

**Guillermo Otálora Lozano\***

# El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo

*The duty of minimal deliberation in legislative proceedings*

**Fecha de recepción:** 22 de agosto de 2013  
**Fecha de aceptación:** 20 de octubre de 2013

## RESUMEN

Este artículo argumenta que la Corte Constitucional de Colombia debería declarar inconstitucionales las leyes que no han tenido una deliberación suficiente en el Congreso. En apoyo de esa tesis se analizan los fundamentos teóricos del deber de deliberación, los debates del derecho comparado y las contradicciones de la jurisprudencia constitucional.

**Palabras clave:** Control constitucional, Elusión del debate legislativo, Deliberación, Democracia, Legislación.

## ABSTRACT

This article argues that the Constitutional Court of Colombia should declare unconstitutional those laws which have not had sufficient deliberation in Congress. In support of this proposition, the article analyzes the theoretical foundations of the duty to deliberate, the debates in comparative law and the contradictions of constitutional case-law.

**Keywords:** Judicial review, Circumvention of legislative debate, Deliberation, Democracy, Legislation.

## INTRODUCCIÓN

El control constitucional en Colombia tradicionalmente ha sido ejercido con respecto al fondo y la forma de las leyes. Leyes de todo tipo pasan por la Corte Constitucional y su constitucionalidad es considerada desde muy diversas perspectivas. Una ley puede ser controlada por afectar derechos fundamentales, contravenir normas orgánicas de competencia, vulnerar prohibiciones constitucionales específicas o infringir alguna regla de procedimiento legislativo. Dentro de las reglas de procedimiento legislativo, se encuentra la exigencia de cuatro debates para todas las leyes<sup>1</sup>. El poder legislativo tiene un deber, no sólo de votar y aprobar las leyes, sino también de debatirlas. ¿Pero qué constituye un

\* Abogado, Universidad de los Andes y estudiante de Maestría (LL.M.) en Harvard University. Agradezco las observaciones a una versión anterior de este artículo por los profesores Antonio Barreto Rozo y Andrea Celemin. Correo: guillermo.otalora@gmail.com

<sup>1</sup> Constitución Política, artículos 157 y 160.

‘debate’? ¿Hay un debate cuando los miembros del Congreso abren el debate y lo cierran sin haber discutido la iniciativa legislativa? ¿Hay debate cuando no conocen el contenido de las normas que deben votar? ¿Hay debate cuando no consideran el impacto potencial de una reforma profunda introducida en un proyecto de ley?

Este artículo busca resolver la pregunta de si la Corte Constitucional debería controlar el debate legislativo. En otras palabras, si en la aprobación de una ley se verifica la ausencia de debate, ¿puede la Corte declarar inexecutable la ley por esa razón?

La Corte Constitucional ha tomado una posición en la jurisprudencia relacionada con el vicio formal de ‘elusión del debate’, sosteniendo que los legisladores tienen el derecho a participar en el debate de las leyes pero no tienen el deber de hacerlo. Sin embargo ha tomado posiciones distintas en ámbitos concretos, como la ampliación de obligaciones tributarias, la regresión en la garantía de derechos sociales y la aprobación de iniciativas legislativas sin considerar el impacto fiscal de las mismas, entre otros temas. En esos asuntos la Corte ha sostenido que la ausencia de un verdadero debate legislativo vicia la constitucionalidad de las leyes.

Este artículo propone una forma de conciliar estas líneas jurisprudenciales encontradas y sugiere que la Corte Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad de las leyes donde se observa una ausencia absoluta de debate legislativo. Con ese fin, el artículo prosigue de la siguiente manera. En primer lugar se ubica el control del procedimiento legislativo en el contexto de la protección de los valores democráticos. Así, en la primera sección se argumenta que el control formal de las leyes persigue ciertos fines, entre los cuales se encuentra la protección de la deliberación legislativa. En esa primera sección también se sostiene que la importancia de la deliberación es un elemento común a varias teorías divergentes, e incluso opuestas, de la democracia.

En la segunda sección se explica la forma en que tribunales de otros dos países han abordado el problema de la deliberación parlamentaria en el control de las leyes, y las discusiones académicas alrededor de las decisiones de esos tribunales. Los dos países a examinar son Estados Unidos e Israel, donde las cortes tradicionalmente no han ejercido control procedimental sobre las leyes. Por esa razón, las premisas mismas del control del procedimiento legislativo han sido sometidas a debates más o menos recientes, y esos debates han resultado en distintos métodos judiciales para controlar la constitucionalidad de las leyes. Estas experiencias comparadas plantean alternativas interesantes para evaluar la forma en que la Corte Constitucional de Colombia ha abordado el control de la deliberación legislativa.

En la tercera sección se expone la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se demuestra que esta ha sostenido dos tesis opuestas. La primera tesis sostiene que no corresponde a la Corte verificar la suficiencia y calidad del debate legislativo. Esta primera tesis tiene argumentos poderosos a su favor y ha sido sostenida al menos a partir del año 2005. La segunda tesis sugiere que las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales cuando son aprobadas con una deliberación manifiestamente insuficiente. Esta tesis ha sido aplicada esporádicamente y en la mayoría de los casos de manera implícita desde el año 2003.

En la cuarta sección se propone un cambio explícito de jurisprudencia que acoja la segunda tesis. Se propone una forma de conceptualizar esa segunda tesis junto con las precauciones necesarias para evitar que la Corte Constitucional termine examinando de manera velada el mérito y la conveniencia de las leyes.

## **1. LOS VALORES PROTEGIDOS POR EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO**

### **1.1 Los valores subyacentes al procedimiento legislativo en la jurisprudencia constitucional colombiana**

El control formal de las leyes y los actos legislativos no siempre fue aceptado en la historia constitucional colombiana. En 1912, dos años después del establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia, una mayoría de magistrados en la Corte Suprema de Justicia afirmó que su competencia no se extendía “hasta declarar que una ley no es ley porque se hayan quebrantado en su formación algunas ritualidades prescritas por la Constitución Nacional”<sup>2</sup>. Esta posición tenía un fundamento institucional, los magistrados de la mayoría consideraban que de aceptarse el control formal de las leyes, “se daría a la Corte Suprema tal suma de poderes que invadiría el campo de acción del Cuerpo Legislativo, lo cual sin duda no ha sido la intención del Constituyente de 1910”<sup>3</sup>.

Dicha posición fue gradualmente vencida al interior de la Corte Suprema de Justicia en diversas decisiones, algunas con altas consecuencias políticas<sup>4</sup>. La competencia de la Corte para controlar vicios de forma fue reconocida expresamente en la reforma constitucional de 1968, donde se facultó a la Corte para decidir sobre la constitucionalidad de proyectos de ley objetados por el Gobierno “tanto por su contenido constitucional como por vicios de procedimiento en su formación”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Alberto Suárez Murillo, Gaceta Judicial No. T XX, 20 de abril de 1912.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Sobre la historia del control constitucional antes de la Constitución de 1991, ver Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 10-28. Ver también Cajas Sarria, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional: Colombia 1910-2007*, Cali, Icesi, 2008.

<sup>5</sup> *Acto Legislativo 1 de 1968*, en Diario Oficial No. 32.673 de 17 de diciembre de 1968, artículo 71.

Algunas sentencias y salvamentos de voto que defendieron el control de procedimiento de las leyes antes y después de 1991 lo hicieron a través de una argumentación de carácter formal. En ellas se afirmó que un criterio de validez de la ley es la sujeción a los procedimientos de formación, y si la Corte debe decidir sobre la validez de la ley, debe hacerlo en cuanto a la validez tanto formal como material<sup>6</sup>. En las palabras de un constitucionalista contemporáneo: “el concepto de guarda de la integridad de la Constitución [...] se extiende tanto a la efectiva protección del todo de los preceptos de la Carta, como a la de cada una de las disposiciones que la componen. Y tanto a los aspectos de fondo de las leyes, como a los de forma en el proceso de su elaboración”<sup>7</sup>. Esta visión se asemeja al argumento de Hans Kelsen, para quien el control constitucional era la consecuencia necesaria de la existencia de un orden jerárquico de fuentes del derecho. Según Kelsen “[e]s [...] evidente que el control debe comprender el procedimiento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular”<sup>8</sup>.

El alcance del control de procedimiento no es un asunto sencillo. En la Constitución colombiana hay un gran número de “normas de grado superior” que contienen disposiciones sobre el procedimiento legislativo, y algunas de ellas contienen reenvíos a normas legales, en particular la Ley 5 de 1992 que reglamentó el procedimiento legislativo. Esa ley contiene disposiciones precisas sobre los pasos que deben llevar a producir las leyes, por lo cual en el control de procedimiento existe el riesgo siempre latente de que la legislación sea declarada inconstitucional por irregularidades u omisiones inadvertidas en trámites puramente formales. El argumento de carácter formal no permite trazar una línea razonable entre las formalidades que importan para la constitucionalidad de la ley y los meros trámites cuyo desconocimiento no conlleva una decisión de inexecutable. A final de cuentas, *toda* la Ley 5 de 1992 señala las condiciones de validez formal de las leyes. Desde el punto de vista del argumento formal entonces, *cualquier* desconocimiento de las normas de procedimiento llevaría a declarar inconstitucional una ley.

La Corte Constitucional a partir del año 2001 comenzó a formular criterios para trazar una línea. El principal criterio es el de la “instrumentalidad de las formas”, según el cual “las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben

<sup>6</sup> Ver por ejemplo Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-283 de 1997*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz (5.06.1997): “toda norma legal que, por virtud de la Carta Política, deba sujetarse a una específica ley orgánica y no lo haga es inexecutable [...] en razón de que viola el artículo 151 de la Constitución Política” En el salvamento de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra a la Sentencia C-473 de 2004 que declaró executable el Plan Nacional de Desarrollo se explica que “siempre que se incurra en inobservancia o violación de una estas leyes [orgánicas] se producirá el quebranto indirecto pero real del artículo 151 de la Constitución y, por consiguiente, la ley que así fuere aprobada deviene en inexecutable por inconstitucionalidad”.

<sup>7</sup> Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Bogotá, Legis, 2005, p. 351.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 10, México, Porrúa, p2008, pp. 3-46, p. 32.

interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo<sup>9</sup>. Con este criterio es posible distinguir entre irregularidades que constituyen verdaderos vicios de procedimiento e irregularidades irrelevantes. Para la Corte, una irregularidad es irrelevante cuando el desconocimiento de la formalidad procedimental “no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta”<sup>10</sup>.

Esta doctrina ha obligado a la Corte a identificar los valores que se consideran protegidos por las normas sobre procedimiento legislativo. Así, el verdadero referente del control constitucional no son los procedimientos sino los valores de rango constitucional que éstos protegen<sup>11</sup>. En la jurisprudencia han surgido, entre otros, los siguientes valores: el respeto a la voluntad de las mayorías, la publicidad del procedimiento legislativo y la garantía de los derechos de las minorías políticas. El primero de estos valores, la voluntad de las mayorías, ha sido salvaguardado explícitamente en los casos en que la Corte declara la inconstitucionalidad de las leyes por vicios en las votaciones o por violaciones del principio de consecutividad<sup>12</sup>. Un ejemplo claro es la declaración de inconstitucionalidad del Estatuto Antiterrorista, en que la Corte consideró que las irregularidades en la votación del informe de ponencia “estuvieron orientadas a distorsionar la formación de la voluntad democrática del Congreso”<sup>13</sup>.

Un segundo valor de particular importancia es la publicidad del debate legislativo. La Corte ha declarado inexecutable leyes y actos legislativos que desconocen normas de publicidad y anuncios. La violación del principio de publicidad fue uno de los vicios determinantes que llevó a la inexecutable del referendo por la segunda elección<sup>14</sup>.

Un tercer valor importante en la jurisprudencia de la Corte es la protección de los derechos de las minorías parlamentarias. Las minorías son protegidas

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-737 de 2001*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett (11.07.2001). Esta tesis fue aplicada con anterioridad en los años 90, pero solo en el 2001 fue expresada de manera sistemática por la Corte y aplicada de manera consistente al control procedimental de las leyes.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> El énfasis de la Corte en la protección de valores de rango constitucional excluye que una ley pueda ser declarada inconstitucional por infracciones de normas procedimentales con rango de ley.

<sup>12</sup> El principio de consecutividad es el rótulo con el que la Corte describe la exigencia constitucional de que cada iniciativa legislativa cuente con cuatro debates para convertirse en ley. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-277 de 2011*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (12.04.2011).

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes (30.08.2004), fundamento jurídico no. 117. Ver también el salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, quien disintió entre otras razones porque en el caso concreto “[l]a formación de la voluntad de las cámaras no se distorsionó” (apartado 2.4.2).

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-141 de 2010*, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto (26.02.2010).

principalmente mediante la garantía del debate. Así lo dijo la Corte al explicar la institución de la “suficiente ilustración” en el procedimiento legislativo colombiano: “A través de esta figura, a la vez que se racionaliza la duración del debate y se respeta la decisión mayoritaria sobre la continuación del mismo, se garantizan condiciones de participación a las minorías [. ...] El espacio de deliberación pública debe ser respetado por las mayorías. No obstante, una vez cumplidos los requisitos que garantizan la deliberación, la declaración de suficiente ilustración también respeta la voluntad de las mayorías de expresar una decisión, si éstas deciden que cuenta con elementos de juicio suficientes para tomar una decisión y aprueban cerrar el debate de tal forma que un congresista o grupo de congresistas no bloqueen la posibilidad de decidir a través de tácticas parlamentarias como el “filibusterismo.””<sup>15</sup> En este sentido, cuando se evita forzosamente debatir un punto se irrespetan los derechos de las minorías. En un caso de ‘elusión del debate’, las comisiones del Senado y la Cámara no decidieron y votaron un artículo sino que defirieron la decisión a las Plenarios. La Corte declaró el artículo inexecutable, observando que “[a] través del debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas, y resulta ser un escenario preciso para la discusión, la controversia y la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentra espacio en el Congreso de la República”<sup>16</sup>. La Corte además ha afirmado que el debate es “la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático en el proceso de formación de la ley, en cuanto posibilita la intervención y expresión de las minorías”<sup>17</sup>.

Pero además de los tres valores ya señalados, la Corte ha protegido el valor de la *deliberación suficiente*. Así lo sostuvo el magistrado Rodrigo Uprimny Yepes en una aclaración de voto, donde afirmó que una declaratoria de inexecutable por elusión del debate “se inscribe en una línea jurisprudencial que pretende proteger la deliberación pública en el Congreso como elemento esencial de la legitimidad democrática de sus decisiones”<sup>18</sup>. Esta posición luego se vio reflejada en la sentencia que declaró inconstitucional el Estatuto Antiterrorista por un vicio en la votación de la ponencia<sup>19</sup>. En una sentencia más reciente, la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2009, la Corte explicó que el principio de consecutividad asegura que “cada uno de los asuntos que luego ingresan a ser parte del ordenamiento jurídico positivo, estén precedidos de

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-473 de 2004*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (18.05.2004).

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-801 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (16.09.2003).

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-760 de 2001*, magistrados ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa (18.07.2001).

<sup>18</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-668 de 2004*, aclaración de voto del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes (13.07.2004).

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes (30.08.2004), fundamentos jurídicos nos. 136 y 137.

una deliberación suficiente”<sup>20</sup>. La Corte Constitucional también ha protegido el valor de la deliberación al aplicar normas constitucionales sustantivas. En el caso de la imposición del IVA a la canasta familiar, la Corte declaró inexecutable una parte importante de una reforma tributaria, entre otras razones porque el principio de no tributación sin representación exigía una deliberación mínima sobre las implicaciones y los alcances de un cambio impositivo trascendental que afectaba el mínimo vital y otros principios de derecho tributario constitucional<sup>21</sup>. Finalmente, la Corte ha protegido los espacios de deliberación creados por normas particulares, como la regla de procedimiento según la cual el Gobierno debe hacer un análisis de impacto fiscal de los proyectos de ley. La Corte ha sostenido que el Congreso debe pronunciarse sobre el análisis de impacto fiscal cuando éste es presentado por el Ministerio de Hacienda, y la ausencia de pronunciamiento puede viciar la constitucionalidad de la ley<sup>22</sup>.

La deliberación es entonces uno de los cuatro valores constitucionales protegidos por el control procedimental de las leyes. Tiene igual importancia que el respeto a la voluntad de las mayorías, la publicidad de los procedimientos y la garantía de los derechos de las minorías. Su importancia se sustenta en el *deber de cuidado* que tienen los miembros del Congreso como *depositarios de la confianza del público*. Estos dos conceptos se explican a continuación.

## 1.2 La deliberación en la teoría democrática

La deliberación es una parte central de todo proceso legislativo. Jeremy Waldron sostiene que “los cuerpos legislativos no sólo se reúnen y votan, éstos deliberan”<sup>23</sup>. Los procedimientos que regulan los debates, según Waldron, reflejan “la idea de que es apropiado, e incluso necesario, ventilar los desacuerdos en un debate abierto”<sup>24</sup>. La deliberación según este autor es valiosa por dos razones. En primer lugar, la deliberación permite mejorar las decisiones y en segundo lugar, permite a las voces disidentes ejercer su derecho a ser oídas<sup>25</sup>. La deliberación es entonces una materialización del “deber de cuidado [...] de los legisladores] hacia aquellos que serán afectados por sus decisiones”<sup>26</sup>. Este concepto de *deber de cuidado* resalta que los miembros del Congreso son servidores del público, y por lo tanto su posición y su función legislativa no refleja privilegios sino deberes.

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-040 de 2010*, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva (1.02.2010).

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-776 de 2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (9.09.2003).

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-700 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (6.09.2010).

<sup>23</sup> Waldron, Jeremy, “Legislating with Integrity” en *Fordham Law Review*, Vol. 72, Oxford, Blackwell Publishing, 2009, pp. 373-394, p. 383 (traducción del autor).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*



La importancia de que las leyes cuenten con una deliberación previa es una premisa compartida por dos visiones opuestas de la democracia: la democracia deliberativa y la democracia mayoritaria. Para la primera, la deliberación es una condición necesaria de legitimidad y tiene un valor intrínseco. Es decir, es importante en sí misma para la realización de varios atributos de la democracia en una comunidad política, como el logro de consensos y la protección de los derechos fundamentales. Para la segunda concepción, sostenida entre otros autores por Waldron, la deliberación no tiene un valor intrínseco sino instrumental. Las leyes son legítimas principalmente porque son aprobadas por votación mayoritaria, pero la deliberación es importante para que los legisladores conozcan lo que están votando y para que al votar, tomen una decisión informada y responsable. En estas dos visiones la función de la deliberación es distinta, pero en ambas visiones de la democracia la deliberación importa.

La concepción de la democracia deliberativa sugiere que las decisiones no son legítimas por tener una votación mayoritaria, sino por haber sido objeto de deliberación y justificación pública. Puesto de manera sintética por el magistrado Rodrigo Uprimny, “la democracia no consiste únicamente en la conversión de las preferencias privadas en decisiones mayoritarias, por un simple proceso de agregación de las preferencias personales, por cuanto la deliberación y justificación pública de las decisiones legislativas es un elemento esencial de la legitimidad democrática”<sup>27</sup>. La democracia deliberativa tiene varias versiones, y la adopción de una visión de democracia deliberativa tiene además múltiples consecuencias<sup>28</sup>.

Una descripción simplificada de la democracia deliberativa es la siguiente, propuesta por Carlos Nino: “la concepción deliberativa de la democracia ve a la democracia como profundamente entrelazada con la moralidad, y confía en su poder para transformar las preferencias de las personas en preferencias moralmente admisibles. [...] el consenso logrado después de un ejercicio de discusión colectiva debe tener alguna confiabilidad con respecto al conocimiento de verdades morales”<sup>29</sup>. En la versión de Nino, la democracia tiene un *valor epistémico*. Es decir, los procedimientos de la democracia permiten a los participantes llegar a un conocimiento sobre la verdad moral. En ese sentido, el punto de la democracia no es respetar las preferencias de las mayorías o equilibrarlas con las preferencias de las minorías. Se trata en cambio de *transformar* esas preferencias hacia un mejor logro de la realización de los valores morales liberales.

En esta versión de la democracia, la tarea de un parlamento no es agregar votos para representar preferencias, sino deliberar acerca de los temas que nos importan

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-668 de 2004*, aclaración de voto del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes (13.07.2004).

<sup>28</sup> Ver Elster, Jon, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

<sup>29</sup> Nino, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 143.



de manera pública y transparente. Como dice Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto,

*“El Congreso es un espacio de razón pública. O al menos la Constitución postula que así debe ser. Y por ello las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa, y con mayor razón una decisión que se plasme en una reforma constitucional, deben acudir a ese espacio de razón pública a presentar sus razones. Deben igualmente convocar a los grupos rivales, incluso si son minoritarios, a presentar sus perspectivas. Y, en ese contexto, la deliberación pública es un incentivo para que los distintos grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas pues deben desarrollar justificaciones públicas de sus posturas. Esto debería permitir, por las razones anteriormente explicadas, decisiones legislativas y de reforma constitucional más justas e imparciales”<sup>30</sup>.*

La concepción de la democracia mayoritaria, en cambio, acepta que una decisión es legítima cuando la adoptan las mayorías. Una versión cruda de la democracia mayoritaria permite sostener que el voto mayoritario es condición necesaria y suficiente de la legitimidad de las leyes. Por ejemplo, Humberto Sierra Porto sostiene que “[l]a ley, como expresión de la voluntad del Congreso de la República y que a su vez es órgano de representación del pueblo colombiano, goza de una privilegiada presunción de validez [...]. La finalidad y el contenido de la ley es, salvo demostración en contrario, legítima y de obligado cumplimiento por todos los operadores del derecho”<sup>31</sup>.

Pero las versiones más sofisticadas de la democracia mayoritaria prevén un rol importante para la deliberación. Jeremy Waldron, un defensor de la democracia mayoritaria, considera que el proceso político no está concebido para superar las diferencias que todos tenemos en nuestras concepciones de la moralidad y la justicia. Dice Waldron que existen unas “circunstancias de la política”, consistentes en que todos tenemos desacuerdos profundos que versan sobre importantes cuestiones de principio<sup>32</sup>. La función del procedimiento legislativo no consiste en resolver esos desacuerdos, ni en llegar a un consenso<sup>33</sup>. Consiste en llegar a soluciones que puedan satisfacer las visiones distintas, aunque sea de manera parcial, mediante procedimientos que respeten la igualdad política, y el principal procedimiento para lograr ese fin es el voto mayoritario<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-668 de 2004*, aclaración de voto del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes (13.07.2004).

<sup>31</sup> Sierra Porto, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 214.

<sup>32</sup> Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 123-124, 127-128.

<sup>33</sup> Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 151-162.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 148: “puede demostrarse que ningún otro principio da mayor peso a las opiniones de cualquier miembro individual, excepto dando a esas opiniones un peso mayor que aquel asignado a las opiniones de otros miembros”. Traducción del autor.

En esta concepción mayoritaria de la democracia, el desacuerdo no es algo que deba ser deplorado o cuya superación deba buscarse a través de la deliberación. Es una circunstancia alrededor de la cual debe trabajar la democracia. En este mismo sentido Hans Kelsen sostuvo en 1929 que la finalidad del procedimiento parlamentario era lograr un “compromiso entre intereses opuestos”<sup>35</sup>, por lo cual “todo el procedimiento parlamentario está orientado hacia el logro de un punto medio entre fuerzas opuestas”<sup>36</sup>.

Las dos concepciones de la democracia tienen de esta manera un atributo común. Ambas valoran el debate parlamentario. Lo valoran en formas distintas: mientras que la democracia deliberativa considera que la deliberación es una forma de llegar al consenso, la democracia mayoritaria considera que ésta es un instrumento para permitir a las mayorías mejorar sus decisiones inevitablemente parciales e interesadas. Pero aún sin darle un valor intrínseco, la democracia mayoritaria valora la deliberación<sup>37</sup>. Por ese motivo Waldron sostiene que la deliberación legislativa puede ser justificada con al menos dos argumentos, compatibles con las ideas de la democracia mayoritaria:

*“En primer lugar, la deliberación puede de hecho mejorar nuestras decisiones legislativas. Debido a lo que está en juego en la legislación, tenemos un deber de tomar las mejores decisiones que podamos, y de no ignorar nada que pueda mejorar nuestras decisiones. En segundo lugar, aunque puedan o no mejorar nuestras decisiones, las voces disidentes tienen un derecho a ser oídas y escuchadas, porque ninguna propuesta —sin importar qué tan popular sea desde un comienzo, ni qué tanto parezca estar de acuerdo con el sentido común— tiene el derecho de sostenerse en el nombre de la comunidad hasta que haya sido probada frente al desacuerdo”<sup>38</sup>.*

La deliberación legislativa es por lo tanto una parte central del proceso de formación de las leyes, pues materializa el *deber de cuidado* que tienen los legisladores hacia el público. Ese deber de cuidado implica que la legislación debe ser cuidadosamente considerada, y que el mérito de la misma debe ser discutido abiertamente y ante la ciudadanía. El *deber de cuidado* implica ante todo que los legisladores no cumplen sus deberes hacia el pueblo con solo ir a las sesiones a votar. Deben ser diligentes en sus decisiones, deben informarse sobre las mismas y deben, ante todo, deliberarlas públicamente. Sin importar qué visión de la democracia se sostenga, la deliberación legislativa importa.

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, “The Essence and Value of Democracy”, en Jacobson, Arthur y Schlinck, Bernard (eds.). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 84-109, p. 93. Traducción del autor.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 102. Traducción del autor.

<sup>37</sup> Waldron, Jeremy. *Dignity of Legislation*, *op. cit.*, pp. 89:-90 “sólo podemos llegar a ese punto —una ley establecida, sostenida e implementada como *nuestra* a pesar de nuestros desacuerdos individuales sobre lo que debe ser— por medio de una deliberación hecha de manera creíble en nombre de todos nosotros, una deliberación que confronta nuestras diferencias en público y resuelve una posición común como una cuestión de elección social”. Traducción del autor.

<sup>38</sup> Waldron, Jeremy. “Legislating with Integrity”, *op. cit.*, p. 383.

### 1.3 La deliberación mínima en el derecho comparado

La Corte Constitucional puede cumplir un papel en la promoción de la deliberación pública de las leyes. Por medio del control judicial la Corte puede determinar si una ley fue precedida por deliberación suficiente, o en otras palabras, si al decidir sobre la ley los miembros del Congreso ejercieron o no su *deber de cuidado*. Esta posibilidad ha sido descartada por la Corte Constitucional debido a los riesgos que conlleva. En esta sección se utiliza la discusión en el derecho constitucional de Estados Unidos e Israel con el fin de explorar las principales razones para desconfiar del control judicial de la deliberación legislativa, los contraargumentos a favor del control de la deliberación, y las posibles formas que puede tomar esta clase de control judicial.

La escogencia de estos dos países como referentes de comparación se debe a sus experiencias relativamente recientes con el control formal de las leyes. A diferencia de Colombia y de otros países con una tradición consolidada de control formal de las leyes, en Estados Unidos e Israel, las cortes y la academia han tenido que lidiar con el problema de la justificación del control formal de las leyes durante las últimas décadas. De esta forma han tenido debates académicos y decisiones judiciales que plantean alternativas interesantes para evaluar la metodología aplicada por la Corte Constitucional de Colombia.

El sistema constitucional federal de Estados Unidos no contempla un control judicial del procedimiento legislativo. Según la posición predominante en ese país, un control formal de las leyes supone una invasión de la competencia del órgano legislativo para determinar sus procedimientos internos<sup>39</sup>. Esta ausencia de control formal de las leyes ha derivado en propuestas de diversas modalidades de control, y a la vez una discusión académica muy fértil sobre el mérito sustantivo de las mismas. En Israel, en cambio, la Corte Suprema en el año 2004 comenzó a controlar el procedimiento de formación de las leyes sin contar con una autorización textual explícita<sup>40</sup>. Debido a la ausencia de autorización textual, la Corte Suprema de Israel ha tenido que justificar y diseñar un sistema de control de forma a partir de los “valores sustantivos del régimen constitucional” que encuentran expresión en las reglas de procedimiento legislativo<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Ver por ejemplo, U.S. Supreme Court, *Baker versus Carr*, 369 U.S. 186 (1962) donde se afirmó que el respeto debido a otras ramas de igual jerarquía que la judicial y la necesidad de certeza sobre el estatus de una ley, contribuían a la “renuencia judicial a examinar si, al ser aprobada, una ley cumplió con todas las formalidades requeridas”. En general, ver Bar-Siman-Tov, Ittai, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process” en *Boston University Law Review*, Vol. 91, 2011, pp. 1915-1974, p. 1925.

<sup>40</sup> Israel Supreme Court, *The Poultry Growers’ Organization v. The Government of Israel*, HCJ 4885/03 (27.09.2004) y Israel Supreme Court, *Litzman v. The Knesset Speaker*, HCJ 5131/03 (17.08.2004).

<sup>41</sup> *Ibid.*

En Estados Unidos la oposición al control judicial del procedimiento legislativo se sustenta en el respeto a la autonomía del Congreso<sup>42</sup>, pero se puede explicar también en que el control constitucional en ese país es difuso, pues “[e]l hecho de que cualquier juez pueda velar por la pureza formal de las normas obliga a concebir las causas de invalidez de manera restrictiva”<sup>43</sup>.

Pero paralelamente ha surgido una especie de control que algunos autores denominan “semiformal”<sup>44</sup>. Se trata de una evaluación judicial de la calidad de la deliberación legislativa cuando la ley en cuestión ejerce una competencia que para la Corte Suprema es restringida, y cuyo ejercicio requiere una especial justificación.

En una línea de casos que empezó en la década de los años 90, la Corte Suprema comenzó a considerar el contenido de la deliberación legislativa para determinar si el Congreso había analizado y encontrado la conexión entre la regulación que efectuaba y la autoridad constitucional otorgada a él<sup>45</sup>. De esta forma, la calidad de la deliberación legislativa comenzó a ser uno de los factores tenidos en cuenta por la Corte para declarar la inconstitucionalidad de medidas que *prima facie* parecían exceder las competencias del Congreso<sup>46</sup>. La Corte Suprema comenzó a exigir en estos casos una evidencia de “un objetivo claro, la documentación de la necesidad de acción gubernamental y una consideración cuidadosa de políticas alternativas”<sup>47</sup>. Estos precedentes judiciales sugieren que “al menos en algunos ámbitos, las decisiones legislativas sólo serán declaradas constitucionales si reflejan una verdadera deliberación”<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Bar-Siman-Tov, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process, *op. cit.*, p. 1925.

<sup>43</sup> Biglino Campos, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 23.

<sup>44</sup> Bar-Siman-Tov, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process”, *op. cit.*, p. 1924.

<sup>45</sup> Los principales casos son *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000) y *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001). En estos tres casos la Corte Suprema sostuvo que el Congreso federal de los Estados Unidos había excedido sus competencias bajo la cláusula constitucional que le permite regular el comercio entre los Estados. Una de las razones determinantes para llegar a esa conclusión fue la ausencia de soporte fáctico para la conexión entre la medida tomada y la competencia otorgada al Congreso por la Constitución. El control “semiformal” además fue sugerido por el magistrado John Paul Stevens en el caso *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), donde este magistrado argumentó que una ley declarada constitucional por la Corte era realmente inconstitucional, entre otras razones, porque la medida tomada no había sido justificada suficientemente en el debate legislativo: “Cuando el Congreso crea una clasificación que estaría sujeta a un escrutinio estricto bajo la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda si hubiera sido adoptada por una legislatura estatal, me parece que el control judicial debería incluir la consideración de las características procedimentales del proceso de decisión.”

<sup>46</sup> Frickey, Philip & Smith, Steven, “Judicial Review, the Congressional Process and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique” en *Yale Law Journal*, Vol. 111, New Haven, Yale University, 2002, pp. 1707-1756, pp. 1721-1727.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 1728.

<sup>48</sup> Farber, Daniel & Frickey, Philip, “The Jurisprudence of Public Choice” en *Texas Law Review*, Vol. 65, Austin, University of Texas, 1987, pp. 873-927, p. 917.

Este modo de control constitucional tiene, según sus defensores, algunas ventajas. En primer lugar se considera que un control, aún mínimo, de la deliberación legislativa puede minimizar los efectos nocivos de intereses especiales y grupos de presión que distorsionan la voluntad democrática, ya que evita la aprobación de legislación que se decide ‘por debajo de la mesa’<sup>49</sup>. En segundo lugar, si la deliberación puede mejorar las decisiones sustantivas, un control judicial de la deliberación puede contribuir a mejorar la calidad de la legislación en general<sup>50</sup>. En tercer lugar, el control de la deliberación incentiva a los congresos a analizar con mayor cuidado los posibles costos de la regulación propuesta<sup>51</sup>. En cuarto lugar, se puede asegurar que las leyes son legítimas al examinar si éstas fueron aprobadas con la “completa atención del Congreso”, sin la cual no puede considerarse que éstas realmente reflejen los valores de la sociedad<sup>52</sup>. Finalmente y en quinto lugar, un control de la deliberación legislativa puede sustituir el control constitucional sustantivo, lo cual permite a los jueces constitucionales obrar con cautela y evitar comprometerse con subreglas constitucionales difíciles de sustentar y manejar en casos futuros<sup>53</sup>. De esta manera, en casos constitucionalmente dudosos, donde no se quiere cerrar prematuramente un debate constitucional, puede ser más fácil para un tribunal decidir la inconstitucionalidad de la legislación con base en una ausencia de deliberación y dejar la discusión de fondo para una decisión posterior.

Frente a estos aparentes beneficios se suman varias desventajas identificadas por autores críticos del control de la deliberación. La primera crítica es posiblemente la más poderosa: los modelos de control judicial de la deliberación no reflejan el verdadero funcionamiento de las cámaras legislativas. Los críticos sostienen que el proceso político de formación de las leyes no es racional y deliberativo, sino que es un proceso competitivo. Esta no es una imperfección del sistema sino una característica deseable del mismo, pues la deliberación racional requiere que todos los actores compartan los valores que desean promover para que puedan debatir de manera transparente sobre los medios a adoptar en la promoción de esos valores.

Un modelo de deliberación racional ignora que las decisiones en los congresos generalmente se forman mediante la construcción de coaliciones por medios distintos a la persuasión sobre los méritos de las propuestas, lo cual refleja la

<sup>49</sup> Ibid., pp. 918-919 y Goldfeld, Victor, “Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes” en *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004, New York, New York University, pp. 367-420, p. 369.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Coenen, Dan, “A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue” en *William & Mary Law Review*, Vol. 42, Williamsburg, College of William and Mary School of Law, 2001, pp. 1575-1870, p. 1689.

<sup>52</sup> Sandalow, Terrance, “Judicial Protection of Minorities” en *Michigan Law Review*, Vol. 75, Ann Arbor, University of Michigan, 1977, pp. 1162-1195, p. 1188.

<sup>53</sup> Calabresi, Guido, “The Supreme Court, 1990 Term — Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)” en *Harvard Law Review*, Vol. 105, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 80-151, p. 82.

verdadera composición plural de los congresos, donde sectores diversos están representados, y donde no se espera que éstos tengan unanimidad sobre los valores que la legislación debe promover. El control judicial de la deliberación, según estos críticos, trata al Congreso como un actor unitario, y le exige que lleve a cabo una discusión razonada que resulta en un consenso sobre los fines a perseguir y los medios a adoptar. Tal exigencia no puede aplicarse a un proceso inherentemente competitivo<sup>54</sup>. Por lo tanto ningún congreso podría cumplir las condiciones de deliberación racional exigidas por el control semiformal. En este sentido se estaría desconociendo una condición básica de legitimidad de toda doctrina judicial que busque controlar la acción de una rama del gobierno, y es que dicha rama del gobierno sea eventualmente capaz de cumplir con las exigencias de esa doctrina judicial<sup>55</sup>.

En segundo lugar, se afirma que el control de la deliberación legislativa puede ser un instrumento para esconder o disfrazar las preferencias sustantivas de las cortes. Con el control de la deliberación las cortes pueden invalidar leyes con las que están en desacuerdo sin la necesidad de justificar en términos sustantivos dicho desacuerdo<sup>56</sup>.

En tercer lugar, se critica que la jurisprudencia no especifica cuándo es apropiado ejercer un control de la deliberación legislativa ni establece qué tanta atención debe recibir un asunto en el proceso legislativo para que sea considerada constitucional la decisión sobre el mismo<sup>57</sup>.

En cuarto lugar se señala, no una crítica, sino lo que parecería ser una consecuencia necesaria del control de la deliberación. Si las cortes anuncian que la legislación constitucionalmente sospechosa que se adopta sin deliberación es inconstitucional, deberán estar preparadas para declarar constitucional el mismo contenido si el mismo está precedido por una deliberación suficiente<sup>58</sup>.

Un debate similar se ha dado en Israel. En ese país la posición tradicional era la ausencia de control constitucional sobre las leyes, pues Israel tenía una constitución no escrita fundada en la soberanía parlamentaria. Esta situación cambió entre 1992 y 1995, cuando la Knéset adoptó dos “Leyes Básicas” consagrando derechos fundamentales y la Corte Suprema invalidó legislación posterior adoptada por la

<sup>54</sup> Por todo el párrafo precedente ver, Frickey & Smith, “Judicial Review, the Congressional Process and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique”, *op. cit.*

<sup>55</sup> Linde, Hans, “Due Process of Lawmaking” en *Nebraska Law Review*, Vol. 55, Lincoln, Nebraska University, 1976, pp. 197-255, p. 207.

<sup>56</sup> Tushnet, Mark, “Subconstitutional Constitutional Law: Supplement, Sham, or Substitute?” en *William & Mary Law Review*, Vol. 42, Williamsburg, The College of William & Mary, 2001, pp. 1871-1880, pp. 1872-1876.

<sup>57</sup> Tushnet, Mark, “Legal Realism, Structural Review, and Prophecy” en *University of Dayton Law Review*, Vol. 8, Dayton, University of Dayton, pp. 809-831, p. 823.

<sup>58</sup> Sandalow, Terrance, “Judicial Protection of Minorities”, *op. cit.*, p. 1189.

misma Knéset, que contradecía esos derechos<sup>59</sup>. En casos posteriores el control constitucional se extendió al procedimiento interno seguido en la Knéset. Esto ocurrió en el caso *Litzman* donde la Corte observó que los votos de algunos miembros de la Knéset fueron sustituidos en la votación de una ley. La Corte Suprema determinó que la irregularidad observada era “una violación grave” que lesionaba los “principios básicos del sistema parlamentario”<sup>60</sup>. La Corte sin embargo no declaró inconstitucional la ley, sosteniendo que la diferencia en ese caso entre la votación real y la votación aparente no alcanzaba a invalidar la ley, pues la votación real en todo caso habría sido suficiente para aprobarla<sup>61</sup>.

En esta sentencia la Corte Suprema de Israel construyó una teoría del control del procedimiento, fundamentada en la protección de los “valores sustantivos del régimen constitucional”<sup>62</sup>. La Corte consideró que los valores en juego en este caso eran los de la “democracia tanto formal como sustancial”<sup>63</sup>. La democracia formal comprendería los principios de representación y de realización de la voluntad de la mayoría<sup>64</sup>. La sustancial, en cambio, incluiría elementos como la igualdad entre los miembros de la Knéset y la libertad de expresión de los mismos<sup>65</sup>. En este punto la protección de los valores subyacentes es similar a la protección que otorga la Corte Constitucional colombiana al controlar la validez formal de las leyes. La Corte Suprema de Israel, sin embargo, añade lo siguiente: “al lado de estos derechos, están los deberes de fidelidad de los miembros de la Knéset. En efecto, todo miembro de la Knéset actúa como depositario de la confianza del público.”<sup>66</sup>

Con fundamento en este concepto y en doctrinas de derecho administrativo israelí, se ha propuesto que la Corte Suprema de Israel controle el deber mínimo de deliberación. Suzie Navot sostiene que “la Corte tiene la autoridad para controlar una ley que no haya sido objeto de una deliberación seria y sustancial y con respecto a la cual no haya ni la más mínima semblanza de una infraestructura fáctica”<sup>67</sup>. Esta autora afirma que la Corte Suprema debería controlar dos elementos de la legislación. En primer lugar, el debate sobre legislación debería

<sup>59</sup> Weill, Rivka, “Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On The Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power” en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 39, San Francisco, UC Hastings College of the Law, 2012, pp. 457-512.

<sup>60</sup> *Litzman v. Knesset Speaker*, op. cit., párrafo 12.

<sup>61</sup> Es una aproximación similar a la ‘prueba de la resistencia del voto’ aplicada en varias sentencias colombianas. Ver por ejemplo Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes (30.08.2004) y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-141 de 2010*, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto (26.02.2010).

<sup>62</sup> *Litzman v. Knesset Speaker*, op. cit., párrafo 12.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párrafo 13.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Navot, Suzie, “Judicial Review of the Legislative Process” en *Israeli Law Review*, Vol. 39, Jerusalem, The Hebrew University of Jerusalem Cambridge University Press, 2006, pp. 182-247, p. 231.



tener una “infraestructura fáctica adecuada”<sup>68</sup>. Es decir, donde las reglas de procedimiento legislativo exigen algún tipo de análisis fáctico, por ejemplo un análisis presupuestal para ciertas leyes, dicho análisis debe estar presente y la violación de esas reglas conllevaría la inconstitucionalidad de la ley. En segundo lugar, la legislación debería contar con una deliberación mínima. Debería haber un intercambio de información y puntos de vista y un esfuerzo de persuasión mutua. La autora sugiere que la Corte debe controlar la legislación donde la “ausencia de deliberación es clara y flagrante”<sup>69</sup>.

Las diversas propuestas de control judicial de la deliberación se pueden analizar en dos variables separadas, que pueden ser útiles para una propuesta en el contexto colombiano. En primer lugar está el *contenido* de la deliberación que se espera. ¿Se trata de un requisito de deliberación con requisitos específicos sobre la forma en que se expresan las opiniones, o simplemente se espera que los parlamentarios expresen una opinión, a favor o en contra, de la legislación propuesta? En algunas fórmulas se sostiene simplemente que la legislación que “no llamó la atención del Congreso”<sup>70</sup> y fue aprobada, o que no tuvo “el nivel mínimo de atención por parte del Congreso”<sup>71</sup> no cumple con el estándar mínimo de deliberación. En otras variantes se intentan elaborar casos puntuales. Calabresi se refiere a instancias de “precipitación o falta de reflexión” y “ocultación”, que considera son las dos categorías generales de fallas en rendición de cuentas<sup>72</sup>. En ambos casos, asegura este autor, la Corte debería invalidar la legislación para dar al Congreso una segunda oportunidad de examinar la legislación cuidadosamente.

La propuesta de Suzie Navot refleja una exigencia de mayor nivel para el Congreso. El Congreso no solamente debe haber prestado atención a la legislación aprobada, sino que la misma debe haber sido precedida por un intercambio de puntos de vista y un esfuerzo de persuasión al otro, con base en una cierta infraestructura fáctica que soporta la medida legislativa. Como se explicará más adelante, las exigencias de la Corte Constitucional de Colombia han variado, entre la exigencia de una deliberación detallada y con argumentos constitucionales, y la ausencia absoluta de tal exigencia.

Un segundo punto de comparación consiste en la *circunstancia de activación* del control judicial de la deliberación. Un primer punto de vista sugiere que este control debe ser ejercido únicamente frente a la legislación sospechosa de vulnerar la Constitución. La deliberación mínima no sería entonces un requisito autónomo de toda legislación, sino apenas la consideración final decisiva al

<sup>68</sup> Ibid., p. 235.

<sup>69</sup> Ibid., pp. 241-244.

<sup>70</sup> Sandalow, “Judicial Protection of Minorities”, *op. cit.*, p. 1188.

<sup>71</sup> Goldfeld, “Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes”, *op. cit.*, p. 379.

<sup>72</sup> Calabresi, “The Supreme Court, 1990 Term — Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)”, *op. cit.*, p. 104.

momento de invalidar legislación que vulnera las penumbras de los derechos constitucionales o que se sospecha de sobrepasar las competencias reconocidas al Congreso<sup>73</sup>. Otros autores sostienen que la deliberación mínima debe exigirse de toda legislación, independientemente de su contenido<sup>74</sup>.

El Cuadro 1 compara las versiones del control judicial de la deliberación legislativa en los dos países estudiados. El panorama presentado en el Cuadro 1 se complementará en la siguiente sección con las distintas tendencias en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

**Cuadro 1.**  
**VARIABLES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DELIBERACIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

		<i>Contenido esperado de la deliberación</i>	
		Atención mínima por el Congreso	Argumentación estructurada
Leyes objeto de control	Contenido constitucionalmente sospechoso	Estados Unidos: propuesta de Guido Calabresi.	Estados Unidos: casos <i>Boerne</i> , <i>Kimel</i> y <i>Garrett</i> .
	Todas las leyes	Estados Unidos: propuestas de Sandalow y Goldfeld.	Israel: propuesta de Suzie Navot.

## 2. LA DELIBERACIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La jurisprudencia constitucional colombiana ha sido ambivalente sobre la naturaleza de la deliberación que se protege mediante el control de constitucionalidad. Los precedentes actualmente vigentes sobre el control formal indican que la deliberación es un derecho de los parlamentarios, y que ni la Constitución ni la Ley 5 de 1992 los obligan a opinar o debatir sobre los proyectos de ley o acto legislativo. Por ende, el control de constitucionalidad no asegura el resultado de una deliberación suficiente sino apenas la existencia de condiciones

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Sandalow, “Judicial Protection of Minorities”, *op. cit.*, p. 1188; Goldfeld, “Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes”, *op. cit.*, p. 379; Navot, “Judicial Review of the Legislative Process”, *op. cit.*, p. 241.

de procedimiento adecuadas para que ésta se realice, si existe la voluntad política para hacerla. Pero la jurisprudencia no ha sido uniforme y existen ciertos casos en que el contenido de la deliberación ha sido determinante para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Además, existen otros casos donde ciertas reglas de procedimiento legislativo han sido protegidas teniendo en cuenta un principio de deliberación suficiente. Las afirmaciones y decisiones de la Corte en estos pocos casos apuntan a un deber embrionario de deliberación mínima en el proceso legislativo.

## 2.1 Etapa temprana: *obiter dicta* sobre el contenido y la importancia del debate parlamentario

En 1997 la Corte se pronunció por primera vez sobre la constitucionalidad de un Acto Legislativo. En ese primer caso, la Corte Constitucional decidió que era constitucional que un artículo de la reforma constitucional fuera modificado en una etapa posterior a la presentación del proyecto. En esta decisión unánime la Sala Plena resumió los distintos pasos del procedimiento legislativo, y al considerar el concepto de *debate* consideró:

*“Debate”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa “controversia sobre una cosa entre dos o más personas”.*

*En consecuencia, a menos que todos los miembros de una comisión o cámara estén de acuerdo en todo lo relativo a determinado tema —situación bastante difícil y de remota ocurrencia tratándose de cuerpos representativos, plurales deliberantes y heterogéneos, como lo es el Congreso de la República—, es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio.”<sup>75</sup>*

Ésta es una visión deliberativa del procedimiento legislativo, donde la aprobación de leyes no consiste simplemente en una refrendación de acuerdos previos mediante una votación mayoritaria. La sentencia pone de presente que sobre los puntos que se legisla no es normal que existan acuerdos completos. Considera que es una “situación bastante difícil y remota”. Como lo afirma Jeremy Waldron, en la sociedad hay desacuerdos profundos que, sin importar cuánto se delibere sobre los mismos, requieren al final del día una votación para llegar a una decisión. Las leyes, según Waldron, son “el producto de asambleas amplias y polifónicas”<sup>76</sup>. Waldron sostiene igualmente que una actividad legislativa ideal es una en que se discute y se delibera, y no

<sup>75</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-222 de 1997*, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo (29.04.1997).

<sup>76</sup> Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 18.

simplemente una en que se vota: “las legislaturas no solo se reúnen y votan, también deliberan”<sup>77</sup> Por ello, un principio subyacente a las reglas de procedimiento legislativo es que “es apropiado, e incluso necesario, ventilar los desacuerdos en un debate abierto”<sup>78</sup>.

Esta visión sobre la importancia del debate fue reiterada por la Corte dos años después en una decisión de inexequibilidad en que la Comisión de Conciliación excedió sus competencias y substituyó la voluntad de las Cámaras. La Corte consideró que una razón adicional para declarar inexecutable la norma demandada fue la absoluta ausencia de discusión sobre el informe de conciliación en las Plenarias: “aún en el segundo debate que se propone en la Plenaria el texto conciliado por las Comisiones, no tuvo en el caso presente el carácter contradictorio y deliberativo ínsito en la naturaleza de todo debate, lo que finalmente lleva al conocido “pupitrazo”, uno de los vicios más denostados del procedimiento parlamentario”<sup>79</sup>.

Finalmente, en un caso de violación del principio de unidad de materia<sup>80</sup>, la Corte consideró que la deliberación ocurrida durante el procedimiento legislativo sería relevante para tomar una decisión final: “cuando, no obstante que objetivamente fuese posible establecer algún tipo de conexidad entre los contenidos de un proyecto de ley, uno de tales contenidos no hubiese sido explícitamente presentado en el curso del debate legislativo, prima la consideración sobre la unidad de materia, para evitar que, al amparo de una conexidad meramente temática, se introduzcan, de manera subrepticia, materias que quedarían sustraídas del debate democrático”<sup>81</sup>.

En estos tres casos no puede decirse que las afirmaciones de la Corte sobre la importancia de la deliberación hayan sido razones determinantes para la decisión, por lo cual en estricto sentido no son precedentes vinculantes. Se trata en cambio de *obiter dicta* que no son obligatorios para la Corte en casos posteriores pero “tienen fuerza persuasiva”<sup>82</sup>. En estos tres *obiter dicta* la Corte consideró que (i) la deliberación era un *deber* de las cámaras legislativas a lo largo del proceso

<sup>77</sup> Waldron, Jeremy. “Legislating with Integrity”, *op. cit.*, p. 383.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-702 de 1999*, magistrado ponente Fabio Morón Díaz (20.09.1999)

<sup>80</sup> El principio de unidad de materia está contenido en el artículo 158 de la Constitución según el cual “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”.

<sup>81</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-803 de 2003*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil (16.09.2003). Sobre este tema también se puede consultar el *obiter dictum* en Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-812 de 2009*, magistrado ponente Mauricio González Cuervo (18.11.2009), donde se afirma que mediante el principio de unidad de materia “quiere el Constituyente impedir la introducción de iniciativas sorpresivas, inopinadas o subrepticias en el curso del trámite parlamentario, que dificulten la participación democrática de la representación plural de la voluntad popular y oscurezcan el marco legal de interpretación y aplicación de las normas”.

<sup>82</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-047 de 1999*, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero (29.01.1999).

legislativo y (ii) la ausencia de deliberación sobre determinados puntos, como el informe de conciliación al aprobarlo en Plenarias o la inclusión de un artículo nuevo en un debate, podría eventualmente ser una razón determinante para una declaratoria de inconstitucionalidad.

## 2.2 Deliberación mínima sobre medidas trascendentales: el caso del IVA, la regresión en derechos laborales y los Proyectos Especiales de Desarrollo Agropecuario

Las consideraciones en los tres casos reseñados anteriormente tuvieron que ver con la definición del término “debate”, presente en la Constitución y la Ley 5 de 1992. Pero la Corte también ha derivado un deber de deliberar de otras disposiciones de la Constitución. Así ocurrió en el caso de la extensión del IVA a la canasta familiar. La Corte declaró inexecutable el artículo de una reforma tributaria que extendió el IVA a varios bienes y servicios, dentro de los cuales estaban los bienes de primera necesidad. La inconstitucionalidad del artículo surgió de varios “factores concurrentes”, el primero de ellos siendo la decisión tomada sin deliberación: “la concepción de la norma indica que el artículo 116 fue una *decisión indiscriminada* de gravar bienes y servicios totalmente diversos, la cual se tomó *sin el mínimo de deliberación pública* en el seno del Congreso sobre las implicaciones que ello tendría a la luz de los principios de progresividad y equidad, como lo exige el respeto al principio de no tributación sin representación”<sup>83</sup>.

Según la Corte, el deber de deliberación mínima en este caso se derivaba del principio de legalidad del tributo. Es decir, de las disposiciones constitucionales que exigen que los impuestos sean hechos por el Congreso y no por las autoridades administrativas<sup>84</sup>. La máxima *no hay tributo sin representación* tendría, según esta sentencia, dos manifestaciones o expresiones. En su “expresión instrumental” sería una exigencia de que “cualquier norma que establezca o modifique una obligación tributaria deba haber surtido todos los pasos necesarios para haber sido adoptada como ley de la República”. En cambio “[l]a manifestación material de dicho principio se refiere a la *deliberación* acerca del tributo impuesto a cada bien y servicio en el seno del órgano representativo de elección popular. Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, puesto que traduce la posición de los representantes del pueblo, expresada en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual a su turno facilita el control del ejercicio del poder público, que es un derecho fundamental de los ciudadanos (art. 40, C.P.)”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-776 de 2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (9.09.2003), apartado 4.5.0. Énfasis en el original.

<sup>84</sup> Por ejemplo, los artículos 150, numeral 12 y 338 de la Constitución.

<sup>85</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-776 de 2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (9.09.2003), apartado 4.5.3.2.1.

En este caso la deliberación no se manifestó simplemente como un derecho de las minorías parlamentarias. En la aprobación de la reforma tributaria no se había negado a nadie la palabra ni se habían recortado los derechos de la oposición. Pero para la Corte, una medida tributaria de tal importancia exigía deliberación porque los miembros del Congreso debían expresar “razones públicas [...] al menos, identificables” para facilitar el control ciudadano sobre sus decisiones.

La Corte pasó a examinar en concreto los antecedentes legislativos de la reforma y concluyó que “la decisión de gravar todos los bienes y servicios de primera necesidad no obedeció a consideraciones fundadas en una deliberación mínima en torno a la legitimidad de los fines buscados por la ampliación de la base del IVA a toda una serie de bienes y servicios”<sup>86</sup>.

La Corte encontró además que “la decisión de gravar todos los bienes y servicios de primera necesidad, sin que mediaran consideraciones acerca de las implicaciones concretas de la imposición del respectivo gravamen sobre cada uno de éstos a la luz de los principios que rigen el sistema tributario, fue *indiscriminada* y careció de la deliberación pública mínima para admitir constitucionalmente la extensión de la base del IVA en contra de los argumentos que previamente habían explicado las exclusiones y exenciones de los bienes y servicios de primera necesidad para promover la igualdad real y efectiva”<sup>87</sup>.

Esta decisión es importante porque señala la ausencia de deliberación como vicio de inconstitucionalidad, incluso cuando no existen reparos con respecto al procedimiento. La sola ausencia de discusión de una decisión trascendental puede llevar a la inconstitucionalidad de la ley, porque atenta contra la transparencia del proceso legislativo.

Hay que advertir, sin embargo, que en esta sentencia la Corte no concibió la falta de deliberación como un vicio autónomo de inconstitucionalidad. Ésta fue una de cinco razones concurrentes que hacían inconstitucional la extensión del IVA a la canasta familiar. La deliberación se verificaría entonces frente a medidas constitucionalmente sospechosas y sería una razón determinante para declarar inconstitucional una medida sobre la cual hubiera sospechas sustantivas de constitucionalidad. Es por eso que el contenido esperado de la deliberación en este caso versaba sobre la constitucionalidad de la decisión legislativa y no simplemente sobre su conveniencia. En este caso la Corte consideró que la deliberación mínima (i) debió haber sido “en torno a la legitimidad de los fines buscados por la ampliación de la base del IVA a toda una serie de bienes y servicios”; (ii) debió haber considerado los contrargumentos constitucionales pues esos bienes y servicios “en el proyecto original se mencionaban como excluidos precisamente para justificar la razonabilidad y ecuanimidad de la

<sup>86</sup> Ibid., apartado 4.5.6.1.

<sup>87</sup> Ibid.

reforma al IVA” y además la exclusión “había sido justificada en el pasado con el argumento de que ello era necesario para promover la igualdad real y efectiva y beneficiar a los sectores de la población más necesitados”; y (iii) debió haber considerado también “la idoneidad constitucional de los medios escogidos para alcanzar tales fines generando sobre los sectores de bajos ingresos una carga tributaria que antes no tenían”. En suma, la Corte esperaba del Congreso un debate sustantivo sobre la *legitimidad de los fines buscados*, la *idoneidad de los medios empleados* y la *consideración de los derechos afectados*. Es decir, el Congreso debió haber aplicado un test de racionalidad y debió haber debatido si la medida era constitucional.

Cabe preguntar si esta regla debe limitarse a las medidas tributarias. La deliberación legislativa ha sido un factor relevante para declarar la exequibilidad de medidas constitucionalmente sospechosas en otros ámbitos. En la declaratoria de constitucionalidad de la reforma laboral del año 2002<sup>88</sup>, la Corte aplicó un juicio estricto de proporcionalidad a la regresión en la protección a los trabajadores, y consideró la adecuación y necesidad de las medidas con referencia a las deliberaciones parlamentarias. En la sentencia se afirma que “en los debates legislativos hubo una clara justificación de las medidas adoptadas, como instrumentos que eran considerados necesarios para combatir el desempleo” y de igual manera, que “existen perspectivas discrepantes que cuestionan la adecuación de esas políticas, como lo muestran no sólo las ponencias minoritarias en las cámaras sino también varios estudios académicos que se apartan de los diagnósticos y estrategias que sustentaron la reforma laboral”<sup>89</sup>, con lo cual se constató el esfuerzo argumentativo de las mayorías y minorías en el Congreso. En este caso es posible afirmar que la *presencia* de deliberación fue un elemento determinante para la exequibilidad de las normas demandadas.

En un caso más reciente la *ausencia* de deliberación contribuyó a la inexecutable de la norma regresiva en derechos sociales. El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 incluía normas sobre los denominados Proyectos Especiales de Desarrollo Agropecuario y Forestal, que efectuaban un cambio profundo en la destinación de tierras originalmente adjudicadas como baldíos y de tierras sujetas a la limitación de la unidad agrícola familiar prevista en la Ley 160 de 1994. La Corte Constitucional tuvo en cuenta varias razones para declarar inexecutable estas normas. Entre ellas, que eran medidas regresivas en materia de derechos sociales, que no habían sido suficientemente justificadas:

*“no se presentó ante la Corte ni por parte del Congreso ni por el Ministerio de Agricultura ni por quienes participaron del proceso, estudios cuidadosos o serias justificaciones que permitieran evidenciar cómo al autorizar a*

<sup>88</sup> Se trata de la Ley 789 de 2002, una de las primeras medidas económicas propuestas por el primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez.

<sup>89</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-038 de 2004*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett (27.01.2004), fundamento jurídico no. 36.



*los trabajadores del campo la libre enajenación de predios inicialmente adjudicados o comprados por el Estado y, la concentración de éstos en manos de particulares, se favorece el interés general en términos de producción de empleo, seguridad alimentaria, incremento de ingresos locales y nacionales, mejora en la calidad de vida de los habitantes de las áreas que rodean las zonas de desarrollo empresarial, así como en qué medida estos cambios benefician a esos pequeños propietarios enajenantes y cómo el Estado frente a ese nuevo modelo asegura su calidad de vida, su relación con la tierra y con medios adecuados de subsistencia.*

*No aparece tampoco en el expediente, a pesar de haber sido requerida, constancia expresa de que en los debates surtidos en el Congreso se hubiese discutido por qué tales medidas ciertamente regresivas eran necesarias e impostergables ni se encontró constancia del estudio de otras alternativas menos lesivas, que articularan todos los bienes jurídicos en juego, con posiciones jurídicas de derecho claras y garantistas tanto para el campesino como para el empresario del campo y menos incertidumbre en la regulación de las condiciones en que los grandes capitales y firmas de la economía nacional e internacional accederán como propietarios o como usufructuarios de las tierras del Estado para cumplir con los derechos sociales de los artículos. 60, 64 y 65 de la C.P. y concordantes.<sup>90</sup>*

En este caso la exigencia del debate fue particularmente intensa. En un pie de página la Corte añadió que el debate en el Congreso debía ser jurídico y no económico: “En el expediente no se encuentra estudio sobre estos aspectos. Estudios por demás necesarios, que deben incluir no sólo el punto de vista económico, en términos de productividad o competitividad, pues a más de él, es indispensable, como mandato de la Constitución económica en su todo, aspectos sociales que de no ser tenidos en cuenta pueden llevar a condiciones de marginalidad a la población campesina.”<sup>91</sup>

En este último caso la deliberación esperada, como en el caso del IVA, debía versar sobre aspectos de constitucionalidad. Según las sentencias de la Corte, los legisladores debieron efectuar juicios formales de proporcionalidad para establecer si la medida a adoptar sería o no constitucional.

### **2.3 Información mínima sobre contenidos a votar**

La Corte igualmente ha considerado un aspecto fundamental de la deliberación parlamentaria: la necesidad de que los parlamentarios que van a debatir y votar cuenten con la información mínima necesaria sobre lo que debaten y votan. La Corte declaró la inconstitucionalidad de cuarenta y una disposiciones legales del

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-644 de 2012*, magistrada ponente Adriana María Guillén Arango (23.08.2012), apartado 6.2.3.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pie de página 93.

Código de Procedimiento Penal del 2000 cuando encontró que éstas habían sido el resultado de un conjunto de proposiciones de enmienda cuyo contenido no pudo ser conocido por los miembros de la Plenaria de la Cámara de Representantes<sup>92</sup>. La Corte consideró que “el supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria es el conocimiento de los textos de los proyectos y de las modificaciones propuestas respecto de los mismos”, por lo cual “el desconocimiento del texto a aprobar equivale a la carencia de objeto de discusión o debate”<sup>93</sup>.

La sentencia fue proferida en aplicación de una regla concreta de procedimiento legislativo, el artículo 125 de la Ley 5 de 1992 que exige leer las proposiciones una vez antes de debatirlas y otra vez antes de votarlas. En ese sentido, este caso es distinto al descrito en el apartado anterior, en que la inexequibilidad surgió de una ausencia de deliberación aún sin que se hubieran violado las reglas de procedimiento. Hecha esa advertencia, la sentencia es importante porque identifica la *deliberación informada* como un valor constitucional protegido por las reglas de procedimiento legislativo. De esta manera, un debate no puede considerarse cumplido si los miembros de la cámara legislativa no han tenido la oportunidad de conocer el objeto del mismo.

## 2.4 Evaluación de impacto fiscal y deliberación sobre la misma

La Ley 819 de 2003 o Ley Orgánica del Presupuesto, ordena un análisis técnico de las iniciativas legislativas. El artículo 7 de esa ley establece que “En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo”. El segundo inciso de ese artículo ordena incluir en la exposición de motivos y las ponencias, “los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”. El tercer inciso, además, ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público rendir su concepto “en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República”.

Varias leyes han sido juzgadas frente a este requisito. La tendencia inicial en la Corte Constitucional fue de minimizar el peso de este artículo en el trámite legislativo. Así, entre 2004 y 2010, ninguna ley o proyecto de ley cuestionado por el incumplimiento de este requisito fue declarado inexequible. La Corte adujo varias razones para no declarar inexequibles las leyes sin análisis de impacto fiscal. En un primer momento sostuvo que el análisis no era exigible sin que hubiera sido expedido el marco fiscal de mediano plazo<sup>94</sup>. Luego, sostuvo que

<sup>92</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-760 de 2001*, magistrados ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa (18.07.2001).

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1113 de 2004*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis (8.11.2004).

este requisito no era exigible si el Ministerio de Hacienda no había rendido su concepto a tiempo, pues de otra manera se estaría otorgando una especie de veto legislativo a ese ministerio<sup>95</sup>. Sin embargo, la Corte tomó el paso de la declaratoria de inexecutable en la Sentencia C-700 de 2010. En este caso, a diferencia de los casos anteriores, el Ministerio de Hacienda había cumplido su deber de rendir un concepto sobre el impacto fiscal del proyecto de ley cuestionado. Según la Corte, la presentación por parte del Gobierno del concepto sobre el impacto fiscal “genera una obligación en cabeza del Congreso de valorar el concepto emitido por el Ministerio”<sup>96</sup>. En el caso concreto, la Corte encontró que “el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplió con suficiencia la obligación contenida en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, y por tanto [...] surgió en cabeza del Congreso la obligación de discutir y analizar las razones presentadas por el ejecutivo”<sup>97</sup>. Sin embargo, la Corte constató que “dentro del trámite del proyecto de ley no existe ninguna consideración ni sobre el impacto fiscal del proyecto ni del informe presentado por el Ministro”, por lo cual declaró inexecutable las disposiciones del proyecto de ley objetado por el Gobierno. Sentencias posteriores confirman la regla establecida en este precedente<sup>98</sup>.

Esa subregla jurisprudencial materializa un deber de deliberación sobre el contenido específico del impacto fiscal, que sólo se genera cuando el Gobierno ha cumplido la carga de presentar un análisis al Congreso, y el objeto de la deliberación es el análisis mismo. Según la Corte, las razones presentadas por el Gobierno no pueden vincular al Congreso, pero éste debe *discutir y analizar* esas razones antes de aprobar el respectivo proyecto de ley.

## 2.5 Vicio constitucional de elusión del debate

En la jurisprudencia constitucional existe una línea de decisiones iniciada en el año 2003 sobre el vicio de procedimiento conocido como “elusión del debate”. Esta línea de decisiones ha tenido variaciones y disidencias. En las dos primeras sentencias, la Corte unánimemente declaró inexecutable artículos que las comisiones constitucionales habían renunciado a aprobar o improbar, defiriendo la decisión a las plenarios<sup>99</sup>. En la primera de estas dos sentencias, la Corte sostuvo

<sup>95</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-874 de 2005*, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández (23.08.2005) y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-502 de 2007*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>96</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-700 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (6.09.2010).

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-866 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (3.11.2010).

<sup>99</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-801 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (16.09.2003) y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-839 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (23.09.2003). La primera sentencia tuvo salvamentos parciales de votos de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández quienes compartieron la decisión de inexecutable, pero consideraron que debió extenderse a otro artículo también

que “[e]s preciso que se adopte una decisión y no se eluda la misma respecto de un tema” y puso de relieve la importancia del debate en el proceso legislativo señalando que “[a] través del debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas, y resulta ser un escenario preciso para la discusión, la controversia y la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentra espacio en el Congreso de la República”<sup>100</sup>.

Después de estas dos sentencias, siguieron cinco casos en que la Corte declaró inexequibles artículos individuales que no habían sido aprobados en los cuatro debates legislativos<sup>101</sup>. Estas sentencias ampliaron la hipótesis de elusión del debate a los supuestos en que se introdujeron artículos nuevos a los proyectos de ley, sin que los artículos nuevos tuvieran una suficiente conexión temática con los anteriores. La rigidez exhibida en estos casos en cuanto a la evaluación de lo que constituye un “tema nuevo”, fue corregida en sentencias posteriores<sup>102</sup>. Lo interesante en este punto son los salvamentos y aclaraciones de votos de dos magistrados en esta línea de decisiones. Los magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa disintieron frente a aspectos de estas decisiones. Lo hicieron generalmente por separado y en una ocasión conjuntamente. Montealegre insistió en la interpretación flexible del “tema” que debía ser votado en cuatro debates, aún si un artículo individual no tenía la misma suerte<sup>103</sup>.

Cepeda consideró el asunto desde la perspectiva de la creatividad y flexibilidad del proceso político parlamentario. En el primer salvamento de voto de esta línea de decisiones, afirmó que la exigencia de que “todos y cada uno de los artículos de una ley deben ser votados en los cuatro debates [...] paralizaría la creatividad del debate parlamentario y le restaría sentido a los cuatro debates para la formación de las leyes”<sup>104</sup>. En un segundo caso, votó a favor de la decisión pero aclaró su

---

demandado. La segunda sentencia fue objeto de una aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería sobre un tema distinto.

<sup>100</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-801 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (16.09.2003).

<sup>101</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1056 de 2003*, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (11.11.2003); Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1147 de 2003*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil (2.12.2003); Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-312 de 2004*, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (31.03.2004); Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-370 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Alvaro Tafur Galvis (27.04.2004); y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-372 de 2004*, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández (27.03.2004).

<sup>102</sup> Un resumen reciente de los criterios materiales actualmente vigentes para determinar si un tema es “nuevo” y por ende desconoce el principio de consecutividad se encuentra en Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-490 de 2011*, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva (23.06.2011).

<sup>103</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1147 de 2003*, salvamento de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett (2.12.2003) y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-370 de 2004*, salvamento de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett (27.04.2004).

<sup>104</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1056 de 2003*, salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (11.11.2003). Ver también, en la misma sentencia, el salvamento de voto de los magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil.

voto considerando que para él la verdadera razón de la inconstitucionalidad era que el artículo en cuestión no había sido votado “ni a favor ni en contra” en la comisión, por lo cual en esa ocasión la comisión había eludido su responsabilidad “tanto de debatir como de votar”. Cepeda señaló que una tesis más rígida, como la sostenida en la ponencia mayoritaria “petrificaría la deliberación democrática” permitiendo a las comisiones fijar el articulado que se puede “debatir, proponer y votar”<sup>105</sup>. En otro salvamento de voto, el mismo magistrado adujo que la tesis de elusión del debate se había expandido “más allá de las hipótesis en las cuales se justifica aplicarla rigurosamente” considerando que ella “nació para evitar hipótesis extremas de renuencia a ejercer la función parlamentaria y se convirtió en una tesis excesivamente estricta que restringe los espacios de deliberación democrática y le cierra las puertas a la dinámica política en la formación de las leyes, lo cual tiene el efecto nocivo de castigar la creatividad parlamentaria y de petrificar los proyectos de ley a lo decidido en el primer debate”<sup>106</sup>. Consideró que el verdadero criterio para determinar si se había presentado elusión del debate debía ser “la constatación de que se evitó debatir o decidir sobre cierta disposición o asunto”<sup>107</sup>. El magistrado Cepeda advirtió finalmente que “[l]os congresistas no están obligados a opinar sobre cada artículo del proyecto sometido a su consideración y la Corte no es el juez de la suficiencia, calidad o profundidad de las razones esgrimidas en el debate”<sup>108</sup>.

La posición minoritaria en estas sentencias sugiere una cierta deferencia hacia los procedimientos legislativos, no para salvaguardar la autonomía del Congreso en abstracto, sino para permitir que la deliberación legislativa sea lo más abierta posible, impidiendo que una minoría de parlamentarios o el mismo Gobierno fije de manera rígida la agenda a discutir antes que la pluralidad de parlamentarios intervengan en la deliberación. En esta posición minoritaria se observa que, a diferencia del caso del IVA donde la deliberación se considera un deber, la deliberación sigue siendo un derecho del cual los parlamentarios pueden disponer. En esa perspectiva, las normas de procedimiento legislativo buscan *fijar condiciones adecuadas para deliberar pero no obligan a los congresistas a discutir si no desean hacerlo*.

## 2.6 Lo que no constituye elusión del debate: los casos del Plan Nacional de Desarrollo y la primera reelección presidencial

La posición minoritaria anteriormente descrita fue acogida por la mayoría de la Corte en dos casos posteriores: el Plan Nacional de Desarrollo y la reforma

<sup>105</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1147 de 2003*, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (2.12.2003).

<sup>106</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-370 de 2004*, salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (27.04.2004).

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

constitucional por la reelección presidencial. En ambos casos el alegato de los demandantes (algunos de ellos miembros de la oposición en el Congreso) consistió en que la aprobación de estos proyectos no fue producto de un debate, pues nadie intervino para discutir a fondo el mérito de las propuestas.

En el caso del Plan Nacional de Desarrollo la Corte observó que “aún cuando el debate formal no fue extenso, sí cumplió con los requisitos constitucionales y orgánicos del debate parlamentario”. En las sesiones legislativas estudiadas “hubo oportunidad suficiente para que las minorías intervinieran y expusieran sus observaciones y críticas. Igualmente, las propuestas presentadas por los congresistas fueron objeto de consideración tanto por el gobierno como por las comisiones; algunas fueron avaladas por el gobierno, otras no”<sup>109</sup>.

En esta sentencia, la Corte adoptó la posición minoritaria de los casos anteriores, según la cual la Corte debía verificar las *condiciones* de deliberación pero no la ocurrencia de la misma:

*“Las reglas existentes están orientadas a determinar unas condiciones para garantizar la posibilidad de existencia de un debate democrático, pero no su calidad o suficiencia. El respeto al principio del pluralismo así como el principio de autonomía del Congreso de la República impiden que el juez constitucional juzgue tales aspectos del debate. || Ninguna de las normas constitucionales o legales que regulan el debate parlamentario exigen que el Congreso o cualquiera de sus células legislativas debatan los proyectos de ley o de acto legislativo con una determinada intensidad o que las distintas posiciones sean expuestas bajo ciertas condiciones de calidad, ni mucho menos establecen parámetros materiales para medir su suficiencia.”<sup>110</sup>*

Esta posición fue reiterada en las sentencias en que la Corte decidió sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 02 de 2004 que permitió la reelección presidencial inmediata. Entre los diversos cargos que se propusieron contra el acto legislativo, hubo tres cargos de ausencia o elusión del debate: (i) ausencia total de debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, (ii) ausencia total de debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes en la primera vuelta y (iii) ausencia total de debate sobre el informe de conciliación presentado en segunda vuelta.

En dos de las sentencias, la Corte sostuvo que la garantía del debate estaba vinculada a “la protección de los derechos de las minorías parlamentarias”.

<sup>109</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-473 de 2004*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (18.05.2004). Esta sentencia tuvo salvamentos de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, quienes consideraron entre otras cosas que la moción de suficiente ilustración no había debido votarse sobre todo el proyecto sino sobre artículos individuales, y esa irregularidad viciaba la constitucionalidad de toda la ley.

<sup>110</sup> *Ibid.*

La Corte afirmó que “el debate, como elemento consustancial del principio de participación política parlamentaria, es precisamente una manifestación del derecho de deliberación reconocido a los integrantes del Congreso, de su derecho de hablar, de expresarse, el cual se encuentra respaldado en la representación popular que detentan todos y cada uno de los miembros que integran las Cámaras”. También reiteró la posición expresada en el caso del Plan Nacional de Desarrollo, sosteniendo que la Corte no era un juez de la calidad o suficiencia del debate, pues hacerlo “convertiría el derecho a participar libremente, en un deber de debatir forzosamente, el cual no puede ser impuesto a ningún parlamentario. Una cosa es la exigencia constitucional de que un proyecto sea sometido a debate en las células legislativas y otra bien diferente imponerle a cada congresista el deber de opinar sobre cada proyecto”<sup>111</sup>.

Sobre el cargo de ausencia de debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, la Corte determinó que la ausencia de intervenciones o de proposiciones en el debate no era relevante para el juicio de constitucionalidad. En cambio, “el dato verdaderamente relevante para la Corte es si la Presidencia dio a todos los representantes que consideraban necesario archivar o modificar el proyecto presentado, una oportunidad real, efectiva, material, de intervenir en la formación de la voluntad de la Comisión y controvertir el acuerdo de mayorías destinado a aprobar el proyecto tal y como había sido aprobado por la Plenaria del Senado”<sup>112</sup>. También afirmó que la existencia de un acuerdo de bancada, en que la mayoría ya había decidido previamente aprobar el proyecto de acto legislativo sin cambios, no constituía un vicio. Para la Corte, “[l]o que prohíbe la Constitución es que estos acuerdos de mayorías se consoliden o se impongan a través de la violación de los derechos de las minorías y, en especial, de la garantía institucional del debate. En otras palabras, lo que la Constitución reprocha es la existencia de pactos cuyo objetivo sea imponer arbitrariamente y con vulneración de los derechos de las minorías la decisión de las mayorías”<sup>113</sup>.

Al decidir el cargo de elusión del debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, la Corte aclaró que “[s]ólo cuando no se dan las condiciones para que el debate tenga lugar, la decisión que se adopte en el seno de las Cámaras no tiene validez”<sup>114</sup>. La Corte recordó que “la Constitución no exige

<sup>111</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1040 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005), sección 8.11. Consideraciones idénticas fueron expuestas en Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1041 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005), sección 5.8.

<sup>112</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1047 de 2005*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (19.10.2005), fundamento jurídico no. 34.

<sup>113</sup> *Ibid.*, fundamento jurídico no. 33.

<sup>114</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1041 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005), sección 5.8.4.2.(iii)(b)



que los parlamentarios hablen, ni ordena que exista controversia entre ellos”<sup>115</sup>. En el caso concreto, la Corte observó que tanto la mayoría a favor de aprobar el proyecto como la minoría que se oponía, ya tenían posiciones fijadas y “no iban a cambiar de opinión como resultado de las distintas intervenciones que pudieran producirse”<sup>116</sup>. La ausencia de discusión se dio por la renuencia de las mayorías a modificar el proyecto y la renuencia de las minorías a intervenir sobre los méritos del mismo sin transmisión de televisión. La Corte constató que las reglas de procedimiento para dar lugar al debate se habían seguido, por lo cual desestimó este cargo.

La Corte abordó un cargo idéntico, referido a la discusión del informe de conciliación en las Plenarias en la segunda vuelta. La Corte sostuvo que “aún cuando en la aprobación del informe de conciliación por ambas Cámaras Legislativas se procedió con rapidez y no se presentó material y efectivamente una confrontación de argumentos y posiciones por los miembros del Congreso, el trámite cumplido en ellas en ningún caso desconoció las reglas propias del procedimiento parlamentario referidas a la oportunidad del debate”<sup>117</sup> y advirtió que “la celeridad o rapidez con que se lleve a cabo la discusión y aprobación de una iniciativa, tal como ocurrió en este caso, no equivale a considerar que, por ese sólo hecho, se configura un vicio en el procedimiento legislativo”<sup>118</sup>.

En suma, la posición de la Corte sobre la elusión del debate puede resumirse en la siguiente consideración de una sentencia más reciente: “el presupuesto del debate [...] no exige que haya discusión o intercambio de criterios, sino que haya conocimiento sobre las posiciones y posibilidad de plantear alternativas, interrogantes o sugerencias”<sup>119</sup>.

## 2.7 ¿Debería la Corte Constitucional evaluar la calidad y suficiencia del debate?

Según la principal línea jurisprudencial sobre la deliberación legislativa, la Corte Constitucional debe proteger la deliberación, pero no obligando a los parlamentarios a deliberar sino creando las condiciones procedimentales para que puedan hacerlo a su discreción. En consecuencia, la deliberación es en la mayoría de los casos un derecho pero no un deber jurídicamente exigible de los miembros del Congreso.

---

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1040 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005), sección 8.11.5.2.4(iv)

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-168 de 2012*, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (7.03.2012).

Lo anterior no quiere decir que los parlamentarios no deban deliberar responsablemente. La Corte ha considerado la importancia de una deliberación informada y responsable en tres clases de casos. En primer lugar, la ha considerado como un elemento fundamental del proceso legislativo al declarar la inexecutable de disposiciones cuyo trámite ha vulnerado algunas normas de procedimiento<sup>120</sup>. En segundo lugar, ha tenido en cuenta la deliberación legislativa como razón para declarar inexecutable normas legales con sospecha de inconstitucionalidad (IVA sobre la canasta familiar y proyectos especiales agropecuarios)<sup>121</sup> y así mismo, para declarar executable otra en que la deliberación sí ha ocurrido (reforma laboral de 2002)<sup>122</sup>. Finalmente, ha considerado inconstitucionales las disposiciones aprobadas sin una discusión y análisis de las razones presentadas por el Gobierno sobre el impacto fiscal de las mismas<sup>123</sup>.

**Cuadro 2**  
**VARIABLES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DELIBERACIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

		Contenido esperado de la deliberación	
		Atención mínima por el Congreso	Argumentación estructurada
Leyes objeto de control	Contenido constitucionalmente sospechoso	Reforma laboral (C-038 de 2004)	IVA sobre canasta familiar (C-776 de 2003) Proyectos agropecuarios (C-644 de 2012)
	Proyectos con comentario por el Gobierno	Análisis de impacto fiscal (C-700 de 2010)	
	Todas las leyes	Código de Procedimiento Penal (C-760 de 2001)	

Como se puede observar, la deliberación suficiente solo se ha exigido de ciertas leyes. En la mayoría de los casos ha habido una particular circunstancia de

<sup>120</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-760 de 2001*, magistrados ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa (18.07.2001).

<sup>121</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-776 de 2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (9.09.2003) y Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-644 de 2012*, magistrada ponente Adriana María Guillén Arango (23.08.2012).

<sup>122</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-038 de 2004*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett (27.01.2004).

<sup>123</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-700 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (6.09.2010).

activación del control judicial de la deliberación. Pero en la generalidad de las leyes, la jurisprudencia ha sostenido que los legisladores no tienen el deber de deliberar.

¿Es suficiente ese esquema de control constitucional, o debería la Corte Constitucional exigir una deliberación informada y responsable como un requisito general de la legislación? A continuación se propone un sistema que va más allá de la jurisprudencia actual, que exija una deliberación informada y responsable. En otras palabras se busca que los congresistas lean y discutan lo que aprueban y combatir la práctica nociva del “pupitrazo”<sup>124</sup>.

### 3. LA DELIBERACIÓN MÍNIMA EN LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA

Los agentes principalmente encargados de asegurar una deliberación informada y responsable, podría decirse, son los electores, quienes tendrían que premiar a los congresistas que sí deliberan y castigar a los que no. Sin embargo la transparencia y apertura que lleva una deliberación amplia es el principal medio que los electores tienen para evaluar el desempeño de los elegidos. La Corte Constitucional puede fomentar los valores de la democracia si exige una deliberación mínima y revela en sus decisiones las faltas graves e irresponsabilidades de los miembros del órgano legislativo.

Ahora bien, una cosa es decir que la deliberación informada y responsable es un fin deseable, y otra muy distinta es afirmar que el medio más adecuado para lograrla es el control constitucional y la exigencia de una deliberación mínima. Es importante evitar confundir ambas cuestiones. En el derecho constitucional existen cuestiones que no necesariamente deben ser reguladas por normas cuyo cumplimiento sea controlado por los tribunales, pues los remedios judiciales directos no siempre son adecuados para asegurar los fines que busca una Constitución. En el caso de la deliberación legislativa, la jurisprudencia dominante evita fiscalizar la suficiencia del debate, no porque el debate no deba ser amplio y suficiente, sino porque existen valores constitucionales igualmente importantes en juego, como la necesidad de permitir la creatividad y flexibilidad en el proceso político, fortalecer a los partidos mediante la disciplina de bancadas y evitar que las minorías o los tecnócratas controlen la agenda legislativa<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> En la *Sentencia C-702 de 1999* reseñada arriba, la Corte reprochó “[el] conocido “pupitrazo”, uno de los vicios más denostados del procedimiento parlamentario”.

<sup>125</sup> Sobre este último punto se puede consultar la línea jurisprudencial en que la Corte se negó a aplicar el requisito de “análisis de impacto fiscal” como parámetro de constitucionalidad de las leyes, entre otras razones, porque permitiría al Ministerio de Hacienda controlar la totalidad de la agenda legislativa. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-866 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (3.11.2010). Sobre la creatividad en el proceso legislativo se pueden consultar los salvamentos de voto del magistrado Manuel José Cepeda a las sentencias previas a 2005 sobre elusión del debate. Sobre la disciplina de bancadas, ver Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1047 de 2005*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (19.10.2005).

Adicional a lo anterior, en el diseño de doctrinas y remedios judiciales existen dos aspectos relevantes que deben ser tenidos en cuenta por los jueces para asegurar la efectividad de sus sentencias. En primer lugar, los destinatarios de una subregla judicial deben tener la capacidad de cumplir eventualmente con la misma<sup>126</sup>. Si una nueva línea jurisprudencial crea requisitos de procedimiento que el Congreso es incapaz de cumplir, ésta será inútil. En segundo lugar, tal como ocurre con la regulación legislativa y administrativa, la regulación judicial puede optar por establecer incentivos para los agentes involucrados, que les permitan moverse hacia el ideal perseguido por la Corte, en lugar de impartir órdenes directas que en algunos contextos pueden ser menos efectivas<sup>127</sup>.

Por lo anterior, la respuesta sobre lo que debe hacer la Corte para asegurar un deber de deliberación mínima no puede ser automática. Una respuesta perfectamente plausible podría ser el mantenimiento del sistema actual, que evita evaluar la suficiencia del debate, prefiriendo mantener las condiciones formales para que la deliberación pueda eventualmente ocurrir. Podría incluso sostenerse que el mantenimiento estricto de estas condiciones formales, como la necesidad de abrir formalmente el debate antes de la votación, es el mejor incentivo para que las minorías intervengan y por medio de sus cuestionamientos a los proyectos de ley se genere un debate sobre su mérito sustantivo. Así, como dijo Lon Fuller, “en la medida de lo posible, los fines sustantivos deberían ser logrados procedimentalmente, bajo el principio de que si los hombres son compelidos a actuar de manera correcta, generalmente harán las cosas correctas”<sup>128</sup>.

### 3.1 Tres precauciones necesarias

Existen asuntos para los cuales los remedios judiciales, o algunos remedios judiciales específicos, no son aptos. Existen tres precauciones específicas que deberían tenerse en cuenta al reflexionar sobre el control judicial de la deliberación parlamentaria para evitar que un control de este tipo tenga efectos colaterales nocivos para la democracia.

La primera precaución fue señalada en la Sentencia C-473 de 2004. Es necesario que las reglas legislativas permitan una deliberación amplia y otorguen garantías a las minorías parlamentarias, pero a la vez es necesario evitar que “un congresista o grupo de congresistas [...] bloqueen la posibilidad de decidir a través de tácticas parlamentarias como el filibusterismo.”<sup>129</sup> En otras palabras, hay que impedir

<sup>126</sup> Linde, Hans, “Due Process of Lawmaking”, *op. cit.*, p. 207.

<sup>127</sup> Una ilustración de las diferencias entre estos dos métodos, y las desventajas ocasionales del segundo, se encuentra en Sunstein, Cass. *After the Rights Revolution. Revisiting the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 87.

<sup>128</sup> Fuller, Lon, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart” en *Harvard Law Review*, Vol. 71, Cambridge, Harvard University Press, 1957, pp. 630-672, p. 643. Traducción del autor.

<sup>129</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-473 de 2004*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (18.05.2004).

que las minorías hagan un uso de mala fe de las garantías parlamentarias para controlar el debate. Así, frente a una medida sobre la cual hay consenso mayoritario y popular, adentro y afuera del Congreso, y ya ha habido un debate suficiente, sería absurdo exigir un mayor intercambio de opiniones. Además, una regla que exigiera en todos los casos un intercambio de puntos de vista sería burlada fácilmente con una simple lectura de puntos de vista, sin un debate sincero. Permitiría fácilmente un cumplimiento meramente formal y sin integridad.

La segunda precaución que debe ser tomada en cuenta es señalada por el magistrado Cepeda en sus múltiples salvamentos de voto: no se puede paralizar la creatividad del debate parlamentario ni petrificar la deliberación democrática<sup>130</sup>. Una regla demasiado exigente sobre el contenido de la deliberación podría tener el efecto de impedir fórmulas creativas para la solución de problemas de política pública. Por ejemplo, si se impusiera un estándar sustantivo de calidad y suficiencia del debate sobre cada medida propuesta y en cada uno de los cuatro debates parlamentarios, el Gobierno o los congresistas no podrían proponer fórmulas intermedias o alternativas para zanjar desacuerdos cerca del final del trámite legislativo, por temor a que las razones escuetas a favor de nuevas fórmulas legislativas las hicieran inconstitucionales.

La tercera precaución, y quizás la más importante, tiene que ver con el rol institucional del Congreso de la República. El Congreso no es un tribunal constitucional, y no está diseñado para actuar como un cuerpo colegiado de jueces y abogados. Por lo tanto, las reglas jurisprudenciales sobre deliberación mínima no pueden convertirse en una exigencia de que el Congreso se comporte como una Corte Constitucional. No puede exigirse, por ejemplo, que las deliberaciones del Congreso tengan el mismo contenido que tendría una sentencia de constitucionalidad. Las reglas jurisprudenciales no deberían exigir al Congreso una deliberación suficiente sobre la *constitucionalidad* de las medidas, pues esa tarea corresponde a la Corte. Debería en cambio exigirse una deliberación sobre la *conveniencia* de las medidas, pues la competencia del Congreso consiste precisamente en hacer juicios de “conveniencia y oportunidad” de las medidas legislativas<sup>131</sup>. Es el Congreso el que debe evaluar si una medida es *buen*a y *justa*, no si es constitucional. Así como la Corte Constitucional no puede sustituir al Congreso en los juicios de conveniencia, al Congreso no debería exigirsele sustituir a la Corte en los juicios de constitucionalidad. Es por eso que a la Corte se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”<sup>132</sup> y el Congreso debe

<sup>130</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1056 de 2003*, salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (11.11.2003); Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1147 de 2003*, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (2.12.2003).

<sup>131</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-315 de 2012*, magistrada ponente María Victoria Calle Correa (2.05.2012).

<sup>132</sup> Artículo 241 de la Constitución.

actuar “consultando la justicia y el bien común”<sup>133</sup>. La pluralidad deseada en el debate político sería desvirtuada si se pidiera a los parlamentarios deliberar sus decisiones según las mismas estructuras de razonamiento usadas por magistrados de altas cortes. La Corte Constitucional parece haber caído en este error en la Sentencia C-644 de 2012 donde consideró que hubo ausencia de deliberación legislativa porque en el Congreso se mencionaron razones económicas a favor de la medida pero no se mencionaron los aspectos constitucionales que para la Corte eran importantes.

Esa postura de la Corte ignora las grandes diferencias entre las obligaciones institucionales de la Corte y las del Congreso: la Corte debe ser imparcial, el Congreso no. Así lo dijo el magistrado Cepeda al disentir de un *obiter dictum* en el caso del Estatuto Antiterrorista:

*“No es claro en qué queda el pluralismo cuando la Corte le exige al Congreso que sea imparcial y tampoco se ve quién tiene la facultad de imponer imparcialidad a un órgano por esencia político, no judicial. [...] La Corte no puede sustituir al Congreso en la identificación de los intereses de los votantes. Mucho menos invalidar una reforma constitucional porque no le parece compatible con los intereses de los votantes. Eso es lo que menos me gusta del formalismo excesivo: después de él, o antes de él, hay visiones sobre qué es lo que más le interesa a unos votantes o al país. Definir eso le corresponde a las ramas del poder público elegidas directamente por el pueblo, representativas de la diversidad nacional y responsables ante esos votantes cuyos intereses han de defender. No a la Corte.”*<sup>134</sup>

### 3.2 Cambio jurisprudencial: hacia unas condiciones mínimas de deliberación

Con las anteriores precauciones hechas, es posible proponer un cambio de jurisprudencia en materia de elusión del debate. La jurisprudencia actualmente vigente dice que se cumple con el requisito constitucional y legal del “debate” cuando se dan los requisitos formales, se respetan los derechos de las minorías, se realiza una votación luego de haber permitido las intervenciones y se toma una decisión sobre la medida legislativa propuesta. Así mismo, no se incumple ese requisito por el hecho de no existir deliberación sobre la medida legislativa, pues la jurisprudencia no exige la existencia de un determinado nivel de calidad o suficiencia del debate.

Existen cuatro razones de peso para que la Corte Constitucional cambie esa jurisprudencia. La primera razón es que existen líneas jurisprudenciales encontradas. Así, aunque la jurisprudencia señala que la Corte no debe evaluar

<sup>133</sup> Artículo 133 de la Constitución.

<sup>134</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816 de 2004*, salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (30.08.2004)

la calidad y suficiencia del debate parlamentario, también existen decisiones proferidas de manera paralela donde la Corte precisamente evaluó la calidad y suficiencia del debate. En particular, las sentencias explicadas en las secciones 2.2 (deliberación mínima sobre el IVA, sobre la reforma laboral y sobre los Proyectos Especiales Agropecuarios), 2.3 (requisito de información mínima sobre contenidos a votar) y 2.4 (deliberación sobre el análisis fiscal del Gobierno). En todas estas sentencias, la calidad y suficiencia del debate, así como los presupuestos de racionalidad mínima de la deliberación legislativa, fue una razón determinante para la decisión de declarar exequible o inexecutable una disposición legislativa.

Las líneas jurisprudenciales descritas están encontradas, pues en el fondo responden al mismo problema jurídico: ¿es inconstitucional una medida que no cumple con condiciones mínimas de deliberación? La Corte respondió afirmativamente para el IVA sobre la canasta familiar y la reforma laboral, así como las medidas sin deliberación de impacto fiscal y la reforma a un código donde los parlamentarios no tuvieron la oportunidad de conocer los contenidos que estaban votando. Pero respondió negativamente en los demás casos donde se propusieron cargos de elusión del debate, afirmando que no correspondía a la Corte verificar la “calidad y suficiencia” del debate.

Podría afirmarse que no se trataba del mismo problema jurídico. El caso del IVA fue decidido en aplicación del principio de no tributación sin representación, el caso de la reforma laboral lo fue en aplicación del principio de progresividad, y el de las medidas de impacto fiscal fue decidido en aplicación de la Ley Orgánica de Presupuesto. Pero esa objeción no pasaría de ser un contraargumento meramente formal. El hecho es que todas esas normas protegen el mismo valor subyacente: la necesidad de deliberación parlamentaria sobre medidas que afectan a los ciudadanos colombianos. Como lo afirmaría Ronald Dworkin, las distinciones en derecho deben tener algún fundamento de principio, pues de otra manera se incumple el deber de integridad<sup>135</sup>. No existe ningún fundamento de principio para sostener que hay un deber de deliberación de las medidas tributarias y las que tienen impacto fiscal, pero no existe el mismo deber, por ejemplo, en una reforma constitucional sobre la reelección presidencial o sobre la reforma a la justicia. Todas son medidas que afectan gravemente el ordenamiento del Estado y los derechos de los individuos, y todas son medidas que deberían ser deliberadas de manera seria. Por lo tanto, sí existe una incoherencia entre líneas jurisprudenciales. En estas condiciones, existen “razones poderosas”<sup>136</sup> para cambiar la jurisprudencia sobre elusión del debate.

La segunda razón de peso es que una regla jurisprudencial que exigiera condiciones mínimas de deliberación legislativa reflejaría mejor los principios que subyacen al

<sup>135</sup> Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 251-253.

<sup>136</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-228 de 2002*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett (3.04.2002).



procedimiento legislativo. Uno de ellos, como afirma Waldron, es la deliberación<sup>137</sup>. En ese sentido, de acuerdo con el principio de instrumentalidad de las formas que la Corte ha aplicado desde el año 2001, las reglas constitucionales y legislativas sobre el Congreso deberían ser interpretadas de manera que protegieran el valor constitucional de la deliberación.

La tercera razón consiste en hacer cumplir el *deber de cuidado* de los legisladores, quienes deben actuar como *depositarios de la confianza del público*. Un deber judicialmente exigible de deliberación mínima refuerza la idea de que los legisladores no son sujetos con privilegios estamentales sino servidores públicos con deberes hacia sus electores.

La cuarta razón de peso reside en dos normas constitucionales: los artículos 2 y 133 de la Constitución. El artículo 2 señala que es un fin esencial del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. Un fomento a la deliberación pública, en el Congreso, de las medidas legislativas que afectarán a todos los colombianos, indudablemente facilita la participación de todos en esas decisiones. A la vez, una regla jurisprudencial que permite aprobar la legislación en “pupitrazo” dificulta esa participación. Por otro lado, el artículo 133 dice:

*“Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.*

*El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.”*

Las tres frases contenidas en este artículo soportan la tesis de que la Corte Constitucional debería controlar las condiciones mínimas de deliberación sobre las medidas legislativas propuestas en el Congreso. La primera frase señala que los miembros del Congreso no sólo “representan al pueblo”, con lo cual tienen un *derecho* a participar en las deliberaciones legislativas, sino que “deberán actuar consultando la justicia y el bien común”, con lo cual tienen un *deber* de legislar con responsabilidad. La segunda frase, añadida en el Acto Legislativo 1 de 2009, establece que el voto es nominal y público, lo cual refleja un valor subyacente de transparencia. Una lectura integral de esta segunda frase lleva a la conclusión de que los legisladores no sólo deben ser transparentes con sus votos, sino también con las razones que los llevan a votar en uno u otro sentido. Finalmente, la tercera frase señala una responsabilidad política ante la sociedad y los electores. Los legisladores son entonces responsables. Ellos no acumulan prerrogativas sin nada a cambio. Por el contrario, en palabras de la Corte Suprema de Israel, cada legislador debe actuar “como depositario de la confianza del público.”<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Waldron, Jeremy. “Legislating with Integrity”, *op. cit.*, p. 383.

<sup>138</sup> *Litzman v. Knesset Speaker*; *op. cit.*, párrafo 12.

En suma, la Constitución exige algún deber de deliberación por parte de los miembros del Congreso, rechaza el “pupitrazo”, uno de los vicios más denostados del procedimiento parlamentario<sup>139</sup> y aconseja un cambio de jurisprudencia sobre la elusión del debate por parte de la Corte Constitucional.

La Corte debería reinterpretar la expresión “debate” contenida en el artículo 157 de la Constitución. El “debate”, además de los requisitos formales donde se otorga la palabra en el orden y las oportunidades indicadas por la Ley 5 de 1992, debería comprender los siguientes cinco elementos mínimos:

- (i) Los congresistas deben conocer el contenido de las iniciativas que están votando. Este requisito se desconocería, no sólo cuando no tienen la oportunidad de conocerlo (caso de la Sentencia C-760 de 2001 - inexequibilidad de artículos del Código de Procedimiento Penal) sino también cuando, habiendo tenido la oportunidad, por negligencia no consultan los proyectos y abdican a su responsabilidad como parlamentarios. Un ejemplo claro sería el de la fallida reforma a la justicia, donde el Presidente de la Cámara de Representantes admitió no haber leído el informe de conciliación sobre un proyecto de acto legislativo donde la comisión de conciliación había hecho cambios drásticos a la medida que votarían las Plenarias<sup>140</sup>.
- (ii) Las propuestas legislativas deberían contar con un mínimo soporte fáctico. Este requisito sería similar al que se discute en Estados Unidos e Israel. Así, una medida sin el mínimo soporte fáctico en los debates legislativos sería inconstitucional.
- (iii) Para evitar un cumplimiento simplemente formal del anterior requisito, sería necesaria una deliberación y análisis cuando el soporte fáctico fuera controvertido. Por ejemplo, si un proyecto de ley tuviera como fundamento una determinada aseveración fáctica, y la misma fuera disputada por el Gobierno, un congresista o la sociedad civil, el Congreso tendría el deber de al menos considerar esa objeción. En un caso donde hubiera evidencia de que, a pesar de una objeción clara y evidente contra una aseveración fáctica que sirve como fundamento de un proyecto, el Congreso omitió considerarla de manera absoluta, la Corte tendría que declarar inexecutable la medida legislativa en cuestión.

<sup>139</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-702 de 1999*, magistrado ponente Fabio Morón Díaz (20.09.1999)

<sup>140</sup> W Radio, “Simón Gaviria reconoció que ‘leyó por encima’ conciliación de la reforma a la Justicia antes de firmarla”, 22 de junio de 2012, <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/simon-gaviria-reconocio-que-leyo-por-encima-conciliacion-de-la-reforma-a-la-justicia-antes-de-firmarla/20120622/nota/1709963.aspx>: “El representante reconoció que leyó la conciliación “por encima” antes de firmarla. “¿En qué nos equivocamos? En el afán del día de no revisar artículo por artículo”, sostuvo.”

- (iv) Los acuerdos de bancada seguirían siendo válidos, pues están soportados por el artículo 108 de la Constitución. Pero no debería ser admisible un acuerdo de bancada previo a cualquier debate legislativo donde los congresistas se comprometen a una posición inmodificable, que hace del debate un mero trámite previo a la votación. Los debates de bancadas, entonces, no podrían sustituir un deber de al menos dar razones ante el Congreso sobre la posición que ha asumido la bancada. Además no deberían ser previos al debate legislativo y en todo caso deberían permitir que en el curso del debate los congresistas miembros de una bancada impulsaran una reconsideración de la posición de bancada.
- (v) Por último, los asuntos de clara controversia pública no podrían ser aprobados sin discusión. Aún si las mayorías parlamentarias tuvieran una posición clara sobre el sentido de la votación, debería preservarse un deber de dar razones al público al respecto.

Sólo las violaciones manifiestas de estas condiciones llevarían a la Corte a declarar inconstitucional una disposición legal por ausencia o elusión del debate. Esto evitaría que la Corte paralizara el debate legislativo, que las minorías controlaran los debates o que el Congreso fuera obligado a razonar como un tribunal constitucional. Las condiciones (ii) y (iii) propuestas arriba estarían dirigidas a garantizar sólo un presupuesto mínimo de racionalidad, que es la certeza sobre los hechos sobre los cuales se planea legislar.

Un cambio de jurisprudencia en el sentido indicado podría impulsar una mejora en la calidad del debate sin caer en la trampa de un control sustantivo sobre el debate mismo. En suma, sería la vía media entre una total ausencia de control sobre los debates parlamentarios y un control judicial estricto y desbordado que impide la creatividad legislativa en materia de políticas públicas. Sería un incentivo para mejorar el debate, sin controlar directamente el contenido de la discusión. Se mantendría, en últimas, la vigencia de la regla jurisprudencial según la cual la Corte no controla la “calidad y suficiencia” del debate, pues sólo controlaría la existencia del mismo. En esto consistiría un deber de deliberación mínima.

## CONCLUSIONES

La deliberación parlamentaria es un valor importante para la democracia. Las leyes que se adoptan por “pupitrazo”, por orden o instrucción del Ejecutivo, son producto de un procedimiento democrático deficiente. Ninguna teoría respetable de la democracia sostiene que una ley sea legítima por el solo hecho de ser votada. La legitimidad depende, en gran parte, del debate previo que se otorga a una ley, y el escenario constitucionalmente previsto para ese debate es el Congreso.

La Corte Constitucional cuenta con herramientas para evitar que las leyes aprobadas sin debate no sean tenidas como constitucionales. Tiene la capacidad

institucional para determinar que una ley no ha sido debatida, y por lo tanto es inexecutable. Esto es distinto a evaluar la “calidad y suficiencia” del debate. La Corte no debe sustituir al Congreso y sostener que un debate no ha sido “bueno” o “suficiente”. En especial, no debe exigirle que razone como lo haría la Corte, o que lo haga de manera imparcial, pues se trata de órganos distintos con misiones constitucionales distintas.

Pero la Corte Constitucional sí está en la posición de mejorar la democracia colombiana exigiendo los elementos mínimos de conocimiento sobre las medidas a votar, soporte fáctico mínimo, debate dentro y no fuera del Congreso, y justificación política frente a medidas de clara controversia pública. Sin estos elementos, no se puede decir que los parlamentarios hayan cumplido sus deberes ni que hayan seguido todos los pasos para formar la voluntad democrática conducente a una ley. Sin esos elementos, tampoco puede decirse que los parlamentarios hayan consultado “la justicia y el bien común”<sup>141</sup>. Mucho menos puede afirmarse que los valores sustantivos del procedimiento parlamentario se han realizado. En esos casos, aunque se ha respetado la letra de los procedimientos legislativos (lectura de la ponencia, apertura y cierre del debate, votación, etc.), las reglas legislativas no se han cumplido con integridad. En tales situaciones, se irrespeta el espíritu de la Constitución y la ley con el pretexto de cumplir su tenor literal.

Finalmente, la exigencia del debate tiene también un contenido ético muy importante para nuestro actual contexto colombiano. La posición de congresista es un cargo público que implica deberes de servicio hacia la ciudadanía, y no privilegios o prerrogativas. La participación en los debates y la justificación pública de las posiciones políticas no es una facultad que los congresistas puedan decidir usar o no usar de manera discrecional. Esa perspectiva, que ve al congresista como sujeto de derechos ignorando sus deberes, ignora que éste es, en palabras de la Corte Suprema de Israel, un “depositario de la confianza del público.”<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Constitución Política, artículo 133.

<sup>142</sup> *Litzman v. Knesset Speaker*, *op. cit.*, párrafo 13.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Bar-Siman-Tov, Ittai, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process” en *Boston University Law Review*, Vol. 91, Boston, Boston University, 2011, pp 1915-1974
- Biglino Campos, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Calabresi, Guido, “The Supreme Court, 1990 Term—Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)” en *Harvard Law Review*, Vol. 105, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp 80 - 151
- Cajas Sarria, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional: Colombia 1910-2007*, Cali, Icesi, 2008.
- Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- Coenen, Dan, “A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue” en *William & Mary Law Review*, Vol. 42, Williamsburg, The College of William & Mary, 2001, pp. 1575-1870
- Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- Elster, Jon. *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Bogotá, Legis, 2005.
- Frickey, Philip & Smith, Steven, “Judicial Review, the Congressional Process and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique” en *Yale Law Journal*, Vol. 111, New Haven, Yale University, 2002. pp. 1707-1756
- Fuller, Lon, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart” en *Harvard Law Review*, Vol. 71, Cambridge, Harvard University Press, 1957, pp. 630-672
- Goldfeld, Victor, “Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes” en *New York University Law Review*, Vol. 79, New York, New York University, 2004, pp 367 - 420
- Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 10, México, Porrúa, 2008, pp. 3-48.
- Kelsen, Hans, “The Essence and Value of Democracy”, en Jacobson, Arthur y Schlinck, Bernard (eds.). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp 84 - 109
- Linde, Hans, “Due Process of Lawmaking” en *Nebraska Law Review*, Vol. 55, Lincoln, Nebraska University, 1976, 197-242

- Navot, Suzie, "Judicial Review of the Legislative Process" en *Israeli Law Review*, Vol. 39, Jerusalem, The Hebrew University of Jerusalem Cambridge University Press, 2006, 182-244
- Nino, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Sandalow, Terrance, "Judicial Protection of Minorities" en *Michigan Law Review*, Vol. 75, Ann Arbor, University of Michigan, 1977, pp. 1162-1195
- Sierra Porto, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Sunstein, Cass. *After the Rights Revolution. Revisiting the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Tushnet, Mark, "Subconstitutional Constitutional Law: Supplement, Sham, or Substitute?" en *William & Mary Law Review*, Vol. 42, Williamsburg, The College of William & Mary , 2001, pp 1871- 1880
- Tushnet, Mark, "Legal Realism, Structural Review, and Prophecy" en *University of Dayton Law Review*, Vol. 8, Dayton, Dayton University, 1982, pp. 809-841
- Waldron, Jeremy, "Legislating with Integrity" en *Fordham Law Review*, Vol. 72, Oxford, Blackwell Publishing, 2009, pp 373 - 394
- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Weill, Rivka, "Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On The Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power" en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 39, San Francisco, UC Hastings College of the Law, 2012, pp 457-512

### **Sentencias colombianas**

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-222 de 1997*, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo (29.04.1997).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-283 de 1997*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz (5.06.1997).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-047 de 1999*, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero (29.01.1999).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-702 de 1999*, magistrado ponente Fabio Morón Díaz (20.09.1999).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-737 de 2001*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett (11.07.2001).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-760 de 2001*, magistrados ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa (18.07.2001).

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-228 de 2002*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett (3.04.2002).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-776 de 2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (9.09.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-801 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (16.09.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-803 de 2003*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil (16.09.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-839 de 2003*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (23.09.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1056 de 2003*, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (11.11.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1147 de 2003*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil (2.12.2003).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-038 de 2004*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett (27.01.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-312 de 2004*, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra (31.03.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-370 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis (27.04.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-372 de 2004*, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández (27.03.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-473 de 2004*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa (18.05.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-668 de 2004*, aclaración de voto del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes (13.07.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816 de 2004*, magistrados ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes (30.08.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1113 de 2004*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis (8.11.2004).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-874 de 2005*, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández (23.08.2005).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1040 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1041 de 2005*, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández (19.10.2005).



- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1047 de 2005*, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (19.10.2005).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-502 de 2007*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-812 de 2009*, magistrado ponente Mauricio González Cuervo (18.11.2009).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-040 de 2010*, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva (1.02.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-141 de 2010*, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto (26.02.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-700 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (6.09.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-866 de 2010*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (3.11.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-277 de 2011*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (12.04.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-490 de 2011*, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva (23.06.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-168 de 2012*, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (7.03.2012).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-315 de 2012*, magistrada ponente María Victoria Calle Correa (2.05.2012).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-644 de 2012*, magistrada ponente Adriana María Guillén Arango (23.08.2012).
- Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Alberto Suárez Murillo, Gaceta Judicial No. XX, 20 de abril de 1912.

### ***Sentencias extranjeras: Estados Unidos***

*Baker versus Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

*City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

*Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

*Board of Trustees of the University of Alabama v Garrett*, 531 U.S. 356 (2001).

#### ***Sentencias extranjeras: Israel***

Israel Supreme Court, *The Poultry Growers' Organization v. The Government of Israel*, HCJ 4885/03 (27.09.2004).

Israel Supreme Court, *Litzman v. The Knesset Speaker*, HCJ 5131/03 (17.08.2004).