

**POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS**

# Corte al Congreso: Poder judicial y trámite legislativo en Colombia

Sandra Botero<sup>1</sup> and Laura Gamboa<sup>2</sup><sup>1</sup> Universidad del Rosario, CO<sup>2</sup> University of Utah, USCorresponding author: Sandra Botero ([sandra.botero@urosario.edu.co](mailto:sandra.botero@urosario.edu.co))

Las Cortes influyen de forma directa e indirecta en el proceso legislativo. Hasta el momento, los estudios sobre Congreso en Colombia se han enfocado mayoritariamente en la influencia directa de la Corte Constitucional. Este artículo explora su influencia indirecta. Usando la Reforma Penal Militar de 2012 como estudio de caso, mostramos cómo la Corte cambia los cálculos y comportamiento de los congresistas. Debido a su independencia y accesibilidad, la Corte Constitucional amplía el abanico de estrategias disponibles a las coaliciones minoritarias de oposición en el Congreso. Aquí identificamos dos prácticas de obstrucción: invitar a la Corte (mediante la motivación o aprovechamiento y la documentación de vicios de procedimiento), y demandas ante la Corte. Juntas, estas estrategias les permiten a oposiciones minoritarias bloquear leyes adversas y avanzar su agenda en el proceso de construcción de políticas públicas.

Courts can have direct and indirect influence on the legislative process. Thus far, studies of the Colombian Congress have mainly focused on the Constitutional Court's direct influence on the legislature. This article explores the court's indirect influence. Through a case study of the 2012 Military Criminal Code Reform, it shows how the court changes legislators' calculations and behavior when discussing a bill. Due to its independence and accessibility, the Constitutional Court provides minority coalitions in Congress with a wider array of strategies they may engage with. The article identifies and characterizes two obstruction tactics: to invite the court (by documenting, inciting, or maximizing procedural irregularities) and constitutionality challenges before the court. Together, these two strategies allow minority coalitions to block bills and advance their agenda.

Los estudios sobre Congreso y producción de políticas públicas en Colombia se han enfocado mayoritariamente en la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo (Milanese 2011; Carroll y Pachón 2016). Los trabajos que analizan la influencia de la rama judicial sobre el Congreso se han centrado en la influencia directa de la Corte Constitucional (CC) sobre el legislativo (Cárdenas, Junguito y Pachón 2008). Dicha literatura entiende a la CC como “guardiana” que sanciona o rechaza piezas de legislación después de que estas salen del Congreso. En estos trabajos, y en gran parte de la literatura sobre estas dinámicas en otros países de las Américas, las altas Cortes son vistas como poderes de veto en la producción de políticas públicas (Taylor 2008). Complementando esta literatura, este artículo acentúa el efecto indirecto de las Cortes —en especial la CC colombiana— sobre el Congreso; la forma en que su existencia y capacidad de veto modifica las estrategias de los congresistas durante el proceso legislativo.

La literatura sobre la influencia indirecta de las Cortes en el Congreso no es nueva. En Estados Unidos, académicos han estudiado si y cómo los congresistas anticipan cambios que las altas Cortes puedan hacer a la legislación que ellos aprueben (Shipan 2000; Smith 2005). Sin embargo, las posibilidades de anticipación que esta literatura contempla están restringidas por las particularidades del diseño institucional estadounidense. Fuera de estas legislaturas, hay mucho por teorizar en cuanto a los vínculos entre Cortes y Congreso. Apoyándonos en la literatura comparada sobre minorías en el Congreso y judicialización de la política, en este texto caracterizamos algunos de los mecanismos por medio de los cuales la rama judicial

colombiana ejerce influencia indirecta sobre la rama legislativa. En particular, explicamos cómo la Corte Constitucional aumenta las herramientas disponibles a las coaliciones de oposición minoritarias en el Congreso (i.e., cualquier grupo de congresistas opuestos a una pieza de legislación respaldada por la mayoría de los legisladores) para obstruir el proceso legislativo.

Proponemos que para entender la influencia de la CC en el Congreso hay que analizar la estructura institucional más amplia enfatizando el rol de la oposición. La colombiana es una estructura institucional donde las reglas internas de establecimiento de agenda en el legislativo abren más espacios a las minorías y donde el tribunal supremo puede ser más fácilmente activado por diversos actores para realizar revisión de constitucionalidad. La literatura colombiana ha estudiado con cuidado el impacto de las reglas del proceso legislativo, pero ha descuidado los efectos del entramado institucional más amplio. La posibilidad de hacer obstrucción legislativa estratégica vía la Corte, en particular, no ha recibido suficiente atención.

Académicos han estudiado cómo las minorías usan, o amenazan con usar, el reglamento del Congreso para dilatar la aprobación de una ley o modificarla (Döring 1995; Krehbiel 1998; Hiroi y Renno 2014; Binder 2015; Binder, Lawrence y Smith 2002). Estos trabajos, sin embargo, le han prestado poca atención al rol que juegan las altas Cortes en estos tipos de obstrucción parlamentaria. A partir del caso colombiano, identificamos dos prácticas de obstrucción puntuales: invitar a la Corte (mediante la motivación o aprovechamiento y la documentación de vicios de procedimiento), y demandas ante la Corte. Ilustramos cómo funcionan dichas estrategias de obstrucción analizando la trayectoria parlamentaria del Acto Legislativo 02 de 2012, mediante el cual el gobierno de Juan Manuel Santos intentó adelantar una reforma constitucional a la Jurisdicción Penal Militar.

Este análisis cualitativo utiliza información recolectada en entrevistas, trabajo de archivo con Gacetas del Congreso,<sup>1</sup> y sentencias de la Corte Constitucional. Con base en estos materiales rastreamos las tácticas de invitación a la Corte durante el trámite parlamentario y su rol en las demandas de inconstitucionalidad radicadas ante la CC una vez aprobado el acto legislativo. El caso sugiere que la Corte tiene una influencia significativa en los cálculos de los congresistas de oposición minoritaria. Dicho grupo la asumió como un último paso del proceso legislativo, usó estratégicamente el reglamento del Congreso para motivar y resaltar elementos que le permitieran a la CC fallar en contra de la reforma, y redactó demandas basadas en dichos elementos.

Nuestra investigación hace tres contribuciones importantes. Primero, resalta el potencial que hay para que la CC ejerza influencia indirecta sobre el Congreso en Colombia. La literatura sobre Congreso en Colombia y América Latina le ha prestado poca atención a la influencia indirecta de los altos tribunales. Si bien algunos trabajos sobre construcción de políticas públicas en la región han reconocido que altas Cortes con poder de veto tienen influencia indirecta en la legislatura (de Sousa 2010), estos le han puesto muy poca atención al proceso y consecuencias de dicha influencia. Aquí proponemos una tipología para clasificar los tipos de obstrucción vía la Corte, utilizando el caso colombiano como un primer paso necesario para construir teorías generalizables que se puedan evaluar de manera sistemática en otros estudios.

Segundo, este artículo construye puentes entre dos literaturas que poco dialogan: la de Corte y Congreso y la de judicialización de la política. Los estudios sobre la influencia indirecta de las altas Cortes se enfocan en la capacidad que tiene el legislativo para anticipar y prevenir un veto de la Suprema Corte norteamericana. Dichos estudios asumen: 1) a las Cortes como instituciones completamente actitudinales; y 2) al Congreso como un ente unitario. Este artículo usa el caso colombiano para repensar ambos supuestos. La literatura comparada sobre el comportamiento judicial sugiere que, al tomar decisiones, los jueces consideran no solo su ideología (actitudes), sino también otros factores (estratégicos, legales, contextuales, etc.). Es decir, las decisiones de los altos tribunales no son necesariamente previsibles. Entender a las Cortes constitucionales en toda su complejidad es esencial para profundizar nuestro conocimiento sobre la producción de leyes.

Tercero, nuestra investigación trae a colación la importancia de analizar diferentes grupos de poder dentro del legislativo, especialmente las minorías. La mayoría de los estudios de Congreso —con la notable excepción de aquellos que estudian el uso del *filibuster* en Estados Unidos— examinan los factores que determinan el éxito del presidente o las mayorías parlamentarias en la aprobación de sus proyectos. Enfocándose en la mayoría, estos estudios asumen al legislativo como un actor unitario y, consecuentemente, una oposición con poca agencia. En Latinoamérica, en particular, es mínima la atención que se le ha prestado a las coaliciones de oposición minoritarias en el Congreso. Académicos como Hiroi y Renno (2014) han demostrado, sin embargo, que sus tácticas de obstrucción son importantes. Siguiendo esta literatura, resaltamos la importancia de dichas tácticas. Nuestro análisis contribuye a entender mejor el proceso legislativo, proponiendo nuevos

<sup>1</sup> Nombre oficial de las actas del Congreso en Colombia.

tipos de maniobras a las que pueden recurrir grupos minoritarios de congresistas colombianos en oposición a un proyecto de ley.

El orden de este artículo es el siguiente. La primera sección pone el estudio de las tácticas de obstrucción legislativa vía la Corte Constitucional en la intersección de las literaturas sobre la relación Corte-Congreso, la judicialización de la política y las minorías legislativas. La dos siguientes secciones explican las características relevantes de la estructura institucional colombiana y los tipos de obstrucción que estas permiten. La cuarta sección aplica dicha tipología al estudio de caso. Allí mostramos cómo la oposición utilizó reglas de procedimiento para demorar los debates de la Reforma al Fuero Penal Militar (RFPM), aprovechó y reportó vicios de procedimiento durante los debates, y cómo la Corte se apoyó en dichos reportes para fallar en contra del proyecto. En la conclusión explicamos cómo la demora y el fallo de la Corte Constitucional ayudaron a avanzar la agenda de la oposición. Si bien un nuevo proyecto se tramitó con éxito dos años después, los cambios propuestos por esa nueva reforma fueron mucho más moderados que los inicialmente propuestos por el Acto Legislativo de 2012.

### **Poder judicial, poder legislativo y tácticas de obstrucción**

La literatura sobre construcción de políticas públicas establece que el judicial ejerce influencia sobre el Congreso por dos vías: directa (la Corte como veto del legislativo), e indirecta (lo que los legisladores hacen para anticipar el veto de la Corte). Esta última no solo ha recibido menos atención, sobretodo en América Latina, sino que sufre de varios puntos ciegos. En particular, dichos estudios conciben a las Cortes y al Congreso como entes unitarios y/o asumen jueces exclusivamente actitudinales. Este trabajo llama la atención sobre estos puntos ciegos. Apoyándose en las contribuciones de estudios comparados sobre judicialización de la política y sobre minorías legislativas en América Latina propone una tipología de tácticas de obstrucción al proceso legislativo basada en el caso colombiano. Esta tipología devela diferentes formas en las que el judicial puede influir en el comportamiento de los congresistas de manera indirecta, tendiendo puentes entre estas literaturas.

Los trabajos que estudian la influencia directa del poder judicial sobre el legislativo enfatizan las circunstancias que llevan a las Cortes a ratificar, reinterpretar o rechazar legislación producida por el Congreso. Estos estudios —inscritos en el marco teórico de poderes de veto (*veto powers*) y fijación de agenda (*agenda setting*) (Cox y McCubbins 1993; Tsebelis 2002)— parten de la premisa de que la aprobación o rechazo de políticas públicas depende del número, distancia y cohesión de poderes de veto.

La literatura sobre la influencia directa de las Cortes ha tenido un papel minoritario en la literatura sobre Congreso en América Latina, cuyo estudio se ha hecho tradicionalmente a la luz del Ejecutivo (Morgenstern y Nacif 2002; Alemán y Tsebelis 2005, 2016; Praça 2015). Los politólogos reconocen cada vez con más frecuencia que las Cortes constitucionales son un veto importante (Carroll y Pachón 2016; Lorenz 2005), pero, hasta el momento, sus trabajos se han centrado sobre todo en cuando y si las altas Cortes ejercen su poder de veto, aprobando o rechazando determinadas leyes (de Sousa 2010; Alston et al. 2008; Cárdenas, Junguito y Pachón 2008; Herrero 2011).

El segundo conjunto de trabajos sobre influencia de las Cortes en el Congreso se enfoca en el efecto indirecto del poder judicial: cómo la amenaza de una revisión constitucional modifica el comportamiento de otros actores involucrados en la producción de políticas públicas, especialmente legisladores y ejecutivos, antes de que la ley se promulgue. Autores como Smith (2005), Shipan (2000) o Arnold, Doyle y Wiesehomeier (2017) han analizado cómo los congresistas estadounidenses delimitan el alcance del control judicial sobre los estatutos que regulan a las agencias de gobierno acotando los parámetros de dicha revisión. En Europa, Stone Sweet (2007) y Vanberg (1998) han estudiado el efecto que tienen Cortes constitucionales con diferentes poderes de revisión constitucional preventiva en la negociación de políticas públicas en el Congreso. En Brasil, Matthew Taylor (2008) analiza cómo la estructura del sistema judicial incentiva a unos actores, pero no a otros, a activar revisiones constitucionales para retrasar, inhabilitar, o desacreditar políticas públicas desfavorables.

En Colombia algunos trabajos han empezado a estudiar estos efectos indirectos. Santiago Virgüez Ruiz (2018) muestra que los legisladores colombianos frecuentemente introducen demandas contra leyes aprobadas en el Congreso con el objetivo de hundirlas, modificarlas, o limpiarlas de modificaciones hechas durante el debate legislativo. Pachón y Aroca (2014) estudian cómo la revisión judicial de los vetos presidenciales influencia las tácticas de la presidencia en Colombia. Estos dos textos han mapeado algunos efectos indirectos de la Corte Constitucional, pero queda mucho por explorar.

Para identificar y entender mejor otras formas en que las altas Cortes influyen en el comportamiento de los congresistas, cuestionamos dos supuestos que subyacen a muchos de los trabajos descritos: la

conceptualización del Congreso como un actor unitario y la noción de que todas las altas Cortes toman decisiones de manera puramente ideológica, fáciles de anticipar.

### ***El Congreso como un cuerpo no-unitario***

Los estudios en los Estados Unidos generalmente asumen al Congreso y a las Cortes como cuerpos unitarios enfrentados el uno al otro. Se asume que el Congreso (como un todo unificado) quiere que se apruebe y se cumpla la ley que la mayoría diseñó y, consecuentemente, sus estrategias, siempre van a estar encaminadas a evitar que la Corte (como un todo unificado) modifique o bloquee ese proyecto. No hay muchas distinciones sobre cómo el control de constitucionalidad puede afectar de forma diferencial a distintos grupos al interior del legislativo.

El Congreso, sin embargo, no es un actor unitario. Dependiendo de las reglas institucionales al interior del mismo, las minorías pueden tener peso en el proceso legislativo, particularmente vía tácticas de obstrucción. La obstrucción ha recibido alguna atención en Estados Unidos, con los estudios de *filibuster* (Krehbiel 1998; Binder 2015; Patty 2016). Dicha figura otorga a la minoría la posibilidad de dilatar indefinidamente la discusión de un proyecto de ley.<sup>2</sup> En América Latina, la lectura del legislativo desde las teorías de fijación de agenda y poderes de veto suele dar por sentado que las minorías son débiles y tienen poco poder para implementar su agenda legislativa (Morgenstern, Negri y Pérez-Liñán 2008). Rara vez se menciona la obstrucción como un aspecto importante para entender el Congreso. Hiroi y Renno (2014) sin embargo, han demostrado que las minorías legislativas tienen más poder del que usualmente les acreditamos. En Brasil, sus tácticas de obstrucción, sugieren ellos, han sido capaces de retrasar la aprobación de los proyectos de ley, romper coaliciones mayoritarias y abrir las puertas para modificar o bloquear proyectos de ley. Hasta donde sabemos no existen estudios que hayan analizado el rol de las minorías y sus estrategias de obstrucción en el Congreso colombiano.<sup>3</sup>

### ***Una mirada más compleja sobre la Corte***

Para entender mejor los efectos indirectos de las Cortes ayuda no solo examinar las fuerzas de la oposición en el Congreso —que pueden activar la Corte si el diseño institucional se los permite—, sino también la Corte. La literatura sobre el efecto indirecto del judicial en el Congreso asume magistrados cuyo comportamiento es estrictamente actitudinal. Este modelo sugiere que los jueces son políticos disfrazados de abogados (Segal y Spaeth 2002) y consecuentemente que su comportamiento se explica en términos de sus preferencias personales sobre política pública. Desde esta óptica, anticipar a la Corte se convierte en un ejercicio de anticipación ideológica. Las mayorías en el Congreso pueden evitar el veto constitucional, si modifican el proyecto de ley lo suficiente como para satisfacer a los jueces.

Sin embargo, la literatura sobre comportamiento judicial ha complejizado el modelo actitudinal. En países donde hay Cortes autónomas,<sup>4</sup> se puede asumir que, como mínimo, los jueces en estos altos tribunales son estratégicos y no necesariamente se limitan a ratificar o refutar la voluntad del Ejecutivo o el legislativo. El derecho juega un rol importante en el comportamiento de los jueces. Los magistrados suelen tener en cuenta el entramado institucional, legal y político en que operan a la hora de decidir (González-Ocántos 2016). Los diferentes contextos institucionales y sociales modifican los propósitos y preferencias específicas de los magistrados, más allá de su agenda política personal (Epstein y Knight 2013; Gillman 1999). A la luz de esta literatura, en países donde las altas Cortes son independientes, es razonable esperar que dicho tribunal pueda fungir de árbitro efectivo, sin que sus decisiones sean fácilmente predecibles antes de emitirse. En contextos institucionales donde diversos actores pueden iniciar demandas ante el tribunal supremo y este tiene poderes de revisión amplios, este atributo abre la posibilidad de que actores en el Congreso lo inviten a involucrarse.

## **Diseño institucional en Colombia: Terreno fértil para nuevas tácticas de obstrucción**

Ese es precisamente el contexto colombiano. A continuación, explicamos las reglas básicas del proceso legislativo en Colombia, el peso de la Corte Constitucional en el escenario institucional colombiano y las condiciones que le permiten jugar un rol activo en la producción de políticas públicas.

<sup>2</sup> Siempre y cuando no se sienten, los senadores pueden hablar indefinidamente. Para retirarles la palabra en el debate y obligarlos a sentarse, se necesita una mayoría calificada (sesenta votos).

<sup>3</sup> Gamboa (2017) examina el rol de la oposición en evitar el proceso de erosión democrática en Colombia durante el gobierno de Álvaro Uribe.

<sup>4</sup> Nuestra discusión asume la existencia de Cortes mínimamente autónomas. Explicar las condiciones que hacen posible la independencia judicial está fuera del alcance de nuestro estudio. Para una discusión más completa de la literatura ver Kapiszewski y Taylor (2008).

## **El Congreso**

Si bien las mayorías legislativas tienen amplias ventajas en Colombia, las minorías no están exentas de puntos de acceso e influencia en el proceso legislativo. El Congreso colombiano es bicameral y tiene varias comisiones legislativas. Tanto las cámaras como las comisiones tienen mesas directivas que le dan mucho poder a la coalición mayoritaria. Todos los proyectos de ley tienen que pasar por comisiones legislativas. Los presidentes de estos cuerpos tienen la potestad de decidir cuándo se va a discutir la ley y escoger los ponentes, quienes, a su vez, pueden proponer cambios al proyecto de ley antes de que este se debata. La comisión normalmente vota sobre la ponencia —es decir, el texto a favor o en contra de la ley—, no sobre el proyecto de ley como originalmente lo introdujeron sus proponentes. Habiendo dicho esto, las minorías también tienen varias herramientas a su disposición. A lo largo del proceso en la comisión y la plenaria, los legisladores tienen la opción de sugerir enmiendas, lo cual abre las puertas para estrategias de dilación. El Ejecutivo y las mayorías tienen algunos mecanismos para acelerar el proceso, pero ninguno tiene control absoluto sobre la velocidad ni pueden parar las enmiendas de la minoría (Pachón 2003; Carroll y Pachón 2016).

## **La Corte Constitucional**

La Corte colombiana es un tribunal muy accesible con una amplia capacidad de ejercer control de constitucionalidad. Un índice de los poderes institucionales de las cortes latinoamericanas le otorga a la colombiana un 0.8 sobre 1, el segundo más alto de la región (Brinks y Blass 2018). En Colombia no hay restricciones frente a quienes pueden iniciar acciones de constitucionalidad ante la Corte. Organizaciones sociales, actores políticos o cualquier ciudadano puede activarla, aunque ella tiene la potestad de seleccionar sobre cuáles demandas ciudadanas se pronuncia y sobre cuáles no. Adicionalmente, la CC puede ejercer control de constitucionalidad tanto concreto como abstracto (i.e., puede estudiar la constitucionalidad de una ley en el contexto de un caso concreto o no), antes y después de que se promulgue. Esto tiene dos implicaciones. Por un lado, varios actores que pueden participar en el proceso; y por el otro, todos los actores involucrados deben incorporar la aprobación de la Corte como paso importante dentro de sus cálculos para que el proyecto vea o no la luz.

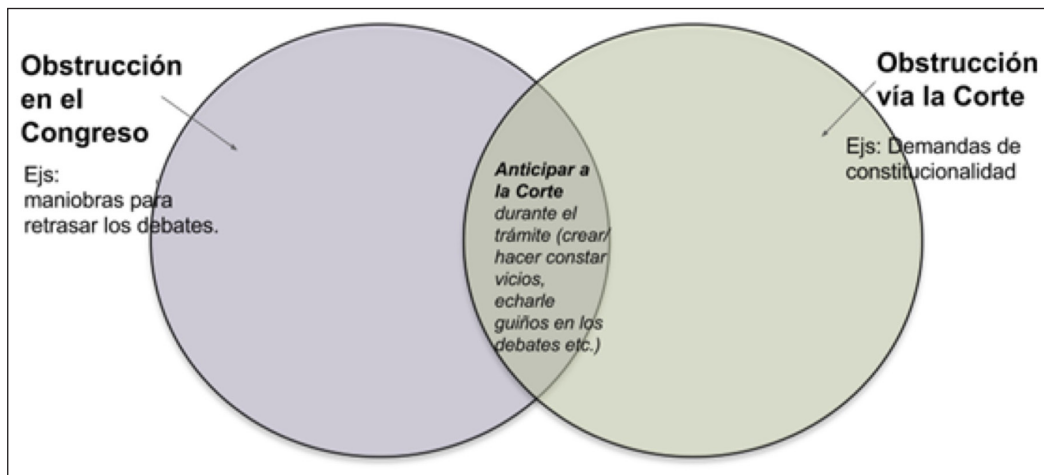
Desde su creación (1991) hasta hoy, la trayectoria de la Corte Constitucional Colombiana ha sido una de marcada independencia (Botero 2017). Para algunos académicos y analistas, los magistrados de la CC tienen una agenda ideológica y preferencias políticas que priorizan casi sin freno. Desde esta perspectiva, las tácticas de obstrucción que aquí describimos no importan porque la Corte va a fallar según dicha agenda. En el mejor de los casos, dichas tácticas serían excusas que la Corte usaría para imponer su ideología. No creemos que este sea el caso. Este debate no es nuevo y no se limita solo a la Corte colombiana. Como explicamos arriba, en el fondo subyace una discusión en la literatura comparada frente a las motivaciones que explican el comportamiento de los jueces en general. Los estudios empíricos sugieren que entender a la CC como una institución que opera sin ningún tipo de frenos y cuyos jueces son solo ideólogos con togas, es una lectura simplista. Los magistrados de la Corte Constitucional son estratégicos (Rodríguez Raga 2011) —también, en ocasiones, sobretodo en los años iniciales de la Corte, ideológicos (Nunes 2010; González Bertomeu 2014). Para nosotras, la forma más adecuada de entender el comportamiento de la CC es como un tribunal estratégico cuyas preferencias no son exclusivamente avanzar la agenda de política de la mayoría de sus miembros.

En resumen, lo que observamos en el caso colombiano es, por un lado, un proceso legislativo que brinda garantías a las mayorías, pero también, espacios a las fuerzas de oposición; y por el otro lado, una Corte altamente independiente que crea oportunidades para que las minorías legislativas hagan uso de otras tácticas de obstrucción vía el judicial. Con esto en mente, a continuación, explicamos nuestra tipología de tácticas de obstrucción, con especial atención a los dos mecanismos que involucran a la Corte y mediante los cuales esta influye en el comportamiento de los congresistas: estrategias para invitar a la Corte, y demandas de inconstitucionalidad.

## **Nuevos tipos de tácticas de obstrucción**

Cuando pensamos en tácticas de obstrucción legislativa solemos pensar en maniobras que suceden en el Congreso durante el proceso de debate. En Colombia, los congresistas de la coalición minoritaria de oposición tienen la posibilidad de involucrar a la rama judicial en el proceso de obstrucción, lo cual amplía el repertorio de tácticas a su disposición. La **Figura 1** presenta un esquema visual de posibles tácticas de obstrucción en el caso colombiano.





**Figura 1:** Tácticas de obstrucción.

En la **Figura 1**, en el círculo a la izquierda están las tácticas de obstrucción que suceden en el Congreso e involucran solo a los congresistas. Allí encontramos maniobras como hacer múltiples intervenciones o solicitar votación artículo por artículo (no en bloque). Dichas tácticas buscan dilatar el debate y son relativamente accesibles para los congresistas de oposición minoritaria en Colombia, debido a las reglas que explicamos anteriormente. Diferente a lo que sucede en otros países,<sup>5</sup> en Colombia, cualquier congresista puede presentar enmiendas a cualquier proyecto legislativo en repetidas ocasiones a lo largo de su trayecto por el Congreso.

El círculo a la derecha de la **Figura 1** identifica las oportunidades de obstrucción que se abren cuando se involucra a la Corte. La herramienta más importante aquí es la demanda de inconstitucionalidad, a la que pueden recurrir los congresistas para intentar modificar o anular una ley una vez esta es promulgada, solicitándole a la Corte que la estudie. Las demandas de inconstitucionalidad pueden ser de fondo (contenido) o de forma (por vicios de procedimiento en el trámite), y pueden surgir después de que la ley sea aprobada, cuando un o una congresista decide impugnarla, o gestarse desde mucho antes, durante el debate de la misma.

En lo que se refiere a reformas constitucionales, la Corte puede ejercer control de constitucionalidad de dos maneras. Las convocatorias a referendos o a asambleas constituyentes tienen control de constitucionalidad obligatorio, antes de que se sometan a votación popular. Los actos legislativos (reformas constitucionales vía el Congreso) no tienen control de constitucionalidad obligatorio. La Corte solo los evalúa si hay demandas en su contra. Es necesario aclarar que, en general, la Corte solo puede evaluar reformas constitucionales si se considera que hubo vicios de procedimiento en su trámite. Convocatorias a referendo, convocatorias a asambleas constituyentes, consultas populares, plebiscitos y actos legislativos solo pueden ser declarados inexecutable cuando hay un vicio en su proceso de formación (i.e., irregularidades con los requisitos para introducir la propuesta y/o violaciones al reglamento que regula su debate en el Congreso).

Es ahí donde se sobreponen los círculos, lo que nosotras llamamos “involucrar a la Corte”, que supone el uso de tácticas que invitan a la Corte. Estas tácticas suceden en el Congreso (durante los debates) pero tienen como audiencia específica a la Corte, cuya intervención invitan vía la facilitación de vicios de trámite durante los debates y la documentación cuidadosa de los mismos en intervenciones o constancias. Estas tácticas son los pasos preparatorios que toman los congresistas para sembrar información que la Corte pueda usar después (en el segundo momento) para rechazar el proyecto en su revisión por control de constitucionalidad.

La táctica para invitar a la Corte consiste en motivar o aprovechar elementos durante el debate en los que la ley aprobada viole uno o varios de los requisitos legales para ser sancionada. Dichas instancias se registran en las relatorías (Gacetas del Congreso) durante el debate introduciendo una constancia o mencionando la supuesta violación al proceso legislativo en una intervención. Dicho registro es importante porque le permite a demandantes y magistrados encontrar la irregularidad y presentar evidencia concreta de la misma. Los debates legislativos son caóticos. Sería muy difícil para la Corte saber que sucedió sin referencias a estos incidentes en las gacetas.

<sup>5</sup> En la cámara baja de Estados Unidos, por ejemplo, la posibilidad de introducir enmiendas depende del presidente (*speaker*).

A continuación, ilustramos cómo funcionan las estrategias de obstrucción que involucran a la Corte a través de un estudio de caso de la Reforma al Fuero Penal Militar. Escogimos este acto legislativo no solo por ser relevante en la política nacional, sino de gran importancia para el Ejecutivo. Dichas condiciones hacen del mismo un caso en el cual se puede observar a la oposición jugándose todas sus cartas, incluidas las tácticas de obstrucción que buscamos describir, catalogar y cuya efectividad queremos evaluar. Esta fallida reforma ejemplifica perfectamente el uso, con éxito, de estas tácticas de obstrucción por parte de la minoría en el Congreso. El fallo de la Corte que declaró inconstitucional la reforma encontró que hubo vicios de procedimiento en su trámite.

## Obstrucción legislativa vía la Corte en Colombia: El caso de la reforma al Fuero Penal Militar en 2012

El gobierno de Juan Manuel Santos tenía una ambiciosa agenda legislativa para 2012: reforma tributaria, ley de desarrollo rural, reforma a la justicia y reforma al Fuero Penal Militar. La negociación que su gobierno había empezado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) hacía aún más urgentes estas discusiones. Modificar el marco jurídico penal que cobija a las Fuerzas Armadas, era un asunto sensible dada la coyuntura política del país. Por un lado, varios actores, incluida la Fuerza Pública, priorizaban garantizar la seguridad jurídica de las Fuerzas Militares de cara al proceso de paz. Por otro lado, voces críticas de esa postura expresaban su preocupación por un marco legal que facilitase impunidad frente a los abusos de la Fuerza Pública. Más que una obstrucción a la agenda del presidente, había preocupación de que esta reforma generara impunidad en temas de derechos humanos.

El 16 de marzo de 2012, el ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón radicó un Proyecto de Acto Legislativo (PAL) para reformar la Justicia Penal Militar (No. 192 de 2012) en la Cámara de Representantes. El trámite legislativo de esta reforma fue controversial, accidentado y, en últimas, fallido. La coalición del Gobierno logró aprobar la reforma, pero la Corte Constitucional la declaró inexecutable a finales del 2013. En esta sección reconstruimos ese proceso, rastreando las tácticas de obstrucción que utilizaron los congresistas para intentar hundir el proyecto. El caso de la RFPM demuestra que los congresistas eran conscientes del poder de la Corte con respecto a la reforma y actuaron en consecuencia. Encontramos evidencia de la fuerte influencia indirecta de la CC en las señales y maniobras llevadas a cabo en varios momentos de los debates, con guiños abiertos al tribunal. Los legisladores de la oposición minoritaria motivaron un vicio de procedimiento y lo denunciaron, junto con otros vicios, en constancias e intervenciones que quedaron registradas en la Gaceta del Congreso. Los demandantes a la RFPM utilizaron dichos vicios para construir sus demandas. La Corte, en últimas, falló a favor de los demandantes apoyándose en los vicios de procedimiento denunciados en las gacetas y referenciados en las demandas.

El proyecto de RFPM, buscaba reformar los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución. Inicialmente, sus propuestas centrales eran: primero, crear el Tribunal de Garantías Penales que sirviera de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal contra miembros de las Fuerzas Armadas. Este tribunal sería garante de cumplimiento de los presupuestos materiales y formales esenciales para iniciar un juicio oral, y estaría integrado por un número impar de magistrados, elegidos por los presidentes de las altas Cortes, incluyendo miembros de la Fuerza Pública en retiro (Art 1). Segundo, listar los delitos que deberían ser juzgados por la justicia ordinaria,<sup>6</sup> y establecer que cualquier otro delito sería juzgado por la justicia militar (Art. 3). Tercero, establecer que cuando la Fuerza Pública fuera juzgada por delitos en relación con el conflicto armado, las autoridades judiciales deberían aplicar el Derecho Internacional Humanitario. En caso de haber dudas de jurisdicción, estas serían resueltas por una comisión mixta integrada por representantes de la justicia ordinaria y la justicia militar.<sup>7</sup>

Con la reforma, el Gobierno y la coalición mayoritaria en el Congreso —Partido de la U (PdU), Partido Liberal (PL), Cambio Radical (CR) y Partido Conservador (PC)— buscaban ampliar las garantías jurídicas de las Fuerzas Armadas con miras al proceso de paz con las FARC. La idea era darle a los militares más influencia en la decisión de si hay o no hay un juicio, y quién debe juzgar a los militares implicados; ampliar la jurisdicción de los tribunales militares; y delimitar el marco jurídico bajo el cual se pueden juzgar delitos relacionados al conflicto armado. Estas propuestas eran inaceptables para el grupo de izquierda y centro-izquierda de la oposición.<sup>8</sup> Los congresistas del Polo Democrático Alternativo (PDA), Partido Verde (PV) y algunos políticos

<sup>6</sup> El artículo original establecía que solo los delitos cometidos por la Fuerza Pública en servicio activo y con relación a este servicio serían juzgados por las Cortes militares, dejando abierta la interpretación de cuáles son estos delitos.

<sup>7</sup> Gaceta del Congreso No.70 de 2012.

<sup>8</sup> Santos enfrentó oposición a la derecha (uribismo, posteriormente Centro Democrático) y a la izquierda del espectro político. Sin embargo, este proyecto en particular concordaba con las preferencias ideológicas de Uribe y sus seguidores, quienes veían con beneplácito la protección legal de las Fuerzas Armadas.

del PL temían que un aumento en la influencia de las Fuerzas Armadas, en los procesos judiciales contra militares y restricciones al marco jurídico aplicable en los mismos conducirían a la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Con estas preocupaciones sustantivas,<sup>9</sup> se dio inicio a los debates legislativos en los cuales la minoría hizo uso efectivo de varias tácticas de obstrucción invitando a la Corte, como veremos a continuación.

### ***Invitando a la Corte: Trámite legislativo del Proyecto de Reforma al Fuero Penal Militar***

Los PAL tienen ocho debates en el Congreso: dos ciclos con dos debates en las comisiones primeras del Senado y la Cámara, y dos debates en las plenarias de ambas salas. Durante los debates de la RFPM observamos diferentes tácticas de obstrucción. Además de las tácticas tradicionales de dilación (intervenciones y votación nominal artículo por artículo, enmienda por enmienda etc.), los congresistas de oposición usaron tácticas de obstrucción vía la Corte. Invitaron al tribunal motivando y aprovechándose de vicios de procedimiento, con miras a la revisión de constitucionalidad. Debido a la naturaleza del proyecto de ley, la Corte solo podía juzgar el proyecto por vicios de forma, no de fondo. Allancar el camino e invitar su intervención era, por lo tanto, especialmente importante.

El debate a la RFPM arrancó el 28 de marzo de 2012 en la Comisión Primera de la Cámara, que lo aprobó sin mucha oposición. Durante la plenaria de la Cámara (2do Debate), representantes del PV (Ángela Robledo) y el PDA (Iván Cepeda, Hernando Hernández y Wilson Neber Arias) se declararon en oposición. Usando una táctica común de dilación, Cepeda exigió que todas las votaciones relacionadas con el proyecto se dieran de manera nominal artículo por artículo. Con esta petición logró evitar que el proyecto se votara en bloque de manera ordinaria (i.e., dando un golpe al pupitre con la mano),<sup>10</sup> demorando el trámite.

Usando estas y otras tácticas similares, los congresistas que se oponían al proyecto lograron demorar la RFPM casi sesenta días. Entre 2010 y 2018, el Gobierno introdujo veintidós reformas constitucionales, de las cuales trece fueron sancionadas como ley, con un trámite promedio de 220 días. En contraste, el trámite de la RFPM, se demoró 275 días.<sup>11</sup>

El representante Neber Arias, por su parte, usó el debate para hacerle señales a la CC. En su intervención, indicó que el proyecto chocaba con el bloque de constitucionalidad, en particular tratados internacionales de derechos humanos, e invocó a la Corte: “[...] yo invitaría y casi que estoy hablando al oído de la Corte Constitucional, a que se indagaran las razones doctrinales que iluminan, que informan, de las distintas propuestas”.<sup>12</sup>

La sugerencia en este comentario y otros similares que hay en debates posteriores,<sup>13</sup> es que el proyecto podría tener importantes vicios de fondo. En particular, estos comentarios apelan a la teoría de sustitución de la Constitución que sugiere que hay límites a las reformas constitucionales que se pueden aprobar en el Congreso. El legislativo tiene potestad para reformar, más no para sustituir, la Constitución. Si una reforma amenaza los pilares de la carta magna, dicen algunos juristas, esa reforma estaría reemplazando la Constitución y por lo tanto el Congreso estaría excediéndose en sus funciones.

Los congresistas que apoyaban el proyecto eran conscientes de la posibilidad de una demanda por sustitución. Las palabras de Fernando Peña (Partido Integración Nacional) —defensor del proyecto— sugiere preocupación sobre el fallo de la Corte Constitucional. Esta y otras intervenciones similares buscaban contrarrestar el *signaling* de la oposición, señalándole a la CC que la reforma no estaba sustituyendo a la Constitución: “No sin antes establecer que aquí prácticamente estamos desarrollando la Constitución del 91, en sus artículos 116, 152 y 221 [...] ya es el contenido de la Constitución y básicamente aquí, lo que estamos es desarrollando los mismos artículos que anteriormente he descrito”.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> En 2014, importantes figuras de esta coalición como Iván Cepeda y Ángela Robledo apoyaron la reelección de Santos. “Juan Manuel Santos es elegido presidente 2014–2018”, *Revista Semana*, 15 de junio de 2014.

<sup>10</sup> La reforma política de 2009 (Acto Legislativo 1 de 2009) estableció que el voto en el Congreso debe ser nominal y público, pero hay excepciones a esa regla (Ley 1431 de 2012). La petición de Cepeda incluía esas excepciones.

<sup>11</sup> Una diferencia de 55 días en la demora no es despreciable. Vale la pena hacer notar, sin embargo, que, si bien un trámite de 275 días es largo comparado con otros trámites similares durante el gobierno de Santos, es ligeramente más corto que los trámites de reformas constitucionales de iniciativa gubernamental tramitadas durante el primer periodo de Santos. Las reformas constitucionales que introdujo el gobierno entre julio 2010 y junio 2014 se demoraron 287 días en promedio, doce más que la reforma a la justicia penal militar.

<sup>12</sup> Gaceta del Congreso No. 300 de 2012, pág. 27.

<sup>13</sup> Por ejemplo, las intervenciones de Parmenio Cuéllar (PDA) en el cuarto y séptimo debate (Gacetas del Congreso No. 495 de 2012, pág. 74 y No. 46 de 2013, pág. 15) y las de Hernando Alfonso Prada (PV) y Guillermo Abel Rivera (PL) en el quinto debate (Gaceta del Congreso No. 785 de 2012, pág. 11 y 31).

<sup>14</sup> Gaceta del Congreso No. 785 de 2012, pág. 8.



A pesar de la oposición, el proyecto pasó el segundo debate sin mayores contratiempos y siguió su trámite hacia el Senado. Durante el tercer y cuarto debate en la Comisión Primera y Plenaria de dicha cámara, el 16 de mayo y 6 de junio de 2012, respectivamente, se usaron tácticas dilatorias similares a las descritas anteriormente. En la Comisión Primera, Parmenio Cuellar (PDA), por ejemplo, trató de dilatar el debate pidiendo que se votaran todos los artículos uno por uno, en vez de votarlos en bloque como hubiera querido la coalición gubernamental. En la plenaria, Cuellar trató de aplazar el debate por falta de *quorum*. Aunque las tácticas lograron demorar la discusión, en el Senado la mayoría también aprobó el proyecto. Después de todo, en el Congreso, la reforma tenía el apoyo de la mayoría del PL, el PC, el PDU, CR y varios uribistas, y afuera del Congreso, la reforma tenía el respaldo de la población. Las Fuerzas Armadas son populares en Colombia, encuestas del Barómetro de las Américas (LAPOP) sugieren que las dos instituciones en las que los colombianos más confían son el ejército y la iglesia católica. Es plausible que la mayoría de la opinión pública estuviera contenta con que se les otorgaran protecciones jurídicas a los militares.

Una vez el proyecto volvió a la Cámara tras su primer debate en el Senado, los congresistas de la minoría de oposición empezaron a usar tácticas diferentes. Por ejemplo, en el quinto debate (Comisión Primera de la Cámara), Germán Navas Talero (PDA) registró irregularidades en el orden del día. La queja era que se estaba violando el orden del día preestablecido,<sup>15</sup> y con ello se estaba violando la Ley 5 de 1992 que regula el comportamiento del Congreso. La intervención de Navas Talero no solo registró una irregularidad en el procedimiento (vicio de procedimiento al cual los congresistas harán referencia después, en las demandas presentadas ante la Corte Constitucional), sino que además demoró el debate mientras se resolvía la irregularidad. Más adelante, durante la votación, Navas Talero intervino después de todas y cada una de las votaciones de los artículos, retrasando el debate aún más.

Las intervenciones de Navas Talero el 26 de septiembre no solo demoraron la aprobación del proyecto. Más importante aún, este congresista usó las mismas para establecer vicios de procedimiento. Después de todas las intervenciones de Navas Talero en las actas de la Comisión Primera, al finalizar la sesión, se encuentran constancias firmadas por Gustavo Hernán Puentes quien aclara que, no obstante estaba abierto el registro en la plenaria de la Cámara (en donde los congresistas indican que están presentes para el debate), para ese momento la sesión no había iniciado formalmente “o sea que hay total tranquilidad frente a esa *observación que algunos nos han venido haciendo*” (el énfasis es nuestro).<sup>16</sup> Desafortunadamente, las actas del Congreso no revelan cuál es la observación a la que se refería el presidente, pero es muy posible que la preocupación de Puentes fuera la violación de la no-simultaneidad. Esta última hace referencia a los artículos 83 y 93 de la Ley 5 de 1992 que establecen que las sesiones de las Comisiones se deben hacer en horarios diferentes a los de las plenarios. La constancia del presidente buscaba establecer que, no obstante, se estaba llamando a lista en la plenaria, la reunión no había comenzado antes de que terminara de sesionar la Comisión Primera de esta misma entidad. Como veremos más adelante, la no-simultaneidad sería un eje central de algunas de las demandas presentadas ante la Corte Constitucional.

Dicho y hecho, durante el sexto debate en la Plenaria de la Cámara, el 16 de octubre de 2012, además de las tácticas dilatorias, la oposición registró dos vicios de forma. Recordemos que, según nuestra propuesta, el registro de estos vicios de procedimiento durante los debates es evidencia de señales, invitaciones a la Corte para que pueda intervenir posteriormente. El primer vicio lo denunció Alba Luz Pinilla (PDA) al hacer referencia a la violación del orden del día en el quinto debate del proyecto. El segundo, con respecto a la simultaneidad de las sesiones, lo registró Wilson Neber Arias en una intervención donde lo narró así (el énfasis es nuestro):

El día 26 de septiembre cuando se discutía en la Comisión Primera este Acto Legislativo vine a la Plenaria y a las 3:32 logré después de no pocos esfuerzos [...] que se abriera el registro, quiero hacer constar señor Presidente, a esa hora estaba sesionando todavía a la Comisión Primera aprobando este proyecto de Acto Legislativo, le notifiqué de ello [...] ya que en mi opinión vicia el proyecto mismo muy a pesar de que la respuesta del Secretario cuando se pide la constancia [...] se cuida, decir que sólo hasta las 4:16 se conformó el quórum y se declaró abierta la sesión Plenaria... yo quiero anticipar mi interpretación sobre el tema [...] desde el preciso instante en que se abre el registro debe suspenderse la labor de las comisiones [...] o si no, no tendría objeto el intento de conformar un quórum deliberatorio [...] lo dejo constar para fines posteriores.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> La sugerencia es que se estaba violando la Ley 5 de 1992 la cual establece (Art. 81) que, si un proyecto originalmente programado no se alcanzó a discutir en una sesión, este queda automáticamente programado para discutirse en la siguiente.

<sup>16</sup> Gaceta del Congreso No. 785 de 2012, pág. 46.

<sup>17</sup> Gaceta del Congreso No.111 de 2013, pág. 38.

La intervención de Arias es reveladora por varias razones. Primero, es claro que estaba tratando de dejar constancia de un vicio de forma con miras a la revisión constitucional del proyecto. Según las gacetas, la sesión de la Comisión Primera del 26 de septiembre se cerró oficialmente a las 4:10 de la tarde,<sup>18</sup> y la Plenaria de la Cámara abrió el registro a las 3:12 e inició la sesión a las 4:04.<sup>19</sup> Sin la advertencia de Neber Arias, ni demandantes ni magistrados, podrían haberse percatado de la simultaneidad.

Segundo, por la forma en la que está escrito el comentario pareciera que el PDA fue el que aprovechó la oportunidad para motivar el vicio. Obligando a la mesa a abrir el registro, Neber Arias consigue que las sesiones se superpongan en el mejor de los casos por cuarenta y ocho minutos, en el peor por seis. Aunque es imposible saber a ciencia cierta si hubo comunicación entre Neber Arias (quien pidió que se abriera el registro y se llamara a lista en la Plenaria de la Cámara) y los miembros del PDA de la Comisión Primera en sesión, es difícil creer que no fuera así.

Navas Talero, reiteró ambos vicios después del octavo debate, durante la conciliación de las diferencias entre los textos aprobados por la Cámara y el Senado.<sup>20</sup> El texto aprobado no difería radicalmente del proyecto original. Se precisó el alcance, las características y la composición del Tribunal de Garantías Penales (Art. 1); se modificó marginalmente la lista de crímenes que no serían juzgados por los tribunales militares (Art. 3); se precisaron las características de la comisión que entraría a dirimir conflictos de jurisdicción entre Cortes militares y Cortes ordinarias (Art. 3); se estableció que los militares servirían sus condenas en centros penitenciarios especiales (Art. 3); y se le dio un año a la Fiscalía para revisar los procesos contra miembros de las Fuerzas Armadas, que estuvieran siendo manejados por la justicia ordinaria para decidir si se debían pasar a la justicia militar.

### ***Activando a la Corte: Tácticas de obstrucción con un pie en el legislativo y otro en el judicial***

Una vez aprobado el proyecto (Acto Legislativo 02 de 2012) en diciembre, la Corte Constitucional entró formalmente al proceso. Poco después de la aprobación del proyecto, varias demandas fueron radicadas solicitando al tribunal declarar la reforma inexecutable. La Corte se pronunció sobre tres de ellas entre octubre y noviembre de 2013 (fallos C-754, C-855 y C-740).

La sentencia C-740 tumbó la reforma constitucional al Fuero Penal Militar por vicios de procedimiento en el trámite legislativo. En el fallo y en el proceso en la Corte también están las huellas de las tácticas de obstrucción descritas en las páginas anteriores. Para empezar, es importante notar que la sola existencia de las tres sentencias y sus correspondientes demandas son evidencia de cómo la oposición recurre a la Corte como estrategia de obstrucción. Primero, como puede observarse en la **Tabla 1**, las tres demandas incluyen a congresistas de la oposición entre sus signatarios. Segundo, llama la atención ver que las demandas que dieron origen a las sentencias C-754 y C-740 tienen varios signatarios en común: Gustavo Gallón, (director de la organización no gubernamental Comisión Colombiana de Juristas, CCJ) y algunos congresistas (resaltados en negritas e itálicas en la **Tabla 1**) quienes eran actores claves de la oposición. En términos estratégicos, estas dos demandas pueden ser vistas como complementarias, ya que cada una le apunta a demostrar la inconstitucionalidad del acto legislativo desde dos ángulos diferentes. La demanda que dio pie al fallo C-754 presentaba argumentos sustantivos y la del C-740 se concentraba en vicios de procedimiento en el trámite legislativo. La **Tabla 1** presenta un breve resumen de los argumentos.

En la sentencia C-740 de 2013 la Corte se pronunció sobre varios vicios de procedimiento del trámite legislativo denunciados por los demandantes (ver fila Argumentos en la **Tabla 1** para un resumen). La Corte les dio la razón a los congresistas al considerar que la existencia de sesiones simultáneas de comisión y plenaria en la Cámara violó los principios de participación e igualdad. Para la Corte,

no concurrieron las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de la deliberación parlamentaria, lo que a su turno afecta la validez del debate allí cumplido. [...] la posibilidad de concurrir y actuar cada vez que sea citada la comisión de la que un determinado congresista hace parte o la plenaria de la corporación a la que pertenece, que es al mismo tiempo un derecho y una obligación de éste, se vincula íntimamente con principios constitucionales tan determinantes como la

<sup>18</sup> Gaceta del Congreso No.785 de 2012, pág. 49.

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso No.111 de 2013, pág. 4.

<sup>20</sup> Cuando el proyecto que se aprueba en la Cámara difiere del que se aprueba en el Senado, el proyecto pasa a conciliación. Representantes de ambas entidades discuten nuevamente el proyecto y unifican los cambios. Posteriormente el proyecto debe ser votado por las plenarios del Senado y la Cámara.

**Tabla 1:** Demandas al Acto Legislativo 02 de 2012 falladas por la Corte Constitucional.

|                            | <b>C-754 2013</b>   | <b>C-740 2013<br/>(declaró inconstitucional el Acto<br/>Legislativo 02 de 2012)</b>   | <b>C-855 2013</b>   |
|----------------------------|---|---|---|
| Demandantes                | Gustavo Gallón Giraldo (CCJ)<br><i>Carlos Germán Navas Talero (PDA)</i><br>Juan Camilo Rivera Rugeles (CCJ)<br><i>Ángela María Robledo Gómez (PV)</i><br>Laura Isabel Villamizar Pacheco (Asistente, Cámara de Representantes)<br><i>Iván Cepeda Castro (PDA)</i><br>José Amelio Esquivel Villabona | <i>Iván Cepeda Castro (PDA)</i><br><i>Carlos Germán Navas Talero (PDA)</i><br><i>Ángela María Robledo Gómez (PV)</i><br><i>Guillermo Abel Rivera Flórez (PL)</i><br>Santiago Medina Villarreal (Profesor U. Buenaventura)<br>Gustavo Adolfo Gallón Giraldo (CCJ)<br>Ramiro Bejarano Guzmán (Abogado-Columnista)<br>Franklin Javid Castañeda Villacob (Abogado DDHH)<br>Claudia Liliana Erazo Maldonado (Abogada DDHH)<br>Jaime Absalón Rincón Sepúlveda   | María Cristina Buchelli Espinosa<br>Mario Fernando Osejo Buchelli<br><i>Parmenio Cuellar Bastidas (PDA)</i> |
| Argumentos de las demandas | Los demandantes argumentan que hay sustitución de la Constitución pues se afecta la separación de poderes, las funciones de la rama judicial, los derechos de las víctimas y hay cambio a las reglas de reserva estatutaria.  | Los demandantes hacen varios cargos por vicios de procedimiento del Actos Legislativo 02 de 2012, entre ellos: no agotamiento del orden del día en una sesión, ignorar un mensaje de urgencia del Ejecutivo y por infringir en el orden día en sesiones previas al debate de este proyecto. La Corte les da la razón en cuanto a la realización simultánea de sesiones ordinarias de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y de la plenaria de la misma corporación el día 26 de septiembre de 2012. | Vulnera separación de poderes y vulnera derecho a la igualdad.  |

*Notas:* En cursiva los congresistas. Entre paréntesis la información de la afiliación partidaria o institucional del demandante. PDA = Partido Polo Democrático; PV = Partido Verde; CCJ = ONG Comisión Colombiana de Juristas. Si no se incluye información de afiliación es porque no se consiguió.

participación o la igualdad, ambos incluidos desde el preámbulo como criterios inspiradores del orden superior.<sup>21</sup>

El fallo refiere las constancias de irregularidades radicadas por los representantes de la oposición durante los debates. Para la Corte sería extremadamente difícil conocer de estas irregularidades si los congresistas no las documentaran. Un magistrado auxiliar de la Corte Constitucional llamó la atención sobre la importancia de este punto en entrevista con una de nosotras. Refiriéndose al proceso de discusión de RFPM dentro la Corte señaló que: “(Las) políticas de la oposición generan los vicios. Dejan constancias. Hay muchos vicios a propósito. ¡Si el vicio de simultaneidad no lo advierten en el Congreso, es imposible!”<sup>22</sup> En pocas palabras, los registros que los congresistas de oposición dejaron durante el trámite legislativo y sus maniobras son más que palabras en las actas; son señales sobre las cuales se puede construir una estrategia de obstrucción exitosa.

Como explicamos arriba, nosotras vemos a la Corte Constitucional como un cuerpo cuyas decisiones tienen en cuenta un amplio abanico de consideraciones institucionales, legales y políticas. Independientemente de qué tipo de cálculos tengan los magistrados a la hora de juzgar un proyecto, las tácticas de obstrucción que invitan a la Corte pueden llegar a ser muy importantes.

Las señales que hicieron los congresistas durante el trámite de la RFPM fueron claves desde cualquier ángulo que usemos para entender las motivaciones de los jueces. Si creemos que la Corte falló en la ley,

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, C-740 2013, Magistrado Ponente Nilson Pinilla.

<sup>22</sup> Entrevista con Magistrado Auxiliar CC, Bogotá, 17 de enero de 2014.

estos vicios son los únicos que podía tener en cuenta al analizar un proyecto así. La idea detrás del control de constitucionalidad es que la Corte haga contrapeso a las mayorías del Congreso. Hacer dos debates al mismo tiempo acelera la aprobación de un proyecto en detrimento de la calidad del debate y de los derechos de las minorías que se oponen al mismo. Al fallar por vicios de simultaneidad, la Corte estaba buscando enmendar esas deficiencias. Si consideramos que la Corte, lo que buscaba era proteger su legitimidad institucional, las tácticas que usaron los congresistas para invitar su intervención le ayudaron a fallar en terreno más firme. Sin ellas, la Corte habría tenido que fallar usando la teoría de la sustitución de la Constitución, que es mucho más controversial. Juzgar reformas constitucionales por vicios de forma es mucho menos problemático que juzgarlas por vicios de sustitución, especialmente si es una reforma políticamente sensible como la RFPM. Finalmente, si pensamos que los magistrados actúan guiados por preferencias ideológicas, los vicios de procedimiento les facilitan rechazar actos legislativos sin exponerse a retaliaciones políticas. En cualquiera de estos tres escenarios (no necesariamente excluyentes) las tácticas juegan un papel central.

## Conclusiones

¿Cómo afectan las altas Cortes el comportamiento de los congresistas? Nuestro estudio muestra cómo la Corte Constitucional Colombiana cambia los cálculos de coaliciones minoritarias al interior del Congreso ampliando el abanico de herramientas que pueden utilizar para oponerse a un proyecto de ley. Usando el caso de la RFPM mostramos cómo, además de tácticas de obstrucción como la dilación, la coalición minoritaria de oposición en Colombia echó mano de estrategias de obstrucción vía la Corte. En el Congreso, la oposición aprovechó, señaló y documentó vicios de procedimiento. En la Corte, presentó demandas que utilizaron esos vicios y la documentación correspondiente para argumentar por qué la CC debía declarar la reforma inconstitucional. Dichas tácticas fueron claves para tumbar el proyecto pues le dieron a la Corte más y mejores herramientas para evaluar el acto legislativo.

La sentencia negativa de la Corte le permitió a la oposición avanzar su agenda. Dos años después el Gobierno logró pasar definitivamente un proyecto de RFPM (Acto Legislativo 1 de 2015). Dicho proyecto, sin embargo, es mucho más moderado que el analizado aquí. La reforma del 2015 no crea un Tribunal de Garantías, no establece un fondo para financiar el sistema de defensa de los militares, no lista los crímenes que serán juzgados por la justicia ordinaria, ni establece una comisión para dirimir conflictos de jurisprudencia entre esta última y la justicia militar. Simplemente precisa que los tribunales militares estarán conformados por miembros de las Fuerzas Armadas, en retiro; establece que en casos en los que aplique el DIH los militares van a ser juzgados bajo dichas normas; y señala que, para ello, los miembros de los tribunales militares deberán recibir entrenamiento en DIH.<sup>23</sup> El Gobierno ajustó el proyecto respondiendo en parte a las duras críticas que congresistas de la oposición y miembros de algunas organizaciones no gubernamentales habían elevado dos años antes. Sin duda alguna, la reforma que se aprobó en el 2015 está mucho más cerca de las preferencias de sus críticos.

En este sentido, nuestro estudio, junto con el de Hiroi y Renno (2004), subraya la importancia de analizar tácticas de obstrucción para una comprensión más completa del proceso legislativo en América Latina. Los retrasos, las demoras y los intentos de bloqueo abren opciones reales para modificar las políticas públicas. En el caso que estudiamos aquí, el uso efectivo de tácticas de obstrucción que tienen en cuenta a la Corte Constitucional les permitió a los congresistas en la minoría convertirse en una especie de poder de veto de facto. Si bien la minoría no tenía la posibilidad de incidir significativamente ni bloquear la legislación en el Congreso, las estrategias de obstrucción obligaron a los partidos en la mayoría a replantear su propuesta una vez que la Corte la rechazó. La coalición de Gobierno introdujo la RFPM nuevamente, pero su contenido fue sustancialmente diferente al que se propuso inicialmente. Nuestro estudio de caso reconstruyó los mecanismos de obstrucción que hicieron posible tal resultado, presentando evidencia micro de cómo los congresistas operaron y con qué resultados.

Este estudio de caso es un esfuerzo por conceptualizar las tácticas de obstrucción legislativa vía la Corte en el Congreso colombiano. Aunque aparentemente marginal, la potencial importancia de estas tácticas no es deleznable. Datos preliminares sugieren que, desde la creación de la CC en 1991, 72 por ciento de los actos legislativos que han sido declarados (parcial o totalmente) inexecutable lo fueron por vicios de procedimiento.<sup>24</sup> Si bien no todos estos fallos han sido el producto de tácticas de obstrucción vía la Corte, esta cifra suscita dudas sobre la habilidad de los legisladores de la mayoría para evitar fallos negativos con base en procedimiento. La literatura de anticipación sugiere que la coalición mayoritaria en el Congreso es

<sup>23</sup> Gaceta del Congreso No. 465 de 2015, pág. 5.

<sup>24</sup> Cálculos nuestros con base en datos de Congreso Visible, de la Corte Constitucional de Colombia y del Congreso de la República.

capaz de modificar un proyecto para evitar el veto de la Corte y, como vimos, los congresistas de coaliciones mayoritarias en Colombia son conscientes del veto que puede ejercer la CC. Ellos son, sin embargo, relativamente impotentes para prevenir un fallo negativo con base a normas de procedimiento, lo cual hace de estas un terreno fértil para la oposición.

Evidencia preliminar sugiere, de hecho, que estas tácticas de obstrucción no son exclusivas de la oposición de izquierda (fuerza históricamente minoritaria en Colombia) y que también han sucedido en otros gobiernos. Entre 2002 y 2010, la oposición al gobierno de Álvaro Uribe utilizó estas tácticas para bloquear reformas constitucionales anti-democráticas (Gamboa 2017). Más recientemente, en 2016, el partido uribista (Centro Democrático) usó estrategias similares para bloquear y modificar la legislación asociada al proceso de paz con las FARC.<sup>25</sup> Esperamos que nuestra tipología sea útil para motivar otros estudios sobre la relación entre Corte y Congreso, tema fundamental para alcanzar una mayor comprensión del proceso legislativo colombiano en toda su dimensión.

Por otro lado, este estudio plantea preguntas importantes sobre la aplicabilidad de este esquema conceptual para entender el comportamiento de otros legislativos en la región. Es probable que estas tácticas no solo sean curiosidades colombianas: hay indicios de que suceden y tienen importancia también en otros países, como Costa Rica donde, según documenta Lehoucq (2007), los congresistas hacen uso de un mecanismo que permite hacer consultas a la Sala Cuarta (el tribunal constitucional) durante los debates para dilatar el proceso legislativo. Este tipo de maniobras de obstrucción son claramente similares a las que encontramos en Colombia en la medida en que requieren de una Corte asertiva para desplegarse. Su existencia y efectos merecen atención.

## Agradecimientos

Queremos agradecer a Néstor Castañeda, Jonathan Hartlyn, Silvia Otero Bahamón, Mónica Pachón y al grupo de evaluadores anónimos por sus comentarios a este artículo. Gracias también a Lucas D'Auria Sánchez por su excelente labor como asistente de investigación.

## Sobre las autoras

Sandra Botero (PhD, Universidad de Notre Dame) es profesora asociada en la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario. Es especialista en la relación entre el sistema judicial y el sistema político desde una perspectiva comparada, y su investigación se enfoca en temas de efectividad de los derechos, cortes, comportamiento electoral y política en América Latina. Su tesis doctoral fue galardonada con el premio a la mejor tesis 2016 de la Law and Society Association. Sus publicaciones incluyen artículos en *Comparative Politics*, *Political Research Quarterly*, *Electoral Studies*, *Latin American Law Review* y la *Revista de Ciencia Política*, entre otros.

Laura Gamboa (PhD, Universidad de Notre Dame) es profesora asistente de la Universidad de Utah. Estudia temas de política comparada como democracia y autoritarismo, partidos políticos y comportamiento electoral. Su primer libro estudia estrategias de la oposición para enfrentar presidentes con tendencias autoritarias que intentan erosionar la democracia. Sus trabajos de investigación han sido publicados en revistas académicas como *Comparative Politics*, *Political Research Quarterly*, *Electoral Studies*, *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, *Journal of Democracy* y *Colombia Internacional*, entre otros.

## Referencias

- Alemán, Eduardo, y George Tsebelis. 2005. "The Origins of Presidential Conditional Agenda-Setting Power in Latin America". *Latin America Research Review* 40 (2): 3–26. DOI: <https://doi.org/10.1353/lar.2005.0017>
- Alemán, Eduardo, y George Tsebelis. 2016. "Introduction: Legislative Institutions and Agenda Setting". en *Legislative Institutions and Lawmaking in Latin America*, editado por Eduardo Alemán y George Tsebelis, 1–31. Oxford: Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198777861.003.0001>
- Alston, Lee J., John Londregan, Patricio Navia y Joaquín Vidal. 2008. "On the Road to Good Governance: Recovering from Economic and Political Shocks in Brazil". En *Policymaking in Latin America: How Politics Shapes Policies*, editado por Pablo T. Spiller, Ernesto Stein, Mariano Tommasi y Carlos Scartascini, 111–149. Cambridge, MA: Inter-American Development Bank; David Rockefeller Center for Latin American Studies.

<sup>25</sup> "Avanzan cinco demandas en contra del Acto Legislativo por la Paz", *El Tiempo*, 17 de noviembre de 2016.



- Arnold, Christian, David Doyle y Nina Wiesehomeier. 2017. "Presidents, Policy Compromise, and Legislative Success". *Journal of Politics* 79 (2): 380–395. DOI: <https://doi.org/10.1086/688080>
- Binder, Sarah A. 2015. "The Dysfunctional Congress". *Annual Review of Political Science* 18 (1): 85–101. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-110813-032156>
- Binder, Sarah A., Eric D. Lawrence y Steven S. Smith. 2002. "Tracking the Filibuster, 1917 to 1996". *American Politics Research* 30 (4): 406–422. DOI: <https://doi.org/10.1177/1532673X02030004003>
- Botero, Sandra. 2017. "Agents of Neoliberalism? High Courts, Legal Preferences, and Rights in Latin America". En *Latin America since the Left Turn*, editado por Tulia Falseti y Emilio Parrado. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Brinks, Daniel, y Abby Blass. 2018. *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance and Judicial Design*. New York: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316823538>
- Cárdenas, Mauricio, Roberto Junguito y Mónica Pachón. 2008. "Political Institutions and Policy Outcomes in Colombia: The Effects of the 1991 Constitution". En *Policymaking in Latin America: How Politics Shapes Policies*, editado por Pablo T. Spiller, Ernesto Stein, Mariano Tommasi y Carlos Scartascini, 199–242. Cambridge, MA: Inter-American Development Bank; David Rockefeller Center for Latin American Studies.
- Carroll, Royce, y Mónica Pachón. 2016. "The Unrealized Potential of Presidential Coalitions in Colombia". En *Legislative Institutions and Lawmaking in Latin America*, editado por Eduardo Alemán y George Tsebelis, 122–147. Oxford: Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198777861.003.0005>
- Cox, Gary W., y Mathew D. McCubbins. 1993. *Legislative Leviathan: Party Government in the House*. Berkeley: University of California Press.
- de Sousa, Mariana Magdali. 2010. "How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary". En *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, Arenas in Latin American Policymaking*, editado por Carlos Scartascini, Ernesto Stein y Mariano Tommasi, 77–118. Cambridge, MA: Inter-American Development Bank; David Rockefeller Center for Latin American Studies.
- Döring, Herbert. 1995. "Time as a Scarce Resource: Government Control of the Agenda". En *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. Mannheim: Mannheim Center for European Social Research.
- Epstein, Lee, y Jack Knight. 2013. "Reconsidering Judicial Preferences" *Annual Review of Political Science* 16: 11–31. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-032211-214229>
- Gamboa, Laura. 2017. "Opposition at the Margins: Strategies against the Erosion of Democracy in Colombia and Venezuela". *Journal of Comparative Politics* 49 (4): 457–477. DOI: <https://doi.org/10.5129/001041517821273044>
- Gillman, Howard. 1999. "The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making". En *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, editado por Cornell W. Clayton y Howard Gillman, 65–87. Chicago: University of Chicago Press.
- González Bertomeu, Juan F. 2014. "The Political Determinants of the Colombian Constitutional Court's Decision Making in Separation of Powers Cases". Manuscrito inédito.
- González-Ocantos, Ezequiel. 2016. *Shifting Legal Visions: Judicial Change and Human Rights Trials in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316535509>
- Herrero, Álvaro. 2011. "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: Una exploración empírica del caso argentino". *Revista de Ciencia Política* 49 (1): 71–106. DOI: <https://doi.org/10.5354/0716-1077.2011.16311>
- Hiroi, Taeko, y Lucio Renno. 2014. "Dimensions of Legislative Conflict: Coalitions, Obstructionism, and Lawmaking in Multiparty Presidential Regimes". *Legislative Studies Quarterly* 39 (3): 357–386. DOI: <https://doi.org/10.1111/lsq.12049>
- Kapiszewski, Diana, y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America". *Perspectives on Politics* 6 (4): 741–767. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592708081899>
- Krehbiel, Keith. 1998. *Pivotal Politics: A Theory of US Lawmaking*. Chicago: University of Chicago Press. DOI: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226452739.001.0001>
- Lehoucq, Fabrice. 2007. "Proceso de políticas, partidos e instituciones en la Costa Rica democrática". Presentado en XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, República Dominicana, 30 de octubre a 2 de noviembre.
- Lorenz, Astrid. 2005. "How to Measure Constitutional Rigidity: Four Concepts and Two Alternatives". *Journal of Theoretical Politics* 17 (3): 339–361. DOI: <https://doi.org/10.1177/0951629805052883>

- Milanese, Juan Pablo. 2011. "Participación éxito y prioridad: Un análisis macro de los equilibrios en las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo en Colombia 2002–2006". *CS en Ciencias Sociales* 8: 111–145. DOI: <https://doi.org/10.18046/recs.i8.1131>
- Morgenstern, Scott, and Benito Nacif, eds. 2002. *Legislative Politics in Latin America*. New York: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511615665>
- Morgenstern, Scott, Juan Javier Negri y Aníbal Pérez-Liñán. 2008. "Parliamentary Opposition in Non-Parliamentary Regimes: Latin America". *Journal of Legislative Studies* 14 (1–2): 160–189. DOI: <https://doi.org/10.1080/13572330801921166>
- Nunes, Rodrigo M. 2010. "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health". *Latin American Politics and Society* 52 (3): 67–97. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2010.00090.x>
- Pachón, Mónica. 2003. "Explaining the Performance of the Colombian Congress: Electoral and Legislature Rules, and Interactions with the Executive". En XXIV International Congress of the Latin American Studies Association, 27 a 29 de marzo, Dallas, TX.
- Pachón, Mónica, y María Paula Aroca. 2014. "Presidents vs. Congress and the Constitutional Court: An Empirical Analysis of the Veto Power in Colombia, 1998–2014". Manuscrito.
- Patty, John W. 2016. "Signaling through Obstruction". *American Journal of Political Science* 60 (1): 175–189. DOI: <https://doi.org/10.1111/ajps.12202>
- Praça, Sergio. 2015. "Delegation, Agenda Control, and Budget Reform in Brazil, 1999–2008". *Latin America Research Review* 50 (3): 92–110. DOI: <https://doi.org/10.1353/lar.2015.0034>
- Rodríguez Raga, Juan Carlos. 2011. "Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006". En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Rios Figueroa, 81–98. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520.004>
- Segal, Jeffrey Allan, y Harold J. Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511615696>
- Shipan, Charles R. 2000. "The Legislative Design of Judicial Review: A Formal Analysis". *Journal of Theoretical Politics* 12 (3): 269–304. DOI: <https://doi.org/10.1177/0951692800012003002>
- Smith, Joseph L. 2005. "Congress Opens the Courthouse Doors: Statutory Changes to Judicial Review under the Clean Air Act". *Political Research Quarterly* 58 (1): 139–149. DOI: <https://doi.org/10.1177/106591290505800113>
- Stone Sweet, Alec. 2007. "The Politics of Constitutional Review in France and Europe". *International Journal of Constitutional Law* 5 (1): 69–92. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mol041>
- Taylor, Matthew M. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford, CA: Stanford University Press. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvqsdqnr>
- Tsebelis, George. 2002. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton, NJ: Princeton University Press. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400831456>
- Vanberg, Georg. 1998. "Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, and Policy Compromise". *Journal of Theoretical Politics* 10 (3): 299–326. DOI: <https://doi.org/10.1177/0951692898010003005>
- Virgüez Ruiz, Santiago. 2018. "Congresspeople in the Courtroom: Analysis of the Use of Constitutional Complaints by Members of Congress in Colombia, 1992–2015". *Colombia Internacional*, No. 96: 57–85. DOI: <https://doi.org/10.7440/colombiant96.2018.03>

**How to cite this article:** Botero, Sandra, and Laura Gamboa. 2021. Corte al Congreso: Poder judicial y trámite legislativo en Colombia. *Latin American Research Review* 56(3), pp. 592–606. DOI: <https://doi.org/10.25222/larr.757>

**Submitted:** 07 October 2018

**Accepted:** 16 February 2020

**Published:** 07 September 2021

**Copyright:** © 2021 The Author(s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC-BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited. See <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

LARR

*Latin American Research Review* is a peer-reviewed open access journal published by the Latin American Studies Association.

OPEN ACCESS 