

Rocío del Pilar Trujillo Sosa

LE POUVOIR CONSTITUANT ET LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE EN COLOMBIE DE 1989 À 2012¹

INTRODUCTION

Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant².

Sieyès

Dans un premier temps, nous allons admettre, avec le professeur Klein, qu'il existe une théorie du pouvoir constituant et un pouvoir constituant³, dans la mesure où derrière toute organisation politique étatique, il y a une ou plusieurs volontés humaines. De plus, la théorie du pouvoir constituant n'est pas la reconnaissance pure et simple de cette réalité, d'abord parce que cette « réalité » est loin d'être claire ou simple dans les cas concrets. Mais, surtout, car il s'agit dès le début de s'éloigner d'une position « positiviste » comme celle de Carré de Malberg qui reconnaît qu'il y a un « pouvoir constituant », celui qui pose la première constitution, mais qualifié de factuel, il est expulsé du champ juridique⁴. Nous adhérons plutôt à une reconnaissance du caractère juridique et politique de la théorie du pouvoir constituant :

Que la notion de pouvoir constituant (originaire) ne soit pas une notion de pur droit positif ne peut être nié : pour autant, on ne saurait avancer qu'elle ne remplit pas de fonction juridique. Il est évidemment paradoxal de noter que celle-ci s'exprime en termes de légitimation, de magie, mais n'est-ce pas là précisément la fonction de la notion même de pouvoir originaire⁵.

Ce premier point est fondamental car, en l'espèce, le pouvoir constituant tel qu'il fonctionne en pratique peut être déterminé par la théorie du pouvoir constituant⁶, ou bien, au contraire, par un résultat souhaité dans le droit

¹ Mémoire de Master 2 préparé sous la direction du Professeur D. Baranger, et soutenu à l'Université Panthéon-Assas en juin 2014.

² E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Paris, Éditions du Boucher, 2002, p. 53.

³ C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996, p. 116.

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 1919-1922 rééd., tome II, p. 491 sq.

⁵ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 197.

⁶ « Qu'on ne dise point que tout cela n'est que de la métaphysique juridique. Si abstraites, en effet que puissent paraître les notions [...] elles vont engendrer, à leur suite des nombreuses et importantes conséquences pratiques, qui attestent que le principe de la

positif conduisant à adopter une position théorique. Au final, il semble, qu'en pratique, la théorie du pouvoir constituant et le pouvoir constituant communiquent entre eux. En effet, l'un des objectifs de ce mémoire est de démontrer les liens entre cette théorie et le droit positif à travers l'exemple colombien.

Un deuxième point à avancer est que la théorie du pouvoir constituant est une théorie à la fois politique et juridique. Selon les termes du professeur Klein, « la doctrine du pouvoir constituant est un discours qui, à partir d'une analyse purement politique, cherche à établir une dimension juridique⁷ ». Même dans des aspects qui semblent plus techniques, comme la procédure de révision d'une constitution concrète, il y aura une dimension « politique⁸ ». Cette reconnaissance du caractère politique invite, non à l'écartier comme une donnée extra-juridique, mais plutôt à le comprendre pour mieux rendre compte des problèmes de droit public et de droit constitutionnel, en particulier.

Une définition du pouvoir constituant, notion problématique, semble nécessaire. Le pouvoir constituant est le pouvoir d'édicter une constitution (écrite⁹). Sur ce point, la doctrine semblerait s'accorder, mais le problème de la définition ne se résout pas, il ne fait que se déplacer : qu'est-ce qu'une constitution ? Qu'est-ce qu'un pouvoir ? La théorie du pouvoir constituant est donc profondément liée à la notion de constitution et donc au droit en général, à la souveraineté et à son titulaire dans une démocratie. Un survol de ces concepts permet de mieux problématiser la question du pouvoir constituant et d'avoir à l'esprit que l'utilisation de cette notion par le droit positif n'est pas exempte de difficultés théoriques. Nous commencerons par une approche de la notion du pouvoir constituant, ensuite de la constitution et la souveraineté pour revenir aux concepts de pouvoir constituant « originaire » et « dérivé ».

Examinons rapidement deux définitions du pouvoir constituant. Tout d'abord, pour Carl Schmitt, « [l]e pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre¹⁰ ». La différence de base entre « constitution au sens positif » et les lois constitutionnelles de Schmitt détermine sa conception du pouvoir constituant, qui n'est pas celui qui édicte les lois constitutionnelles. Pour cet

souveraineté nationale présente un intérêt pas seulement théorique », R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tome II, p. 190.

⁷ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 68.

⁸ D. BARANGER, « Le langage de l'éternité. Le Conseil constitutionnel et l'absence de contrôle des amendements à la constitution », *Israel Law Review*, 2010, p. 1.

⁹ De plus, quand on fait référence au pouvoir constituant et compte tenu de ses origines historiques dans la révolution américaine et française, il semble qu'on fait toujours référence à une constitution écrite. La définition de la Constitution serait aussi déterminante à cet égard. Une décision politique fondamentale n'est pas écrite par définition et en ce sens, il y aura une Constitution, au sens positif de Schmitt, et un pouvoir constituant en Angleterre.

¹⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 211-212.

auteur, la rigidité accrue des lois constitutionnelles n'est qu'une technique juridique¹¹.

Au contraire, Carré de Malberg, partant de la prémisse qu'il n'y a pas de droit en dehors de la constitution¹², avance une notion juridique du pouvoir constituant, celui-ci étant le pouvoir de réforme de la Constitution en vigueur :

Les organes dits constituants ne peuvent plus que les organes constitués avoir de pouvoirs antérieurs à la Constitution. Tout organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constitution et tient d'elle sa capacité. De ce point de vue, on peut même dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'organe constituant : il n'y a dans l'État que des organes constitués¹³.

Comme le professeur Beaud l'a souligné, les questions touchant au pouvoir constituant « engagent une certaine conception de la Constitution et de son renversement qui est la révolution¹⁴ ». Suivant le professeur Beaud, mais en schématisant excessivement pour notre propos, il est possible d'opposer une conception positiviste de la constitution, selon un raisonnement formaliste, à une conception matérielle de la constitution. Selon la première conception, bien représentée par le doyen Vedel, la constitution est une loi spécifique, mais une loi dont le caractère particulier dépend de sa forme, de la procédure. « [C]'est l'occasion de rappeler qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant¹⁵ ». Et il est à souligner, qu'ici, le doyen Vedel entend le « pouvoir constituant » comme une procédure¹⁶.

Selon la seconde conception, comme l'indique le professeur Beaud, « la Constitution [...] désigne l'ensemble des décisions fondamentales qui fondent « l'identité de la constitution », c'est-à-dire qui structurent ou configurent le régime politique et social d'un pays donné¹⁷ ». Au sein des conceptions matérielles, nous pouvons distinguer entre « une lecture autoritaire et une libérale¹⁸ ».

¹¹ *Ibid.*, p. 212.

¹² R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tome II, p. 499.

¹³ *Ibid.*, p. 500.

¹⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 359.

¹⁵ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision no. 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 178.

¹⁶ D. BARANGER, art. cité, p. 9.

¹⁷ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 365.

¹⁸ *Ibid.*, p. 365. Premièrement, selon la conception matérielle, la Constitution n'est pas définie seulement par la forme ou la procédure, il y a en effet un contenu constitutionnel. Deuxièmement, dans les conceptions matérielles, il y a plusieurs lectures possibles selon quel contenu est « considéré » comme constitutionnel, ainsi une lecture libérale suit les principes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; alors qu'une autre lecture reconnaît qu'il y a une constitution où il y a un régime autoritaire en place si c'est la décision fondamentale du sujet du pouvoir constituant. Voir en ce sens C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 213.

Nous ne prétendons pas, toutefois, aborder de manière approfondie la question épineuse de la définition de la constitution¹⁹, ni les nuances entre les différentes conceptions, mais il est nécessaire de souligner car, tout au long du développement, nous allons observer un « combat entre la matière et la forme²⁰ », entre la conception formelle et matérielle de la constitution.

L'autre question qui sera toujours présente est celle de la souveraineté. Une définition préliminaire de ce concept et de son titulaire semble nécessaire avant de retourner à la notion du pouvoir constituant, particulièrement car ce pouvoir est souvent qualifié de souverain et cela ne va pas sans implication dans le droit positif.

Premièrement, pour une partie de la doctrine, la souveraineté est le trait caractéristique de l'État, personne juridique²¹. Selon Carré de Malberg, il y a plusieurs acceptions du mot souveraineté : tout d'abord le sens initial de la souveraineté, c'est-à-dire « le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante » ; puis la souveraineté comme prérogative de la puissance étatique et enfin, comme caractéristique de l'organe le plus élevé dans l'État²². Il s'agit ainsi d'une notion complexe mais nécessaire en droit public. Dans le cadre de notre travail, nous considérons, avec le professeur Beaud, qu'il est possible de distinguer au sein de l'État deux souverainetés, où l'une présuppose l'autre : la souveraineté de l'État et la souveraineté constituante. La première, la puissance publique, est la condition d'existence de la souveraineté constituante dont le titulaire maîtrise la constitution²³.

« Depuis la révolution démocratique, la question de la souveraineté est devenue d'abord celle du pouvoir constituant²⁴ ». Nous n'analyserons pas ce sujet de la théorie de l'État et de la théorie constitutionnelle, mais force est de constater que le pouvoir constituant a une relation avec la démocratie qui s'exprime dans l'idée de la souveraineté du peuple de se donner une Constitution. Nous y reviendrons pour examiner les implications possibles de la « souveraineté constituante du peuple²⁵ » et ses conséquences dans le cas colombien.

Revenons maintenant à la définition commune du pouvoir constituant :

¹⁹ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 257-265.

²⁰ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 204.

²¹ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013, p. 50.

²² R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tome I, p. 79.

²³ La dualité de la souveraineté peut apparemment être contradictoire en tant que la souveraineté doit être toujours une et indivisible. En ce sens, il ne peut y avoir qu'un seul pouvoir suprême. La distinction est néanmoins possible en raison de la distinction sous-jacente entre l'État et la Constitution conçue par le professeur Beaud. En ce sens, l'une est la souveraineté de l'État qui doit être une et l'autre est la souveraineté constituante ou la maîtrise de la constitution ; O. BEAUD, *op. cit.*, p. 208-209.

²⁴ *Ibid.*, p. 201.

²⁵ *Ibid.*, p. 201.

[il] traite tant du pouvoir d'édiction d'une norme bien particulière, à savoir la Constitution, c'est-à-dire du pouvoir d'édicter la norme la plus élevée dans un système juridique, que du pouvoir de révision de cette norme²⁶.

À travers cette définition, nous pouvons identifier deux pouvoirs communément distingués d'après les termes de pouvoir constituant « originaire » et pouvoir constituant « dérivé ».

Le premier, le pouvoir d'édicter une constitution, « existe en dehors de toute habilitation constitutionnelle²⁷ ». C'est à ce pouvoir constituant dit « originaire » que se réfère Sieyès quand il affirme : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit *naturel*²⁸ ». La distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué semble une garantie contre l'arbitraire du gouvernement. Le peuple s'assure que les gouvernants agiront conformément à ses instructions et en conséquence, que le gouvernement ne pourrait pas devenir nuisible à ceux qui l'ont instauré. De plus, Sieyès affirme : « Dans chaque partie, la Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont *fondamentales*²⁹ ».

Second, le pouvoir constituant « dérivé » est la conséquence de ce que les « faiseurs » de constitutions ont décidé d'établir des mécanismes de révision pour assurer la durabilité de leur œuvre³⁰. Ainsi, le pouvoir de révision est l'autorité chargée par la Constitution de la modifier selon les conditions établies par la même Constitution, il est un pouvoir paradoxalement constitué et constituant³¹.

La première question est la dénomination même de ces deux pouvoirs. Ils partagent leur objet, la constitution, mais ils se différencient par leur nature. Le pouvoir constituant dit originaire est « illimité » et absolu, alors que le pouvoir dérivé est institué par la constitution elle-même, il est conditionné. Bien qu'il puisse y avoir des raisons pour maintenir une dénomination commune, nous préférons les distinguer en tant que « pouvoir constituant » pour se référer au pouvoir constituant dit « originaire », et en tant que « pouvoir de révision », suivant le raisonnement du professeur Beaud³².

²⁶ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 4-5.

²⁷ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 314.

²⁸ E.-J. SIEYÈS, *op. cit.*, p. 53 ; l'auteur souligne.

²⁹ *Ibid.*, p. 53 ; l'auteur souligne.

³⁰ « L'une des raisons qui peuvent conduire des constituants à élaborer une procédure de révision de leur Constitution est précisément de faire en sorte qu'elle puisse s'adapter aux changements qui, sans cette procédure, pourraient conduire à son anéantissement », A. LE PILLOUER, « De la révision à l'abrogation de la Constitution : les termes du débat » *Jus Politicum*, n° 3, décembre 2009, p. 6.

³¹ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 314.

³² « L'erreur de la doctrine une faute de logique en fait – est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non

Commençons par le pouvoir constituant. Selon Schmitt, « le pouvoir constituant n'est pas lié à des formes juridiques et à des procédures, il est « toujours à l'état de nature » lorsqu'il apparaît dans cette qualité inaliénable³³ ». Cependant, selon le professeur Beaud, la qualité essentielle du pouvoir constituant n'est pas qu'il soit exempt de toute procédure ou forme en droit positif, mais cette qualité réside son caractère souverain dans une démocratie, compte tenu du fait que « les notions de pouvoir constituant et de souveraineté sont devenues homologues³⁴ ». Ainsi l'acte constituant est l'expression primordiale de la souveraineté du peuple et, en ce sens, le pouvoir constituant et son œuvre jouissent d'une supériorité juridique³⁵.

Partant d'une définition du droit constitutionnel qui ne le réduit pas à la constitution³⁶, le professeur Beaud propose de distinguer dans la pensée de Sieyès, et compte tenu de la contradiction inhérente au pouvoir constituant, le pouvoir dé-constituant du pouvoir reconstituant. Le premier, le principe révolutionnaire, est exprimé par Sieyès ainsi : « de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille³⁷ ». Suit ensuite la phase reconstituante : « une fois le pouvoir renversé ; il faut le réorganiser, le mettre en forme, et cette mise en forme se traduit par l'élaboration d'une Constitution censée régir le nouvel ordre juridique³⁸ ».

Il est également intéressant d'examiner quelques distinctions de la procédure constituante relevées par le professeur Beaud, même s'il semble vrai qu'elles apparaissent être des « requalifications [...] *a posteriori* des moments de transitions³⁹ », parce que nous considérons que ces catégories sont des outils conceptuels qui permettent de mieux cerner la transition d'un point de vue juridique. Le professeur Beaud distingue deux types de décisions : les *décisions pré-constituantes* et les *décisions constituantes*. Les premières incluent la *décision d'initiative pré-constituante*, c'est-à-dire celle qui exprime la détermination de recourir à une nouvelle constitution ; et la *décision attributive du pouvoir constituant* qui vise à établir la compétence, la procédure et parfois les principes de fond du pouvoir reconstituant. Les décisions constituantes, suivant un schéma d'édition de normes, incluent l'*initiative constituante* ou la proposition d'une constitution, l'*adoption*

absolu constitue une différence de nature comme nous l'enseigne la notion de souveraineté », *ibid.*, p. 315.

³³ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 215.

³⁴ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 201.

³⁵ *Ibid.*, p. 364.

³⁶ « Comment peut-on cependant étudier juridiquement la procédure constituante puisque la constitution antérieure ne peut pas, par nature, prescrire la forme et le contenu de la constitution ultérieure qui l'abroge ? Pour le faire, il faut admettre que le droit constitutionnel n'est pas forcément réductible à la Constitution ou identique au texte constitutionnel », *ibid.*, p. 264. Cette position s'oppose à celle de Carré de Malberg, pour qui « le droit constitutionnel suppose toujours une constitution en vigueur », R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tome II, p. 499.

³⁷ E.-J. SIEYÈS, *op. cit.*, p. 55.

³⁸ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 227.

³⁹ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 82.

constituante, la décision non définitive sur la proposition, et la *sanction constituante*, qui est la ratification définitive⁴⁰.

Grâce à cette classification, le professeur Beaud distingue les intervenants dans les procédures constitutives : les *instances* dans ce qui est *lato sensu* le pouvoir constituant. « Les autorités qui prennent des décisions pré-constitutives sont des *instances pré-constitutives*, et les autorités compétentes et habilitées par les décisions pré-constitutives sont des instances constitutives. La nature juridique de ces dernières dépend du pouvoir dont elles disposent relativement à l'édiction de la Constitution : [...] l'instance constituante qui est souveraine, est le *pouvoir constituant proprement dit*⁴¹ ».

De plus, la reconnaissance d'une procédure juridique dans les transitions constitutionnelles n'enlève pas de la force politique à la « légende du pouvoir constituant⁴² » car le peuple souverain⁴³ se donne une constitution, soit directement soit à travers ses représentants⁴⁴.

Cette relation entre le pouvoir constituant et la souveraineté démocratique n'est pas ou ne doit pas être dépourvue de conséquences sur la notion de pouvoir de révision. Pour Schmitt, ce pouvoir de réforme peut réviser ou modifier les lois constitutionnelles mais non la décision politique fondamentale sur le genre et la forme de l'État. Par conséquent, il est limité par nature. Il est en réalité une compétence et la compétence s'oppose à la souveraineté⁴⁵. Au contraire, pour le doyen Vedel, « [l]e pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir initial : la Constitution lui donne sa procédure [...] elle ne borne pas son étendue [...]»⁴⁶. Le doyen explique la souveraineté du pouvoir de révision par l'absence de contrôle judiciaire ce qui légitime le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, « le peuple souverain ou ses représentants [peuvent lever l'obstacle que rencontre la loi dans la Constitution] s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle⁴⁷ ». Cependant, le professeur Beaud conteste cette position parce que, selon lui, « la limitation de la révision fait partie des techniques destinées à garantir l'inaliénabilité du pouvoir constituant et de la souveraineté⁴⁸ ».

⁴⁰ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 265-266.

⁴¹ *Ibid.*, p. 266 ; l'auteur souligne.

⁴² C. KLEIN, *op. cit.* p. 187.

⁴³ Pour une discussion sur la définition du peuple et sa manière de s'exprimer voir O. BEAUD, *op. cit.*, p. 276 *sq.*

⁴⁴ Nous n'abordons pas la question de la représentation dans la procédure constituante ou ce que le professeur Beaud appelle le conflit interne à la démocratie et relatif à l'alternative entre l'assemblée constituante et le peuple ; *ibid.*, p. 283.

⁴⁵ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁶ G. VEDEL, art. cité, p. 179.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁴⁸ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 327.

Bien qu'il existe plusieurs arguments en faveur de la limitation du pouvoir de révision⁴⁹, nous nous concentrerons sur la formulation donnée par le professeur Beaud. Selon lui, la souveraineté constituante implique la limitation du pouvoir de révision, étant donné que le peuple peut être exclu de la procédure de révision. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas de place pour la révision, mais que cette dernière ne peut pas abroger, c'est-à-dire remplacer légalement la Constitution en vigueur : « comment donc peut-on s'imaginer que les auteurs d'une Constitution qui représente pour eux la meilleure forme de gouvernement aient voulu prévoir leur disparition de manière légale ?⁵⁰ ». La révision est davantage un mécanisme de garantie de la Constitution et, en ce sens, elle ne peut pas être neutre. Elle doit toujours préserver la Constitution comprise dans sa conception matérielle⁵¹. En d'autres termes, s'il est question de changer de régime, c'est le souverain qui doit décider. Selon cette conception, le pouvoir de révision est évidemment limité par nature.

Le professeur Klein résume ce principe de la manière suivante :

On voudrait rappeler que le raisonnement suivant lequel il existerait des limites inhérentes ou tacites repose en dernière analyse sur une dose de simple bon sens. Il signifie qu'il est hautement discutable de vouloir reconstruire un régime nouveau sur les bases mêmes de celui qu'on a détruit ou remplacé⁵².

Pourtant, ce raisonnement qui repose sur le bon sens constitue « l'un des problèmes les plus sensibles et les plus intéressants du droit constitutionnel contemporain : celui des limites du pouvoir de révision constitutionnelle⁵³ ». Il s'agit d'un sujet intéressant, théoriquement et politiquement, comme nous pouvons l'observer dès les définitions exposées, et ensuite, dans la pratique du droit positif car « [n]ées sous le signe idéologique et philosophique, les institutions de droit public se transforment en problèmes techniques⁵⁴ ». Mais, ni les idées ni les problèmes techniques ne se posent de la même manière d'un pays à l'autre, compte tenu en particulier de l'aspect politique du pouvoir constituant. C'est pour cette raison qu'il est fructueux d'examiner l'expérience d'un pays comme la Colombie dont les solutions du droit positif semblent s'éloigner des solutions françaises⁵⁵.

⁴⁹ A. LE PILLOUER, art. cité, p. 1.

⁵⁰ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 341.

⁵¹ *Ibid.*, p. 342.

⁵² C. KLEIN, *op. cit.*, p. 204.

⁵³ A. LE PILLOUER, art. cité, p. 1.

⁵⁴ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, Préface à G. SCHELLE, *L'Union européenne*, Paris, Delagrave, 1931, p. 30 ; cité par O. BEAUD, *op. cit.*, p. 263.

⁵⁵ Nous faisons notamment référence à la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, et tout particulièrement à son considérant n° 19 : « le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ». Néanmoins, nous reconnaissons qu'il y a des interprétations diverses dans la doctrine à l'égard de cette considération. Voir not. D. BARANGER, art. cité, p. 4.

Un de ces problèmes est qu'il faudrait reconnaître une hiérarchie dans la constitution en supposant qu'il existe en son sein des strates⁵⁶. Par ailleurs, cette reconnaissance de limites au pouvoir de révision implique « que l'on confie à une autorité le soin de trancher cette question. Or, cette autorité ne peut être que le juge constitutionnel, à qui serait donc confié le soin de refuser une révision constitutionnelle touchant à un aspect de la Constitution considéré (par le juge) comme fondamental⁵⁷ ».

En somme, selon le professeur Klein, « [l]a question qui se pose est de savoir dans quelle mesure la référence à une origine ainsi juridicisée est susceptible d'entraîner des conséquences pratiques⁵⁸ ». Notre propos, plus modeste, est d'examiner la réponse du droit positif colombien au travers de la jurisprudence du juge constitutionnel. En effet, en Colombie, c'est le juge qui a fait appel à la théorie du pouvoir constituant et qui participe au pouvoir constituant. Comme nous le verrons tout au long ce travail, la théorie du pouvoir constituant, dans les conceptions proposées principalement par Sieyès, Schmitt et le professeur Beaud, a été à la base des analyses du juge constitutionnel colombien. C'est pourquoi il est possible de rapprocher les positions présentées précédemment avec la jurisprudence constitutionnelle.

De plus, une étude de ce type cherchant à rapprocher la théorie du pouvoir constituant et le droit positif à travers la jurisprudence constitutionnelle, n'a pas été réalisée en Colombie. L'ouvrage du professeur Cajas Sarria, *Los jueces des réformes: le contrôle des réformes constitutionnelles*⁵⁹ analyse l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle à l'égard des révisions depuis 1910 jusqu'à 2006, ce qui inclut une référence à la jurisprudence de la Cour suprême dans la transition et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. En outre, il existe plusieurs articles sur le contrôle des révisions constitutionnelles après 2003, mais ils se concentrent sur l'analyse de l'argumentation de la Cour Constitutionnelle⁶⁰ et sur la légitimité du juge, notamment l'article du professeur Bernal publié dans *Oxford Journals* et les articles des professeurs Quinche et Ramirez⁶¹.

⁵⁶ O. JOUANJAN, « Table Ronde Révision de la Constitution et justice constitutionnelle : République Fédérale d'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, tome X, 1994, p. 244.

⁵⁷ A. LE PILLOUER, art. cité, p. 18.

⁵⁸ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁹ M. CAJAS SARRIA, *Los jueces de las reformas: Control de las reformas constitucionales en Colombia*, Cali, Universidad Icesi, 1^o éd., 2008, p. 61.

⁶⁰ G. RAMÍREZ CLEVES, « El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003 », *Revista de derecho del Estado*, Bogotá, n^o 18, junio de 2006, p. 23.

⁶¹ M. QUINCHE RAMÍREZ, « El control de los actos de la Carta "solo por vicios de procedimiento en su formación" », in E. MONTEALEGRE (dir.), *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 43-53. Et G. RAMÍREZ, « Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia », *Revista Derecho del Estado*, n^o 21, diciembre de 2008, p. 145-176.

En Colombie, la Constitution de 1991 a une grande valeur pour la culture juridique et les citoyens. Elle est vue comme un symbole de la paix malgré la permanence et les mutations du conflit armé. De plus, cette Constitution et les mécanismes constitutionnels de protection des droits ont révolutionné la culture juridique du pays. La Constitution de 1991 est perçue comme une constitution faite par et pour les citoyens. Elle est, dans une certaine mesure, née d'une initiative populaire et les secteurs les plus divers de la société colombienne ont participé à son édiction, comme jamais auparavant. Alejandra Barrios, participant à l'initiative, l'exprime ainsi :

[Avec la Constitution] on a accompli un nouveau pacte social, je suis convaincue de cela... cela est la photographie d'un pays possible, une constitution pour un pays [...] au-delà des libéraux et conservateurs [les partis hégémoniques], un pays des droits qui a voulu se moderniser. Je crois que l'on ne serait pas en train de parler multi-ethnique ni pluriculturel [...] si cela n'avait pas été écrit dans ce papier⁶².

Il y a certainement une « magie » à l'égard de l'origine de la Constitution de 1991, elle est perçue comme l'expression de la souveraineté du peuple. C'est par rapport à cette Constitution et au pouvoir constituant qui l'a édictée que nous examinerons la jurisprudence constitutionnelle vers la transition depuis 1989 jusqu'à la dernière révision constitutionnelle inconstitutionnelle de 2012.

Il faut souligner que la transition vers cette Constitution de 1991 ne constituait pas la transition d'une dictature vers la démocratie. Au contraire, ou paradoxalement compte tenu de la continuité du conflit, la Colombie n'a connu qu'une dictature de cinq ans durant tout le XX^e siècle (Rojas Pinilla)⁶³, et ses gouvernements étaient issus d'élections périodiques régulières. En outre, la Colombie a une culture du contrôle constitutionnel. Depuis la révision de 1910, la Cour suprême de justice⁶⁴, le haut tribunal de la juridiction ordinaire et le juge constitutionnel sous l'empire de la Constitution de 1886, avaient compétence pour statuer sur les lois contestées par les citoyens dans le cadre d'une action populaire. Depuis 1968, la Cour

⁶² « [Con la Constitución] se logró un nuevo pacto social, yo soy una absoluta convencida de eso... es la foto de lo que podría ser un país posible, una constitución para un país que podía pensarse más allá de los liberales y los conservadores, un país de derechos que quiso modernizarse, yo sí creo que no estaríamos hablando de un país multiétnico ni pluricultural ni haríamos un reconocimiento si ahí no hubiera quedado eso en el papel », Alejandra BARRIOS cité par J. LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro*, Bogotá, Uniandes y Siglodel Hombre Editores, 2009, p. 118.

⁶³ En 1904, Rafael Reyes fut élu président de la Colombie et pour une partie de la doctrine, son gouvernement peut être qualifié de dictature car il a dissout le Congrès et convoqué une assemblée constituante pour approuver ses projets. Néanmoins, strictement, la seule dictature du vingtième siècle en Colombie fut celle du Général Rojas Pinilla de 1953 à 1957.

⁶⁴ La Cour Suprême de Justice était le plus haut tribunal de la juridiction ordinaire et elle était une cour de cassation, dont l'assemblée plénière avait les fonctions de juge constitutionnel. La Cour était composée de vingt-six membres à vie, élus par cooptation du même corps qui devait respecter la parité des deux parties hégémoniques de l'époque, le parti libéral et le parti conservateur. Voir à ce propos M. J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, volume 3, 2004, p. 540.

suprême avait la compétence du contrôle automatique des décrets de l'état de siège et, depuis 1978, la Cour s'était arrogée la compétence du contrôle formel des révisions constitutionnelles.

Nous faisons référence au juge constitutionnel, en général, comme étant le juge gardien de la constitution parce que la Constitution de 1991 crée en effet un organe spécial, la Cour constitutionnelle⁶⁵ aux compétences très étendues⁶⁶, qui remplace dans cette fonction l'assemblée plénière de la Cour suprême de justice⁶⁷. Cette Cour constitutionnelle est un organe qui jouit d'une grande légitimité dans le système politique et juridique du pays et les questions les plus délicates sont souvent tranchées par son intervention⁶⁸.

Nous ne répondrons pas à la question de la légitimité du juge constitutionnel pour intervenir dans les questions soulevées par le pouvoir constituant et sa théorie⁶⁹. Nous partirons du constat qu'en Colombie, les juges constitutionnels le firent avec toutes les difficultés que cela implique, tant dans le cas de la transition vers la Constitution de 1991, que dans le cas de la révision de cette Constitution.

Compte tenu de « la nature » du pouvoir constituant dans les transitions constitutionnelles, nous pouvons croire que les juges constitutionnels ne sont pas appelés à statuer⁷⁰. Il s'agit d'une rupture de l'ordonnement existant qui fondait la compétence du juge. Ainsi, quel serait l'intérêt d'examiner la jurisprudence constitutionnelle dans un moment de transition ? Le professeur Klein signale un langage contradictoire à propos des régimes en transition :

...d'une part, on affirme haut et fort qu'il est temps de changer le régime, d'abandonner sa voie fallacieuse et pernicieuse [...], - d'autre part, le changement en question, c'est-à-dire le passage d'une constitution à une autre, est presque toujours présenté comme s'opérant conformément à la procédure de révision de l'ancienne constitution⁷¹.

En Colombie, le dilemme fut que le passage de Constitution ne pouvait être « présenté » comme s'opérant selon la procédure de révision dans la mesure où le juge constitutionnel (la Cour suprême) avait déclaré inconstitutionnelle la révision de la procédure de révision en 1978. De ce fait, quand à la fin des années quatre-vingt, la voie législative n'était pas à la hauteur des besoins de changement, il n'y eut aucune autre question de

⁶⁵ La Cour constitutionnelle est composée de neuf magistrats élus par le Sénat sur la base de trois candidats proposés par le Président de la République, trois par le Conseil d'Etat et trois par la Cour Suprême de Justice, cour de cassation. Les magistrats de la Cour ont un mandat non renouvelable d'une période de huit ans. Constitution Politique de 1991, article 239.

⁶⁶ Par le texte constitutionnel et l'interprétation de sa compétence par la Cour elle-même.

⁶⁷ Pour connaître les causes de la création de la Cour constitutionnelle et les problèmes à l'égard du contrôle de constitutionnalité avant 1991, voir M. J. CEPEDA ESPINOSA, art. cité, p. 529-694.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 552.

⁶⁹ D. BARANGER, art. cité, p.1.

⁷⁰ Sauf le cas particulier de l'Afrique du Sud où le juge a été intégré à la procédure constituante ; voir C. KLEIN, *op. cit.*, p. 178 sq.

⁷¹ *Ibid.*, p. 196.

procédure « constitutionnelle ». La solution fut l'appel à la souveraineté constituante du peuple. Pour le convoquer, les Présidents utilisèrent les décrets d'état de siège. Le recours à ces décrets soumis au contrôle automatique de la Cour suprême laissa le dernier mot au juge constitutionnel. Ainsi, l'expérience colombienne de transition à la Constitution de 1991 semble illustrer le rôle du juge constitutionnel dans le droit « pré-constitutionnel⁷² », la jurisprudence constitutionnelle de transition.

La nouvelle Constitution de 1991 est très appréciée et, compte tenu de l'expérience de transition de 1990, les constituants ont décidé d'établir une constitution flexible car « [l]e meilleur moyen de faire durer une Constitution est de permettre que l'on puisse "en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients" [...] sans quoi l'on peut craindre que ces inconvénients devenant insupportables, l'on ne finisse par changer complètement de constitution⁷³ ». De plus, faute de clause d'intangibilité, la Constitution délimite précisément les compétences du juge constitutionnel afin qu'il statue sur les révisions seulement en cas de vices de procédure.

Dans ces conditions, pourquoi peut-on s'intéresser à la révision constitutionnelle en Colombie ? Parce que, comme le souligne M. Le Pillouer, « il ne faut pas toujours croire ce que racontent les textes constitutionnels⁷⁴ ». En Colombie, malgré le texte constitutionnel, le juge a déclaré des révisions constitutionnelles inconstitutionnelles sur le fondement des limites matérielles implicites au pouvoir de réforme. Cette reconnaissance des limites se développe dans un contexte d'intense réformisme constitutionnel, jusqu'à quatre révisions en une année, dans le cadre de la politique de « sécurité démocratique » que le Président Alvaro Uribe voulait inclure dans la Constitution de 1991 pour « éliminer les ambiguïtés de notre pacte juridico-politique⁷⁵ ».

Bien que l'on puisse analyser « la pratique » du pouvoir constituant dans la transition et la révision constitutionnelles en Colombie, des points de vue divergents, particulièrement concernant les rôles du Congrès et du Président. Nous considérons que l'examen de la jurisprudence permet, d'une part, de rendre compte de certaines relations entre les organes. Il y a un « environnement institutionnel⁷⁶ » auquel le juge constitutionnel répond dans chaque cas ; la décision de compétence du juge marque le « territoire politique » quand il définit ce qu'il considère comme son propre rôle⁷⁷. D'autre part, étant donné l'obligation de motivation et de raisonnement juridiques du juge constitutionnel, ses décisions permettent de mieux cerner

⁷² O. BEAUD, *op. cit.*, p. 265 sq.

⁷³ A. LE PILLOUER, art. cité, p. 6.

⁷⁴ A. LE PILLOUER, « Les lois constitutionnelles inconstitutionnelles en Inde », *Droits*, n° 55, 2012, p. 116.

⁷⁵ Citation du président Uribe, cité par G. RAMIREZ, art. cité, p. 156.

⁷⁶ G. TUSSEAU, « Le gouvernement [contrainte] des juges », *Droits*, n° 55, 2012, p. 47.

⁷⁷ D. BARANGER, art. cité, p. 2.

comment a été appréhendée la théorie du pouvoir constituant et ses conséquences dans le droit positif.

Tant dans le cas de la transition que dans celui de la révision de la Constitution de 1991, nous ferons des détours par l’histoire, la politique et le contexte colombien, dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires à la compréhension des enjeux, du sens et de la portée des décisions du juge constitutionnel. De plus, ces considérations sur le contexte permettront d’examiner en quoi nous considérons que la théorie du pouvoir constituant fut le dernier outil juridique d’un juge face aux « situations limites » dans un régime de gouvernement tendanciellement présidentieliste⁷⁸.

Les interventions majeures de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle, respectivement dans la transition et dans les révisions de la Constitution de 1991, invitent à réfléchir sur le rôle du juge constitutionnel en Colombie. En particulier, dans quelle mesure le juge constitutionnel peut-il déduire les conséquences de la théorie du pouvoir constituant ? En le faisant, devient-t-il le sujet du pouvoir constituant ?

Il nous semble que la théorie du pouvoir constituant, telle que comprise par le juge constitutionnel, a eu des implications dans le droit constitutionnel colombien. Le juge constitutionnel est en effet devenu le « gardien du pouvoir constituant ». Dans un premier temps, le juge a ouvert la voie au pouvoir constituant « illimité » en 1990 pour fonder la Constitution de 1991 (Partie I), et, dans un second temps, le juge a fermé la voie au pouvoir de révision « souverain » pour protéger « l’ouvrage du constituant » (Partie II).

⁷⁸ C. KLEIN, *op. cit.*, p. 87.

PARTIE I
LE RÔLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LA TRANSITION :
LE POUVOIR CONSTITUANT ILLIMITÉ

De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême⁷⁹.

Sieyès

La manière dont la Constitution de 1991 est née permet d'utiliser les catégories de droit pré-constitutionnel proposées par le professeur Beaud afin de saisir la juridicité du moment constituant. Nous nous concentrerons sur l'analyse des décisions du juge constitutionnel, et non sur chaque acte ayant ponctué le passage d'une constitution à l'autre. Cette Constitution fut le résultat d'un processus complexe qui inclut, de manière schématique, trois votes de citoyens, deux décrets présidentiels d'état de siège et deux décisions de la Cour suprême, ainsi que le travail de l'assemblée constituante élue au suffrage universel.

À la fin des années quatre-vingt, avec une Constitution centenaire (1886), la Colombie est arrivée à un point où la structure des pouvoirs constitutionnels n'était plus adaptée à la situation politique et le mécanisme de révision s'avérait infructueux. Pour les citoyens, une grande réforme institutionnelle était nécessaire et celle-ci serait le résultat de « l'auto-convocation » du peuple pour réunir une assemblée constituante. Le gouvernement et les chefs des partis politiques proposèrent, comme réponse, une assemblée constitutionnelle limitée⁸⁰. Curieusement, l'outil juridique choisi par le gouvernement dans le but de cette grande réforme, un décret d'état de siège, laissa le dernier mot sur cette procédure « de révision » au juge constitutionnel, la Cour suprême de justice.

Ainsi, le juge constitutionnel se tourne vers la théorie du pouvoir constituant pour ouvrir la voie au pouvoir constituant illimité (chapitre 2), afin, en quelque sorte, de faire face à la volonté insatisfaite de changement de la Constitution de 1886 dans les années quatre-vingt marquées par la violence (chapitre 1).

⁷⁹ E.-J. SIEYÈS, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁰ Selon la doctrine, une assemblée constituante est chargée de l'édiction d'une nouvelle constitution, alors qu'une assemblée constitutionnelle est un organe spécial chargé de la révision. Néanmoins, dans le développement du texte, nous ferons référence au terme d'assemblée constituante ou au terme d'assemblée constitutionnelle suivant la dénomination utilisée dans les sources juridiques. Par exemple, les citoyens sollicitèrent une assemblée constituante et le Président Barco l'a appelée constitutionnelle dans le décret ; voir G. RAMÍREZ CLEVES, art. cité., p. 26.

Chapitre 1 – Une volonté insatisfaite de changement de la Constitution de 1886

La Constitution de 1886, après le plébiscite de 1957, interdisait toute réforme constitutionnelle en dehors de la voie législative⁸¹. De plus, en 1978, la Cour suprême, par un revirement de jurisprudence⁸², s'est déclarée compétente pour statuer sur les révisions constitutionnelles et a déclaré inconstitutionnel l'*acto legislativo* 02 de 1977 par lequel une assemblée constituante était convoquée pour réviser la Constitution de 1886⁸³. Selon la Cour, le Congrès, comme pouvoir constitué, n'est pas compétent pour modifier les conditions de sa propre compétence. En l'espèce, il lui est interdit de déléguer son pouvoir de réforme. En somme, il était interdit de réviser la procédure de révision constitutionnelle.

Par la suite, le gouvernement de Turbay Ayala (1978 -1982) a réussi à faire voter une grande réforme constitutionnelle de soixante-cinq articles. Celle-ci fut néanmoins déclarée inconstitutionnelle par la Cour Suprême pour motif de vices de procédure⁸⁴. Et c'est dans ce contexte juridique particulier que la Colombie doit faire face aux défis des années quatre-vingt⁸⁵. Une présentation de ces années marqués par une violence extrême et par l'échec des révisions constitutionnelles (Section 1), permet de comprendre l'utilisation des décrets d'état de siège, le recours apparemment le moins « démocratique », pour sauver la démocratie (Section 2).

⁸¹ L'article sur la révision de la Constitution de 1886, dans la version en vigueur dans les années soixante-dix dispose : « La Constitution seulement pourra être réformée à travers un *acto legislativo* délibéré et approuvé par le Congrès dans une session ordinaire et publié par le Gouvernement pour son examen définitif dans la session ordinaire suivante. [L'*acto legislativo*] sera délibéré à nouveau et approuvé par la majorité absolue des membres qui composent chaque chambre.... ». Le plébiscite de 1957 a ajouté : « Dorénavant, les réformes constitutionnelles seulement pourront être édictées par le Congrès, selon la forme établie dans l'article 218 de la Constitution ».

⁸² Cour Suprême de Justice, Décision du 5 mai 1978.

⁸³ M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁴ Dans les deux cas de réformes déclarées inconstitutionnelles par la Cour, il y avait des propositions tendant à diminuer les prérogatives de la Cour dans l'administration de la justice ; *ibid.*, p. 76.

⁸⁵ Déjà en 1977, le Président Lopez Michelsen expliquait l'importance de la réforme constitutionnelle dans les termes suivants :

« Vous m'avez demandé sur l'année 2000 et je crois que le futur du pays dépend de s'il y a ou non une assemblée constitutionnelle [...] S'il y a une assemblée et si le pays s'organise sur des bases de plus d'ordre et de discipline, sur le principe d'institutionnalisation, je crois qu'il y a une possibilité raisonnable à ce qu'on arrive à l'année 2000 avec une démocratie ». (« *Usted me pregunta sobre el año 2000 y to creo que el futuro del país depende de que haya o no una Asamblea Constitucional. Y no es porque sea idea mía. Si hay Asamblea Constitucional y si el país se organiza sobre bases de mayor orden y disciplina, sobre el principio de lo que yo he llamado la institucionalización, yo creo que hay una razonable posibilidad de que hasta el año 2000 llegaremos con democracia* », *ibid.*, p. 59).

Section 1. La révision constitutionnelle impossible

Bien que le conflit armé colombien ait une certaine continuité, il est perçu comme très sombre et violent au cours des années quatre-vingts. Les réponses de l'État étaient faibles contre les groupes armés illégaux et le narcotrafic et, en même temps, peu protectrices des droits fondamentaux des citoyens. Les appels aux changements constitutionnels étaient infructueux et la violence se renforçait. L'opinion publique ne voyait qu'un espoir dans cette démocratie « de la terreur » (I) : le candidat présidentiel Luis Carlos Galán. Son assassinat fut le point tournant, déclenchant le mouvement « Nous pouvons encore sauver la Colombie » avec une idée : « s'auto-convoquer », convoquer le peuple pour une assemblée constituante (II).

I. La démocratie « de la terreur » des années quatre-vingt

Un fait marque la spirale de la violence en 1985 : l'attaque et la reprise sanglantes contre le palais de justice à Bogotá, au cours de laquelle plus de quatre-vingt-dix personnes ont été tuées, dont onze magistrats de la Cour suprême de justice⁸⁶. Afin de saisir la gravité de la situation, relevons quelques exemples significatifs. Entre 1986 et mai 1990, pendant le gouvernement de Barco, dix-neuf véhicules piégés ont explosé faisant plus de trois cent victimes. Environ deux cent cinquante policiers ont été assassinés par des tueurs à gages (*sicarios*), les groupes de guérilla ont fait sauter le plus important pipeline colombien cent vingt-cinq fois. Des milliers de partisans du mouvement de gauche, l'Union Patriótica, furent assassinés par l'extrême droite et également quatre candidats présidentiels pour les élections de 1990 dont les deux candidats de ce parti⁸⁷.

Suivant les observations du professeur Buenahora, et en simplifiant excessivement la situation, nous signalerons trois acteurs principaux dans la violence colombienne de l'époque : l'État, les guérillas et les cartels de drogue⁸⁸.

L'État peut être considéré comme l'un de ces acteurs et ce pour au moins deux raisons : (a) Il s'agissait d'un État qui ne remplissait pas sa mission de garantie des droits des citoyens, ni politiquement, ni socialement, ni économiquement, compte tenu du fait, qu'à ce moment-là, près de quarante pour cent de la population colombienne était en situation de pauvreté. (b) Dans le contexte de violence, une partie des forces armées collabora avec des groupes paramilitaires et tortures, disparitions forcées et assassinats furent recensés⁸⁹.

⁸⁶ La prise du Palais de la Justice, l'un des épisodes les plus tristes de l'histoire colombienne, repose sur plusieurs facteurs : le financement du narcotrafic, la participation de la guérilla M-19 et la réponse militaire causant encore plus de disparitions que la prise elle-même.

⁸⁷ J. LEMAITRE RIPOLL, « La guerra, la paz y la Asamblea Constituyente de 1991 en Colombia », in S. UGARTE (dir.), *Violencia, legitimidad y orden público*, Buenos Aires, SELA 2012, Librería, 2013, p 1.

⁸⁸ J. BUENAHORA, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo, 1991, p. 96.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 99.

Dans les années soixante, les guérillas furent formées selon diverses idéologies : las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se rapprochent de l'idéologie soviétique ; el Ejército de Liberación Nacional (ELN) du courant de la révolution cubaine ; el Ejército Popular de Liberación (EPL) d'une idéologie plutôt maoïste ; le Partido Revolucionario de los Trabajadores marxiste et léniniste et Quintin Lame pour la défense des indigènes. Quant au M-19, formé en 1970, il contestait particulièrement l'exclusion du bipartisme en Colombie. Les méthodes de financement des guérillas FARC et ELN : le « vaccin » (*la vacuna*⁹⁰) et la séquestration des personnes provoquèrent la formation de groupes d'auto-défense d'extrême droite qui aggravèrent la spirale de la violence⁹¹.

Le narcotrafic, en tant qu'entreprise illégale, implique également l'utilisation d'une grande violence. Premièrement, la sanction des accords et les exigences de paiement se font par la force. Deuxièmement, les narcotrafiquants ont leurs propres services de sécurité pour répondre à l'offensive de l'État ou aux intimidations des guérillas. Et finalement, le narcotrafic visait tous ceux qui dénonçaient la corruption ou qui étaient en faveur de l'extradition des narcotrafiquants aux États-Unis. En effet, les cartels assassinèrent juges, magistrats, politiciens et journalistes. Selon le président Gaviria, « la Colombie est arrivée à un moment où Pablo Escobar [...] pouvait tuer et séquestrer tous ceux qu'il voulait [...], et en fait, il l'a fait⁹² ».

Ainsi, à cause de ces perturbations de l'ordre public, la Colombie était en état de siège permanent depuis 1984⁹³. L'utilisation ordinaire de ce régime extraordinaire conduisit à la militarisation du régime. Notamment, une bonne partie de la répression pénale est passée à la juridiction militaire, les libertés publiques étaient restreintes, les manifestations et les grèves étaient réprimées, et il n'y eut pas de réformes en matière économique ou sociale⁹⁴.

⁹⁰ La *vacuna* est une somme exigée par les guérillas auprès des commerçants, des propriétaires et des entreprises pour permettre le développement de leurs activités dans les zones contrôlées qu'elles contrôlent. Selon las FARC le vaccin est un « impôt révolutionnaire », mais pour l'Etat, il s'agit d'une extorsion.

⁹¹ J. BUENAHORA, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, op. cit., p. 102. Celui-ci est l'une des nombreuses théories sur l'origine si complexe de ces forces paramilitaires. D'autres experts argumentent une origine des paramilitaires avec trois objectifs : le contrôle des terres pour leur exploitation économique, le contrôle des routes du trafic de drogue et la lutte anti-communiste. Cette dernière peut être interprétée comme une façade pour se voir légitimer ou bien légitimer leur projet politique principal. Sur ce débat, voir M. ROMERO (dir.), *Parapolítica, la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogota, Corporacion Arcoiris, 2007.

⁹² Paroles de l'ex-Président Cesar Gaviria, dans l'avant-propos de H. DE LA CALLE, *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la Constituyente de 1991*, Bogotá, Planeta, 2004.

⁹³ En 1990, la Colombie avait été 37 ans en état de siège après la fin de la dictature en 1958. Voir E. CIFUENTES MUNOZA, « Los Estados de excepción constitucional en Colombia », *Ius et Praxis*, v. 8, n° 1, 2002 ; cité par J. COLON-RIOS, « Carl Schmitt and the constituent power in Latin American Courts: The cases of Venezuela and Colombia », *Constellations*, v. 18 (3), 2011.

⁹⁴ J. BUENAHORA, op. cit., p. 95.

Non seulement il y avait un abus de l'état de siège, mais la démocratie était également restreinte. Après la « Violence⁹⁵ » causée par la guerre entre les deux parties hégémoniques dans la moitié du XX^e siècle et la dictature de Rojas Pinilla, les partis politiques, libéral et conservateur, proposèrent au peuple le plébiscite de 1957 pour mettre fin à la violence à travers un accord d'alternance politique. Grâce à ce plébiscite, les institutions étaient organisées juridiquement pour assurer la participation de deux partis avec une certaine parité⁹⁶.

Dans ce contexte de démocratie restreinte, d'état de siège ordinaire et de violence, la Constitution de 1886 avait été dénoncée comme étant inadaptée. Les paroles de Gabriel Garcia Marquez résument cette contestation de la manière suivante : « La meilleure preuve que nos institutions ne servent à rien est que le pays a dû être gouverné depuis trente ans à travers de l'état de siège⁹⁷ ». Pour schématiser, le principal problème du pouvoir exécutif était l'abus du régime de l'état de siège (trente-sept années sur quarante-deux sous le régime exceptionnel), celui du pouvoir législatif était la corruption et la délégation de ses compétences, et celui de l'administration de la justice était son inefficacité⁹⁸ et sa soumission à des menaces constantes. Il n'y avait ni mécanisme de protection des droits fondamentaux ni mécanisme de participation démocratique plus directe⁹⁹. En outre, les institutions répondaient à la logique de bipartisme qui excluait toute option politique différente des partis libéral et conservateur, ce qui était également une justification de la lutte armée.

Le gouvernement du parti libéral de Barco (1986-1990) essaya plusieurs alternatives pour mener à terme une grande réforme de la Constitution de 1886. La première proposition du Président fut un plébiscite pour abroger l'article 13 du plébiscite de 1957 qui interdisait les réformes constitutionnelles en dehors de la voie législative. La proposition fut publiée comme une lettre adressée aux citoyens dans le journal *El Espectador*. Cependant, celle-ci fut rejetée par le parti conservateur qui considérait inadéquat d'inclure une question de telle importance lors du vote pour les élections municipales¹⁰⁰. La deuxième proposition fut « le pacte de la Maison de Nariño » en 1987 (*El acuerdo de la Casa de Nariño*)¹⁰¹. Il s'agissait d'un accord entre le gouvernement libéral et le parti conservateur sur les matières qui feraient l'objet d'une réforme constitutionnelle¹⁰². Mais

⁹⁵ La Violence, avec une lettre majuscule est le nom de la période de violence particulièrement cruelle qui s'est déroulée de 1948 à 1953 et opposa les partis libéral et conservateur.

⁹⁶ M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 85, et J. BUENAHORA, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁷ Gabriel Garcia Marquez dans le journal de *El Espectador* 1990, cité par H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁸ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁹ M. J. CEPEDA ESPINOSA, art. cité, p. 541.

¹⁰⁰ G. RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 437.

¹⁰¹ La Casa de Nariño est la résidence du Président de la Colombie.

¹⁰² G. RAMÍREZ CLEVES, *op. cit.*, p. 437.

ce pacte a été contesté devant le Conseil d'État¹⁰³. Ce dernier le déclara inconstitutionnel dans la mesure où un acte de nature administrative ne pouvait pas préparer une révision de la Constitution¹⁰⁴. Finalement, en 1988, le gouvernement de Barco déposa au Congrès un projet de réforme qui touchait cent quatre-vingt articles de la Constitution de 1886 pour essayer de moderniser les institutions.

Malgré la violence, il y avait encore l'espoir en Colombie. Les citoyens voyaient cet espoir dans le candidat présidentiel du nouveau libéralisme, Luis Carlos Galán. Il représentait une option différente parmi les politiciens traditionnels et corrompus des partis hégémoniques et il serait capable de diriger le pays et de mener les réformes nécessaires. Galán avait une position ferme dans la lutte contre les cartels de la drogue ; il y avait alors une guerre déclarée entre eux. Ceci se traduisit, le 18 août 1989, par l'assassinat de Galán par Escobar¹⁰⁵. Cet événement déclencha une nouvelle idée, un mouvement des étudiants, initialement des étudiants en droit et de leurs professeurs, convaincus qu'avec l'intervention directe des citoyens pour convoquer une assemblée, « nous pouvons encore sauver la Colombie ».

II. Une idée démocratique : l'auto-convocation du peuple

L'assassinat de Luis Carlos Galán réveilla les étudiants universitaires¹⁰⁶ qui formèrent le mouvement des étudiants le plus grand et inclusif de l'histoire colombienne¹⁰⁷. La première activité de ce mouvement fut la manifestation du 25 août 1989 pour montrer le rejet de toute forme de violence, dont le message relatif à la réforme constitutionnelle désirée était clair¹⁰⁸ :

Les étudiants universitaires réunis à cause des morts violentes en Colombie et assumant, d'une manière consciente et innovatrice, une responsabilité dans un moment historique, déclarons :

¹⁰³ Le recours pour excès de pouvoir est une action populaire en Colombie, donc il n'est pas nécessaire de démontrer l'intérêt pour agir quand il s'agit des actes de portée générale.

¹⁰⁴ H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰⁶ Initialement, le mouvement est né dans les universités privées, l'Université Colegio Mayor del Rosario, l'université Javeriana et l'université de los Andes ont notamment joué un rôle primordial.

¹⁰⁷ Après quelques mois, le mouvement des étudiants connaît des divisions internes. D'une part, les étudiants des universités plus libérales qui se concentrent sur l'action militante et d'autre part, les étudiants des universités qui voulaient le soutien du gouvernement pour leur initiative. Ainsi, en 1990 il y a deux groupes : « nous pouvons encore sauver la Colombie (Encore) » et le mouvement des étudiants pour la constituante. Ici, pour faciliter la référence, nous indiquerons le mouvement des étudiants en général malgré ces divisions. Voir J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁸ A ce moment-là, le grand projet de réforme constitutionnelle du président Barco était en lecture au Congrès.

[...] Nous demandons la convocation du peuple pour réformer les institutions qui empêchent de trouver une solution à la crise actuelle¹⁰⁹.

Suite à la manifestation, les étudiants organisèrent des ateliers de discussion dans l'université El Rosario sur les solutions juridiques possibles à la crise colombienne. L'une des initiatives fut une lettre publiée par les journaux nationaux *El Tiempo* et *El Espectador*, le 22 octobre 1989, que les étudiants invitaient à signer pour demander au Président la convocation d'une assemblée constituante¹¹⁰. L'initiative recueillit plus de 35.000 signatures et grâce à Manuel José Cepeda, professeur de l'université de los Andes, les étudiants purent se réunir avec le Président pour présenter leur projet¹¹¹.

En même temps, la réforme constitutionnelle proposée par le gouvernement de Barco était en cours d'examen au Congrès. Le projet avançait avec le soutien des deux partis hégémoniques jusqu'à ce que la commission permanente de la Chambre des représentants approuve au sein du projet de révision un référendum « extraordinaire pour la paix et la démocratie », qui incluait une question sur l'interdiction de l'extradition des narcotrafiquants.

La réponse des narcotrafiquants à l'offensive militaire du gouvernement après l'assassinat de Galán et à la pression pour l'approbation du texte de référendum n'a cependant pas tardé. Le 2 septembre, un véhicule piégé détruisit les installations du journal *El Espectador* et, le 16 octobre, des narcotrafiquants attaquèrent le journal *Vanguardia Liberal*. Le 27 novembre, les cartels firent exploser un avion qui transportait cent sept personnes et, le 6 décembre, un autobus en face de l'agence de renseignement colombienne (*Departamento Administrativo de Seguridad - DAS*), tuant alors soixante-dix personnes.

Le ministre Carlos Lemos Simmonds demanda alors au Congrès de ne pas inclure le référendum sur l'extradition dans la réforme constitutionnelle car « [v]ous n'inviteriez pas le peuple à un référendum, sinon à une boucherie [...] Il n'y aura aucune garantie pour que les personnes en désaccord avec votre proposition puissent dire publiquement : je suis en faveur de l'extradition, car ce citoyen sera un homme mort en quelques secondes¹¹² ». Pourtant, le Congrès persévéra dans ses discussions sur le

¹⁰⁹ « *Los estudiantes universitarios reunidos con ocasión de las muertes violentas ocurridas en Colombia y asumiendo de manera consciente e innovadora una responsabilidad en un momento histórico, declaramos :*

1. Rechazamos todo tipo de violencia cualquiera que sean las ideologías o intereses que pretendan justificarlas [...] 5. Solicitamos la convocatoria al pueblo para que se reformen aquellas instituciones que impiden que se conjure la crisis actual », cité par C. LLERAS DE LA FUENTE, M. TANGARIFE, *Constitución política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Diké, 1996, p. 13-14.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹¹¹ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 100.

¹¹² « *Ustedes estarían invitando al pueblo colombiano el 21 de enero, no a un referéndum, sino a una carnicería [...] No habría garantía ninguna para que quienes estén en desacuerdo con la proposición de ustedes puedan pararse en una plaza pública decir: yo sí soy partidario de la extradición, porque ese ciudadano es hombre muerto en cuestión de segundos...* », Arguments du ministre Carlos Lemos Simmonds devant la Chambre de représentants en décembre 1989, cité par J. BUENAHORA, *op.cit.*, p. 123.

référendum ce qui conduisit le gouvernement de Barco à retirer toute la réforme constitutionnelle. Ainsi, la troisième tentative de révision constitutionnelle échoue le 15 décembre 1989¹¹³.

Par la suite, le mouvement étudiant, sous l'impulsion du professeur Fernando Carillo, proposa une solution à l'échec de la révision : l'auto-convocation du peuple. Le projet était d'inviter le peuple à déposer un bulletin additionnel, connu comme « le septième bulletin » (*la séptima papeleta*¹¹⁴), qui convoquerait une assemblée constituante lors des élections du mois de mars 1990. Initialement, les étudiants de l'Université del Rosario et de l'Université Javeriana commencèrent à chercher auprès des journalistes et des politiciens un soutien juridique et politique pour leur initiative¹¹⁵. L'une des étapes importantes fut leur réunion avec l'autorité chargée de l'organisation électorale, la *Registraduría Nacional del Estado Civil*, qui décida qu'un septième bulletin n'annulerait pas les votes des autres élections. Avec cette sécurité, les étudiants continuèrent leur travail de création d'un « fait politique » qui pourrait se traduire par un « mandat juridique de changement constitutionnel¹¹⁶ ».

Pendant le mois de février 1990, les grands journaux nationaux et régionaux décidèrent de soutenir l'initiative, par le biais d'éditoriaux et de l'impression du septième bulletin le jour des élections pour que les citoyens puissent le découper et le déposer¹¹⁷. Ensuite, l'initiative fut appuyée par les syndicats industriels, les ex-Présidents et les candidats présidentiels aux élections de 1990¹¹⁸. Même les guérillas, dans les négociations, affirmèrent que l'assemblée serait une condition de leur démobilisation¹¹⁹.

Le septième bulletin à déposer comportait le texte suivant :

Je vote pour la Colombie. Oui à une Assemblée Nationale Constituante¹²⁰.

¹¹³ H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁴ Le bulletin pour convoquer l'assemblée est « le septième bulletin » car, lors des élections de mars, les citoyens devaient voter pour : (1) les maires, (2) les conseillers des communes, (3) les députés dans les assemblées des départements, (4) les représentants pour la Chambre de représentants, (5) les députés du Sénat et (6) la consultation du parti libéral pour déterminer le candidat à la présidence.

¹¹⁵ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ C. LLERAS DE LA FUENTE, M. TANGARIFE, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁷ Les journaux nationaux furent *El Tiempo*, *El Espectador* et *El Siglo* et les journaux régionaux *El Herald* de Barranquilla et *Vanguardia Liberal* de Bucaramanga.

¹¹⁸ Pour les élections de 1990, quatre candidats présidentiels ont été assassinés pendant la campagne présidentielle : deux du parti *Union Patriótica* (partie de gauche créé par une partie des FARC dans le cadre des négociations de paix infructueuses), Jaime Leal et Bernardo Jaramillo ; Carlos Pizarro, le leader du parti M-19, une guérilla récemment démobilisée, et Luis Carlos Galán qui aurait pu être le candidat du parti libéral.

¹¹⁹ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁰ « Voto por Colombia. Sí a una Asamblea Nacional Constituyente », disponible dans l'article « Séptima Papeleta: génesis de la constitución de 20 años », *Revue Semana* disponible en ligne à l'adresse : <http://somoslarevista.com/2011/02/septima-papeleta- genesis-de-la-constitucion-de-20-anos/>, (consulté le 27 mai 2014).

Ce dimanche 11 mars 1990, les étudiants des universités publiques et privées distribuèrent les bulletins, les écrivirent même à la main et invitaient les gens à les déposer, tout en tentant d'être témoins lors de la comptabilisation des votes¹²¹. Tel que les médias nationaux l'annoncèrent le lendemain, le mouvement eut un succès incroyable, même si le résultat du vote pour l'assemblée constituante ne fut pas confirmé car la *Registraduria* ne les a pas comptés officiellement, arguant qu'elle n'avait pas cette compétence. Selon *El Tiempo*, il y eut 1.342.000 votes, ce chiffre se basant sur la comptabilisation des étudiants présents dans quelques bureaux de votes ; c'est pourquoi selon Carlos Lleras, il a pu y avoir 3.100.000 votes au final¹²².

Après ce succès, le mouvement étudiant commença à perdre sa force et s'évanouit¹²³, mais le gouvernement de Barco avait désormais un « mandat politique » du peuple, convoquer une assemblée constituante pour réaliser la réforme constitutionnelle apparemment impossible. Mais comment la convoquer si le Congrès ne pouvait pas réviser la norme sur la révision ? Il restait alors le principal problème et le principal outil du régime présidentiel de 1886 : les décrets de l'état de siège.

Section 2. Le recours controversé aux décrets d'état de siège

« Un État de siège pour convoquer une [assemblée] constituante avait l'air d'un coup d'état constitutionnel¹²⁴ ». Cependant, selon l'article 121 de la Constitution de 1886, les décrets d'état de siège étaient soumis au contrôle automatique de constitutionnalité de la Cour suprême de justice. Voilà pourquoi le Président Barco édicta un décret d'auto-convocation du peuple (I), afin d'inviter la Cour à déclarer constitutionnel un décret inconstitutionnel (II)¹²⁵.

I. « L'auto-convocation » moyennant un décret d'état de siège

Selon l'article 121 de la Constitution de 1886, le Président pouvait déclarer l'état de siège dans tout ou partie du territoire national en cas de guerre extérieure ou de perturbation de l'ordre public interne. La déclaration de ce régime « exceptionnel » lui permettait de prendre des mesures législatives, des décrets législatifs (*decretos legislativos*) et les mesures autorisées par le droit des gens en temps de guerre. Ces décrets devaient être édictés dans des « limites précises », et ils ne pouvaient pas abroger les lois,

¹²¹ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 106.

¹²² Pour comparer les chiffres, voir *ibid.*, p. 107, et C. LLERAS DE LA FUENTE, M. TANGARIFE, *op. cit.*, p. 18.

¹²³ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 111.

¹²⁴ H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 75.

¹²⁵ « La Constitucionalidad de un decreto inconstitucional » est le titre d'un chapitre du livre de J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 112.

seulement suspendre l’application de ces dernières quand elles étaient incompatibles avec l’état de siège¹²⁶.

Le Président déclarait l’état de siège à travers un « décret déclaratif » (*decreto declarativo*) qui devait être motivé, c’est-à-dire que le gouvernement avait l’obligation d’exposer les faits qui constituaient la perturbation de l’ordre public. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, toutes les mesures contenues dans chaque décret législatif pendant l’état de siège devaient être temporaires et avoir un lien avec les faits du décret déclaratif. Ainsi, chaque décret législatif devait se conformer aux critères de connexité et de temporalité.

L’état de siège de l’époque datait de 1984 quand le Président précédent, Belisario Betancur, avait déclaré l’état de perturbation interne par le décret déclaratif No. 1038 de 1984. Les faits exposés étaient principalement la violence de groupes armés qui attaquaient l’ordre constitutionnel, soit les groupes de guérilla et les groupes associés au narcotrafic¹²⁷.

Suite au vote du 11 mars 1990, le gouvernement de Barco estima qu’une assemblée constituante constituait tant la demande de l’opinion publique que la solution pour réformer les institutions, compte tenu des échecs subis à travers la voie législative. Mais comment un décret d’état de siège pouvait-il prévoir la convocation d’une assemblée constituante ?

Le premier pas du gouvernement fut la motivation du décret pour « démontrer » la connexité et le second fut la technique de rédaction du décret pour faire apparaître les mesures comme « temporaires et législatives».

La chaîne de la connexité peut être résumée de la manière suivante : (1) après six ans, la violence s’est renforcée ; (2) ainsi, un renforcement des institutions pour surmonter la situation « permanente » de perturbation s’avère impératif ; (3) ce renforcement est possible avec la participation active des citoyens pour que les institutions soient de nouveau pleinement efficaces. (4) Le 11 mars le peuple a manifesté sa volonté pour que la Constitution soit réformée par une assemblée constitutionnelle ; (5) ce mandat du peuple doit être reconnu pour contribuer au rétablissement de

¹²⁶ Le texte de l’article est : « *ARTÍCULO 121. En caso de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella.*

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos, Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

[...]

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviados, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento. [...] ».

¹²⁷ H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 91.

l'ordre public. (6) Donc, le gouvernement doit « faciliter » l'expression du peuple en ouvrant la possibilité d'une convocation d'une assemblée lors des élections présidentielles du 27 mai 1990. En conclusion :

Le gouvernement interprétant la volonté des colombiens et dans le respect de son obligation constitutionnelle de préserver l'ordre public et de rechercher tous les moyens nécessaires pour son rétablissement, doit procéder à l'édition d'une norme de caractère législative qui autorise la *Registraduría Nacional del Estado Civil* à compter les bulletins de vote sur la possibilité de convoquer une Assemblée constitutionnelle **par l'initiative populaire**¹²⁸.

Même si la connexité pouvait être justifiable, une convocation à une assemblée constitutionnelle pouvait difficilement être constitutionnelle, compte tenu de l'interdiction des réformes en dehors de la voie législative prévue par la Constitution après le plébiscite de 1957. La solution du président fut de faciliter l'expression du peuple « souverain » en adoptant seulement trois articles dans le décret législatif 927 :

Article 1. Pendant que l'ordre public reste perturbé et l'état de siège [déclaré] sur tout le territoire national, l'organisation électorale prendra toutes les mesures appropriées pour compter les votes autour de la possibilité d'intégrer une Assemblée constitutionnelle lors de la date des élections présidentielles de 1990.

Article 2. Le bulletin qui sera compté par l'organisation électorale aura le texte suivant :

Pour renforcer la démocratie participative, votez-vous pour la convocation d'une *Assemblée constitutionnelle* avec la représentation des forces sociales, politiques et régionales de la Nation, intégrée démocratiquement et populairement pour *réformer* la Constitution Politique de la Colombie ?
OUI NON¹²⁹.

La technique juridique du décret est particulière : il s'agit d'une norme législative qui attribue une fonction « temporaire » de comptabilisation à la *Registraduría del Estado Civil*, et qui détermine le texte d'un bulletin d'auto-convocation du peuple. Apparemment, le Président ne convoque pas

¹²⁸ Nous soulignons en gras. Décret 927 de 1990 (le décret complet se trouve dans les annexes) : « *Que por todo lo anterior el Gobierno Nacional, interpretando la voluntad de los colombianos y dando cumplimiento a su obligación constitucional de preservar el orden público y buscar todos los medios necesarios para lograr su restablecimiento, debe proceder a dictar una norma de carácter legal que faculte a la Registraduría Nacional del Estado Civil para contabilizar los votos que se produzcan en torno a la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, por iniciativa popular* ».

¹²⁹ Nous soulignons. Le texte de bulletin a reçu plusieurs critiques : (a) la référence aux forces régionales inclut les forces politiques traditionnelles vues comme corrompues ; (b) l'intégration de l'assemblée d'une manière démocratique éliminait la possibilité d'une représentation corporative, ce qui était désiré par les étudiants ; et (c) il ne s'agit plus d'une assemblée constituante, mais d'une assemblée constitutionnelle pour une réforme. Voir J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 112.

« *Artículo 1° Mientras subsista turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la organización electoral procederá a adoptar todas las medidas, conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones: presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional. Artículo 2° La Tarjeta Electoral que contabilizara la organización electoral, contendrá el siguiente texto:*

Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia? »

SI

NO

l’assemblée, il se limite à ajouter une mesure qui facilitera la prise en compte de la volonté du peuple, étant donné que le 11 mars 1990 personne n’avait compté « le septième bulletin ».

Le 3 mai 1990, jour de l’édiction de ce décret, le président Barco fit un discours télévisé pour expliquer que la perturbation de l’ordre public ne cesserait pas avec la seule application des mesures de police ; qu’il serait nécessaire de renforcer les institutions¹³⁰. Le message à la Cour suprême était clair : les élections présidentielles se tenaient dans vingt-quatre jours et le pays tout entier attendait la décision du juge constitutionnel.

Les conclusions du *Procurador*¹³¹, Alfonso Gomez Mendez, présentèrent deux options à la Cour, une interprétation juridique ou politique de la décision envisagée. S’il s’agit d’un décret d’état de siège, il est inconstitutionnel car il n’y a pas de connexité et il s’apparente plutôt être un « chèque en blanc » pour une assemblée constituante. Mais si ce décret relève d’une expression politique, la Cour doit se déclarer incompétente.

II. La constitutionnalité d’un décret inconstitutionnel

Trois jours avant les élections présidentielles, la Cour suprême rendit une décision surprenante en reconnaissant la constitutionnalité du décret 927 de 1990¹³². Il nous semble que le professeur Cajas Sarria résume bien l’argumentation menée en l’espèce : « [l]a Cour décide, en prétendant appliquer les normes constitutionnelles de manière "formelle", mais dans son argumentation, [la Cour] est fermement déterminée à analyser le contexte qui permet une mesure extraordinaire pour surmonter la crise¹³³ ».

En effet, la démarche argumentative de la Cour n’est pas complètement cohérente et répond à la particularité du décret. Pour établir la connexité

¹³⁰ « *Dada la actual situación de turbación del orden público y la amenaza contra el orden constitucional vigente, las medidas policivas, por drásticas que sean, no serían suficientes para lograr la normalidad definitiva ni para evitar la alteración de la paz pública* », Discours du président Barco, cité par H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 92.

¹³¹ Il s’agit des conclusions d’un organe indépendant qui a pour fonction la défense de la légalité et de la moralité publique. Les conclusions du *Procurador* ont une fonction similaire à celle des conclusions du commissaire de gouvernement devant le Tribunal des conflits ou du rapporteur public devant le Conseil d’Etat.

¹³² Cour Suprême de Justice, Décision 59 du 24 mai de 1990. La procédure relative à la décision de la Cour Suprême de constitutionnalité incluait tout d’abord une délibération du projet du juge rapporteur dans une chambre de quatre magistrats, puis cette chambre présente le projet de décision à l’assemblée plénière de la Cour. En l’espèce, l’affaire a été assignée au magistrat Jaime Sanin Greiffenstein qui a proposé l’inconstitutionnalité du décret lors de la délibération de la Chambre. La Chambre a adopté ce projet avec quatre voix contre trois. La voix dissidente de la chambre, le magistrat Fabio Moron Diaz ainsi que d’autres magistrats ont décidé de rédiger un projet de décision alternative de constitutionnalité pour le présenter à l’assemblée plénière au lieu du projet du rapporteur. Après d’intenses délibérations, l’assemblée plénière de la Cour a adopté le projet du magistrat Fabio Moron au lieu de ce qui avait été approuvé par la Chambre restreinte. Voir H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 93.

¹³³ « *La Corte falla, pretendiendo aplicar la normatividad constitucional de manera “formal” pero en su argumentación esta decididamente comprometida con valorar el contexto que posibilita la medida extraordinaria para superar la crisis* », M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 89.

entre l'état de siège et la mesure électorale, la Cour prend en compte la rénovation institutionnelle comme une réponse à la violence. Mais, en même temps, la Cour souligne d'un point de vue « formaliste » que le décret se limite à ajouter une fonction transitoire à l'organisation électorale pour justifier sa constitutionnalité.

Sur la connexité, après avoir exposé les attaques violentes postérieures à 1985 en Colombie, la Cour affirme :

Les faits relatés ci-dessus montrent clairement que les institutions telles qu'elles sont établies ne sont pas suffisantes pour répondre aux différentes formes de violence [...]. Il ne s'agit pas de dire que les institutions constituent en elles-mêmes un facteur de perturbation, mais qu'elles ont perdu leur efficacité et elles sont devenues inadéquates. [Les institutions] ne sont pas en mesure de combattre les formes d'intimidation et d'attaque inimaginables il y a encore quelques années. C'est pourquoi leur rénovation est clairement une mesure nécessaire pour que les causes de la perturbation ne continuent à s'aggraver, comme cela a été le cas jusqu'ici pendant les six ans de l'état de siège¹³⁴.

La Cour ajoute deux considérations sur son propre rôle en tant que juge constitutionnel afin de mieux justifier son analyse sur la connexité : d'une part, la Cour suprême affirme que le juge constitutionnel doit prendre en compte la réalité sociale où la norme sera appliquée¹³⁵ et, d'une autre part, la Cour reconnaît son rôle politique en citant une opinion dissidente du magistrat Vargas en 1984 :

... le contenu d'un jugement de constitutionnalité est considérablement différent des décisions des autres juges. [...] Son sujet est la définition des droits des associés [les citoyens] entre eux et face à l'État, et les relations entre l'État et ses organes. [...] Des questions entièrement politiques¹³⁶.

La Cour prend en compte la réalité quand elle reconnaît dans ses considérations que lors des élections du 11 mars 1990, le peuple exprima sa volonté de convoquer une assemblée constitutionnelle pour réaliser les

¹³⁴ « *Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida a todas luces necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose, como hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del Estado de Sitio* », Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant c) La Connexité.

¹³⁵ « Les normes sont en réalité sociales et humaines, produits historiques d'une collectivité pour la protection de certaines fins, valeurs et intérêts concrets. Les normes ne sont pas des entités métaphysiques ou de simples propositions formelles, les normes existent pour être appliquées et réalisées dans une société déterminée avec des résultats et des conséquences de caractère réel », citation de la Cour d'Elias Diaz, *Légalité-legitimité dans le socialisme démocratique*.

¹³⁶ Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant c) La Connexité : « *El contenido del juicio constitucional es sustancialmente distinto de cualquiera otro que profieren los demás jueces. Su materia no es ciertamente un problema de servidumbres o de filiación natural o de cuestiones laborales, o sobre un hurto o un robo. Su materia es la definición de los derechos de los asociados entre si y frente al Estado y las relaciones entre este y sus diversos órganos. Es decir el control sobre lo que se llama tanto la parte dogmática como la parte orgánica de un estatuto superior. Cuestiones por entero políticas* ».

changements institutionnels nécessaires. En outre, la Cour ajoute que le mouvement populaire fut si efficace que des guérillas conditionnent leur démobilisation à la convocation de l'assemblée¹³⁷. Ainsi, la connexité semble évidente. Cependant, il reste à analyser la constitutionnalité de la mesure elle-même. Selon certains intervenants dans la procédure¹³⁸, le décret « cache » une révision de l'article 218 de la Constitution et devrait être ainsi déclaré inconstitutionnel. Mais, à cet égard, la Cour s'éloigne de la prise en compte de la réalité et se limite à la lecture du décret. Le décret est constitutionnel car « il ne dit pas plus que ce qu'il dit¹³⁹ ».

Le raisonnement de la Cour se développe en trois temps. D'abord, la Cour analyse le contenu du décret et la portée de la norme en cause. Selon la Cour, il s'agit d'une nouvelle fonction transitoire de l'organisation électorale qui peut être prise par un décret législatif. « La Cour ne peut pas se prononcer sur une convocation à une assemblée constitutionnelle pour réformer la constitution car cet acte n'a pas eu lieu et il n'est même pas possible de dire qu'il aura lieu avec les votes favorables de la majorité de la population [...]»¹⁴⁰. Ensuite, la Cour considère que les facultés présidentielles dans le cadre de l'état de siège ne sont pas nécessairement des mesures répressives. En fin le juge constitutionnel examine la norme par rapport aux facultés présidentielles de l'état de siège pour conclure en faveur de sa constitutionnalité :

Il ne s'agit pas d'un référendum ou d'un plébiscite, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de la confirmation d'une décision prise directement par le peuple. L'imprécision, le flou et la manque de détail permettent d'affirmer que la norme examinée ne dit pas plus que ce qu'elle dit [...] S'il s'agissait d'un référendum, il serait nécessaire de déterminer les majorités qui pourront convoquer l'assemblée, le calendrier des sessions, etc.

Pour la Cour, il est clair que toute décision future devrait être prise dans le cadre de la Constitution car dans un État de Droit, les actes des gouvernants doivent avoir un fondement juridico-politique¹⁴¹.

¹³⁷ En effet, la guérilla EPL a envoyé un acte notarial à la Cour dans lequel le groupe expliquait que l'assemblée est une condition de sa réintégration à la vie civile. Voir J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁸ Tout citoyen peut participer à la procédure de constitutionnalité à travers d'un texte auprès de la Cour relatif au sens de la décision envisagée.

¹³⁹ « La norma que se revisa no dice más de lo que dice », Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant d) L'examen matériel.

¹⁴⁰ « No puede la Corporación pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, cuando dicho acto no se ha producido y ni siquiera puede decirse que ocurra con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el decreto sub examine ordena contabilizar », Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant d) L'examen matériel.

¹⁴¹ Nous soulignons. « No se trata de un referéndum o un plebiscito, esto es, de la refrendación de una decisión ya tomada directamente por el pueblo. La vaguedad, imprecisión y falta de detalle que el señor Procurador General de la Nación le señala al decreto, es lo que le permite a la Corporación afirmar que la norma que se revisa no dice más de lo que dice, esto es, que si se tratara de un plebiscito o de un referéndum debía haber precisado con que mayoría se daba por refrendada o por adoptada la decisión, a quien se le da la autorización para convocar la Asamblea Constitucional, en que tiempo, etcétera », Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant d) L'examen matériel.

La décision de la Cour essaye de se placer à mi-chemin entre la stabilité et le besoin de changement. La décision du 24 mai 1990 a une certaine portée dé-constituante au sens du professeur Beaud parce qu'elle permet la comptabilisation de votes pour une assemblée constitutionnelle en dehors de l'article 218¹⁴² ; mais, en même temps, la Cour conditionne les mesures futures au respect de la Constitution en vigueur.

Grâce à cette décision, lors des élections du 27 mai 1990, l'organisation électorale a compté 5.236.863 votes pour le OUI, représentant 88% des participants¹⁴³. Ce même jour, César Gaviria fut élu Président de la Colombie pour la période 1990-1994 et, de manière immédiate, le Président commença le projet de son gouvernement : l'assemblée constitutionnelle¹⁴⁴. Dorénavant l'assemblée est devenue l'affaire de l'exécutif qui cherchait à maintenir le contrôle d'une assemblée qui pourrait devenir « très » autonome¹⁴⁵.

Mais dans son dernier considérant, la Cour prépare son recours à la théorie du pouvoir constituant à l'égard de cette assemblée :

[Le juge] ne voit pas le besoin d'analyser les facultés du constituant primaire et leur étendue. En ce sens, ces considérations ne contredisent ni méconnaissent l'article 218 de la Constitution Nationale, disposition qui fait référence au constituant secondaire et qui est une autre hypothèse juridique¹⁴⁶.

Chapitre 2 – Le juge constitutionnel laisse-t-il le pouvoir constituant s'exprimer ou s'exprime-t-il à sa place ?

En Colombie, le processus de transition des années 1989 et 1990 fut complexe. Les citoyens avaient spontanément exprimé leur volonté en faveur d'une *assemblée constituante* le 11 mars 1990, et le Président Barco avait facilité « le registre de cette volonté » en faveur d'une *assemblée*

¹⁴² La décision fut critiquée par plusieurs juristes, notamment le professeur Sachica qui explique qu'en l'espèce la Cour Suprême négligea son obligation d'examiner la portée réelle du décret par rapport aux normes constitutionnelles, particulièrement l'article 218 sur la révision de la Constitution. Au contraire, la Cour fonda sa décision sur des considérations « purement politiques ». Voir L. C. SACHICA, J. VIDAL PERDOMO, *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 85.

¹⁴³ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁴ Selon Humberto De La Calle, la Cour elle-même avait indiqué la responsabilité du Président de la République dans le considérant suivant : « Il relève de la mission du Président, en accord avec la typologie des régimes politiques de l'Amérique latine, d'impulser l'action du gouvernement, claire et légitimement utilisée en l'espèce pour permettre d'enregistrer l'expression de la volonté populaire sur la possibilité de convoquer une assemblée...] », citation extraite de la décision du 24 mai de 1990 par H. DE LA CALLE, *op. cit.* p. 93.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 94, et J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ « Por esta razón, la Corporación no ve la necesidad de adentrarse en analizar las competencias del constituyente primario y el alcance de las mismas. En este sentido lo dicho no se contrapone ni desconoce el artículo 218 de la Constitución Nacional, preceptiva que se refiere al constituyente secundario y que es otra hipótesis jurídica », Cour Suprême de Justice, décision n° 2149 du 24 mai 1990, considérant VI. Corolario.

constitutionnelle pour réformer la Constitution le 27 mai 1990. Dans la décision 59 de 1990, la Cour n’a pas pris complètement parti pour une réforme en dehors de l’article 218 car, dans son argumentation, certaines considérations pourraient justifier ou condamner la constitutionnalité de la convocation d’une future assemblée constitutionnelle. C’est le nouveau président qui, suivant son prédécesseur, décida de convoquer une *assemblée constitutionnelle limitée* pour la réforme de la Constitution de 1886. La voie juridique la plus rapide, mais très risquée, fut un décret d’état de siège laissant le dernier mot à la Cour suprême.

Ce choix laisse paradoxalement le gardien de la Constitution comme un acteur du processus de transition. La Cour avait la possibilité de ne pas reconnaître sa compétence du fait qu’il s’agissait de « pure politique » comme plusieurs interventions lui avaient suggéré. Pourtant, le juge constitutionnel a au contraire estimé qu’il « doit prendre la décision la plus grave de son existence¹⁴⁷ », en faisant appel à la théorie du pouvoir constituant, le dernier outil juridique. Mais, comment le juge constitutionnel peut-t-il concilier la théorie d’un pouvoir illimité avec son contrôle à l’égard des normes de droit positif sur l’assemblée constitutionnelle ? Sur ce point, la dualité du pouvoir constituant, dé-constituant et reconstituant¹⁴⁸, permet de mieux saisir la décision de la Cour suprême. En premier lieu, c’est le juge constitutionnel, faisant appel au « vrai » pouvoir constituant, qui prend juridiquement l’initiative dé-constituante à l’égard de la Constitution de 1886 (Section 1). En second lieu, le juge constitutionnel définit les conditions pour l’expression du pouvoir reconstituant (Section 2)¹⁴⁹.

Section 1. Le juge constitutionnel et le pouvoir « dé-constituant »

Le projet du Président Gaviria était celui d’une grande réforme, mais d’une réforme limitée : « il n’y était pas question d’une nouvelle constitution » (I)¹⁵⁰. Cependant, pour justifier la procédure en dehors de l’article 218 de la Constitution, le Président fit appel à la souveraineté du peuple constituant. La réponse de la Cour est intéressante car elle prend parti dans la décision dé-constituante de la Constitution de 1886 : il ne s’agit plus d’une compétence de révision, il s’agit du « vrai pouvoir constituant » (II).

I. Le pouvoir de réforme de l’exécutif

Il semble important de retracer l’histoire et les caractéristiques du décret d’état de siège 1926 du 24 août 1990 convoquant à l’assemblée

¹⁴⁷ R. BALLEEN, *Constituyente y Constitución del 91*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 1991, p. 183.

¹⁴⁸ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 265.

¹⁵⁰ H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p.73.

constitutionnelle afin de comprendre la décision dé-constituante de la Cour suprême dans son jugement 138 de 1990¹⁵¹.

Les 22 et 28 juillet 1990, le Président élu Gaviria envoya deux lettres aux « forces politiques du pays » afin de les convoquer pour négocier un pacte politique sur les sujets à réviser de la Constitution de 1886, et sur la composition de l'Assemblée constitutionnelle. Le Président convoqua les partis politiques suivants : son propre parti, le parti libéral ; le mouvement de *Salvacion Nacional* ; le parti conservateur ; et finalement, le M-19 qui venait de se démobiliser. Ainsi, seuls les partis ou mouvements ayant obtenu au moins cinq pour cent des votes totaux lors de l'une des deux élections récentes (11 mars et 27 mai 1990) furent appelés à participer à l'accord. Cette décision exclut de la négociation le parti de gauche, l'UP, les mouvements sociaux et les organisations syndicales, dont le mouvement étudiant.

Selon De La Calle, assesseur du gouvernement de l'époque :

[L]'idée d'un pacte politique a plusieurs explications. L'objectif était, en premier lieu, que la procédure [...] inédite et audacieuse ne devienne pas incontrôlable. Le modèle impliquait que l'assemblée [...] aurait un caractère plutôt confirmatoire. Une espèce de ratification d'une réforme constitutionnelle limitée prise par un organe légitimé par le vote populaire [...] La conception prudente élaborée par Gaviria et les autres chefs politiques avait à l'esprit [la question de l'extradition dans la dernière réforme]. [Ainsi, l'idée était] une Constituante attachée. Une Constituante vaccinée contre le fantôme de l'extradition¹⁵².

Après les négociations sur les sujets de la réforme, la composition de l'assemblée, la mécanique électorale et la date du vote, les « forces politiques » signèrent l'accord le 23 août 1990. Le premier point de ce pacte est que le Président utiliserait un décret d'état de siège et que le gouvernement s'inclinerait devant la décision de la Cour Suprême¹⁵³. Le décret de siège fut édicté le 24 août 1990 et il incorpora le texte de l'accord politique dans son dispositif et ses motifs. Ce décret est complexe car il essaye de maintenir la forme d'une auto-convocation populaire dans le

¹⁵¹ Cour Suprême de Justice, Décision 138 du 9 octobre 1990, n° 2214. Juge rapporteur Hernando Gomez Otalora et Fabio Moron Diaz.

¹⁵² « *La idea de un pacto político tiene varias explicaciones. Se pretendía, en primer lugar, buscar que el procedimiento, de cierta manera inédito al menos en la época reciente y, en todo caso, audaz, no se saliera de madre. El diseño implicaba que la Asamblea Constituyente iría a tener un carácter más bien confirmatorio. Una especie de refrendación de una reforma constitucional limitada, mediante un cuerpo legitimado por el voto popular. El motor de toda esta empresa sería el gobierno. [...] Así, la cautelosa arquitectura diseñada por Gaviria y los demás jefes políticos tenía ese telón de fondo [el referendo de la extradición]. Una constituyente amarrada. Una constituyente vacunada contra el fantasma de la extradición* », H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 72-73.

¹⁵³ « Comme la Cour devait obligatoirement statuer sur le décret d'état de siège et les délais étant brefs, le Président Gaviria avait trouvé là la vertu majeure de son projet. La Cour serait [l'organe] chargé de bénir et sanctifier ou de condamner [la convocation]. Ainsi Gaviria sauverait ses compromis de campagne présidentielle et [si la décision était défavorable] il aurait la « tranquillité politique » pour essayer [la réforme] à travers la voie ordinaire » (« *Como la Corte tenía obligatoriamente que conocer del decreto y como los plazos eran perentoriamente breves, ahí había encontrado Gaviria la mayor virtud del proyecto. Sería la Corte la encargada, de entrada, de bendecir y santificar el camino o condenarlo de una vez, con lo cual Gaviria salvaba sus compromisos de campaña y tendría tranquilidad política para intentarlo por la vía ordinaria* », *ibid.*, p. 72-73).

dispositif quand, en même temps, il détermine les mécanismes électoraux, le fonctionnement et les limites de l'assemblée selon l'accord politique.

Le décret comporte deux parties à souligner : d'abord, les limites de fond imposées à l'assemblée constitutionnelle ; puis, les mécanismes procéduraux. Suivant l'accord politique, les sujets de la réforme constitutionnelle sont : (1) le Congrès, (2) l'administration de la justice et le ministère public, (3) l'administration publique, (4) les droits de l'homme, (5) les partis politiques, (6) le régime des collectivités territoriales, (7) les mécanismes de participation, (8) l'état de siège, (9) les sujets économiques et (10) le contrôle budgétaire. Malgré l'étendue des sujets, le décret inclut de manière plutôt précise quel type de réformes peut avoir lieu dans chacun des objets. Par exemple : pour les droits de l'homme, le décret établit une liste des possibles droits à inclure ; pour les partis politiques, le décret inclut « la possibilité d'éliminer l'article 47 de la Constitution » ; pour l'état de siège « la préservation du contrôle automatique de constitutionnalité », et pour le Congrès, « la possibilité d'autoriser la réunion des commissions en dehors de sessions ordinaires ». Finalement, pour assurer le strict respect de ces limites, le décret confie à la Cour suprême le contrôle de constitutionnalité de la révision¹⁵⁴.

Le décret commence par ordonner à la *Registraduría Nacional del Estado Civil* la comptabilisation des votes lors des élections du 9 décembre 1990 et établit le texte des bulletins, un pour le OUI et un pour le NON. Puis les articles 5, 6, 7, 8 et 9 déterminent que l'assemblée sera composée de soixante-dix membres, élus par vote direct dans la circonscription nationale avec le système du quotient électoral, plus deux places réservées aux membres des groupes de guérillas démobilisés. Les articles suivants établissent la mécanique électorale, l'inscription des candidats, les conditions de participation et les recours. De plus, le décret détermine que les majorités pour les décisions de l'assemblée doivent respecter la Constitution quand les articles à réviser exigent deux tiers des voix au Congrès. Pourtant, le décret n'exige aucun minimum de participation citoyenne ni aucune majorité lors du vote pour la convocation de l'assemblée.

Après ce décret, le climat politique changea. Il y avait moins d'espoir sur la viabilité et le succès de l'assemblée. En effet, pour l'opinion publique, l'assemblée avait été « attachée » pour éviter qu'elle fasse les réformes

¹⁵⁴ La liste de sujets à réviser était critiquée, particulièrement car elle semblait être une réforme de l'exécutif pour l'exécutif. Le régime présidentiel et les facultés du Président étaient en effet hors de la réforme. Nous traduisons deux critiques qui révèlent le climat politique à l'époque : « La Constituante est une créature contrôlée. Le Président de la République est le vrai constituant... D'une manière remarquable, le présidentielisme comme régime politique est absent de la discussion... [*Criatura controlada esta de la constituyente. El presidente de la república es así el verdadero constituyente de manera notable está ausente del temario de la discusión el presidencialismo como régimen político*] », Doyen de l'Université Nationale de Colombie, Ricardo Sanchez, cité par J. BUENAHORA, *op. cit.*, p. 187.

Aussi, selon le journaliste Edulfo Peña, le décret n'avait pas inclus plus de sujets à l'égard de la Cour Suprême afin de l'inviter à déclarer la constitutionnalité dudit décret ; cité par R. BALLEEN, *op. cit.*, p. 159.

institutionnelles qu’avaient souhaitées les étudiants et les citoyens quand ils avaient voté pour « le septième bulletin »¹⁵⁵.

Ainsi, le décret 1926 renferme un double jeu : il détermine une assemblée constitutionnelle limitée, dont les décisions sont soumises au contrôle pour éviter tout débordement ; mais pour justifier le recours à une assemblée en dehors de la procédure constitutionnelle en vigueur, le Président fait appel à la souveraineté de la Nation constituante qui s’est exprimée lors des élections du 11 mars et 27 mai 1990¹⁵⁶. Le 3 octobre 1990, le Président Gaviria réitéra publiquement la question posée à la Cour dans les termes suivants :

Plus de *cinq millions* de citoyens qui ont voté OUI le 27 mai sont en train d’attendre ce qui sera décidé par *vingt-six* Magistrats de la Cour Suprême de Justice. L’enjeu est de savoir *si le dernier mot sur la possibilité de convoquer une Constituante est dans les mains du peuple colombien_ qui votera le 9 décembre. [...] [La question] est si simple*¹⁵⁷.

La réponse à cette question est la dernière décision de la Cour suprême en tant que juge constitutionnel. Le juge constitutionnel décida de prendre au sérieux la souveraineté du peuple constituant. Si le peuple est souverain, il est le « constituant primaire », un pouvoir illimité par nature.

II. Le pouvoir constituant du juge constitutionnel

Si la réforme du Président Gaviria pourrait être qualifiée de révolution au sens défini par le professeur Beaud, dans la mesure où le gouvernement voulait modifier certains éléments essentiels de la Constitution de 1886¹⁵⁸, c’est la décision du juge constitutionnel qui a la portée d’un acte dé-constituant. La Cour prend parti à l’initiative dé-constituante en faisant

¹⁵⁵ C. LLERAS DE LA FUENTE, M. TANGARIFE, *op. cit.*, p. 31. « *En efecto no solo la asamblea se convocaba con base en el estado de sitio, es decir, un decreto legislativo del presidente, sino que la comisión de seis miembros encargada de redactar el proyecto definitivo de reforma a la carta fundamental sería designada por el jefe de estado y el reglamento en caso de darse uno en el término de diez días, será el proyectado por el gobierno y lo más importante, el temario contemplado en el decreto 1926, aunque amplio y precisado, no era otro que el del primer mandatario, tanto que para nada se mencionaba la reforma el régimen presidencia* », J. BUENAHORA, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁶ Motifs du décret 1926 de 1990 : « *Que el resultado de tal contabilización demuestra que una amplia mayoría de votantes, superior al 88%, sufragó afirmativamente, lo cual significa que la Nación, depositaria de la soberanía, ha manifestado en ejercicio de la función constitucional del sufragio, su voluntad de que sea convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa* ».

¹⁵⁷ Nous soulignons. « *Más de cinco millones de colombianos que votaron Si el 27 de mayo están a la espera de lo que decidan 26 honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Lo que está en juego es si la última palabra acerca de si se puede y debe convocar la constituyente está en manos del pueblo colombiano que votará el 9 de diciembre. Así de simple* », R. BALLEEN, *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁸ Un élément essentiel qui allait être transformé probablement était le système de bipartisme de la Constitution de 1886 ; O. BEAUD, *op. cit.*, p. 375.

appel au pouvoir constituant illimité dans la décision 138 du 9 octobre 1990¹⁵⁹.

Dans ses conclusions, le *Procurador* propose à la Cour Suprême deux manières de résoudre la question de la constitutionnalité de ce décret, de nouveau politique ou juridique. La première est que la Cour se déclare incompétente car il s’agit d’une décision politique et ainsi la convocation de l’assemblée pourrait avoir lieu. L’autre solution, « strictement juridique », est que la Cour déclare l’inconstitutionnalité dudit décret car il révisé la procédure de révision de la Constitution.

Il est clair que le premier enjeu demeure celui de la compétence du juge constitutionnel. En l’espèce, la Cour Suprême ne nie pas l’aspect politique de la question, mais elle relève l’aspect juridique justifiant sa compétence :

Si dans la décision du 24 mai, il est affirmé que les votes en faveur de l’assemblée [...] confèrent un commandement politique, il est vrai aussi que le mécanisme utilisé pour permettre la manifestation populaire qui convoque l’assemblée est un décret d’état de siège dont le contrôle relève de la Cour¹⁶⁰.

Également, la Cour ajoute une considération sur l’importance de sa fonction pour l’équilibre des pouvoirs dans le régime :

La Cour ne peut pas éluder ce mandat péremptoire [de l’article 121 de la Constitution] inspiré des bonnes raisons : l’exécutif a des pouvoirs très étendus dans un régime présidentiel comme le [régime] colombien. Il est déjà énorme que, dans les circonstances exceptionnelles de l’article 121, le Président reçoive aussi des fonctions législatives, qui ne doivent pas être laissées sans aucun contrôle¹⁶¹.

Le juge constitutionnel passe rapidement sur le problème de la connexité de la mesure et rappelle sa jurisprudence du 24 mai 1990¹⁶².

¹⁵⁹ La décision de la Cour Suprême a été prise par une majorité de quatorze contre douze magistrats qui ont élaboré une opinion dissidente. Hernando Gomez Otalora a été le magistrat qui a changé la balance en faveur de la constitutionnalité car il annonce son vote pour la constitutionnalité seulement si l’assemblée est libérée des limitations imposées par le décret. En effet, c’est le magistrat Gomez Otalora qui avait été le juge rapporteur d’une décision de 1987 où la Cour s’est déclarée incompétente pour statuer sur le plébiscite car il s’agit du pouvoir constituant du peuple. De la Calle, *op. cit.* p. 95. La division de la Cour a été telle que les magistrats dissidents ont pensé à démissionner car ils considéraient que la décision de constitutionnalité signifiait l’abdication de la mission du juge constitutionnel. Voir R. BALLEEN, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁰ « Si bien, en sentencia de mayo 24 del presente año se afirmó que con la votación que pudiese producirse en favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional, se confería un mandato político, también es cierto que el mecanismo utilizado para permitir la manifestación popular que convoque la Asamblea, es un decreto de Estado de Sitio, cuyo control le corresponde a la Corte según las normas citadas » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 1).

¹⁶¹ « No puede la Corte evadir tan perentorio mandato, inspirado en muy, sanas razones: el Ejecutivo tiene amplísimos poderes en un régimen presidencialista como el Colombiano. Ya es mucho que, en las situaciones excepcionales del artículo 121, se le otorguen además funciones legislativas, como para dejarlas sin control alguno » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 10).

¹⁶² L’opinion dissidente est très critique avec l’analyse de connexité, car l’état de siège est en train d’être utilisé pour contredire son propos, la défense du régime constitutionnel. « Maintenant, en vertu de l’étendu [de la connexité] dans cette décision, l’institution de l’état de siège [permet] des réformes de la Constitution. Cela dépasse les limites conceptuelles [...] de l’état de siège, hypothèse créée pour la défense ultime de l’effectivité

Ensuite, la Cour soulève une considération déterminante sur le rôle du gardien de la Constitution et ainsi, le juge constitutionnel indique qu'il va faire prévaloir le fond sur la forme :

Le devoir de gardien de l'intégrité de la Constitution [de 1886] inclut le devoir de préserver les valeurs immanentes de l'organisation politique, pour éviter une rupture de l'ordonnement constitutionnel en permettant que par les voies institutionnelles, la Constitution soit modifiée dans la mesure nécessaire pour que la société se reflète en elle¹⁶³.

Avant de faire l'analyse concrète du décret, la Cour présente des arguments sur la nature du droit pour justifier sa démarche. D'abord, elle cite la dernière œuvre de Kelsen¹⁶⁴ pour soutenir qu'à l'égard du droit, et surtout de la première Constitution, le critère de la validité n'est pas suffisante ; l'efficacité de l'ordonnement est une « condition nécessaire¹⁶⁵ ». De ce fait, la Cour commence à démontrer qu'elle ne suivra pas une logique positiviste. Puis, la Cour fait référence au composant axiologique du droit, estimant que les normes sont toujours en relation avec certaines fins et les valeurs de la communauté. Selon la Cour, la paix est une valeur universellement reconnue et également incluse dans la Constitution de 1886. Ainsi, cette valeur sera un critère interprétatif. La Cour conclut de la manière suivante :

Ainsi, à la fois pour des raisons philosophiques et de jurisprudence, pour déterminer si le décret 1926 du 24 août 1990 est constitutionnel, il ne suffit pas de le comparer avec les articles 218 et 13 de la Constitution du plébiscite du 1er Décembre 1957 [sur la procédure de révision], il faut prendre en compte ses avantages permettant d'aboutir à la paix. Bien qu'il soit impossible de garantir que le décret mènera nécessairement à la paix souhaitée, la Cour ne peut pas exclure cette dernière possibilité¹⁶⁶.

Selon les magistrats dissidents et les critiques formulées à la Cour, le juge constitutionnel abandonna le champ strictement juridique. Pour le

de la Charte » (« *Ahora, por virtud del ensanchamiento paroxístico que recibe de la sentencia que motiva estos comentarios, la institución del estado de sitio llega a permitir la introducción por su medio de reformas a la Constitución, lo que es tanto como franquear los propios límites conceptuales, abstractos del estado de sitio en cuanto hipótesis institucional creada para proveer a la defensa última de la efectividad de la Carta* » (CSJ Décision 138 de 1990, Partie 1 de l'opinion dissidente).

¹⁶³ Nous soulignons. « *El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional, permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ella se sienta reflejada la sociedad* » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 3)

¹⁶⁴ La Cour cite H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, Cambridge, Harvard University Press, 1949, p. 115-121.

¹⁶⁵ CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 4.

¹⁶⁶ « *Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevara necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad* » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 4).

professeur Naranjo, le haut tribunal constitutionnel abdiqua en Colombie¹⁶⁷ dans la mesure où « la fonction de contrôle [du] tribunal est exclusivement juridique puisqu'il s'agit d'établir la conformité ou non d'une norme législative subordonnée à la Constitution, en tant que régime qui régule la production du droit¹⁶⁸ ».

Cependant, la Cour n'a pas pris la décision de constitutionnalité partielle sans fondement juridique : le juge constitutionnel fait appel à la théorie du pouvoir constituant, appelé « constituant primaire ». Premièrement, la Cour détermine que la Nation est le peuple qui habite en Colombie et que c'est la Nation qui est le titulaire de la souveraineté constituante. La Cour ne les cite pas, mais il est probable qu'elle fasse écho aux termes de Schmitt et de Sieyès dont la Cour s'est inspirée. La Cour distingue entre le pouvoir constituant de la Nation et les pouvoirs constitués pour conclure que le pouvoir constituant n'est pas limité car il ne peut pas l'être¹⁶⁹ :

Comme la nation colombienne est le constituant primaire, elle peut à tout moment se doter d'une constitution différente de celle qui est en vigueur jusque-là *sans se conformer aux exigences que la constitution prévoyait*¹⁷⁰.

La Cour ajoute que :

Le Pouvoir Constituant Primaire représente une puissance morale et politique de dernière instance, capable [...] de fixer le cours historique de l'État, émergent en tant que tel avec toute son essence et sa force créatrice. Pour cette raison, [le pouvoir constituant] sait ouvrir les chaînes d'expressions fermées, ou les établir quand elles ont été déniées, ou, enfin, rendre efficace un instrument inadéquat qui [...] a perdu vitalité et acceptation¹⁷¹.

¹⁶⁷ V. NARANJO, *Journal El Espectador*, 11 octobre 1990, cité par R. BALLEEN, *op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁸ « *En efecto, la función de control que esta atribuida al máximo tribunal es de índole estricta y exclusivamente jurídica, ya que ella solo pretende establecer la conformidad o inconformidad de una norma legislativa subordinada a la Constitución en cuanto régimen regulador de la producción del derecho con los preceptor de este ordenamiento en su carácter de normatividad superior que funda la legitimidad de todas las restantes* » (CSJ Décision 138 de 1990, Opinion dissidente Partie 1).

¹⁶⁹ À cet appel à la théorie du pouvoir constituant, l'opinion dissidente répond ainsi : « De l'explication sur l'histoire de la notion de pouvoir constituant n'émerge pas que le "constituant primaire", soit la [cause de la] fondation de l'État, ni de la démocratie ni de rien. Il est un concept politique d'utilité dans les conjonctures chaque fois qu'il y a besoin de légitimer des décisions politiques extra juridiques et extra constitutionnelles. Il est une formule de pratique politique » (« *No surge de esta explicación que el "constituyente primario" sea el fundador del Estado, ni de la democracia, ni de nada. Fue un concepto político de utilidad coyuntural que cada vez que se necesita se trae para legitimar decisiones políticas extrajurídicas y extra constitucionales. Es una formula recurrente de práctica política* » (CSJ Décision 138 de 1990, Opinion dissidente Partie 1).

¹⁷⁰ Nous soulignons. « *Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba* » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 5).

¹⁷¹ « *En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por*

En conclusion, la Cour considère que l'article 218 de la Constitution de 1886 sur la révision constitutionnelle ne s'applique pas au peuple comme souverain constituant. De ce fait, la Cour fait appel au pouvoir constituant et prend l'initiative dé-constituante. Le gardien de la Constitution déterminera qu'il était peut-être le moment de « recourir à une nouvelle constitution¹⁷² ».

Section 2. Le juge constitutionnel et le pouvoir « reconstituant »

Dans la première partie de la décision 138 portant sur la convocation à l'assemblée, le juge a pris parti dans la décision dé-constituante. Cependant, la Cour devait aussi déterminer la « constitutionnalité » des normes procédurales relatives à l'assemblée constitutionnelle convoquée par le décret de siège 1926 du Président Gaviria. Mais, comment concilier la théorie d'un pouvoir constituant illimité par nature avec l'organisation de l'assemblée ? Comment statuer sur la décision reconstituante si la Cour venait d'achever la Constitution de 1886 ? Le Président avait proposé, d'une part, une assemblée limitée, aspect du fond déclaré inconstitutionnel par le juge (I), et, d'autre part, une assemblée démocratiquement élue, aspect formel approuvé par la Cour (II). Le résultat est une décision « d'alchimie juridique¹⁷³ » : la constitutionnalité partielle du décret.

I. Sur le fond : le pouvoir constituant « presque » illimité

Une fois que la Cour a déterminé que la Nation est titulaire de la souveraineté constituante, la question suivante concerne les limites du pouvoir constituant. La cohérence avec la théorie du pouvoir constituant impliquerait la reconnaissance d'un pouvoir illimité. Ainsi, suivant Sieyès et Schmitt, le juge constitutionnel commence par affirmer :

Quand la Nation, dans l'exercice de son pouvoir souverain et inaliénable, décide de se prononcer sur le statut constitutionnel qui régira ses destins, [la nation] n'est pas ni ne peut être soumise à la normativité juridique antérieure à sa décision. L'acte constituant primaire est en ce sens, l'expression ultime de la *volonté politique*, dont le champ d'action, par sa nature même, échappe à toute limitation établie par l'ordre juridique antérieur et en conséquence, [son action] est soustraite à toute forme de jugement qui vise à la comparer avec des dispositions de cet ordonnancement¹⁷⁴.

factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 7).

¹⁷² O. BEAUD, *op. cit.*, p. 265.

¹⁷³ CSJ Décision 138 de 1990, Opinion dissidente.

¹⁷⁴ « Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no esta ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 6, Citation de sa jurisprudence du 9 juin 1987, M. P. Hernando Gomez Otalora, nous soulignons).

Cependant, le juge constitutionnel était conscient des risques de cette position. Comment préserver un dernier rempart ? La Cour présente alors la possibilité d'auto-limitation du peuple : « Comme la nation est le constituant primaire [...], elle ne peut pas avoir d'autres limites *que celles qu'elle s'impose elle-même*¹⁷⁵ ». Ce principe abstrait déplace la question : quelles sont les limites que la Nation colombienne s'est imposée ? Où le juge constitutionnel peut-il les trouver si elles ne sont plus dans la Constitution de 1886 ?

À ces questions, le texte du bulletin du 27 mai 1990 semble avoir été la réponse choisie par la Cour : « Pour renforcer la démocratie participative, votez-vous pour la convocation d'une Assemblée constitutionnelle avec la représentation des forces sociales, politiques et régionales de la Nation, intégrée démocratiquement et populairement pour réformer la Constitution Politique de la Colombie ? ». Selon le juge, le noyau de la limitation que le peuple s'est imposée lors du vote fut « le renforcement du système démocratique-participatif à travers un mécanisme représentatif¹⁷⁶ ». En conséquence, toute autre limitation imposée au pouvoir constituant est « inconstitutionnelle¹⁷⁷ », le pouvoir constituant étant « presque » illimité. En effet, la liste précise et soigneusement négociée par les partis politiques ne contraint plus juridiquement l'assemblée.

Le décret examiné contient des restrictions additionnelles à celles déterminées par le constituant primaire lui-même, contenues dans les accords de forces politiques des 2 et 23 août 1990, en particulier une liste limitée qui, pour ces raisons [la souveraineté du pouvoir constituant], doit être déclarée elle-même inconstitutionnelle.

En effet, comme l'Assemblée nationale constitutionnelle qui sera formée par le peuple, comme constituant primaire, [...] ne peut pas être limitée dans sa compétence [...], la Cour déclare l'inconstitutionnalité de toutes les limites [...] qui impliquent des restrictions au plein exercice de sa souveraineté. Parmi elles, en particulier, celles concernant l'ordre du jour convenu par les forces politiques, celles contenues dans la considération numéro 4 sur les bases de l'accord politique, et celles du paragraphe 15 qui permettent à la Cour d'examiner les actes du constituant primaire et d'autres expressions ayant la même portée ou une portée similaire¹⁷⁸.

¹⁷⁵ « *Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos* » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 6).

¹⁷⁶ « *La medula de tales limitaciones sería pues el fortalecimiento del sistema democrático-participativo, a través de un mecanismo representativo* » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 7).

¹⁷⁷ Il apparaît paradoxal d'utiliser le mot « inconstitutionnel », mais c'est le terme utilisé par la Cour Suprême de Justice dans la décision.

¹⁷⁸ « *El Decreto sub examine contiene limitaciones adicionales a las que se impuso el propio constituyente primario, contenidas en los acuerdos de las fuerzas políticas del 2 y del 23 de agosto de 1990, especialmente un temario limitativo que, por las razones expuestas, deberá declararse inconstitucional.*

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexequibles todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su

Ce raisonnement de la Cour semble inexplicable du point de vue du droit positif. En application de quelle norme les limites sont-elles inconstitutionnelles ? Les limitations ne peuvent pas être « inconstitutionnelles » en application de la Constitution de 1886 dans la mesure où cette dernière n'est plus la norme de référence parce que le pouvoir constituant ne « doit » pas se conformer à la Constitution antérieure. Ainsi, il semble que l'inconstitutionnalité des limites de l'accord est la conséquence de l'application de la théorie du pouvoir constituant. Pour la Cour, la légende du pouvoir constituant n'est pas purement métaphysique. Son caractère illimité s'est fait présent.

II. Sur la forme : la procédure constituante déterminée

Néanmoins, le pouvoir constituant, quand il agit comme pouvoir reconstituant, a besoin d'une certaine organisation, d'une procédure. En l'espèce, le décret 1926 établit une assemblée de soixante-dix représentants du peuple, élus au suffrage universel direct par les citoyens. En outre, le décret régule la procédure en fixant l'inscription des listes de chaque mouvement, les conditions d'éligibilité des candidats, le système de quotient électoral et les recours devant la juridiction administrative.

En termes généraux, la Cour considère que le caractère représentatif de l'assemblée est cohérent avec la limitation que le peuple s'est imposé selon le bulletin du 27 mai 1990¹⁷⁹. En conséquence, elle déclare la constitutionnalité de la « décision attributive du pouvoir constituant »¹⁸⁰.

Cependant, la Cour ne se limite pas à confirmer l'encadrement formel de la procédure tel qu'il a été conçu par le décret 1926 de 1990. Le juge constitutionnel se prononce sur les questions spécifiques que soulève la régulation. Le premier cas est celui de la constitutionnalité du régime d'inéligibilité des membres de l'assemblée :

Il convient d'ajouter que, bien sûr, toutes les clauses des accords politiques ne limitent pas *indûment* le constituant primaire, mais au contraire, elles tendent à assurer l'indépendance et le dévouement que les membres de l'Assemblée constitutionnelle doivent avoir pour la réussite de cette [mission], comme le régime des inéligibilités présentes et futures, prévu aux articles 9 et 12¹⁸¹.

L'argumentation de cette partie de la décision démontre les difficultés rencontrées par le juge constitutionnel pour la justification de la

soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4° de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 8).

¹⁷⁹ CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 7.

¹⁸⁰ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 271.

¹⁸¹ Nous soulignons. « *Conviene añadir que, desde luego, no todas las cláusulas de los acuerdos políticos limitan indebidamente al constituyente primario, sino que por el contrario, tienden a asegurar la independencia y dedicación que los miembros de la Asamblea Constitucional deben tener para el éxito de esta, como el régimen de inhabilidades presentes y futuras, consagradas en los puntos 9 y 12 » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 8).*

constitutionnalité de cette limite formelle. Apparemment, la norme de référence est la Constitution de 1886 quand, en réalité, la Cour vient de rejeter cette référence. Ainsi, le juge complète son fondement en expliquant que la norme est « constitutionnelle » pour des raisons politiques et éthiques :

En référence aux inéligibilités actuelles et futures, la Cour considère qu'elles ne contredisent pas la Constitution et sont donc considérées constitutionnelles, non seulement pour des raisons juridiques, mais aussi pour des [raisons] d'ordre politique et d'éthique administrative.

L'Assemblée constitutionnelle nationale doit être composée de personnes qui ne maintiennent pas de lien avec l'État, et en particulier dans le domaine des entreprises publiques, du Sénat, de la Chambre des représentants, des assemblées départementales, des conseils municipaux et des conseils de conservation des intendances afin qu'elles exercent leurs fonctions en toute autonomie, responsabilité et sans intérêts¹⁸².

Le deuxième cas concerne la procédure d'inscription des mouvements et des partis politiques pour les élections à l'assemblée constitutionnelle. Selon l'article 8 du décret 1926, l'inscription d'un mouvement nécessite le soutien de dix mille signatures de citoyens adhérents qui seront vérifiées par la *Registraduría Nacional del Estado Civil*. Comme une alternative à cette exigence, le décret prévoyait la possibilité d'une caution équivalente à cinq millions de pesos colombiens (5.000.000) en faveur d'un fond étatique, *Fondo Rotatorio de la Registraduría*. Dans l'hypothèse où le mouvement n'obtienne pas des votes égaux à au moins vingt pour cent du quotient électoral, la garantie s'appliquerait. À l'égard de cette norme, la Cour se limite à considérer :

Outre des contraintes injustifiées au constituant primaire, la Cour a également constaté que la partie de l'article 8 [relative à la caution] est contraire au principe d'égalité consacré à l'article 16 de la Constitution et doit donc être déclarée inconstitutionnelle¹⁸³.

Cette décision fut très critiquée par l'opinion dissidente qui voit en elle l'expression ultime de l'arbitraire judiciaire. Pourquoi le juge a-t-il déclaré l'inconstitutionnalité de la caution en vertu du principe d'égalité mais n'a pas fait de même pour les exigences pesant sur les candidats à l'assemblée¹⁸⁴ ? Cette question apparaît pertinente car le décret imposait des

¹⁸² « En cuanto a las inhabilidades actuales y futuras advierte la Corte que no contrarían la Carta y por lo tanto se consideran exequibles, no solo por razones jurídicas sino también de orden político y de ética administrativa.

La Asamblea Nacional Constitucional debe estar integrada por personas que no mantengan vínculo alguno con el Estado, y especialmente en el campo de las corporaciones públicas, Senado, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Consejos Intendenciales y Comisariales para que ejerzan sus funciones con plena autonomía, desinterés y responsabilidad » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 8).

¹⁸³ « El producto de la misma se destinara al objeto previsto legalmente por el Fondo es contrario el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y por tanto deberá declararse inexecutable » (CSJ Décision 138 de 1990, Considérant n° 9).

¹⁸⁴ « Este hecho, por implicar sustitución del pueblo inicialmente convocado con ese mismo propósito, lleva las demás de la sentencia hasta convertir a la Corte en sujeto del poder constituyente » (CSJ Décision 138 de 1990, Opinion dissidente Partie 1).

exigences additionnelles à la qualité de citoyen, notamment un diplôme universitaire, ainsi que des années d'expérience ou l'exercice de certaines fonctions publiques pour s'inscrire sur la liste d'un mouvement. Ceci semblerait également méconnaître le principe d'égalité¹⁸⁵.

L'argumentation du juge constitutionnel vise à encadrer la procédure de l'assemblée par des standards démocratiques, qu'il a considérés pertinents même s'il cite encore la Constitution. Son objectif est que l'assemblée soit guidée par l'intérêt général (le régime d'inéligibilité) et qu'il y ait une opportunité égale d'accès pour tous les mouvements. Les fondements de sa décision sont cependant difficiles à justifier du point de vue de pur droit positif.

Par cette décision de constitutionnalité partielle du décret 1926 de 1990, la Cour suprême trancha une dernière fois en tant que juge constitutionnel. Le gardien de la Constitution de 1886 prit parti dans la décision dé-constituante et il fut aussi un acteur dans la détermination de la procédure reconstituante. Son rôle fut tel que les juges de l'opinion dissidente se demandaient « si les excès de la décision arrivent à convertir la Cour dans le sujet du pouvoir constituant¹⁸⁶ ». Selon le professeur Beaud, « [l]e pouvoir constituant *lato sensu* sera donc requalifié en fonction des phases de la procédure constituante. Les autorités qui prennent des décisions pré-constituantes sont des *instances pré-constituantes*, et les autorités compétentes et habilités par les décisions pré-constituantes sont des *instances constituantes*¹⁸⁷ ». Ainsi, *lato sensu*, les magistrats de l'opinion dissidente semblent avoir raison : la Cour est apparue comme pouvoir constituant, au moins en partie. Néanmoins, une analyse du point de vue du droit pré-constitutionnel permet de nuancer la première affirmation. Le juge constitutionnel fut une *instance pré-constituante*.

Dans le contexte d'effondrement de l'ordre constitutionnel de 1886, la décision 138 de 1990 du juge constitutionnel a « permis » à l'assemblée constitutionnelle de devenir une assemblée constituante et, ainsi, le 4 juillet de 1991, l'assemblée édicta la Constitution Politique de la Colombie de 1991, une Constitution très appréciée par la culture juridique colombienne malgré ses défauts. Cette Constitution est reconnue comme la première Constitution démocratique de l'histoire colombienne¹⁸⁸. Bien que le conflit continue, la Constitution de 1991 est devenue un symbole de paix étant « [u]ne charte de Droits effectifs qui isole les [acteurs] violents, [qui]

¹⁸⁵ « b) *Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y además, haber desempeñado alguno de los cargos de Presidente de la Republica, Designado, Miembro del Congreso, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Jefe de Misión Diplomática, Gobernador de Departamento, Consejero de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de Tribunal Superior, de Tribunal Contencioso Administrativo o del Tribunal Disciplinario, Procurador General de la Nación, Contralor General de la Republica, Alcalde de capital elegido popularmente, haber sido profesor universitario en una institución de educación superior en Colombia o en el exterior por tres años a lo menos, o haber ejercido por tiempo no menor de cinco años una profesión con título universitario* ».

¹⁸⁶ CSJ Décision 138 de 1990, Opinion dissidente Partie 1.

¹⁸⁷ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁸ M. QUINCHE RAMÍREZ, art. cité, p. 50.

supprime le fondement pour combattre l'État »¹⁸⁹. En effet, c'est une Constitution avec un catalogue large et ouvert de droits de l'homme : fondamentaux, économiques, sociaux, culturels, et collectifs. Une Constitution qui inclut des mécanismes pour la protection de ces droits, des mécanismes de participation plus directe et des mécanismes de contrôle. Cette Constitution « a marqué le tournant dans la défense de droits¹⁹⁰ » en Colombie.

Ceci illustre comment le juge constitutionnel exerça un rôle déterminant dans la transition constitutionnelle de 1990, c'est lui qui a déterminé quand et comment le pouvoir constituant s'exprime pour l'édiction de la Constitution. La Cour suprême de justice a participé à la transition vers la nouvelle Constitution en utilisant la théorie du pouvoir constituant. et elle est devenue une instance pré-constituante, comme un contrepoids au Président de la République afin de garantir, d'une certaine manière, la souveraineté du peuple constituant.

Exactement pour la même raison, le juge constitutionnel de la Constitution de 1991, soit la Cour constitutionnelle, aura recours à la théorie du pouvoir constituant au-delà du texte de la Constitution dont elle est le gardien. Cette fois-là, le juge constitutionnel n'estime pas que les réformes soient l'expression du peuple souverain sinon de ses représentants, un pouvoir constitué. C'est pourquoi la Cour s'arroge la compétence pour contrôler les révisions constitutionnelles, afin que le pouvoir de réforme ne modifie pas les éléments essentiels de l'appréciée mais flexible Constitution de 1991.

¹⁸⁹ « Réflexions pour une nouvelle constitution », document préparé par le Président Gaviria Imprenta Nacional, cité par H. DE LA CALLE, *op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁰ J. LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, p. 118.

PARTIE II
LE RÔLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LA RÉVISION :
LE POUVOIR DE RÉVISION NON « SOUVERAIN »

Si le pouvoir de révision exerçait la fonction constituante, il usurperait la souveraineté constituante. Soit il réussit dans son entreprise, et il se métamorphose en pouvoir constituant, soit il échoue et alors il sera sanctionné¹⁹¹.

Beaud

Malgré la démobilisation de plusieurs groupes de guérillas lors de l'édiction de la Constitution de 1991, le conflit armé continue en Colombie. Après l'échec du processus de négociation de paix en 2002 entre le gouvernement de Pastrana et les FARC, il y eut une augmentation de la violence des groupes paramilitaires et des guérillas (FARC et de l'ELN). Il y avait alors de séquestrations fréquentes, des explosions, des attentats, et certains territoires échappaient au contrôle de l'État. Les FARC avaient en particulier profité de la démilitarisation d'une zone (qui était l'une des conditions de la négociation) pour se renforcer militairement et exploiter le narcotrafic¹⁹². Comme la confiance dans la voie négociée était épuisée, les citoyens votent en masse lors des élections présidentielles de 2002 en faveur d'Uribe Vélez, un candidat hors des partis politiques traditionnels. Il mena une campagne promettant de combattre les guérillas et de rendre à l'État le monopole de la violence légitime¹⁹³.

Le projet politique du président Uribe, la « sécurité démocratique », impliquait également la limitation des libertés fondamentales¹⁹⁴, l'expansion

¹⁹¹ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 327.

¹⁹² Raisons présentées par le président Pastrana pour déclarer la fin de la négociation : « por eso he tomado la determinación de no continuar el Proceso de paz con las FARC [...] Manuel Marulanda, yo le di mi palabra y la cumplí, siempre la cumplí, pero usted me ha asaltado en mi buena fe y no solo a mi sino a todo el pueblo colombiano [...] Decretamos una zona para sostener las negociaciones, cumplimos con la promesa de despejarla de las Fuerzas Armadas y usted. la ha convertido en una guarida de secuestradores, en un laboratorio de drogas ilícitas, en un depósito de armas, dinamita y carros robados... » (2 février 2002, disponible en ligne à l'adresse : <http://vimeo.com/27208756>).

¹⁹³ Point 26 des propositions de campagne d'Alvaro Uribe Vélez : « *Colombia sin guerrilla y sin paramilitares. La autoridad legítima del Estado protege a los ciudadanos y disuade a los violentos. Es la garantía de la seguridad ciudadana durante el conflicto y después de alcanzar la paz* » (« Manifiesto de 100 puntos », disponible en ligne à l'adresse : http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf).

¹⁹⁴ Point 33 des propositions de campagne d'Alvaro Uribe Vélez : « Necesitamos un estatuto antiterrorista que facilite la detención, la captura, el allanamiento. A diferencia de mis años de estudiante, hoy violencia política y terrorismo son idénticos. Cualquier acto de violencia por razones políticas o ideológicas es terrorismo. También es terrorismo la defensa violenta del orden estatal » (« Manifiesto de 100 puntos », disponible en ligne à l'adresse : http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf).

du pouvoir présidentiel¹⁹⁵ et la réduction du Congrès et des organes de contrôle au niveau territorial afin de diminuer les coûts bureaucratiques¹⁹⁶. De plus, l'appui populaire et l'approbation générale de son gouvernement ouvrirent la porte à sa réélection présidentielle immédiate et, par la suite, à sa tentative d'obtention d'un troisième mandat.

Pour mettre à l'œuvre son programme, le Président Uribe opta pour les révisions constitutionnelles dans la mesure où il s'agissait de réformer de manière structurelle les institutions et ainsi assurer la pérennité de son projet¹⁹⁷. Les réformes constitutionnelles constituaient une tentative pour inclure son programme politique dans la Constitution de 1991. L'objectif était « d'éliminer les ambiguïtés de notre pacte juridico-politique »¹⁹⁸. Face à ce nouveau défi, le juge constitutionnel colombien eut recours à la théorie du pouvoir constituant afin de limiter le pouvoir de réforme.

Ainsi, face à la flexibilité constitutionnelle et au recours à la révision comme manière d'éviter tout contrôle, le juge constitutionnel s'arroge la compétence du contrôle matériel des révisions constitutionnelles au travers de la reconnaissance de limites matérielles implicites au pouvoir de révision (Chapitre 1). Dans un souci de légitimation de cette nouvelle compétence, le juge crée la doctrine du remplacement de la Constitution, avec un test qui donne lieu aux révisions constitutionnelles inconstitutionnelles (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'auto-attribution du contrôle « matériel » des révisions

Selon le texte de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur les réformes constitutionnelles en contrôlant seulement les « vices de procédures » lors de leur édicition, dans la mesure où la Constitution ne contient aucune clause d'intangibilité. Cependant, une utilisation fréquente et audacieuse de la révision constitutionnelle invite à se questionner sur la reconnaissance nécessaire des limites matérielles implicites au pouvoir de révision en Colombie (Section 1), lesquelles vont être garanties par la Cour qui s'arroge cette compétence en faisant appel à la théorie du pouvoir constituant (Section 2).

Section 1 : Une reconnaissance nécessaire des limites matérielles implicites

Compte tenu des difficultés de réviser la Constitution de 1886, l'assemblée constituante décida en 1990 d'établir plusieurs voies et mécanismes peu rigides pour la révision de la nouvelle Constitution (I). Néanmoins, cette flexibilité fut utilisée d'une manière audacieuse, parfois

¹⁹⁵ Avec les projets de révision constitutionnelle portant sur la réélection.

¹⁹⁶ Points 18 à 22 du « Manifiesto de 100 puntos », disponible en ligne à l'adresse : http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf.

¹⁹⁷ Dans le point 98 du « Manifiesto de 100 puntos », le candidat Uribe expliqua l'importance de la continuité de ses projets pour essayer de résoudre les problèmes complexes de la Colombie.

¹⁹⁸ Citation du président Uribe, dans G. RAMÍREZ, art. cité, p. 156.

même de manière contraire aux objectifs et aux valeurs de la Constitution (II). C'est pourquoi la Cour fut conduite à s'interroger sur la nécessité de reconnaître les limites matérielles implicites au pouvoir de révision.

I. La flexibilité structurelle de la Constitution de 1991

La Constitution de 1991 fut révisée trente-huit fois, soit en moyenne 1,65 fois par an. Ce nombre élevé de révisions s'explique par plusieurs raisons. La première raison concerne le contenu du texte constitutionnel, qui comporte trois cent quatre-vingt articles touchant plusieurs matières de façon spécifique ; il y a par exemple des dispositions sur la procédure pénale. La deuxième raison concerne le comportement des acteurs : leur tendance à la révision constitutionnelle fréquente, ce que le professeur Quinche appelle la « volatilité constitutionnelle¹⁹⁹ ». La troisième raison concerne quant à elle la flexibilité des mécanismes de réforme qui facilite l'utilisation fréquente de la révision.

Le Titre XIII de la Constitution de 1991 fixe la révision constitutionnelle en déterminant trois procédures avec des degrés différents de rigidité : (i) les *actos legislativos* ou les lois de révision constitutionnelle adoptées par le Congrès²⁰⁰, (ii) le référendum constitutionnel, avec la participation du Congrès et les citoyens, et (iii) la convocation d'une assemblée constituante. Le nombre de recours à ces trois procédures est inégal. Pendant les vingt-quatre années de vie de la Constitution, toutes les trente-neuf révisions furent adoptées par la voie législative. Ce mécanisme est le plus utilisé car, en réalité, il s'agit d'un processus peu rigide qui crée à peine plus d'exigences que pour l'adoption d'une loi ordinaire.

(i) *Les actos legislativos*

Un projet de loi ordinaire implique une première lecture devant la commission parlementaire permanente de l'assemblée devant laquelle le projet a été déposé²⁰¹ ; par exemple, la commission première du Sénat, et postérieurement l'approbation par le Sénat. Ensuite, l'approbation par la commission parlementaire permanente de la deuxième assemblée, et l'approbation par la deuxième chambre, c'est-à-dire dans notre exemple la Chambre des représentants. Dans tous les cas, l'adoption exige une majorité relative. Finalement, le Président sanctionne et promulgue la loi sauf s'il propose des observations.

Dans le cas d'un *acto legislativo*, l'article 375 de la Constitution dispose que la procédure d'adoption doit avoir lieu dans deux sessions ordinaires et

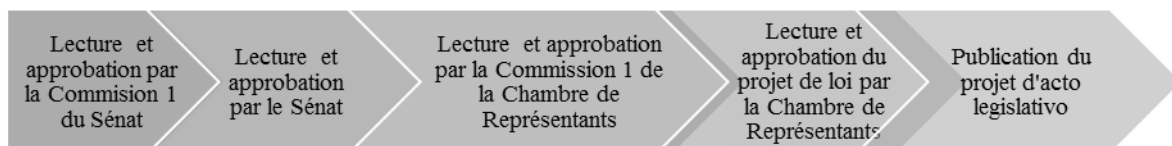
¹⁹⁹ M. QUINCHE RAMÍREZ, art. cité, p. 53.

²⁰⁰ « *Actos legislativos* » est le nom juridique pour les révisions constitutionnelles en Colombie, et serait donc synonyme en France de Loi constitutionnelle. Il importe de noter que la locution « *acto legislativo* » désigne l'acte juridique de révision, et que cette locution est aussi utilisée quand il s'agit des révisions qui ont leur origine dans un référendum.

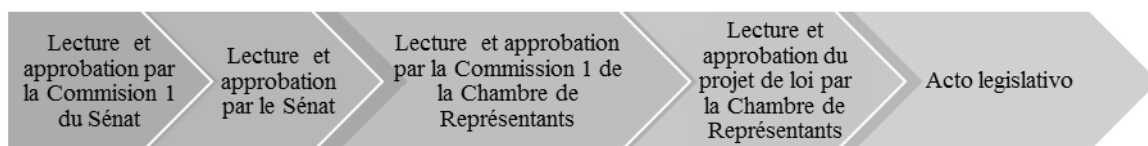
²⁰¹ Le Congrès en Colombie est composé de deux assemblées : le Sénat et la Chambre des représentants. Les membres des deux chambres sont élus au suffrage universel direct, mais leurs circonscriptions diffèrent : elle est nationale pour les sénateurs, et territoriale (département) pour les représentants.

consécutives. Dans la première, les procédures se déroulent comme pour une loi ordinaire et, à la fin, le gouvernement doit publier le projet *d'acto legislativo*. Dans la seconde session ordinaire, la majorité absolue est nécessaire pour l'adoption de *l'acto legislativo*.

Les étapes de la première session pour l'adoption d'un *acto legislativo* à la majorité relative sont :



Les étapes de la seconde session pour l'adoption d'un *acto legislativo* à la majorité absolue sont :



Ici, la procédure de révision de la Constitution double les lectures du projet et exige une majorité absolue lors de la seconde session.

(ii) *Le référendum constitutionnel*

La deuxième procédure de révision est le référendum constitutionnel. Pour soumettre une révision au référendum, le Congrès, par une majorité absolue, doit faire adopter une loi qui convoque les citoyens sur la question précise à réformer. Cette loi est soumise à un contrôle automatique de la Cour constitutionnelle des vices de procédure avant le vote.

Une fois que la loi est déclarée conforme à la Constitution, deux conditions cumulatives sont nécessaires pour l'adoption de la révision : la participation d'au moins un quart de l'électorat lors du vote et l'obtention d'une réponse favorable de la majorité des électeurs participants.

(iii) *L'assemblée constituante*

Enfin, la Constitution prévoit, peut-être comme un rappel de sa propre adoption, la possibilité d'une révision à travers une assemblée constituante. Pour la convoquer, le Congrès, par un vote à la majorité absolue, doit faire adopter une loi qui détermine la compétence, le calendrier des sessions et la composition de la future assemblée. De plus, le Congrès demande au peuple de se prononcer sur l'initiative de convocation. Cette loi est soumise au contrôle automatique de la Cour constitutionnelle des vices de procédure avant le vote des citoyens. L'approbation d'un tiers de l'électorat est nécessaire pour la convocation. Ensuite, les élections des représentants à l'assemblée sont organisées au suffrage universel direct. À partir des élections, le Congrès n'a plus la compétence de révision de la Constitution.

Il est important de souligner que la Constitution colombienne ne contient aucune clause d'intangibilité, c'est-à-dire que tout article de la Constitution, même la clause de l'État social de droit, peut être révisé. En outre, les dispositions sur la révision constitutionnelle n'indiquent pas que la

rigidité des mécanismes doit être en rapport avec le sujet ou conditionné par l'importance de la révision dans la structure constitutionnelle. Ainsi, théoriquement, il est possible de convoquer une assemblée constituante pour une révision partielle ou d'utiliser la voie législative pour une révision touchant à la structure de l'État.

Même si la Constitution de 1991 n'établit que des limitations procédurales au pouvoir de révision, elle attribue néanmoins des facultés à la Cour constitutionnelle²⁰². Selon les articles 241, § 1, § 2²⁰³ et 379, la Cour statue de façon automatique sur les lois organisant un référendum ou convoquant l'assemblée constituante, et en cas de saisine des citoyens, sur les *actos legislativos*.

Les *actos legislativos*, la loi de convocation à un référendum et la loi pour la convocation à une assemblée constituante, pourront être déclarés inconstitutionnels seulement quand il y ait des violations aux exigences établies dans ce Titre. (Procédure de révision)

L'action publique contre ces actes est recevable seulement au cours de l'année suivant celle de la promulgation de l'acte, selon l'article 241, § 2.

Jusqu'en 2003²⁰⁴, il y eut onze réformes et la Cour constitutionnelle déclara, selon une interprétation littérale des articles de la Constitution, que son contrôle sur les révisions constitutionnelles était uniquement un contrôle des aspects formels. « Il est à noter, lit-on dans la décision C-222 de 1997, que l'analyse de la Cour concerne uniquement les aspects formels et de procédure de la révision »²⁰⁵. Cependant, à partir de l'élection en 2002

²⁰² La Cour Constitutionnelle a des compétences précises pour les révisions constitutionnelles, à la différence de la Cour Suprême qui n'avait pas de faculté claire pour statuer sur les révisions de la Constitution de 1886. La Cour Suprême s'est arrogé cette faculté dans sa décision du 5 mai 1978.

²⁰³ Article 241 : « Il est confié la garde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution à la Cour Constitutionnelle, dans les termes précis et stricts de cet article. Avec cet objectif, la Cour aura les fonctions suivantes :

§ 1 Statuer sur les recours, portés par les citoyens, contre les actes de réforme de la Constitution, quelle que soit leur origine [Congrès, référendum ou assemblée constituante] ; seulement pour les vices de procédure lors de leur édicition.

§ 2 Statuer, avant la vote populaire, sur la constitutionnalité de la loi de convocation à un référendum ou de la loi de convocation à une assemblée constituante pour réformer la Constitution, seulement pour les vices de procédure lors de leur édicition ».

²⁰⁴ Entre les années 1991 et 2002, on trouve la première étape des révisions de la Constitution, soit 11 révisions diverses, auxquelles correspond la première étape de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle concernant sa compétence sur les révisions constitutionnelles. Voir G. RAMIREZ, art. cité, p. 152.

²⁰⁵ Cour Constitutionnel (CC.), Décision C-222 de 1997 M. José Gregorio Hernández Galindo. Recours formé par Orlando Fals Borda y Adalberto Carvajal Salcedo contre l'Acto Legislativo n° 1 de 1996 qui modifia les fonctions des assemblées départementales (articles 299 et 300 de la Constitution de 1991). En l'espèce, l'acte a été déclaré constitutionnel : « 1. Competencia. La Corte es competente para verificar la exequibilidad del Acto Legislativo acusado, en los términos del artículo 241, numeral 1, de la Constitución Política. Se advierte que el análisis a cargo de la Corte está referido únicamente a los aspectos formales y de trámite de la reforma, tal como lo establece el aludido precepto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 379. Ibidem, a cuyo tenor los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de una Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta » (CC. Décision C-222 de 1997).

d'Alvaro Uribe Velez comme président avec une majorité écrasante, la Cour opère un revirement de jurisprudence spectaculaire sur l'étendue de son contrôle à l'égard des révisions constitutionnelles. Ainsi, ce qui est déterminant dans ce choix n'est pas la flexibilité de la Constitution en soi, mais davantage un nouveau cadre politique et plus précisément l'arrivée d'un nouveau président qui utilise les révisions constitutionnelles d'une manière audacieuse.

II. L'utilisation audacieuse de la révision constitutionnelle

« Née d'un combat contre l'arbitraire, la Constitution se transformerait ici en expression même de l'arbitraire »²⁰⁶. C'est ainsi que le professeur Beaud nous rappelle les risques des conceptions positiviste et ultra-démocratique de la constitution qui permettent d'« intégrer à la Constitution n'importe quelle mesure ». En Colombie, le risque semble réel et réalisé dans la mesure où il existe des normes dans la constitution colombienne qui ne devrait pas, normalement, être qualifiées de constitutionnelles. Mais le problème apparaît d'autant plus grave quand la révision est utilisée pour contredire les principes et les objectifs d'une constitution libérale²⁰⁷.

Un premier point est « l'intense réformisme constitutionnel » du gouvernement d'Uribe qui, disposant d'une majorité favorable au Congrès et du soutien populaire, a pu faire édicter jusqu'à quatre révisions constitutionnelles par an. La majorité des révisions visait la mise en place de ses propositions de campagne présidentielle, celles-ci incluant un renforcement du pouvoir présidentiel et de la répression pénale, ainsi qu'une certaine restriction de libertés personnelles, le tout en vue d'assurer « la sécurité démocratique »²⁰⁸.

Un autre point concerne une certaine menace qui pesait sur la Cour car le gouvernement avait clairement annoncé son intention de réformer l'administration de la justice²⁰⁹. Cela incluait entre autres modifications de *l'accion de tutela*, le recours pour la protection des droits fondamentaux, et les compétences de la Cour constitutionnelle²¹⁰.

²⁰⁶ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 361.

²⁰⁷ Conformément à la position retenue en introduction, nous admettons l'hypothèse de l'existence d'un concept matériel de la constitution dans la lecture libérale, ainsi devrait-il y avoir un contenu spécifiquement constitutionnel. Si l'étendue de ce contenu fait débat, il n'en demeure pas moins que l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 pose les principes essentiels d'une constitution libérale : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²⁰⁸ Un exemple est l'*acto legislativo* 02 de 2003, connu comme statut antiterroriste, révision constitutionnelle limitant le droit à la vie privée, l'intimité, la libre circulation et qui permettait la détention sans ordre judiciaire en cas d'urgence. Cet *acto legislativo* fut déclaré inconstitutionnel pour vices de procédure par la Cour constitutionnelle.

²⁰⁹ D'une certaine manière le conflit qui oppose le Président et ses majorités à la Cour rappelle le conflit entre le parlement indien et la Cour. Voir A. LE PILLOUER, « Les lois constitutionnelles inconstitutionnelles en Inde », art. cité.

²¹⁰ M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 102.

La révision constitutionnelle fut utilisée par le gouvernement d'Uribe principalement avec deux objectifs, que nous présenterons de façon linéaire sans suivre la chronologie. Premièrement, éluder le contrôle de la Cour constitutionnelle sur certains actes juridiques (a) et deuxièmement, intégrer son programme de gouvernement à la Constitution, le président essayant de réaliser une « contre-réforme²¹¹ » de la Constitution de 1991 ; ce qui se manifesta par la proposition d'un grand référendum constitutionnel (b).

(a) *L'évasion du contrôle de la Cour Constitutionnel moyennant le recours aux révisions constitutionnelles*

Cette pratique fut signalée par le professeur Quinche dans son livre *La elusión constitucional : una política de evasión del control constitucional en Colombia*²¹² dans lequel il propose une définition de l'évasion et démontre comment les *actos legislativos* furent utilisés à plusieurs reprises afin de contourner des règles constitutionnelles et le contrôle de la Cour constitutionnelle.

Pour comprendre l'exemple d'évasion constitutionnelle grâce aux *actos legislativos*, il semble nécessaire de souligner au préalable une caractéristique du régime juridique colombien concernant la répartition des compétences entre l'Exécutif et le Congrès. Avant 1991, grâce aux recours aux états de siège et aux habilitations attribuées au pouvoir exécutif pour l'expédition des décrets lois, le Congrès colombien exerçait rarement la fonction législative. En effet, tous les grands codes furent édictés par le Président, notamment le code du contentieux administratif, le code du travail et le code de police. C'est pourquoi la Constitution de 1991 interdit au Congrès de déléguer ses fonctions dans le cas des lois statutaires (portant sur les droits fondamentaux, les régime des partis politiques et les mécanismes de participation, art. 152), des lois organiques (la loi qui régit le Congrès, l'approbation du budget, entre autres, art. 153), des lois-cadres (régulation générale des sujets comme les marchés financiers et le commerce international, art. 150 n. 19), et des codes, ainsi que de décréter de nouveaux impôts. La Constitution de 1991 assure de cette manière la délibération de certaines matières fondamentales et essaye de rééquilibrer le système qui avait une forte tendance présidentialisée.

Pendant, c'est précisément pour contourner cet objectif constitutionnel que furent utilisés très fréquemment les *actos legislativos* par le gouvernement d'Uribe. Selon le professeur Quinche, l'évasion constitutionnelle consiste en toutes sortes de manœuvres et procédures valides formellement mais matériellement contraires tant à la constitution qu'à l'État démocratique. Ces procédures sont destinées à créer un dispositif

²¹¹ L'expression est de M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 102. « In fact, the Colombian constitution of 1991 has become a fundamental tool for the left, giving place to the curious situation that the left ends to defend the established constitutional regime from the opposition, and the right to challenge it from government », C. RODRIGUEZ GARAVITO, « La Nueva Izquierda Colombiana: Orígenes, Características y Perspectivas », in GARAVITO, BARRET & CHAVEZ (dir.), *La Nueva Izquierda en América Latina* ; cité par J. COLON-RIOS, art. cité.

²¹² L'évasion constitutionnelle : une politique de fuite du contrôle constitutionnel en Colombie.

« mimétique » qui permet l'adoption de normes non soumises à un contrôle matériel, ou simplement à un contrôle atténué. C'est ainsi qu'utilisant des paragraphes transitoires dans les *actos legislativos*, les « décrets statutaires », les « décrets organiques » et aussi des codes par décret sont apparus²¹³.

Trois exemples de cette utilisation de la révision constitutionnelle méritent d'être développés ici :

- *L'acto legislativo* 03 de 2002, portant sur les réformes nécessaires pour la mise en place d'un nouveau système de procédure pénale, inclut un paragraphe transitoire qui autorisa le gouvernement à réglementer, abroger ou modifier la loi statuaire de l'administration judiciaire, la loi statuaire d'*habeas corpus*, le code pénal, le code de procédure pénale et le statut organique de la *Fiscalía* (organe chargé de l'accusation en matière pénale)²¹⁴. Dans ce cas, la délégation touche le cœur même de la compétence de l'organe législatif dans un État démocratique : la liberté personnelle des citoyens.
- *L'acto legislativo* No. 01 de 2003, portant sur le financement public des partis et des mouvements politiques (article 109 de la Constitution)²¹⁵, est un autre exemple d'une habilitation pour édicter un décret statuaire. Comme ce type de décret n'existe pas en tant que catégorie juridique, il n'y avait aucun mécanisme de contrôle prévu. Ainsi, le contrôle semble relever de la compétence de la Cour, mais en raison de son caractère décrétal, il relève de la compétence du Conseil d'État qui exerce un contrôle moins strict que la Cour²¹⁶.
- Avec *l'acto legislativo* No. 3 de 2005, portant sur l'élection des membres de la Chambre des représentants (article 176 de la

²¹³ M. QUINCHE RAMÍREZ, *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 34.

²¹⁴ « El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía ». Cet acte a été contesté par les citoyens, mais la Cour a déclaré qu'il n'a pas eu lieu à statuer dans sa Décision C-1200 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil et Manuel José Cepeda.

²¹⁵ *Acto legislativo* n° 01 de 2003 : « Parágrafo transitorio. *El Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes* ». Cet *acto legislativo* a été déclaré conforme à la Constitution, mais la Cour ordonne au gouvernement de soumettre les décrets à son contrôle car ils toucheront des matières statutaires (CC. Décision C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²¹⁶ Dans le cas de *l'acto legislativo* 01 de 2003, le Conseil d'Etat a déclaré la conformité à la Constitution d'une réglementation édictée par le Conseil National électoral avec la même technique du paragraphe transitoire, malgré la déclaration d'inconstitutionnalité dudit décret par la Cour constitutionnelle. Voir M. QUINCHE RAMÍREZ, *La elusión constitucional ...*, *op. cit.*, p. 91.

Constitution), le gouvernement changea, une deuxième fois au cours de la même année, la proportion pour la détermination du nombre de représentants de cette chambre. Il y inclut un paragraphe transitoire qui disposait que, dans le cas où le Congrès ne réglerait pas la matière avant le 15 décembre 2005, le Président aurait la faculté d'édicter la réglementation électorale des colombiens votant depuis l'étranger.²¹⁷ La volonté de déléguer cette fonction est apparue d'autant plus claire que *l'acto legislativo* fut publié après la date limite imposée au Congrès, le 29 décembre 2005²¹⁸.

Ainsi, l'utilisation des révisions constitutionnelles par le gouvernement d'Uribe permet d'affirmer, avec le professeur Ramirez Cleves, que « l'exécutif et ses majorités dans le Congrès continuent à imposer par le biais de paragraphes transitoires [constitutionnels] un régime de compétences complètement différent de celui prévu par le constituant de 1991²¹⁹ ».

L'évasion constitutionnelle a eu une portée considérable, mais celle-ci n'a pas été la raison de l'intervention du juge à l'égard des révisions constitutionnelles. La Cour opère le revirement de sa jurisprudence concernant le contrôle des révisions en 2003, dans le cadre du contrôle automatique de la loi de convocation au référendum constitutionnel du Président Uribe.

(b) Une Constitution à l'image d'Uribe ou une « contre-réforme » de la Constitution

L'un des premiers actes du Président Alvaro Uribe fut la proposition d'une loi de convocation à un référendum constitutionnel pour modifier simultanément dix-sept articles de la Constitution. Pour le dire brièvement, il proposa d'inscrire son programme de gouvernement dans la Constitution de 1991 et souhaita inscrire dans le texte même la priorité budgétaire de son programme de « sécurité démocratique²²⁰ ». Au vu de la portée des réformes et de son appui populaire, le président Uribe aspirait à l'obtention d'une légitimité démocratique avec le référendum. Suite aux négociations avec le Congrès, la loi de convocation au référendum fut édictée : la loi 796 de 2003 qui convoque le peuple à se prononcer sur dix-neuf questions, à savoir dix-

²¹⁷ *Acto legislativo* : « Parágrafo Transitorio. *El Congreso de la República reglamentará la circunscripción internacional a más tardar el 15 de diciembre de 2005, caso contrario, lo hará el Gobierno Nacional dentro de los quince (15) días siguientes a esa fecha; incluirá entre otros temas: inscripción de candidatos, inscripción de ciudadanos habilitados para votar en el exterior, mecanismos para promover la participación y realización del escrutinio de votos a través de los Consulados y financiación estatal para visitas al exterior por parte del Representante elegido* ».

²¹⁸ M. QUINCHE RAMÍREZ, *La elusión constitucional...*, op. cit., p. 58.

²¹⁹ « ... pero esta autorización jurisprudencial lo que acarrea en últimas es una autorización solapada a que el ejecutivo y sus mayorías en el Congreso sigan imponiendo a partir de párrafos transitorios un régimen del todo distinto al establecido por el constituyente de 1991 », G. RAMÍREZ CLEVES, art. cité, p. 23.

²²⁰ En effet, la question n° 14 du référendum proposait que certaines dépenses étatiques ne puissent pas être augmentées pendant un délai déterminé, exception faite des dépenses nécessaires, comme celles de la « Sécurité démocratique ».

sept réformes, plus la possibilité de voter en bloc et la date d'entrée en vigueur.

Parmi les révisions proposées étaient prévues : la réorganisation de la fonction d'autogestion du Congrès, des modifications du régime de la sécurité sociale et du droit à la retraite des fonctionnaires publics, la suppression de l'*ombudsman* dans les *municipios*²²¹ ; ainsi que la modification dans les mandats des maires, des changements du régime des partis politiques, la réduction du nombre de sénateurs, la création de circonscriptions spéciales de paix, et enfin la possibilité pour le gouvernement de nommer directement des représentants au Congrès des groupes démobilisés. De plus, le gouvernement y inclut des titres avant les questions pour « indiquer » à l'électorat la réponse²²² et la possibilité d'une réponse en bloc pour toutes les questions.

L'objectif affiché était alors de restructurer les institutions, en finir avec la « politicaillerie » et éliminer les ambiguïtés de « notre pacte juridico-politique²²³ ». Afin d'exposer de manière claire comment le Président comprenait la réforme des dix-sept articles, il semble opportun de traduire la synthèse des arguments qu'il présenta devant la Cour pour la défense du référendum:

Monsieur le Président, Alvaro Uribe Vélez, a présenté plusieurs arguments politiques pour la défense du référendum constitutionnel comme *outil indispensable* pour la réalisation *des objectifs fondamentaux de son gouvernement*, tels que la transition d'un *État bureaucratique vers un État de la communauté*²²⁴ et la consolidation de la sécurité démocratique. À cet égard, le Président déclara que le principe de l'unité de la matière concernant le référendum doit être compris comme une unité de but, étant entendu que la Constitution est une charte où coexistent les pouvoirs réels qui interagissent dans une société. L'objectif commun à tous les articles [du référendum] est la nécessité d'éliminer "la corruption et la « politicaillerie »" comme une condition sociale et économique nécessaire pour la construction dudit État de la communauté et la consolidation d'une sécurité démocratique²²⁵.

²²¹ Le *municipio* est une entité territoriale similaire aux communes en France.

²²² Par exemple, avant la question de la réforme budgétaire dans les collectivités territoriales, un article assez technique, le titre était le suivant : « pour renforcer les plans éducatifs et l'assainissement de base, et le système de sécurité sociale des collectivités territoriales, approuvez-vous l'article suivant ? » [« para fortalecer los planes de educación y saneamiento básico y el sistema de seguridad social de las entidades territoriales, ¿aprueba usted el siguiente artículo? »].

²²³ G. RAMÍREZ, art. cité, p. 156.

²²⁴ Un État de la Communauté est la traduction de « Estado comunitario ». Selon l'ex-président Uribe : « L'État de la Communauté a un but : les ressources de l'État servent l'intérêt de la communauté à travers l'équité. Et le moyen est que la communauté participe pleinement à la prise, la mise en œuvre et le suivi des décisions de l'État pour assurer la transparence » (« *El Estado Comunitario tiene un objetivo: que los recursos del Estado sirvan al interés de la comunidad, a través de la variable de equidad. Y tiene un medio: que la comunidad participe ampliamente en la toma, ejecución y supervisión de las decisiones del Estado, para garantizar la transparencia* », disponible en ligne à l'adresse : la page personnelle de l'ex-président : <http://www.primero colombia.com/es/content/estado-comunitario>).

²²⁵ Nous soulignons. « *El señor Presidente, Alvaro Uribe Vélez, presentó en su exposición múltiples argumentos políticos en defensa del actual referendo reformativo de la Constitución como herramienta indispensable en la obtención de finalidades básicas para*

Il demeure une étape procédurale entre l'édiction de la loi 796 et le vote populaire : la décision de la Cour constitutionnelle qui, selon l'article 379 de la Constitution, est automatiquement compétente pour contrôler et le cas échéant sanctionner *les vices de procédure* de la loi de convocation à un référendum constitutionnel. C'est dans le cadre de cette compétence que la Cour prononça la décision C-551 de 2003²²⁶. Ainsi, face à la flexibilité structurelle de la Constitution de 1991 et aux risques d'une révision plus qu'audacieuse, la Cour constitutionnelle colombienne avance d'un pas en affirmant la nécessité de reconnaître des limites matérielles implicites au pouvoir de réforme. Pour cette raison, dans la décision C-551 de 2003 portant sur le référendum constitutionnel, la Cour distingue le pouvoir constituant du pouvoir de révision afin de s'arroger la compétence pour contrôler le second qui ne peut pas abroger ni remplacer l'œuvre du pouvoir constituant.

Section 2. La théorie du pouvoir constituant : la justification du contrôle matériel

La précédente section soulevait les deux difficultés majeures auxquelles se heurtait un contrôle matériel des révisions constitutionnelles : le titre de la compétence de la Cour et l'absence de clause d'intangibilité dans la Constitution de 1991. C'est pour faire face à ces difficultés que la Cour constitutionnelle fait appel à la théorie du pouvoir constituant, son dernier outil juridique. Ainsi, le fondement juridique des limites matérielles implicites au pouvoir de révision est la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision (II), et c'est précisément la compétence limitée de ce dernier qui justifie la compétence de la Cour (I).

I. La compétence, une partie de la procédure

La compétence de la Cour est un enjeu politique majeur. C'est pourquoi une grande partie des interventions du gouvernement et des citoyens concentrent leurs arguments sur le type de contrôle que la Cour peut ou doit exercer à l'égard de la loi de convocation au référendum constitutionnel 796 de 2003.

Selon la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle est bel et bien compétente pour statuer sur les lois de convocation à un référendum constitutionnel. Cependant, son titre de compétence est limité : la Cour peut contrôler seulement la méconnaissance des règles de procédure. L'exclusion

su gobierno, como lo son el tránsito de un Estado burocrático hacia uno comunitario y la consolidación de la seguridad democrática. En ese sentido, manifestó que la unidad de materia exigida al referendo, debe ser entendida como unidad de propósitos, en el entendido de que la Constitución es una carta de convivencia entre los poderes reales que interactúan en una sociedad. La finalidad común a todo el articulado está radicada en la necesidad de eliminar “la corrupción y la politiquería”, como condición social y económica medular en la construcción de dicho Estado comunitario y en la consolidación de una seguridad democrática » (CC. Décision C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

²²⁶ CC. Décision C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

d'un contrôle de fond sur les révisions constitutionnelles semble naturelle car le contenu d'une révision est logiquement contraire à la Constitution en vigueur, et c'est pour cette raison qu'il s'agit d'une révision constitutionnelle²²⁷. L'article 241 précise :

Il est confié la garde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution à la Cour Constitutionnelle, dans *les termes précis et stricts* de cet article. Dans cet objectif, la Cour aura les fonctions suivantes : §1 Statuer sur les recours [...] contre les actes de réforme de la Constitution [...] ; seulement pour *des vices de procédure* lors de leur édicition. §2 Statuer, avant le vote, sur la constitutionnalité de la loi de convocation à un référendum ou de la loi de convocation à une assemblée constituante pour une révision constitutionnelle, seulement pour *des vices de procédure* lors de leur édicition.

Dans ces conditions, comment la Cour constitutionnelle a-t-elle interprété sa compétence de manière à s'arroger un contrôle plus étendu des révisions constitutionnelles malgré la clarté de cet article ?

La réponse se trouve dans la décision C-551 de 2003²²⁸, décision de revirement qui ouvre la possibilité de révisions constitutionnelles inconstitutionnelles. Pour résumer, la clé de sa compétence est la compétence. Après une présentation des débats concernant la qualification des vices dans la formation des actes juridiques, la Cour établit :

En effet, un vice de compétence se reflète à la fois dans le contenu matériel de la disposition contrôlée et dans la procédure parce que [la compétence] est le pilier de base des deux car pour qu'un acte juridique émis par une autorité publique soit régulier et valide, il est nécessaire que l'autorité suive la procédure indiquée par l'ordonnancement, et également que l'autorité ait la faculté de déterminer certains contenus normatifs²²⁹. (No.21)

Suivant le schéma proposé par le professeur Bernal²³⁰, l'argument de la Cour constitutionnelle peut être synthétisé comme suit :

1. Une analyse des vices de procédure inclut une vérification de la compétence de l'organe qui édicte l'acte juridique. Cela signifie que l'acte juridique est entaché d'une illégalité de procédure si l'organe qui l'a adopté n'est pas compétent, même si cet organe a suivi la procédure rigoureusement²³¹.

²²⁷ Cette considération est aussi dans la CC. Décision C-551 de 2003 de 9 juillet 2003, Magistrat Eduardo Montealegre Lynett. Cette décision a également défini des règles pour la mise en œuvre d'un referendum constitutionnel, mais ici nous nous concentrerons sur les considérations relatives seulement aux limitations matérielles du pouvoir de révision, et non aux limitations procédurales.

²²⁸ CC., Décision C-551 de 2003 de 9 juillet 2003, Magistrat Eduardo Montealegre Lynett.

²²⁹ « 21- Ahora bien, un vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos [p 97] » (CC. Décision C-551 de 2003).

²³⁰ C. BERNAL, « Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine », *Oxford Journals*, 11, Juillet 2013, p. 340.

²³¹ « Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la

2. La compétence pour réviser la Constitution n'implique pas la compétence pour l'abroger ni pour la remplacer par une Constitution différente. Nous y reviendrons.
3. La Cour qui est compétente pour vérifier les vices de procédure l'est aussi pour contrôler si l'organe chargé de la révision a outrepassé sa compétence. La Cour se demande : « la Cour constitutionnelle devrait-elle se limiter à considérer les étapes de la réforme, bien qu'il y ait une nullité absolue de la réforme pour incompétence ? Ainsi, que resterait-il de la fonction « *de garde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution* » que l'article 241 lui a assignée²³² ? »
4. Pour vérifier si l'organe de révision a outrepassé sa compétence, il est nécessaire d'analyser le contenu de la révision pour savoir si elle constitue une « vraie » révision ou une substitution de la Constitution en vigueur.
5. La compétence pour analyser si la Constitution a été remplacée implique la compétence de la Cour pour contrôler le contenu de la révision constitutionnelle afin d'établir s'il y a eu un vice de compétence.

Postérieurement, dans la décision C-1200 de 2003²³³, la Cour a réaffirmé sa compétence à l'égard des révisions constitutionnelles déjà édictées, c'est-à-dire des *actos legislativos*. De plus, la Cour constitutionnelle a établi que, s'agissant des *actos legislativos*, ce sont les citoyens requérants qui doivent démontrer le vice d'incompétence de l'organe de révision.

Une fois affirmé la compétence de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle des révisions constitutionnelles, la question se pose de savoir quelle est la compétence du pouvoir de révision compte tenu qu'il est un pouvoir constituant, un pouvoir édictant des dispositions de nature constitutionnelle. Pour une partie des intervenants dans la procédure de la décision C-551 de 2003, et pour une partie de la doctrine, la question manque de pertinence. Il s'agit d'un pouvoir qui n'est contraint que par les procédures car, en Colombie, il n'y a pas de clauses d'intangibilité.

doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable » (CC. Décision C-551 de 2003, Considérant n° 22).

²³² « ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que le asignada el artículo 241 de la Carta? » (CC. Décision C-551 de 2003, Considérant n° 22).

²³³ En l'espèce, un citoyen contestait une révision constitutionnelle édictée, l'*acto legislativo* 03 de 2002, qui habilitait le Président à réglementer des matières réservées au législateur par la Constitution, en particulier des normes de procédure pénale. C'est un cas qui fait partie de la politique gouvernementale signalée dans le Chapitre 1 de cette partie. Dans la CC. Décision C-1200 de 2003, la Cour a déterminé que le citoyen n'a pas proposé des moyens adéquats pour contester une révision constitutionnelle et elle a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à statuer. Mais la Cour était très divisée et l'argumentation contient quatre opinions dissidentes sur un total de neuf magistrats.

Cependant, la Cour rejette cette interprétation et se propose de tirer les conséquences de la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision.

II. Le pouvoir de révision non « souverain »

Sur cette question des limites matérielles au pouvoir de révision en cas d'absence de clause constitutionnelle d'intangibilité, la Cour fait écho à une partie de la doctrine et même explicitement à Schmitt. Elle estime que la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués implique nécessairement l'existence de limitations au pouvoir de révision qui ne peut ni abroger ni remplacer la Constitution. Dans le contexte décrit précédemment, l'appel à la théorie du pouvoir constituant fonctionne comme la dernière raison juridique pour limiter l'avènement d'une nouvelle Constitution, une « Constitution à l'Urbe ».

La Cour définit le pouvoir constituant originaire et son titulaire ainsi :

Dans le monde contemporain, selon les principes démocratiques et le principe de la souveraineté populaire, le pouvoir constituant réside dans le peuple, celui qui a et qui conserve le pouvoir de se doter d'une Constitution. Ce pouvoir constituant originaire n'est donc pas sujet à des limites juridiques, et ce pouvoir implique, avant tout, un plein exercice du pouvoir politique des associés [citoyens]²³⁴.

Ensuite, la Cour cite sa jurisprudence de l'année 1992 sur l'impossibilité de contrôler la Constitution pour réaffirmer la souveraineté du pouvoir constituant, suivant d'une certaine manière la position de Schmitt :

Ce processus d'expression du pouvoir constituant primaire [...] est l'expression spéciale d'un attribut incontestable des communautés politiques démocratiques qui [...] peuvent, de manière occasionnelle et transitoire, exercer leurs *pouvoirs originaires* pour se conformer ou pour examiner et réviser *les décisions politiques fondamentales* et pour donner à leurs institutions juridiques des nouvelles formes et contenus afin de réordonner le cadre de la régulation...²³⁵.

Par opposition, le pouvoir de réforme :

[S]e réfère à la faculté de certains organes de l'État, parfois après consultation des citoyens, de modifier une Constitution en vigueur, mais dans le cadre déterminé par la Constitution elle-même. Cela implique qu'il s'agit d'un pouvoir établi par la Constitution, et qui s'exerce dans les conditions fixées par celle-ci. Ces conditions incluent les questions de compétence, de procédures, etc. Il s'agit donc d'un pouvoir de réforme de la Constitution, et dans ce sens il est

²³⁴ « *En el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados* » (CC. Decisión C-551 de 2003).

²³⁵ « *Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista* » (CC. Decisión C-551 de 2003) ; nous soulignons.

constituant ; mais il est établi par la Constitution en vigueur, et il est donc dérivé et limité²³⁶.

La Cour, sans se référer à la distinction de Schmitt entre la constitution « au sens positif » et les lois constitutionnelles, reprend la différence entre le pouvoir constituant comme pouvoir et le pouvoir de révision comme compétence²³⁷. Jusqu'ici, cela constitue une position théorique assez « traditionnelle ». Ce sont les conséquences dans l'ordonnement juridique colombien qui sont surprenantes. Même en l'absence de clauses d'intangibilité, le pouvoir de révision doit maintenir l'identité de la constitution comme un ensemble²³⁸. En somme, le pouvoir de révision ne peut ni abroger ni remplacer la Constitution de 1991 :

Une première réponse à la question précédente [s'il existe des limites de compétence du pouvoir de révision] peut être que la Constitution de 1991 n'a pas établi des clauses d'intangibilité et par conséquent le pouvoir de réforme n'a pas de limite de compétence. Selon cette thèse, par l'un des mécanismes prévus par le titre XIII, il serait possible de modifier un article ou un principe de la Charte de 1991 et même de la remplacer par une Constitution radicalement différente.

La Cour estime que cet argument confond deux sujets différents. D'une part, tout article de la Constitution peut être modifié - ce qui est autorisé car cela est l'objet du pouvoir de révision lorsque la Constitution n'inclut pas explicitement des principes ou des clauses intangibles, comme dans le cas de la Colombie. D'autre part, il est différent d'estimer que, sous le prétexte de la réforme de la Constitution en vigueur, la Constitution puisse être remplacée par une Constitution entièrement différente - ce qui fausserait le pouvoir de réformer une Constitution et dépasserait la compétence du titulaire de ce pouvoir²³⁹.

²³⁶ « 30- Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado » (CC. Décision C- 551-2003).

²³⁷ Voir C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 241.

²³⁸ « La limitation de la compétence du pouvoir de révision pour modifier la Constitution de 1991 doit être entendue en ce sens que la Constitution doit conserver son identité dans son ensemble et dans une perspective matérielle, malgré les réformes introduites » [« *Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan* »] (CC. Décision C-551-2003).

²³⁹ « 33- Una primera respuesta al anterior interrogante podría ser que, la Carta de 1991 no estableció cláusulas pétreas o inmodificables, y que por ello el poder de reforma no tiene ningún límite competencial. Conforme a esa tesis, por medio de cualquiera de los mecanismos previstos por el Título XIII resultaría posible reformar cualquier artículo o principio de la Carta de 1991 e, incluso sustituirla por una Constitución radicalmente distinta. La Corte estima que en ese argumento se confunden dos temas diferentes. Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado – lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana – y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder » (CC. Décision C-551- 2003, Considération n° 33).

La Cour constitutionnelle conclut que l'absence de toute limitation de compétence du pouvoir de révision éliminerait la distinction entre le pouvoir constituant « originaire » et le pouvoir constituant « dérivé ». Par cet appel à la théorie du pouvoir constituant, la Cour essaye de préserver la souveraineté du peuple, ses « décisions » quand il s'est doté de la Constitution de 1991, face à sa flexibilité structurelle et au pouvoir présidentiel contrôlant la majorité au Congrès.

La décision de la Cour semble fondée théoriquement car elle s'appuie de façon cohérente sur le droit comparé et la doctrine²⁴⁰. Cependant, l'analyse concrète des dix-sept questions du référendum constitutionnel soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponses sur la manière dont la distinction entre ces deux pouvoirs doit être opérée. La Cour n'a déclaré l'inconstitutionnalité d'aucune des questions pour vice de compétence, elle se limite à affirmer qu'il n'y a évidemment pas une substitution de la Constitution²⁴¹. Mais dans le cas où la Cour procède à une analyse plus approfondie à cet égard, il est possible d'observer les difficultés que rencontre le juge constitutionnel pour établir la norme de référence. Il s'agissait d'une question qui prévoyait que les pensions de retraite de certains fonctionnaires publics ne seraient pas augmentées pendant un délai déterminé²⁴². En l'espèce, la Cour analyse la question surtout en référence au bloc de constitutionnalité colombien, c'est-à-dire principalement aux normes pertinentes de l'organisation mondiale du travail. Cela semblerait ainsi être plutôt une supra constitutionnalité du droit international²⁴³.

²⁴⁰ La Cour cite les sources suivantes : « A nivel jurisprudencial en Colombia, ver las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 de mayo de 1978, sentencia del 9 de junio de 1987 y sentencia del 9 de octubre de 1990. Ver igualmente las siguientes sentencias de esta Corte Constitucional: C-544 de 1992 y C-339 de 1998. A nivel doctrinal, ver, entre muchos otros: Carl Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, capítulo VIII; Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 276 y ss; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris, LGDJ, 1969, Tomo IV, capítulo III; Pedro de Vega, *op. cit.*; Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, Tomo I » (CC. Décision C-551 de 2003).

²⁴¹ C'est le cas notamment des questions sur le fonctionnement des corporations d'élection populaires des collectivités territoriales ; voir p. 206 et 208 de la CC. Décision C-551 de 2003.

²⁴² « 8. Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto: A partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, la persona que adquiera el derecho a pensionarse no podrá recibir con cargo a recursos de naturaleza pública, una pensión superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se exceptúan quienes tengan derechos adquiridos y quienes estén amparados por los regímenes pensionales exceptuados y especiales » (citation de la loi de convocation dans la CC. Décision C -551 de 2003).

²⁴³ « Ahora bien, en la medida en que el trabajo, las pensiones y la negociación colectiva son derechos reconocidos por la Carta (CParts 25, 53 y 55), los intervinientes aciertan en señalar que un referendo constitucional que pudiera vulnerar los tratados de derechos humanos sobre la materia, como los convenios de la OIT pertinentes, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, podría plantear problemas de competencia del poder de reforma, pues podría implicar una sustitución de la Constitución. Por ello, es relevante examinar si este numeral es compatible con los compromisos internacionales asumidos por Colombia en virtud de esos tratados, no para efectuar un control constitucional de fondo o material, sino para apreciar si el numeral 8 del proyecto de reforma tiene el alcance y el efecto de representar una sustitución de la Constitución » (CC. Décision C-551 de 2003).

Finalement, le référendum constitutionnel ne fut pas adopté du fait de l'abstentionnisme lors du vote des citoyens. Cependant, une partie des réformes proposées fut réalisée par la voie législative.

Face aux difficultés soulevées par ce revirement spectaculaire, la Cour profite de la décision suivante C-1200 de 2003, qui concernait le premier recours contre une révision constitutionnelle édictée, pour tenter de fonder plus précisément la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir de révision. Premièrement, suivant la distinction du professeur Beaud, la Cour établit la distinction entre l'acte constituant, un acte du peuple souverain, et l'acte de révision, comme un mécanisme pour garantir la constitution²⁴⁴. En effet, suite à cette décision, le pouvoir de réforme est appelé « pouvoir de révision » et la jurisprudence ne revient pas sur la dénomination de « pouvoir constituant dérivé ».

Deuxièmement, la Cour constitutionnelle fait face au défi de mieux établir le cadre de sa propre compétence qui dépend de la compétence du pouvoir de révision. La Cour essaye de délimiter son contrôle afin de diminuer l'impression de « subjectivisme judiciaire » qui avait pu être soulignée par certains :

Le problème identifié par le juge constitutionnel est de décrire une méthode permettant de déterminer quand il y a un remplacement de la Constitution et, en même temps, d'éviter de répondre à cette question en effectuant un contrôle de la révision [...] comme s'il s'agissait du contrôle de fond de la législation ordinaire. Dans cette décision, la Cour ne doit pas définir cette méthode, mais seulement indiquer quels cas fausseraient le contrôle judiciaire des révisions [...] de la Constitution et ce qui deviendrait un contrôle de fond régulier, interdit à la Cour constitutionnelle [...].

Le contrôle de substitution [de la Constitution] serait dénaturé [si la Cour arrivait à]: (i) analyser la réforme constitutionnelle comme une loi infra constitutionnelle qui n'a pas le pouvoir juridique de modifier la Constitution. (ii) Convertir certains principes ou règles en normes intangibles que l'organe constitué titulaire du pouvoir de révision ne peut pas toucher ou réformer comme si l'interdiction de remplacer la Constitution constituerait une pétrification d'une partie de la Constitution. (iii) Imposer au pouvoir de révision certains contenus normatifs supraconstitutionnels intouchables. (iv) Effectuer une comparaison entre les contenus spécifiques de la Constitution originale et le contenu de la réforme, comme si celle-ci ne pouvait pas contredire la première [...]. (v) Se limiter à signaler l'inclusion des exceptions ou des restrictions introduites par la réforme à la Constitution originale sans analyser si ces modifications dans son ensemble constituent un changement d'une telle ampleur et importance qu'il deviendrait évident que la Constitution d'origine a été remplacée par une autre [constitution] parce que les amendements représentent un remplacement total ou partiel...²⁴⁵

²⁴⁴ Dans ce cas, la Cour fait référence à Sieyès, Schmitt et au professeur Beaud.

²⁴⁵ « *El problema que afronta el juez constitucional es el de delinear un método para determinar cuándo se presenta una sustitución de la Constitución y, al mismo tiempo, evitar que al responder a esa pregunta termine efectuando un control de violación de la Constitución como el control de fondo ordinario que ejerce sobre las leyes inferiores a la Carta. No le corresponde a la Corte delinear dicho método en esta sentencia, sino tan solo indicar qué es lo que desfiguraría al control judicial de sustitución de la Constitución convirtiéndolo en un control judicial de fondo ordinario de la reforma, lo cual le está vedado al juez constitucional, como ya se anotó. Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas*

Il apparaît ainsi que la Cour établit une différence entre l’intangibilité et l’interdiction de substitution ou de remplacement de la Constitution. L’intangibilité interdit la révision du noyau de certains principes identifiés par le pouvoir constituant lui-même, alors que l’interdiction de remplacement interdit de transformer une constitution en une autre en utilisant l’apparence d’une réforme²⁴⁶. De plus, selon la Cour, il peut y avoir des remplacements totaux et partiels de la Constitution. Il y a un remplacement de la Constitution quand le changement est si substantiel, qu’après la réforme, la Constitution a perdu son identité.

Comme l’a remarqué le professeur Bernal, ce nouveau contrôle de la Cour constitutionnelle soulève principalement deux questions et un dilemme²⁴⁷. Le dilemme a trait à la légitimité démocratique de neuf juges constitutionnels qui prétendent surmonter la décision de révision constitutionnelle prise par le Congrès (représentant du peuple) ou par le peuple, dans le cadre d’un référendum. Bien que ce dilemme de la légitimité démocratique soit l’une des questions les plus intéressantes de la théorie constitutionnelle, il ne sera analysé que dans la mesure où la Cour elle-même le relève. Néanmoins, il n’est pas inutile de rappeler qu’en Colombie, cette faculté est considérée comme justifiée sous certaines conditions, notamment à cause des risques de dérives d’un présidentielisme excessif²⁴⁸.

intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma » (CC. Décision C-1200 de 2003, p. 29).

²⁴⁶ « *La insustituibilidad es distinta inclusive a la manifestación más amplia de intangibilidad. En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución. La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla » (CC. Décision C-1200 de 2003).*

²⁴⁷ C. BERNAL, art. cité, p. 340.

²⁴⁸ « *Let us imagine that a president is elected according to the procedures of the actual Colombian Constitution. Let’s say that this president has received strong support from the people. On a visit to a neighboring country, he gets political inspiration. He comes to believe that deliberative democracy, that is the political system entrenched in the Constitution, is just an imposition of American imperialism. Thus, he decides to instigate a constitutional amendment. Among other things, the amendment upholds the democratic regime but qualifies it. The new constitutional provision should read: “socialist democracy” ».* Cette citation de Bernal est un exemple des risques envisagés dans un système présidentiel en Amérique Latine. Pour voir la justification proposée par cet auteur, *ibid.*, p. 350.

Les deux questions soulevées sont la justification et la signification de la « doctrine du remplacement de la Constitution »²⁴⁹. Concernant la justification de cette doctrine, la Cour se fonde sur la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision, c'est-à-dire qu'elle fait appel à une théorie politique et juridique, ce qui ne cesse pas de poser certaines difficultés. Il peut y avoir des contestations quant à la manière dont la Cour a compris la distinction car il est également possible d'avoir une vision théorique différente, et nous pouvons nous interroger sur les conséquences pratiques que la Cour a tirées de cette distinction. Cependant, au vu de la motivation des décisions C-551 et C-1200 de 2003, il est possible de considérer que la Cour en a proposé une justification cohérente. En effet, malgré l'absence de clause d'intangibilité, nous pouvons être en accord avec la conclusion que le pouvoir de révision, en tant que compétence, ne peut pas tout faire.

Concernant, ensuite, la signification de cette doctrine, cette question est soulevée tant par la jurisprudence que par la doctrine, comme le démontre cette question du professeur Jouanjan à Schmitt : « Schmitt n'a jamais pu dresser le catalogue des limitations implicites, les expliciter. Selon quel critère reconnaît-on une décision fondamentale du Constituant²⁵⁰ ? »

Ainsi, les questions qui se posent à la Cour sont : Qu'est-ce qu'un remplacement de la Constitution ? Quand le pouvoir de révision modifie-t-il l'identité de la Constitution ? Quand un *acto legislativo* remplace-t-il une décision exclusive du pouvoir constituant ?

En 2004, pendant la première moitié du mandat d'Uribe, un contexte d'intense réformisme constitutionnel invitait à des réponses pratiques. La question se posait vraiment face au projet *d'acto legislativo* supprimant l'interdiction de la réélection présidentielle. Il s'agissait de permettre à Uribe d'accomplir un deuxième mandat immédiat. À ce moment-là, la Cour avait besoin d'un outil juridique pour mettre en œuvre la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision et pour éviter que sa décision soit qualifiée de décision « simplement » politique. Dans ce contexte, et pour répondre à la question de la signification de la « doctrine du remplacement de la constitution », la Cour a développé une méthode : le test de remplacement (*test de sustitución*) qui donne lieu aux révisions constitutionnelles inconstitutionnelles.

Chapitre 2 – Les révisions constitutionnelles inconstitutionnelles, un résultat du test de remplacement ?

Le dernier chapitre présente « la doctrine du remplacement de la constitution », en s'intéressant, d'une part, au contexte politique et juridique qui permet de comprendre pourquoi la doctrine s'est développée et, d'autre part, aux fondements théoriques sur lesquels la Cour s'appuie pour répondre

²⁴⁹ « *Doctrina sobre la sustitución de la Constitución* » est le nom que la Cour a donné à sa position dans une décision récente C-170 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁵⁰ Olivier JOUANJAN, art. cit., p. 234.

à ce contexte. Maintenant, nous revenons à une question encore délicate. Comment mettre en œuvre une distinction provenant de la théorie juridique et politique ? La réponse naturelle du juge fut le syllogisme. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle propose une méthode, apparemment syllogistique, le test de remplacement (*test de sustitución*) (Section 1), qui donne lieu aux révisions constitutionnelles inconstitutionnelles pour vices de compétence (Section 2).

Section 1 : Le test de remplacement : entre l'auto-restriction et la dissimulation de l'arbitraire

Le test de remplacement se développa progressivement, bien que rapidement, grâce à plusieurs réformes constitutionnelles du gouvernement Uribe et aux citoyens qui contestaient les *actos legislativos*. En effet, entre 2003 et le début de l'année 2006, il y eut vingt-six décisions de la Cour portant sur des révisions constitutionnelles. La Cour, dans la grande majorité des cas, confirma sa compétence tout en établissant qu'il n'y avait pas lieu à statuer au vu des défauts de la requête²⁵¹. C'est par la décision C-970 de 2004 que la Cour proposa un syllogisme pour déterminer quand il y a remplacement de la Constitution (I). Mais, non par hasard, c'est par la décision C-1040 de 2005 relative à la réélection présidentielle immédiate que la Cour transforme le syllogisme initial en un test de remplacement comportant plusieurs étapes (II).

I. Un « syllogisme » pour qualifier la constitutionnalité des révisions constitutionnelles

D'abord, il n'est pas inintéressant de se questionner sur la démarche de la Cour constitutionnelle pour répondre aux difficultés pratiques que posait la limitation de la compétence du pouvoir de révision. Selon le professeur Ramirez Cleves, la Cour avait deux possibilités : utiliser une méthode déductive ou une méthode inductive. D'un point de vue déductif, une partie de la doctrine propose que la Cour détermine, à travers une interprétation systématique, quels sont les éléments essentiels d'une constitution (par référence notamment à l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789), et quels sont les éléments ou principes inaltérables qui déterminent l'identité de la Constitution de 1991 en particulier²⁵². Initialement, le professeur Ramirez Cleves indiqua qu'il y avait cinq principes fondamentaux de l'identité de la Constitution colombienne : l'État social de droit, la démocratie participative, la décentralisation et l'autonomie des entités territoriales, le pluralisme et la dignité humaine²⁵³.

Cependant, la Cour opta pour une méthode inductive. Le juge constitutionnel part du cas concret, c'est-à-dire de la révision constitutionnelle contestée et des moyens proposés par le requérant. L'adoption de cette méthode n'est pas du tout anodine. Même si la Cour

²⁵¹ G. RAMÍREZ CLEVES, art. cité, p. 21.

²⁵² Voir *ibid.*, p. 172 et C. BERNAL, art. cité, p. 353 *sq.*

²⁵³ G. RAMÍREZ CLEVES, *op. cit.*, p. 484.

encadre l'analyse dans un test qui la limite, elle conserve une « certaine » liberté pour déterminer quels sont « les éléments définissant l'identité constitutionnelle » (*elemento definitorio de la identidad de la constitución*) que le pouvoir de révision ne peut pas remplacer.

Dans sa décision C -970 de 2004²⁵⁴, la Cour est très divisée. La déclaration de conformité à la Constitution de l'*acto legislativo* 03 de 2002 fut le fruit de l'accord de cinq magistrats, dont l'un s'opposait ouvertement à la doctrine du remplacement. Néanmoins, la Cour définit la première méthode, à savoir un syllogisme dont la norme de référence est les « éléments définissant l'identité de la Constitution »²⁵⁵ :

4.1. Comme la prémisse majeure dans l'analyse ci-dessus, il faut préciser les aspects qui définissent l'identité de la Constitution et qui furent invoqués pour avoir été remplacés par la révision [attaquée]. Cela permet à la Cour de définir les paramètres normatifs applicables à l'examen de la constitutionnalité de l'acte attaqué. [...]

4.2. Après, il faut procéder à l'examen de l'*acto* [*legislativo*] attaqué pour établir sa portée juridique par rapport aux éléments définissant la Constitution [...]

4.3. Contraster les prémisses précédentes avec le critère d'évaluation relevé par la Cour, qui revient à vérifier si la révision remplace un élément définissant l'identité de la Constitution par un autre élément entièrement différent permet de déterminer s'il existe ou non un vice de compétence.

Suivant le cadre méthodologique ci-dessus, la Cour examinera si l'*acto legislativo* attaqué a entraîné une substitution ou un remplacement de la Constitution colombienne de 1991, d'abord en général, puis, plus particulièrement, en ce qui concerne le principe de la séparation des pouvoirs comme un élément définissant l'identité de la Constitution²⁵⁶.

Selon le professeur Ramirez Cleves, « bien que [le test] puisse être impeccable du point de vue de la logique formelle, il nous semble que la mise en œuvre de ladite méthode de contrôle ne fait que faciliter

²⁵⁴ Saisine d'un citoyen qui contestait le paragraphe 4 de l'*Acto Legislativo* 03 de 2002 à cause de l'habilitation du Président à réglementer des matières réservées au législateur. Dans ce cas, afin d'éviter que les actes de législation présidentielle échappe au contrôle automatique qui correspondrait à la matière de la loi, la Cour déclare la constitutionnalité de la révision, elle ordonne le contrôle automatique de ces décrets par elle-même. Voir M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, p. 129.

²⁵⁵ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 375.

²⁵⁶ « 4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado [...]

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, [...]

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia. Con base en el anterior esquema metodológico, la Corte analizará si el acto legislativo acusado ha dado lugar a una sustitución o reemplazo de la Constitución colombiana de 1991, de manera general, primero, y, luego, específicamente, en relación con el principio de separación de poderes como elemento definitorio identificador de la Constitución » (CC. Décision C-970 de 2004, Juge rapporteur Rodrigo Escobar Gil).

l'imposition dissimulée du subjectivisme judiciaire²⁵⁷ ». Ce point de vue semble être confirmé par une analyse de l'argumentation de la décision de la Cour et des opinions dissidentes en l'espèce.

En conclusion, la Cour soutient que le principe de séparation des pouvoirs dans la Constitution de 1991 n'implique pas une séparation rigide. De plus, la technique d'habilitation temporaire de l'exécutif dans le cas où le Congrès ne remplit pas sa fonction dans un délai déterminé n'a pas la portée suffisante pour être considérée comme un remplacement²⁵⁸. Au contraire, les magistrats dissidents expliquent que cet *acto legislativo*, habilitant l'Exécutif à légiférer en matière de liberté individuelle, d'habeas corpus et de procédure pénale, contredit gravement le principe de séparation des pouvoirs dans un État démocratique et affecte le principe de l'identité constitutionnelle démocratique²⁵⁹. Dans les deux cas, la méthode est identique, mais tant la prémisse majeure que la portée de l'*acto legislativo* varient.

De plus, la Cour constitutionnelle évitait prudemment de mettre en œuvre le test²⁶⁰. La Cour rendit plusieurs décisions de non-lieu à statuer²⁶¹, argumentant que les requérants se limitaient à proposer des moyens caractéristiques du contrôle ordinaire de la loi. L'*acto legislativo* 02 de 2003, connu comme la réforme du statut antiterroriste, réforme constitutionnelle qui limitait plusieurs droits et libertés dans le cadre du programme gouvernemental de sécurité démocratique représenta un grand défi pour la Cour²⁶². Cependant, en l'espèce, la Cour rejeta explicitement de son analyse le remplacement car « il s'agit d'affaires polémiques pour

²⁵⁷ « A pesar de resultar impecable en terrenos de la lógica, nos parece que la implementación de dicho procedimiento de control lo único que facilita es la imposición velada del subjetivismo judicial », G. RAMÍREZ CLEVES, art. cité, p. 23.

²⁵⁸ Considération 5.2., p. 44. Néanmoins, la Cour observe le problème concernant le contrôle des dispositions dans la mesure où les lois portant sur ce sujet sont soumises au contrôle automatique de la Cour. Ainsi, la Cour ordonne que les décrets soient également soumis à son contrôle comme s'il s'agissait des lois.

²⁵⁹ Comme on l'a vu, en réalité l'habilitation temporaire et transitoire à travers des *actos legislativos* est devenue une pratique fréquente du gouvernement d'Uribe.

²⁶⁰ G. RAMÍREZ CLEVES, art. cité, p. 24.

²⁶¹ Dans les décisions de la Cour Constitutionnelle C-1200 de 2003, C-572 de 2004, C-816 de 2004, C-668 de 2004, C-242 de 2005, C-181 de 2006, C-293 de 2007 et C-803 de 2008. D'une certaine manière la Cour s'est abstenue de statuer en argumentant les défauts des requêtes. Voir G. RAMÍREZ, art. cité, p. 169.

²⁶² Pour démontrer la portée de la réforme de cette révision constitutionnelle, nous présentons ici un des paragraphes de cet article : « Pour lutter contre le terrorisme et les crimes contre la sécurité publique, et dans les endroits du pays où il n'existe pas d'autorité judiciaire qui peut intervenir immédiatement ou lorsque il n'y a pas de fonctionnaires de police judiciaire à disposition pour des circonstances exceptionnelles de l'ordre public, la Fiscalía va former des unités spéciales de la police judiciaire avec les membres des forces militaires armées, qui seront sous la direction et la coordination de la Fiscalía. [...] Parágrafo 2°. Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación ».

lesquelles il serait difficile de trouver un accord²⁶³ », mais le juge déclara la réforme inconstitutionnelle pour des vices de procédure. Notons que l'opinion dissidente du magistrat Manuel José Cepeda avance une proposition de méthodologie plus complexe pour l'examen des révisions constitutionnelles qui sera reprise, en partie, dans la version actuelle du test de remplacement²⁶⁴.

La mise en place d'une méthode juridique claire destinée à déterminer si la révision peut être qualifiée de remplacement de la Constitution est devenue urgente dans la mesure où, en décembre 2004, le Congrès avait adopté l'*acto legislativo* autorisant la réélection présidentielle immédiate. La Cour devait disposer d'outils juridiques pour éviter que sa décision soit qualifiée de décision politique sans base normative²⁶⁵.

II. Le test de remplacement épineux

Dans le jugement C-1040 de 2005²⁶⁶, la Cour statue sur l'*acto legislativo* 02 de 2004 portant sur la réélection présidentielle immédiate²⁶⁷. Cette décision constitue la décision principale d'une série de dix-sept

²⁶³ « Por ello, en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo. Ahora bien, en el presente caso, la Corte comenzó por una discusión de los eventuales vicios de competencia planteados por las demandas, pero no fue posible llegar a un acuerdo que permitiera, dentro de un término razonable, tomar una decisión al respecto » (CC. Decisión C- 816 de 2004, Considérant n° 9).

²⁶⁴ M. CAJAS SARRIAS, *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁵ Le professeur Ramirez propose une liste des éléments définissant l'identité de la Constitution colombienne sur la base de l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du texte de la Constitution de 1991 afin de qu'il soit possible de vérifier que la Cour constitutionnelle s'appuie seulement sur des considérations juridiques et non pas des raisons politiques ; voir G. RAMIREZ, art. cité, p. 173. Néanmoins, nous pouvons considérer que cette proposition n'est pas entièrement recevable. Les décisions du juge constitutionnel, notamment les décisions à l'égard des révisions constitutionnelles, auront toujours des considérations politiques et même si l'on est capable de distinguer chaque élément essentiel et de se fonder uniquement sur des considérations juridiques, les éléments essentiels d'une Constitution ont la nature de principes et ils dépendent donc nécessairement de l'interprétation. Par exemple, il est possible d'identifier que la séparation des pouvoirs est un élément essentiel définissant la Constitution de 1991, mais c'est la Cour qui détermine quelle est sa portée et ainsi cet élément n'est pas être défini complètement *a priori*.

²⁶⁶ Dans cette décision, la Cour analyse tous les vices de procédures distinctement, plus le vice de compétence. En outre, il y a des opinions dissidentes très développées, de sorte que la décision fait plus de 800 pages. Néanmoins, nous nous concentrons sur la partie référente à la doctrine du remplacement de la Constitution. Notons que dans l'affaire, cinq des neuf magistrats furent les juges rapporteurs : Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis et Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶⁷ À cette époque-là, l'opinion publique était divisée entre « uribistas » et « anti uribistas » (ce qui démontre déjà le degré de personnalisation de la politique colombienne). Les premiers soutenaient la constitutionnalité de la révision et les deuxièmes argumentaient le risque de convertir le système présidentiel prévu par la Constitution en un système présidentieliste ; voir M. CAJAS SARRIAS, *op. cit.*, p. 138.

décisions de constitutionnalité concernant la réélection, confirmant la solution retenue par cette première jurisprudence²⁶⁸.

La première phrase de la Cour indique déjà le sens de la décision : « Ce qui détermine si une révision constitue un remplacement de la Constitution n'est pas l'importance ni les implications profondes de cette réforme »²⁶⁹. Ainsi, pour savoir s'il y a remplacement, il faut vérifier si un élément essentiel définissant l'identité de la Constitution a été remplacé. Voilà pourquoi la Cour établit, sur la base du syllogisme de la décision C-970 de 2004, le « test de remplacement » (*test de sustitución*) qui est conçu pour essayer de déterminer les éléments de l'identité de la Constitution échappant à la compétence du pouvoir de révision :

[L]a charge argumentative pour le test de remplacement est beaucoup plus exigeante. La méthode de remplacement exige que la Cour démontre qu'un élément essentiel définissant l'identité de la Constitution de 1991 a été remplacé par un autre élément complètement différent²⁷⁰.

Ainsi, pour construire la prémisse majeure du test de remplacement il est nécessaire (i) de préciser très clairement quel est cet élément [essentiel], (ii) de signaler les multiples références normatives et leurs spécificités dans la Constitution de 1991 et (iii) de montrer pourquoi il s'agit d'un élément essentiel définissant l'identité de la Constitution considérée dans son ensemble. C'est seulement de cette façon que la prémisse majeure du test de remplacement est déterminée, ce qui est essentiel pour éviter de tomber dans le subjectivisme judiciaire.

Ensuite, il faut vérifier (iv) que l'élément essentiel définissant l'identité de la Constitution de 1991 soit irréductible à un seul article de la Constitution - pour éviter que cet élément soit transformé par la Cour elle-même en une clause intangible. Il faut vérifier également (v) que la déclaration analytique dudit élément essentiel ne devienne pas la fixation de limites matérielles intouchables par le pouvoir de révision, afin d'éviter que le test mène à un contrôle d'une violation d'un aspect intangible, pour lequel la Cour n'a pas compétence.

Une fois que cette charge argumentative est réalisée, la Cour doit déterminer si l'élément essentiel définissant la Constitution (vi) a été remplacé par un autre, - non pas simplement modifié, affecté, violé ou contrarié -, et (vii) si le nouvel élément essentiel est contraire ou

²⁶⁸ Dans les autres décisions, il y a des références à la CC Décision C-1040 de 2005 où la Cour analyse les autres vices de procédures. Mais la conclusion demeure : la réélection présidentielle immédiate est constitutionnelle ; voir *ibid.*, p. 138.

²⁶⁹ « No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución » (CC. Décision C-1040 de 2005).

²⁷⁰ Il est intéressant d'observer comment ce qui constitue une substitution de la Constitution, c'est-à-dire le remplacement d'un élément essentiel définissant l'identité de la Constitution se rapproche de la définition de la révolution du professeur Beaud : « Si l'on admet la conception matérielle de la révolution, il faut admettre en outre que *la modification d'un élément essentiel de la Constitution*, même accomplie selon les formes de révision, signifie d'un point de vue juridique une révolution, c'est-à-dire une rupture constitutionnelle », O. BEAUD, *op. cit.*, p. 375 ; nous soulignons.

intégralement différent, dans la mesure où il est incompatible avec les éléments essentiels définissant l'identité de la Constitution précédente²⁷¹.

En l'espèce, la Cour identifie deux moyens opérants qui justifient un contrôle des vices de compétence. Premièrement, la Cour démontre que l'*acto legislativo*, autorisant un deuxième mandat²⁷² ne remplace pas la forme d'État, le système de gouvernement ou le régime politique prévus par la Constitution de 1991. En effet, le système présidentiel peut avoir des configurations différentes et la possibilité de réélection ne dénature pas en elle-même le système. De plus, l'État social de droit fondé sur la dignité humaine n'est pas affecté car le peuple décidera souverainement qui sera président et le système de « *checks and balances* » est maintenu.

Deuxièmement, la Cour analyse cette question face au principe d'égalité, comme élément essentiel de la Constitution. Le juge constate qu'il s'agit d'un changement du fonctionnement du système de gouvernement présidentiel, dont l'une des conséquences est la possibilité d'un Président-candidat. Cette possibilité est inhérente à la révision proposée et il reviendra à la loi de mettre en œuvre les garanties électorales selon l'*acto legislativo*.

Cependant, pour la première fois, la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition de la révision constitutionnelle : un paragraphe qui habilitait le Conseil d'État à adopter la loi statutaire de garanties électorales si le Congrès ne l'édicte pas dans le délai déterminé ou si la Cour constitutionnelle déclarait la loi statutaire inconstitutionnelle²⁷³. Il semble que la Cour avait l'objectif de démontrer qu'elle était capable de déclarer l'inconstitutionnalité d'une révision plus que de sanctionner la

²⁷¹ « *De tal manera que la carga argumentativa en el juicio de sustitución es mucho más exigente. El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior » (CC. Décision C-1040 de 2005).*

²⁷² La Cour réitère qu'il n'y a pas substitution quand la réélection est autorisée pour une seule fois : « *Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente » (CC. Décision C-1040 de 2005, p. 79).*

²⁷³ Les lois statutaires sont soumises au contrôle automatique *a priori* de la Cour constitutionnelle comme les lois organiques en France.

méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. En effet, selon sa jurisprudence établie (décisions C-970 et C-971 de 2004) ce dernier principe, en tant qu'élément définissant l'identité constitutionnelle, autorisait les habilitations de l'Exécutif dans des conditions similaires²⁷⁴.

Bien que les opinions dissidentes manifestent déjà certaines critiques, seront privilégiées ici les questions posées par ce test au-delà d'un examen précis du corps de la décision. Malgré les nouveaux critères permettant de mieux déterminer ce qu'est un élément essentiel définissant l'identité de la Constitution, la question reste pour autant ouverte. À l'égard du test, le professeur Bernal émet quelques remarques pertinentes²⁷⁵ : est-il nécessaire qu'un élément essentiel soit inclut dans plusieurs articles du texte ? Notamment, la liberté d'expression n'est expressément mentionnée que dans un seul article de la Constitution colombienne (article 20), mais elle est un pilier de la démocratie. Ainsi, bien que la manifestation d'un principe dans plusieurs articles de la Constitution soit un indice, il n'est pas pour autant un critère (étape ii)²⁷⁶, encore moins dans le cas de la Constitution colombienne qui contient trois cent quatre-vingt articles qui réglementent des matières qualifiées normalement de législatives.

Par ailleurs, un autre problème est le critère d'incompatibilité entre le nouvel élément de la révision et les autres éléments essentiels de la Constitution (étape vii). Ce problème se pose pour deux raisons principales. La première est liée à la circularité de la méthode de la Cour : comparer l'incompatibilité du nouvel élément aux autres éléments suppose que l'on connaisse déjà les éléments essentiels. Ils sont cependant déterminés au cas par cas dans la première étape du syllogisme (i à iv). La deuxième raison est que l'interprétation d'incompatibilité devrait être entendue dans un sens strict car, dans les Constitutions, il existe souvent des principes en tension mais cette tension ne devrait pas suffire à justifier un remplacement.

Ainsi, la question posée à Schmitt à propos des décisions fondamentales du peuple se pose désormais au juge constitutionnel colombien dans d'autres termes : quels sont les éléments essentiels définissant l'identité de la Constitution de 1991 ? Et, en conséquence, quand y a-t-il une révision constitutionnelle inconstitutionnelle pour incompétence du pouvoir de révision ? Grâce au fait que le recours contre les *actos legislativos* est une action populaire, la Cour développa la doctrine de remplacement par des nombreuses décisions de constitutionnalité sur les révisions constitutionnelles au cours des dernières années²⁷⁷. Une partie de la doctrine

²⁷⁴ Bien sûr la Cour propose des considérations pour expliquer pourquoi l'habilitation à un *organe* non élu (le Conseil d'État) est plus grave en l'espèce. Mais en réalité l'argumentation est plutôt faible (voir Considerations 7.10.4.3, p. 93 *sq.*).

²⁷⁵ C. BERNAL, art. cité, p. 345.

²⁷⁶ C'est notamment le cas de la procédure pénale qui se trouve dans divers articles car la Constitution a précisé les fonctions de la Fiscalía (organe chargé des accusations en matière pénale) et du pouvoir judiciaire. Ainsi, une fois le système de procédure changé, il était nécessaire d'adapter la Constitution.

²⁷⁷ Ainsi, durant le seul premier mandat d'Uribe, les décisions de constitutionnalité sur les révisions ont été au nombre de vingt-six. Et après 2006, il y a eu onze décisions qui synthétisèrent la doctrine du remplacement.

sur le remplacement de la Constitution fut synthétisée dans plusieurs décisions de rejet récentes²⁷⁸. Néanmoins, nous n'aborderons que les trois décisions qui ont donné lieu aux révisions constitutionnelles inconstitutionnelles pour vices de compétence.

Section 2. Les révisions constitutionnelles inconstitutionnelles

« Donc, une révision constitutionnelle ne peut jamais être neutre par rapport aux valeurs de la Constitution qu'elle prétend réviser. Elle doit, au contraire, être partielle au sens où elle doit garantir ou protéger la Constitution qui la prévoit²⁷⁹ ». Cette thèse du professeur Beaud fut réceptionnée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui déclara ces quatre dernières années trois révisions constitutionnelles inconstitutionnelles. La difficulté ne porte pas sur le principe mais sur l'identification des valeurs et sur la manière dont elles sont garanties par le juge constitutionnel.

Si, dans un premier temps, la doctrine du remplacement de la constitution fut développée et utilisée face au pouvoir de l'exécutif pour assurer le maintien d'un système de gouvernement présidentiel qui ne dégénérerait pas en présidentielisme (II) ; ce sont les utilisations critiquables de la révision constitutionnelle par le législateur qui poussèrent la Cour à étendre son contrôle (I).

I. L'inévitable contrôle matériel ou la protection d'un minimum éthique ?

Comme la Cour l'avoua, le contrôle matériel des révisions constitutionnelles semble impossible en Colombie²⁸⁰. D'un point de vue juridique, cette impossibilité résulte de l'absence de titre de compétence de la Cour en la matière. D'un point de vue logique, la Cour ne disposait d'aucune norme de référence du fait de l'absence de clauses d'intangibilité. Comparer les révisions à une norme ou un principe de la Constitution serait nier le caractère constitutionnel de la réforme. Cependant, les deux cas relatifs aux décisions de cette section, C-588 de 2009 et C-1056 de 2012, obligent le juge à prendre parti sur un phénomène complexe : l'utilisation de la révision constitutionnelle pour intégrer un contenu qui n'est pas seulement contraire au texte constitutionnel mais également contraire aux objectifs mêmes d'une Constitution libérale.

Ce problème se posa pour la première fois à la Cour dans la décision C-588 de 2009²⁸¹. En l'espèce, les citoyens contestaient *l'acto legislativo 01*

²⁷⁸ Notamment les décisions de la Cour constitutionnelle C-1200 de 2003, C-572, C-970 et C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-472 et C-740 de 2006, C-153, C-178, C-180, C-216, C-292 et C-293, de 2007, C-588 de 2009, C-141 et C-303 de 2010, C-132, C-170 et C-243 de 2012.

²⁷⁹ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 342.

²⁸⁰ CC. Décision C-1056 de 2012, p. 34.

²⁸¹ CC. Décision C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. C'est une décision qui a été prise par l'accord de cinq juges sur neuf, dont quatre qui ont été d'accord avec le sens de la décision et qui ont proposé des raisonnements alternatifs.

de 2008 qui ajoutait un paragraphe transitoire à l'article 125 portant sur les principes de la fonction administrative et particulièrement sur le principe de mérite et le concours public d'accès à la carrière administrative. Ce paragraphe permettait aux personnes nommées à titre provisoire n'ayant pas réussi le concours public d'entrée à la fonction publique d'être nommées de manière définitive et ordonnait la suspension des concours publics. Plus exactement, l'acte de révision ordonnait la désignation définitive des personnes qui n'ont pu bénéficier de la loi 909 de 2004, car cette loi avait été déclarée inconstitutionnelle²⁸². En effet, le pouvoir de révision réforma la Constitution afin de faire bénéficier certaines personnes d'une entrée automatique dans la carrière administrative en méconnaissant le principe d'entrée sur le mérite.

Selon la théorie du doyen Vedel, cette révision devrait faire incliner le juge constitutionnel²⁸³. Néanmoins, cette utilisation de la réforme à la Constitution est-elle acceptable ? Le juge constitutionnel devrait-il s'incliner devant ce type de réforme qui ne brise pas seulement ses arrêts sinon l'objectif même d'une constitution ? La Cour constitutionnelle est face à une situation complexe : formellement, le paragraphe transitoire ne crée qu'une exception partielle et temporaire, il ne modifie pas la Constitution. Ainsi, comment qualifier ce paragraphe de « remplacement » de la Constitution ?

Premièrement, la Cour reconnaît qu'il est temps d'étendre la doctrine de remplacement :

... il faudra analyser les caractéristiques du phénomène particulier et décider de sa conformité à la Charte [constitutionnelle], cela serait aussi nécessaire quand le cas [*l'acto legislativo*] ne correspond pas exactement aux hypothèses décrites [les conditions du test], car la doctrine du remplacement est encore en évolution du fait des défis posés par les événements susceptibles d'arriver²⁸⁴.

Deuxièmement, la Cour fait appel à la théorie constitutionnelle. Le juge reprend les distinctions du chapitre 11 de la *Théorie de la Constitution* de Schmitt²⁸⁵: anéantissement, abrogation, révision, dérogation et

²⁸² La loi 909 de 2004 qui chercha l'inclusion des fonctionnaires provisoires sans concours public a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour en vertu de l'article 125 de la Constitution dans la décision C-901/08 et l'objectif de surmonter la jurisprudence constitutionnelle était si clair que la révision inclut une référence à la loi inconstitutionnelle dans son texte. De plus, la décision C-901 de 2008 fait partie d'une ligne jurisprudentielle ferme de la Cour constitutionnelle qui exige de la part du Congrès la mise en œuvre de la carrière administrative à travers le concours car dans plusieurs domaines de la fonction administrative, le Congrès avait essayé de réduire le champ du concours publics.

²⁸³ « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts », G. VEDEL, art. cité.

²⁸⁴ « ...igualmente, se deberán analizar las características del singular fenómeno y decidir acerca de su conformidad con la Carta, lo que también habrá de proceder cuando el caso no encaje exactamente en ninguno de los supuestos aquí esbozados, puesto que la figura de la sustitución todavía está llamada a evolucionar de conformidad con los retos planteados por los eventos concretos que en el futuro se presenten » (CC. Décision C-588 de 2009, p. 56).

²⁸⁵ La Cour cite aussi des auteurs libéraux qui reprennent ces distinctions comme De Vergottini, Sagues, Garcia-Atance, Garcia Pelayo.

suspension²⁸⁶, et elle les analyse face à la doctrine de remplacement de la Constitution. Selon la Cour, il peut y avoir un remplacement total dans le cas d'une abrogation et il est possible qu'une dérogation ou une suspension soient des remplacements partiels²⁸⁷. Ce premier pas théorique permet à la Cour de qualifier *l'acto legislativo* de suspension temporaire même si la réforme ne modifie pas l'article 125. La Cour justifie également un contrôle plus strict de la révision dans le cadre du test de remplacement car il s'agit d'une norme particulière qui est introduite dans la Constitution²⁸⁸.

Sur la base des moyens proposés par les requérants, la Cour établit la prémisse majeure, soit la carrière administrative et le principe d'égalité. La Cour démontre aussi les effets juridiques du paragraphe transitoire. Finalement, elle compare les deux prémisses, ce qui aboutit à démontrer l'inconstitutionnalité de la révision. Cet *acto legislativo* est une suspension partielle et temporaire de la Constitution inconstitutionnelle :

En effet, en plus de l'interruption du principe du mérite et du mécanisme de concours public, la modification apportée interrompt temporairement le lien « intrinsèque » [...] entre la carrière administrative et la réalisation des fins de l'État et, en particulier, de la fonction publique, ainsi que l'effectivité de l'article 40-7 [le droit des citoyens à l'accès égal aux fonctions publiques]. Cet article ne protège plus temporairement le droit d'accès à la fonction publique [...]. Le droit à l'égalité [...] cesse de s'appliquer aux citoyens afin de reconnaître aux bénéficiaires [de la révision] un privilège d'entrée automatique dans la carrière administrative selon les conditions du paragraphe attaqué²⁸⁹.

Le problème majeur de l'application du test dans ce cas est la construction de la prémisse majeure. En effet, la définition de la notion de carrière administrative en tant qu'élément essentiel de l'identité de la Constitution en relation avec le principe d'égalité, la fonction publique et le mérite, s'appuie sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. La Cour considère expressément qu'une partie de sa jurisprudence antérieure à la

²⁸⁶ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 236 sq.

²⁸⁷ CC. Décision C-588 de 2009, Section 5.1.1.

²⁸⁸ « *La sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios de nuestro Estado Social de Derecho* » (CC. Décision C-588 de 2009, Considérant 6.3).

²⁸⁹ « *En efecto, fuera de la interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público, adicionalmente y por obra de la modificación operada, se interrumpe de manera temporal el nexo "intrínseco" que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del párrafo acusado* » (CC. Décision C-588 de 2009, 6.1.3.3).

réforme est pertinente pour l’analyse²⁹⁰. À la fin de la décision, une impression perdure : la Cour a réalisé un contrôle matériel et la norme de référence est, en partie, sa propre jurisprudence. En un mot, c’est la Cour qui détermine quelle sont les « décisions » du pouvoir constituant.

De plus, selon l’opinion dissidente du magistrat Pinilla, cette décision démontre qu’en réalité « le contrôle des vices de remplacement de la Constitution finit par devenir un examen subjectif du juge constitutionnel du contenu matériel d’une révision constitutionnelle²⁹¹ ».

Si la Cour acceptait cette révision, cela voudrait dire « que c’est à la Constitution de se plier à la volonté du législateur et non pas à l’inverse²⁹² », donc la Cour se trouvait face à un dilemme : le juge était entre un contrôle constitutionnel critiquable ou l’acceptation d’une exception constitutionnelle qui les limites éthiques.

Une situation similaire est illustrée par la décision C-1056 de 2012²⁹³. Était contesté en l’espèce l’*acto legislativo* 01 de 2011 par lequel le Congrès avait établi que les sénateurs et les représentants ne seront pas sanctionnés par la perte de leur fonction de députés (*perdida de investidura*) s’ils méconnaissent le régime de conflit d’intérêts lors du vote des révisions constitutionnelles (*actos legislativos*)²⁹⁴. Le conflit d’intérêt est défini par la jurisprudence du Conseil d’État, le juge compétent en matière de procédure de *perdida de investidura*, comme une concurrence entre l’intérêt privé et l’intérêt public affectant la décision à prendre et qui oblige la personne à se déclarer inapte pour prendre la décision²⁹⁵.

La révision ne supprimait pas l’obligation de déclarer les conflits d’intérêts, mais elle éliminait la sanction juridique dans le cadre du vote de

²⁹⁰ « *Se trata, entonces, de establecer, a partir de la jurisprudencia constitucional, las relaciones entre la regulación superior de la carrera administrativa y otros contenidos, igualmente previstos en la Constitución, a fin de identificar “las especificidades” del elemento que se dice sustituido en la Carta de 1991. Desde luego, la Corporación no pretende adelantar un juicio material, pues en lugar de comparar el contenido del artículo acusado con el resto de la Constitución, se limitará a fijar, con independencia de lo prescrito en el parágrafo acusado, qué alcance tiene en toda la Constitución la previsión de la carrera administrativa que, se repite, también es objeto de regulación en algunas disposiciones constitucionales* » (CC. Décision C-588 de 2009, Considérant 6.1.1).

²⁹¹ « *En esa medida todas las objeciones generales expuestas previamente se concretan ejemplarmente en este caso concreto, pues el control de los vicios de sustitución de la Constitución termina por convertirse en un examen subjetivo del juez constitucional sobre el contenido material de una reforma constitucional* » (CC. Décision C-588 de 2009, Opinion dissidente du Magistrat Pinilla, p. 120).

²⁹² C. KLEIN, *op. cit.*, p. 171.

²⁹³ CC. Décision C- 1056 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Cette décision a été prise avec une faible majorité. Cinq des neuf magistrats ont été d’accord avec la déclaration d’inconstitutionnalité. Mais, *sur* ces cinq magistrats de la majorité, quatre ont proposé des opinions avec des arguments alternatifs (*Aclaración de voto*).

²⁹⁴ Cette révision a été faite pour répondre à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans la décision C-1040 de 2005 sur la réélection présidentielle I. À cette occasion, la Cour a considéré la possibilité éloignée d’un conflit d’intérêt de députés lors du vote des *actos legislativos*.

²⁹⁵ CC. Décision C- 1056 de 2012, p. 50.

révisions constitutionnelles. Ainsi, un député qui ne déclare pas son conflit serait normalement sujet à la sanction de perdre sa fonction (*perdida de investidura*). Mais, après la révision de l'*acto legislativo* 01 de 2011, ce député qui ne déclare pas son conflit d'intérêts et qui vote une révision constitutionnelle, ne pourra pas se voir sanctionner par la perte de sa fonction. De plus, dans les débats parlementaires pour l'adoption de la révision, les députés avaient affirmé que l'objectif de la réforme était de pouvoir prendre les décisions concernant les révisions constitutionnelles sans la pression d'une possible sanction en cas de conflit d'intérêts²⁹⁶.

En l'espèce, la Cour déclara que cette révision constitutionnelle est inconstitutionnelle en appliquant le test de remplacement. Comme prémisse majeure, la Cour identifie trois éléments essentiels caractéristiques de la Constitution de 1991 : le principe démocratique, la prévalence de l'intérêt général (le bien commun et la justice) et le principe de séparation des pouvoirs²⁹⁷. Comme prémisse mineure, la Cour analyse la portée de la réforme telle que décrite précédemment²⁹⁸. Comme conclusion, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la révision en faisant valoir « les idées du constituant originaire » qu'elle interprète :

En résumé, la Cour observe que l'*acto legislativo* 1 de 2011 affecte **le principe démocratique** car, en vertu de la nouvelle règle constitutionnelle, [les députés] ne pourront pas être sanctionnés par la perte de leur fonction [investiture] en cas de conflit d'intérêts grave et pernicieux généré lors de l'adoption de révisions constitutionnelles, et cela a pour effet que les décisions collectives les plus importantes prises dans l'État colombien soient contaminées par des intérêts particuliers.

Cette révision implique également des exceptions implicites, mais importantes, aux commandements permanents et absolus tels que ceux contenus dans les articles 1 et 133. Le premier établit comme principe de l'État colombien la **prévalence de l'intérêt général**, et l'autre ordonne que les membres des assemblées délibérantes agissent selon **la justice et le bien commun** et selon le principe de **moralité**. Le contrôle des électeurs sur les élus est également affecté, puisque [...] **l'institution de la perte de la fonction** a été sévèrement limitée dans sa capacité à contribuer à la purification des pratiques politiques, ce qui était clairement l'intention du constituant en 1991. Les règles d'adoption des révisions constitutionnelles sont modifiées, parce que même si les règles pertinentes ne sont pas modifiées, en fait, la procédure de révision devient **plus flexible d'une manière significative** car [la révision contestée] élimine la nécessité d'examiner les conflits d'intérêts qui peuvent survenir²⁹⁹. (Souligné dans le texte original)

²⁹⁶ Selon la Décision C1040 de 2005 un conflit d'intérêt est improbable dans le cas des révisions constitutionnelles du fait de la matière des révisions. Néanmoins, cette considération de la Cour n'a pas suffi et les parlementaires ont décidé d'exclure ce risque à travers une révision constitutionnelle.

²⁹⁷ CC. Décision C- 1056 de 2012, Considération 6.1.

²⁹⁸ De plus, selon l'opinion dissidente du magistrat Mauricio Gonzalez Cuervo, la révision n'a pas la portée que la Cour lui a donnée. Au contraire, selon le magistrat, la norme est seulement une traduction juridique d'une réalité. La sanction en cas de conflits d'intérêts dans les révisions constitutionnelles peut devenir une cause qui évite toute modification de la Constitution en ce qui concerne les députés (CC. Décision C-1056 de 2012, p. 66).

²⁹⁹ « *Recapitulando, se observa entonces que el Acto Legislativo 1 de 2011 afecta el principio democrático, en cuanto la nueva regla constitucional conforme a la cual no podrán ser sancionados con la pérdida de investidura tan graves y perniciosos conflictos de interés como los generados durante el trámite de las reformas constitucionales, hace*

Les opinions dissidentes des deux décisions critiquent vivement le subjectivisme judiciaire et indiquent que, sous l’apparence d’un contrôle de compétence, la Cour constitutionnelle se livre à un contrôle matériel utilisant comme référence normative sa propre jurisprudence³⁰⁰. La critique semble fondée mais la question reste ouverte : peut-on intégrer n’importe quel contenu dans une constitution ? La majorité de la Cour constitutionnelle répond par la négative. Le Congrès ne peut pas utiliser les révisions pour favoriser des intérêts particuliers. Ainsi, afin de maintenir une conception matérielle de la Constitution, la Cour étend son contrôle des révisions constitutionnelles, en incluant des catégories de la doctrine de Schmitt comme la suspension.

Cependant, la révision constitutionnelle inconstitutionnelle la plus importante en Colombie n’est pas un paragraphe transitoire, ni l’utilisation des exceptions. Cette révision touchait une partie de l’essence de toute Constitution, la forme de gouvernement, se résumant alors en une seule question : un troisième mandat présidentiel est-il possible ?

II. L’affaire majeure : entre le système présidentiel et le présidentielisme

La décision C-141 de 2010³⁰¹ est l’une des plus importantes de la Cour constitutionnelle colombienne et son enjeu politique était majeur : le Président Uribe pouvait-il gouverner pendant douze ans ? Peut-on inclure dans la Constitution un troisième mandat consécutif ? Et le juge constitutionnel pouvait-il intervenir sur cette affaire ?

La question est posée à la Cour dans le cadre du contrôle automatique de la loi de convocation à un référendum constitutionnel, la loi 1354 de 2009. Cette fois le référendum ne résultait pas de l’initiative du gouvernement, comme dans le cas de la décision C-551 de 2003. Il s’agissait d’un référendum d’initiative populaire, soutenu par plus de cinq

posible que las más trascendentales decisiones colectivas que se adopten en el Estado colombiano estén contaminadas por intereses particulares.

De igual manera, implica plantear implícitas pero importantes excepciones a mandatos permanentes y absolutos como los contenidos en los artículos 1° y 133 superiores, el primero de los cuales establece como principio fundante del Estado colombiano la prevalencia del interés general, y el otro que ordena que los miembros de las corporaciones públicas actúen consultando la justicia y el bien común y en desarrollo del principio de moralidad. Se afecta también el control de los electores sobre los elegidos, puesto que según se explicó en el punto 6.2.4 anterior, la institución de la pérdida de investidura ha quedado severamente limitada en su capacidad de contribuir a la depuración de las costumbres políticas, como fue claramente la intención del constituyente de 1991. Y se cambian las reglas sobre la manera de aprobar las reformas constitucionales, pues aunque las normas pertinentes no son modificadas, de hecho se flexibiliza de manera importante y significativa el trámite de tales enmiendas, por cuanto se elimina la necesidad de considerar los conflictos de interés que pudieran presentarse » (CC. Décision C- 1056 de 2012, p. 61).

³⁰⁰ CC. Décision C- 1056 de 2012, p. 65-70 et CC. Décision C-588 de 2009, p. 100-146.

³⁰¹ CC. Décision C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Dans ce cas, la décision a été prise avec une majorité de 7 sur 9 membres de la Cour constitutionnelle. Et trois magistrats, en accord avec le sens de la décision, ont proposés des opinions alternatives (*Aclaración de voto*).

millions de signatures³⁰² et qui avait ensuite été approuvé par le Congrès à la majorité absolue.

La décision comporte cinq cent vingt-neuf pages dont la majorité consiste en une analyse des vices de procédures. La Cour accueille plusieurs moyens de procédure pour déclarer l'inconstitutionnalité de la loi de convocation au référendum constitutionnel : tant dans la démarche de l'initiative populaire (la récollecion de signatures, le financement, la transparence) que dans la procédure devant les assemblées législatives, certains « vices de procédure irrémédiables » – même des comportements sanctionnés par les autorités compétentes – obligeaient à déclarer la non-conformité de la loi 1354 de 2009 à la Constitution.

Les vices de procédure suffisaient aisément à fonder la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de convocation. Cependant, la Cour envisage qu'après l'échec du référendum, la révision constitutionnelle d'un deuxième mandat par voie législative est encore possible. Ainsi, la Cour avance d'un pas et décide d'utiliser le test de remplacement pour déterminer si une deuxième réélection pouvait être considérée comme un remplacement de la Constitution de 1991.

L'analyse de la Cour se heurtait à une difficulté supplémentaire, l'initiative populaire du référendum. Comme dans la décision C-551 de 2003, la compétence était la première question et le premier enjeu : la Cour peut-elle contrôler, « pour vices de compétence », une initiative qui émane du peuple souverain³⁰³ ? La Cour répond que malgré la participation des citoyens à l'initiative et au vote final, il s'agit d'une compétence établie par la Constitution elle-même. Ainsi, le peuple intervient dans le cadre du pouvoir de révision et non en tant que pouvoir constituant.

Paraphrasant Elster³⁰⁴, le peuple est aussi *lié par la Constitution* de 1991 et il ne peut donc pas modifier les éléments définissant [l'identité de la Constitution] quand il intervient dans l'exercice du pouvoir de réforme. Surtout si l'on considère que, malgré l'initiative des citoyens comme dans ce cas, le texte soumis à référendum doit être approuvé par une loi du Congrès. [Dans cette] procédure, divers événements peuvent arriver et finissent par modifier la proposition initiale qui disposait du soutien des citoyens ; de sorte que la volonté populaire d'abord exprimée ne correspond pas nécessairement au texte soumis au vote. Cette dernière circonstance enlève tout poids à l'argument selon lequel la réforme émane exclusivement du peuple comme constituant primaire et, par conséquent, il n'est pas soumis aux limites de compétence³⁰⁵. (Souligné dans le texte original)

³⁰² En réalité, à cause de l'abstentionnisme en Colombie, il y avait plus de signatures d'appui au référendum que de votes dans l'élection des membres l'assemblée constituante. Voir C. BERNAL, art. cité, p. 350.

³⁰³ Selon l'article 3 de la Constitution, « la souveraineté réside exclusivement dans le peuple [...]. Le peuple l'exerce directement ou à travers ses représentants, selon les termes que la Constitution établit ».

³⁰⁴ Citation de la Cour Constitutionnelle ; voir J. ELSTER, « *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones* », Barcelona, Gedisa, 2002.

³⁰⁵ « *Parafraseando a Elster, el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. Máxime si se tiene en cuenta que a pesar de provenir de una iniciativa ciudadana, como ocurre en el presente caso, el texto sometido a referendo debe ser*

Anticipant l'objection démocratique aux limites de compétence dans l'hypothèse où le peuple participe au pouvoir de révision, la Cour constitutionnelle rappelle qu'il existe dans la Constitution un mécanisme non-sujet aux limites de compétences : l'assemblée constituante pouvant être convoquée pour l'adoption d'une nouvelle Constitution. Ainsi, la Cour réaffirme que le référendum, même d'initiative populaire, n'est pas la voie pour transformer les « principes structurant prévus originellement dans le texte constitutionnel³⁰⁶ ».

Revenons maintenant à la question de remplacement de la Constitution. L'argumentation de la Cour est vaste, le juge constitutionnel essaye de démontrer la cohérence entre cette décision d'inconstitutionnalité et la constitutionnalité de la réélection immédiate permise en 2005. Dans les deux cas, le test et « formellement » la prémisse majeure sont les mêmes. Ce qui change est la portée de la révision : la Cour essaye de démontrer que quatre années supplémentaires pour un seul président établissent une différence suffisante pour considérer la Constitution comme remplacée.

Pour la prémisse majeure, les considérations de la Cour partent de la démocratie, de la séparation des pouvoirs, de la forme républicaine et des caractéristiques du système présidentiel. Ensuite, la Cour définit le présidentielisme et démontre comment plusieurs normes de la Constitution de 1991 visaient à diminuer la prééminence de l'exécutif et à créer un vrai système présidentiel avec équilibre des pouvoirs³⁰⁷.

Pour la prémisse mineure, en premier lieu, la Cour soutient que la réforme est une exception constitutionnelle plutôt qu'une norme générale car elle est édictée pour une personne en particulier³⁰⁸. En deuxième lieu, la Cour démontre comment une période de douze ans entraînerait des conséquences considérables dans l'ingénierie constitutionnelle compte tenu des facultés du Président, notamment son pouvoir de nomination qui conduirait inévitablement à affaiblir totalement le système de poids et contrepoids de la constitution de 1991³⁰⁹.

aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el cual puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial que contó con el apoyo ciudadano, de manera tal que la voluntad popular inicialmente manifestada no necesariamente ha de coincidir con el texto finalmente sometido a votación, circunstancia que quita todo peso al argumento de que la reforma surgiría exclusivamente de la actuación del pueblo como constituyente primario y por lo tanto carece de límites de competencia » (CC. Décision C-141 de 2010, p. 128).

³⁰⁶ « Así pues, de los distintos mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta y, por lo tanto, la vía de referendo constitucional no es idónea para transformar los principios estructurantes plasmados originalmente en el texto constitucional » (CC. Décision C-141 de 2010, p. 129).

³⁰⁷ CC. Décision C-141 de 2010, p. 438 *sq.*

³⁰⁸ CC. Décision C-141 de 2010, p. 455.

³⁰⁹ CC. Décision C-141 de 2010, p. 460 *sq.*, où la Cour analyse l'impact du changement dans chacun des organes de l'État colombien, incluant les pouvoirs judiciaires et législatif, et les organes de contrôle budgétaire et disciplinaires.

Ici, la Cour constitutionnelle « découvre » un nouvel élément définissant l'identité de la Constitution de 1991 : le principe d'alternance politique³¹⁰. Ce principe résulte de l'analyse exigée par le test et opérée par la Cour sur plusieurs dispositions relatives, notamment, aux élections périodiques (art 260), à la reconnaissance de l'égalité des partis et des mouvements politiques, à l'égalité d'opportunité (arts 40-7, 107, 108), à l'existence d'un régime de l'opposition (art 112), à la garantie des libertés, particulièrement d'opinion et d'expression (art 20), et au droit de tout citoyen à participer à l'exercice du pouvoir politique (40-1)³¹¹. Selon le juge constitutionnel, un troisième mandat présidentiel méconnaîtrait ce principe d'alternance politique car la même personne et les mêmes tendances politiques domineraient pendant une période plus longue que ce qui est jugé raisonnable par rapport aux règles de fonctionnement d'un système présidentiel et du système présidentiel colombien en particulier, tant dans la version de 1991, que dans sa version postérieure à l'*acto legislativo* No. 02 de 2004 ayant autorisé la réélection³¹².

Ainsi, la Cour conclut que la révision proposée par la loi de convocation est un remplacement de la Constitution en appliquant le test :

Comme il a été indiqué, la détermination d'une période pour l'exercice des fonctions du Président élu par le peuple est l'une des caractéristiques principales des systèmes présidentiels, et de son respect dépend le fait que *la forme politique choisie par le Constituant soit maintenue comme elle a été adoptée dans la Constitution, ou qu'elle soit défigurée à tel point qu'en définitive, elle a été remplacée par une autre, même contraire.*

[...] Si le troisième mandat présidentiel entrerait en vigueur, ce troisième mandat du Président ignorerait la règle de l'alternance dans l'exercice du pouvoir politique, préserverait pendant une période prolongée les tendances idéologiques du gouvernement et les équipes responsables de l'élaboration des politiques et encouragerait la continuité de la majorité dominante entraînant un retard notable de renouvellement. De plus, la possibilité de désigner, d'appliquer et d'influencer la composition d'autres organismes publics peut détruire la coordination constitutionnelle de différentes périodes et se traduirait par l'accroissement du pouvoir présidentiel et par la perte de l'efficacité des contrôles de l'action du président³¹³.

³¹⁰ CC. Décision C-141 de 2010, p. 471 : « 6.3.6.1.3 La segunda reelección y el principio de alternación ».

³¹¹ CC. Décision C-141 de 2010, p. 473.

³¹² CC. Décision C-141 de 2010, p. 477.

³¹³ « *Es así como el señalamiento de un período para que el Presidente elegido popularmente ejerza su mandato es una de las principales características de los sistemas presidenciales, y de su observancia depende que toda la forma política decidida por el Constituyente se preserve, tal y como fue adoptada en la Constitución, o se desfigure a tal grado que, de hecho, deba entenderse sustituida por otra, incluso contraria. [...] De tornarse efectiva la segunda reelección, el tercer período del Presidente desconocería la regla de alternación en el ejercicio del poder político, preservaría por un lapso prolongado las tendencias ideológicas propugnadas por el gobierno, así como los equipos encargados de desarrollar las políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante, con notable retraso de la renovación, fuera de lo cual la posibilidad de designar, postular e influir en la composición de otros órganos públicos destruiría la coordinación constitucional de los distintos períodos y tendría por resultado el acrecentamiento del poder presidencial y la pérdida de eficacia de los controles sobre la actuación del Presidente* » (CC. Décision C-141 de 2010, Considérant 6.3.7 ; nous soulignons).

Les opinions dissidentes des magistrats Humberto Sierra Porto et Nilson Pinilla Pinilla démontrent aisément les difficultés du test de remplacement, l'inévitable contrôle matériel exercé par la Cour et les contradictions entre ce contrôle et l'objectif de l'assemblée constituante d'établir une Constitution flexible.

Néanmoins, quand nous comparons la situation de la Colombie avec ses pays voisins, il semble que la démocratie colombienne s'est éloignée d'un projet personnaliste de longue durée, « l'ère Uribe » (La Era Uribe)³¹⁴, grâce à la décision de la Cour constitutionnelle ; c'est qu'à l'époque, une partie du pays se demandait si le président Uribe avait l'intention de rester au pouvoir jusqu'à l'arrivée de « l'État de la Communauté³¹⁵ ». Avec la décision C-141 de 2010, la Cour a en effet réaffirmé sa mission particulière de gardienne des valeurs de la Constitution de 1991, plutôt en tant que contre-pouvoir du président pour maintenir le régime « présidentiel » que comme législateur négatif et elle l'a fait en utilisant la théorie du pouvoir constituant.

³¹⁴Voir par exemple l'article « La Corte Constitucional le dijo 'no' al referendo reeleccionista: Era Uribe terminará el 7 de agosto » du journal *El Tiempo*, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7304227> (consulté le 4 juin 2014).

³¹⁵ Voir par exemple l'article « Se cae la reelección 7-2 » du journal *La Silla Vacía*, disponible en ligne à l'adresse : <http://lasillavacia.com/historia/7293> (consulté le 4 juin 2014).

CONCLUSION

En Colombie, la souveraineté du pouvoir constituant a eu des conséquences sur le droit positif. La théorie du pouvoir constituant marque la « pratique », pour reprendre les termes du professeur Klein, et les conséquences furent déterminées par le juge constitutionnel.

Dans le cas de la transition vers la Constitution de 1991, face à l'interdiction de réviser la procédure de révision³¹⁶ et aux besoins de renouvellement institutionnel du fait de la perte de confiance et de légitimité de l'État dans le contexte de violence des années quatre-vingt, le juge constitutionnel statua sur la constitutionnalité d'un décret d'état de siège convoquant une assemblée constitutionnelle par « initiative populaire ».

La première difficulté consiste à déterminer le fondement juridique que pourrait utiliser un juge pour statuer dans de telles circonstances. Une position positiviste conduirait à trancher en faveur de l'inconstitutionnalité dudit décret dont les conséquences pouvaient entraîner davantage de violence dans le pays, particulièrement car des groupes de guérillas avaient conditionné leur démobilisation à la convocation de l'assemblée. Dans cette *situation limite*, le juge a fait appel à la théorie du pouvoir constituant :

Quand la nation, dans l'exercice de son pouvoir souverain et inaliénable, décide de se prononcer sur le statut constitutionnel qui régira ses destins, [la nation] n'est pas ni peut être soumise à la normativité juridique antérieure à sa décision³¹⁷.

Ainsi, la théorie du pouvoir constituant fut le dernier outil juridique du juge pour justifier son intervention et le fondement de sa décision. Le juge n'est plus le gardien du texte constitutionnel, il est le gardien des valeurs immanentes à l'organisation politique. Par là même, l'utilisation de cette théorie fait du juge constitutionnel un sujet du pouvoir constituant *lato sensu*. C'est en effet le juge constitutionnel qui, appelant à la souveraineté constituante, supprime toutes les limites imposées à l'assemblée par le décret présidentiel, et c'est lui qui détermine le pouvoir reconstituant de l'assemblée. Pendant la transition, la Cour suprême fut une *instance pré-constituante*, en ce qu'elle fut une instance dé-constituante fondamentale car, avant la décision 138 de 1990, l'assemblée s'inscrivait « formellement » dans une procédure de révision.

Cependant, l'affaire doit être aussi vue d'un point de vue politique. Pourquoi le juge est-il allé au-delà du texte constitutionnel, jusqu'au pouvoir constituant, au lieu de se déclarer incompétent s'il voulait permettre la convocation de l'assemblée ?

La reconnaissance de sa compétence et le recours à la théorie du pouvoir constituant pour changer les conditions de l'assemblée convoquée par le Président, ont permis au juge constitutionnel d'établir des contrepoids

³¹⁶ Déterminé par le juge constitutionnel lui-même en 1978.

³¹⁷ CSJ Décision 138 de 1990, Considération n° 6. Citation de la jurisprudence de 9 juin 1987, M.P. Hernando Gomez Otalora.

au pouvoir présidentiel. Suite à son jugement, du moins juridiquement, l'assemblée n'était plus « une créature contrôlée par le Président³¹⁸ ». Dans une certaine mesure, grâce au juge constitutionnel, l'assemblée de 1990 est devenue *constituante*. Elle est devenue de nouveau l'affaire des citoyens qui avaient exprimé leurs souhaits de changement constitutionnel avec « le septième bulletin ».

Une fois la Constitution de 1991 entrée en vigueur, la Cour constitutionnelle joua un rôle décisif lors de la situation limite de 2003. Un référendum constitutionnel, prévoyant dix-sept réformes constitutionnelles simultanées devrait alarmer tout juge constitutionnel, surtout quand il s'agissait d'une réforme qui prétendait inclure un projet de gouvernement dans la Constitution. Une deuxième fois, la théorie du pouvoir constituant fut le dernier outil juridique du juge constitutionnel pour justifier son intervention et le fondement de ses décisions. Il s'agit de méconnaître le texte pour préserver les valeurs, pour garantir la souveraineté du peuple. Au-delà du texte constitutionnel, la Cour reconnaît que le pouvoir de révision constitue une compétence et se trouve par conséquent limité par nature. De ce fait, la Cour s'arroge la compétence de contrôle des révisions constitutionnelles.

Dans sa mission de contrôle des révisions constitutionnelles et faute de clause d'intangibilité, la Cour participe au pouvoir constituant qu'elle est censée garder. Les « éléments essentiels définissant l'identité de la Constitution » posés par le souverain sont « découverts » par la Cour, ce qui pose la question de savoir si elle est elle-même devenue le pouvoir constituant lorsqu'elle découvre les principes essentiels échappant au pouvoir de réforme. La théorie du pouvoir constituant permet à la Cour de défendre les valeurs de la Constitution dont le contenu d'une Constitution qui ne devrait pas devenir l'« expression même de l'arbitraire³¹⁹ ».

Au fond, les décisions de la Cour constitutionnelle à l'égard des révisions de la Constitution de 1991 révèlent une question politique : pourquoi étendre sa compétence sur la loi de convocation à un référendum d'initiative populaire portant sur le troisième mandat d'Uribe ? Il y a ici clairement une préoccupation quant à l'équilibre des pouvoirs. L'objectif est de limiter le pouvoir présidentiel en Colombie, pays de présidentielisme vivant avec le fantôme des dictatures et autres gouvernements autoritaires d'Amérique latine. La Cour constitutionnelle a pris une position de contre-pouvoir³²⁰.

Quelle que soit la légitimité de ces interventions, le juge constitutionnel colombien a utilisé l'appel à la théorie du pouvoir constituant comme son dernier outil « juridique » participant ainsi à la magie du pouvoir constituant.

Rocío del Pilar Trujillo Sosa est aujourd'hui avocate du Service jésuite des réfugiés à Soacha, en Colombie.

³¹⁸ Selon le doyen de l'Université Nationale de Colombie, Ricardo Sanchez, cité par J. BUENAHORA, *op. cit.* p. 187.

³¹⁹ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 361.

³²⁰ C. BERNAL, art. cité, p. 352.

BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages

En Espagnol

- ANGARITA BARÓN Ciro, *Soberanía del pueblo y poder constituyente*. Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional y otros, 1994.
- BALLEN Rafael, *Constituyente y Constitución del 91*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 1991.
- BUENAHORA Jaime, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Tercer Mundo, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- CAJAS SARRIA Mario, *Los jueces de las reformas: Control de las reformas constitucionales en Colombia*, Cali, Universidad Icesi, 2008.
- DE LA CALLE Humberto, *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la Constituyente de 1991*, Bogotá, Planeta, 2004.
- ECHEVERRI DE RESTREPO Carmenza, *La Constitución de 1991 ante la crisis de legitimidad institucional*, Cali, Universidad Libre de Cali, 1995.
- LEMAITRE RIPOLL Julieta, *El derecho como conjuro*, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2009.
- LLERAS DE LA FUENTE Carlos & TANGARIFE Marcel, *Constitución política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Diké, 1996.
- QUINCHE RAMÍREZ Manuel, *Derecho Constitucional colombino de la Carta de 1991 y sus reformas*, Universidad del Rosario, Tercera Edición, coll. « Textos de Jurisprudencia », 2009.
- QUINCHE RAMÍREZ Manuel, *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- SACHICA Luis Carlos & VIDAL PERDOMO Jaime, *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991.

En Français

- BARANGER Denis, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1919-1922, Paris, Dalloz.

KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996.

SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1993.

SIEYES, *Qu’est-ce que le tiers-état ?*, 1788, Paris, Éditions du Boucher, 2002.

B. Thèses

RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

C. Articles

En Anglais

BARANGER Denis, « The Language of Eternity Constitutional Review of the Amending Power in France (or the Absence thereof) », *Israel Law Review*, 2010, p. 1-29.

BERNAL Carlos, “Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine », *Oxford Journals*, 11, Juillet 2013, p. 339-357.

CAJAS SARRIA Mario, « Acerca de la interpretación en el control de las reformas constitucionales », *Díkaion*, Año 21, 16, Noviembre 2007, p. 31-47.

CEPEDA Manuel José, « Judicial Activism in a Violent Context: the origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, 3, special Issue 2004, p. 529-694.

COLON-RIOS Joel, « Carl Schmitt and the Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia », *Constellations*, 18 (3), 2011, p. 1-35.

ROZNAI Yaniv, « Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea », *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 61. 2013, p. 657-720.

En Espagnol

LEMAITRE RIPOLL Julieta, « La guerra, la paz y la Asamblea Constituyente de 1991 en Colombia », in S. Ugarte (dir.), *Violencia, legitimidad y orden público*, Buenos Aires, SELA 2012, Librería, 2013.

QUINCHE RAMÍREZ Manuel, « El control de los actos de la Carta “solo por vicios de procedimiento en su formación” », *Anuario de Derecho*

- Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, Eduardo Montealegre (coord.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 43-53.
- RAMIREZ Gonzalo, « Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia », *Revista Derecho del Estado*, n° 21, diciembre de 2008, p. 145-176.
- RAMÍREZ CLEVES Gonzalo, « El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003 », *Revista de derecho del Estado*, Bogotá, n° 18, junio de 2006, p. 3-32.
- VALENCIA VILLA Hernando, « El Constituyente de 1990 y La Constituyente de 1991 », *Análisis político*, n° 11, Sep/Dic 1990, p. 86-94.

En Français

- BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257-265.
- CAYLA Olivier, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 249-265.
- JOUANJAN Olivier, « Table Ronde Révision de la Constitution et justice constitutionnelle : République Fédérale d'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, X, 1994, p. 221-244.
- LE PILLOUER Arnaud, « De la révision à l'abrogation de la Constitution » : les termes du débat », *Jus Politicum*, n° 3, décembre 2009, p. 1-20.
- LE PILLOUER Arnaud, « Les lois constitutionnelles inconstitutionnelles en Inde », *Droits*, n° 55, 2012, p. 113-128.
- ROSS Alf, « À propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004, p. 205-226.
- VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 2, 1992, p. 173-180.
- TUSSEAU Guillaume, « Le gouvernement [contrainte] des juges », *Droits*, n° 55, 2012, p. 41-83.

D. Jurisprudence

Cour Suprême de Justice (Corte Suprema de Justicia)

- Sentencia Número 59, Referencia: Expediente No. 2149 (334-E). Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de

1990 "por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público". Bogotá, D. E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990).

- Sentencia Número 138, Referencia: Expediente No. 2214 (351-E). Revisión Constitucional del Decreto Legislativo número 1926 de 1990 "por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público" (Asamblea Constitucional). Magistrados Ponentes: doctores *Hernando Gómez Otálora, Fabio Morón Díaz*. Bogotá, D. E., octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990).

Cour Constitutionnelle (Corte Constitucional)

- Sentencia C-222/97. Referencia: Expediente D-1465. Acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 001 del 15 de enero de 1996, "Por medio del cual se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución Política". Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Sentencia C-543/98. Referencia: Expedientes D-1942, D-1948 y D-1957 (acumulados), Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 1 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Santafé de Bogotá, D.C., primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- Sentencia C-551/03. Referencia: expediente CRF-001. Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, "*Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*".

Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil tres (2003).

- Sentencia C-1200/03. Referencia: expediente D-4615. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4º transitorio y 5º (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003).
- Sentencia C-572/04. Referencia: expediente D-4906. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 01 de 2003 "*Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones*". Magistrado Ponente (E): Dr. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil cuatro (2004).
- Sentencia C-970/04. Referencia: expedientes D-5032 y D-5041 (Acumulados). Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004).

- Sentencia C- 971/04. Referencia: expediente D-5133. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo transitorio del artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2003 *“Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004).
- Sentencia 816/04. Referencia: expedientes D-5121 y D-5122. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo Número 02 de 2003, *“por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.”* Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, treinta (30) de agosto de dos mil cuatro (2004).
- Sentencia C-1040/05. Referencia: expediente D-5645. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004 *“Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Dr. Álvaro Tafur Galvis y Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil cinco (2005).
- Sentencia C-588/09. Referencia: expediente D-7616. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008, *“por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”*. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009).
- Sentencia C-141/10. Referencia: expediente CRF-003. Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 *“Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”*. Magistrado Sustanciador: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010).
- Sentencia C-288/12. Referencia: expediente D-8690. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 3 de 2011 *“por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”* y contra la Ley 1473 de 2011 *“por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.”* Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012).
- Sentencia C-1056/12. Referencia: expedientes D-9131, D-9136 y D-9146. Demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2011, *“por el cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia”*. Magistrado sustanciador: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012).

E. Articles de journaux

« La Corte Constitucional le dijo ‘no’ al referendo reeleccionista: Era Uribe terminará el 7 de agosto », *El Tiempo*, 26 de febrero 2010, disponible à l’adresse : <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7304227> (consulté la dernière fois le 4 juin 2014).

« Se cae la reelección 7-2 », *La Silla Vacía*, 26 de febrero 2010, disponible à l’adresse : <http://lasillavacia.com/historia/7293> (consulté la dernière fois le 4 juin 2014).

« Memoria de una reforma », *El Espectador*, 29 de enero 2011, disponible à l’adresse : <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/memoria-de-una-reforma-articulo-247774> (consulté la dernière fois le 4 juin 2014).

« SéptimaPapeleta: génesis de la constitución de 20 años », *Semana*, 5 de febrero 2011, disponible à l’adresse : <http://somoslarevista.com/2011/02/septima-papeleta-genesis-de-la-constitucion-de-20-anos/> (consulté la dernière fois le 4 juin 2014).