

Análisis jurisprudencial

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL FAST
TRACK: ¿DEBILITANDO EL PODER
CONSTITUYENTE?

Juan Diego Dimaté y Santiago Vernaza

Después de la firma definitiva del Acuerdo de Paz con las FARC el 24 de noviembre de 2016 comenzó su complicado proceso de “implementación”. El primer paso, para el que el gobierno viene preparándose desde el 2015, era la construcción de un andamiaje jurídico que le permitiera al Gobierno crear legislación ágilmente que sea fiel a lo pactado con las FARC. Considerando que irremediamente algunos de los puntos pactados deben ser leyes surgió el siguiente problema para el Gobierno: ¿Cómo hacer para incluir los Acuerdos en el ordenamiento jurídico ágilmente y con fidelidad a lo pactado, considerando que algunos de los puntos pactados necesariamente tienen que ser leyes? ¿Cómo hacer para, desde el punto de vista del Gobierno, evitar que la Rama Legislativa ralentizara el proceso de implementación jurídica de los Acuerdos y/o que lo alterara?

La respuesta del Gobierno fue impulsar el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, también llamado *Fast Track*. Como estaba originalmente planteado en el Acto Legislativo 1° de 2016, este consistía en un procedimiento especial según el cual se agilizaba el procedimiento legislativo y se establecían ciertas prerrogativas para el –y el se imponían limitaciones al Congreso- en el trámite de los proyectos de ley con los que se implementarían los Acuerdos.¹

Esta reseña de jurisprudencia tiene como objeto de estudio la sentencia C-699 de 2016, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de algunas de las herramientas jurídicas del AL. 1° de 2016 y se pronunció sobre la validez de la refrendación vía Congreso, para determinar los efectos que tiene sobre la *teoría de la sustitución de la*

¹ Dos de las particularidades que más polémica generaron fueron (i) la reducción en los debates para aprobar las leyes y (ii) la imposibilidad de los congresistas de introducir cambios en los proyectos de ley sin la autorización del Ministerio de Interior. Además, se permitía al presidente expedir, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor del AL 1° de 2016, los decretos con fuerza de ley necesarios para facilitar y asegurar la implementación de los acuerdos de paz.

Constitución y, en general, sobre la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido. La tesis del trabajo es que al permitir que el Congreso determinara de qué forma debía hacerse una *refrendación popular*, la Corte debilitó la división entre el poder constituyente y el poder constituido. Este debilitamiento problematiza la teoría de la sustitución de la Constitución al debilitar la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido. Para demostrar la tesis, primero se contextualizará al lector de los hechos políticos que rodearon la sentencia C-699 para luego hacer un breve resumen de sus argumentos. En segundo lugar, se hará la línea jurisprudencial sobre la *teoría de la sustitución de la Constitución*. Finalmente, se analizarán los efectos de la C-699 en la línea y en la teoría constitucional en la que dicha línea se funda.

I. Contexto y constitucionalidad del *Fast Track*

Importantes hechos se dieron entre la expedición del A.L. 1° de 2016, el 7 de julio, y la sentencia C-699, el 13 de diciembre, del mismo año. En primer lugar, se dio el resultado del plebiscito, en donde con una abstención cercana al 63% del censo, los colombianos dijeron No a lo pactado en la Habana. Posteriormente, y con un profundo espacio de polarización y incertidumbre política y jurídica, las partes llegarían a un nuevo acuerdo, que según los anuncios oficiales contaba con 56 cambios, en los 57 propuestos por la oposición al Acuerdo inicial. Firmado el nuevo Acuerdo el 24 de noviembre, este sería afirmado por la plenaria del Congreso, con la mayoría de la Unidad Nacional, y sin la presencia del Centro Democrático, el 30 de noviembre. Así fue como el gobierno sorteó con la dificultad jurídica del A.L.° 1, que en su artículo 5° reglamentaba:

Artículo 5°: Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

¿Fue una refrendación popular la votación dada en el Congreso el 30 de noviembre? ¿Entró en vigencia el procedimiento legislativo especial para poner en marcha la implementación de los acuerdos? Y aún más: ¿Sustituía el *Fast Track* la Constitución? El 13 de diciembre de ese año la Corte, por medio de la C-699, lidió con estas preguntas.

Jesús Pérez González-Rubio demandó dos artículos el AL, en ambos casos por considerar que implicaban una sustitución de la Consittución. El primer artículo que demandó fue el primero, parcialmente. La parte demandada dice lo siguiente; las partes demandadas están subrayadas y en negrilla:

Artículo transitorio: Con el propósito de agilizar la implementación del Acuerdo [...] se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz [...] Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República. (...)

El segundo dice lo siguientes:

Artículo 2º: La Constitución tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así: *Facultades presidenciales para la paz: dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.* [

La Corte se enfrentó a dos problemas jurídicos:

1. Si las disposiciones demandadas sustituían la Constitución
2. Si la Corte podía estudiar la constitucionalidad de un acto legislativo que no estaba vigente en el momento en el que fue demandado.

Frente al primer problema jurídico, la Corte consideró que la prórroga por una sola vez del procedimiento especial para los proyectos derivados de los acuerdos de paz y las facultades presidenciales para expedir decretos no sustituían la Constitución. La razón es que no hay un núcleo esencial de la constitución que esté siendo vulnerado. Además, consideró que la búsqueda de la paz como un deber de obligatorio cumplimiento justificaba aplicar a un régimen transicional unos procedimientos que, siendo diferentes, siguen respetando los ejes axiales de la Constitución. El objeto de este trabajo no es analizar estos argumentos en detalle, pues estos argumentos no son problemáticos para los fundamentos teóricos de la teoría de la sustitución de la Constitución: más allá de compartir o no la decisión de la Corte, en este punto se está aplicando la teoría de conformidad con la línea sobre el tema que se describe en el siguiente punto.

Frente al segundo, la Corte reiteró su jurisprudencia y estableció que era viable estudiar la constitucionalidad de normas que sin estar vigentes

tenían vocación de entrar en vigencia. Por lo tanto, en la medida en la que la vigencia del A.L. 01 de 2016 dependía del significado de "refrendación popular" y su competencia para analizar la constitucionalidad de dicho acto también, la Corte analizó el significado de refrendación popular.

Al definir lo que es la refrendación popular, la Corte estableció que era un "proceso" con una serie de requisitos, como por ejemplo la efectiva participación ciudadana, que en todo caso podía ser llevado a cabo por una autoridad democráticamente elegida. Así:

A falta de definición expresa en el ordenamiento, (...) y a causa de que está prevista como una condición para la entrada en vigencia de un esquema institucional para facilitar la transición hacia la paz, un análisis jurídico integral de la expresión "refrendación popular" ofrece el siguiente marco conceptual. En ese contexto preciso, la refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores. Mientras los órganos políticos encargados de aplicar las previsiones del Acto Legislativo 1 de 2016 se mantengan dentro de esos límites, pueden definir si se ha cumplido la refrendación popular, que es condición para su entrada en vigencia (Énfasis propio).

La anterior cita demuestra que la Corte facultó a los "órganos políticos encargados" de aplicar el Fast Track para determinar si los Acuerdos habían sido refrendados popularmente. Incluso, frente al Congreso, la Corte afirmó:

Es el Congreso de la República o autoridad revestida de legitimidad democrática debe definir dentro del más amplio margen de apreciación si se han cumplido los principios de "*refrendación popular*."

En el párrafo 20.4, al explicar en mayor detalle la razón de permitir que una autoridad representativa actúe de forma "popular", la Corte consideró, por la legitimidad democrática conferida en ellos, estos órganos "ofrecen condiciones constitucionales suficientes para garantizar que la expresión popular sea efectiva."

Este punto final es sobre el que se centra la tesis: al permitir que un órgano representativo actúe como si fuera el pueblo -participando en un proceso de refrendación popular y permitiendo que determine si dicha refrendación fue popular o no- la Corte está debilitando las bases sobre las que se funda la teoría de la sustitución, pues está difuminando la línea que divide al pueblo de sus representantes. A continuación se presenta la línea jurisprudencial de este tema.

II. La decisión C-699 de 2016 y la doctrina de la sustitución de la Constitución

La línea jurisprudencial de sustitución de la Constitución se divide en dos momentos, o escenarios constitucionales, en términos de López Medina (2006, p. 139). En un primer momento, se encuentra en la jurisprudencia de la Corte un periodo de puro control procedimental a las modificaciones constitucionales². En uno segundo se ha estudiado materialmente el contenido de la modificación constitucional, y la competencia del Congreso para realizar dichos cambios. En el primero, de acuerdo a una lectura inicial del artículo 241, numeral 2 de la Carta, el juez declarararía inconstitucional un acto legislativo cuando este tuviera vicios de procedimiento en su formación³. En este, que hemos llamado línea pre-sustitución, se responde al siguiente problema jurídico: ¿es inconstitucional el Acto Legislativo que viola *formalmente* el procedimiento legislativo de reforma constitucional? Los siguientes párrafos se refieren a este momento.

Antes una aclaración. Si bien el argumento que da justificación a la declaración de inconstitucionalidad de la modificación constitucional es el mismo (cuando se viola un requisito formal), el razonamiento evolucionó de un estudio de procedimiento legislativo del acto legislativo, o de mero trámite, a uno de competencia de quien lo expide.

El primer momento descrito se funda en la sentencia C-753 de 1994 y termina en la C-487 de 2002, teniendo una serie de reiteraciones a lo largo de la C-222 de 1997, C-387 de 1997 y C-453 de 1998 (Cajas-Sarria 2008,

² Como ha sido explicado con anterioridad por Mario Cajas, el control judicial a las modificaciones de la Constitución en Colombia se remonta a los últimos años de la década de 1970, cuando la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Constitucional empezó a realizarlo (Cajas-Sarria, 2008).

³ Si bien podría argumentarse que la posición de la Corte es demasiado "formalista" en esta primera etapa de la línea jurisprudencial, lo cierto es que esta verificación del respeto por las reglas procedimentales ha ido conformando, según algunos autores, una de las jurisprudencias del mundo más respetuosas del modelo deliberativo de la democracia. Ver, por ejemplo, los trabajos de Celemin (2015) y García Jaramillo (2015).

97). Estas sentencias se sitúan en un momento de primera Corte, con un grupo de jueces dando una lectura un poco más “literal” del artículo 241 de la Carta⁴. Allí la Corte actúo como verificadora formal del procedimiento legislativo que dio lugar a la modificación constitucional. Su tarea consistió en evaluar el cumplimiento de la Ley 5ª de 1992, más que en el contenido material de la modificación a la Carta. Puede encontrarse en el anexo de este texto el análisis dinámico de este escenario constitucional.

Un segundo escenario constitucional es fundado por la Sentencia C-551 de 2003, con ponencia de Eduardo Montealegre. En esta, que funda propiamente la línea jurisprudencial de sustitución de la Constitución, la Corte afirma que el Congreso tiene capacidad para *reformular* la Constitución, pero nunca para *sustituirla*. El análisis de la Corte es significativo por dos razones. Por un lado, porque amplía en su jurisprudencia el concepto de vicios de procedimiento, distinguiendo entre los requisitos de *trámite* (que son los que verificó la Corte hasta el 2003 en esta línea de jurisprudencia) y el requisito de *competencia*. Por otro lado, conectado con lo anterior, distingue la Corte en su jurisprudencia por primera vez entre el poder constituyente y el poder constituido, distinción central en la teoría constitucional y política⁵, inaugurando un fuerte precedente según el cual la competencia para reformar la Constitución es una facultad dada al poder constituido (el Congreso, en particular, o el gobernante elegido por el pueblo, en general), mientras que la de hacer una nueva Constitución es una capacidad que está estrictamente en manos del poder constituyente (el pueblo, en los sistemas democráticos).⁶

⁴ Para el constitucionalista Cajas-Sarria a esta primera posición de la Corte se relaciona estrechamente con el momento de relativa calma política en la que se encontraba el país, y específicamente de la poca oposición política a las reformas constitucionales presentadas por el Congreso (*ibid*, p. 100). Allí la Corte se enfrenta a temas tales como como la modificación de las funciones de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (A.L 1º de 1996, en la Sentencia C-222 de 1997); la integración de la justicia penal militar (A.L. 2º de 1995, en la C-387 de 1997); la posibilidad de extradición de nacionales (A.L 1º de 1997, en la C-543 de 1998); y modificaciones constitucionales al sistema general de regalías (A.L. 1º de 2001, en la C-487 de 2002).

⁵ Inicialmente postulada por Emmanuel-Joseph Sieyès en *¿Qué es el Tercer Estado?* (2003) y por Carl Schmitt en *Teoría de la Constitución* (1986), la noción del Poder Constituyente es una de los conceptos claves dentro de la historia de la teoría constitucional. Para un análisis profundo del concepto ver el capítulo *The Nature of Amendment Powers*, de Yaniv Roznai (2014) o el artículo de Loughlin (2013).

⁶ Si bien algunos constitucionalistas, como el actual magistrado Bernal Pulido (2013, p. 342), consideran que esto significa que el poder constituyente no tiene ninguna restricción y es ejerce su poder completamente libre, lo cierto es que en la tradición de este concepto hay quienes afirman que el este poder *debería* actuar

Lo cierto es que la Corte se enfrenta en esta sentencia a un momento de coyuntura política mayor al del primer escenario constitucional, lo que podría explicar su necesidad de frenar a las otras ramas del poder público. En particular, se enfrentó a las intenciones del entonces presidente Uribe, que pretendió restringir derechos fundamentales en pro de la seguridad; así como limitar el poder de la Corte, al regular la acción de tutela, a favor del Estado fiscal.⁷

Puede entonces el Poder Constituido modificar o reformar los contenidos de la Constitución, pero no sustituirlos. La pregunta es, entonces, ¿cuáles son los contenidos, los principios y valores políticos, que constituyen la esencia de la Constitución? Mejor dicho, esta sentencia inauguraría lo que se podría llamar una pregunta ontológica de la Carta del 91: aquellos contenidos que de quitarse la desnaturalizan y convierten en algo que no es. ¿Qué es la Constitución? ¿Cuál es su esencia?⁸

A pesar de ser una pregunta fundamental para el desarrollo de esta línea jurisprudencial, la Corte, en la C-551 no llegó a responderla, quizás por no arriesgarse a definir tajantemente la identidad de la Constitución. En ella, la Corte prefiere dar ejemplos generales en el área de certeza de la pregunta; afirmando, por ejemplo, que un acto legislativo que proclame el poder completo en cabeza del presidente sería una sustitución de la Constitución, pero no respondiendo a las áreas grises, y hermenéuticamente más complicadas, donde profundizaría en los años siguientes.

Después de la sentencia fundadora de línea, la Corte empezó a matizar los argumentos presentados en la C-551 de 2003; más específicamente delimitando los límites al poder de reforma del Congreso (poder constituido) a la Constitución. A diferencia del primer precedente en donde no se hicieron mayores precisiones, la Corte, en la C-1200 de 2003⁹, formula

dentro de ciertos límites. Ver, al respecto, *On Revolution*, de Hannah Arendt (1963).

⁷ Sobre este momento político y jurídico ver Cajas-Sarria (2008, p. 102), López Medina (2006) y Arango (2011)

⁸ Desde una perspectiva más hermenéutica, Quinche (2004, p. 50) y Cajas-Sarria (2008, p. 108) entienden que la justificación de este argumento jurídico es fortalecer el significado de la Carta, en un contexto de permanentes cambios. Una constitución que por lo demás había significado un paso gigante en materia de derechos y garantías.

⁹ En ella se examinan los artículos 4º transitorio y 5º parcial del A.L. 3º de 2003. Este Acto creó una comisión interinstitucional para que se elabore el proyecto de ley para la creación del sistema penal acusatorio.

varias reglas jurisprudenciales. Una de ellas responde a la primera duda que surge después de que se afirma que el Congreso tiene límites a la reforma de la Constitución: ¿existen cláusulas constitucionales pétreas? De acuerdo con la C-1200 el juez constitucional no puede utilizar la doctrina de sustitución de la Constitución para impedir cambios (subjettiva y arbitrariamente) a la Carta. Además no puede, mediante su revisión de cualquier acto legislativo, elevar al nivel de principios valores que no fueron así establecidos inicialmente en la Constitución¹⁰. Es decir, al ser la Corte una institución del poder constituido, esta no puede actuar como si fuera el constituyente, pues es precisamente lo que se quiere evitar¹¹.

Interesante para este análisis es la sentencia C-971 de 2004 donde la Corte hace las siguientes aclaraciones¹². Por un lado, afirma que la entrega temporal y limitada por parte del Congreso al Presidente en materia de creación legislativa es constitucional. En segundo lugar, distingue conceptualmente entre *alterar* y *sustituir* un contenido esencial de la Carta. Finalmente, profundiza metodológicamente en el juicio de sustitución, de la siguiente manera. En primer lugar, se debe establecer la premisa mayor del juicio, este es, el elemento axial y esencial de la Constitución. Luego, establecer la forma en que la modificación constitucional *cambia integralmente* dicho componente. Ambos pasos, como se ha visto, competen al demandante. Esta sentencia coincide con un momento de control laxo de la modificación constitucional, y son frecuentes las apelaciones al diálogo y apoyo mutuo entre las ramas del poder público, desde una heterodoxa de la división de poderes, que cambiaría cuando el poder de la Corte se vería amenazado.

El periodo que cubren los años 2003 a 2007 son años de utilización laxa del control a las modificaciones constitucionales, con una Corte exigiendo altas cargas de demostración argumentativa por parte de los demandantes¹³.

¹⁰ Otra autorestricción de la doctrina de sustitución es la característica dada a los jueces del test de sustitución, que es *rogado*, por lo que se limita exclusivamente a analizar los cargos señalados por el demandante. Esta sub-regla es inaugurada en la C-543 de 1998 y reiterado en las sentencias C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-871 de 2004, C-242 de 2005, C-332 de 2005, C-786 de 2005, C-153 de 2007, C-180 de 2007 y C-216 de 2007.

¹¹ Para ver la discusión sobre la legitimidad de la Corte al realizar el juicio de sustitución ver el artículo de Bernal Pulido (2013) -actual magistrado de la Corte que recientemente realizó un test-.

¹² En esta se estudia el artículo 3º del A.L. 1º de 2003.

¹³ Este escenario constitucional está compuesto, además de las sentencias mencionadas hasta ahora, por las decisiones C-242 de 2005, C-332 de 2005 y C-786 de 2005.

Relevante en este periodo¹⁴ es la sentencia C-1040 de 2005, que permitió la primera reelección de Uribe Vélez. Metodológicamente profundizó en el procedimiento para identificar la existencia de una verdadera sustitución, desarrollando un test de siete pasos. (i) Debe identificarse el elemento esencial de la Constitución, luego (ii) debe mostrarse como el elemento es la base de otros elementos centrales en la Carta, para (iii) explicar porqué el elemento es esencial. Deben entonces iv) demostrarse que el elemento es estructural en la Constitución -que no es un elemento aislado del texto constitucional-. Lo anterior debe hacerse en miras a (v) probar que declarar el elemento como esencial no significa petrificar la Carta. Los dos últimos pasos examinan el contenido de la reforma, de tal manera que vi) debe mostrarse que la reforma sustituye el elemento esencial, junto con (viii) la justificación de que ésta contradice y desdibuja el elemento.¹⁵

Además de la división de poderes, la jurisprudencia definió como elementos esenciales de la Constitución al principio de igualdad y de mérito en la carrera pública, al declarar inconstitucional la reforma que modificó la carrera administrativa en el 2008, por medio de la sentencia C-588 de 2009. En esta nuevamente reiteró el procedimiento de siete pasos postulado en la C-1040 de 2005. Más recientemente la Corte declaró en la C-141 de 2010 - una de las decisiones judiciales con mayor impacto político de su historia- que una segunda reelección presidencial de Uribe Vélez sería inconstitucional, pues (esta vez sí) se quebraba el orden constitucional de división de poderes y *check-and-balances*. Declararla legal implicaría vulnerar la igualdad entre candidatos, la generalidad de las normas y la alternancia de poderes, principios esenciales de la Constitución.

Las últimas dos sentencias analizadas (C-588 de 2009 y C-141 de 2010) declararon inconstitucionales las reformas demandadas. Estas decisiones inauguran un periodo de control *estricto* a los actos legislativos, con otras decisiones como C-1056 de 2012, C-579 y C-010 de 2013; en parte porque se desligó de reiterado precedente donde solo estudiaría las normas que el

¹⁴ Se incluyen acá las decisiones C-472, C-740, C-986 de 2006, C-153, C-178 y C-180 de 2007 que analizaron distintos artículos del A.L. 1º de 2005, declarándolos constitucionales.

¹⁵ En términos políticos sabemos que la C-1040 declaró que la reelección de Uribe Vélez no implicaba un quebrantamiento *definitivo* de la división de poderes. Es interesante porque el A.L. 1 de 2005 ordenaba al Consejo de Estado la creación de un sistema de garantías para la campaña presidencial del 2006. Esta cláusula se consideró en la C-1040 como inconstitucional. Para los magistrados darle facultades legislativas a los magistrados del Consejo de Estado sí era una clara sustitución de la división de poderes.

demandante explícitamente demandara¹⁶. Esto último llevó a la Corte a analizar más ampliamente el significado de las reformas, y por consiguiente a ser más estricto con su control. El estudio de este fenómeno ha llamado la atención de académicos nacionales (González-Jácome 2016, Cajas-Sarria 2016), especialmente desde que la Corte declaró inconstitucionales dos reformas, en las sentencias C-286 y C-373 de 2016, que serán analizadas a continuación.

En respuesta a los escándalos de corrupción en la rama judicial, el Congreso expide el A.L. 1º de 2016, que creó la Comisión de Aforados y el Consejo de Gobierno Judicial. La primera buscó reemplazar la Comisión de Acusaciones en la judicialización de alto funcionarios (incluyendo a los togados de la Corte Constitucional); por otro, el Consejo de Gobierno buscaba crear mecanismos para que la rama judicial funcionara más efectiva y eficientemente, así como para vigilar su transparencia. La Corte concuyó que ambas instituciones eran inconstitucionales, ya que reemplazaban el principio básico de división de poderes y auto-gobierno y autonomía de la Rama. En las sentencias C-286 y C-373 de 2016 la Corte declaró que la función de autorregulación de las Cortes se veía violentada por la modificación constitucional, y por lo tanto suprimía la esencia misma de la Constitución de 1991.¹⁷

La lectura de la jurisprudencia constitucional sobre las reformas inconstitucionales a la Constitución han hasta ahora se han sostenido del principio de separación entre dos poderes claros en la teoría constitucional. El poder soberano (y casi absoluto) del constituyente simplemente no puede ser reemplazado por el poder constituido, llámese Congreso, cortes o gobierno. El primero, al menos conceptualmente, sólo puede manifestarse en un momento constituyente, y no en el día a día de los procedimientos legislativos, lo que nos lleva a la parte final de nuestro texto.

III. ¿Desdibujando la diferencia entre poder constituyente y constituido?

Si bien la decisión C-699 de 2016 reitera que el Congreso tiene la facultad de modificar la Constitución pero no de sustituirla (el *fast track*, como

¹⁶ La consideración 8ª de la C-699 de 2016 explica la necesidad de examinar la constitucionalidad de otras normas no demandadas originalmente por el demandante hacen parte de la “función natural” del juez de “sanear la Constitución” para evitar que persistan incongruencias en ésta.

¹⁷ Ambas sentencias fueron leídas por algunos sectores de la academia como intento por reafirmar el poder de la Rama Judicial frente a las otras ramas del poder público. (Cajas-Sarria 2016, Ceballos 2017).

vimos, no lo hace), también la Corte dio facultades al Congreso para determinar si este entró en vigencia. La condición: que se hubiera dado un proceso de refrendación popular. Ante esta situación resulta interesante pensar en las consecuencias teóricas (y posiblemente prácticas) de lo sostenido por la Corte.

Ampliando el concepto refrendación popular, y permitiendo que el Congreso decida si existe o no ésta, la Corte permite pareciera desdibujar las diferencias entre un poder institucional, dado y constituido, y el poder constituyente. Recordemos la definición dada sobre la refrendación popular:

“(i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores.” (Consideración 20).

Junto a ésta, la Corte dictaminó que era el Congreso quien tenía la facultad para determinar si estas condiciones se habían efectivamente cumplido (cosa que terminó sucediendo). Así, si bien la participación directa de los ciudadanos podría indicar un sentido, el Congreso, en sus facultades para interpretar la voluntad del pueblo, podría indicar otro. En últimas, la voluntad del poder constituyente está condicionada a la interpretación del constituido.

Es cierto que la Corte se enfrentó en esta decisión a un momento político sin referentes en Colombia, teniendo que ponderar entre valores fundamentales en nuestra Carta, como la búsqueda de la paz y la rigidez de la Constitución. Dos puntos a resaltar: en primer lugar, decisiones como las estudiadas en este texto muestran el papel político que juega la Corte, permitiendo y ponderando necesidades colectivas fundamentales frente a las formalidades legales (los requisitos de trámite y de fondo de las modificaciones constitucionales).

Por último, la nueva posición de la Corte frente a la definición de refrendación popular es problemática, más cuando “sin arriesgarnos a un error” Colombia vive un momento constitucional¹⁸, en la terminología de

¹⁸ A estos se le oponen momentos de baja intensidad, de legislación corriente, y de política del día a día. Los momentos constitucionales pueden ser, pero no se limitan a, una asamblea constituyente. Ejemplos de momentos constitucionales sin nueva constitución, según el autor, son el New Deal y el fallo *Brown v. Board of*

Bruce Ackerman (2014). Este indica un momento de coyuntura política en la sociedad, con una agitación en las esferas institucionales y no-institucionales; también es un momento excepcional donde la ciudadanía se activa, se pone de pie, y después del debate se llegan a nuevos consensos (Gargarella 2017). Estos momentos constitucionales requieren de un alto grado de consenso en las sociedades. Y no se trata aquí de criticar el acuerdo de paz, sino de señalar las posibles implicaciones de desdibujar las líneas entre el poder constituyente y el constituido. Pues, según Ackerman, el respeto y la solidez de los cambios constitucionales a futuro dependen del nivel de consenso habido en el momento constitucional. La solidez y permanencia del Acuerdo de Paz podría, según lo planteado, estar en riesgo, por la problemática -¿pero necesaria?- posición de la Corte.

Nota: al cierre de este artículo la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dos provisiones del A.L. 1º de 2016. Por un lado, afirmó que el Congreso puede revisar el contenido de los acuerdos. Al igual que negó la obligación de los parlamentarios de votar en bloque las leyes que lo implementen. Al parecer -pues se desconoce el texto de la decisión-, la Corte consideró que había una sustitución constitucional de la separación de poderes.

ANEXO

	¿Es inconstitucional el Acto Legislativo que viola <i>formalmente</i> el procedimiento legislativo de reforma constitucional?	
Sí	<ul style="list-style-type: none">• C-573 de 1994 (sentencia fundadora de escenario constitucional) M.P.: Araujo Rentería• C-222 de 1997 M.P.: Hernández Galindo• C-387 de 1997 M.P.: Morón Díaz• C-453 de 1998 M.P.: Gaviria Díaz• C-487 de 2002 (sentencia cierre de escenario constitucional) M.P.: Beltrán Sierra	No

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (2014). *We the People (III) The Civil Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press.

Arendt, H. (1963). *On Revolution*. New York: Peguin Books.

Bernal Pulido, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the case study of Colombia. *International Journal of Constitutional Law* (2). Vo. 11.

Cajas-Sarria, M. (2008). La Corte Constitucional y el control de la reforma a la Constitución de 1991. En: *El Control Judicial a la Reforma a la Constitución*. Cali: Universidad ICESI.

Cajas-Sarria, M. (2016). The Unconstitutional Constitutional Amendemendt Doctrine and the Reform of the Judiciary in Colombia. *International Journal of Constitutional Law Blog*, Sept. 1, 2016, at: <http://www.icconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/>.

Ceballos, J. (2017). El Control Constitucional: más allá del Derecho. *Revista Razón Pública*, 28 de junio, en: <http://www.razonpublica.com/index.php/lectura-p%C3%BAblica/10345-el-control-constitucional-m%C3%A1s-all%C3%A1-del-derecho.html>.

Celemin, Y. (2015). *Democracia, control horizontal y procedimiento legislativo: un análisis del sistema jurídico colombiano (tesis inédita de doctorado)*. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C-551 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

García, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gargarella, R. (2017). El punto conservador de la teoría dualista de Bruce Ackerman. Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Recuperado de: <http://seminariogargarella.blogspot.co.uk/2017/03/el-punto-conservador-de-la-teoria.html?m=1>.

Loughlin, M. (2013). The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, Vol 13 (2). pp. 218-237.

Gonzales-Jácome, J. (2016). Courts and Public Opinion: the Colombian Peace Process and The Substitution of the Constitution Doctrine. *International Journal of Constitutional Law Blog*, Sept. 28, at: <http://www.iconnectblog.com/2016/09/courts-and-public-opinion-the-colombian-peace-process-and-the-substitution-of-the-constitution-doctrine/>.

López Medina, D. (2006). La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes. En: *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis-Uniandes.

Quinche, M.F. (2004). El control de los actos reformativos de la Carta, solo por vicios de procedimiento en su formación. *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*.

Roznai, Y. (2014). The Nature of Amendment Powers. En: *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: OUP.

Sieyès, E. (2003). ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios. Madrid: Alianza.

Schmitt, C. (1986). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.