
EL CONTROL AL PODER DE REFORMA
CONSTITUCIONAL: LA ACCIÓN PÚBLICA DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ACTOS
LEGISLATIVOS

CONTROL OF THE POWER OF
CONSTITUTIONAL REFORM: PUBLIC ACTION OF
UNCONSTITUTIONALITY AGAINST LEGISLATIVE
ACTS

CONTRÔLE DU POUVOIR DE RÉFORMER
LA CONSTITUTION: ACTION PUBLIQUE
D'INCONSTITUTIONNALITÉ CONTRE LES ACTES
LÉGISLATIFS

CONTROLE DO PODER DE REFORMA
CONSTITUCIONAL: AÇÃO PÚBLICA DE
INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA ATOS
LEGISLATIVOS

Fecha de Recepción: 20 de enero de 2019

Fecha de Aprobación: 12 de marzo de 2019

Edgar Andrés Quiroga Natale¹

Catherine Díaz Sanabria²

1 Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Libre, Sabana, Santo Tomás, entre otras). Contacto: edgarandresq80@gmail.com

2 Magíster en Derechos Humanos (Msc) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Colombia. Abogada Universidad Antonio Nariño. Docente e Investigadora Universitaria.

Resumen

La acción pública de inconstitucionalidad además de ser un importante instrumento que le permite participar al ciudadano en la vida política del Estado, se constituye en un mecanismo de control frente al parlamento aún cuando éste actúa bajo la competencia de reforma constitucional. El presente artículo presenta unas bases introductorias para comprender la génesis, naturaleza, características y régimen procesal de la acción pública de inconstitucionalidad, haciendo un especial énfasis en el uso de este mecanismo frente a los actos legislativos.

Palabras claves: Constitución, Acción pública de Inconstitucionalidad, actos legislativos, reforma constitucional.

Abstract

The public action of unconstitutionality as well as being an important instrument that allows the citizen to participate in the political life of the State, constitutes a mechanism of control in front of the parliament even when it acts under the competence of constitutional reform. The present article presents an introductory basis to understand the genesis, nature, characteristics and procedural regime of the public action of unconstitutionality, making a special emphasis on the use of this mechanism against legislative acts.

Keywords: Constitution, Public Action of Unconstitutionality, legislative acts, constitutional reform.

Résumé

L'action publique d'inconstitutionnalité, en plus d'être un instrument important qui permet au citoyen de participer à la vie politique de l'État, constitue un mécanisme de contrôle devant le parlement même lorsque ce dernier agit dans le cadre de la compétence de la réforme constitutionnelle. Cet article présente une base introductive pour comprendre la genèse, la nature, les caractéristiques et le régime procédural de l'action publique d'inconstitutionnalité, en insistant particulièrement sur l'utilisation de ce mécanisme en relation avec les actes législatifs.

Mots clés: Constitution, action publique d'inconstitutionnalité, actes législatifs, réforme constitutionnelle.

Resumo

A ação pública de inconstitucionalidade, além de ser um importante instrumento que permite ao cidadão participar da vida política do Estado, constitui um mecanismo de controle perante o parlamento, mesmo quando este atua sob a competência da reforma constitucional. Este artigo apresenta uma base introdutória para a compreensão da gênese, natureza, características e regime processual da ação pública de inconstitucionalidade, com especial ênfase na utilização deste mecanismo em relação aos atos legislativos.

Palavras-chave: Constituição, Ação Pública de Inconstitucionalidade, atos legislativos, reforma constitucional.

1. Origen y Antecedentes

La acción pública de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano tuvo sus primeros antecedentes en leyes de la Nueva Granada¹ antes de ser elevada a canon constitucional. Las disposiciones legales en

1 Las disposiciones legales en comento que fungen como origen normativo de dicha acción fueron expedidas por el pleno del Senado y la Cámara de Representantes quienes decretaron: i) Ley 3 del 22 de junio de 1850 (La cual adiciona y reforma las leyes de 3 de junio de 1848 y 30 de mayo de 1849, orgánicas de la administración y régimen municipal). En su artículo 23 establecía: “*Cuando las objeciones hayan versado sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad del proyecto, después de puesta la sanción en el caso del artículo anterior, el funcionario respectivo tiene el deber de pedir inmediatamente la anulación de la ordenanza ante la corte suprema de justicia, y la del acuerdo ante el tribunal del distrito, previo informe del personero provincial o parroquial, en su caso, y sin que por esto se suspenda la ejecución de tales actos. PARÁGRAFO ÚNICO.* Esta disposición no excluye el derecho que tiene todo ciudadano para pedir la anulación, cuando ella no ha sido propuesta por el funcionario a quien corresponde” Sobre el particular anota Rey: “(...) Pertenece al patrimonio histórico constitucional colombiano el control de constitucionalidad en la modalidad de la acción popular; su origen se halla en la ley de 22 de junio de 1850, por medio de la cual se adicionan y reforman las leyes orgánicas de 3 de junio 1848 y del 30 de mayo de 1849 relacionadas con la administración y régimen municipal. El parágrafo único del artículo 23 concedió el derecho “que tiene todo ciudadano” para pedir la anulación de una ordenanza ante la Corte Suprema de Justicia o de un acuerdo ante el Tribunal del Distrito, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad cuando ella no ha sido propuesta por el funcionario a quien corresponde (...)” REY Cantor, Ernesto. “Acción popular de inconstitucionalidad”. En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/04/accion-publica-deinconstitucionalidad-ernesto-reycantor.pdf>. Consulta realizada el 24 de diciembre de 2017 a las 12:30am. ii) Ley 4 del 2 de junio de 1851(Adicional y reformatoria de las leyes del régimen municipal). Estipulaba su artículo 21 lo siguiente: “Toda ordenanza, acuerdo o acto de las Cámaras de provincia o cabildos parroquiales que sea contrario a la Constitución o a las leyes, es anulable por la Corte Suprema de Justicia o Tribunal del Distrito, en su caso; siempre que no tenga por objeto el nombramiento o elección de algún funcionario público, de los que corresponde hacer.”.

comento que fungen como origen normativo de dicha acción fueron expedidas por el pleno del Senado y la Cámara de Representantes y perseguían la anulación de los proyectos de actos, acuerdos u ordenanzas de las Cámaras de Provincia cuando estos contrarían la Constitución o las leyes a través de la objeción (formulada por el gobernador, jefe político o alcalde según sea el caso) o mediante acción impetrada por cualquier ciudadano. Posteriormente el control de constitucionalidad promovido vía acción se imbrica en las Constituciones Nacionales de 1853² y 1863³.

Si bien es cierto el control introducido por las leyes y disposiciones constitucionales en cita no puede extenderse para atacar las leyes nacionales, también es igual de cierto que se constituye en el más claro antecedente de la acción de inconstitucionalidad y del mismo control de constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Con la llegada al poder de Rafael Nuñez se deroga la Constitución de 1863 y a través de la nueva Carta Superior (1886) se elimina cualquier posibilidad de control de constitucionalidad (y con él la acción de inconstitucionalidad) para dar paso a un ordenamiento de notorio acento centralista y fincado en el ideario conservador.

La nueva Constitución cumplía una función de “legitimación ex – post” de la ley la cual gozaba de presunción de constitucionalidad solo por el hecho de haber sido expedida con posterioridad a su entrada en vigencia, prueba de ello es la ley 153 de 1887 la cual estipuló en su artículo 6 lo siguiente:

Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe. (...)

Lo anterior, trae como consecuencia un sistema de sujeción directa de las disposiciones contenidas en las leyes, y concomitante a ello, la prohibición de inaplicarlas ni siquiera en los eventos en que éstas pudiesen intentar contra

2 Constitución de 1853 (artículo 42): “La Suprema Corte de la Nación se compone de tres Magistrados elegidos popularmente en propiedad y por el término de cuatro años, y nombrados en las faltas temporales por el Poder Ejecutivo. Corresponde a la Suprema Corte de la Nación: (...) 6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República”.

3 Constitución de 1863 (artículo 72): “Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

la Constitución, siendo el Congreso el único que vía derogatoria tenía la competencia funcional para cambiar una disposición legal.

Resulta importante recordar que la Constitución Colombiana de 1886 fue producto de la propuesta e imposición que el partido Nacionalista⁴ generó a partir de su propia concepción del Estado y sus instituciones, pero de ninguna forma surgió de un consenso pluralista que integrara diversas ideologías políticas; dicha Constitución tuvo su origen en el Consejo Nacional de Delegatarios convocado mediante el decreto 594 de 1885 y fue integrado de tal forma que sus decisiones fueran el reflejo del querer del partido vencedor, es decir, el Nacionalista⁵. En suma, la Constitución de 1886 fue redactada para el mantenimiento de un partido en el poder, partido el cual tenía la mayoría en el Congreso; por lo tanto, el artículo 6 de la ley 153 de 1887 aseguraba que las leyes aprobadas por esa mayoría partidista no puedan ser desconocidas por quienes deben aplicarlas ni siquiera bajo el argumento de que las mismas podrían conculcar la Constitución.

Este “diseño institucional” (unido a muchas otras consagraciones normativas), permitió que en los gobiernos de Rafael Nuñez y Miguel Antonio Caro se excluyera y oprimiera a la oposición y a quienes estaban en contra del régimen político establecido. “(...)El cierre de los medios de comunicación, el destierro de líderes políticos, la escasa participación en los cuerpos colegiados de representación y la Ley de los Caballos ejemplifican la exclusión y discriminación que tuvieron que afrontar los integrantes de la minoría(...)”⁶.

La Constitución hasta ese momento no detentaba naturaleza de norma jurídica en sentido estricto, se constituía en una Carta Política mediante la cual se explicitaba de forma general la organización del poder público, se establecían los límites de las autoridades en el ejercicio del poder y se consagraron algunos derechos de los ciudadanos; no obstante, la Constitución al no ser una norma (in stricto sensu), no tenía la capacidad de generar una

4 Fundado por Rafael Nuñez.

5 Al respecto comenta Carlos Restrepo: “(...)En el nombramiento –no en la elección– del personal del Consejo, se tuvo el cuidado de balancear mecánicamente el número de representantes de la antigua filiación conservadora y de antigua filiación independiente [...] De ese modo, no hay exactitud al afirmar que en el Cuerpo Constituyente estuvieran representados dos partidos, el independiente y el conservador; lo estaba uno solo, el nuevo, el nacional, y de este solo partido es obra la Constitución de 1886(...)” Restrepo, Carlos E. “*Orientación Republicana*”: Tomo I. Banco Popular. Bogotá, 1972, Pág 108.

6 Maya Chaves, María José. “Discordia, reforma constitucional y Excepción de inconstitucionalidad”. En: Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes, 2012, pág 120.

sujeción jurídica directa para la protección de los derechos, ya que éstos requerían de ser desarrollados por leyes posteriores para permitir exigencia de cumplimiento y ser justiciables.

Tan evidente era la falta de sujeción directa de los “derechos constitucionales” que la misma Carta Política ordenó incorporar algunos de ellos al Código Civil con el objeto de garantizar su aplicación preferente; es decir, de forma paradójica, para aumentar la protección de algunos derechos constitucionales, el constituyente de 1886 ordena consagrarlos en la ley, hecho que supone un proceso de “legalización de los derechos constitucionales”⁷.

El hecho de compartir la condición de exclusión (y en algunos casos de persecución), unido a la sistemática violación de los derechos de los partidos minoritarios o de oposición, impulsó a los liberales y a los conservadores históricos a formar una alianza estratégica para de manera conjunta perseguir la introducción de una reforma constitucional en donde se sintieran integrados los intereses de la Nación y no solo los del partido nacionalista. De esta alianza surge la “Unión Republicana” en 1909 como un partido político que buscaba abolir con las condiciones referidas a través de reformas constitucionales para acabar con el ordenamiento que hizo posible los abusos cometidos por los gobiernos de Reyes y Caro. Es así, como producto de la Unión Republicana se impulsa la reforma constitucional materializada en el acto legislativo 03 de 1910 mediante el cual se introducen reformas estructurales a la manera como se configura y ejerce el poder público a partir de las ramas que lo integran (ejecutiva, legislativa y judicial).

Los artículos 40 y 41 del referido acto legislativo consagran por primera vez en la historia jurídica de Colombia, el control de constitucionalidad extendido bajo las siguientes cláusulas normativas:

7 Sobre el Particular María Maya comenta: “(...) los constituyentes de 1886 habían rebajado los derechos constitucionales al rango de ley: para garantizar los derechos del Título III de la Constitución, el artículo 52 de la misma ordenó incorporarlos al Código Civil como título preliminar, bajo el entendido de que este estatuto tenía aplicación preferencial (Código Civil de la Unión 1873, Art. 10). A pesar de que el Código Civil gozara de una mayor jerarquía con respecto a otras leyes, el efecto sigue siendo el mismo: esta forma de protección reducía la garantía de los derechos constitucionales al nivel de la ley (...)” Maya Chaves, María José. Ob.Cit. pág 127. En igual sentido Jaime Sanín afirma: “(...) obviamente esto no añadía nada a su fuerza, pues en virtud de esta disposición no se elevaba el título III a una categoría superior, sino que, por el contrario, se le colocaba en una norma de rango inferior [...] en teoría la Constitución era ley suprema, pero los jueces podían aplicar solamente la ley, no la Constitución; así, entonces para dar efectividad práctica a los derechos civiles y garantías sociales consagrados en la Constitución, era el caso incorporar tales disposiciones a la legislación ordinaria con base en las cuales debían producirse los pronunciamientos judiciales: (...)” Sanín, Jaime. 1971. “*La defensa judicial de la Constitución*”. Temis. Bogotá, 1971, pág 105.

Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales. Artículo 41.- A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Las citadas disposiciones introducen profundos cambios en el ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que tiene que ver con el sistema de fuentes del derecho, ya que sin hacer una mención expresa de la condición normativa de la Constitución, es claro que la ubica por encima de las leyes en el momento de su aplicación; generando i) un reconocimiento implícito del principio de supremacía constitucional y ii) una habilitación para inaplicar las leyes cuando estas sean contrarias a la Constitución, consagrando un sistema difuso de control de constitucionalidad.

Sumado a ello, asigna la competencia funcional a la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la exequibilidad de los actos reformativos de la Constitución objetados por el gobierno y las demandas promovidas por los ciudadanos en contra de leyes o decretos acusados de ser inconstitucionales, configurando un sistema objetivo, extendido y concentrado de constitucionalidad lo cual se constituye en el primer referente conocido de dicho modelo ya que éste se dio aproximadamente 10 años antes de que Hans Kelsen lo propusiera como diseño de control en la Constitución austriaca de 1920.

Las anteriores reformas posibilitan realizar un control de la ley por fuera del *imperium* del Congreso, lo que permite que la configuración de determinadas mayorías coyunturales en el parlamento no pueda hacer nugatorio los derechos ya reconocidos constitucionalmente ni llegar a desconocerlos por parte de leyes posteriores, derogando así la presunción “pétrea” de constitucionalidad de las leyes explicitada en el artículo 6 de la ley 153 de 1887.

Vemos como el surgimiento material del control de constitucionalidad no es una figura que se introduce de forma inconsciente o azarosa, *a contrario sensu*, se corresponde con una realidad histórica y una necesidad de controlar el poder del Presidente a través del manejo y dominio que éste tenía sobre

las mayorías parlamentarias⁸. La acción pública de inconstitucionalidad imbricada en el artículo 41⁹ del acto legislativo 03 de 1910, se constituye en una nueva forma de control en el ejercicio del poder público y un mayor balance entre las ramas y órganos que lo ejercen, lo cual sirve de antecedente para su posterior consagración, reconocimiento y desarrollo a partir de la Constitución de 1991.

2. Aspectos Sustanciales

Aproximaciones conceptuales y características.

Bajo el imperio normativo de la Constitución de 1991, la acción de inconstitucionalidad tiene una doble dimensión o naturaleza a saber:

- I) Político - Sustancial: Ya que dicha acción se constituye en una expresión material de la participación ciudadana dentro de un diseño democrático abierto, es decir, que por medio de este instrumento el ciudadano funge como veedor permanente del quehacer del poder constituido evitando así que los actos, normas y/o mecanismos jurídicos por éste expedido, violen el poder constituyente expresado en los valores, principios, reglas y mandatos constitucionales. Producto de lo anterior, la acción de inconstitucionalidad se convierte en una herramienta que tiene ciudadano para participar en la vida política del Estado¹⁰.

8 Respecto de la historia, causas y efectos de la introducción del control de constitucionalidad y más específicamente el proyecto Republicano que inspiró la reforma de 1910 ver Rodríguez Peñaranda, María Luisa. "Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. Páginas 220-247.

9 El cual fue una reproducción del artículo 24 del proyecto presentado por Nicolás Esguerra a la Asamblea Nacional.

10 A propósito de esta dimensión sostiene Rey: "(...)La acción de inconstitucionalidad es un derecho constitucional fundamental que legitima a cualquier ciudadano para demandar ante la Corte Constitucional actos con fuerza de ley (llámese ley, decreto con fuerza de ley, o los actos legislativos reformativos de la Constitución), así como también los referendos legislativos, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, con el objeto de que se declare inexecutable (o inconstitucional), a fin de restablecer la supremacía de la Constitución. Se incluye dentro del concepto la acción de que trata el artículo 237, numeral 2 de la Constitución, por el cual se le reconoce el derecho a un ciudadano para demandar ante el Consejo de Estado "los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa (...)" Rey Cantor, Ernesto. "Acción popular de inconstitucionalidad". En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/04/accion-publica-deinconstitucionalidad-ernesto-rey-cantor.pdf>. Consulta realizada el 24 de diciembre de 2017 a las 12:30am. De igual forma anota Esguerra: "(...) la acción de inconstitucionalidad (...) tiene una dimensión mucho mayor y se levanta no solo como una eficaz garantía de la supremacía

II) Jurídico – Procesal: La acción de inconstitucionalidad adquiere también una dimensión adjetiva, pues se erige como un mecanismo procesal para la defensa de la supremacía constitucional permitiendo hacer justiciable a través de un órgano especializado las violaciones que se hacen a la Carta Superior¹¹ y restablecer así el orden dado por el poder constituyente¹².

El máximo intérprete constitucional de igual manera se ha referido a las dos dimensiones anteriormente descritas (sustancial y procesal) así:

(...) El objeto de la acción de inconstitucionalidad es una confrontación de carácter jerárquico entre una norma constitucional y otra del nivel legal, cuya posible consecuencia, en caso de encontrarse incompatibilidad entre ellas, es la declaratoria de inexecutable de la segunda (...)”¹³. “(...) En este sentido, la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la efectividad del principio fundamental de supremacía de la Constitución, debiendo ser ésta la única motivación del ciudadano, que en desarrollo del deber contenido en el numeral 5 del artículo 95 Superior acude a la jurisdicción constitucional en ejercicio del derecho político a interponer

constitucional sino, además, como fundamental instrumento de defensa de los derechos y las libertades de los ciudadanos frente a la propia ley (...)”Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. “La protección constitucional del ciudadano. Ed. Legis, Bogotá, 2010. Pág. 368.

11 Por medio de los actos legislativos, las leyes, los decretos ley (legislativos, extraordinarios, con fuerza de ley y autónomos constitucionales), las convocatorias a referendo constitucional o asamblea nacional constituyente, los referendos sobre leyes y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, proyectos de leyes estatutarias, tratados internacionales y las leyes que los aprueben, así como las interpretaciones palmariamente inconstitucionales que se hagan de las leyes y que funjan como doctrina ordinaria de la judicatura.

12 Sobre el particular sostiene Quinche:“(...) La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo procesal, de carácter constitucional, en virtud del cual los ciudadanos pueden acudir ante la Corte Constitucional por medio de una demanda, para solicitarle que declare la inexecutable de una reforma constitucional, de una ley o de un decreto con fuerza de ley, por considerar que los mismos son contrarios a la Constitución (...)”Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “La acción de inconstitucionalidad”. Ed. Ibañez, Bogotá, 2016, pág. 23. En apoyo de la misma comprensión arguye Mendieta: “(...) La acción de inconstitucionalidad es la posibilidad que tienen algunas personas que ostentan una calidad especial de índole política, territorial, ciudadana o popular de acudir ante la autoridad constitucional del Estado, para que ésta determine si una ley, y en algunos casos toda norma con fuerza material de ley, está acorde o no con los preceptos constitucionales y, en caso negativo, para que dicha norma sea declarada inconstitucional para su correspondiente salida del ordenamiento jurídico por carecer de validez jerárquica, sin que necesariamente exista un interés de parte o la aplicación de la norma a un caso concreto, con lo que se establece un control de constitucionalidad abstracto y concentrado (...)”Mendieta González, David. “La acción pública de inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia”. En: Revista Universitas No. 120. Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, pág. 64.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

acciones públicas en defensa de la Constitución (...)”¹⁴”. “(...) El sistema constitucional colombiano consagra como principal mecanismo para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto la acción de inconstitucionalidad, que otorga a todo ciudadano en ejercicio la facultad de acusar ante el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, normas de inferior jerarquía que se estiman contrarias al ordenamiento superior, a fin de que sean declarados inexecutable mediante una providencia que hace tránsito a cosa juzgada constitucional (...)”¹⁵.

A partir de la naturaleza y dimensión anteriormente expuesta sobre la acción en comento, se puede decantar que la misma tiene las siguientes características generales:

- i) Es una acción política: ya que su titularidad está en cabeza de todo ciudadano en ejercicio de sus derechos políticos, y como fue explicado *ut supra*, se convierte en una forma de materializar la democracia participativa.
- ii) Es una acción pública: pues no se le exige al ciudadano que tenga que demostrar un interés subjetivo en la causa, pues la misma siempre se entenderá objetiva y no es otra que la defensa del orden constitucional.
- iii) Es autónoma y directa: no requiere agotar requisitos de procedibilidad y/o la demostración de la inexistencia o falta de idoneidad de otros mecanismos jurídicos mediante los cuales podría vehicularse la causa *petendi*.
- iv) Es indesistible: Una vez incoada la acción no opera el desistimiento de la misma por el carácter público de su naturaleza, razón por el cual el *Iudex* constitucional tiene el deber de dar impulso oficioso una vez admitida la causa sin que su trámite dependa de la diligencia o impulsión procesal del accionante.

De lo anterior se colige la gran importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la acción de inconstitucionalidad, pues como fue descrito, dicha acción se constituye en una de las principales herramientas que tiene el ciudadano para participar de la vida política, de hacer parte de una democracia material, de ser vigilante del mandato conferido a quienes hacen parte del poder constituido; además, también se constituye en un instrumento procesal que persigue la realización del principio de supremacía constitucional y en donde a través de la función correctora de la justicia constitucional se evita que el poder derivado transgreda el mandato constituyente.

14 Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Objeto de control. Acción de Inconstitucionalidad frente a los Actos Legislativos.

Aunque la acción pública de inconstitucionalidad recae sobre un conjunto de instrumentos jurídicos que fungen como objeto de control (los cuales se explicitan en el artículo 241 superior), el propósito del presente estudio se limita al análisis de dicha acción respecto de los actos reformativos de la Constitución realizados por el Congreso.

Los actos legislativos se definen en el artículo 221 de la ley 5 de 1992¹⁶ como normas expedidas por el Congreso¹⁷ que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales. Los actos legislativos junto al referendo constitucional y la asamblea nacional constituyente se erigen como los tres mecanismos previstos por la misma Constitución (artículo 374) para ser reformada.

Respecto de los vicios de procedimiento en el trámite de acto legislativo.

El artículo 241 superior (numeral 1), establece que el control sobre los actos legislativos solo puede efectuarse por *vicios de procedimiento en su formación*.

De esta disposición se decanta del precedente constitucional en la materia dos elementos importantes respecto de su alcance y comprensión:

- a) En primer lugar, establece (por antonomasia) que dicho control no puede ser efectuado por vicios sustanciales o de fondo, pues riñe con el ordenamiento jurídico hacer control constitucional a una norma constitucional (como lo es un acto legislativo), ya que prima facie todas las disposiciones constitucionales se encuentran dentro del mismo grado de jerarquía y no puede predicarse la supremacía de una sobre la otra¹⁸. Además, si se hiciera efectivo el control mediante la declaratoria de inexecutable, se estaría creando un nuevo mecanismo de reforma constitucional no establecido en el artículo 274 superior. Entorno a este tópico la alta Corporación ha sostenido:

¹⁶ Ley orgánica que establece el reglamento del Congreso de la República.

¹⁷ Competencia derivada del artículo 374 constitucional y el numeral 1 del artículo 6 de la ley 5 de 1992.

¹⁸ Lo cual no quiere decir que no existan disposiciones constitucionales más relevantes que otras.

(...) A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (art. 241-1 C.P.), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo (...) ¹⁹.

- b) En segundo lugar, el máximo intérprete constitucional ha venido construyendo una dogmática que permite darle contenido al concepto “vicio de procedimiento”, entendiendo que este se configura cuando existe una afectación directa de uno de los principios sustanciales que rige el trámite legislativo, es decir, que trasgrede las normas constitucionales u orgánicas (ley 5 de 1992) cuyo “(...) (i) cumplimiento es presupuesto básico y necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras, (ii) están estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial del principio democrático, y (iii) tienen una entidad tal que, al desconocerse, ocasionan un vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo, en la medida en que desconocen ‘los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas (...)’ ²⁰.

La anterior precisión, resulta necesaria por cuanto (en respeto a los principios de separación de poderes, democracia material y prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, entre otros), no toda irregularidad en el trámite de un proyecto de acto legislativo configura un vicio de procedimiento; por lo tanto, resulta importante distinguirlo de figuras como la irregularidad irrelevante ²¹, las irregularidades reglamentarias ²² y las irregularidades

19 Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Avaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2004. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

21 Aquella “(...) que no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta (...). Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ejemplo de ello es el incumplimiento del plazo que tienen los ponentes para presentar el informe.

22 Aquellas derivadas de disposiciones normativas distintas a las establecidas en la Constitución y la Ley 5 de 1992 o que siendo parte de las mismas no resulten sustanciales para el trámite legislativo. (Ver Sentencias C-551 de 2003 y C-1040 de 2005).

subsanales²³, todas ellas no tendrían la entidad suficiente para llevar a una declaratoria de inexecutable.

Habiendo contextualizado el alcance del vicio de procedimiento, resulta necesario mencionar algunas de las principales reglas que norman el trámite de los actos legislativos:

- i) Las reglas especiales fijadas en el Título XIII de la Constitución: La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (artículo 374). b) Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero. (Artículo 375). c) Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2. (Artículo 379).
- ii) Las reglas especiales estipuladas en el capítulo VII, sección I del Reglamento del Congreso tales como: Los proyectos de acto legislativo podrán presentarse en la Secretaría General de las Cámaras o en sus plenarios. b) Pueden presentar proyectos de acto legislativo: El Gobierno

²³ Aquellas que, aunque se presentan fueron saneadas dentro del trámite legislativo. Algunas de ellas obligan a la repetición de lo actuado y en otras no resulta necesario. Respecto del particular la Corte sostiene: "(...) Es posible que, habiéndose presentado una irregularidad, la misma se sanee durante el trámite legislativo, y por consiguiente no da lugar a un vicio de procedimiento. Tal es el caso, por ejemplo, del aval presentado por los ministros a iniciativas parlamentarias en materias reservadas a la iniciativa del gobierno. Tal hipótesis no requiere la repetición de lo actuado. En otros casos el saneamiento puede darse repitiendo la actuación irregular, como sería el caso de si se inicia el debate en plenaria en el día séptimo contado a partir de la aprobación del proyecto en la respectiva comisión y, al advertirse la irregularidad, se deja sin efectos lo actuado y el debate se reinicia nuevamente el día octavo. Es claro que, de no mediar el saneamiento, se estaría ante un vicio de procedimiento (...). Sentencia C-1040 de 2005.

Nacional. Diez (10) miembros del Congreso. Un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva. Un veinte (20%) por ciento de los Concejales del país. Un veinte (20%) por ciento de los Diputados del país. c) El trámite de un proyecto de acto legislativo tendrá lugar en dos (2) períodos ordinarios y consecutivos. Dos períodos ordinarios de sesiones comprenden una legislatura, a saber: el primero, que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio. d) El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las Cámaras por la mayoría simple²⁴, en la primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta. Ambos períodos no necesariamente deben coincidir en la misma legislatura. e) En la segunda “vuelta” sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera. Las negadas en este período, no podrán ser consideradas nuevamente. El cambio o modificación del contenido de las disposiciones, en la segunda “vuelta”, siempre que no altere la esencia de lo aprobado inicialmente sobre la institución política que se reforma, podrá ser considerada y debatida.

En suma, los pasos o etapas para la expedición de un acto legislativo han sido sistematizados por el precedente constitucional conforme a la interpretación integral de las disposiciones constitucionales y orgánicas que rigen la materia así:

(...) Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación plasmada en la sentencia C-543 de 1998²⁵, reiterada con posterioridad en la sentencia C-668 de 2004²⁶, los requisitos que deben ser observados por el Congreso de la República para la expedición de un acto legislativo, siguiendo el orden secuencial y progresivo de todo procedimiento de reforma constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 375 Superior, en las otras disposiciones de la Carta

24 Respecto de las mayorías decisorias, el artículo 117 de la ley 5 de 1992 establece: “Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente: **1. Mayoría simple.** Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes. **2. Mayoría absoluta.** La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes. **3. Mayoría calificada.** Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros. **4. Mayoría especial.** Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes. (negrilla y subrayado fuera de texto)”.

25 M.P. Fabio Morón Díaz.

26 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

y del Reglamento que le resultan aplicables²⁷, son: (i) La iniciativa²⁸; (ii) la publicación del proyecto en la Gaceta²⁹; (iii) el informe de ponencia³⁰; (iv) el debate o discusión³¹; (v) el anuncio o aviso de votación; (vi) la aprobación³²; (vii) publicación³³; (viii) sanción presidencial³⁴; y finalmente, (ix) promulgación (...)³⁵.

iii) Las reglas generales referidas al proceso legislativo ordinario que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia.

Por ejemplo, aquellas referidas al proceso de votación, quórum aprobatorio³⁶, trámite de las sesiones, proposiciones, etc.

27 La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que cuando la Constitución Política sea reformada por el Congreso, el trámite correspondiente no sólo debe ajustarse a lo previsto en el artículo 375 Superior, sino que, además debe ceñirse a las normas constitucionales que regulan el procedimiento legislativo y a las disposiciones de la Ley 5ª de 1992, “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”, en cuanto sean compatibles con las previsiones de la Carta que regulan el procedimiento de reforma por la vía del acto legislativo. Sobre la materia, entre otras, se pueden consultar las siguientes sentencias: C-222 de 1997, C-543 de 1998, C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-668 de 2004 y C-1039 de 2004.

28 Los proyectos de acto legislativo pueden provenir del gobierno, de los miembros del Congreso en un número no inferior a 10, del veinte por ciento de los Concejales o Diputados, y de los ciudadanos “*en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente*”. (C.P. art. 375).

29 Dispone el artículo 157 de la Constitución, en su numeral 1º, ningún proyecto será ley sin los requisitos siguiente: “*Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva*”.

30 Los artículos 160 Superior y 156, 157, 175 y 185 de la Ley 5ª de 1992, exigen tanto en Comisión como en Plenaria la presentación de un informe de ponencia, en el que se resuma las distintas propuestas e iniciativas presentadas, anexando el motivo por el cual algunas de ellas fueron rechazadas, en aras de garantizar la participación activa de los congresistas en el debate o discusión parlamentaria. (Sobre su exigibilidad en el trámite de reforma constitucional a través de acto legislativo, se puede consultar la sentencia C-1039 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

31 Dispone el artículo 94 de la Ley 5ª de 1992: “*El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación, es lo que constituye el debate*”. En cuanto a su exigencia en la aprobación de leyes y de actos legislativos, se pueden consultar las sentencias C-222 de 1997 y C-473 de 2004.

32 El acto legislativo deberá aprobarse en dos períodos ordinarios y consecutivos, con el cumplimiento de las mayorías exigidas en el artículo 375 Superior.

33 Aprobado el proyecto en el primer período, el gobierno deberá publicarlo para iniciar el trámite de la segunda vuelta (C.P. art. 375).

34 Dispone el artículo 157 Superior, que ningún proyecto será ley sin “*haber obtenido la sanción presidencial*”.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Avaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

36 Sobre el concepto de quórum y sus diferentes clases, el artículo 116 de la ley 5 de 1992 prevé: “El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones

Respecto de los vicios competenciales en el trámite de acto legislativo.

A tenor del citado numeral 1 del artículo 241 superior, el control de los actos legislativos debe circunscribirse a los vicios de procedimiento en su formación; no obstante, la Corte Constitucional vía precedente³⁷ (aplicando una interpretación sistemática³⁸ de la Carta Política), ha decantado que el conocimiento de la posible irregularidad en el trámite parlamentario trae consigo el connatural examen de la competencia que el constituyente derivado tiene sobre el poder de reforma, ya que esta habilitación es de mutación pero nunca de sustitución; es decir, el Congreso está facultado para reformar pero no para reemplazar la Constitución por otra, ya sea derogándola o modificando los elementos esenciales de su naturaleza e identidad.

Sin embargo, no toda modificación, cambio o transformación que a través de los actos legislativos se hace a la Carta Fundamental implica per se sustitución³⁹, por lo tanto, se introduce en la doctrina constitucional el concepto de “vicio competencial” para examinar aquellos eventos en los cuáles podría el Congreso extralimitar sus poderes de reforma. Para tal efecto, la Corte Constitucional decantó la metodología que se expone sucintamente a continuación.

legislativas para poder deliberar o decidir. Se presentan dos clases de quórum, a saber: 1. Quórum deliberatorio. Para deliberar sobre cualquier asunto se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva Corporación o Comisión Permanente. 2. Quórum decisorio, que puede ser: - Ordinario. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente. - Calificado. Las decisiones pueden adoptarse con la asistencia, al menos, de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación legislativa. - Especial. Las decisiones podrán tomarse con la asistencia de las tres cuartas partes de los integrantes. PARÁGRAFO. Tratándose de sesiones conjuntas de las Comisiones Constitucionales Permanentes, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las Comisiones individualmente consideradas”.

37 Ver sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-141 de 2010, C-288 de 2012, C-1056 de 2012, C-053 de 2016, C-699 de 2016 y C-174 de 2017, entre otras.

38 Integrando al análisis del artículo 241 también lo preceptuado en los artículos 1, 114, 374 y 379 entre otros.

39 “(...) En todo caso, asimilar sustitución a modificación implicaría petrificar toda la Constitución puesto que una reforma constitucional, por definición, modifica la Constitución, la afecta y la contradice. El concepto de sustitución alude a un fenómeno jurídico distinto consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución es sustituido, o sea, reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente (...)”. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Avaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

El “Test de Sustitución Constitucional”.

Para examinar el concepto y alcance del vicio competencial, el máximo Tribunal introdujo el “test de sustitución”. Por medio de la sentencia C-551 de 2003⁴⁰ se hace una aproximación dogmática a la sustitución constitucional como límite competencial al poder de reforma⁴¹, por una parte, reitera que la competencia funcional hace es parte inescindible de un examen integral sobre el procedimiento⁴², por otra, establece unos criterios marco que justifican el estudio del vicio en comento:

(...) a. Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales. b) Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta. c) Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad. d) Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello. e) Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución. f)

40 Por medio de la cual se hace la revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “*Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*”.

41 Aunque es preciso aclarar que las reglas vertidas en dicha providencia se generaron respecto del examen de una ley que convocaba a un referendo y NO sobre un acto legislativo, sin embargo, dichas reglas fueron acuñadas en posteriores sentencias (C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004 y C-1040 de 2005) las cuales propiamente sí examinaron la sustitución constitucional en el poder de reforma del Congreso a través de actos legislativos.

42 “(...) Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia 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. En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*” que le asignada el artículo 241 de la Carta? Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma (...)”. Sentencia C-551 de 2003.

Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución (...)⁴³.

En la sentencia C-970 de 2004⁴⁴ (reiterada por la C-971 del mismo año)⁴⁵, la Corporación introdujo la metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución, imbricando un test de corte silogista (por lo menos desde su estructura) en donde se introduce el análisis de una premisa mayor, una premisa menor y la conclusión así⁴⁶:

PREMISA MAYOR	PREMISA MENOR	CONCLUSIÓN
<p>Enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone ha sido sustituido por el acto reformativo.</p> <p>Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.</p> <p>Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.</p>	<p>Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.</p>	<p>Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia.</p>

43 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

44 M.P. Rodrigo Escobar Gil y tuvo por objeto resolver la demanda del inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002.

45 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y cuyo objeto fue el estudio de la demanda del párrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2003.

46 Tabla de fuente propia la cual incorpora la consideración 4.1, 4.2 y 4.3. de la Sentencia C-970 de 2004.

Posteriormente, mediante sentencia C- 1040 de 2005⁴⁷, el máximo intérprete constitucional introduce a la metodología unos subcriterios o etapas de análisis en el test de sustitución de la siguiente manera⁴⁸:

PREMISA MAYOR	PREMISA MENOR	CONCLUSIÓN
i) Enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento. ii) Señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991. (iii) Mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.	iv) Establecer si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material-. v) Verificar si la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte.	Una vez cumplida la carga argumentativa desarrollada en los 5 pasos anteriores, la Corte, procede a determinar si: vi) Dicho elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado-. (vii) Y si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

Resulta de valía reiterar que el test de sustitución es una técnica autónoma e independiente a la empleada en los juicios de intangibilidad o de violación del contenido material de la Constitución, algunas de las principales reglas ratio decidendi fijadas respecto a esta distinción son⁴⁹:

47 Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Avaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Y que tuvo como objeto el estudio de la demanda contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004 (reelección del ex – presidente Álvaro Uribe). Esta providencia se constituye en una sentencia Hito ya que ha sido la única (hasta la fecha) en donde la Corte declaró la inexequibilidad por Sustitución de la Constitución respecto de unas facultades transitorias y residuales que el Congreso le había otorgado al Consejo de Estado para reglamentar.

48 Tabla de fuente propia tomando apartes de la ratio decidendi de la sentencia C-1040 de 2005.

49 Tabla de fuente propia tomando apartes de las reglas ratio fijadas en sentencias C-551 de 2003, C-970 de 2004 y C-1040 de 2005.

JUICIO DE INTANGIBILIDAD	JUICIO DE VIOLACIÓN DE CONTENIDO MATERIAL	JUICIO DE SUSTITUCIÓN
<p>i) El concepto de intangibilidad es ajeno al orden constitucional adoptado en la Carta Política de 1991.</p> <p>ii) Sus principales elementos son:</p> <p>a) La definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad.</p>	<p>i) En el análisis respecto de la violación del contenido material de la Constitución se hace una revisión por vicios de sustancia o de fondo.</p> <p>ii) Es una comparación o contraste entre la norma enjuiciada con el valor, principio, regla o mandato constitucional presuntamente vulnerado.</p>	<p>i) La insustituibilidad es distinta inclusive a la manifestación más amplia de intangibilidad. En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución.</p> <p>ii) La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla.</p> <p>iii) Los principios fundamentales o definitorios de una Constitución son relevantes para establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad, así como la prohibición de sustituir la Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario.</p>

<p>b) La enunciación constitucional de las normas intangibles.</p> <p>c) La interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional.</p>	<p>iii) Es la manifestación más sencilla del control abstracto de constitucionalidad.</p>	<p>iv) Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de otros juicios, reside en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas-como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.</p>
--	---	--

La metodología descrita para ejecutar el test de sustitución ha sido reiterada hasta la fecha en varias providencias⁵⁰ en donde se destaca la reciente sentencia C-699 de 2016 mediante la cual se analizó la demanda presentada contra el Acto Legislativo No. 1 de 2016⁵¹ “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, así como la sentencia C-174 de

50 Ver C-141 de 2010, C-288 de 2012, C-1056 de 2012, C-053 de 2016.

51 M.P. María Victoria Calle.

2017⁵² que analiza la constitucionalidad del Decreto Ley 121 de 2017 por el cual el Presidente de la República hace ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 del acto legislativo No. 1 de 2016.

3. Régimen Procesal

Desde el punto de vista adjetivo, el proceso constitucional que desarrolla la acción en estudio, se encuentra especialmente regulado en el Decreto 2076 de 1991⁵³ y el Acuerdo 05 de 1992⁵⁴ y del cual se destacan las siguientes características:

Titularidad y Legitimación por Activa.

Como ya fue indicado en apartado anterior, la titularidad de la acción de inconstitucionalidad, así como la legitimación en causa por activa se encuentran en cabeza de todo nacional colombiano con ciudadanía en ejercicio, ya que se constituye en un derecho de carácter político. Por lo tanto, son elementos indispensables para su ejercicio⁵⁵:

- i) Ser persona natural. Ya que por su naturaleza (pública y política), no resulta procedente su ejercicio por parte de personas jurídicas.
- ii) Ser nacional colombiano. Lo cual por antonomasia excluye que dicha acción pueda ser presentada por extranjeros aún bajo su condición de residentes.
- iii) Tener ciudadanía en ejercicio. Por lo tanto, se requiere ser mayor de 18 años, y no haber perdido completamente del ejercicio de los derechos políticos (por ejemplo, en caso de la renuncia a la nacionalidad colombiana).

Respecto de la suspensión de los derechos políticos mediante sentencia judicial por pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas ya sea como principal o accesoria a la de prisión (contempladas en

52 M.P. María Victoria Calle.

53 Por medio del cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional (mediante facultades extraordinarias entregadas por el Constituyente al Presidente de la República mediante el artículo 23 transitorio). Recientemente adicionado mediante Decreto 889 de 2017 por el Presidente de la República por facultades conferidas en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016.

54 Por medio del cual se establece el Reglamento Interno de la Corte Constitucional. Modificado por el Acuerdo 02 de 2015.

55 Ver sentencias C-536 de 1998, C-592 de 1998 y C-562 de 2000, entre otras.

nuestro ordenamiento penal), la Corte Constitucional introdujo un notorio cambio jurisprudencial a través del Auto 241 de 2015⁵⁶ en donde estableció que los ciudadanos colombianos privados de su libertad (aún con condena ejecutoriada) si pueden interponer acciones públicas de inconstitucionalidad y que si bien es cierto por su condición algunos derechos políticos se encontrarían temporalmente restringidos (por ejemplo el derecho a ser elegido en un cargo público), también es igual de cierto que dicha restricción resulta desproporcionada cuando se extiende a ámbitos de ejercicio de los derechos políticos que se encuentran inescindiblemente conectados con esferas iusfundamentales como lo es el acceso a la administración de justicia.

Legitimación en causa por pasiva.

Debido a la naturaleza y características sustanciales de la acción de inconstitucionalidad estudiadas supra, ésta no se dirige en contra de ninguna persona en particular pues lo que se enjuicia es un “acto jurídico”, y si bien es cierto que dentro del proceso constitucional se establece que se debe comunicar al Presidente de la República o al Congreso cuando se inicie cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos (artículo 244 superior), y que tanto los comunicados como los organismos o entidades que participaron en la elaboración de la norma enjuiciada pueden presentar por escrito las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sujetas a control (artículo 11 decreto 2067 de 1991), también es igual de cierto, que ni el Presidente o el Congreso (según sea el caso) actúan como demandados, pues el carácter público, político y de control objetivo del ordenamiento y del ejercicio del poder hace de esta acción un caso sui generis pues aunque ninguna persona funja como demandado, ello no es óbice para negar la existencia de un proceso.

Jurisdicción y Competencia.

La Jurisdicción respecto de la cual se ejerce la acción es para todos los casos la Jurisdicción Constitucional, y la competencia para conocer las demandas de inconstitucionalidad en contra de las leyes (o normas con fuerza material de ley) así como de las promovidas frente a los actos legislativos recae funcionalmente en la Corte Constitucional tal y como lo prevé el artículo 241 superior.

56 M.P. María Victoria Calle Correa.

Caducidad.

Respecto de la figura jurídico-procesal de caducidad en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la Corte ha sostenido:

(...) Si bien la jurisprudencia ha precisado que los vicios de un acto pueden clasificarse en: vicios de competencia, vicios de forma y vicios de fondo, en la Constitución de 1991 existe una cláusula de caducidad de las acciones públicas de inconstitucionalidad, cuando en ellas se plantea un cargo por vicios de forma en la expedición del acto demandado, preceptuándose que: “[l]as acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”, y por lo tanto la caducidad, no pesa sobre las acciones de inconstitucionalidad que plantean vicios de fondo, ni sobre las que se sustentan en un vicio de competencia, esto es, cuando se impugna la constitucionalidad de una norma, bajo el cargo de haberse expedido por un órgano incompetente. (...)

Cuando la acusación por incompetencia del órgano se hace valer contra actos legislativos, por expresa y especial disposición constitucional, debe declararse la caducidad de la acción si se presenta después de pasado un año desde la promulgación del acto. En este caso, la caducidad opera por expreso mandato del artículo 379, que dice: [l]a acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2°. La caducidad cobija todos los vicios - tanto los vicios de forma como los vicios de competencia - para el caso de las reformas constitucionales.(...)”⁵⁷

(...) La norma constitucional es muy clara en indicar que las acciones por vicio de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. Este término no puede ser interpretado con base en las normas legales atinentes a plazos que se señalen en las leyes y actos oficiales, sino que debe ser aplicado de acuerdo con las especificidades características del procedimiento constitucional, el cual está regulado por normas superiores que fijan plazos de orden público. El texto constitucional fija un término perentorio para instaurar la acción de inconstitucionalidad por vicios de forma, de tal manera que una vez transcurrido ese plazo ya no es posible demandar la inconstitucionalidad de una norma por este motivo. El Constituyente determinó que los debates constitucionales acerca de la manera en que se aprobaron las normas debían clausurarse en un término máximo e improrrogable muy preciso para que se pudiera demandar una norma por vicios de forma, con lo cual le concedió prevalencia en este punto al principio de la seguridad jurídica (...)”⁵⁸

57 Corte Constitucional. Sentencia C-1120 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

58 Corte Constitucional. Sentencia C-801 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De las reglas precedente en cita se puede discernir que las acciones de inconstitucionalidad promovidas en contra de las leyes (o normas con fuerza material de ley) en donde se atacan por vicios de fondo no tienen término de caducidad; no obstante, aquellas promovidas en contra de los actos legislativos y las leyes⁵⁹ por vicios de forma o de procedimiento (en donde se incluyen los cargos de sustitución), caducan en el término de un año contado desde la publicación del respectivo acto (artículo 242.3 y 379 constitucionales).

Requisitos de la demanda.

Requisitos generales.

La acción pública de inconstitucionalidad tiene la característica de ser formal, es decir, que debe presentarse por escrito, en duplicado, con presentación personal (con el objeto de probar la condición de ciudadano colombiano) y a tenor del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 contener lo siguiente:

- i) El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
- ii) El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
- iii) Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
- iv) Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
- v) La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

Respecto del requisito de dar cuenta de las razones de violación de la norma que se demanda, la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-1052 de 2001⁶⁰ introdujo unas exigencias argumentales que el demandante debe satisfacer como requisito formal sine quanon para la procedencia de los cargos de inconstitucionalidad, las cuales son a saber⁶¹:

⁵⁹ O normas con fuerza material de ley.

⁶⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶¹ Tabla de fuente propia tomando como referentes algunas reglas ratio decidendi de las sentencias C-1052 de 2001, C-539 de 2011 y los comentarios que respecto de las mismas hizo Manuel Fernando Quinche en su obra "Acción de inconstitucionalidad" páginas 156 a 158.

CLARIDAD	CERTEZA	ESPECIFICIDAD	PERTINENCIA	SUFICIENCIA
<p>Seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa (C-1052 de 2001).</p> <p>Que el lector pueda distinguir con facilidad las ideas expuestas, las razones esbozadas, que los razonamientos sean sencillamente comprensibles (C-539 de 2001).</p>	<p>Significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no simplemente sobre una deducida por el actor, o implícita (C-1052 de 2001).</p> <p>El cargo de la violación es cierto si satisface 2 requisitos: i) Que la acusación recaiga sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento, sobre una norma explícita y no sobre otra no mencionada en la demanda, y ii) Que los cargos no consistan en supuestos, conjeturas, presunciones, sospechas o creencias del demandante. (C-539 de 2011).</p>	<p>Necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política. (C-1052 de 2001).</p> <p>Este parámetro pretende que el cargo realizado sea efectivamente de inconstitucionalidad y que sus fundamentos sean específicos determinados, concretos, precisos y particulares en relación con la norma acusada. (C-539 de 2011).</p>	<p>Quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado (C-1052 de 2001).</p> <p>La pertinencia implica dos cosas: i) de un lado que los cargos contrapongan normas de inferior categoría a las normas constitucionales y, ii) de otro lado, que los razonamientos que se esbocen sean de orden constitucional, por tal razón no podrán ser aceptados cargos basados en argumentos legales, doctrinarios, políticos, concepciones del bien, contextuales o de conveniencia. (C-539 de 2011).</p>	<p>La suficiencia atiende a dos cosas: i) que las razones de la demanda estén relacionadas con todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad y, ii) que el argumento usado por el demandante sea persuasivo, hasta el punto de sembrar una duda mínima de constitucionalidad sobre la norma impugnada. (C-1052 de 2001).</p> <p>Se deben exponer razonamientos lo bastante fundados para que pueda pretender desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico. (C-539 de 2011).</p>

Requisitos especiales en la demanda contra actos legislativos por cargos de sustitución constitucional.

Además de los requisitos generales establecidos en el Decreto 2067 de 1991 y las exigencias o estándares de carga argumental referidos con anterioridad, la demanda dirigida en contra de actos legislativos debe satisfacer además tres (3) requisitos especiales; dicha exigencia fue introducida desde la sentencia C-288 de 2012⁶² (reiterada por la C-1056

62 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de 2012⁶³) y cuyas reglas permanecen vigentes en el precedente actual sobre la materia. Los requisitos especiales son:

La cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad.

Para las demandas contra actos reformativos de la Constitución fundadas en la presunta sustitución de la constitución, el demandante debe cumplir con un plus argumental tendiente a demostrar: “(...) (i) que el parámetro de control está conformado por un eje definitorio de la Constitución, construido a partir de diversos preceptos del bloque de constitucionalidad, y no por una norma superior particular y específica, pues en este caso lo que se buscaría es que la Corte ejerza un control material; y (ii) la norma acusada subvierte, de forma integral, esa característica que otorga identidad de la Carta Política, de modo que el texto resultante deba comprenderse como un nuevo orden constitucional, que sustituye al reformado (...)”⁶⁴.

La precisión conceptual sobre el juicio de sustitución.

Esta exigencia se hace para evitar que a través del ataque vía sustitución se termine realizando un juicio material o de fondo, lo cual riñe con la misma competencia funcional que tiene la Corte frente a esta clase de actos. En punto de discusión ha dicho la Corte:

(...) Por su parte, la llamada precisión conceptual sobre el juicio de sustitución alude a la ya comentada circunstancia según la cual este análisis debe diferenciarse plenamente de un control material sobre el contenido del acto reformativo, pues como es evidente, la Corte no puede ejercer en estos casos un control de esta naturaleza, por al menos dos razones, una de orden práctico y otra de carácter jurídico.

La primera de ellas tiene que ver con la real imposibilidad de adelantar ese tipo de control, pues contrario a lo que ocurre cuando a través de esta acción se cuestiona un texto de carácter legal, en el caso de las reformas constitucionales un control material supondría la confrontación de dos normas que en realidad tienen un mismo nivel jerárquico-normativo, lo que de suyo resulta imposible, además de que, como ya se mencionó, los contenidos del acto reformativo serían por definición distintos y en tal medida opuestos a los del precedente texto constitucional. La segunda razón, de carácter jurídico, es el hecho de que el artículo 241 expresamente

63 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

64 Sentencia C-288 de 2012.

excluye la posibilidad de control material por parte de esta corporación sobre las reformas constitucionales, al restringir ese análisis a los posibles vicios de procedimiento en su formación (...) ⁶⁵.

La sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución.

Es decir que el demandante tiene la obligación de utilizar la metodología del test de sustitución, imbricando el análisis de los tres (03) componentes o criterios analíticos que conforman la premisa mayor, los dos (02) que estructuran la premisa menor y los dos (02) que fundan la conclusión.

Del trámite de la demanda.

Control de procedibilidad.

Una vez radicada la demanda, el Presidente de la corporación hará el reparto para la sustanciación siguiendo el plan de trabajo que para tal efecto haya establecido la sala plena. Conforme lo estipula el artículo 3 del decreto 2067 de 1991, se podrá asignar más de un magistrado para la sustanciación de un mismo asunto.

Es posible acumular demandas que versen parcial o totalmente respecto de las normas que se enjuician. Una vez recibida la demanda por el magistrado sustanciador, éste deberá realizar el respectivo control de procedibilidad sobre la misma para lo cual cuenta con un término de 10 días hábiles ⁶⁶.

Producto del control referido, mediante auto el magistrado sustanciador podrá ⁶⁷:

- i) Admitir la demanda. Cuando esta cumpla con todos los requisitos establecidos en el artículo segundo de la norma en cita y además se haya satisfecho la carga argumental respecto del concepto de la violación.
- ii) Inadmitir la demanda. Se procederá a la inadmisión cuando: a) No se cumple con uno o varios de los requisitos formales de que trata el artículo 2 del decreto 2067 de 1991 ⁶⁸. b) no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo. En caso

⁶⁵ Sentencia C-1056 de 2012.

⁶⁶ Artículo 6 del Decreto 2067 de 1991.

⁶⁷ Reglado en el artículo 6 del decreto 2067 de 1991.

⁶⁸ Lo cual incluye las exigencias de carga argumental para el concepto de la violación.

de inadmisión se concederá al demandante el término de tres (03) días hábiles para subsanar los yerros expresamente indicados en el auto.

- iii) Rechazar la demanda. Se constituye en causales de rechazo las siguientes:
- a) No haber subsanado dentro del término indicado para tal efecto.
 - b) Cuando la demanda recaiga sobre normas amparadas por sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.
 - c) Cuando exista incompetencia manifiesta de la corporación respecto del asunto que se demanda⁶⁹.
 - d) Cuando haya operado la caducidad en los eventos de las demandas por vicios de forma o procedimientos contra los actos legislativos o las leyes.
- El auto de rechazo será susceptible de recurso de súplica dentro de los 3 días siguientes a su notificación⁷⁰ y será resuelto por el Pleno de la Corporación sin la intervención del magistrado que tomó la decisión objeto del recurso.

Traslado y fijación en lista.

Conforme lo establece el artículo 7 del decreto en comento, una vez admitida la demanda, se ordena correr traslado de la misma por 30 días al Procurador General de la Nación para que este rinda concepto. Concomitante a ello, se ordena fijar en lista las normas acusadas por el término de 10 días hábiles para que cualquier ciudadano las impugne o defienda.

De igual forma, en el auto admisorio se ordena comunicar al Presidente de la República o al Congreso (según sea el caso), para que presenten por escrito⁷¹ las razones que justifiquen la constitucionalidad de las normas enjuiciadas y que fueron dictadas por ellos, lo cuál deberá realizarse dentro de los 10 días siguientes al recibo de dicha comunicación⁷².

Pruebas, Audiencia Pública e Invitaciones.

Conforme lo prevé el artículo 10 del decreto 2067, cuando sea necesario para el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto enjuiciado o para establecer hechos relevantes para adoptar la decisión, se podrá decretar las pruebas (en el auto admisorio) que se estimen conducentes las cuales

⁶⁹ En los eventos contemplados en los literales b) y c), la Corte podrá diferir la decisión sobre estos asuntos para la sentencia.

⁷⁰ Según lo estipula el artículo 50 del decreto 2067 de 1991.

⁷¹ Si es su deseo.

⁷² Conforme lo establece el artículo 244 constitucional.

deberán ser practicadas dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la admisión. Para tal efecto la práctica de las pruebas podrá ser delegada en un magistrado auxiliar.

El artículo 12 de la misma norma, establece que cualquier magistrado⁷³ podrá proponer que se convoque a una audiencia para que quien hubiere dictado la norma demandada (o quien hubiese participado en su elaboración)⁷⁴, así como el demandante, concurren a responder preguntas para: i) profundizar en los argumentos expuestos por escrito o, ii) aclarar los hechos relevantes para la toma de la decisión. La Corte en sesión (por mayoría de los asistentes) decidirá si convoca a la audiencia pública, y en caso positivo, fijará fecha y hora para su respectiva realización. El inciso 4 de la disposición en cita preceptúa que excepcionalmente cuando la Corporación considere⁷⁵, podrá ser invitado quien hubiere intervenido como impugnador o defensor de las normas sometidas a control para presentar argumentos orales en audiencia.

De igual manera, el magistrado ponente podrá invitar a expertos en las materias que se debaten, así como a organizaciones privadas y entidades públicas a que rindan concepto por escrito sobre puntos importantes para la toma de la decisión. La Corte en sesión (por mayoría absoluta), podrá decidir citar a dichos invitados para que intervengan en la audiencia pública antes referida.

Resulta importante recordar que el proceso constitucional que se adelanta en contra de los Actos Legislativos tiene un carácter rogado, es decir, que la decisión de la Corte debe circunscribirse a los cargos estrictamente formulados en la demanda y que los intervinientes no pueden introducir nuevos cargos. En punto de discusión anota la Corte:

(...) Ahora bien, es preciso aclarar que este Tribunal ha reconocido que el control de constitucionalidad que se adelanta contra los Actos Legislativos por vicios de procedimiento en su formación (C.P. art. 241-1 y 379), tiene un carácter rogado, por virtud del cual la competencia que le asiste a la Corte para llevar a cabo el citado juicio de inconstitucionalidad, se restringe a los cargos efectivamente formulados por los accionantes. Así las cosas, en tratándose de Actos Legislativos, este Tribunal carece por completo de cualquier atribución oficiosa de control constitucional, siendo su deber estarse a las acusaciones que

73 Hasta 10 días antes del vencimiento del término para decidir.

74 Por sí mismo o mediante apoderado.

75 on el objeto de contribuir al esclarecimiento de un punto concreto de naturaleza constitucional.

formal y materialmente cumplan con las condiciones de admisibilidad establecidas en la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991 (...)⁷⁶

Fallo.

Vencido el término para que el Procurador General rinda el concepto (y realizada la audiencia pública de ser el caso), el magistrado sustanciador tendrá 30 días hábiles para que presente el proyecto de fallo en la secretaría de la Corte para que sea remitida copia del mismo y del expediente a los demás magistrados para su correspondiente estudio.

Una vez vencido el término anterior, la Corte dispone de 60 días hábiles para adoptar la decisión. Entre la presentación del proyecto de fallo y su deliberación, deberá transcurrir por lo menos 5 días hábiles. La anterior exigencia será relevada cuando: i) se trate de decidir objeciones a proyectos de ley o, ii) se trate de casos de urgencia nacional⁷⁷.

Improcedencia de Recursos y procedencia de la solicitud de nulidad del Fallo.

Por explícita estipulación contenida en el artículo 49 del decreto 2067 de 2001, contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. No obstante, el inciso segundo de la norma en cita prevé la posibilidad de proponer la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso.

Respecto de la posibilidad de presentar solicitud de nulidad frente a los fallos de la Corte, la Corporación mediante el Auto 08 de 1993 comenzó a elaborar una doctrina vigente y reiterada⁷⁸ en donde haciendo una interpretación

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Avaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁷ Artículos 8 y 9 del decreto en cita.

⁷⁸ Reiterada en Autos 05 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, A-062 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández, A-091 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell. A-360 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, A-281 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A-155 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Auto 241 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. y A-020 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

sistemática⁷⁹ concluye que si es procedente cuando exista violación manifiesta del debido proceso producida en la misma sentencia y por lo tanto, imposible de ser deprecada con anterioridad a la notificación del fallo. Algunos apartes contentivos de la ratio decidendi del referido Auto son:

(...) No puede olvidarse que el juez al dictar la sentencia no solamente tiene que observar las formas procesales consagradas en la ley, sino cumplir la Constitución. Y si es la misma Constitución la que expresamente manda respetar la cosa juzgada constitucional, una sentencia que sea contraria a ésta, rompe la armonía del orden jurídico, pues contradice la propia Constitución. En este caso, como se ha dicho, el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional ha implicado la violación del debido proceso, y la consecuente nulidad de la sentencia. Pero, se pregunta: Ante el texto expreso del artículo 49 del decreto 2067 de 1991, según el cual “La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo”, ¿es admisible alegar la nulidad de la sentencia después de dictada ésta, basándose en hechos o motivos ocurridos en la misma sentencia? La respuesta no requiere complicadas lucubraciones. El mismo inciso segundo del artículo 49 citado, continúa diciendo: “Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso.” A la luz de esta disposición, es posible concluir: a). La Sala Plena es competente para declarar nulo todo el proceso o parte de él. Pues, según el principio procesal universalmente aceptado, la nulidad de un proceso sólo comprende lo actuado con posterioridad al momento en que se presentó la causal que la origina. b). Como la violación del procedimiento, es decir, **del debido proceso**, sólo se presentó en la sentencia, al dictar ésta, la nulidad comprende solamente la misma sentencia. Y, por lo mismo, únicamente podía ser alegada con posterioridad a ésta, como ocurrió. Nadie podría sostener lógicamente que la nulidad de la sentencia por hechos ocurridos en ésta, pudiera alegarse antes de dictarla. Lo anterior no significa, en manera alguna, que exista un recurso contra las sentencias que dictan las Salas de Revisión. No, lo que sucede es que, de conformidad con el artículo 49 mencionado, la Sala Plena tiene el deber de declarar las nulidades que se presenten en cualquier etapa del proceso. Y la sentencia es una de ellas (...)⁸⁰.

En posterior sentencia, la Corte insiste en que la solicitud de nulidad se trata de un mecanismo excepcional para deprecar la palmaria y flagrante violación del debido proceso en el trámite constitucional. Respecto del particular indicó:

⁷⁹ Pues de una hermética restringida del artículo 49 del decreto 2067 se concluiría lo contrario.

⁸⁰ Auto 08 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

(...) Con todo, por razones de seguridad jurídica y de certeza ante el derecho, se ha considerado que la declaratoria de nulidad de una sentencia de la Corte reviste características particulares, puesto que “se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar (...)”⁸¹.

Luego, acuñando su propio precedente, la Corte al adoptar su Reglamento Interno, imbricó en el artículo 106 del Acuerdo 02 de 2015 (modificatorio del Acuerdo 05 de 1992) una disposición que hace alusión expresa a la posibilidad de presentar solicitud de nulidad frente a los fallos de la Corporación, así:

Sobre las nulidades. Una vez presentada oportunamente una solicitud de nulidad y previa comunicación a los interesados, la misma deberá ser resuelta por la Sala Plena de acuerdo con las siguientes reglas: a. Si la nulidad se invoca con anterioridad a la sentencia, la misma podrá ser decidida en dicha providencia o en un auto separado. Si la nulidad se refiere a aspectos meramente de trámite se resolverá en auto. En este último caso, la decisión se adoptará en los quince días siguientes al envío de la solicitud al magistrado ponente por la Secretaría General. b. Si la nulidad se invoca con respecto a la sentencia, la misma será decidida en auto separado, en el término máximo de tres meses, contado desde el envío de la solicitud al magistrado ponente por la Secretaría General. Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto se deberá registrar por lo menos quince días antes de su vencimiento.

En reciente providencia (A-020 de 2017) la Corte reafirma su precedente en los siguientes términos:

(...) Si bien el referido artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 establece que “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno” y que las nulidades de los procesos ante esta Corte solo podrán alegarse antes de proferido el fallo, “por violación al debido proceso”, esta corporación viene aceptando la posibilidad de que se solicite nulidad de las sentencias de revisión de tutela con posterioridad a su pronunciamiento, siempre que la irregularidad alegada surja de la misma sentencia (...).⁸²

81 Auto A-033 de 1995 M. P. José Gregorio Hernández Galindo, muchas veces reiterado.

82 Auto 020 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De las anteriores referencias normativas y jurisprudenciales se puede colegir:

- i) Aunque si bien es cierto, la solicitud de nulidad solo era procedente respecto de las irregularidades durante el trámite del proceso conforme lo establece el citado artículo 49 del decreto 2067 de 1991, también es igual de cierto que la Corporación mediante consolidada doctrina estableció reglas precedentes que permitieron estudiar la nulidad de sus propios fallos, posición que actualmente fue vertida en el artículo 106 de su reglamento interno.
- ii) Están legitimados para proponer la nulidad: el accionante, el Procurador General de la Nación y los intervinientes en el proceso (entidades estatales, personas o instituciones privadas y los ciudadanos que participaron con sus escritos).
- iii) La solicitud de nulidad no es un recurso, segunda instancia o grado de jurisdicción; se trata de un mecanismo excepcional⁸³ para deprecar palmarias, ostensibles y flagrantes violaciones del derecho iusfundamental al debido proceso producidas en el trámite del proceso constitucional o en la misma sentencia.
- iv) Si se trata de una nulidad por irregularidades en el procedimiento, la oportunidad procesal para interponerla será en el momento de su producción o a más tardar hasta antes de proferirse la sentencia.
- v) Si la nulidad es promovida por irregularidades generadas en el fallo, la oportunidad procesal para proponerla será dentro de los 3 días siguientes a su notificación⁸⁴.

Conclusiones

Colombia es el Estado pionero en la creación de la acción pública de inconstitucionalidad, pues a través de las leyes de la Nueva Granada (3 de 1850 y 4 de 1851), así como en las Constituciones Nacionales de 1853 y

83 Resulta tan excepcional (sobre todo en fallos de constitucionalidad) que en aproximadamente 25 años de tareas de la Corte se han producido muy pocas declaratorias de nulidad de sus fallos. Al respecto refiere Quinche: “Como casos específicos de declaratorias de nulidad sobre sentencias de constitucionalidad pueden mencionarse el Auto 091 de 2000, que declaró la nulidad de la sentencia C-993 de 2000 (Ambas decisiones tuvieron como ponente al Magistrado Antonio Barrera Carbonell) por contrariedad manifiesta entre la parte motiva y la parte resolutive del fallo; y el Auto 062 de 2000, que declaró la nulidad de la sentencia C-642 DE 2000 (ambas decisiones tuvieron como ponente al Magistrado José Gregorio Hernández), por haberse tomado la decisión por mayoría relativa y no absoluta, como debió ser.” QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. “La acción de inconstitucionalidad”. Ed. Ibañez, Bogotá, 2016, páginas 205 y 206.

84 Las reglas indicadas en los numerales iv) y v) fueron vertidas en la ratio decidendi del Auto 155 de 2013.

1863 imbricó la posibilidad de deprecar jurídicamente cierta clase de normas provinciales cuando estas atentaban contra la Constitución; de igual manera, el acto legislativo 03 de 1910 se convierte en el primer antecedente conocido de la acción de inconstitucionalidad con efecto extendido, es decir, como mecanismo que permite controlar también las leyes de carácter nacional.

Desde el punto de vista sustancial, la acción de inconstitucionalidad (desarrollada en la Constitución de 1991), se caracteriza por tener una naturaleza política, pública y democrática, así mismo es mecanismo jurídico autónomo, directo e indesistible.

La acción de inconstitucionalidad promovida en contra de los actos legislativos, solo podrá hacerse por vicios de procedimiento en su formación o por vicios competenciales (previa ejecución del “test” de sustitución), siendo esta última vía distinta a los juicios de intangibilidad y violación de contenido material de la Constitución.

Desde el punto de vista procesal, la acción de inconstitucionalidad es formal (sujeta a requisitos y control de procedibilidad); de control objetivo (no requiere de demostración subjetiva de interés en la causa); y, no caduca (salvo la propuesta por vicios de forma la cual caduca en 1 año a partir de la publicación del respectivo acto).

La acción pública de inconstitucionalidad se convierte en una valiosa herramienta de participación ciudadana, de control al poder político y de protección al principio de supremacía constitucional. No obstante, la creación paulatina de exigentes requisitos de técnica procesal (elevados a metodologías o “test”), cada vez dificultan más al ciudadano del común para poder hacer uso de dicha acción, pues so pretexto de proteger la seguridad jurídica y la voluntad general del pueblo expresada en las normas, se está alejando a ese mismo pueblo de uno de los más importantes mecanismos de veeduría y control que hacen parte del natural *modus vivendi* democrático

Referencias

Alexy, R. (1998). *Tratado sobre los derechos fundamentales*, Oxford, Oxford University Press.

Amaya, J. A. (2012). *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea.

De Tocqueville, A. (1981). *La démocratie en Amérique*, París, GF Flammarion – Centre National des lettres.

Esguerra Portocarrero, J.C. (2010). *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Ed. Legis.

Evans, P. (1997). *El eclipse del Estado. Reflexiones sobre la estatalidad en la era de la globalización*, Berkeley, Universidad de California – Berkeley.

Heidegger, M. (1974). *Ser y Tiempo*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.

Hamilton, A. (1988). *Le Fédéraliste*, París, Vrin.

Heydebrand, W. (2007). From globalisation of law to law under globalization. En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford, Hart Publishing.

Londoño Ayala, C.A. (2010). *Bloque de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel.

Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ed. Ibañez.

Maya Chaves, M.J. (2012). Discordia, reforma constitucional y Excepción de inconstitucionalidad, *Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes*.

Mejía Quintana, O. (2017). Postontológico, posfuncional, posjurídico. Mas allá (de la filosofía y teoría) del derecho en la sociedad global. *Work Paper Posdoctorado en Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional.

Mezzetti, L. (2015). *Giustizia Costituzionale*. Bolonia, Universidad de Bolonia.

Mezzetti, L. y Velandia Canosa, A. (2017). *Justicia Constitucional. Sistemas y modelos comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

Quinche Ramírez, M.F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* No. 12.

Quinche Ramírez, M.F. (2016). *La acción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Ed. Ibañez.

Quiroga Natale, E.A. (2015). La excepción pública de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión, *Revista de Derecho Público* No. 34.

Restrepo, C.E. (1972). *Orientación Republicana* Tomo I. Bogotá, Banco Popular.

Rey Cantor, E. (2010). El derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto, Bogotá, *Ed. Doctrina y Ley*.

Rodríguez Peñaranda, M.L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Sierra Porto, H.A. (2013). Los factores que determinan las particularidades de la interpretación constitucional en Colombia, *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, VIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Corte Constitucional - Universidad Externado de Colombia.

Uprimny Yepes, R. (2004). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura.

Velasquez Rizo, A.M. (1999). El caso Bonham. Supremacía Constitucional, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte.

Watson, A. (1995). From Legal Transplants to Legal Formants, *American Journal of Comparative Law*.

Wittgenstein, L. *Tractatus Logico – Philosophicus*, Kegan Paul, New York, 1922.