudadana Esperanza Cárdenas Rubio, arrecia con la impugnación del ciudadano Juan Manuel Charry Urueña, y culmina con la acción del ciudadano Guillermo Botero Nieto. Además, converge a

los anteriores ataques, otro, inicialmente promovido contra el artículo 2 de la Resolución 1 de 2004, emitida por el Consejo Nacional Electoral. Estos ataques serán estudiados y resueltos en las Sentencias C-973, C-1000, C-1121 y C-1173 de 2004, y C-113 de 2006. La revisión de todos y cada uno de los anteriores procesos, así sea somera, es indispensable para determinar, conforme a la jurisprudencia, cuál es el alcance de la competencia de la Corte para examinar la constitucionalidad de las reformas constitucionales adoptadas vía referendo constitucional.

§ 28.

La Sentencia C-973 de 2004 decide la demanda presentada por Francisco José Vergara Carulla contra el Acto Legislativo 1 de ese mismo año, conforme se da cuenta en el expediente D-5094. El primer punto en el proceso es la determinación del procedimiento de formación de la reforma después de la Sentencia C-551 de 2003, dentro del cual se destaca: el Decreto 2000 de 2003, que convoca a la votación, y cuatro resoluciones del Consejo Nacional Electoral, la 5315 de 2003, que dicta normas sobre el escrutinio general del referendo, la 5373 de 2003 que modifica el artículo 11 de la resolución anterior, la 5856 de 2003, que establece el umbral de participación y el número de votos mínimos para aprobar la reforma por referendo, y la 1 de 2004, que da cuenta de los resultados del referendo. El argumento de la demanda, fiel a nuestra peculiar tradición procesalista, es que el Decreto 2000 del 17 de julio de 2003 se dictó antes de que la Sentencia C-551 de 2003 hubiese sido notificada y, por tanto, se hubiese cumplido su ejecutoria, lo cual sólo ocurrió el 20 de agosto de 2003. La Corte funda su competencia en el artículo 241.1 de la Carta. Delimita el ámbito de su competencia, dentro del cual se incluyen "los diversos actos emitidos entre la sentencia que declara exequible la ley de convocatoria y la promulgación del decreto que adopta el pronunciamiento popular que contiene la reforma al Texto Superior". El *thema* de la notificación, lleva a la Corte a reiterar, a modo de *ratio decidendi*, su precedente "en relación con el sistema de comunicación de las sentencias de constitucionalidad", contenido, entre otras, en las Sentencias C-327, C-551 y T-832 y en el Auto 165 de 2003, mediante el cual se resolvió el incidente de nulidad propuesto contra la Sentencia C-551 de 2003, para sostener que los efectos jurídicos de esta clase de sentencias, salvo que se trate de una decisión modulada, "se producen a

partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, *‘a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecutable y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria’*”. Como consecuencia de lo anterior, la Corte declara exequible la norma demandada.

§ 29.

La Sentencia C-1000 de 2004 decide la demanda presentada por Esperanza Cárdenas Rubio contra el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de ese mismo año, conforme se da cuenta en el expediente D-5143. El argumento de la demanda es que el Pueblo colombiano no aprobó el artículo 18 de la reforma constitucional, relativo a su vigencia, al no haberse superado los umbrales, por tanto, el Presidente al promulgar la reforma, ha suplantado al Pueblo. La Corte funda su competencia en el artículo 241.1 de la Carta. La Corte, a modo de *ratio decidendi*, señala que este ataque desconoce lo establecido por los artículos 48 y 49 de la Ley 134 de 1994, en los cuales aparece regulado el tema de la vigencia de la reforma a la Constitución hecha por referendo. Además, recuerda que el punto ya había sido previsto y estudiado en las Sentencias C-180 de 1994 y C-551 de 2003. El Presidente, al limitarse a cumplir con lo establecido por la ley, no ha suplantado al Pueblo y, por tanto, la norma acusada es declarada exequible por la Corte.

§ 30.

La sentencia C-1121 de 2004 decide la demanda presentada por Juan Manuel Charry Urueña contra el Acto Legislativo 1 de ese mismo año, conforme se da cuenta en el expediente D-5136. La argumentación de demanda se basa en la inadecuada conformación del censo electoral, de lo cual se sigue que los umbrales fueron inadecuadamente establecidos, pues no se excluyó del censo a los muertos, a los miembros de la fuerza pública y, por el contrario, se incluyeron cédulas no entregadas. Ante estos hechos, enfatiza que el principio democrático reclama procedimientos que garanticen la voluntad popular, al punto de que en caso de duda se aplique el *"in dubio pro populo o in dubio pro democracia"*. Pese a las voces que reclaman una inhibición, por tratarse

de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, la Corte reitera su competencia fundada en el artículo 241.1, y alude a las Sentencias C-973 y C-1000, estudiadas en las secciones anteriores, para sostener que la Corte es competente, de manera exclusiva, para "conocer de todos los actos expedidos por las autoridades públicas que, según su competencia, tuvieren que intervenir en el complejo procedimiento de reforma constitucional por esta vía, como actos propios del trámite de reforma constitucional". La Corte, a modo de *ratio decidendi*, señala que el censo electoral es una herramienta técnica que tiene una relación inescindible con el ejercicio de los derechos políticos, respecto de la cual lo más importante es su publicidad, transparencia y seguridad, pues todos los intervinientes en el referendo deben conocer con antelación la cifra exacta del censo, que debe corresponder, conforme al principio de eficacia, a un guarismo razonablemente cierto y preciso. Con base en la respectiva certificación de la Registraduría, del 24 de octubre de 2003, establece que el censo electoral para la votación del referendo constitucional era de 25.069.773 ciudadanos, por lo que para cubrir el umbral de participación se requería el voto de 6.267.443 de ellos, y para aprobar la reforma era necesario el voto de 3.133.723 ciudadanos. Al haber sido conocidas estas cifras por todos los interesados un día antes de la votación, la Corte encuentra que "se respetó un principio esencial de una democracia participativa según el cual se debe contar con unas *"reglas del juego"* claras, preestablecidas y públicas que garanticen la libertad de quienes deseen participar en un certamen democrático de esta naturaleza". Además, agrega la Corte, antes de esa fecha la Registraduría "desplegó una importante labor logística encaminada a depurar el censo electoral", cuyos detalles describe. Por lo tanto, la norma es declarada exequible.

§ 31.

La Sentencia C-1173 de 2004 decide la demanda presentada por Guillermo Botero Nieto contra el Acto Legislativo 1 de ese mismo año, conforme se da cuenta en el expediente D-5107. Luego de superar una penosa historia de inadmisiones y rechazos, la demanda es admitida por la Corte. La Corte reafirma su competencia, basada en el artículo 241.1 y, por ser coincidentes los cargos con los presentados en el proceso del que se dio cuenta en la sección anterior, respetando como *ratio*

decidendi el principio de cosa juzgada, resuelve estarse a lo dicho en la Sentencia C-1121 de 2004.

§ 32.

El último coletazo del vendaval llega en el año 2006, con la Sentencia C-113, mediante la cual la Corte se pronuncia sobre la demanda presentada por Luis Alfonso Acevedo Prada y Luis Alberto Delgado Jaimes, según se da cuenta en el expediente D-5914. El proceso, inicialmente tramitado por el Consejo de Estado, pretendía la nulidad de la Resolución 001 de 2004 del Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se declara el resultado del referendo. Conforme a la regla de competencia fijada por la Corte en sus sentencias precedentes, y mediando la declaración de incompetencia que hizo la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respecto de la demanda presentada contra el artículo 2 de la resolución, y la correspondiente remisión del asunto a la Corte Constitucional, esta se ocupó de él. Los actores alegan la violación del debido proceso electoral, por cuanto solo se contabilizó la mitad de los votos marcados; se omitió contabilizar los votos nulos para determinar si se había superado el umbral; no se tuvo en cuenta que los votos afirmativos excedieron en más de la mitad del total de los votos emitidos; no se excluyeron del censo electoral las personas fallecidas, ni los ciudadanos incapacitados jurídicamente para votar; y la publicación tardía del censo electoral impidió que este pudiese ser impugnado. Luego de recordar su jurisprudencia sobre la materia, ya tratada en las secciones anteriores, y de lo dicho en la Sentencia C-1121 sobre el tema del censo electoral, para establecer en este tema, a modo de *ratio decidendi*, la existencia de cosa juzgada, la Corte pasa a estudiar los aspectos sustanciales de la demanda. Advierte que ésta se presentó antes de que se cumpliera el término de caducidad, pues el tiempo que se tomó la remisión de la jurisdicción contenciosa a la constitucional suspendió ese término. Por tal motivo la Corte admitió la demanda, en aplicación del principio *pro actione*. A la *ratio* de la cosa juzgada, la Corte agrega la *ratio* de que la demanda no cumple un indispensable requisito de procedibilidad, decantado por la jurisprudencia, consistente en que en ella no se señaló como norma demandada el Acto Legislativo 01 de 2004. Esta exigencia no es, a juicio de la Corte, caprichosa, por cuanto "la competencia de la Corte radica precisamente

en el estudio de los vicios de procedimiento en la formación de la reforma constitucional, entendida como un acto complejo y definitivo, y no se predica para cada uno de los actos de trámite individualmente considerados". Como consecuencia de lo anterior la Corte se inhibe de emitir un pronunciamiento de fondo.

§ 33.

El fracaso de la reforma constitucional por la vía del referendo, o el referendo fallido, servirá, además, de argumento para numerosas demandas a la ley que aprueba el presupuesto y a la reforma constitucional aprobada por el Acto Legislativo 1 de 2005. El primer ataque, a cargo de la ciudadana Inés Jaramillo Murillo, va dirigido contra la Ley 848 de 2003, que es la ley por medio de la cual se aprueba el presupuesto para el año 2004. De este proceso, que fue decidido por la Sentencia C-973 de 2004, da cuenta el expediente D-5125. Los cuatro ataques siguientes, dirigidos contra el Acto Legislativo 1 de 2005, son realizados por Gelasio Cardona Serna, por Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán, por Carlos Eduardo Florez Martínez, Leonor Cecilia Sierra Acosta y Ángel Arcadio Santamaría Beltrán, y por Andrés Gómez Roldán y Elson Rafael Rodríguez Beltrán. Ellos fueron decididos por las Sentencias C-740 de 2006, C-178, C-180 y C-293 de 2007, de lo que se da cuenta en los expedientes D-6187, D-6264, D-6457 y D-6385, respectivamente. La base normativa del argumento del referendo fallido es el artículo 46 de la ley estatutaria de los mecanismos de participación democrática, cuyo texto es:

ARTÍCULO 46. DECISIÓN POSTERIOR SOBRE NORMAS SOMETIDAS AL REFERENDO. Las normas que hayan sido derogadas o aprobadas mediante referendo no podrán ser objeto de decisión dentro de los dos años siguientes, salvo por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la respectiva corporación.

Pasado ese término se aplicarán las mayorías ordinarias.

Cuando se trate de referendos aprobatorios o derogatorios de carácter nacional no podrá solicitarse referendo sobre el mismo asunto sino hasta pasados dos años.

§ 34.

La Sentencia C-931 de 2004 toca el tema del referendo constitucional, al estudiar lo relativo a las apropiaciones para mantener el poder adquisitivo

de los salarios y las pensiones, así como la cuestión de las transferencias a las universidades públicas. La demandante argumenta que al haber sido negada por el Pueblo la propuesta normativa del referendo, que pretendía establecer unos límites mínimos y máximos a las anteriores prestaciones económicas, y al haberse diseñado el presupuesto sobre la base de que el referendo sería aprobado, es necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley, pues esta desconoce la decisión que tomó el "Pueblo soberano". La Corte examina su jurisprudencia sobre cosa juzgada en esta materia, pues va camino de convertirse en deporte nacional el demandar todas las leyes que aprueban un presupuesto, para decidir, con base en las Sentencias C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003, que no existe cosa juzgada; revisa su jurisprudencia sobre reajuste de salarios a los servidores públicos, trayendo a cuento las Sentencias C-815 de 1999, C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-1017 de 2003, y hace una síntesis de los criterios generales que han fundamentado tales decisiones. Con este marco, la Corte se dedica a estudiar el tema del referendo, para establecer: que el trámite legislativo de la ley de presupuesto se completó después de la votación de referendo; que en el referendo se proponía modificar el artículo 345 de la Carta, con un parágrafo transitorio para suspender el incremento de los salarios y las pensiones, superiores a dos salarios mínimos legales mensuales, en relación con los gastos de 2002, por un período de dos años; que esta propuesta no fue aprobada; que el presupuesto se diseñó sobre la base de lo propuesto a referendo; que después de la votación el presupuesto no fue modificado. Como consecuencia de lo anterior, la Corte declara exequible la ley, pero condiciona su declaración a que se incorporen las partidas necesarias para hacer los ajustes que corresponden a lo que la Constitución ordena, pues estas disposiciones no fueron reformadas por el referendo.

§ 35.

La Sentencia C-740 de 2006 se ocupa del referendo constitucional al estudiar la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2005. El demandante argumenta que si bien existen tres vías para reformar la Constitución, ellas no pueden ser acumulativas o sucedáneas dentro de un mismo propósito, pues ello permitiría burlar la negativa en una vía, lo que es un abuso del derecho y un fraude. Por lo tanto, lo negado en materia de pensiones por el Pueblo, no podía convertirse en reforma constitucional por la vía del Congreso mediante acto legislativo. La Corte, luego de

fijar su competencia y revisar el término de caducidad de la acción, reitera que el control que a ella le ha confiado la Carta, no puede ser ejercido para revisar el contenido material de un acto legislativo. La competencia de la Corte se limita a revisar el procedimiento de formación del acto, dentro de lo cual incluye el tema de la sustitución de la Carta, precisado y caracterizado en la Sentencia C-1040 de 2005. Al tratarse de un cargo que alude a la sustitución de la Carta, la Corte pasa revista a los requisitos generales y especiales que debe cumplir el demandante. Los primeros están precisados en la Sentencia C-1052 de 2001, en la que se habla de los mínimos argumentativos de las demandas. Los segundos, implican que el demandante "debe sustentar plenamente en qué consiste dicha sustitución", pues,

Ahora bien, el hecho de que el control jurisdiccional ejercido por la Corte se despliegue en los términos indicados por la jurisprudencia significa que en una demanda por sustitución constitucional contra una reforma constitucional el actor debe sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada. No le basta, por tanto, afirmar que con la modificación de una disposición en concreto se sustituyó o se derogó la Constitución precedente, sino que debe justificar, con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente.

La Corte reconoce que la carga argumentativa se incrementa considerablemente cuando se trata de descalificar una reforma constitucional por considerarla constitutiva de sustitución constitucional. No obstante, la Corte acepta que dicha exigencia es necesaria si se tiene en cuenta la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan.

Al examinar la demanda, a la luz de los anteriores requisitos, la Corte considera, a modo de *ratio decidendi*, que los cargos por ella planteados pretenden que la Corte realice un control material del acto legislativo demandado, lo cual escapa de su competencia. Como consecuencia de ello, la Corte se declara inhibida.

§ 36.

La Sentencia C-178 de 2007 se refiere al referendo constitucional con motivo del estudio de la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2005. El demandante presenta un copioso arsenal dialéctico, en el que sobresalen varios cargos por vicios de forma y otro por haberse sustituido la Constitución. En cuanto al referendo, se censura el acto legislativo por

tratar de revivir una reforma constitucional rechazada por el Pueblo. La Corte empieza por reiterar su jurisprudencia sobre el alcance de su control de constitucionalidad de actos reformativos de la Carta, a la que se agrega la sentencia estudiada en la sección anterior, como un presupuesto teórico fundamental para el examen de los cargos de la demanda. El resultado de este examen es que la demanda, en cuanto atañe a los "vicios de competencia", en algunos temas propone un control material del acto y, en otros, no cumple con la carga argumentativa que le corresponde. En el punto preciso del referendo, la Corte "encuentra que el demandante no cumple con la carga de demostrar que el contenido de los apartes del Acto Legislativo 1 de 2005 es igual al de la pregunta 8 de la Ley 796 de 2003", pues del simple cotejo de los textos aparece que si bien se trata de la misma materia, la regulación no es idéntica, pues, además de las diferencias en el texto, de las cuales la Corte se ocupa con detenimiento, las normas que se propone reformar son distintas. Aprovechando la ocasión, la Corte hace una distinción muy importante, pues una cosa es que la votación de un referendo no supere el umbral establecido, y otra la decisión misma de aprobar o derogar una norma sometida a referendo. La mencionada pregunta ocho del referendo obtuvo un total de 6.221.313 votos, mientras que el umbral era de 6.267.443. Por lo tanto, concluye la Corte, "la pregunta 8 del referendo votado en el 2003 no fue ni aprobada ni rechazada jurídicamente, si bien la votación fue de 5.602.823 [votos] a favor y 493.563 [votos] en contra". Como consecuencia de lo anterior la Corte decide declararse inhibida. La revisión formal, en estricto sentido, concluye, a su vez, con la declaración de la exequibilidad de la reforma.

§ 37.

La Sentencia C-180 de 2007 toca al referendo constitucional con ocasión de la demanda del Acto Legislativo 1 de 2005. El argumento de la demanda, relevante para el propósito de este documento, es que el Congreso carecía de competencia para modificar la Constitución en cuanto atañe a los temas pensionales, por cuanto el Pueblo, al votar el referendo, lo había negado. La Corte estudia el tema a la luz de su, para esta fecha, copiosa jurisprudencia sobre la materia, indicando que en los procesos anteriores las demandas no habían cumplido adecuadamente con la carga argumentativa, lo cual impedía un pronunciamiento de fondo.

Este caso no será una excepción a esta regla, pues no se cumple con los requisitos generales ni con los especiales, vide § 32, siendo esta la *ratio decidendi*. En efecto, la Corte encuentra, entre otros reparos, que el *thema* planteado es el mismo; se funda en un concepto de la violación semejante al de casos anteriores; y la argumentación se desarrolla de manera similar. Además, y a modo de *obiter dicta*, hace tres importantes precisiones: una, reitera la diferencia que había hecho en la sentencia estudiada en la sección anterior, entre un referendo que no supera el umbral y un referendo que es rechazado por el Pueblo; dos, distingue entre poder constituyente primario y poder constituyente derivado o secundario, para sostener que cuando el Pueblo vota el referendo actúa como un poder constituido; tres, determina el alcance de la competencia de reforma de la Carta, al señalar que la Constitución no establece especiales jerarquías dentro de los mecanismos de reforma. La argumentación relativa a las dos últimas precisiones es la siguiente:

En las democracias constitucionales el constituyente primario es el Pueblo, "... el cual posee *per se* un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad". [Sentencia C-544 de 1992].

El poder constituyente primario se expresa en momentos de crisis y de ruptura institucional, como "... emanación especial del atributo incontestable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista". [Sentencia C-544 de 1992].

Durante la vigencia y eficacia de una Constitución, el Pueblo, como constituyente primario se encuentra en un estado de latencia y sólo se manifiesta directamente cuando se produzca una crisis institucional que ponga en duda la validez o la eficacia de la Constitución. En tales circunstancias, el Pueblo puede reasumir su potestad soberana, caso en el cual se produce una ruptura del orden establecido y hay lugar a un nuevo acto fundacional. Pero en condiciones de normalidad, el poder del Pueblo se encuentra encauzado por parámetros constitucionales, esto es, constituido por las normas superiores que fijan las condiciones para su ejercicio.

De este modo, una es la situación cuando el Pueblo, en un acto de auto afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la

Constitución o darse una nueva, y establece para ello los mecanismos que resulten apropiados, y otra muy distinta aquella en la cual, a la luz de las previsiones constitucionales, el Pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente con el periodo y las competencias que el Congreso, órgano constituido, le haya fijado en una ley, o cuando, también mediante ley, se le convoca para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución. En el primer caso el Pueblo actúa como constituyente primario, en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos y se encuentra subordinado a la Constitución. Sobre el particular, la Corte, en la Sentencia C-551 de 2003 expresó que "... el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma". Puntualizó la Corte que lo anterior implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma en asuntos tales como la competencia o los procedimientos. Así, señaló la Corporación, si bien, en la medida en que se trata de un poder de reforma de la propia Constitución, es constituyente, como se encuentra establecido por la Constitución existente, es, al mismo tiempo, derivado y limitado.

La Corte fue clara en señalar que en los artículos 374 y siguientes de la Constitución se establecen tres modalidades para el ejercicio del poder de reforma constitucional, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente y que, en la medida en que en esas normas se fijan las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional, "...no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución."

De este modo, no resulta de recibo, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la pretensión conforme a la cual cuando el Pueblo se expresa por la vía del referendo constitucional previsto en el artículo 378 de la Constitución, obra como poder constituyente primario y en tal virtud sus decisiones quedan revestidas de una especial intangibilidad frente a los restantes mecanismos de reforma constitucional previstos en el Título XIII de la Carta.

(...) los procesos orientados a producir una reforma constitucional con frecuencia se extienden en el tiempo, incluso por periodos muy prolongados, durante los cuales pueden producirse sucesivos intentos mientras se asimila el propósito, la dimensión, o el alcance de la reforma propuesta, se depuran sus contenidos, o se generan los necesarios consensos. La Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1994, avaló la constitucionalidad de la norma de la Ley 134 de 1994 conforme a la cual (i) las normas que hayan sido derogadas o aprobadas mediante referendo, no podrán ser objeto de decisión

dentro de los dos años siguientes, salvo por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la respectiva corporación y (ii) cuando se trate de referendos aprobatorios o derogatorios de carácter nacional no podrá solicitarse referendo sobre el mismo asunto sino hasta pasados dos años. En el primer evento se está ante la situación de una norma que ha sido *aprobada* o *derogada* mediante referendo, caso en el cual, señaló la Corte, lo que se busca es evitar que las corporaciones públicas hagan nugatoria la decisión adoptada mediante el referendo, no obstante que la previsión normativa guarda el equilibrio requerido en cuanto mantiene en cabeza de la respectiva corporación pública, la facultad de pronunciarse en relación con las normas materia de un referendo, con una mayoría especial. En el segundo caso se busca evitar que se desgaste la institución del referendo con convocatorias muy seguidas.

Pero tales consideraciones no se aplican de la misma manera cuando se trata de insistir a través de un mecanismo distinto, en una reforma que no fue aprobada en referendo. Y ello porque, se repite, el proceso de formación de la voluntad constituyente es complejo, es susceptible de prolongarse en el tiempo, y puede conducir a la conclusión de que, en ocasiones, resulte más adecuado, por la naturaleza técnica o especializada de los asuntos objeto de la propuesta de reforma, o por el grado de complejidad de la misma, o por la mayor flexibilidad del procedimiento de reforma, entre otras razones, acudir a la vía del Congreso, la cual tiene, precisamente, entre sus características la de que el poder de reforma se confía a un órgano del Estado con presencia permanente y con capacidad de acometer en cualquier momento la reforma. A diferencia de la Asamblea Constituyente y del referendo, que comportan la puesta en marcha de una instancia extraordinaria, por la vía del Congreso es posible promover reformas ante una instancia ordinaria y en cualquier tiempo.

La Constitución no ha previsto una limitación en esa materia, la cual entra, por consiguiente, al ámbito de las opciones políticas para sopesar el grado de legitimación popular que se considere adecuado para la reforma de una determinada materia y el escenario más adecuado para tramitarla.

(...) Podría argumentarse, como se hace por los demandantes, que puesto que existen distintas modalidades para el ejercicio del poder de reforma constitucional, cada una de ellas debe aplicarse en condiciones distintas y según un determinado orden de jerarquía. Pero se trataría de una consideración de *lege ferenda*, orientada a establecer la racionalidad y la conveniencia de un esquema de esa naturaleza, pero no la expresión del contenido actual de la Constitución sobre la materia. Un esquema tal tendría que ser producto del propio constituyente, a quien correspondería, en el evento en que así lo considerase adecuado, establecer las materias y las condiciones en las que cabe acudir a cada una de las modalidades de reforma y los eventuales límites competenciales que de ello pudiesen resultar.

§ 38.

La Sentencia C-293 de 2007 hace referencia al referendo constitucional con motivo de la demanda del Acto Legislativo 1 de 2005. Los demandantes repiten el mismo discurso estudiado en las secciones anteriores. La repetición incluye los defectos de las otras demandas, que no cumplen los requisitos generales y particulares a los que están sometidas, lo que conduce a la aplicación de la misma *ratio decidendi* y, a la postre, al mismo resultado: la decisión inhibitoria de la Corte. Con todo, la Corte hace una interesante síntesis sobre su teoría de la sustitución de la Constitución, de la cual merece transcribirse que:

Al precisar la noción de "vicio de procedimiento", la Corporación ha puntualizado que el Congreso de la República tiene libertad para reformar la Carta, pero que su competencia no se extiende hasta la sustitución de la Constitución imperante por otra diferente y contraria. [Sentencia C-551 de 2003].

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, cuando el Congreso de la República, en ejercicio de su función de Constituyente derivado, desborda sus límites y pretende sustituir la Carta, dado que no está facultado para ello, incurre en el vicio de falta de competencia.

Siendo el de competencia un vicio de carácter procedimental, de acuerdo con los ya citados artículos 242-1 y 379 de la Constitución, la Corte puede entrar a verificar si el legislador, al actuar como constituyente secundario, excedió el marco de sus atribuciones y si, en lugar de reformar la Constitución, produjo una sustitución para la cual no cuenta con la debida autorización.

Existe diferencia, entonces, entre la reforma de la Carta y la sustitución de la misma. En efecto, la reforma que le compete al Congreso de la República puede contradecir el contenido de normas constitucionales, incluso de manera drástica, pues toda reforma implica transformación, pero el cambio no ha de ser tan radical que sustituya el modelo constitucional actualmente en vigor o que conduzca a reemplazar "un eje definitorio de la identidad de la Constitución", por otro "opuesto o integralmente diferente". [Sentencia C-1040 de 2005].

Indica lo anterior que la distinción entre reforma constitucional y la sustitución, total o parcial de la Carta, no parte de la existencia de cláusulas intangibles o inmodificables, sino que se trata de evitar que, so pretexto de una reforma, el Congreso afecte los valores y los principios sobre los que se funda el Estado Constitucional de Derecho, esto es, que le confieren identidad, lo configuran como tal y por cuya afectación el mencionado Estado Constitucional perdería su esencia y pasaría a ser un modelo político y jurídico radicalmente distinto. [Sentencia C-143 de 2007].

La verificación de la competencia del Congreso es cuestión previa al desarrollo de las distintas etapas del procedimiento y, por ello, no se confunde con el análisis encaminado a establecer si el contenido material del acto legislativo objeto de la acusación se aviene o no a los dictados constitucionales.

Ahora bien, la Corte Constitucional "ha fijado criterios de prudencia judicial para orientar el control de los actos reformativos de la Carta e impedir que el subjetivismo determine la conclusión del juicio de sustitución", motivo por el cual la Corporación "ha delineado los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales y parciales de la Carta" [Sentencia C-1040 de 2005], cuyo propósito no es tornar irreformables algunos preceptos superiores, porque, según lo apuntado, todos los preceptos pueden ser objeto de reforma a condición de no generar una alteración que entrañe la sustitución, total o parcial, del modelo constitucional vigente.

De acuerdo con la jurisprudencia que al respecto ha sentado la Corte, la aplicación del referido método, que debe ser estricta, exige que la demanda presentada para acusar actos reformativos de la Constitución o disposiciones pertenecientes a esos actos y por sustituir la Carta, cumpla con los requisitos de claridad, pertinencia y suficiencia [Sentencia C-1052 de 2001], mediante la demostración concreta, clara y específica del modo como ha operado la comentada sustitución, identificando, por ejemplo, cuál de los elementos definitorios de la Carta ha sido sustituido, cuál es el elemento novedoso y distinto que se ha introducido y de qué forma ese elemento nuevo varía el régimen constitucional [Sentencia C-888 de 2004].

No es admisible, entonces, que, so pretexto de la sustitución de la Carta, el demandante se limite a alegar que se ha subvertido el orden constitucional, sin demostrar cómo, o que, sencillamente, le proponga a la Corte Constitucional el adelantamiento de un juicio de constitucionalidad material basado en la comparación del contenido de una reforma constitucional con otras normas de la Carta Política [Sentencia C-153 de 2007].

5. CONCLUSIONES

*He sido un ser egoísta toda mi vida, no en teoría,
pero sí en la práctica.
Jane Austen.*

§ 39.

Conforme a lo tratado en el punto 2 de este escrito, secciones 4 a 11, a partir de una perspectiva meramente teórica, es posible concluir lo siguiente:

(i) El proceso de reforma a la Constitución por referendo, es sumamente complejo. (ii) En él pueden intervenir el Pueblo o el Gobierno, como autores de la iniciativa de la ley convocante; el Congreso en la tramitación y aprobación de esta ley; la Corte Constitucional al ejercer el control automático sobre la ley, antes de la votación del referendo; el Pueblo en la votación del referendo; cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad; la Corte Constitucional al estudiar y decidir las demandas que se presenten contra la reforma constitucional aprobada por referendo. (iii) Este proceso está regulado por un bloque normativo, conformado por la Constitución Política, especialmente su Título XIII, la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana y la ley orgánica del reglamento del Congreso. (iv) En el proceso pueden converger dos mecanismos de participación ciudadana: la iniciativa legislativa y el referendo. (v) Cada uno de ellos tiene una naturaleza, sentido, alcance y regulación diferentes. (vi) La competencia de la Corte para ejercer el control automático sobre la ley convocante aparece en el numeral 2 del artículo 241 de la Constitución; la competencia para ejercer el control por vía de acción sobre la reforma constitucional aprobada se encuentra en el numeral 1. (vii) La sujeta materia de ambos controles es sólo por vicios en el procedimiento de formación, tanto de la ley convocante como de la reforma constitucional. (viii) A la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana debe integrarse la Sentencia C-180 de 1994, mediante la cual la Corte ejerció un control previo e integral sobre el proyecto de ley. (ix) En dicho control, la Corte sostuvo que tanto la iniciativa legislativa como el referendo, son derechos políticos fundamentales. (x) También sostuvo que su control tiene por "único objeto" examinar la constitucionalidad del acto, ley o reforma, sólo por vicios de procedimiento en su formación; (xi) En cuanto a la ley convocante, ello implica, a juicio de la Corte, que: "No puede entonces la Corte, so pena de contrariar la Constitución, ejercer un control previo y de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo"; (xii) En cuanto a la reforma constitucional, ello implica, también a juicio de la Corte, que: "Respecto de los actos reformativos de la Constitución, la Corporación únicamente puede ejercerlo [el control] por vicios de procedimiento en su formación, y mediando acción pública ciudadana". (xiii) Esta particular clase de sentencias tiene una especial consideración en cuanto al valor de la cosa juzgada. (xiv) Cuando la Corte ejerce un control previo e integral sobre una norma, ello implica, desde el punto de vista de la acción, que la norma

no puede ser objeto de acción pública, ni de controles posteriores, y, desde el punto de vista de la decisión, que ésta hace tránsito a cosa juzgada absoluta. (xv) Por lo tanto, y salvo que se modifique la Constitución, el principio de cosa juzgada cobija a todos, incluso a la propia Corte Constitucional.

§ 40.

Conforme a lo tratado en el punto 3 de este escrito, secciones 12 a 24, a partir de una perspectiva práctica previa a la votación del referendo, es posible concluir lo siguiente: (i) Desde 1991 hasta hoy, sólo se ha propuesto un referendo constitucional. (ii) Este referendo correspondió al ejercicio de la iniciativa del Gobierno, que en su momento presentó el proyecto número 47 de Senado y 57 de Cámara. (iii) Este proyecto fue tramitado, discutido y aprobado por el Congreso, y se convirtió en la Ley 796 de 2003. (iv) La Corte Constitucional ejerció control de constitucionalidad automático, previamente a la votación del referendo, según consta en la Sentencia C-551 de 2003. (v) Este control se caracteriza por ser previo, concentrado, judicial, automático, integral, específico, participativo, definitivo y delimitado. (vi) La competencia de la Corte se limita inicialmente al estudio del procedimiento de formación de la ley que convoca a un referendo. (vii) Dentro de esta competencia, la Corte incluye el estudio de los vicios de competencia en la formación del acto, de la cual se desprende la teoría de la sustitución de la Constitución, aunque no la aplica en este caso. (viii) La competencia de la Corte, inicialmente formal, se torna también material, en razón de la protección al principio de protección a la libertad del elector. (ix) La ley que convoca a un referendo se caracteriza por la reserva de su iniciativa, en manos del Gobierno o del Pueblo, por su trámite de urgencia, y por su aprobación mediante el voto afirmativo de la mayoría absoluta de miembros de cada Cámara. (x) La convocatoria a un referendo constitucional, especialmente cuando la ley corresponde a la iniciativa del Gobierno, tiene el riesgo de convertirse en un mecanismo de cesarismo plebiscitario. (xi) La norma propuesta a referendo no es intangible, como no lo es el proyecto de ley que la incorpora. (xii) El Congreso puede modificar la norma propuesta a referendo, de la misma manera en que puede modificar el proyecto de ley. (xiii) Esas modificaciones, en razón de la reserva de la iniciativa, tienen como límite el tema propuesto, pues además del principio de unidad de materia, en este caso los cambios que haga el

Congreso deben mantener unidad y conexidad razonable con lo que se haya propuesto al ejercer la iniciativa. (xiv) El principio de la libertad del elector implica una protección reforzada, pues sobre él se cierne el grave riesgo, verificado en la historia, de la manipulación. (xv) Las preguntas o notas introductorias a las normas que se someten a referendo, no son necesarias. (xvi) Si, en todo caso, se hacen, ellas deben satisfacer rigurosas exigencias de claridad, lealtad y coherencia, lo que implica el uso de un lenguaje sencillo y valorativamente neutro, plasmado en textos breves y adecuados a la norma que se somete a referendo. (xv) Los referendos pueden ser, en cuanto a su contenido, monotemáticos o multitemáticos. (xvi) Los referendos multitemáticos son más complejos, pues requieren de una organización sistemática y completa. (xvii) Ante la eventual dificultad de un referendo, la protección de la libertad del elector no puede implicar el menosprecio de sus capacidades. (xviii) La circunstancia de lo multitemático le sirve a la Corte para modificar lo que había dicho en la Sentencia C-180 de 1994, al ejercer el control automático sobre el proyecto de ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, respecto del voto en bloque y del voto en blanco. (xix) Este cambio de la jurisprudencia parece *prima facie* contravenir el principio de la cosa juzgada constitucional. (xx) El control automático que ejerce la Corte sobre la ley que convoca al referendo es definitivo, como lo es también el control automático que la Corte ejerce sobre las leyes estatutarias. (xxi) Si la Corte, en la Sentencia C-180 de 1994, se había pronunciado de manera definitiva sobre la constitucionalidad de los artículos que regulaban el voto en bloque y el voto en blanco, se torna difícil comprender cómo esto puede modificarse en una decisión posterior. (xxii) La argumentación de lo multitemático, no parece ser suficiente para justificar tal decisión. (xxiii) La cosa juzgada de las sentencias que se dictan en ejercicio de un control automático no es absoluta, como parecería, sino muy semejante a la que corresponde a la de las sentencias que se dictan en ejercicio de un control por vía de acción. (xxiv) La prosperidad del incidente de nulidad de sentencias depende de que se cumpla adecuadamente con la carga argumentativa que le es propia.

§ 41.

Conforme a lo tratado en el punto 4 de este escrito, secciones 25 a 38, a partir de una perspectiva práctica posterior a la votación del referendo,

es posible concluir lo siguiente: (i) La reforma constitucional sólo existe después de que el Pueblo la haya aprobado según las reglas establecidas en la Constitución y en la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana. (ii) Esta reforma constitucional, impropriamente denominada "acto legislativo", es susceptible de control constitucional, por medio del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. (iii) La competencia de la Corte, al ejercer este control, está doblemente limitada. (iv) La primera limitación es la de que no puede estudiar el fondo de la reforma, que siempre será contrario a la Constitución, pues de lo contrario no sería reforma, por lo que el control se ejerce sobre el procedimiento de formación de la misma. (v) La segunda limitación es la de lo ya controlado de manera automática y previa a la elección, que aparece plasmado en la sentencia sobre la ley que convoca al referendo. (vi) No está claro cuál es la oportunidad en el tiempo, si la del control previo o la del control posterior, adecuada para revisar los vicios de competencia en la formación del acto. (vii) No lo está, porque la Corte plantea teóricamente esta posibilidad en la sentencia de control previo, pero no la materializa en la práctica. (viii) No lo está, porque buena parte de las demandas posteriores a la votación, incluyen dentro de sus cargos la existencia de vicios de competencia, en razón de tratarse de una sustitución de la Carta, y la Corte se pronuncia sobre ese tema. (ix) Ante la incertidumbre, es menester fijar una posición razonable, pues si el tema de la sustitución de la Carta es materia del control automático previo, no puede serlo del control posterior, y si lo es del control posterior, no puede serlo del control previo. O es materia de uno, o lo es del otro, pero no puede serlo de ambos, ya que tal repetición daría una estocada mortal al principio de cosa juzgada y al valor de la seguridad jurídica. (x) Parece razonable pensar que si la ley convocante simplemente brinda al Pueblo la posibilidad de decidir si reforma o no la Constitución, al ejercer control sobre ella, la Corte no puede estudiar los eventuales vicios de la reforma misma, que en ese momento no existe. (xi) El control previo se centra en el procedimiento de formación de la ley convocante, y en la protección de la libertad del elector, como en efecto ocurre en la práctica en la Sentencia C-551 de 2003. (xii) No tendría sentido que ese control también abarcara el tema de la sustitución de la Constitución, pues, se repite, ello no ha ocurrido aún, pues no existe reforma alguna a la Carta. (xiii) El control a la reforma misma, que es siempre el posterior, está limitado en cuanto al procedimiento a revisar, pues sólo es posible incluir

dentro de él los trámites ocurridos con posterioridad a la fecha de la sentencia de control automático previo. (xiv) En ese escenario la teoría de la sustitución de la Constitución se torna conflictiva, y sin duda ameritaría un estudio más profundo, pues hasta ahora los cargos que la plantean han sido desechados, mediante sentencias inhibitorias, por no satisfacer ni los mínimos argumentativos generales de la acción pública de inconstitucionalidad, ni los especiales, de la teoría de la sustitución. (xv) Los mínimos argumentativos especiales de los cargos que proponen la sustitución de la Carta exigen que ésta no sea meramente afirmada, sino que se debe sustentar y justificar, adecuada y plenamente, en qué consiste dicha sustitución. (xvi) La Corte no puede modificar su competencia para ejercer el control posterior, como lo proponen algunos actores, entre ellos uno de sus Exmagistrados, pues todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía, lo que implica que uno de sus artículos no puede ser juzgado a partir de otros. (xvii) Los conflictos o tensiones entre normas constitucionales, no se resuelven inaplicando una norma y aplicando la otra, sino mediante una adecuada armonización hermenéutica. (xviii) Los efectos de las decisiones de la Corte, salvo que en la sentencia se diga otra cosa, o que se trate de una sentencia modulada, se producen a partir del día siguiente al cual la Corte ejerció su jurisdicción al pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma. (xix) La vigencia de la reforma constitucional aprobada por referendo empieza, salvo que ella misma diga otra cosa, al tenor de los artículos 48 y 49 de la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, a partir de su publicación. (xx) El censo electoral, que es uno de los principales instrumentos en el proceso del referendo, es válido en la medida en que cumpla con los principios de publicidad, transparencia y seguridad. Debe conocerse con antelación su cifra exacta, que debe ser un guarismo razonablemente cierto y preciso. (xxi) La ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana dispone que las normas aprobadas o derogadas por referendo, no podrán ser objeto de decisión dentro de los dos años siguientes, salvo que la decisión sea tomada por la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras. (xxii) Si en un referendo no se superan los umbrales de votación, ello no implica que éste haya sido aprobado o rechazado jurídicamente. (xxiii) La Constitución no establece especiales jerarquías dentro de los tres mecanismos contemplados para su reforma. (xxiv) Cuando el Pueblo vota un

referendo no actúa como un poder constituyente, sino como uno constituido, pues ese mecanismo de participación popular está regulado por la Constitución y la ley.

§ 42.

Las dos últimas conclusiones de la sección anterior, sostenidas por la Corte y evidentemente ciertas, generan un contexto en el cual la teoría de la sustitución de la Carta se torna inconsecuente. Sin perjuicio de estudios posteriores sobre este complejo asunto, de momento se intentará hacer una breve reflexión sobre la reforma a la Constitución. Se acepta como cierto (i) que no hay diferencias de competencia, valga decir de jerarquía o de poder, entre los tres mecanismos previstos por el artículo 374 para la reforma de la Constitución, que son el Congreso, la Asamblea Constituyente y el pueblo mediante referendo; (ii) que todos ellos están sometidos en su trámite o procedimiento de formación a unas reglas fijadas, al menos en principio, por la propia Constitución, por la ley orgánica del reglamento del Congreso y por la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana, y en el caso de la Asamblea Constituyente y del referendo, además, por la ley que los convoca. De tales premisas se sigue una importante consecuencia, que puede ser examinada por partida doble, a saber: uno, el Congreso, la Asamblea Constituyente y el Pueblo, mediante el referendo, no son poderes constituyentes, sino poderes constituidos, y, dos, el proceso de reforma a la Constitución es un proceso reglado, que está sometido a unos límites infranqueables. Hasta la Sentencia C-551 de 2003 se había pensado que los límites al poder constituido de reforma eran solamente formales, vinculados al procedimiento de formación del acto, valga decir de mero trámite, pero no se había planteado limitación en el objeto o la materia de la reforma. Por ello, se pensaba que cualquier parte de la Carta, e incluso toda ella, podía reformarse siempre y cuando se siguiera el trámite establecido. Con la introducción de la teoría de la sustitución de la Carta, planteada sobre la base de los vicios de competencia, el debate va más allá, pues no se cuestiona el trámite en sí, sino el alcance del poder de reforma. Armonizando la conclusión con la teoría de la sustitución, a modo de un primer colorario, se podría decir que ninguno de los tres entes que tienen el poder de reformar la Carta pueden sustituirla. Además del problema de saber cuándo hay una sustitución a la Carta, pues ella no contiene

ninguna norma que establezca, a modo de cláusula pétrea, límites de contenido a la competencia o al poder de reforma, y de ello apenas se ha ocupado marginalmente la jurisprudencia, existe otro problema, quizá más complejo, el del derecho y de la soberanía. De la jurisprudencia de la Corte, se sigue, como se puso de presente en la sección 37, a modo de segundo colorario, que la Constitución no puede ser reemplazada o sustituida si se obra conforme a derecho, pues tal asunto sólo podría hacerse por una vía extrajurídica, o de hecho, cuando el Pueblo, actuando como constituyente primario, actúa en un "acto de autoafirmación y por fuera de todo cauce normativo". Esta consecuencia es desconcertante. Para cambiar totalmente la Carta es necesario empezar por desconocerla y por violarla, pues si nos atenemos a ella, ese propósito no es posible. No parece ser adecuado a un Estado de Derecho el hacer imposible una reforma total, que se deja en manos de los hechos, del poder, así sea el constituyente primario. Más razonable es la alternativa de someter el poder a unas reglas de procedimiento, sin límites en la materia, para lograr armonizar la necesidad histórica y social del cambio, que es una manifestación de la vida, con la regularidad y orden del Derecho.