

# EL SISTEMA PARLAMENTARIO

*El mejor gobierno para Colombia*

**Alfonso López Michelsen**

**Tito Livio Caldas**

**Andrés Mejía Vergnaud**

**Gustavo Vasco Muñoz**

**Walter Bagehot**

**Diego Eduardo López**

**Arturo Valenzuela**

**José Arizala**

**Rafael Pardo Rueda**

**Juan Manuel Charry**

**Ramiro Montoya**

**Juan Alberto Castro**

**Andrés Chaves**

**Darío Vanegas**

**Sergio Andrés Gómez**

**Benjamín Ardila Duarte**

**Carlos M. Ayala Corao**

ámbito *Jurídico*

LEGIS

**Dirección editorial  
y redacción**  
Tito Livio Caldas  
Andrés Mejía Vergnaud

**El sistema parlamentario**  
El mejor gobierno para Colombia

PRIMERA EDICIÓN 2004

© Ámbito Jurídico  
© Legis Editores S.A.

Se autoriza la libre reproducción total o parcial de este libro,  
por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia,  
microfilme, offset o mimeógrafo, sin necesidad de previa autorización.

**LEGIS**

**Presidente:** Juan Alberto Castro  
**Gerente Editorial:** Andrés Chaves Pinzón  
**Directora Editorial:** Martha Helena Penen Lastra  
**Director Ámbito Jurídico:** Darío Vanegas Leño  
**Investigación periodística:** Pedro Antonio Molina  
**Diseño Editorial:** Mauricio Arandia C.  
**Diseño Carátula:** Mauricio Arandia C.  
**Diagramación:** Ricardo Rojas Z.  
**Impresión:** Legis S.A.

ISBN: 958-653-399-9

Impreso en Colombia



Diego Eduardo  
López Medina(\*)  
Profesor Universitario

Foto: Wilson E. Martínez

# El parlamentarismo en Colombia: ¿“Reforma” o “sustitución” constitucional?

## 1. El Parlamentarismo: ¿una decisión política fundamental?

Se debate desde ya hace algunos años la conveniencia de adoptar en América Latina la llamada “opción parlamentaria”.<sup>1</sup> Este debate ha adquirido alguna fuerza política concreta en Colombia durante el primer semestre del año

(\*) Doctor y Maestro en derecho, Universidad de Harvard. Abogado y Filósofo de la Universidad Javeriana. Autor de “Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana” (Legis, Bogotá, 2004) y de “El derecho de los jueces” (Legis, Bogotá, 2001).

<sup>1</sup> Ver al respecto J.J. Linz y A. Valenzuela, *La crisis del presidencialismo*. (Alianza, Madrid, 1998); Oscar Godoy et al. (eds.), *Hacia una democracia moderna: la adopción parlamentaria*, (Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990).

2004<sup>2</sup> dentro del marco de preocupaciones políticas del momento: se ha planteado insistentemente la necesidad de extender el período presidencial de Alvaro Uribe y de fortalecer la capacidad de gobierno efectiva del ejecutivo. Ambas necesidades políticas, según se dice, parecen encontrar solución en la opción parlamentaria: así, de un lado, el Parlamentarismo permite premiar con periodos largos de gobierno a los buenos gobernantes y, del otro, reemplazar en períodos cortos a los malos gobernantes sin que las crisis de gobierno se conviertan en las crisis de estado que provocan los períodos fijos propios del Presidencialismo. Asimismo, el Parlamentarismo fortalece la capacidad de gobierno del ejecutivo porque, de nuevo por definición, el primer ministro cuenta con el respaldo de las bancadas mayoritarias del Parlamento, por oposición al continuo bloqueo político que se da entre ejecutivo y legislativo en el sistema presidencialista. Esta unidad de voluntad política redundaría en la capacidad de gobierno del ejecutivo, especialmente frente al particular tipo de desafíos que presenta el conflicto armado colombiano.

El establecimiento del Parlamentarismo implicaría una “reforma estructural” de la Constitución Política de 1991. El Parlamentarismo es, ante todo, un nuevo modo de concebir las formas de elección y coordinación del ejecutivo y del legislativo. Como se trata de un cambio mayor en el régimen de gobierno, el Parlamentarismo afectaría algunos de los “Principios Fundamentales” que se encuentran en el frontispicio de la Constitución colombiana de 1991. Requeriría, igualmente, modificaciones casi totales de los títulos VI (“De la Rama Legislativa”) y VII (“De la Rama Ejecutiva”) de la Constitución de 1991 (arts. 132 a 227). Estos cambios centrales exigirían también adecuaciones significativas en otros

2 Alfonso López Michelsen, Colombia, víctima del sistema presidencial (El Tiempo, 15 de febrero de 2004); El parlamentarismo, único medio para dar continuidad a los buenos gobiernos (Ámbito Jurídico N° 151, entrevista a Alfonso López Michelsen); Tito Livio Caldas, Puntos positivos del sistema parlamentario (Ámbito Jurídico N° 148).

temas constitucionales: así, por ejemplo, en el “Régimen de Organización Territorial” (Título XI) y en el “Sistema de Participación Democrática” y “Régimen de Partidos Políticos” (Título IV). Dado que el Título XII (“Régimen Económico y de Hacienda Pública”) contiene reglas de producción legislativa y de reparto de recursos resulta altamente probable que sea necesaria una armonización del mismo a la nueva definición constitucional. Igual ocurriría con las funciones que ejercen las Cortes en relación con el Congreso. Finalmente, es previsible que el régimen parlamentario tenga algún nivel de impacto en el Título XIII (“De la Reforma de la Constitución”).

Además de lo anterior, todo el texto constitucional tendría que ser adecuado al nuevo “vocabulario” del régimen parlamentario. Sorprende constatar la presencia ubicua de la figura del “presidente” a todo lo largo del texto constitucional: tales reglas tendrían que ser mínimamente adecuadas al nuevo sistema. Sorprende aún más la presencia ubicua del “presidente” en el cuerpo general de las leyes: muchas de ellas tendrían que ser revisadas sustantivamente y, de seguro, habría *algún* nivel de litigio interpretativo que tendría que ser resuelto por los jueces y muy en especial por la Corte Constitucional. Cuando menos, la interpretación legal en el nuevo período parlamentarista (de concretarse la reforma) exigiría la confección de un “manual de traducción” que compatibilizara las múltiples responsabilidades legales del “presidente” y que las tradujera con la menor perturbación posible al esquema dual parlamentario (“jefe de Estado” y “jefe de gobierno”).

Se trata, en suma, de un cambio constitucional (y legal) mayor. Y aquí, precisamente, radica un problema jurídico y político que hay que examinar con mucho cuidado. El Título XIII de la Constitución de Colombia permite realizar reformas constitucionales a través de tres caminos claramente diferenciados (art. 374): por el Congreso, por una asamblea constituyente o mediante referendo. En primer

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

lugar, se le otorga competencia al Congreso de la República para que modifique la Constitución por vía de Actos Legislativos (art. 375). Este es el método *ordinario* de reforma constitucional en la historia política colombiana, incluyendo el periodo posterior a 1991. Los otros dos métodos de reforma constitucional incluyen también la participación del Congreso mediante leyes de convocatoria (sea del referendo o de la asamblea constituyente). En estos dos métodos, sin embargo, hay una diferencia importante: en ellos hay una participación popular ampliada en la que los votantes son llamados a manifestar una opinión política *directamente* relacionada con el sentido y el propósito del cambio constitucional.

### 2. La teoría dualista de la Constitución en Carl Schmitt

Dadas estas diferencias fundamentales en las vías de reforma constitucional el problema que se plantea es el siguiente: ¿Pueden darse (lo que he denominado) “cambios constitucionales mayores” *sin la participación activa y especial del cuerpo político popular*? O negativamente, si se prefiere: ¿Hay, en virtud de la importancia de los temas, restricciones al poder de *reforma* constitucional por la vía *ordinaria* del Acto Legislativo?

La pregunta, en principio, puede resultar extraña. La Constitución no parece imponer límites temáticos a las vías alternativas de reforma constitucional que presenta, con la posible excepción de lo indicado en el artículo 377<sup>3</sup> donde se posibilita que el cinco por ciento de los ciudadanos obligue a la realización de un *referendo derogatorio* en casos en que se haya aprobado un Acto Legislativo en el Congreso reformativo de (i) los derechos fundamentales y sus garantías, (ii) los procedimientos de participación po-

3 Norma esencialmente reproducida por el artículo 36 de la L.134/94.

pular y (iii) las reglas constitucionales referentes al mismo Congreso.

Sin embargo, el análisis no puede parar aquí: la doctrina y la jurisprudencia, con éxito creciente a lo largo del siglo XX, han venido adoptando una "teoría dualista" sobre la naturaleza de la Constitución. En una de sus exposiciones más tempranas (1928), Carl Schmitt la formuló mediante la distinción entre "Constitución" y "ley constitucional":

"Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o una norma. En el fondo de toda formación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica"<sup>4</sup>.

El argumento de Schmitt llevaba a mostrar cómo las *decisiones políticas fundamentales* eran una serie específica de normas establecidas en la Constitución y de las cuales dependía la fisonomía misma de todo el sistema político. Estas normas, en general, se confundían con muchas otras disposiciones constitucionales que no tenían esta misma significación política. A las segundas, por tanto, las denominaba meras *leyes constitucionales*. Las *leyes constitucionales* podían, por tanto, ser modificadas por un poder constituyente derivado; sin embargo, la Constitución en sentido político pleno (es decir, las decisiones políticas fundamentales, la esencia de la Constitución) solo podía ser variadas por el titular del poder constituyente primario. El mismo Schmitt ofrecía ejemplos de las decisiones políticas fundamentales que tomaba la Constitución alemana de Weimar:

4 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 47 (Alianza Editorial, Madrid, 1982). Énfasis en el original.

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

“la decisión a favor de la *Democracia* [...]; además, la decisión a favor de la *República* y contra la Monarquía [...]; la decisión a favor del mantenimiento de los países, es decir de una *estructura de forma federal* [...] *del Reich* [...]; la decisión a favor de una *forma* fundamentalmente *parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno*; por último, la decisión a favor del *Estado burgués de derecho* con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes”<sup>5</sup>.

Esta enunciación de Schmitt es especialmente relevante para nuestros propósitos porque la Constitución de Weimar de 1919 es el antecedente político directo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, por esa vía, de la mayor parte del constitucionalismo ibérico y latinoamericano contemporáneo, incluyendo, por supuesto, la Constitución colombiana de 1991. Los siguientes párrafos muestran la fuerza política excepcional que Schmitt le otorgaba a esta *Super-constitución*:

“Las determinaciones de la Constitución de Weimar [que se acaban de citar] no son leyes constitucionales [...] Son *más* que leyes y formaciones; son las decisiones política concretas que denuncian la forma política del ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base, y solamente en el marco, de estas decisiones. Ellas extinguen la sustancia de la Constitución”<sup>6</sup>.

Esta estructura dual de la Constitución, pues, distingue dos niveles: de un lado, la *Super-constitución* o decisiones políticas fundamentales del titular del poder constituyente primario; del otro, las normas constitucionales ordinarias, es decir, todo el conjunto de normas de rango constitucio-

<sup>5</sup> Ibid, p. 48. Énfasis en el original.

<sup>6</sup> Ibidem. Énfasis en texto original.



nal pero que no constituyen parte de la esencia de la misma por no relacionarse con las decisiones políticas fundamentales del conglomerado político. Esta teoría dualista de la Constitución trae varias consecuencias prácticas, igualmente mostradas por Schmitt:

1) En primer lugar, y esto tiene relevancia excepcional para el tema de este artículo, el procedimiento de reforma constitucional en sede legislativa puede referirse únicamente a las leyes constitucionales pero no a la *Super-constitución*<sup>7</sup>. En palabras de Schmitt:

“El artículo 76 dice que ‘la Constitución’ puede reformarse en la vía legislativa [...] Que ‘la Constitución’ pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformada en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El ‘legislador que reforma la Constitución’, previsto en el artículo 76 no es en manera alguna omnipotente”<sup>8</sup>.

Por estas mismas razones, una asamblea constituyente es cualitativamente diferente de un parlamento. Para Schmitt, por tanto, una asamblea constituyente es una forma válida de expresión de decisiones políticas fundamentales:

7 El artículo 76 de la Constitución de Weimar establecía: La Constitución podrá ser reformada por vía legislativa. Los acuerdos del Reichstag modificativos de la Constitución, solo serán adoptados válidamente, cuando estén presentes dos tercios del número legal de sus miembros y voten a favor, por lo menos, dos tercios de los presentes. También los acuerdos del Reichsrat para la reforma de la Constitución, requerirán una mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Y si como consecuencia del ejercicio de la iniciativa legislativa popular hubiera de celebrarse una votación popular sobre una reforma constitucional, será necesario el voto favorable de la mayoría de los electores con derecho de sufragio. Cuando el Reichstag acuerde una reforma constitucional frente al veto del Reichsrat, el Presidente del Reich no publicará la Ley si el Reichsrat solicitase en el plazo de dos semanas la celebración de una votación popular.

8 Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 49.

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

“El texto de la Constitución de Weimar fue puesto en vigor por simple mayoría de una Asamblea “constituyente” que, naturalmente, podía establecer las prescripciones constitucionales, no en virtud de su propio derecho, sino solo en virtud de un encargo especial inmediato. Si una tal asamblea no fuera cualitativamente distinta de un Parlamento ordinario, se iría al resultado absurdo y torcido de que un Parlamento, mediante acuerdos adoptados por simple mayoría, pudiera vincular a todos los siguientes Parlamentos”<sup>9</sup>.

2) En palabras del mismo Schmitt, “la constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción”<sup>10</sup>.

3) Esta distinción entre *Super-constitución* y leyes constitucionales lleva adicionalmente a posibilitar la protección constitucional directa de los derechos fundamentales. Schmitt vio el punto *avant-garde*:

“Es preciso distinguir la regulación concreta en una ley constitucional de tales garantías fundamentales, y la garantía misma. Mediante formaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos constitucionales garantizados. Pero tan pronto como un derecho fundamental es *negado*, la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución”<sup>11</sup>.

4) La siguiente consecuencia que Schmitt extrae de la distinción entre *Super-constitución* y ley constitucional es interesantísima:

“El juramento de la Constitución no significa un juramento de cada una de las distintas normas de la ley constitucio-

9 Ibid., p. 50.

10 Ibid., p. 50.

11 Ibid., p. 51.

nal; mucho menos significa un (inmoral) juramento en blanco que habría que relacionar con el procedimiento de reforma y envolver conformidad y sumisión a todo lo que se establezca en vías del art. 76. No puede jurarse en procedimiento de reforma. [...] El juramento significa, pues, un jeramento de la Constitución entendida en sentido propio y positivo, es decir, un reconocimiento, confirmado por el juramento, de las decisiones políticas fundamentales que se hallan contenidas en la Constitución de Weimar y que hacen de ella una Constitución en sentido sustancial<sup>12</sup>.

5) Los delitos de alta traición son ataques a la Constitución y no a la ley constitucional.

6) La enseñanza obligatoria de la Constitución no se refiere a la enseñanza de leyes constitucionales.

El dualismo de Schmitt fue en su momento una teoría nueva y creativa que buscaba afianzar el valor normativo directo de la Constitución frente a la posibilidad de que el acuerdo de Weimar fuera tan solo una fase política en la transición hacia el comunismo. El texto de Weimar como *Super-constitución* precisamente buscaba evitar tal ocultamiento y traición al carácter de compromiso que tenía la Asamblea Constituyente de 1919. Esta teoría dualista, originalmente desplegada en las controversias ideológicas de la Alemania de entreguerras, ha venido en relativo ascenso en otros escenarios políticos. Uno de ellos es Colombia, como pasaremos a ver a continuación.

### **3. Posibles incidencias de la Sentencia C-551 del 2003 en la adopción del Parlamentarismo en Colombia**

Las consideraciones anteriores podrían ser meramente teóricas si no fuera por el hecho de que la Corte Constitucional colombiana ha venido acercándose hacia una teoría

■ 12 *Ibid.*, p. 51.

dualista de la reforma constitucional en su interpretación de los artículos 374 y 378 de la C.P. Este proceso se ha dado de manera paralela a dinámicas en otros países donde las Cortes que ejercen el control constitucional se han visto igualmente obligadas a adoptar teorías dualistas para evitar abusos en los procesos de reforma constitucional. En particular, la Corte Constitucional colombiana anunció una interpretación dualista del Título XIII en la Sentencia C-551 del 2003 en la que se revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 donde se convocaba a un referendo para la aprobación o improbación de una ambiciosa reforma a la Constitución de 1991. En el tema de nuestra presente atención, interesa saber si la definición por el Parlamentarismo es una “decisión política fundamental” de las que no podrían ser tramitadas por las vías ordinarias de reforma constitucional en sede legislativa. Ya hemos visto que para Schmitt el régimen de gobierno ciertamente es parte de tales decisiones políticas fundamentales (es decir, es parte de la Constitución y no se trata meramente de una simple ley constitucional). Como consecuencia de ella, y de nuevo según Schmitt, tal decisión no puede tomarse por la vía de reforma constitucional *ordinaria*. ¿Cabría tal conclusión para el caso colombiano?

En la Sentencia C-551 del 2003 la Corte trata el tema con algún detalle en sus considerandos 29 al 41. La teoría dualista de la Corte se basa, no tanto en la distinción schmittiana entre Constitución/ley constitucional, sino en la distinción entre los conceptos opuestos de *reforma constitucional* y *sustitución constitucional*. Esta distinción se hace con el propósito de dar respuesta a la pregunta de si hay límites de fondo<sup>13</sup> (y ya no de forma, trámite) en el ejercicio de las

13 La Corte hace numerosos esfuerzos argumentativos en sus sentencia para mostrar que el control constitucional sobre una potencial *sustitución constitucional* no es en realidad un control material o de fondo sino tan solo una revisión de la *competencia* del poder constituyente derivado. Según esta tesis, la *sustitución constitucional* sería nula porque excedería, en una actuación *ultra vires*, la competencia de mera *reforma* que el Constituyente de 1991 le dio a los poderes derivados.

potestades de reforma constitucional que le da la Carta al Congreso de la República. Dice la Corte:

“Una primera respuesta al anterior interrogante podría ser que, la Carta de 1991 no estableció cláusulas pétreas o inmodificables, y que por ello el poder de reforma no tiene ningún límite competencial. Conforme a esa tesis, por medio de cualquiera de los mecanismos previstos por el Título XIII resultaría posible reformar cualquier artículo o principio de la Carta de 1991 e, incluso sustituirla por una constitución radicalmente distinta. La Corte estima que en ese argumento se confunden dos temas diferentes. Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado —lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana— y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente —lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder—”<sup>14</sup>.

Para la Corte, entonces, el poder de *reformar la Constitución* no significa que exista poder de *sustituir la Constitución*. Para la Corte se trata incluso de una consecuencia obvia del texto del artículo 374 que dice que “la Constitución Política podrá ser *reformada*”, pero no *sustituida*<sup>15</sup>. ¿En qué consistiría, pues, una *sustitución constitucional*? En primer lugar, para la Corte, una *sustitución es una reforma integral o total de la Constitución*:

14 C-551/03, M.P.E. Montealegre. Considerando 33.

15 *Ibid.*, considerando 34: “el artículo 374 de la Carta señala que “la Constitución podrá ser reformada (...)”. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta puede ser sustituida por otra constitución.” Énfasis fuera de texto.

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

“Nótese entonces que el texto constitucional colombiano, si bien no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución”<sup>16</sup>.

La Corte, sin embargo, poco a poco va avanzando desde la idea de reforma integral o total hacia otros conceptos que se acercan enormemente a la teoría dualista de Schmitt, incluso hasta utilizar terminología abiertamente schmittiana. Para la Corte Constitucional existe una diferencia clara entre las competencias del poder constituyente primario y las del poder constituyente derivado:

“En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución), únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por *las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente*”<sup>17</sup>.

Con este marco teórico la Corte empieza a mostrar cómo el concepto de *sustitución* también implica fenómenos que traspasan la idea de *reforma total*. Así, entonces, hay *sustitución constitucional cuando el poder constituido revoca decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente*. En estos casos hay para la Corte una *destrucción* de la Constitución. Esta sustitución de la Constitución puede darse, por tanto, *en reformas apenas parciales* si ellas contravienen decisiones fundamentales del poder constituyente. Este razonamiento llevará a la Corte a examinar si los artículos individuales de la Ley 796 contienen una derogación de alguno de esos principios fundamentales intangibles. Si así fuera, tales preguntas de la Ley 796 deben ser declaradas inconstitucionales porque el referendo, a pesar de la participación popular, no es una expresión política del constituyente primario.

16 Ibid., considerando 35.

17 Ibid., considerando 37.

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

La Corte incluso se aventura a dar ejemplos, en un típico caso de *obiter dictum*, de cuáles *decisiones políticas fundamentales* serían intangibles:

“Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (C.P., art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. Y por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al estudiar cada uno de los numerales del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, esta Corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991”.

El párrafo demuestra que la Corte está dispuesta a declarar la existencia de una reforma constitucional ilegítima en casos de reforma parcial que *deroguen, sustituyan, subviertan o destruyan* la Constitución sin contar con el Constituyente primario. La doctrina es evidentemente gaseosa, pero se apoya en experiencias del derecho comparado que expone en un importante pie de página:

“Así, por ejemplo, la Corte Suprema de India, en numerosos fallos, ha concluido que el poder de reforma constitucional tiene límites competenciales, a pesar de que esa Constitución no consagra ninguna prohibición expresa al poder de reforma, ni ninguna cláusula pétrea. En efecto, el artículo 368 de la Constitución establece que el Parlamento puede modificar la Constitución si la reforma es aprobada por una mayoría calificada en el parlamento (2/3 partes de los asistentes, con la participación de la mayoría absoluta de los miembros). La única restricción explícita establecida por esa constitución es que si la reforma versa sobre

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

la estructura federal del Estado indio, entonces deberá ser aprobada también por la mitad de las legislaturas de los Estados. En tal contexto, la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que el poder de reforma no puede ser igualado al poder constituyente originario, por lo que se entiende que ese poder de reforma es limitado y debe preservar la constitución existente, adaptándola a los cambios históricos. El parlamento puede, según la Corte Suprema de India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su "*estructura básica*", pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas. Y con esa doctrina, ese tribunal ha declarado inconstitucionales algunas reformas constitucionales, que pretendían afectar la estructura básica de esa constitución, por ejemplo, por excluir de control judicial la elección del Primer Ministro"<sup>18</sup>.

La teoría dualista de Schmitt, así, recibe distintos nombres en distintas experiencias constitucionales concretas: su idea de las "*decisiones políticas fundamentales*" es vista en la India como un deber de conservación de la "*estructura básica*" de la Constitución, incluso cuando dicha estructura busca ser subvertida por reformas constitucionales *ad hoc*. En Colombia, por otro lado, la Corte ha anunciado su intención de interponerse a reformas constitucionales, totales o parciales, que supongan una *sustitución constitucional*. El ejemplo que da la Corte en la C-551 del 2003, interesantemente, indica que un cambio en la forma de Estado (por ejemplo, de democrático a monárquico) sería ilegítimo sin participación del constituyente primario. Podría pensarse, en los ejemplos que da la Corte, que la *forma de estado* es una decisión política fundamental, pero no así la *forma de gobierno*. En ese orden de ideas, el régimen de-

18 Pie de página 19. Aquí se hace referencia a las formas ilegítimas de acceso al poder utilizadas por Indira Gandhi y que fueron impedidas por la Corte Suprema de la India en los fallos Indira Gandhi vs. Raj Narain y Minerva Mills vs. India. La Corte constitucional colombiana nota cómo la doctrina fue necesaria "para preservar la democracia india".



mocrático sería intangible (por oposición a la monarquía o a la dictadura popular), pero no así el régimen presidencialista (por oposición al parlamentario). De esta forma, el paso de un régimen presidencial a uno parlamentario *no constituiría una sustitución de la Constitución y por tanto podría intentarse por vía de Acto Legislativo o por vía de Referendo*. Schmitt, por otro lado, pensaba que tanto la forma de gobierno parlamentaria como la forma de estado liberal/democrático eran características *fundamentales* de la Constitución. Ambas posiciones, tanto la de Schmitt como la de la Corte colombiana, se hicieron más como fruto de especulaciones políticas (de ahí la naturaleza de *dictum* en la sentencia), que como resultados de problemas constitucionales concretos.

El *status nascendi* de la doctrina de la sustitución constitucional deja enormes vacíos para los proponentes políticos de reformas constitucionales gruesas, como la que se ha hecho a favor de la implementación del Parlamentarismo. Es evidente que la prudencia política exige que una reforma constitucional del calado de la propuesta cuente con enormes consensos nacionales que reemplacen, así sea funcionalmente, la movilización del constituyente primario que exige la teoría dualista. Entre más elitista sea una reforma constitucional importante o trascendental, más motivos y justificación hay para que una Corte Constitucional impida su progreso. Se trata, evidentemente, de evitar que la Constitución (en sentido schmittiano) sea capturada por intereses concretos que no reflejen la naturaleza política pluralista de las decisiones fundamentales. Es igualmente imposible predecir a esta altura si la Corte Constitucional *exigiría* una manifestación del constituyente primario para la realización de la reforma constitucional *parlamentaria*. La C-551 del 2003 anuncia los límites competenciales a la reforma constitucional pero no los precisa de ninguna manera. Mi opinión preliminar sería por la negativa: una reforma constitucional (i) hacia el Parlamentarismo (es decir, un

cambio de forma de gobierno y no de Estado), (ii) de origen distinto al ejecutivo (para evitar el autoritarismo presidencial), (iii) con amplio soporte pluripartidista, (iv) amplias mayorías nacionales y luego, (v) quizá confirmada por un referendo derogatorio fallido, serían muestras suficientes de que no se trata de una *sustitución constitucional* impermisible y que por tanto podría tramitarse por la vía legislativa ordinaria.

Por otro lado, de tratarse de una verdadera *sustitución constitucional* la Corte parece haber sugerido en la C-551 del 2003 que en tales casos sería necesario la convocatoria de una Asamblea Constituyente. La Corte no es clara en el punto, pero parece advertir que esta vía sería la forma propia de conciliar la necesidad de defender la Constitución (en sentido dualista) y la canalización de una expresión del constituyente primario que quisiera realmente *destruir la Constitución e instaurar una nueva*:

“Algunos podrían objetar a la [...] tesis sobre los límites competenciales del poder de reforma que esa doctrina es inaceptable, por cuanto tiene efectos contraproducentes, ya que petrifica ciertas estructuras constitucionales, y puede entonces obligar a una ruptura constitucional, si la sociedad colombiana concluye que la sustitución de la Constitución es necesaria.

Esta objeción remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y práctica constitucionales, y es el siguiente: ¿cuál es el papel del pueblo, como poder constituyente originario y depositario de la soberanía (C.P., art. 3°), una vez que este ha dictado la Constitución?

La tensión entre el pueblo soberano y la supremacía constitucional se proyecta al campo de los mecanismos de reforma constitucional. Así, el poder de revisión constitucional, *incluso si se recurre a un mecanismo de referendo*, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia

jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario. *El problema surge entonces cuando la ciudadanía manifiesta claramente su voluntad de sustituir la Carta.* En tales eventos, si la propia Constitución no prevé alguna forma de expresión jurídica del poder constituyente originario, entonces se llega al siguiente dilema indeseable: o la dinámica del poder constituyente se ve obstruida y asfixiada por los límites al poder de reforma; o por el contrario, una ruptura constitucional ocurre a fin de permitir la expresión del poder constituyente.

Sin embargo, *no corresponde a la Corte en esta sentencia entrar a analizar los límites del poder de reforma cuando éste es ejercido por vía de acto legislativo o de asamblea constituyente, puesto que el presente proceso está referido exclusivamente a una ley que convoca a un referendo.* Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, *esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente.* La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es "rebeldes a una integración total en un sistema de normas y competencias", y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales.

Y es natural que dicho procedimiento haya sido previsto por la Asamblea Constituyente de 1991, que quiso prote-

ger la identidad y continuidad de la Constitución que promulgó, pero sin que ello implicara petrificar el texto constitucional, aprobado, precisamente porque esa asamblea había nacido, en parte, de las dificultades que el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución anterior había implicado para un cambio constitucional”<sup>19</sup>.

Este texto de la C-551 del 2003 sugiere que la manera legítima de hacer sustituciones constitucionales es la Asamblea Constituyente. La sentencia no zanja el asunto de si un cambio en el régimen de gobierno (como el que implicaría la adopción del Parlamentarismo) constituye un ejemplo de sustitución constitucional. Es claro, sin embargo, que un cambio en la forma de estado sí lo sería. Los proponentes políticos del Parlamentarismo deberían, sin embargo, tomar ciertas *medidas profilácticas* que alejarían la propuesta de los peligrosos límites de la “sustitución constitucional”: en la C-551 del 2003 (como en la experiencia india o alemana) la teoría dualista busca evitar el autoritarismo partidista. Esto es, que la Constitución y sus principios fundamentales sean vaciados por vía de reforma constitucional. De otra forma: que se *abuse* del derecho a reformar la constitución para sustituir principios generales de justicia por normas constitucionales *ad hoc*, unilaterales o autoritarias. Que con las reformas constitucionales se facilite, como fue en el caso de Indira Ghandi, la conservación unilateral del poder político en contra de lo dispuesto por normas impersonales, generales y abstractas concebidas para regular el comportamiento de todos. Por eso, según creo, un origen no presidencial de la propuesta (una de las grandes preocupaciones implícitas en la C-551 del 2003), un grupo de promotores pluripartidista, un apoyo congresional igualmente pluripartidista y, claro, apoyo popular significativo en la configuración de un importante movimiento de bases, serían *indicios* que favorecerían el trámite congresional de la Reforma sin necesidad de acudir a la Asamblea Constitu-

■ 19 C-551/03. Considerando 40.

## ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

yente que, según parece haber anunciado la Corte, sería el mecanismo *necesario* para los debates políticos que busquen una sustitución constitucional.

De otro lado, y para finalizar, creo que el constitucionalismo dualista será un tópico reiterado en las discusiones jurisprudenciales por venir, no solamente en Colombia sino también en el derecho comparado. Hoy en día existe una marcada tendencia a desnaturalizar las Constituciones vigentes, no a través de golpes de estado que las suspenden o derogan completamente, sino a través de reformas constitucionales (aparentemente legítimas) que las vacían o sustituyen. Tales fenómenos, por supuesto, generarán enormes perplejidades a quienes institucionalmente están encomendados con la guarda y defensa de la Constitución.