

# Fraude Constitucional

Gustavo Galvis Arenas  
Mauricio Rodríguez Delgado



## **FRAUDE CONSTITUCIONAL**

AUTORES: *Gustavo Galvis Arenas*  
*Mauricio Rodríguez Delgado*  
FECHA DE RECEPCIÓN: Agosto 24 de 2009  
DIRECCIÓN: mrodriguez14@unab.edu.co

RESUMEN: Ponencia presentada en el V ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL que se realizó en la ciudad de Barrancabermeja, entre los días 11 y 14 de agosto de 2009.

PALABRAS CLAVE: Fraude, Constitución Política, Estado de Derecho, Asamblea Nacional Constituyente, Acto legislativo, Derecho Público.

ABSTRACT: Paper presented at the V MEETING OF THE CONSTITUTIONAL JUDICIAL held in the Barrancabermeja city, between 11 and 14 August 2009.

KEY WORDS: Fraud, Constitution, Law State's, National Assembly, Legislative Act, Public Law.

# Fraude Constitucional

---

Gustavo Galvis Arenas  
Mauricio Rodríguez Delgado

## INTRODUCCIÓN

**U**no de los aspectos más importantes del derecho constitucional es indudablemente la supremacía de la Constitución, premisa fundamental del Estado de Derecho. A su lado debemos reconocer la trascendencia de la separación de las ramas del poder público, sin olvidar que toda Constitución tiene un entorno ideológico relativo a los derechos fundamentales.

Pero nuestra Carta Magna tuvo un impulso novedoso de descentralización, porque no se trataba de una pequeña reforma sino que los constituyentes querían sustituir el estatuto del 86. Por esta razón sus inspiradores insistieron en una Asamblea Nacional Constituyente y no en un Acto Legislativo.

Todos estos principios y premisas tienen una relación estrecha con la reforma que se le haga a la Carta. Un exceso de reformas, como ocurre con nuestra Constitución, que en solo 18 años ha tenido una verdadera catarata de modificaciones, enerva la vieja tesis de Hans Kelsen<sup>1</sup> sobre la pirámide jurídica. Parece que la rama legislativa del poder público se ha sentido incómoda con la constitución del 91 y ha resuelto, como dice el ex constituyente Horacio Serpa Uribe, *despedazarla*.

Curiosamente este torbellino de reformas se ha realizado de acuerdo con la ley. Se han aprovechado de la legalidad para cambiarle el rumbo a la vida constitucional; es ahí donde surge la doctrina del fraude constitucional<sup>2</sup>.

Algunos juristas sostienen que el fraude constitucional es "... el mecanismo mediante el cual se mantiene un aparente respeto a los principios del Estado de derecho a través de la fachada constitucional...".

Esta doctrina se remonta a Carl Schmitt<sup>3</sup>, quien sostenía la necesidad de reformar la Constitución a medida que los hechos sociales lo requieren, pero el que en la época

---

1 Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. Mexico D.F., Coyoacán, 2005, pp. 306-325

2 ValadÉS, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina*. México, UNAM, 1974

3 Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1983

moderna ha desarrollado con mayor cuidado y responsabilidad es el jurista español Pedro de Vega García quien plantea inicialmente la tesis de los límites implícitos a la reforma constitucional y la consecuencia de su desbordamiento en el fraude constitucional.

Es necesario aclarar que el entorno del término “fraude constitucional” es axiológico, por cuanto se encuentra en el nivel de los valores, y en ese sentido se puede afirmar que al operar, esta figura desconoce además de valores, los principios fundadores del sistema normativo y político. Es decir, se violentan principios y valores caros a la sociedad, pero las reglas que fundamentan la acción son utilizadas de manera “legal”, dirigidas a un fin no querido por el constituyente, por lo que en el fraude hay un alto contenido de mala fe, que se expresa al manipular la norma jurídica en detrimento de sus propiedades y características valorativas<sup>4</sup>.

## DOCTRINA EXTRANJERA

### España

Sostiene el profesor Pedro de Vega, como antecedente las maniobras jurídicas del nacional socialismo, que “... la doctrina francesa del Derecho Público ha distinguido perfectamente dos conceptos que, bajo aparentes similitudes semánticas, encierran, no obstante, contenidos y significados diferentes. Por un lado, y bajo la expresión 'falseamiento de la Constitución' (*faussement de la Constitution*), se alude al fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen. Su tratamiento se conectaría, en consecuencia, bien con lo que los alemanes llaman modificación no formal de la Constitución, bien con la simple transgresión de la misma...”<sup>5</sup>

Como cuando el Congreso, la administración pública o los juzgadores, por ejemplo, emiten normas jurídicas contrariamente inconstitucionales o restringen ostensiblemente las órdenes previstas en la Constitución y generan estados de cosas inconstitucionales o, como es el caso actual, con su actuar hacen inviable la cláusula primera del Estado social de derecho.

*Sigue el profesor De Vega, diciendo que:*

“...Por otro lado, y bajo la fórmula 'fraude constitucional' (*fraude á la Constitution*), que es lo que ahora nos interesa considerar, se entiende la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente<sup>6</sup>. Su referencia es importante,

4 Ruiz Manero, Juan Carlos y Atienza, Manuel. *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 67

5 De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 291

6 Cfr. G. Liet-Veaux, “La fraude a la Constitución”, en *Revue de Droit Public*, 1942, p. 116. Cfr. Burdeau, *Traite...*, p. 266.

porque ilustra con extraordinaria plasticidad sobre el significado, el valor y hasta la necesidad de reconocer límites implícitos materiales en cualquier operación de revisión del texto constitucional...”<sup>7</sup>

Este sería el caso del verdadero fraude por cuanto se utilizan *legalmente* las herramientas constitucionales con el fin transformar la esencia de la Carta, pues se trata de un cambio en profundidad de la Constitución.

“... Lo que el fraude constitucional pone de manifiesto es el enfrentamiento y la confrontación sigue De Vega-, en determinadas circunstancias, entre la operación de la reforma, en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad, y el orden de valores y principios en que descansa el sistema de legitimidad. Que ese conflicto no constituye una mera hipótesis teórica, lo demuestra el hecho de la utilización que del ordenamiento constitucional establecido hicieron, tanto el nacional-socialismo alemán, como el fascismo italiano. [...] Tomando como ejemplo más significativo el del nacional-socialismo alemán, [...] es lo cierto que Hitler consiguió el poder, implantó la más execrable dictadura y aniquiló la estructura constitucional de la República de Weimar, apelando a la propia legalidad de la Constitución de 1919. [...] Lo que interesa es dejar suficientemente claro que las leyes de Hitler de 24 de marzo de 1933, y la de 31 de enero de 1934, en las que se decreta la desaparición definitiva del ordenamiento constitucional de Weimar, se dictaron sin quebrantamiento formal de la legalidad. [...] Se llegó de este modo a la singular paradoja de la destrucción total de un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad. [...] Con lo cual, la pregunta inevitable de responder no puede ser otra que la de: ¿pueden el ordenamiento y la legalidad constitucional servir de cauce para su propia destrucción? O, lo que es lo mismo: ¿Cabe legalmente hablar de la existencia del golpe de Estado constitucional?...”<sup>8</sup>

Al respecto, sigue el maestro De Vega diciendo que:

“... Cuando no se admite ningún tipo de límites a la reforma, es evidente que el neutralismo axiológico y el indiferentismo ideológico que subyacentemente acompañan al concepto de Constitución, permiten considerar como legalmente válida cualquier operación de revisión, con tal de que se cumplan los trámites formalmente establecidos. Incluso el cambio de régimen político, y la destrucción de la Constitución material existente, podrían presentarse como fenómenos deducibles del ejercicio más estricto de la legalidad...”<sup>9</sup>

Todos estos prolegómenos planteados por Pedro de Vega tienen aplicación en nuestro país cuando se registra una explosión de actos legislativos con el único fin

---

<sup>7</sup> De Vega García, Pedro. *Ob., cit.*

<sup>8</sup> De Vega García, Pedro. *Ob., cit.* p. 293

<sup>9</sup> De Vega García, Pedro. *Ob., cit.*

de modificar la Constitución, destruyéndole la espina dorsal, y que, bajo el expediente de la necesidad de actualizar algunos de sus preceptos, se transforman ámbitos de su esencia como son los principios de la tridivisión del poder y la descentralización; en sentido contrario, se rompe el principio del Estado social, que es esencial en nuestro sistema, al denegarse el Congreso a legislar sobre los derechos sociales como aquellos previstos en el artículo 53 constitucional, reforzado por la posición del ejecutivo basada en que no se cuenta con el presupuesto suficiente, y bajo esta premisa esos derechos son negados a gran cantidad de colombianos.

Por último, agrega el distinguido jurista español:

“... Cuando, por el contrario, se entiende que el concepto de Constitución no es un concepto político y axiológicamente neutral y, en consecuencia, cualquier acción de reforma ha de verse limitada por el sistema de valores que el propio ordenamiento jurídico, en cuanto aparato formal, tiene la misión de proteger, la posibilidad de destrucción del Estado constitucional con el simple ejercicio de la legalidad se convierte en una hipótesis irrealizable. Porque, una de dos: o cualquier reforma que se efectúe no afecta a los valores y principios legitimadores, que se consideran zonas exentas al poder de revisión, en cuyo caso no cabrá hablar de aniquilamiento de la Constitución ni del régimen político; o la reforma sobre pasa las esferas valorativas donde no entra su competencia, en cuyo supuesto lo que se produce es una violación pura y simple de la legalidad...”<sup>10</sup>

“... Se comprende ahora en toda su plenitud lo que decíamos al principio de este capítulo, cuando afirmábamos que la problemática de los límites hay que situarla más allá de la mera exégesis de las normas de Derecho positivo, por representar realmente el centro de referencia en el que la racionalidad del ordenamiento constitucional democrático se pone a prueba consigo misma. No reconocer ningún tipo de fronteras a la acción de reforma, en definitiva, equivaldría a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional. A la inversa, reconocer la existencia de límites implícitos materiales, supone impedir que la legalidad del Estado constitucional democrático pueda emplearse como arma arrojada contra el mismo, hasta el punto de convertirla en instrumento legitimador del golpe de Estado...”<sup>11</sup>

“... Ciertamente se puede argüir que la generalidad, la abstracción y la falta de una enumeración precisa de los que hemos llamado límites implícitos materiales, a lo que conduce en realidad es a dejar reducida toda la actividad de reforma a una actividad simbólica. Como es claro, en la medida en que el concepto de límite material se amplía, las posibilidades de actuación sobre el sistema constitucional a través de la reforma, proporcionalmente, disminuyen. La opción, sin embargo, por la ampliación o la reducción del concepto de límite material, es una opción

---

10 De Vega García, Pedro. *Ob., cit.*

11 De Vega García, Pedro. *Ob., cit.* P. 294

más ideológica que científica, que dependerá en todo caso del valor social y del sentido político que se otorgue al término Constitución. En países con tradición democrática y con sentimiento constitucional profundo, nada impedirá que la revisión constitucional cobre una significación notable y opere con gran amplitud. Es el caso de Estados Unidos de Norteamérica. Lo que se explica, entre otros motivos, porque a través de la reforma no se ha intentado nunca eliminar los principios democráticos y liberales legitimadores del sistema...”<sup>12</sup>

Diciente es la posición del profesor De Vega en nuestro contexto, puesto que los principios que alimentan nuestra democracia son atacados abierta y continuamente bajo el expediente de la expresión de la mayoría, que con el tiempo se ha ido transformando en plebiscitaria, es decir, una democracia acrítica y que funciona de acuerdo con el pensamiento masa, de mercado, de la encuesta, de la mass media y de la imagen, que Zagreblesky denomina esta forma democrática como *dogmática*<sup>13</sup>.

“... Contrariamente, en los países de vida democrática precaria, y con escaso sentimiento constitucional, donde el ordenamiento fundamental está siempre amenazado de verse sometido a interpretaciones arbitrarias e interesadas, no tendrá por qué causar extrañeza que la institución de la reforma se restrinja al máximo en su operatividad y se contemple con recelo. Lo que no significa que se paralice la historia y la Constitución se entienda como algo inmutable. Al contrario, frente al poder de reforma, lo que se coloca entonces es la idea de poder constituyente. No deja de ser esclarecedor a este respecto que, frente al proceso revolucionario y constitucional americano, surgido en una sociedad sin graves conflictos ideológicos, y caracterizado por la idea de estabilidad y por la apelación a la reforma constitucional, el proceso revolucionario francés, que operó en un marco de confrontaciones históricas profundas, se singularizara, no por la continuidad constitucional, sino por la actuación permanente del poder constituyente, dando lugar a la sucesión vertiginosa de unas Constituciones tras otras...”<sup>14</sup> concluye el profesor De Vega.

Por otro lado los españoles abundan en argumentaciones sobre el Fraude Constitucional. Consideran por ejemplo, que una reforma a los estatutos de una economía que esté abiertamente en contra de la Constitución, puede estar encasillada dentro de la teoría. Es así como Jesús López Medel, vicepresidente de la sección de derecho de la Real Academia de Doctores de España argumenta al respecto:

“... El planteamiento del fraude constitucional, no sólo lo traíamos del derecho comparado o de la más ortodoxa doctrina de Kelsen sobre la Carta Magna, como Norma Fundamental, sino que está anticipado, por el órgano consultivo de la Generalitat, que presidía el Letrado Torno, luego dimitido. Y aún por los 'expertos constitucionales', a dedo, designados por los

12 *Ob., cit.*

13 Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona, Ariel, 1996.

14 De Vega García, Pedro. *Ob., cit.* pp. 295-296

socialistas, aunque los 19 puntos anticonstitucionales quedaron reducidos a seis o siete. No se quiso oír al Consejo de Estado, que dejó claro que 'desde una reforma de Estatutos, no se puede reformar una Constitución'. Y añadido ahora otra aportación del Consejero de Estado, Díez-Picazo, ex magistrado del Tribunal Constitucional, que en su voto particular decía: *'Introducir modificaciones en la Constitución es barrenarla. Y ello es especialmente aplicable a las reformas, que, por una parte, no resultan necesarias, y que, por otra parte, son productos de iniciativas, que no resultan, en términos generales, fáciles de definir'...*" (cursivas en el texto).<sup>15</sup>

Y para abundar en razones en un Colectivo que reúne 60 intelectuales y profesores de derecho convocados por Gracián y con el título de Fraude Constitucional y Libertad sostiene lo siguiente:

"... Hay vientos de cambio en España. Modificando los Estatutos de Autonomía se está reformando la estructura del Estado. Y con ello se cuestiona una Constitución a la que están sometidos los políticos que en cada momento ejercen el poder (quienes en un Estado de Derecho no mandan por la fuerza, sino según el Derecho), una Constitución que garantiza a todos la libertad, la democracia y la paz. ¿Cómo preservarlas y asegurarlas? En esta España puesta en cuestión, ¿cómo asegurar la libertad y la paz? Aprendamos de la Historia, maestra que nos da lecciones de toda clase, tanto de lo imitable como de lo que se debe evitar. Y la Historia nos enseña que los cambios en la estructura de los estados pueden hacerse pacíficamente o de forma violenta. Hay cambio pacífico cuando, sin violencia, se usa el Derecho para hacer ese cambio, preservando así el imperio de la ley y la paz incluso en los difíciles periodos de reforma. Como se hizo, por ejemplo, en la Inglaterra de 1689, que había aprendido la lección de sangrientas guerras civiles que terminaron con la ejecución de un rey y en una tiranía. Y también en España, tras la muerte del dictador Franco, con una reforma del régimen hecha a través de la Ley.

Pero los cambios también se producen de forma violenta y mediante el uso de la fuerza. En ocasiones utilizándola de forma ostensible, mediante una Revolución, como la Francesa o la Soviética. Y en otras, no menos numerosas, usando tal fuerza no amparada por el Derecho de forma subrepticia, encubierta, solapada, con apariencia externa de legalidad. En estos casos se ignora el Derecho vigente, en especial el que regula la modificación del régimen y del poder, pero se aparenta que se usa precisamente para cambiarlo. Dicho de otra manera: hay una lucha larvada del poder contra el régimen, hay violencia del poder no amparada por el Derecho que se encubre mediante órdenes a las que se reviste con forma de ley, hay fraude. Y dado que éste afecta a la Constitución, puede hablarse con propiedad de fraude constitucional. Se comprenden fácilmente las imprevisibles consecuencias que esta situación puede tener para la libertad. Todo dependerá de la fuerza que finalmente consiga imponerse. Mediante esta

---

15 López Medel, Jesús. En [[http://es.geocities.com/lopez\\_medel/pag50-184.htm](http://es.geocities.com/lopez_medel/pag50-184.htm)] 25/06/09

técnica, por ejemplo, el triunviro Napoleón transformó un régimen igualitario inspirado en Rousseau en un imperio absoluto. Y Hitler derogó la Constitución progresista de Weimar de 1919 para sustituirla por su caudillaje personal mediante lo que él mismo llamó una 'revolución legal', una revolución de momento no sangrienta, aparentando que se usaba la Ley<sup>16</sup>.

Como se observa, los límites a la reforma de la Constitución en España no son un asunto pacífico ya que generan desazón en la opinión, en la medida en que se tiende a transformar regresivamente el modelo existente, y la más acendrada de las críticas previene del peligro que representa la utilización de la legalidad como herramienta para el logro de los fines reformistas, por cuanto en el fondo subyace el fraude a la Constitución.

## VENEZUELA

La República de Venezuela está realizando grandes transformaciones en lo económico, político y social, impulsadas por el presidente Hugo Chávez, bajo el amparo del fortalecimiento de la industria petrolera. Para dar un marco jurídico a todos estos cambios en forma acelerada, han modificado la Constitución, unas veces apelando al llamado constituyente primario y otras por medio de actos legislativos, aprobados en la Asamblea. Todos esos hechos podrían conducir al llamado fraude constitucional. Al respecto, en octubre de 2007 el jurista Jesús R. Quintero escribe sobre este tema con verdadera vehemencia. En su análisis sostenía:

“... El fraude constitucional que puede ser caracterizado como una especie del género fraude a la ley, se comete cuando el acto, respetando la letra de la ley, trata de eludir su aplicación y contravenir su finalidad con medios indirectos, en este caso, disfrazando con ardid la abrogación de la Constitución vigente en su estructura y principios fundamentales, de 'reforma constitucional', para escamotear al poder constituyente originario su potestad, atribuyéndosela de tal modo al poder constituido. De esta manera se está consumando un golpe de Estado, instituyendo o pretendiendo instituir una legalidad *extra ordinem* al margen del texto constitucional que se pretende abrogar, y creando un conflicto político de muy difícil solución a tenor de la disposición del artículo 333 del texto constitucional vigente [...] Este fraude constitucional más que un crimen político, es una irresponsabilidad...”<sup>17</sup>

Pero los doctores Carlos Ayala Corzo y Jesús M. Casal, distinguidos juristas venezolanos, van mucho más allá en su concepto sobre el fraude constitucional porque sostienen que aún en el evento de que se apele al constituyente primario,

16 Colectivo Gracián, Bitácora Almendrán, Revista de Prensa [<http://www.almendron.com/tribuna/9324/fraude-constitucional-y-libertad/>] 26/06/09

17 Quintero, Jesús R. [<http://venezuelareal.zoomblog.com/archivo/2007/10/16/el-fraude-constitucional.html>] 26/06/09

por medio de referendo puede incurrirse en fraude constitucional, cuando afirman en su escrito sobre la evolución política institucional de Venezuela 1975 -2005, lo siguiente:

“... El *fraude constitucional* de la 'reforma'. La magnitud de los cambios constitucionales propuestos en la denominada 'Reforma Constitucional', representaban una transformación de nuestro Estado, a tal punto que desdibujaban sustancialmente el contenido de la Constitución de 1999, con lo que se estaba cometiendo un '**fraude constitucional**' (*sic*); esta doctrina sobre el 'fraude constitucional' había sido inocentemente recogida un año antes (2006) por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. [...] En tal virtud, esa normativa no podía ser el resultado del procedimiento para la aprobación de 'reformas constitucionales' contemplado en los artículos 342 al 346 de la Constitución; pero aun más: tampoco podía serlo ni siquiera como resultado de una Asamblea Nacional Constituyente, ya que contenía diversas normas que configuraban una disminución o regresión en materia de derechos humanos...”<sup>18</sup>

Respecto del control constitucional de la reforma, en este mismo documento se plantea que:

“... De allí que, el ejercicio del control constitucional por parte de la Sala Constitucional era imprescindible en esos momentos, a fin de verificar si la 'Reforma' planteada se ajusta a los límites que la propia Constitución le ha impuesto al Poder Constituido (en especial, la Asamblea Nacional). Con relación al aspecto concreto sometido a la Sala Constitucional, relativo al control de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución, es importante destacar la labor de los tribunales constitucionales...”<sup>19</sup>, concluyendo así que una Reforma Constitucional que viole la Constitución no puede ser sometida a referendo, porque ello "... constituiría sencillamente un *disparate* que, por no admitir el planteamiento de la inconstitucionalidad formal, hubiera que reconocer y dar por buena la posibilidad de que se aprobasen y se presentasen conscientemente a la consulta popular proyectos de reforma claramente inconstitucionales...”<sup>20</sup>

## COLOMBIA

En nuestro país la teoría del fraude constitucional empieza abrirse camino tímidamente. Pero con el deterioro de la separación de las ramas del poder público y la facilidad, por virtud del imperio de las mayorías, para reformar la Constitución por acto legislativo la teoría del fraude constitucional es y será una excelente herramienta jurídica.

18 Ayala Corzo, Carlos y Casal, Jesús M., en [[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071852002008000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002008000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es)] 25/06/09

19 *Ob., cit.*

20 *Ob., cit.*

En el salvamento de voto a la sentencia C-781 de 2007 que expresó la Magistrada (E) Catalina Botero Marino, plantea el fraude constitucional, respecto de la vulneración del principio de Jerarquía Normativa, por la asignación de funciones de la Comisión Nacional de Regalías al Departamento Nacional de Planeación, ya que el decreto 149 de 2004 modifica sustancialmente la Ley de Regalías, puesto que le asigna funciones a un Departamento Administrativo, funciones que correspondían por ley a la Comisión, basado, se repite, en su facultad reglamentaria, ya que es al Congreso a quien corresponde determinar las funciones generales de las entidades del orden nacional; ahora bien, el salvamento de voto recalca que en este caso se reforma la ley por medio de un decreto reglamentario, luego su contenido es materia de ley, por lo que, propone la Magistrada, es posible un fraude a la Constitución, que “... se produce por la usurpación material de funciones legislativas y se plasma en un conjunto de normas de diversa jerarquía que dificulta el correspondiente control judicial...”<sup>21</sup>. Fraude que además imposibilitaría el control judicial, generándose otro tipo de fraude, por cuando esta normativa no sería objeto de estudio ni por la Corte pues es un decreto, ni por el Consejo de Estado, pues contiene materia legal.

Ahora bien, la reforma del año 2007 podemos considerarla en lo que respecta a la disminución de los aportes de regalías a los departamentos y municipios como un fraude constitucional porque modifica sustancialmente la descentralización, haciéndola nugatoria. Lo más importante para sustituir el centralismo es el fortalecimiento económico de las entidades territoriales, porque solamente la elección de gobernadores y alcaldes constituye un caparazón sin asidero en la realidad.

Apelemos un poco a la historia. Cuando la Nueva Granada comenzó a tomar rumbo hacia el federalismo lo primero que organizó fue la descentralización. Durante el gobierno del General José Hilario López por medio de una ley, se otorgaron recursos a las provincias con el fin de fortalecerlas. Seguidamente, en la Constitución de 1853 se autorizó la elección popular de los gobernadores provinciales. Después, por medio de leyes se crearon los nueve estados y la Constitución de 1858 ratificó su formación. En 1863 surgieron los Estados Unidos de Colombia, con un sistema federal muy radical, con una autonomía sólida en los presupuestos de cada una de las regiones. Como podemos ver lo más importante en este proceso fueron los recursos con que contaron primero las provincias y luego los estados. Lo demás es retórica política. En la Constitución de 1886 se estableció un sistema centralista muy rígido, caracterizados por el nombramiento de los gobernadores por parte del Presidente de la república y los alcaldes por parte de los gobernadores. Los recursos de los departamentos eran muy precarios y el país vio alarmado cómo las pequeñas poblaciones empezaron a languidecer. Su renacimiento vino con el situado fiscal y luego por las transferencias de las regalías. Se había elaborado un estudio que señalaba cómo las pequeñas municipalidades estaban desapareciendo.

---

21 Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 2007, M.P.: Catalina Botero Marino

Se reafirma lo anterior en lo dicho por el tratadista Libardo Rodríguez quien sostiene que la Constitución del 86 era centralista y que solamente volvió la descentralización con la Constitución del 91.

Esta Constitución, como ya lo hemos afirmado, tenía como impronta la sustitución de la Carta del 86 por una nueva democrática, descentralizada y participativa. Por medio de las regalías se fortalecieron los fiscos departamentales y municipales, y el país comenzó a observar un renacer de la provincia. Las gentes volvieron a sus pequeños pueblos porque los municipios ya contaban con recursos económicos para engrandecer la patria chica como se viene afirmando en forma lírica.

Con la reforma del 2007 empezó el deterioro de los pueblos y los departamentos tienen que apelar permanentemente a las “Horcas Caudinas” que significa “el paseo” por ministerios e institutos nacionales en procura de aportes extraordinarios para el funcionamiento adecuado de sus departamentos. Por el contrario, sin planeación el gobierno nacional reparte partidas por todo el país, sustituyendo las entidades regionales.

### **Sobre la reelección**

Uno de los aspectos esenciales de nuestra Constitución está consagrado en el artículo primero que señala que Colombia es un Estado Democrático. Uno de los temas más controvertidos ha sido el de la democracia, porque los dictadores consideran que su gobierno está dentro de los límites de este sistema político. Pero hay que desbrozar en su intimidad el significado de la democracia. Surgió en la antigua Atenas como gobierno de la *demos*, es decir los diferentes grupos humanos que conformaban la *Polis*. Fue Clístenes quien finalmente consolidó el sistema cuando otorgó la facultad de elegir, ser elegidos y decidir todas las cuestiones de la ciudad a todos los ciudadanos sin discriminación alrededor de la renta. Igualmente creó el ostracismo, o sea el destierro para las personas que se destacaban demasiado en la ciudad y pudieran fácilmente convertirse en tiranos. Los cargos públicos eran provistos por elección o por sorteo con el fin de permitir a los ciudadanos que aunque fuera una vez en la vida pudieran servir a la ciudad. En consecuencia, los periodos de gobierno eran cortos y sin reelección. Aristóteles habló de los tres poderes y los llamaba partes y más tarde Locke y Montesquieu recabaron sobre la separación de poderes.

En consecuencia, la democracia requiere i) del sufragio para escoger a sus gobernantes; 2) la separación de poderes; 3) la no reelección indefinida con el fin de permitir la participación de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones; y 4) la garantía de los derechos fundamentales. Lo demás es un juego de abalorios.

Si una reforma constitucional atenta contra los principios fundamentales de la Carta, estaremos en los terrenos del Fraude Constitucional. No se necesita estar en contra de la ley.

El argumento que esgrimen algunos sobre el presidente Roosevelt<sup>22</sup> quien fue elegido cuatro veces, reafirma la inconveniencia de la reelección. En el último periodo presidencial del señor Roosevelt el Congreso de los Estados Unidos fue de mayoría republicana. Ya el pueblo no soportaba más la concentración de poder y la ausencia de posibilidades políticas.

El destacado constitucionalista norteamericano Stephen Holmes en una entrevista realizada por César Rodríguez Garavito y María Paula Saffon Sanín, publicada por el periódico *El Espectador* sostiene que “... La esencia de la democracia es la alternación en el poder...”, y más adelante asegura que “... la principal amenaza a la supervivencia de la democracia es que el mandatario de turno impida a sus rivales que ganen la siguiente elección aprovechando su poder...”<sup>23</sup>

Al respecto y sobre los límites a la reforma, la Corte Constitucional en sentencia C-551 de 2003 aclara de la siguiente manera:

“... la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP, 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 de competencia, 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”<sup>24</sup>

Cuando no se cumplen los requisitos establecidos y se desbordan los límites para la reforma constitucional estaremos frente a un “cesarismo plebiscitario”.

---

22 Del 4 de marzo de 1933 al 12 de abril de 1945.

23 Rodríguez Garavito, César y Saffon Sanín, María Paula. Entrevista a Stephen Holmes, *El Espectador*, Domingo 14 de junio de 2009.

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

Respecto a los límites la Corte Constitucional abunda en razones. En la sentencia C-1040 de 2005 puntualiza lo siguiente:

“... El parámetro de referencia para el control de constitucionalidad de un acto reformativo de la Constitución está integrado por las normas del Título XIII de la Constitución que regulan el respectivo procedimiento; las normas constitucionales y orgánicas que resulten pertinentes en función del mecanismo de reforma constitucional de que se trate, y las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional...”<sup>25</sup>. En cuanto a la reforma de la esencia y naturaleza de la Constitución y su sustitución, en esta misma sentencia el fallador constitucional expresó: “... El juez constitucional cuando deba enfrentar un problema de sustitución de Constitución: primero, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, cómo puede una reforma llegar a ser realmente una sustitución de la Constitución [...] El pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente...”<sup>26</sup>

Por último y examinando esta providencia encuentra la Corte que se da la sustitución cuando “... un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente...”<sup>27</sup> pues sería imposible reconocerla, y de paso, le prohíbe al legislativo “... sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria...”<sup>28</sup> o reemplazarla por otra; así mismo, aun cuando el cambio sea parcial, pero tal envergadura, que no sea posible reconocerla como tal, en su identidad originaria, es prohibida esta reforma.

## LA OMISIÓN LEGISLATIVA

“La omisión supone siempre un incumplimiento voluntario equivalente a un acto expreso de disposición contrario a un deber constitucional”<sup>29</sup>

25 Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. M.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.

27 *Idem*.

28 *Idem*.

29 Ramírez Cleves, Gonzalo A. *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia*. En [<http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>] p. 2 citando a “Eto Cruz, Gerardo. Acción de inconstitucionalidad por omisión. En: Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, p. 172. La referencia del escrito de Constantino Mortati es la siguiente: “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore” *Problema di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 923 y ss. Apareció también en *Il Foro Italiano*, 1970, V, pp. 153- 191.”

Es función principal de los parlamentos el desarrollo de los preceptos constitucionales a través de la ley; en nuestro país el artículo 114 constitucional la establece como tarea primera del Congreso, lo cual implica, y siguiendo la tradición del constitucionalismo occidental, que su razón de ser es la expedición de la norma jurídica que de allí deriva su nombre como órgano: de su función legislativa. Ahora bien, hemos observado preocupados que nuestra Constitución después de dieciocho años de vigencia no ha sido desarrollada en algunos de sus apartes por el Congreso, lo cual constituye un incumplimiento de sus deberes constitucionales por vía negativa; los efectos de esta omisión del deber hacen nugatorios algunos derechos y se tornan inoportunos los preceptos que los consagran. De esta forma podemos afirmar que el incumplimiento del deber constitucional de legislar, podría originar una mirada diferente al asunto objeto de este escrito.

Esta mirada es otra manera de expresarse el fraude a la Constitución, es la figura que la doctrina<sup>30</sup> ha denominado la omisión legislativa absoluta, que se presenta cuando el legislativo no desarrolla la normativa constitucional, que en algunos casos genera la denegación de un derecho fundamental (última parte del art. 23, por ejemplo) o cuando el legislador no expide la ley a la que está obligado por el constituyente, como en el evento del artículo 53 o Estatuto General del Trabajo y en el de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, en detrimento de los trabajadores en el primer caso y de la descentralización en el segundo.

La Corte Constitucional<sup>31</sup> ha expresado que la omisión legislativa absoluta no es susceptible de control constitucional por sustracción de materia, es decir, al no existir texto legal alguno, no habrá forma de realizar el test comparativo de constitucionalidad; de lo que se ha colegido, que en Colombia no es viable declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

Conforme a lo anterior es conveniente oír la opinión autorizada del profesor Gonzalo Ramírez Cleves quien al respecto manifiesta: "...Así desde las Sentencias C- 543 de 1996 y las Sentencias C - 073 de 1996 y C-540 de 1997 entre otras, se ha

30 Guillermo Escobar Roca. "Recensión de los libros de Marcos Gómez Puente '*La inactividad del legislador, una realidad susceptible de control*', Madrid, McGraw-Hill, 1997; Ignacio Villaverde Menéndez '*La inconstitucionalidad por omisión*', Madrid, McGraw-Hill, 1997 y José Julio Fernández Rodríguez '*La inconstitucionalidad por omisión*', Madrid, Civitas, 1998", *Revista Virtual Teoría y Realidad Constitucional*, no. 4, 1999, [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/rec/rec16.pdf>]

31 Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2004, invocando la sentencia C- 041/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, dijo que "*La misma jurisprudencia ha precisado empero que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional. En procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, la Corte ha señalado que el juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, si y sólo si, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta*" Para efectos del test de inconstitucionalidad y ante la ausencia de desarrollo legislativo de una norma constitucional la Corte en Sentencia C-543 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, también expresó: "*Frente a las omisiones absolutas, consistentes en la falta total de regulación normativa, dada la ausencia íntegra de normatividad no puede darse un cotejo con ningún texto, lo que impide una confrontación material, objetiva y verificable con la Constitución y, por tanto, no se da uno de los supuestos básicos del juicio de constitucionalidad*".

dicho que cuando la demanda se estructura sobre la base de una *omisión legislativa absoluta* la Corte carece de competencia para tramitar el juzgamiento, ya que un cargo fundado en una omisión absoluta plantea una ausencia total de regulación. Es decir que no se cuenta con un parámetro normativo constitucional para realizar el control [...] Apunta la Corte que como la omisión absoluta es la que se deriva de la completa inactividad del legislador, la corporación carece de referente normativo para hacer la confrontación con la Carta. Por ello la jurisprudencia ha dicho que la acción de inconstitucionalidad '*si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales*'. Por esta razón la Corte desecha cargos de inconstitucionalidad por omisión absoluta ya que según esta no tendría competencia...<sup>32</sup>

En países como Alemania gracias a la existencia de una norma positiva el Tribunal Constitucional ha optado por ejercer un control sobre la ausencia normativa del parlamento, ya a partir de un precepto constitucional, el artículo 1.1 de la Carta que prescribe que "...Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al **Poder legislativo**, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable", este Tribunal a través de la figura de la "Queja Constitucional" (*Verfassungssveschwerde*) ha desarrollado una acción que permite *forzar* al legislativo a llevar a cabo su función constitucional en esta específica materia. Ramírez Cleves al respecto ha dicho que "... La interpretación de dicha norma en Alemania ha dado lugar a la obligación del poder legislativo de desarrollar los derechos fundamentales como exigencia adicional de su respeto y protección efectivos, a la que se deduce según Gómez Puentes la obligación de: '*corregir provisiones legislativas defectuosas o aquellas que quedan desfasadas por circunstancias sobrevenidas, en cuanto resulté (sic) necesario para la protección efectiva de los derechos fundamentales*'..."<sup>33</sup>

En Italia, el Tribunal Constitucional a través de sus fallos y mediante la utilización de sentencias interpretativas, a partir de principios constitucionales, ha integrado en sus fallos las normas omitidas por el Parlamento.<sup>34</sup>

La omisión legislativa ocurre, al decir de la Corte "... (i) al no expedir precepto dirigido a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución al legislador; (ii) cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, se favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; (iii) cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; (iv) cuando el legislador, al regular o construir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Carta, sería una exigencia esencial para armonizar la norma con ella (v.gr. si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa). [...] El primero de los ejemplos,

32 Ramírez Cleves, Gonzalo A. *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ob., cit.* pp. 16-17

33 Ramírez Cleves, Gonzalo A., *Ob., cit.* pp. 11-12

34 *Ibidem.*

forma parte de la categoría de omisiones legislativas que puede denominarse 'absoluta'. Los demás tipos, son de omisiones legislativas relativas. La omisión legislativa relativa implica que el legislador reguló una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, al omitir una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa a fin de armonizar el precepto con la Corte Constitucional...<sup>35</sup>

Abundantes son las sentencias que en esta materia ha dictado la Corte<sup>36</sup>, y ha seguido una línea jurisprudencial definida, es decir, bajo ningún aspecto podría *controlarse* judicialmente la omisión legislativa absoluta en que incurra el Congreso. Pero en algunos casos la Corte ha entrado a reemplazar la actividad del legislador, como en el evento del derecho de petición ante organizaciones privadas, y ha dictado sentencias en las cuales ha reconocido la procedencia de este derecho fundamental ante particulares.<sup>37</sup> Es de resaltar que en este punto de la Carta, el constituyente optó por dejar a voluntad del legislador la reglamentación del derecho, por lo que, en términos generales y en gracia de discusión, al no expedir la ley, el Congreso colombiano no estaría incurriendo en omisión legislativa absoluta, puesto que no constituye una orden del constituyente.

No obstante, la Corte "... bajo criterios de interpretación restrictivos y fundamentados en la norma, ha señalado los eventos en los cuales es posible ejercer el derecho de petición frente a entidades privadas..."<sup>38</sup>, como los previstos en la T- 105 de 1996, dictada por el doctor Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual expresó que "... De conformidad con los argumentos expuestos y por tratarse de un derecho constitucional fundamental, debe entenderse que la acción de tutela resulta procedente tratándose del derecho de petición frente a particulares encargados de la prestación de un servicio público, o **cuando desarrollan actividades similares que comprometen el interés general**. Además, porque entenderlo en otra forma llevaría a un desconocimiento del derecho a la igualdad frente a las entidades públicas que prestan determinado servicio en forma directa, y cuyas actuaciones se encuentran sujetas al control legal a través de la acción de tutela, en tanto que las entidades particulares que desarrollan la misma actividad, estarían exentas de esta carga, generándose una evidente e injusta discriminación..."

Poco a poco la Corte fue forjando su doctrina y ya en la T-377 de 2000, estableció los límites al ejercicio del derecho de petición frente a particulares, así: "...La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es

---

35 Corte Constitucional. Sentencia C-1083 de 2008. M.P.: Mauricio González Cuervo.

36 Corte Constitucional, sentencias C - 073 de 1996, C- 543 de 1996, C-540 de 1997, C- 041/02, C-155 de 2004, premencionadas, entre otras.

37 Corte Constitucional, sentencia No. T-507 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

38 Rodríguez Delgado, Mauricio Enrique. *El derecho de petición ante organizaciones privadas*. Monografía de Grado, Maestría en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 62

necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración; 2. Cuando el derecho de petición constituye un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata; 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente...<sup>39</sup>, que como se observa, a través de una sentencia, determinó el sentido de un derecho fundamental que aún no ha sido reglamentado por el legislador.

En este caso la Corte ha actuado de manera parecida a como lo hace el tribunal italiano, quien mediante "... la distinción dogmática entre disposición y norma, ha dado lugar a la figura de las sentencias manipulativas y su subclasificación en *sentencias interpretativas*, *sentencias de recomendación*, *sentencias aditivas* y *sustitutivas*, que mediante la interpretación de los principios constitucionales permiten a la Corte constitucional integrar mediante sentencia la legislación omitida...",<sup>40</sup> obviamente y en el caso colombiano el ejemplo traído trata de sentencias de tutela y no de constitucionalidad, que son las que se presentan como ejemplo. Entonces, como se observa, en Colombia a través de una decisión judicial de tutela, que no de constitucionalidad, se *integra* una normativa ante una omisión absoluta del legislador, dada una negación de un derecho constitucional fundamental, por su no configuración legislativa. Aquí la Corte ha reemplazado al Congreso en su deber constitucional de legislar frente a los derechos fundamentales y parcialmente ha resuelto el problema de la eficacia del derecho fundamental.

La omisión legislativa es la abstención del legislador de desarrollar la Constitución en aquellas partes en las cuales es necesaria su intervención. Si los demás órganos del Estado son responsables por su inactividad, piénsese en el silencio administrativo, ¿por qué razón entonces, el Legislativo no responde cuando no cumple su mandato constitucional?<sup>41</sup> Si bien es cierto, dado el carácter de órgano de representación popular democrático del Congreso, su naturaleza hace que se acepte con más laxitud su postura frente a su función constitucional, lo que no obsta para, aún teniendo presente el principio de libertad de configuración legislativa, que cumpla, como los otros órganos del Estado, con sus deberes y funciones, buscando siempre

---

39 Corte Constitucional. Sentencia 377 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

40 Ramírez Cleves, Gonzalo A., *Ob.*, cit. p. 11

41 Véase Ahumada Ruiz, Ma. Ángeles. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. En [[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_08\\_167.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_08_167.pdf)] pp.169-170. A diferencia de lo que sucede con los órganos administrativos o judiciales, el legislativo sigue siendo irresponsable por su inactividad. Su incumplimiento del deber de legislar (en un momento concreto) no está acompañado de sanción. Sin duda, ello es reflejo de la posición de soberanía que reviste al Parlamento cuyos actos, sin embargo, no son soberanos y sí están sujetos a control. No obstante, la necesidad de poner remedio a la obstaculización del despliegue de eficacia de los enunciados constitucionales como consecuencia de la inactividad del legislador, ha llevado a los distintos ordenamientos a buscar soluciones que, sin quebrantar el principio de la libertad del legislador, pongan remedio a la situación inconstitucional cuando ello implica en alguna medida, además, un perjuicio para los particulares.

la integridad del ordenamiento jurídico. Ahora bien, ante la ausencia de ley frente a un determinado asunto del orden constitucional, se desequilibra el ordenamiento puesto que su aplicación frente a los coasociados será nula, y podría, eventualmente, desconocer principios y fundamentos del Estado, como el que atrás se mencionó, del Estado social, de los derechos fundamentales, de los derechos sociales, etc., haciéndolos ineficaces y como dice Ramírez Cleves "... El no desarrollo legislativo de los principios consagrados en la Constitución (Estado Social de derecho y dignidad de la persona humana) y la ausencia de legislación en materia de Derechos sociales, es parte del problema. Pensamos que la figura provechosa de la 'inconstitucionalidad por Omisión legislativa absoluta' no puede ser negada en estos casos por el órgano de control..."<sup>42</sup>.

En este orden de ideas, y con los efectos perniciosos de la omisión legislativa absoluta, se puede afirmar que esta sería otra forma del fraude a la Constitución, en razón a que uno de los órganos principales del Estado, el Congreso, evade su deber constitucional y voluntariamente incumple, desvirtuando así la integridad y eficacia de la Constitución y su plena vigencia.

---

42 Ramírez Cleves, Gonzalo A., *Ob., cit.* p. 29