

# CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. AÑO 2009 (\*)

Por PAULA ROBLEDO SILVA (\*\*)

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN DESPLAZADA: A) Autonomía indígena. B) Objeción de conciencia. C) Libertad de expresión. D) Parejas del mismo sexo. E) Derecho al agua. F) Autos de seguimiento a la política de atención población en situación de desplazamiento.—3. ESTADOS DE EXCEPCIÓN: A) Jurisprudencia general sobre estados de excepción. B) Conmoción interior. C) Emergencia social. D) Anotaciones finales.—4. LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE ANTO LEGISLATIVO.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional colombiana fue creada por la Constitución de 1991 e inició sus funciones en el año 1992. Está compuesta por nueve magistrados, abogados de profesión, elegidos por el Senado de la República de ternas elaboradas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, para ocupar el cargo durante periodos individuales de ocho años<sup>1</sup>.

---

(\*) Este trabajo fue realizado con la colaboración de Jorge Ernesto Roa Roa, profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Para él mis más sinceros agradecimientos.

(\*\*) Docente e investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

<sup>1</sup> El año 2009 fue un año de renovación en la Corte Constitucional, venció el periodo para seis de sus Magistrados. En ese año dejaron la Corte los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Clara Inés Vargas Hernández, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra,

Dentro de las funciones asignadas constitucionalmente a la Corte Constitucional se encuentran: el control de constitucionalidad de las leyes que son demandadas por los ciudadanos, de los tratados internacionales que son aprobados por el Congreso de la República, de los actos legislativos que modifican la Constitución, de los proyectos de leyes estatutarias, de las leyes de convocatoria a referendo, de los decretos con fuerza material de ley dictados por el Gobierno, de los decretos legislativos que declaren estados de excepción y de los proyectos de ley que son objetados como inconstitucionales por el Presidente de la República. Además, el alto Tribunal revisa selectivamente las sentencias de tutela proferidas por los jueces de todo el país<sup>2</sup>.

En ejercicio de esas funciones la Corte Constitucional, en sus dieciocho años de labores, ha proferido 12.467 sentencias de tutela, 4.738 sentencias de constitucionalidad y 3.417 autos<sup>3</sup>; y durante el año 2009, profirió alrededor de 969 sentencias<sup>4</sup> y 257 autos<sup>5</sup>.

Como se observa, el alto número de pronunciamientos de la Corte Constitucional es indicativo de la intensidad del trabajo judicial del alto Tribunal, lo que hace imposible el estudio de todos los temas abordados por la Corte. Así las cosas, se han querido analizar algunas providencias que se enmarcan en tres líneas temáticas diferentes por considerarlas de interés para la comunidad académica internacional, y porque en ellas se reflejan algunos avances o modificaciones jurisprudenciales, ya sea porque representan verdaderos cambios del ordenamiento jurídico colombiano, o porque constituyen interpretaciones novedosas, o porque sistematizan y clarifican las líneas jurisprudenciales hasta entonces vigentes.

Esta crónica jurisprudencial se ha dividido en tres partes. La primera

---

Jaime Araujo Rentería y Jaime Córdoba Triviño. Los magistrados salientes fueron reemplazados por los abogados Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Luís Ernesto Vargas Silva. A este grupo se suman los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quienes actualmente conforman el pleno de la Corte Constitucional.

<sup>2</sup> Las funciones de la Corte Constitucional se encuentran establecidas en el artículo 241 de la Constitución Política de 1991 y fueron desarrolladas, especialmente, en los Decretos 2591 de 1991 «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada (sic) en el artículo 86 de la Constitución Política», el Decreto 1382 de 2000 «Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela» y el Decreto 2067 de 1991 «Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional».

<sup>3</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONSOLIDADO%20ESTADISTAS%201992-2009.htm>

<sup>4</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php?ponente=&Sentencia=&busqueda=&a%FlOs=2009&accion=Buscar>

<sup>5</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/RADICADOR%20AUTOS%202009.php>

parte está dedicada al estudio de las sentencias de la Corte respecto de los derechos a la libertad de expresión, objeción de conciencia, igualdad de las parejas del mismo sexo, autonomía de los pueblos indígenas y el derecho al agua potable; y además, al análisis de los autos que la Corte ha proferido con el fin de hacer seguimiento a la política del Gobierno para la atención de la población en situación de desplazamiento. El tema de la segunda parte es el de los estados de excepción, con especial referencia a la conmoción interior y la emergencia económica y social. Para terminar, se realiza una síntesis de la jurisprudencia constitucional respecto de la reforma a la Constitución por el poder legislativo y la llamada «sustitución de la Constitución».

## 1. DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN DESPLAZADA

### A) Autonomía indígena<sup>6</sup>

En la Sentencia T-113/2009 la Corte Constitucional conoció el caso de un joven indígena que fue incorporado —en contra de su voluntad— a las Fuerzas Armadas para prestar el servicio militar obligatorio. La madre del joven interpuso acción de tutela en contra del Ejército Nacional y solicitó que se respetara el derecho de su hijo a decidir libremente la prestación o no del servicio militar, teniendo en cuenta su pertenencia a un grupo indígena<sup>7</sup>.

El juez que decidió el caso en primera instancia resolvió a favor de la petición de amparo y el juez de segunda instancia desestimó la petición por considerar que no se había demostrado la residencia del joven en el cabildo indígena, que no tenía la condición de hijo único y había aceptado libremente ingresar al ejército.

La Corte Constitucional seleccionó este proceso para someterlo a revisión y al mismo tiempo decretó una medida preventiva mediante la cual ordenó al Ejército Nacional abstenerse de incorporar al joven al servicio militar. Además, solicitó que el Ministerio de Defensa le remitiera un documento en el que explicara la política de reclutamiento de indígenas; al

<sup>6</sup> Sobre el mismo tema pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: C-139/1996, T-634/1999, C-418/2002, C-620/2003, C-208/2007, C-750/2008 y C-175/2009. Esta última declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1152 de 2007 que establecía el Estatuto Rural colombiano. La razón de la decisión fue la omisión en la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas.

<sup>7</sup> Dentro del proceso se demostró que el joven pertenecía al cabildo indígena del resguardo de Tuquerres en el departamento de Nariño.

cabildo y a las organizaciones indígenas, que se pronunciaron respecto del reclutamiento de menores de sus comunidades por parte de las Fuerzas Armadas.

Las consideraciones de la Corte en este caso se resuelven en tres aspectos centrales, i) la protección de los indígenas en un Estado democrático y pluralista, ii) la autonomía indígena frente a la prestación del servicio militar obligatorio y iii) la política pública de reclutamiento de las Fuerzas Armadas.

En primer lugar, la Corte reitera que la Constitución de 1991 estableció un Estado democrático, pluralista multiétnico y pluricultural, postulados que la misma Corte concretó en materia de pueblos indígenas como mandatos de protección reforzada de estas comunidades, tanto de sus derechos individuales como colectivos. La existencia de derechos como la preservación del hábitat natural, la propiedad colectiva de la tierra, instituciones jurídicas propias, administración de justicia autónoma, respeto por su cosmovisión y prácticas religiosas y el derecho de participar en las decisiones que los afectan a través de la consulta previa son algunas de las manifestaciones de la protección especial de los indígenas en el Estado colombiano.

En este caso, la Corte resalta que sacar a un indígena de su territorio, obligarlo a realizar actividades diferentes a las que regularmente desarrolla o incorporarlo a las fuerzas armadas, constituye una vulneración al derecho a la identidad cultural de los indígenas. Derecho que se proyecta en dos dimensiones, una colectiva que protege los valores y costumbres de la respectiva comunidad y una dimensión individual que le permite a los sujetos actuar de acuerdo con su cosmovisión dentro y fuera del territorio tradicional.

Respecto de la prestación del servicio militar por jóvenes indígenas, la Corte reitera que son válidas las excepciones establecidas por la ley, especialmente la excepción relativa a la pertenencia a un grupo indígena. Para la Corte estas excepciones son una manifestación de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad étnica y cultural, y recuerda que ya había examinado la razonabilidad de ese tipo de medidas en la Sentencia C-058/1994<sup>8</sup>, en la que consideró que el cumplimiento de ciertos deberes ciudadanos como el servicio militar, podrían ser excusados en virtud del cumplimiento de imperativos constitucionales como la preservación de la existencia de las comunidades indígenas.

Los criterios para que una persona sea exonerada de la prestación del servicio militar en virtud de la excepción etnocultural son: la demostración

---

<sup>8</sup> Esta sentencia examinó la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 48 de 1993 que establece exenciones a la prestación del servicio militar obligatorio.

de tener la condición de indígena, vivir con indígenas y vivir como indígena. En este caso, la Corte declaró que esos tres criterios deben ser interpretados ampliamente, de manera que el factor territorial no se convierta en un impedimento para acceder a la protección constitucional, por esa razón, no tuvo en cuenta el argumento del Ejército Nacional que pretendía la legitimidad del reclutamiento porque el joven no residía actualmente en el resguardo al que pertenecía.

Concluye la Corte este punto manifestando que la excepción a la prestación del servicio militar obligatorio cubre a toda aquella persona que demuestre identidad cultural real con una comunidad indígena y la aceptación de la comunidad de esa pertenencia e identidad. Sin embargo, esta protección es renunciable, en aquellos casos en el que el indígena manifiesta su voluntad inequívoca de pertenecer a las fuerzas armadas.

Para que la decisión de pertenecer al ejército sea válida debe ser el producto de un proceso de información, reflexión y diálogo que permita la formación de un consentimiento informado sobre el deseo de incorporarse a las Fuerzas Militares. La Corte aclara que esa decisión no implica la asunción de la obligación de prestarlo, lo que quiere decir que persiste la posibilidad de que una vez incorporado, el joven indígena decida libremente retirarse.

Sobre la política de reclutamiento de indígenas, la Corte considera que una manifestación del derecho de consulta previa y participación de las comunidades en la decisiones que los afectan, es el deber de los funcionarios encargados del reclutamiento de valorar las condiciones de cada persona, para determinar quiénes cumplen las características propias de un indígena y aplicar la excepción a menos que el reclutado renuncie al ejercicio de la misma.

El desarrollo de una política de reclutamiento de los indígenas está sometida al requisito de que el Estado se comunique y coordine con las autoridades indígenas la forma como va a adelantar la incorporación. En ese proceso la comunidad debe tener la oportunidad de pronunciarse permanentemente sobre esos procedimientos y de explicarle a los jóvenes de su comunidad el impacto individual y colectivo de esa decisión.

Estos tres ejes argumentativos llevan a la Corte a decidir la protección de los derechos del joven peticionario y los de su cabildo, dejar en firme la medida de protección decretada y ordenar al Ministerio de Defensa implementar una política que incluya información sobre la excepción etnocultural y el diálogo con las comunidades indígenas.

Sin duda este pronunciamiento de la Corte Constitucional es un avance en la protección de los pueblos indígenas, extendiendo la protección a personas que habitan fuera de los resguardos pero que guardan una relación cultural con las costumbres y tradiciones de una comunidad, lo que

permite acreditar la condición de indígena por aspectos materiales que superan el restringido criterio de la territorialidad.

De otra parte, la orden de implementar una política de reclutamiento con enfoque diferenciando respecto de los pueblos indígenas es un avance muy importante en un país donde estas comunidades permanecen expuestas a los escenarios del conflicto armado, y a los riesgos propios de las confrontaciones, lo que sin duda constituye una amenaza directa para su supervivencia.

## B) Objeción de conciencia<sup>9</sup>

La Sentencia T-388/2009 conoció la situación de una mujer embarazada a quién le fue diagnosticado un embarazo de alto riesgo y se le recomendó la interrupción del embarazo por considerar que el feto padecía malformaciones que lo hacían inviable y eventualmente pondrían en peligro la vida de la madre. Pese a que desde el año 2006<sup>10</sup> la Corte Constitucional avaló la interrupción del embarazo en esta hipótesis, el médico tratante se negó a realizar el procedimiento hasta tanto no se recibiera una autorización judicial.

El juez que conoció el proceso en primera instancia se declaró impedido para conocer el caso por razones de conciencia, el impedimento no le fue aceptado y en su decisión resolvió negar el amparo por las mismas razones del impedimento. El juez de segunda instancia revocó la decisión de primera instancia, amparó los derechos de la peticionaria y ordenó la interrupción del embarazo y proporcionarle asistencia psicológica complementaria.

Aunque se trata de un caso de aborto, la Corte además de reiterar las consideraciones hechas en la Sentencia C-355/2006 y su jurisprudencia sobre la interrupción del embarazo, hace unas precisiones importantes sobre los siguientes elementos del derecho de objeción de conciencia: i) el contenido e importancia de esa garantía, ii) su titularidad por médicos y funcionarios judiciales y, iii) la relación con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en los casos de aborto.

<sup>9</sup> Sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: C-859-/2006 y T-209/2008.

<sup>10</sup> De acuerdo con la Sentencia C-355/2006 los tres escenarios en los cuales se puede interrumpir el embarazo son: i) cuando el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, e inseminación artificial por transferencia de óvulo fecundado no consentidos, ii) cuando el embarazo representa peligro para la vida o salud de la gestante y, iii) cuando el feto presenta malformaciones que lo hacen incompatible con la vida.

La Corte destaca que el modelo de Estado establecido por la Constitución de 1991 es de carácter pluralista, respetuoso de la diversidad y que considera como una riqueza el hecho de encontrar en la sociedad diversos valores, aspiraciones, creencias religiosas, formas de pensamiento y expresión; espectro en el cual el derecho a la objeción de conciencia se ubica en un plano central.

La Corte define la objeción de conciencia como una discrepancia entre una norma jurídica y una norma moral, que se presenta cuando el cumplimiento de una o algunas de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico exige que los destinatarios de las mismas realicen acciones que su conciencia les prohíbe. Se trata, como lo señala la Corte, de un derecho relacional, que se encuentra en conexión con la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia.

El deber del Estado frente a la objeción de conciencia es evitar todo tipo de interferencias en las convicciones morales de los ciudadanos, y en aquellos casos en que sean necesarias, el Estado tiene la carga de argumentar y justificar la motivación y sustento de las mismas, ya que la persona que objeta conciencia goza de la presunción de corrección moral.

En sus consideraciones, la Corte se encarga de aclarar que el derecho de objeción de conciencia no es absoluto, al contrario, se trata de un acto que aunque en principio puede ser calificado como relativo al fuero interno de quien lo ejerce, tiene una proyección social que en menor o mayor medida interfiere con los derechos de otras personas, cuya protección está también ordenada por la Constitución, y en esos casos, el juez debe ponderar para encontrar la solución al conflicto de derechos que se le presenta.

La titularidad del ejercicio del derecho de objeción de conciencia es limitada por tres razones, se trata de un derecho individual y no colectivo, se predica de manera restringida de los médicos en casos de interrupción del embarazo y no son titulares de ese derecho las autoridades judiciales.

En el primer caso, la Corte aclara que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la objeción de conciencia, solo está reconocido a personas naturales. Sólo es posible que los individuos, y no las personas jurídicas, tengan íntimas convicciones, que son el objeto de protección de la objeción de conciencia. Además en casos de aborto, se trata de empresas privadas que prestan el servicio público de salud, por lo que permitir que institucionalmente se nieguen a ciertas prestaciones implicaría poner en peligro la vida y la salud de los ciudadanos que acuden a esas instituciones.

En el caso de los médicos, aunque son titulares de la objeción de conciencia, se trata de una titularidad restringida y limitada. De acuerdo con la Corte, el personal médico titular de la objeción de conciencia es aquel que interviene de manera directa en los procedimientos de interrupción del

embarazo, y no, aquellos que hacen actividades administrativas o meramente preparatorias o prequirúrgicas. Además, es limitada porque está sujeta a tres condiciones, i) sólo puede ser invocada por un médico cuando esté disponible otro especialista en capacidad de realizar el procedimiento en las mismas circunstancias, ii) el médico al que se remite la paciente debe estar plenamente identificado y iii) el médico que objeta conciencia debe hacerlo en un escrito en el que manifieste las razones —convicciones— por las cuales se niega a realizar el aborto.

Las autoridades judiciales se encuentran en una situación diferente. Para la Corte los funcionarios judiciales no pueden abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales aduciendo motivos de conciencia. Como autoridades públicas, los jueces se han comprometido de manera voluntaria a velar por el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico, a través de fallos en derecho y en los cuales se excluyen de manera absoluta las convicciones morales o el libre albedrío del juez.

Permitir que los miembros de la administración de justicia objeten conciencia sería aceptar eventos de denegación de justicia, que como en el caso que estudió la Corte, llevaron a un juez a declararse impedido por causales no establecidas para ese procedimiento y a fallar apartándose ilegítimamente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En los casos de aborto, los límites precisados sobre el derecho a la objeción de conciencia juegan dos funciones importantes. De un lado, garantizan el libre ejercicio de la profesión médica de aquellos galenos cuyas íntimas convicciones se oponen a la interrupción de un embarazo en las condiciones permitidas por la Corte Constitucional y de otro, garantizan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ya que imponen la obligación de que se remuevan los obstáculos para su protección, y radican en cabeza de los prestadores del servicio de salud la obligación de promover condiciones para su garantía efectiva.

La Corte concluye confirmando la sentencia de segunda instancia que había amparado los derechos de la peticionaria, ordenando realizar campañas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, con un sistema de seguimiento de su impacto y eficacia y, advirtiendo que en los casos de interrupción del embarazo permitidos por la Corte no es necesario un permiso o autorización judicial previa.

A pesar de la importancia de este pronunciamiento subsisten dos elementos negativos. La sentencia refleja que aún tres años después del pronunciamiento de la Corte sobre la permisión del aborto tanto las instituciones, como el personal médico y aun más grave, los funcionarios judiciales, ponen obstáculos para la garantía de los derechos de las mujeres. De otro lado, la Corte en su intención de delimitar el derecho a la objeción de conciencia en estos casos, olvida insistir directamente en los

efectos perjudiciales de la exigencia de un permiso previo de una autoridad judicial para proceder a la interrupción del embarazo, situación que sigue ocasionando un desamparo de los derechos de muchas mujeres colombianas.

### C) Libertad de expresión<sup>11</sup>

La Sentencia C-417/2009 es un avance muy importante de la jurisprudencia constitucional colombiana y de la región, en materia de libertad de expresión. Sus efectos en ese sentido han sido reconocidos por organismos internacionales y organizaciones defensoras de derechos humanos<sup>12</sup>. En esta decisión, la Corte declaró la inexecutable del numeral primero del artículo 224 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), donde se establecía que una persona acusada de injuria o calumnia no podía ser exonerada de responsabilidad penal —aun cuando probara la veracidad de las imputaciones—, si previamente el ofendido había sido absuelto o le habían terminado la investigación penal por los hechos objeto de información.

La norma que fue demandada por un grupo de ciudadanos establecía una limitación a la denominada *exceptio veritatis*. Ésta es una institución del derecho que permite a las personas divulgar información incómoda o desagradable respecto de otras, y no ser responsabilizados si logran demostrar la veracidad de sus afirmaciones. De acuerdo con la norma demandada, la *exceptio veritatis* no se aplicaba cuando previamente una autoridad en el marco de una investigación penal hubiese desestimado esas acusaciones.

La Corte Constitucional llega a la conclusión de que la norma demandada no es compatible con la Constitución de 1991, especialmente con el artículo 20 que establece el derecho a la libertad de expresión. Para arribar a esa determinación la Corte hace un análisis de los siguientes elementos: i) la importancia de la libertad de expresión y el acceso a la información en el Estado colombiano, ii) la relación entre la libertad de expresión y la *exceptio veritatis*, iii) la exclusión de la responsabilidad penal por ejercicios abusivos de la libertad de expresión.

Para la Corte Constitucional el derecho a la libertad de expresión es uno de los pilares de un sistema democrático. Su importancia radica en que constituye un instrumento para la difusión del pensamiento, el inter-

<sup>11</sup> Sobre el mismo tema pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-512-1992, C-179-1994, T-706-1996, C-010-2000, T-921-2002, C-1153-2005, T-391-2007 y T-1037-2008.

<sup>12</sup> Al respecto puede consultarse el informe de la relatora especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de derechos humanos del año 2009 en el que reseña, comenta y destaca esta decisión de la Corte Constitucional Colombiana.

cambio de ideas, la construcción y desarrollo del debate público, el control social a la gestión pública y en últimas, el fortalecimiento mismo del pluralismo. A juicio de la Corte, la libertad de expresión e información tiene un carácter preferente en la Constitución de 1991.

Aunque la Corte no desarrolla el concepto de «derecho preferente», establece que esa naturaleza implica unas consecuencias jurídicas innegables, dadas especialmente por la existencia de tres presunciones. La primera de ellas indica que *ab initio* toda expresión se encuentra protegida por el contenido normativo del artículo 20 de la Constitución Política; la segunda presunción es relativa a los casos de conflicto de derechos, en los que se manda que prime la libertad de expresión frente a otros derechos, principios o valores constitucionales, con los que este derecho pueda colisionar; y la tercera, constituye un principio de sospecha respecto de toda limitación a la libertad de expresión, la que debe considerarse inconstitucional salvo que supere un juicio estricto de compatibilidad con la Constitución.

Parece que la Corte en esta sentencia ha dado unas dimensiones absolutamente amplias al ámbito de protección de la libertad de expresión; incluso llegando a reconocer que aunque los derechos a la honra y al buen nombre de una persona pueden resultar afectados por un ejercicio excesivo de la libertad de expresión; en todo caso, no puede limitarse este derecho cuando se trata de opiniones, pues a juicio de la Corte, a diferencia de los casos en los que se divulga información, las opiniones como un ejercicio de la libertad de expresión deben ser respetadas aunque las expresiones utilizadas para manifestarlas impliquen incomodidad o perturbación para el ofendido.

De esta manera la Corte aborda la relación que existe entre la *exceptio veritatis* y la libertad de expresión. La posibilidad de que una persona sea eximida de la responsabilidad penal por demostrar la veracidad de una información que ha incomodado o perturbado a alguien, es una vía idónea para alcanzar altos niveles de expresión en una sociedad democrática; ése es precisamente el fundamento de la legitimidad de la *exceptio veritatis* y de la ilegitimidad de su limitación.

Si no existiera la mencionada excepción, la Corte considera que se generaría un efecto inhibitorio parecido a la autocensura, que impediría a los comunicadores la expresión de hechos que pudiendo ser demostrados, hubiesen sido desestimados por un juez penal, por temor de los comunicadores a ser condenados penalmente por los delitos de injuria o calumnia. Sin embargo, la Corte advierte que no pretende establecer un régimen absoluto de libertad de expresión ni una «dictadura de los periodistas», que les permita divulgar información sin soporte fáctico y sin sujetarlos a un régimen de responsabilidad, pues esto también resultaría contrario al orden constitucional.

La cuestión que culmina con el razonamiento de la Corte gira en torno a la definición del equilibrio entre la aspiración y mandato constitucional de máximo nivel de expresión y la protección a los derechos a la honra y buen nombre de los ciudadanos. En este aspecto se concilia utilizando la diferenciación entre opiniones e informaciones, éstas últimas con una alta carga de veracidad y aquellas consideradas como una visión individual del mundo, un reflejo de la realidad, que no puede ser combatido sino con otros argumentos o consideraciones, pero no con sanciones.

La Corte rechaza la utilización de las sanciones penales como forma de castigar los ejercicios excesivos de la libertad de expresión. Haciendo un juicio de proporcionalidad, este tipo de sanciones no superan los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Limitar la posibilidad de utilización de la *exceptio veritatis*, se adscribe en criterio de la Corte, a una tendencia restringida de la misma, como la que existe en Alemania, Costa Rica y Perú.

La Corte analiza comparativamente otras tendencias de utilización del derecho penal y de la *exceptio veritatis*. Se refiere a una tendencia intermedia, existente en países como Italia y Argentina y a tendencias de uso amplio de esta excepción como la que existe en España. Aún más, la Corte incluye el análisis del ordenamiento de países como Bosnia y Herzegovina, Georgia, Ghana, Sri Lanka, México, Panamá, Uruguay, Brasil y el mismo sistema interamericano de protección de los derechos humanos del cual Colombia es parte, los cuales procuran por la exclusión de las responsabilidades ulteriores de carácter penal, frente a ejercicios de libertad de expresión que podrían colisionar con los derechos a la honra y el buen nombre.

La decisión de la Corte se adscribe en esta última tendencia. Aspecto que es destacable no sólo porque implica la mayor protección a la libertad de expresión, sino porque es un claro ejemplo de implementación en el derecho interno, de los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Decisión con la que la Corte Constitucional contribuye al fortalecimiento del sistema democrático colombiano, de la labor informativa y periodística, y del acceso a la información de los ciudadanos.

#### D) Parejas del mismo sexo<sup>13</sup>

Una de las sentencias de constitucionalidad más importantes del año 2009 es la Sentencia C-029 en la que la Corte Constitucional resolvió la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de veintiséis normas que

<sup>13</sup> Sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: C-098/1996, T-999/2000, T-1426/2000, C-075/2007, T-1241/2008 y C-798/2008.

establecían ciertos beneficios, prohibiciones y restricciones para las parejas heterosexuales y no para las parejas del mismo sexo.

Por la extensión de la decisión, en esta reseña jurisprudencial haremos un análisis de las consideraciones que hizo la Corte Constitucional sobre el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo y en segundo lugar, los aspectos concretos de aplicación- en que ese derecho ordena no distinguir entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional recoge su línea jurisprudencial en materia de reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, la cual se encuentra en las sentencias C-075/2007, C-811/2007, T-856/2007 y C-336/2008, para reiterar que no es posible que ése Tribunal se pronuncie de manera general en el sentido de igualar los derechos de las parejas heterosexuales con los de las parejas homosexuales. Las razones que impiden una decisión de ese tipo son i) la existencia de marcadas y claras diferencias entre los dos tipos de parejas, ii) la inexistencia de un mandato constitucional dirigido a dar un tratamiento igualitario a unas y otras, iii) la necesidad de establecer en cada caso concreto que un trato diferenciado es discriminatorio de las parejas homosexuales y, iv) la suficiencia argumentativa que permita al juez constitucional establecer con claridad que a pesar de ser asimilables el legislador introdujo una diferenciación discriminatoria.

Un aspecto sobre el cual la Corte sí hace un pronunciamiento general es la protección de la pareja. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la unión de dos personas con vocación de permanencia, independientemente de si son homosexuales o heterosexuales, goza de reconocimiento y protección constitucional especial, que incluye cargas y beneficios.

Con base en esa premisa, la Corte considera que el legislador en cada una de las disposiciones demandadas no quiso introducir una diferencia entre un tipo de parejas y otro, sino que no tuvo en cuenta la existencia de las parejas homosexuales porque en el momento de la expedición de las normas demandadas este grupo social no tenía una presencia y relevancia social tan marcada como ahora.

Por esa razón, la metodología de la Corte en el análisis de constitucionalidad desecha la utilización del *test* de proporcionalidad. El uso de éste se restringe a aquellos casos en que se está ante situaciones que no son asimilables y en las que se pretende justificar la diferencia de trato, aspectos que no están presentes en este proceso.

Son dieciséis los ámbitos normativos en los cuales la Corte consideró que debían equipararse las parejas heterosexuales a las homosexuales, a saber: Derecho a considerar su vivienda como patrimonio de familia inembargable y susceptible de afectación familiar siempre y cuando lleven conviviendo más de dos años; derecho a exigir alimentos cuando exista necesidad de una parte y capacidad de la otra; derecho a adquirir la nacio-

nalidad colombiana por adopción con el beneficio de reducción de tiempo para la pareja homosexual; derecho a no declarar en contra de la pareja y derecho a no autoincriminarse; derecho a residir en la isla de San Andrés; agravación de los delitos cuando se cometen por la pareja; posibilidad de uno de los integrantes de ejercer tutelas y curatelas respecto del otro; posibilidad de incurrir en los delitos de violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria y amenaza a testigos; titularidad de los derechos a la verdad, justicia y reparación, derecho a disfrutar de todos los beneficios legales cuando uno de los integrantes se encuentre en situación de secuestro; extensión de los beneficios del régimen de salud de las fuerzas militares y de policía; derecho a subsidios familiar y de vivienda; recibir indemnizaciones por accidentes de tránsito e impedimentos e inhabilidades para ejercer funciones públicas.

Aunque son muchos los escenarios y muy diversa su naturaleza, pueden identificarse al menos cinco argumentos con los cuales la Corte justifica la igualación en estos casos. La Corte llega a la conclusión de que en ninguno de estos escenarios existen razones suficientes para mantener un trato diferenciado entre un tipo de parejas y otro, especialmente porque entiende que tanto en las parejas homosexuales como en las heterosexuales se dan los siguientes hechos dignos de protección constitucional: construcción de un proyecto de vida común, creación de lazos de afecto, confianza, solidaridad y respeto, existencia de vínculos morales y afectivos que surgen de la comunidad de vida permanente y singular, sentimientos de socorro y ayuda mutuos y en general las mismas consecuencias de la unión de dos personas con el ánimo de permanecer juntos.

Desconocer estas condiciones conduciría a perpetuar una situación en la que no sólo las parejas heterosexuales gozarían de beneficios que las homosexuales no, sino que implicaría mantener un escenario de desprotección que no está permitido por la Constitución y que sería violatorio de los derechos a la igualdad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y solidaridad.

Una anotación final que reitera lo enunciado al inicio de esta reseña. Para la Corte los escenarios de igualación entre los dos tipos de parejas no son sólo aquellos que plantean protección constitucional o beneficios en las diferentes materias, también se dan en el campo de las obligaciones, el derecho penal y la imposibilidad de realizar ciertas funciones o acceder a ciertos cargos en virtud de la relación de pareja.

Esta sentencia es uno de los más importantes avances solicitado en muchas ocasiones por las comunidades de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) y una manifestación de la existencia en la Constitución de 1991 de un modelo de Estado pluralista, democrático e incluyente, que profesa un profundo respeto por la opción sexual de cada per-

sona. Aún así, persiste un amplio espectro en el que las desigualdades, la discriminación y las restricciones a este tipo de parejas se mantienen, como la imposibilidad de contraer matrimonio, de adoptar y la superación de situaciones culturales de exclusión social.

#### E) Derecho al agua<sup>14</sup>

Durante el año 2009 la Corte Constitucional se pronunció en dos sentencias respecto del derecho al agua. La Sentencia T-381 que tuteló los derechos de unas personas que se proveían de este recurso tomándolo de un manantial que se secó a causa de las obras de construcción de un túnel. También en la Sentencia T-546 la Corte se pronunció en el caso de una familia a la que le fue suspendido el servicio de agua por el no pago de las correspondientes facturas. En esta reseña jurisprudencial analizaremos el segundo pronunciamiento que recoge y desarrolla los criterios del primero.

Los jueces que conocieron el caso tanto en la primera como en la segunda instancia denegaron el amparo solicitado. La Corte Constitucional seleccionó el expediente para revisión y decretó la práctica de pruebas para determinar las condiciones sanitarias, económicas y la conformación de la familia que solicitó el amparo con el fin de determinar el grado de vulnerabilidad y la posible presencia de sujetos de especial protección.

Al resolver el caso, la Corte hace trascendentes pronunciamientos en torno a tres grandes temas. El Tribunal se encargó de fijar los argumentos que de acuerdo con el derecho interno e internacional llevan a considerar el derecho al agua como una condición para la protección de otros derechos, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para la protección del derecho al agua, y los límites al derecho-deber de las empresas de servicios públicos de suspender el servicio de agua por el no pago de las facturas correspondientes.

La Corte Constitucional consideró que el agua potable —cuando está destinada al consumo humano— es un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida. De acuerdo con el ordenamiento constitucional colombiano, una vulneración del derecho al agua es a la vez una afrenta a los derechos a la dignidad humana, la salud y la salubridad cuando está destinada al consumo humano, y una vulneración de los derechos a la alimentación y al trabajo cuando está destinada a labores de siembra y riego.

---

<sup>14</sup> Sobre el mismo tema pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-636/2002, T-798/2002, T-262/2003, C-1063/2003, T-1134/2004 y T-493/2007.

De acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia el contenido del derecho al agua es más complejo. La Corte considera que de acuerdo con la normativa internacional el agua se torna en una garantía esencial para asegurar un nivel de vida adecuado y en una condición fundamental para la supervivencia<sup>15</sup>, la producción de alimentos, la higiene ambiental, el disfrute y desarrollo de ciertas prácticas propias de la vida cultural de un pueblo, una herramienta para combatir las enfermedades y malnutrición de los niños<sup>16</sup>, entre otras.

Esas funciones obligan al Estado a garantizarla en igualdad de condiciones, sin consideración de género<sup>17</sup>, etnia<sup>18</sup> o condición económica. También el Estado está obligado a garantizar un adecuado ejercicio del derecho al agua de acuerdo con los criterios de i) disponibilidad continua y suficiente del recurso, ii) calidad que implica un nivel mínimo de salubridad, iii) accesibilidad que a su vez incluye la accesibilidad física —instalaciones y servicios al alcance de toda la población—, económica —costos y cargos bajos—, no discriminación —acceso universal— y acceso a la información sobre cuestiones relativas al agua.

Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte procede a delimitar los supuestos bajos los cuales procede la acción de tutela para proteger el derecho al agua. El tribunal considera que son cinco las reglas que se pueden aplicar en estos casos. La primera de ellas es que la acción de tutela sólo procede para la protección de derechos fundamentales, y el derecho al agua sólo adquiere esa naturaleza cuando el recurso hídrico está destinado al consumo humano, porque sólo en esos casos es posible demostrar su conexión con el derecho a la vida, la salud y la dignidad humana. La segunda regla ordena verificar que en el caso concreto la protección del derecho al agua sea necesaria para la preservación de la vida, la salud y la salubridad; ya que no procede la acción de tutela en casos en los que el recurso está destinado a actividades de explotación agropecuaria o para territorios deshabitados. En tercer lugar, la parte pasiva de la acción de tutela en casos de protección del derecho al agua puede estar integrada por autoridades públicas o por particulares, siempre y cuando sean éstos quienes estén afectando arbitrariamente el goce del derecho. El cuarto mandato es el del desplazamiento de la acción constitucional, en los

<sup>15</sup> Comité derechos económicos sociales y culturales Observación general 15.

<sup>16</sup> Convención sobre los derechos del niño.

<sup>17</sup> Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer e Informe del Alto comisionado de ONU para derechos humanos de 16 de agosto de 2007.

<sup>18</sup> La Corte señala que de acuerdo con la Corte IDH Sentencia Yakye Axa Vs Paraguay de 17 de junio de 2005 se ordenó al Estado garantizar de manera inmediata y periódica agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de una comunidad indígena.

casos de amenaza de vulneración o perjuicio irremediable del derecho al agua en varias personas, la acción de tutela desplaza a la acción popular<sup>19</sup>. Finalmente, la orden del juez de tutela debe garantizar el recurso en las condiciones mencionadas anteriormente.

Pueden al menos hacerse dos anotaciones sobre estas reglas. Un comentario general es que la Corte se inclina por la protección del derecho al agua con base en el argumento de la conexidad con derechos como la vida, la salud o la salubridad, lo que sin duda es contradictorio con su propia jurisprudencia, porque un derecho considerado fundamental no necesita estar en conexión con otro, sino que puede ser protegido de manera autónoma. El segundo reparo a estos mandatos es que la Corte entra en contradicción al considerar que el derecho al agua es importante para la garantía de otros derechos como el trabajo, la producción de alimentos y la alimentación adecuada; y en la regla segunda, restringe la posibilidad de protección por vía de tutela cuando el agua se destina a este tipo de actividades.

El tercer eje de la argumentación de la Corte gira en torno al deber que tienen las empresas de servicios públicos de suspender el servicio de agua ante el incumplimiento en el pago de las facturas correspondientes, y su relación con el deber de garantizar acceso a un mínimo nivel de agua de manera permanente.

La suspensión del servicio de agua es un derecho de las empresas que prestan el servicio público de agua, ya que su satisfacción se da en el marco de un contrato de carácter oneroso, por medio del cual la empresa garantiza un servicio a cambio de un precio, y que se encuentra facultada para suspenderlo ante el incumplimiento de su contraparte. La Corte resalta que en el modelo de Estado social de derecho, los servicios públicos no pueden ser gratuitos, ya que tienen una función social y el precio que se paga por recibirlos es una manifestación del principio de solidaridad, de justicia y equidad; al ordenar que todos los particulares contribuyan al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

La suspensión del servicio también tiene la naturaleza de deber, además de estar establecido así en la ley de servicios públicos (Ley 142 de 1994), la Corte consideró que se trata de una obligación que responde a los fines constitucionales de concretar el principio de solidaridad, garanti-

---

<sup>19</sup> La acción popular está establecida en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, como un instrumento para la protección de los derechos e intereses colectivos (patrimonio, espacio, seguridad, salubridad, moral administrativa, ambiente, entre otros). Fue regulada por la Ley Estatutaria 472 de 1998 donde se estableció que procede este tipo de acción para evitar un daño, hacer cesar un peligro o restituir las cosas al estado anterior; cuando por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares se amenaza, pone en riesgo o vulnera uno de estos intereses o derechos colectivos.

zar que todos los usuarios gocen del servicio y evitar que las personas que habitan inmuebles a título de tenedores o arrendatarios defrauden la buena fe de los propietarios de los mismos.

Sin embargo, la Corte aclara que ni en su naturaleza de derecho ni en la de deber, la suspensión del servicio de agua es un absoluto. En cada caso deben tenerse en cuenta las consecuencias de la suspensión, las circunstancias que llevaron a dejar de cumplir con el pago de las facturas y los posibles derechos fundamentales que ese procedimiento podría vulnerar. Esto le permitió a la Corte fijar la siguiente regla: «la suspensión de los servicios públicos domiciliarios no puede tener lugar, pese al incumplimiento en el pago de los servicios, si los efectos de la suspensión se concretan en un desconocimiento desproporcionado a los derechos constitucionales de sujetos o establecimientos especialmente protegidos o en una grave afectación en las condiciones de vida de una comunidad».

La Corte concluye confirmando las sentencias de instancia ya que durante la inspección realizada a la casa de la peticionaria se comprobó que ya había reconectado el servicio por sus propios medios. No sin antes advertir que en aquellos casos en que por circunstancias probadas e imprevistas las personas no puedan cumplir con el pago de sus obligaciones con las empresas de servicios públicos, y los domicilios correspondientes se encuentren habitados por niños; lo que procede es una modificación de la forma como se suministra el servicio, de tal manera que se garanticen cantidades mínimas básicas de agua que les permitan vivir dignamente.

Esta es sin duda una sentencia trascendental que se enfrenta al diario conflicto colombiano entre las inagotables necesidades de la población vulnerable, su imposibilidad de costear muchos de sus servicios básicos y el imperativo constitucional de protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

#### F) Autos Seguimiento Política de atención población en situación de desplazamiento

En la Sentencia T-025/2004 la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional por la grave situación en que se encontraba la población afectada por el desplazamiento forzado. En esa Sentencia la Corte decretó unas órdenes para la atención de los desplazados y dictó las pautas para la reformulación e implementación de la política pública dirigida a esta población vulnerable. Con este fallo fueron dictadas dos clases de órdenes: órdenes concretas, que tenían como propósito hacer frente a la situación de las personas que acudieron a la acción de tutela como mecanismo para proteger sus derechos, y otro grupo cons-

tituido por órdenes complejas, dirigidas a corregir las falencias de la política pública de atención a la población desplazada que habían dado lugar a un «estado de cosas inconstitucional».

De manera novedosa, con posterioridad a la Sentencia T-025/2004 la Corte se ha declarado competente para verificar el cumplimiento de las órdenes complejas que fueron proferidas en su decisión. Al hacer esto, ha seguido el ejemplo de jueces de otros países, como India y Sudáfrica, que se han involucrado en la supervisión del cumplimiento de las órdenes proferidas en sus sentencias<sup>20</sup>. Uno de los mecanismos a través de los cuales se adelanta el proceso de seguimiento es la adopción de los denominados «autos de seguimiento», que tienen como propósito hacer una valoración del grado de cumplimiento por parte de las autoridades estatales de las órdenes complejas de la Corte. A través de los autos de seguimiento la Corte no sólo ha reiterado las órdenes impartidas en la Sentencia T-025/2004, sino que también imparte nuevas órdenes, cuando encuentra que ellas son necesarias y urgentes para proteger los derechos de la población en situación de desplazamiento<sup>21</sup>.

En el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de la T-025/2004, la Corte organizó durante el año 2008 y 2009 una serie de audiencias en las cuales comparecieron los Ministros de gobierno, los Directores de departamentos administrativos y los funcionarios de Acción Social, para presentar a la Corte los informes en materia de avances y dificultades para superar el estado de cosas inconstitucional en desplazamiento forzado. Con el mismo objetivo fueron organizadas unas audiencias regionales con autoridades locales y voceros de los desplazados. El balance de la evaluación hecha por la Corte quedó consignado en autos que se proferieron iniciando el año 2009. De esta forma se pone en evidencia que aunque el mayor trabajo de la Corte Constitucional se refleja en sus sentencias, también existen otro tipo de providencias que son muy importantes y cuya

---

<sup>20</sup> En el caso de Estados Unidos, la supervisión ha sido empleada por la Corte Suprema para los casos de segregación racial de las escuelas y de condiciones de detención en los establecimientos de reclusión, mientras que en el caso de India esto se ha dado frente al trabajo infantil y a las condiciones de reclusión. Por su parte, la Corte Suprema de Canadá ha retenido la competencia para supervisar el cumplimiento de algunos fallos, como p. ej. la construcción de escuelas para las minorías lingüísticas. Al respecto, *cfr.* Roach KENT, «The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights», en Langford MALCOLM (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 51 y 54.

<sup>21</sup> Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, hoy en día Colombia cuenta con más de tres millones de personas desplazadas que habitan al interior de su territorio. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, UNHCR, julio de 2009, disponible en: <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>.

función tiene efectos innegables para la protección de los derechos humanos y del orden constitucional.

Los autos de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento proferidos por la Corte en el 2009 fueron identificados con los números 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 266 y 314. Todos ellos declaran que el Estado colombiano incumplió las órdenes proferidas por el Tribunal Constitucional para superar la grave situación de la población desplazada y en esas providencias la Corte reitera al gobierno nacional la vigencia de todas las ordenes de la Sentencia T-025/2004 y lo requiere para que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a las mismas.

De los autos de seguimiento adoptados en 2009 nos referiremos de manera breve a cuatro, que evalúan la respuesta del Estado en dos aspectos específicos. El primero de ellos es el auto 008/2009, en el cual la Corte considera que pese a los avances frente a determinados aspectos (por ejemplo, frente a la cobertura en salud y en la garantía del derecho a la educación), el Estado sigue incumplimiento su deber de respetar y garantizar los derechos de la población que se encuentra en situación de desplazamiento (con especial afectación a algunos derechos, como los derechos a la verdad, la justicia y la reparación). Esto se debe, según la Corte, a la persistencia de problemas estructurales en la política pública de atención a la población desplazada, como por ejemplo la coordinación entre las autoridades de los niveles central y regional; la claridad en cuanto a las responsabilidades en la atención de esa población, entre otros. En consecuencia, declaró que no se había superado el estado de cosas inconstitucional verificado en la sentencia T-025/2004, ordenó reformular algunas políticas públicas en las que encontró deficiencias (como la de tierras y la de vivienda), y fijó como fecha límite para la superación del estado de cosas inconstitucional el 1 de julio de 2010.

Los otros tres autos de seguimiento que mencionaremos comparten un tema central: todos ellos apuntaron a evaluar el cumplimiento del Estado del deber de brindar atención especial a ciertas personas en situación de desplazamiento. Según la Corte Constitucional, dicho deber se desprende de las normas constitucionales que otorgan una protección reforzada (presupuesto jurídico) y de la afectación desproporcionada que el desplazamiento genera en el disfrute de sus derechos (presupuesto fáctico).

Los pronunciamientos a los que nos referimos son los autos 004, sobre pueblos indígenas; 005, sobre comunidades afro descendientes; y 006, sobre personas en situación de discapacidad, todos ellos de 2009<sup>22</sup>. La Corte concluye que la política pública de atención y prevención del des-

---

<sup>22</sup> Antes de estos dos autos, la Corte había estudiado la situación de las mujeres, y de los niños, niñas y adolescentes, afectados por el desplazamiento forzado. Ver, respectivamente, autos 092/2008 y 251/2008.

plazamiento forzado no incorpora un enfoque diferenciado adecuado a favor de estos tres grupos. Por lo tanto, ordena al Estado que adopte sendos programas que tengan como propósito reparar tal falencia. Tales programas deben cumplir una serie de lineamientos fijados por la Corte, y su adopción e implementación será verificado por la Corte en posteriores autos de seguimiento.

Estos pronunciamientos y acciones de la Corte Constitucional pueden ser interpretados como una amenaza al principio de separación de poderes. Sin embargo, no ha sido así ya que tanto el gobierno como la Corte han entendido que se trata del ejercicio independiente y legítimo del poder judicial de proteger los derechos fundamentales de un grupo poblacional vulnerable, y que tanto las audiencias de rendición de cuentas como las órdenes proferidas, hacen parte del desarrollo del mandato constitucional de colaboración armónica entre los poderes y de la función constitucional de los jueces en el marco del Estado social de derecho.

## 2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Los estados de excepción son escenarios de crisis, en los que se presentan condiciones especiales, que hacen necesario otorgar mayores facultades al poder ejecutivo, con el fin de que tome las medidas necesarias para superarlos. La índole de las condiciones, configura un estado de excepción en particular, y a cada uno de éstos corresponde a su vez, un tipo de medidas, una duración y una regulación especial.

En Colombia los estados de excepción existen bajo diferentes denominaciones desde las primeras Constituciones nacionales del siglo XIX<sup>23</sup>. El «estado de sitio» establecido en el artículo 121 de la Constitución de 1886<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> La Constitución Política de 1821 establecía en el artículo 128 poderes excepcionales para el Presidente de la República, cuando en todo el territorio o en una parte del mismo, se presentaran situaciones de conmoción interior a mano armada, amenaza a la seguridad pública o invasión exterior. La Constitución de 1832 establece los mismos poderes en el artículo 108.

<sup>24</sup> Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo, que dentro de dichos límites dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.

es, quizás, el más recordado en la historia nacional; ya que la mayor parte del siglo XX el país vivió bajo esa situación de anormalidad, y una gran cantidad de normas —algunas todavía vigentes— fueron expedidas por el Presidente de la República, mediante Decretos promulgados en virtud de los poderes excepcionales que ese estado le otorgaba.

La Constitución de 1991 estableció tres tipos de estados de excepción. El estado de guerra exterior (artículo 212), la conmoción interior (artículo 213) y la emergencia económica, social y ecológica (artículo 215). El nuevo régimen constitucional y legal<sup>25</sup> de los estados de excepción, se caracteriza por su carácter reglado, por la limitación de cada una de las hipótesis que permiten decretarlos y, de los poderes que se otorgan al Presidente de la República para superarlos.

Dentro del régimen de control a los estados de excepción se encuentra la intervención de la Corte Constitucional. Una de las funciones de la Corte de acuerdo con la Constitución Política de 1991, es la decisión sobre la constitucionalidad de los decretos que dicte el gobierno con fundamento en los estados de excepción (artículo 241.7). Al mismo tiempo, el gobierno tiene el mandato constitucional de enviar a la Corte Constitucional los decretos legislativos que profiera en uso de las facultades excepcionales, dentro del día siguiente a la expedición (artículo 214.6). En caso de que el gobierno incumpla ese deber, la Corte puede conocer de oficio la constitucionalidad de los decretos mencionados (parágrafo del artículo 215).

Durante el año 2009, la Corte se pronunció respecto de dos estados de excepción decretados por el gobierno nacional a finales del año 2008. En la Sentencia C-070/2009 la Corte declaró la inexecutable del Decreto 3929 de 2008 por medio del cual el gobierno declaró el estado de conmoción interior; y en la Sentencia C-135/2009, la Corte declaró la exequibilidad del Decreto 4333 de 2008 por medio del cual el gobierno declaró el estado de emergencia social.

Este acápite de la crónica jurisprudencial del año 2009, tiene por objeto analizar las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en el estudio de la constitucionalidad de los dos estados de excepción mencionados. Hemos dividido este título en dos partes, una sobre la jurisprudencia general de los estados de excepción; y una concreta, en la que se analizará cada estado de excepción por separado, el contexto en el que fue decretado y los argumentos que hicieron parte de la motivación de la decisión de la Corte Constitucional.

---

<sup>25</sup> La Ley Estatutaria 137 de 1994 desarrolla el régimen de los estados de excepción en Colombia.

## A) Jurisprudencia general sobre estados de excepción

Las sentencias C-070 y C-039 de 2009 recogen los planteamientos de la jurisprudencia constitucional sobre i) el tipo de control que realiza la Corte sobre los estados de excepción, ii) el ámbito sobre el cual recae el control, iii) los principios generales de los estados de excepción, iv) los límites a los poderes excepcionales del Presidente de la República y, v) los límites a la restricción o suspensión de derechos bajo estados de excepción. A esto hemos denominado régimen general de los estados de excepción.

En primer lugar, la Corte reconoce que el constituyente de 1991 estableció un sistema dual de control sobre los estados de excepción. De una parte, un control de carácter político realizado por el Congreso de la República, que se hace con base en juicios de conveniencia y que busca la responsabilidad política del Presidente de la República y de los ministros; y un control jurídico realizado por la Corte Constitucional.

El control jurídico que hace la Corte se caracteriza por ser una confrontación objetiva entre las razones que llevaron al gobierno a decretar el estado de excepción y las normas jurídicas que los regulan, es decir, se confrontan los actos jurídicos del gobierno con la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los estados de excepción. Ninguna de las consideraciones de la Corte puede estar por fuera de este marco normativo, y mucho menos, incluir aspectos subjetivos o de conveniencia nacional.

La amplitud del control que realiza la Corte está determinada por el ámbito de las actuaciones sobre las que puede recaer. Las dos sentencias del año 2009, consolidan la jurisprudencia en el sentido de reconocer la competencia de la Corte para examinar la constitucionalidad de los actos jurídicos producidos desde el inicio y hasta el final del estado de excepción. De esa manera el control que hace la Corte comprende el decreto que declara el estado de excepción, los decretos que se adoptan en vigencia del estado de excepción y los decretos que prorrogan los estados de excepción.

Respecto de los mencionados actos jurídicos, la Corte amplió su competencia, para conocer incluso de los decretos que han sido derogados y aquellos que han expirado. La Corte considera que declararse incompetente para estudiar decretos que no se encuentran vigentes por expiración o derogación, sería crear un mecanismo para que el gobierno eluda el control jurídico del estado de excepción, mediante el establecimiento de períodos de vigencia cortos o derogando los decretos antes de que sean estudiados por la Corte.

De otra parte, la Corte caracteriza su labor como un control *automáti-*

co, lo que quiere decir que no necesita demanda ciudadana, sino que la Corte activa su competencia, bien porque el gobierno le haya enviado el decreto respectivo, o de manera oficiosa, cuando se ha omitido este deber. Es un control definitivo, que no permite que una vez declarada la exequibilidad de alguno de los decretos, éstos vuelvan a ser demandados. Es un control integral, que implica el estudio de todos los requisitos constitucionales para la validez de los decretos, y finalmente, es un control participativo, que prevé la intervención del Procurador General de la Nación y de los ciudadanos.

Establecidos los parámetros de control, la Corte ha definido los cinco principios que hacen parte del régimen general de los estados de excepción. En primer lugar, el principio de necesidad, que implica que los estados de excepción deben atender a situaciones realmente graves, en las que se ponga en peligro la vida de la Nación, y en los cuales la utilización de los poderes ordinarios sea inocua para atender a esas circunstancias excepcionales. El principio de proporcionalidad, que es entendido como la relación existente entre la situación que motiva el estado de excepción y las medidas que toma el gobierno para superarlo. La temporalidad, que implica el establecimiento de un periodo de excepcionalidad y en todo caso, el respeto por los límites que la Constitución establece para cada estado de excepción. Este principio cumple dos funciones a la vez, de un lado, pone una meta para que el gobierno conjure la crisis y de otro, asegura a los ciudadanos la vigencia de la excepcionalidad.

El cuarto principio es el de legalidad, que se refiere a la sujeción del gobierno al derecho interno, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. El quinto principio es la publicidad, que permite a los ciudadanos conocer las razones que llevaron a declarar la excepcionalidad y las medidas que el gobierno piensa decretar para superarlo.

La Corte desarrolla el régimen general de los estados de excepción estableciendo los límites a las facultades y medidas que el gobierno puede adoptar en el marco de la excepcionalidad. La Corte reconoce que está en presencia de una facultad del Presidente de la República, sin embargo, aclara que se trata de un poder reglado, por lo cual está sujeto a requisitos formales y a límites materiales y temporales; los que permiten determinar su legitimidad y evitan el uso indiscriminado de los mismos.

Los requisitos formales establecen que el Decreto mediante el cual el Presidente de la República declara el estado de excepción, debe estar firmado por todos los ministros, incluir una parte motiva en la que se describan las circunstancias que lo motivan y, que defina el ámbito territorial en el cual se declara el estado de excepción.

Los límites materiales a los estados de excepción están relacionados

con las medidas que el Presidente puede tomar y especialmente, con la limitación de los derechos y garantías fundamentales. En este aspecto la Corte es enfática en determinar, en primer lugar, que lo permitido es la suspensión de los derechos y no la restricción o negación absoluta de los mismos. Además, para la Corte existen unos derechos intangibles que no se pueden suspender, limitar ni restringir, ni siquiera bajo los estados de excepción. La determinación de los derechos intangibles debe hacerse acudiendo, de acuerdo con la Corte, a los tratados de derechos humanos, al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 27 de la Convención Americana de derechos humanos y al artículo 4 de la Ley Estatutaria de los estados de excepción<sup>26</sup>.

Pese a que un derecho no se encuentre dentro de aquellos considerados intangibles, la posibilidad de limitarlo sigue siendo reglada. En aquellos casos en que el gobierno pretenda limitar o suspender alguno de éstos, debe superar un *test* que incluye i) la demostración de la necesidad de la medida, ii) la prueba de que se respeta el núcleo esencial del derecho, iii) que se argumente sobre los motivos o causas de la limitación y, iv) que el grado de la restricción sea el menor posible.

Además, la Corte hace dos precisiones sobre la imposibilidad de suspender las normas del derecho internacional humanitario en los estados de excepción y la prohibición de que la justicia militar se ocupe del conocimiento de causas civiles. La primera implica que por más graves que sean las circunstancias que motiven la excepcionalidad, deben en todo caso respetarse las reglas del DIH; y la segunda, tiene un origen histórico en el constitucionalismo latinoamericano, en el que las dictaduras trasladaron el conocimiento de las causas de los civiles a la justicia militar para asegurar la condena de ciertos individuos, por esa razón la Constitución prohíbe de manera expresa este tipo de determinaciones.

Finalmente, existe un límite temporal para los estados de excepción de conmoción interior y de emergencia económica. No es un límite general sino que obedece a la naturaleza de cada tipo de excepcionalidad. En el caso de la conmoción interior, ésta no puede ser decretada por un término superior a los noventa días y puede ser prorrogable por dos periodos adi-

---

<sup>26</sup> El artículo 4 de la ley 137 de 1994 establece que son intangibles los siguientes derechos: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles y el derecho al habeas corpus.

cionales de noventa días cada uno. La emergencia económica puede ser decretada por periodos máximos de treinta días y en ningún caso puede superar los noventa días. Por su naturaleza, para el estado de guerra exterior no se prevé una duración máxima. En todo caso, el gobierno puede hacer una declaración que implique un término menor al establecido por la Constitución.

Es de esta forma que la Corte desarrolló y precisó los requisitos generales constitucionales y legales de los estados de excepción. A continuación reseñaremos los dos estados de excepción que fueron objeto de las sentencias mencionadas, analizando los requisitos o presupuestos concretos para su declaratoria, los límites concretos a las medidas adoptables y en el caso de la emergencia económica, su tipología.

## B) Conmoción interior

El 2 de septiembre del año 2008 los trabajadores de la rama judicial —jueces y fiscales— iniciaron un cese de actividades para reclamar del gobierno nacional atención a sus solicitudes de mejorar la remuneración, estabilidad laboral, aumento de personal para evitar la congestión judicial, establecimiento de una carrera judicial y seguridad ante las constantes amenazas y homicidios a trabajadores de la justicia. La situación de anormalidad se prolongó por más de cuarenta días, durante la cual se interrumpieron todas las labores en los despachos judiciales del país, con excepción de las altas Cortes.

Ante esta situación, el gobierno nacional expidió el Decreto 3929 de 2008 por medio del cual decretó el estado de conmoción interior, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-070/2009. En este pronunciamiento, la Corte concluye que aunque el Decreto cumplió con todos los requisitos formales, el gobierno nacional se limitó a afirmar que no tenía poderes suficientes para afrontar el paro en la rama judicial, sin cumplir con la carga mínima de argumentar acerca de tal insuficiencia, y que por esa razón, se trató de un acto arbitrario que violó la Constitución, los tratados y la ley estatutaria de los estados de excepción. Para llegar a esa decisión la Corte tiene dos ejes argumentativos, de un lado, la concreción de los presupuestos para declarar la conmoción interior y de otro, los límites a los poderes del gobierno en los estados de conmoción interior.

En su primer eje de argumentación, la Corte Constitucional consideró que toda declaratoria de estado de conmoción interior tiene que estar precedida de un conjunto de condiciones y valoraciones que sustenten su legitimidad, las que agrupó de tres formas: los presupuestos fácticos, los

presupuestos valorativos y el juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias.

El presupuesto fáctico consiste en la determinación que debe hacer el gobierno de los hechos que motivan el estado de conmoción. En este punto, el gobierno debe verificar la existencia real de los hechos y que la entidad de los mismos sea tan grave, que permitan concluir de manera tangible, la existencia de una alteración de las condiciones de «seguridad y tranquilidad» necesarias para que en la sociedad se puedan ejercer plenamente los derechos. El presupuesto valorativo, implica un proceso mediante el cual el gobierno evalúa las consecuencias que esos hechos proyectan sobre la estabilidad institucional, el orden público, la convivencia ciudadana o la seguridad del Estado. Y en tercer lugar, el gobierno debe demostrar argumentativamente que los poderes constitucionales y legales que le han sido atribuidos, son evidentemente insuficientes para adoptar los correctivos necesarios para la superación de la situación presentada y para evitar la materialización de las consecuencias previstas.

Sólo la superación de estas tres etapas, permitirá a la Corte Constitucional avalar la declaratoria de un estado de conmoción interior. Sin embargo, aunque la Corte considere legítima la declaratoria de conmoción interior, el gobierno se encuentra limitado en las facultades y medidas que puede adoptar por cuatro aspectos: i) los bienes jurídicos protegidos, ii) la necesidad de las medidas, iii) la conexidad de las medidas y, iv) la superación de un *test* de proporcionalidad.

En primer lugar, la Corte establece que los bienes protegidos por la declaratoria de conmoción interior son cuatro: la integridad territorial, la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana. Si una situación muy grave, no tiene la potencialidad para afectar uno de estos bienes jurídicos, no podrá ser decretado el estado de conmoción interior.

En segundo lugar, las medidas que el gobierno tome deben ser las «estrictamente necesarias» para atacar directamente las causas de la situación de perturbación o para impedir la materialización de las consecuencias de la misma<sup>27</sup>. En el mismo sentido, todos los actos jurídicos que expida el gobierno deben estar en relación directa con esas situaciones, y no deben ser aprovechados para regular otras materias que no tengan conexión material con la crisis<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> En el proceso la Corte comprobó que el gobierno había tomado medidas para evitar la congestión judicial, que aunque se había agravado con el paro de los trabajadores de la rama judicial, se trata de un problema histórico de la justicia en Colombia y no de un hecho nuevo, que requiere medidas permanentes y no una legislación excepcional para superarlo.

<sup>28</sup> En este caso la Corte comprobó que el gobierno aprovechó el estado de conmoción interior para reformar el Código de Procedimiento Civil y otras materias que no tenían conexión con las causas de la excepcionalidad.

Finalmente, la Corte hace un *test* complejo de proporcionalidad, en el que examina que las atribuciones presidenciales hayan sido ejercidas respetando los derechos constitucionales y especialmente, que el Presidente no haya excedido el límite de lo razonable en las determinaciones para conjurar el estado de excepción.

El análisis que hemos hecho de las consideraciones de la Corte Constitucional en el estudio del estado de conmoción interior, nos lleva a hacer una observación sobre las mismas. Aunque la Corte es enfática en resaltar el carácter jurídico y objetivo del control que realiza, la lectura de sus argumentos permite entrever que los límites entre un control jurídico y un control político son tenues. Resulta difícil pensar que los juicios que hace la Corte sobre la gravedad de los hechos y la pertinencia de las medidas, se realizan como una simple confrontación entre el derecho y los hechos que aquel determina, los cuales en muchos casos, tienden a la idea de lo que podría llamarse «conveniencia constitucional» de un estado de excepción y «pertinencia constitucional» de las medidas para afrontarlo.

A esta crítica podría responderse que la labor de la Corte es una respuesta institucional a la debilidad del control político que hace el Congreso de la República, ante la declaratoria de estados de excepción, sin embargo, y aunque eso fuera cierto, consideramos que la jurisprudencia futura de la Corte debe preocuparse por ahondar en los límites a su control y por establecer una clara diferencia con el control político.

### C) Emergencia Social

Durante el año 2008 en algunas regiones del país se presentó la captación masiva y no autorizada de dineros del público, por parte de particulares que prometían a los ciudadanos múltiples beneficios y altos rendimientos económicos. Aunque muchas de la captadoras cumplieron con sus compromisos y promesas, otras defraudaron a los ciudadanos y en muchos casos, fueron utilizadas para estafas, engaños y para hurtar el dinero recaudado.

Ante los problemas de orden público y la presión del sistema financiero, el gobierno nacional decretó el estado de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-135/2009. En esta providencia, la Corte concluyó que la gravedad de los hechos, su carácter sobreviniente y los efectos perturbadores que podían tener para el orden económico y social, le otorgaban legitimidad constitucional a la decisión del ejecutivo.

La Corte llega a esa conclusión luego de estudiar las diferentes modalidades de emergencia que se pueden presentar de acuerdo con el texto del

artículo 215 de la Constitución Política; los presupuestos concretos para declarar un estado de emergencia social; y los límites a las medidas que puede tomar el ejecutivo bajo este estado de excepción. Esos tres ejes argumentativos serán analizados en esta parte de la reseña.

Una primera creación de la Corte es la idea de que el artículo 215 de la Constitución no estableció un único estado de excepción denominado «emergencia económica, social y ecológica», sino que el artículo mencionado permite la declaratoria de cuatro tipos de estados de excepción: i) la emergencia económica, ii) la emergencia social, iii) la emergencia ecológica y, iv) la emergencia por calamidad pública. El primero se decretará cuando los hechos perturbadores recaigan sobre el orden económico, el segundo, cuando se trate de un alteración al orden social, el tercero, cuando los hechos repercutan en la ecología y el último, cuando sobrevenga una catástrofe.

Además de haber dividido en cuatro lo que la Constitución establece como uno sólo, la Corte afirma que esta tipología no es excluyente y por tal razón, es susceptible de ser combinada de todas las formas posibles. Es decir, que del artículo 215 de la Constitución derivan veinticuatro opciones de estados de excepción, dependiendo de la entidad de los hechos y de sus consecuencias sobre el orden social, económico, ecológico o de que constituyan una calamidad pública.

Una crítica a esta tipología hecha por la Corte es que no sólo genera dudas desde el punto de vista de la interpretación constitucional, sino que es evidentemente inconveniente. En primer lugar, se insiste en que la idea del constituyente fue establecer un solo estado de excepción que permita al gobierno una amplia valoración de los hechos y escoger dentro de un amplio catálogo de medidas, las adecuadas para superarlo. En segundo lugar, la realidad demuestra que en muchas las veces, resulta de la mayor dificultad valorar si un hecho afecta solamente el orden económico o el orden ecológico, o los dos al tiempo, o ese mismo hecho es una calamidad pública o no; situación que pondrá en aprietos al ejecutivo al momento de declarar uno de estos estados de excepción. En tercer lugar, aunque podría proponerse que el ejecutivo siempre decrete un estado de excepción comprensivo de todas las hipótesis, éste podría ser declarado inexecutable por ausencia de motivos reales para declararlo; y proponer lo contrario, es decir, que el ejecutivo siempre se restrinja a escoger la hipótesis que más se adecua a los hechos, conduciría a que esa decisión lo límite posteriormente respecto de las medidas que puede tomar, o que éstas resulten realmente insuficientes para superar la crisis.

Ante esa situación la Corte debe en el futuro adoptar una de estas dos opciones. Definir con claridad los hechos, hipótesis y causas de cada una de las modalidades que creó o, y así lo creemos mejor, modificar su pre-

cedente en el sentido de establecer un solo estado de excepción, y hacer control de la medidas que tome el gobierno en cada uno de éstos, de acuerdo con el criterio de conexidad, que le permitirá valorar si se dirigen a superar los hechos que originaron la excepcionalidad.

Respecto de los presupuestos concretos para la declaratoria de un estado de excepción por emergencia social, la Corte estableció tres reglas. La primera de ellas es que los hechos que motivan el estado de excepción sean distintos a aquellos que podrían generar un estado de guerra o de conmoción interior; la segunda es que los hechos tengan el carácter de sobrevinientes y la tercera, que se demuestre la afectación del orden económico, social, ecológico o la materialización de una calamidad pública.

Aunque la primera es una regla que parece evidente y carente de utilidad, debemos decir que podría ser interpretada en el sentido de que la Corte ha establecido una subregla<sup>29</sup> de preferencia; de tal forma, que en caso de que se presente duda entre uno de los estados de excepción de conmoción interior o guerra exterior y el estado de emergencia, el ejecutivo debe declarar aquellos y no éste. La segunda y la tercera regla no merecen un mayor comentario, ya que son una aplicación del régimen general de los estados de excepción.

Finalmente, dentro de los límites que se imponen al ejecutivo en materia de limitación de derechos y garantías fundamentales, además de la aplicación del régimen general ya comentado; vale la pena destacar que la Corte desarrolló la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, para establecer la prohibición de desmejorar otros derechos no intangibles y los derechos sociales en general.

Se trata de una aplicación tanto de la jurisprudencia constitucional que superó la distinción entre derechos fundamentales y derechos sociales, como la del bloque de constitucionalidad, especialmente de la Convención Americana de derechos humanos y del Protocolo de San Salvador, que permite extender la condición de intangibilidad a otros derechos no calificados de esta forma por la Ley estatutaria de los estados de excepción.

Las tres formas mediante las cuales se puede llevar a cabo esa extensión son, en primer lugar, demostrando que existe una relación entre el contenido de un derecho considerado intangible con el contenido u objeto de protección de uno no intangible; la segunda, hace intangibles todos aquellos derechos que aunque no estén reconocidos como tales por el derecho interno, lo estén en un tratado ratificado por el Estado colombiano;

<sup>29</sup> El concepto utilizado por la doctrina internacional es el de normas adscritas, sin embargo, en Colombia tanto la jurisprudencia como la doctrina las denominan subreglas. Cfr. Eduardo LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis, 2000. Entre muchas otras, las Sentencias de la Corte Constitucional T-137/ 2003, T-250/2002, T-1091/2002, T-1022/2002, C-580/ 2002, T-340/2002 y T-438/1996.

y en tercer lugar, se extiende la condición de intangibilidad a todas las garantías judiciales que hacen parte del debido proceso legal.

De esta forma quedan expuestos tanto el régimen general como el particular de los estados de excepción de conmoción interior y emergencia social. Queda pendiente en este reseña y en la jurisprudencia constitucional, un desarrollo del estado de guerra exterior, la cual no dudamos en afirmar, esperamos que no se produzca.

#### D) Anotaciones finales

Vale la pena hacer dos anotaciones finales sobre el control de constitucionalidad de los estados de excepción. La primera de ellas sobre la oportunidad del control hecho por la Corte y la segunda, sobre el control de las normas expedidas en desarrollo de la excepcionalidad.

La orden de que el ejecutivo envíe a la Corte Constitucional los decretos al día siguiente de su expedición y de que ante esta omisión, la Corte asuma de oficio su conocimiento; permite concluir que el constituyente previó que el control de constitucionalidad tanto de la declaratoria de estados de excepción, como de las medidas adoptadas, sea hecho de la manera más oportuna, para que la Corte pueda avalarlas o suspenderlas; en el primer caso legitimando sus efectos —que son inmediatos— y en el segundo, evitando que se extiendan efectos que no son constitucionales.

Sin embargo, en la realidad esto no es posible. Aún más, la normalidad es que la Corte se pronuncie cuando ya las medidas han sido suspendidas, han expirado o la excepcionalidad ha sido levantada<sup>30</sup>. Muchas son las razones que justifican este retardo y para hacer justicia con la Corte, debe decirse que sus decisiones tienen vigencia desde el día siguiente al que son comunicadas y no, desde la fecha en que es suscrita la sentencia; lo que sucede mucho tiempo después.

Pese a lo anterior, el ideal es que la Corte se pronuncie con prontitud sobre la declaratoria de un estado de excepción y sobre las medidas expedidas en desarrollo del mismo. Sin duda, esta práctica, además de ajustarse al concepto de control, conduciría a impedir que medidas inconstitucionales rigieran durante algún tiempo.

Finalmente, cabe señalar que el control de las medidas que se expiden en desarrollo de un estado de excepción es hecho por la Corte en senten-

<sup>30</sup> Solo el análisis de las fechas de los dos pronunciamientos que reseñamos respaldan esta afirmación: en el caso de la Sentencia C-070 la fecha de su suscripción es 12 de febrero de 2009 y el Decreto objeto de control fue expedido el 9 de octubre de 2008. La sentencia C-135 fue suscrita el 25 de febrero de 2009 y el Decreto objeto de control fue expedido el 17 de noviembre de 2008.

cias diferentes a las que se pronunciaron sobre la declaratoria. En caso de que el decreto que dio origen a la excepcionalidad sea declarado inexecutable, el control de las demás medidas se limitará a decretar la inexecutable de las mismas, por la inconstitucionalidad de su fundamento jurídico y hará referencia a la sentencia que decretó la inconstitucionalidad del acto de declaratoria.

#### 4. LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE ACTO LEGISLATIVO

El título XIII de la Constitución de 1991 (artículos 374-379) establece los distintos mecanismos de reforma constitucional: acto legislativo; convocatoria a Asamblea Constituyente delegada por el Congreso mediante ley; referendo, aprobatorio o facultativo derogatorio. Sin embargo, en este apartado solo analizaremos las reformas introducidas mediante acto legislativo aprobado por el Congreso de la República, ya que la sentencia de la Corte Constitucional que nos proponemos reseñar (C-588/2009) se ocupó de estudiar una reforma constitucional introducida por este mecanismo.

Los mecanismos de reforma constitucional previstos por los constituyentes de 1991, como lo señala Ramírez Cleves, pretendían ser menos rígidos que el establecido en la Constitución de 1886<sup>31</sup>; y además, expresar los principios de la Constitución de 1991 de participación popular y ejercicio abierto de la democracia<sup>32</sup>.

Desde la Constitución de 1843, se denomina acto legislativo a la reforma ordinaria de la Constitución que es aprobada por el Congreso de la República a través de algunos mecanismos especiales de agravación. La Constitución de 1991 lo reguló en el artículo 375.

Antes de comenzar con el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones sobre este mecanismo de reforma constitucional. En primer lugar, al aprobar los actos legislativos el Congreso de la República se convierte en un órgano de revisión, o un poder constituyente constituido, o un poder constituyente derivado. En cuanto a la iniciativa de la reforma, la Constitución establece que podrán presentar proyectos de acto legislativo el gobierno, 10 miembros del Congreso, el 20% de los concejales y diputados<sup>33</sup>, los ciudadanos en

<sup>31</sup> Artículo 209. «La Constitución podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado en tres debates por el Congreso en la forma ordinaria, transmitido por el Gobierno, para su examen definitivo, a la Legislatura subsiguiente, y por ésta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por dos tercios de los votos en ambas Cámaras».

<sup>32</sup> Gonzalo RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión octubre de 2009, pp. 442 y ss.

<sup>33</sup> El porcentaje de diputados o de concejales que pueden presentar proyectos de reforma se contradice en dos artículos constitucionales. En el artículo 155 se establece que será el 30%,

un número equivalente al menos al 5% del censo electoral; y respecto de materias de su competencia, el Consejo de Estado y el Consejo Nacional Electoral.

Con relación al trámite de la reforma, la Constitución y la Ley 5ª de 1992 establecen que el proyecto de acto legislativo deberá ser publicado en la *Gaceta del Congreso*; posteriormente, se le dará curso en la comisión primera. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. En el primero de ellos, el proyecto de reforma deberá ser aprobado por la mayoría de los asistentes; y en el segundo, se requerirá la mayoría de los miembros de cada Cámara. Entre los debates de Comisión y Pleno no podrá mediar un plazo inferior a 8 días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y el inicio del debate en la otra, deberán transcurrir al menos 15 días.

Hasta aquí, la reforma constitucional vía acto legislativo no presenta mayores dificultades. No obstante, en el momento de establecer si el órgano reformador, en este caso el Congreso de la República tiene o no límites para reformar la Constitución, el panorama deja de estar claro y la intervención del máximo intérprete de la Constitución, la Corte Constitucional, se torna necesaria.

A partir del año 2002, cuando comenzó el primer mandato del Presidente Álvaro Uribe Vélez, el tema de las reformas constitucionales ingresó a la agenda del Congreso de la República y, en consecuencia, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este gobierno, promovió un importante número de reformas constitucionales<sup>34</sup> con el fin de llevar a cabo sus propuestas políticas, y fue así como los posibles límites a las reformas constitucionales mediante acto legislativo tuvieron que ser discutidos por la Corte Constitucional<sup>35</sup>.

Siguiendo la metodología utilizada al estudiar la jurisprudencia constitucional sobre los estados de excepción, este apartado también lo dividiremos, en la primera parte presentaremos los principales aportes jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre los límites competenciales del Congreso de la República para reformar la Constitución vía acto legislativo; y en la segunda parte, se abordará el caso concreto de la reforma introducida mediante el acto legislativo N.º 1 de 2008.

---

mientras en el 375 se señala que será el 20%; por otra parte, la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) estipula que será el 30%. La Corte Constitucional ha interpretado que se debe exigir el porcentaje mayor (39%), además el alto Tribunal señaló que debe entenderse que dicho porcentaje es sólo de concejales o de diputados, no de propuestas combinadas. *Ibid.*, p. 448.

<sup>34</sup> Desde el año 2002 hasta hoy se han aprobado 17 actos legislativos. Cfr. [www.secretaria.senado.gov.co](http://www.secretaria.senado.gov.co)

<sup>35</sup> Gonzalo RAMÍREZ CLEVES, «El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003», en *Revista Derecho del Estado*, N.º 18, junio de 2006, pp. 3 y ss.

## A) Límites competenciales del Congreso de la República para las reformas constitucionales vía actos legislativos

La Constitución de 1991 no cuenta con cláusulas de intangibilidad, lo que podría significar que no existen límites para su modificación<sup>36</sup>. Sin embargo, esa no ha sido la posición de la Corte Constitucional desde el año 2003, fecha a partir de la que se inicia la construcción jurisprudencial en Colombia del concepto de sustitución constitucional.

Ahora bien, antes de abordar el estudio del concepto de sustitución elaborado por la Corte Constitucional, conviene señalar que este tema también ha marcado la jurisprudencia de la Corte en cuanto a sus competencias para ejercer el control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, y en este sentido podemos afirmar, que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se observan dos momentos<sup>37</sup>. En uno de ellos, la Corte consideró que sólo podría ejercer control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales por los vicios de procedimiento<sup>38</sup> que se hubiesen presentado en la formación de dichas reformas<sup>39</sup>; no obstante, a partir del año 2003, se configura otro momento en la jurisprudencia de la Corte, en el que si bien el alto Tribunal no reconoció que estuviese asumiendo un control material de las reformas constitucionales, incluyó

---

<sup>36</sup> Para Ramírez Cleves, si bien es cierto que el texto constitucional carece de cláusulas intangibles, esto no significa que el proceso de reforma constitucional en Colombia no se encuentre reglado y que la ruptura de los principios y valores (Estado social de derecho, democracia participativa, pluralismo, dignidad humana, Estado unitario con autonomía de las entidades territoriales, garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y supremacía constitucional) que sustentan el pacto político que acordó el constituyente en 1991 esté permitida. En su opinión, ya en la jurisprudencia preconstitucional se hablaba de un límite material al poder de reforma referente a la «conservación de la identidad política de la Nación» y en la jurisprudencia de dio apertura al proceso constituyente se habló de limitaciones referentes al mantenimiento de principios que fortalezcan la «democracia participativa». *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión octubre de 2009, pp. 482 y ss.

<sup>37</sup> Gonzalo RAMÍREZ CLEVES, «Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia», en *Revista Derecho del Estado*, N.º 21, diciembre de 2008, pp. 145 y ss.

<sup>38</sup> La Corte clasifica los vicios de procedimiento en subsanables e insubsanables, según la gravedad de la vulneración. Sin embargo, en el momento del análisis de dichos vicios se debe tener presente que la para la Corte el procedimiento no consiste únicamente en seguir cada uno de los pasos establecidos en la ley; sino también, dar cumplimiento al principio democrático y sus subprincipios (publicidad, participación política, protección de las minorías, consecutividad, unidad de materia, identidad, etc.)

<sup>39</sup> Sobre este mismo tema véanse, entre otras, las siguientes sentencias: C-753/1994, C-222/1994, C-222/1997, C-387/1997, C-543/1998, C-487/2002, C-1092/2003, C-313/2004, C-372/2004, C-816/2004, C-332/2005 y C-1053/2005.

dentro de los vicios de forma o de procedimiento la falta de competencia del órgano reformador. Esta nueva tesis la habilitaría para declarar la inconstitucionalidad de una reforma por sustitución de los principios y valores esenciales de la Constitución o los que surgen del bloque de constitucionalidad<sup>40</sup>.

En cuanto al concepto de sustitución, la primera sentencia en la que la Corte acude a este concepto, y por ende reconoce claramente la existencia de límites competenciales para reformar la Constitución, es la C-551/2003<sup>41</sup>. Según la Corte, la noción de vicios de procedimiento no es en sí evidente, y el error que puede generar la inconstitucionalidad de una reforma no sólo se puede presentar durante su trámite sino antes del respectivo procedimiento y afectar al sujeto llamado a llevarlo a cabo; en este caso, se estaría ante un vicio de competencia ya que ésta es un presupuesto de la forma.

Al analizar el sujeto calificado para hacer la reforma, la Corte distingue entre poder constituyente originario (no sometido a límites jurídicos), y poder constituyente derivado (sometido a los límites establecidos en la propia Constitución, condiciones que pueden ser de procedimiento o de competencia del sujeto investido para hacer la reforma). La Corte concluye que según el artículo 374 de la Constitución, el poder constituyente derivado (el Congreso de la República a través de acto legislativo/el pueblo vía referendo) sólo está investido del poder de reforma pero bajo ninguna circunstancia podrá sustituir la Constitución vigente, lo cual sólo podría hacerlo el constituyente originario. Para el alto Tribunal, el hecho de que la Constitución no tenga cláusulas pétreas no significa que el poder constituyente derivado pueda sustituirla, es decir, el carácter insustituible de la Constitución y su intangibilidad son dos temas distintos.

<sup>40</sup> C-551/2003.

<sup>41</sup> Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, por la que se convocaba a un referendo para reformar la Constitución. Mediante esta reforma constitucional, dentro de los múltiples temas que pretendían reformarse se encontraba el periodo de las autoridades territoriales, el cual se buscaba prolongar por un año más. Con ocasión de este tema, la Corte consideró que esa pretendida reforma no implicaba la adopción de una norma abstracta e impersonal, que es lo propio de las normas constitucionales, sino que constituía una medida específicamente dirigida a un grupo particular de gobernantes. Para la Corte, se había presentado un posible quebrantamiento de la Constitución y para su verificación se hacía necesario un *test* de efectividad de la reforma, que se logra al comprobar si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la supuesta reforma, de modo tal que si siguen siendo las mismas entonces no ha existido reforma constitucional sino que se ha encubierto con el ropaje de reforma una decisión política singular. Según la Corte, en este caso las normas sobre el periodo de los funcionarios se mantuvieron intactas en su redacción textual; pese a ello, el periodo de algunos mandatarios se vería coartado y el de otros se prologaría, lo que hubiese logrado despojar a unos funcionarios de sus cargos pero de forma singular.

Para la Corte, al momento de determinar si se presenta o no una sustitución se deben tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene y también aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad; no para revisar el contenido material de la reforma, ya que la Corte carece de competencia para ello, sino para revisar si dichos principios y valores son opuestos integralmente o diferentes a los nuevos; y por tanto, incompatibles. A juicio de la Corte, la sustitución constitucional puede ser total o parcial, la primera se verifica cuando la Constitución como un todo es reemplazada por otra; y la segunda, cuando un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente. A título de ejemplo, la Corte señala que un cambio en la forma de organización política, introducido por el constituyente derivado, como por ejemplo, un cambio de república por monarquía o de democracia por dictadura, constituiría una clara sustitución constitucional<sup>42</sup>.

Unos meses más tarde, en la sentencia C-1200/2003<sup>43</sup>, la Corte reitera la jurisprudencia anterior y extiende sus efectos a las reformas constitucionales introducidas por el Congreso de la República vía acto legislativo. Las novedades introducidas por la Corte en esta sentencia, respecto del fallo anterior, pueden resumirse así: i) se establece como requisito adicional para las demandas de inconstitucionalidad por sustitución, la obligación del demandante de formular claramente el cargo de sustitución, so pena de que la Corte se declare inhibida para conocer el caso; ii) la sustitución se puede presentar debido a una reforma parcial no relevante, y en este caso el poder constituyente derivado sí tendría competencia; por ejemplo, para realizar un cambio en la redacción de la norma que no modifique su contenido esencial, o para introducir un régimen de excepciones debido a nuevas interpretaciones para armonizar derechos o valores enfrentados; iii) diferencias entre el control judicial material y el control judicial por sustitución, la Corte consideró que en esta oportunidad no debía definir las características del control por sustitución, ya que por ineptitud sustantiva de la demanda debía declararse inhibida. Sin embargo, quiso señalar que a través de este tipo de control no se puede anteponer al poder de reforma o revisión supuestos contenidos constitucionales inmodificables,

---

<sup>42</sup> Resulta importante precisar que esta jurisprudencia acerca de los límites competenciales para sustituir la Constitución, en principio se aplicaría únicamente a las reformas constitucionales vía referendo, pues la Corte, en estricto sentido, sólo se pronunció sobre este mecanismo de reforma, que correspondía al caso que debía estudiar en ese momento.

<sup>43</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo N.º 3 de 2002, por el que se implantó el sistema penal acusatorio. Mediante este acto legislativo, ante la omisión del legislador de regular esta materia, se habilitaba al Congreso de la República a otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para reglamentar, en un plazo de dos meses, el sistema penal acusatorio, quedando el Presidente investido de facultades para modificar y adicionar códigos y leyes estatutarias.

ya que la Constitución carece que contenidos intangibles y esto podría llevar a la petrificación constitucional o al subjetivismo judicial.

El año siguiente, la Corte se pronuncia en tres oportunidades sobre el tema. En una primera sentencia, la C-572/2004<sup>44</sup>, la Corte se declara inhihida debido a una formulación inadecuada del cargo de sustitución; sin embargo, vale la pena resaltar que en la aclaración de voto del Magistrado Uprimny Escobar se propone diferenciar los grados de competencia del poder de reforma según el mecanismo de reforma que se utilice. Cuando se trate de una reforma vía acto legislativo, no podría alterarse la estructura básica de la Constitución; cuando se trate de reformas vía referendo, ya que hubo participación ciudadana directa, se podrán admitir sustituciones parciales; en cambio, cuando se trate de reformas constitucionales aprobadas por una Asamblea Nacional Constituyente convocada con poderes absolutos, la Corte carecerá de competencia para ejercer un control por sustitución.

Posteriormente, en la sentencia C-970/2004<sup>45</sup>, la Corte confirma la jurisprudencia anterior e intenta hacer una clasificación para diferenciar los términos de intangibilidad, sustitución, alteración e insustituibilidad; no obstante, dicho esfuerzo resultó vano al crear una clasificación bastante confusa y sin efectos prácticos claros.

Más adelante, en la sentencia C-971 de ese mismo año<sup>46</sup>, la Corte sigue la línea jurisprudencial construida hasta entonces, ratifica especialmente lo dicho en la C-1200/ 2003<sup>47</sup>, y aporta los siguientes elementos: i) diferencias entre alterar y sustituir, para el primer evento sí está habilitado el constituyente derivado, puesto que la alteración de un principio constitucional no es lo mismo que la sustitución de un elemento definitorio de la Constitución<sup>48</sup>; y ii) elaboración un *test* de sustitución a partir de: una premisa mayor (el estudio de los preceptos constitucionales que se consi-

---

<sup>44</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo N.º 01 de 2003, por el que se aprobó una reforma política.

<sup>45</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 4º del acto legislativo N.º 3 de 2002, por el que se habilita al Congreso de la República para investir de facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, frente a una omisión legislativa, éste pueda reglamentar el sistema penal acusatorio, modificar y adicionar códigos y leyes estatutarias. Este tema ya había sometido a estudio de la Corte, pero esta se había declarado inhihida, por inepta demanda, mediante la sentencia C-572/ 2004.

<sup>46</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo transitorio del artículo 3º del acto legislativo N.º 1 de 2003, por el que se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones.

<sup>47</sup> Hay que señalar que en ambos fallos el Magistrado ponente es el mismo, Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>48</sup> Consideramos que la Corte nuevamente incurre en distinciones excesivas que no contribuyen a diferenciar el control por sustitución del control por reforma.

deren vulnerados); una premisa menor (el estudio del acto demandado a la luz de los preceptos que se consideran vulnerados); para finalizar con la respuesta acerca de si la norma acusada sustituye o no la Constitución vigente.

En el año 2005, la Corte por primera vez declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo por sustitución constitucional. En la sentencia C-1040/2005<sup>49</sup> la Corte repite su jurisprudencia respecto de la necesidad de que las reformas constituciones sean expresas, es decir, que modifiquen, afecten o contradigan los textos preexistentes; y, en ese entendido, los meros cambios en la redacción de las normas que no impliquen una verdadera modificación no podrán ser calificados como reformas. En cuanto a la teoría de la sustitución, la Corte sigue sosteniendo que se trata de un vicio de procedimiento que se verifica por falta de competencia del órgano reformador<sup>50</sup>.

Al llegar al final de este recorrido jurisprudencial debemos señalar tres cosas. En primer lugar, entre los años 2005 y 2009, año en que se produce el fallo cuyo análisis será objeto de las páginas siguientes, la Corte Constitucional ha recibido varias demandas de inconstitucionalidad por sustitución, en algunas ocasiones ha rechazado los cargos y en otras, se ha declarado inhibida por ineptitud de las demandas<sup>51</sup>.

Por otra parte, podemos concluir que pese a los esfuerzos de la Corte Constitucional por construir y consolidar una teoría acerca de la sustitución constitucional, hoy en día no se puede deducir con absoluta claridad de la jurisprudencia de la Corte, cuáles son todos los ejes definitorios o principios estructurales de la Constitución, cuáles son los principios estructurales que se derivan del bloque de constitucionalidad, y cuáles son todos los parámetros o criterios para diferenciar con certeza una reforma constitucional de una verdadera sustitución.

Por último, cabe señalar que recientemente se ha producido un fallo de la Corte Constitucional, Sentencia C-141/2010, que vuelve sobre el tema de la sustitución constitucional, con ocasión del control previo sobre

---

<sup>49</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo No 2 de 2004, por el que se reforman varios artículos de la Constitución Política (127, 152, 197 y 204). La Corte consideró que la potestad que preveía la norma demandada, según la cual si el Congreso de la República no aprobaba la Ley de Garantías electorales, o de ser aprobada ésta fuese declarada inconstitucional, el Consejo de Estado estaría legitimado para regular la materia, era inconstitucional; y por lo tanto, se había producido una sustitución parcial de la Constitución al vulnerarse los principios de separación de poderes y supremacía constitucional.

<sup>50</sup> Este fallo contó con un salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto, quien considera que la tesis de los límites competenciales para revisar las reformas en su contenido no encuentra sustento en la Constitución.

<sup>51</sup> En este sentido véanse, entre otras, las siguientes sentencias: C-181/2006, C-472/2006, C-986/2006, C-153/2007, C-293/2007, C-757/ 2008, C-803/2008.

la Ley 1354 de 2009, por la que se convocaba a un referendo constitucional. La trascendencia jurídica y política de esta sentencia es innegable, ya que con ella la Corte cerró las puertas a una nueva reelección presidencial. Debido a que este fallo aún no ha sido publicado por la Corte, y que de éste sólo se conoce un comunicado de prensa del alto Tribunal, esperamos poder analizarlo en el próximo número de este Anuario.

## B) El acto legislativo N.º 1 de 2008

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (Constitución Política artículo 241) un ciudadano demandó el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2008, por medio del cual se adicionaba el artículo 125<sup>52</sup> de la Constitución Política.

El texto de la norma demandada es el siguiente:

Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

Parágrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha e la publicación de la Ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraor-

---

<sup>52</sup> El artículo 125 de la Constitución Política en su versión original disponía: «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro de hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso y remoción.

Parágrafo. Adicionado. Acto Legislativo 01 de 2003, art. 6º. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen carácter institucional. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido».

dinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera, para locuaz la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de los previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y de los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

A juicio del demandante, el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ya que el Acto Legislativo demandado no modificó la Constitución, sino que la sustituyó parcialmente, competencia de la que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es titular el constituyente derivado (el Congreso de la República); sino, únicamente, el constituyente primario.

Así mismo, el demandante estimó infringidos los artículos 341.1, 379, 374 y 380 de la Constitución, que imponen límites al poder de reforma constitucional; así como los artículos 125, 40.1, 40.7, 13, 53, 209, 133, 217, 218, 133, 217, 218, 253, 268.10 y 279 que, entre otras materias, se refieren a la carrera administrativa, al derecho a elegir y ser elegido, al derecho de acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, a la igualdad de oportunidades, al estatuto del trabajo, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad de la función pública, a la prevalencia del interés general, al servicio a la comunidad, a la justicia y el bien común y a las carreras especiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto al cargo de sustitución parcial, el demandante sostiene que éste se presenta debido que a que, por medio del Acto Legislativo N.º 1 de 2008 se reemplazaron los elementos previstos originalmente en la Constitución para la institución de la carrera administrativa, por otros nuevos, careciendo de competencia para ello; lo que produjo que un eje definitorio de la identidad de la Carta Política fuese reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, como es la libre disposición de cargos, lo que

sustituye o cambia la concepción filosófica y jurídica que la Constitución de 1991 traía originalmente sobre la materia.

El actor solicita a la Corte que realice un juicio de sustitución sobre el acto legislativo demandado, con base en los parámetros utilizados por la corporación en otras oportunidades, con el fin de establecer si se trató de una simple reforma constitucional o de una sustitución parcial de la misma; y además, de declarar inexecutable el Acto demandado el alto Tribunal modulara su fallo, en el sentido de que la inconstitucionalidad tenga efectos *ex tunc*, es decir, que se invaliden los posibles efectos producidos por la norma en cuestión.

Admitida la demanda, la Corte consideró que el problema jurídico planteado por el actor consistía en determinar si el Acto legislativo acusado, al establecer un derecho a favor de servidores públicos que, provisionalmente o por encargo, desempeñaban cargos de carrera administrativa, sustituye o no la Constitución, y en caso de que la conclusión sea afirmativa, establecer de qué modo y con qué alcance se produce dicha sustitución.

Antes de abordar el caso concreto, la Corte comienza por señalar la importancia de las constituciones escritas en la historia del constitucionalismo y, posteriormente, se remite a las construcciones doctrinales de varios autores<sup>53</sup> para señalar las diferencias conceptuales entre la noción de reforma constitucional<sup>54</sup> y otras figuras que les son próximas, pero que pese a constituir variaciones o modificaciones constitucionales no obedecen a la idea de reformas a la Constitución; como por ejemplo, la mutación constitucional<sup>55</sup>, la supresión<sup>56</sup>, la destrucción o ruptura<sup>57</sup>, el quebrantamiento<sup>58</sup> y la suspensión<sup>59</sup> de la Constitución.

---

<sup>53</sup> La Corte cita autores de varias nacionalidades, valga resaltar, sin un orden lógico y sin hacer ninguna cita sobre las fuentes consultadas. De la doctrina alemana se cita a Jellinek, Loewstein, Hesse, Stern y Schmitt. De la doctrina italiana a De Vergottini y Biscaretti di Ruffia y de la doctrina española a García-Atance, Sagüez y Lucas Verdú.

<sup>54</sup> Para la Corte Constitucional, toda reforma constitucional implica una modificación de la Constitución, pero no toda modificación puede denominarse reforma. Así, por ejemplo, no constituyen reformas constitucionales los cambios que provengan de la dinámica propia de la interpretación; y tampoco, las transformaciones que comporten sustitución de la Constitución vigente. Además, de acuerdo con el principio de certificación y evidencia, las reformas deben ser expresas y conducir a reformular la redacción de la disposición alterada.

<sup>55</sup> La variación constitucional se produce sin que se haya aprobado un cambio formal en el texto y sin verificarse la intención de una reforma.

<sup>56</sup> Se produce un cambio total de la Constitución, sin suprimirse el poder constituyente.

<sup>57</sup> Se trata de una ruptura absoluta del orden existente, que produce la supresión tanto de la Constitución vigente como del poder constituyente.

<sup>58</sup> Se produce cuando que se exceptúan determinados supuestos de la aplicación de una disposición constitucional, es decir, se trata de una violación de la Constitución para uno o varios casos, a título excepcional, y sin acudir a una reforma. La doctrina suele distinguir entre aquellos textos que expresamente permiten el quebrantamiento (quebrantamientos legítimos)

La Corte justifica el extenso recuento doctrinal para señalar que es posible llegar a una sustitución constitucional por varias vías, como la supresión, el quebrantamiento o la suspensión. Sin embargo, luego de señalar la supuesta utilidad de traer a este pronunciamiento dichas categorías jurídicas, la Corte afirma que la noción de sustitución está llamada a evolucionar de acuerdo con los retos planteados en cada caso concreto; y por lo tanto, no es posible crear reglas generales y es necesario estudiar cada caso específico para determinar si hay o no sustitución, y si esta se produce por la actuación de figuras afines o de manera simultánea con éstas.

Resulta importante resaltar como la Corte expresamente señala que la posición asumida por la corporación frente al caso concreto, bajo ninguna circunstancia, puede entenderse como un cambio o reemplazo de la jurisprudencia sentada previamente en relación con el enjuiciamiento de reformas constitucionales por vicios de competencia generadores de sustituciones de la Constitución. Por el contrario, según lo expresa la propia Corte, se trata simplemente de la inclusión de algunas precisiones adicionales a dicha línea jurisprudencial con ocasión de un caso específico.

Para la Corte, si bien es claro que la norma demandada agrega un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política, no lo es tanto el hecho de que se haya producido una simple reforma constitucional. En otras palabras, la Corte considera que dicho artículo no sufrió variación textual alguna, es decir, que su redacción inicial quedó incólume. Frente a esta situación, el alto Tribunal pasa a analizar la posible incidencia que la adición insertada podría llegar a tener sobre el texto preexistente, y así determinar si el Congreso de la República mediante el Acto Legislativo N.º 1 de 2008 reformó la Constitución; o por el contrario, excedió sus competencias de reforma y lo que operó fue una sustitución del texto constitucional.

En la jurisprudencia anterior, la Corte había sostenido que en tratándose de Actos legislativos no cabía comparar el texto constitucional vigente con el nuevo porque toda reforma implica una modificación o variación del texto preexistente. Sin embargo, uno de los nuevos elementos del análisis del Juez constitucional, frente a la jurisprudencia precedente, está en que la Corte en este caso sí realiza dicha comparación, ya que parte del supuesto de que no hubo modificación del texto preexistente.

---

de aquellos que no lo hacen (quebrantamientos ilegítimos). Además, la Corte señala que los quebrantamientos pueden llevar a una sustitución parcial o total de la Constitución, cuando las excepciones introducidas sean de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original sea reemplazada por una totalmente diferente.

<sup>59</sup> Las normas permanecen válidas aunque se suspende su eficacia temporalmente. La suspensión se puede dar por expresa previsión constitucional, pero también puede ser contraria a la Constitución cuando no hay prescripción constitucional que permita tal hipótesis, en este caso la constitucionalidad es dudosa y podría producir una sustitución.

Al comparar ambos textos, la Corte concluye que el párrafo adicional tiene notable incidencia en el contenido del texto original, pues el régimen de carrera administrativa inicialmente previsto por el constituyente es el ordinario y la norma demandada pretende introducir un régimen extraordinario. La incidencia se presenta porque el párrafo transitorio, al darle viabilidad a un derecho de inscripción extraordinaria en carrera administrativa, favorece a un grupo especial de servidores públicos (aquellos que ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados siempre que cumplan con unas condiciones allí establecidas) y se impone durante un tiempo determinado, de manera que mientras se encuentre vigente desplaza la regulación ordinaria.

Bajo este panorama, la Corte se pregunta si esto constituye una suspensión de la Constitución, o corresponde a las competencias ordinarias del Congreso de la República para reformar el texto constitucional. Y para dar respuesta a este interrogante, el alto Tribunal analiza el acto demandado a la luz de la teoría de la sustitución.

Según la jurisprudencia anterior, la Corte debe realizar el juicio de sustitución que se desarrolla en cuatro etapas: i) identificación de la premisa mayor; ii) comparación del acto acusado con la premisa mayor (premis menor); iii) verificación de posibles reemplazos de ejes definitorios de la Constitución; y iv) comprobación de un vicio de competencia.

Para el caso específico, a juicio de la Corte, la premisa mayor la constituye la afirmación de la carrera administrativa como un principio constitucional y una garantía constitucional que está en relación con distintos contenidos constitucionales; como por ejemplo, el cumplimiento de los fines del Estado, varios principios constitucionales y algunos derechos fundamentales, que sin duda, son ejes definitorios de la identidad de la Constitución.

En segundo lugar, al comparar el acto acusado con la premisa mayor, la Corte constata una oposición radical entre ambos, es decir, la norma acusada, al desplazar el criterio del mérito y del concurso público, reconoce privilegios injustificados; y por tanto, se presenta una clara contradicción con la prevalencia del interés general como uno de los fines del Estado<sup>60</sup>, con la satisfacción de los intereses generales y la igualdad como principios de la función administrativa<sup>61</sup>, con el derecho fundamental de toda persona a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos<sup>62</sup>, y con el principio de igualdad ante la ley<sup>63</sup>.

Así mismo, para la Corte también resultaron afectados el principio de

<sup>60</sup> Constitución Política, artículo 2.

<sup>61</sup> Constitución Política, artículo 209.

<sup>62</sup> Constitución Política, artículo 40.7.

<sup>63</sup> Constitución Política, artículo 13.

supremacía constitucional<sup>64</sup>, ya que los contenidos constitucionales superiores reemplazados por la norma demandada dejan de regir temporalmente; y el principio de separación de poderes, pues al atribuir a la Comisión Nacional del Servicio Civil facultades en materia de carrera administrativa<sup>65</sup>, no para implementarla sino para tornar viable un mecanismo excepcional de ingreso automático, totalmente contrario a la carrera administrativa, se violó la reserva de ley<sup>66</sup>.

Finalmente, la Corte verifica la afectación de los mencionados ejes definitorios de la Constitución y concluye, que al resultar ambos regímenes incompatibles e inconciliables, los cambios introducidos por la norma acusada no son simples reformas constitucionales; sino, verdaderas sustituciones parciales.

Ahora bien, según el alto Tribunal, además de una sustitución, también se presentaron otros dos fenómenos de forma concomitante. Por una parte, se constató una suspensión de la Constitución, pues la norma demandada suspende los efectos de algunas disposiciones superiores<sup>67</sup>. Y además, se presentó una modificación tácita de la Constitución (artículos 13 y 40.7), siendo dichas modificaciones inconstitucionales, ya que tienen por objeto regular derechos fundamentales, no para mejorarlos sino para disminuir ámbito de protección, de tal manera que el *status* constitucionalmente asegurado a los ciudadanos sufre un menoscabo, lo que podría calificarse como un verdadero fraude a la Constitución<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Constitución Política, artículo 4.

<sup>65</sup> A juicio de la Corte, si bien es cierto que según el artículo 130 de la Constitución la Comisión tiene competencias en esta materia, dichas competencias se podrán ejercer previa regulación legal de la carrera; y por lo tanto, no implican la potestad de regular temas atinentes al mérito, a los concursos públicos o la fijación de requisitos, condiciones o calidades que deben reunir los aspirantes. Por esta razón, la Corte considera que se suplantó al legislador, modificándose así los artículos 150 (competencia del congreso para hacer las leyes) y 130 (competencias de la comisión) de la Constitución, pues sin tocar sus textos se cambió la distribución de competencias entre uno y otro, afectándose también el control de constitucionalidad ya que las normas que expida la Comisión no podrán ser revisadas por la Corte Constitucional.

<sup>66</sup> Constitución Política, artículo 150.

<sup>67</sup> Para la Corte, la reforma no atenta contra la vocación de durabilidad de la Constitución escrita, porque aunque modifica el texto original busca superar las dificultades que ponen en riesgo la permanencia de la Constitución; en cambio, otras figuras diferentes, como la suspensión, se caracterizan por ser irreconciliables con la idea de perdurabilidad de la Constitución. Así, en el caso concreto, la suspensión no sólo se da porque se suspendan la regulación de la carrera administrativa (artículo 125) y el resto de disposiciones de esta materia, como el principio del mérito y el concurso público; sino también, porque al existir un nexo entre la carrera y los fines del Estado, el derecho al acceso a desempeñar cargos públicos y el derecho a la igualdad también sufren una suspensión temporal. En palabras de la Corte, la sustitución y la suspensión como fenómenos paralelos constituye un nuevo evento que no se había presentado antes de la jurisprudencia constitucional y que resulta aún más grave que los anteriores.

<sup>68</sup> Para la Corte, las modificaciones tácitas van en manifiesta contravía con la necesidad de que las reformas constitucionales sean textuales y expresamente indiquen los artículos cons-

Con base en estos argumentos la Corte resuelve declarar inexecutable el acto legislativo N.º 1 de 2008. En cuanto a los efectos de la sentencia, la Corte consideró necesario hacer uso de la facultad que tiene de dotar de efectos retroactivos sus fallos; pues de lo contrario, en este caso específico, si la decisión solo tuviera efectos hacia el futuro, sería aceptar que la Constitución no rigió durante un tiempo. Así las cosas, ordenó la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asiste a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse la norma demandada o a quienes, en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia, dejaron de inscribirse por hacer uso del pretendido derecho de inscripción extraordinaria.

Si bien es cierto que la Corte, como lo advirtió, no modificó sustancialmente su precedente en esta materia, sí introdujo algunos elementos novedosos: i) la necesidad de comparar, en ciertos casos específicos, el texto constitucional original con el texto del acto legislativo, a fin de determinar si se presentó una simple reforma; o por el contrario, se verificó una verdadera sustitución constitucional; ii) la posibilidad de que las reformas tácitas generen sustituciones; iii) la eventualidad de que modificaciones expresas, que no constituyen reformas porque no alteran el texto original, incidan de tal manera en el texto preexistente que determinen la existencia de una sustitución constitucional y; iv) la posible verificación de una suspensión y de una sustitución constitucional de forma paralela.

Para terminar, podemos concluir que la Corte, al intentar nuevamente clasificar distintas categorías doctrinales, no logra esclarecer el panorama ni aportar herramientas prácticas para el juicio de constitucionalidad por sustitución; por el contrario, hace más complejo el estudio de los casos concretos. Así mismo, la Corte sigue sin determinar con claridad cuáles son los elementos definitorios de la Constitución, lo que sin duda, como se anotó en páginas anteriores, no contribuye a la seguridad jurídica; y por el contrario, sí promueve el subjetivismo judicial.

---

titucionales que se van a reformar. En cuanto al caso concreto, la Corte considera que las modificaciones tácitas introducidas por el acto legislativo N.º 1 de 2008 generaron una sustitución parcial y temporal de la Constitución.