

INTRODUCCIÓN

Por estos días se ocupa el Congreso de Colombia en el estudio y aprobación de varios proyectos de Acto Legislativo por medio de los cuales, casi con seguridad, será reformada en varios aspectos, una vez más, la Carta Política de 1991.

Con independencia de los temas que serán objeto de las decisiones de los congresistas, de su conveniencia y oportunidad y de los efectos institucionales que habrán de producir, importa reflexionar sobre dos aspectos fundamentales desde la perspectiva del Derecho Constitucional:

- Una es la inquietud relacionada con el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso.

- Otro asunto es el referente al papel que cumple, respecto al poder de reforma de la Constitución, la Corte Constitucional.

PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA

Quien les habla considera –con el debido respeto a ilustres juristas que se han pronunciado en sentido contrario¹- que la Constitución de 1991 es, tanto desde el punto de vista formal como desde la perspectiva material, una nueva Constitución, nítidamente diferenciable, por su contenido y alcances, de la Constitución de 1886 con sus reformas. Y que, por tanto, aunque el pueblo no votó **a posteriori** el texto constitucional, tuvo lugar el ejercicio de un poder constituyente originario perfectamente legítimo.

Autores como el Dr. Jacobo Pérez Escobar, quien fuera precisamente el Secretario General de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, han sostenido que, si bien la Constitución de 1991 es una nueva constitución desde el punto de vista formal, no lo es desde el material.

Dice el Dr. Pérez Escobar: “Formalmente es un nuevo texto constitucional, pero yo considero que materialmente se hizo una revisión general, tanto que el 70 por ciento de lo que puede hacer el cuadro de las normas del 91 estaba dentro, no digo de la Constitución anterior, sino del ordenamiento jurídico anterior, 70 por ciento, o sea que las innovaciones están en un 30%. Por cierto, innovaciones muy importantes, desde luego, tanto que, creo yo, la Constitución del 91 es un avance dentro de un sentido de evolución, y no de ruptura”².

Es precisamente allí en donde reside mi respetuosa discrepancia. Por una parte, el criterio de diferenciación no puede ser cuantitativo, ni medirse en porcentajes. Y por otra, si de lo que se trata es del contenido material de la Constitución, los cambios introducidos en la estructura

¹ En el “Coloquio sobre la Constitución”. Jacobo Pérez Escobar, Benjamín Ardila Duarte y José Gregorio Hernández Galindo. En: ELEMENTOS DE JUICIO, Revista de Temas Constitucionales. Año I, Número 3, Octubre- Diciembre de 2006, págs. 231-250.

² Op. Cit. Págs. 234 y 235

constitucional colombiana en 1991 son de tal magnitud en asuntos tales como la democracia participativa, la libertad de cultos, la separación entre la religión y el estado, la autonomía de las entidades territoriales, los postulados propios del Estado Social de Derecho, la concepción de los derechos fundamentales y su efectividad y protección, su exigibilidad inmediata y la incorporación al Derecho Interno de los Tratados Internacional sobre Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, el principio de igualdad real y material, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, la inclusión de los sectores de la población tradicionalmente marginados o discriminados, las restricciones a los estados de excepción, el fortalecimiento del sistema de control constitucional, entre otros elementos trascendentales que en estos años ha desarrollado la jurisprudencia, que la derogatoria expresa de la Constitución de 1886 en términos tan perentorios como los que usa el artículo 380 de la actual Carta Política, era la consecuencia necesaria de los profundos cambios introducidos y una clara muestra de la voluntad predominante en el seno de la Asamblea Constituyente en el sentido de establecer un orden constitucional nuevo y distinto, no compatible con los postulados principales de la Constitución precedente.

Así, pues, si en lo formal se acogió un nuevo texto constitucional, en lo material hubo una clarísima ruptura con el régimen instituido por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro.

El Poder Constituyente, aquel que los tratadistas denominan **primario**, se caracteriza, entre otras cosas por corresponder a una decisión política. No cualquier decisión, sino una decisión política fundamental, en el entendido de que mediante ella se adopta y pone en vigencia la base misma del sistema jurídico, cimentado por tanto en la ideología y los objetivos, valores y principios que profesan quienes, en un momento histórico dado, gozan del poder suficiente para convertir ese catálogo en norma fundamental, dando lugar a unas instituciones específicas y propias.

Eso, por supuesto, en lo que atañe al concepto amplio de “constitución”, aplicable inclusive a los sistemas no democráticos.

Bajo la democracia, se supone que el poder de crear la Constitución y de plasmar en ella los valores, principios y reglas fundamentales, es decir, el Poder Constituyente, reside esencialmente en el pueblo. Este es el titular de la soberanía, entendida como la característica esencial del poder del estado en cuya virtud éste, sin depender de otra potestad, goza de plena autonomía para crear su propio orden jurídico, cuya base es la Constitución. A diferencia de los regímenes dictatoriales, la Constitución democrática no se impone sino que se acuerda, se conviene, como aconteció en el caso colombiano en 1991, cuando en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron asiento, voz y voto, representantes de diversos partidos, movimientos y tendencias políticas y sociales, escogidos por votación popular. Eso se hizo con base en el Decreto Legislativo 1926 de 1990, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, que entonces ejercía la función de guardiana de la Constitución, corporación que en cambio, declaró inexecutable el temario asignado por ese Decreto a la Asamblea.

Ahora bien, de la naturaleza política fundamental del Poder Constituyente se deriva que, si bien puede encontrar límites, restricciones y exigencias de orden formal –estipulados en la

Constitución precedente- al momento de consagrar un nuevo estatuto constitucional, desde el punto de vista material, es decir sobre el contenido de la nueva constitución, no está limitado por reglas jurídicas anteriores, ni condicionado por el sistema jurídico al que precisamente su obra está llamado a sustituir.

La Corte Suprema de Justicia colombiana lo dijo con claridad en 1987:

“La Nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

Cuando se apela a la Nación y ésta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de éste hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria.

En efecto: Siendo la Constitución (en sentido jurídico- positivo) la cúpula del orden jurídico interno, no puede juzgarse su validez, pues este proceso implica la confrontación de una norma con la de grado superior. Su validez debe suponerse, como presupuesto gnoseológico, por quien quiera conocer el orden jurídico de un país; es lo que Kelsen denomina la “norma fundamental” o “constitución en sentido lógico- formal”, cuyo contenido tiene en cuenta el grado de eficacia interna, su conformidad con principios jurídicos básicos que la razón natural indica y la aceptación internacional que posea la respectiva Constitución (en sentido jurídico- positivo). En el caso presente, el plebiscito colombiano de 1957”

(Sentencia del 9 de junio de 1987. Ponente Dr. Hernando Gómez Otálora)

EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES

El poder de reforma de la Constitución no equivale al Poder Constituyente. De allí que la conocida expresión de los tratadistas para designarlo –Poder Constituyente Secundario o Derivado- no responda con precisión a su verdadera actitud, pues reformar la Constitución –en ejercicio de una competencia conferida por ella a un órgano constituido- no es lo mismo que dar a luz la Constitución, crearla, fundarla, que es lo que hace, en virtud de la soberanía, el Poder Constituyente.

De suerte que, a diferencia del Poder Constituyente, el poder de reforma de la Constitución, sí encuentra límites en cuanto al ejercicio de la aludida competencia.

Esos límites pueden ser formales o materiales.

Desde el punto de vista formal, las constituciones rígidas- que son las constituciones escritas, como la colombiana- suelen establecer una serie de requisitos y trámites, además de señalar los órganos competentes, para introducir modificaciones a su texto. Son exigencias especiales, más complejas y difíciles que las indicadas para modificar las leyes.

Así, en Colombia, los artículos 375, 376 y 378 de la Carta establecen los requisitos que debe cumplir el Congreso al expedir los actos legislativos reformativos de la Constitución y al convocar una Asamblea Constituyente o al pueblo para que participe en un referendo.

Por su parte, las constituciones consuetudinarias (fundadas en la costumbre) son, por su misma naturaleza flexibles. No se enmiendan o reforman en un momento único y determinado, ni con ciertas expresiones con vocación de transitoria o definitiva inmutabilidad. Se van adaptando a las necesidades y conveniencias políticas, raciales y económicas, y a las nuevas realidades, de modo imperceptible, en el curso de procesos institucionales que pueden llevar años y hasta siglos.

Y anoto aquí una paradoja: las constituciones escritas son rígidas para evitar que las garantías, derechos, libertades y reglas en ellas plasmadas sean desconocidas, eliminadas o desvirtuadas con facilidad. Buscan la estabilidad y permanencia de sus normas ante los embates políticos de los transitorios titulares del poder. Por eso son tan exigentes en cuanto a los trámites, etapas y requisitos formales y hasta solemnes indispensables para su revisión.

Pero encontramos que constituciones teóricamente rígidas, como la colombiana de 1991, son objeto de permanente y hasta improvisada modificación hasta el punto de perder por completo su estabilidad. En Colombia ya llevamos –hasta ahora- el increíble número de 38 reformas constitucionales desde 1991- hubo 6 reformas en 2011 – y cursan hoy en el Congreso al menos cinco propuestas de reforma constitucional. La mayoría de esas reformas han sido coyunturales y otras –como la que ahora se propone sobre reelección- son reformas de reformas.

Entre tanto, constituciones consuetudinarias y por tanto flexibles, como la inglesa, gozan de centenaria estabilidad.

Ahora bien, en lo relativo al contenido material de la Constitución, también los propios constituyentes pueden haber establecido límites y restricciones para sus enmiendas.

Hay constituciones que se consagran cláusulas pétreas, esto es, normas constitucionales intangibles, inmodificables, que no pueden ser tocadas por el órgano constituido encargado de revisar o enmendar la Constitución. Normalmente se trata de principios o reglas consideradas esenciales por el constituyente, o que éste se reserva dada su trascendencia.

Otras constituciones, como las colombianas de 1886 y 1991, no establecen cláusulas pétreas. No prohíben al poder de reforma ejercer su función en cuanto a precepto alguno. No hay disposiciones vedadas al poder de reforma, al menos expresamente.

Una línea muy respetable de pensamiento sostiene que, si el Constituyente no quiso establecer cláusulas pétreas o temas vedados al órgano u órganos a los que se ha confiado el poder de reforma de la Constitución, ello significa que no tiene inconveniente alguno en que el articulado de la Constitución, si se cumplen los requisitos formales en su integridad, sea modificado o inclusive sustituido por completo. Que si el Constituyente hubiese querido prohibir la reforma de ciertos principios o preceptos fundamentales, así lo habría manifestado de manera expresa. Quienes así razonan estiman que, al no excluir ninguna norma constitucional de la posibilidad de ser afectada por la decisión que adopte el órgano facultado para reformar, la Constitución autorizó plenamente al poder de reforma para ejercer sus atribuciones sobre la totalidad de su preceptiva.

Otros doctrinantes son de la opinión contraria. Para ellos, de la inexistencia de cláusulas pétreas en la Constitución no se puede deducir que el poder de reforma se encuentre habilitado para modificar su contenido de manera que rompa o quiebre los contenidos esenciales, ideológicos o axiológicos inicialmente plasmados en la Carta Política; para sustituir una constitución por otra; para desvertebrar la Constitución en su estructura básica; ni para pasar de una orientación filosófica o política a otra totalmente diferente y hasta contraria a la original; ni para cambiar la forma de Estado o de Gobierno adoptada por la Constitución; y menos para derogar la Constitución que se intenta reformar. Entre otras razones porque ello implicaría confundir el poder de reforma con el Poder Constituyente, o, dicho de otra manera, entregar en su integridad el Poder Constituyente a unos órganos constituidos, capaces de reemplazarlo por completo.

Los autores que optan por esta tesis hablan, entonces de límites inmanentes, trascendentales, tácitos o implícitos en la Constitución. Esos límites resultan, según este criterio, de la esencia de la respectiva Constitución. De su sustrato ideológico y político. De sus bases fundamentales, que la distinguen y configuran con identidad propia.

En otras palabras, si, como lo entendían los escolásticos, la esencia de un ser está conformada por aquello que no puede faltar en ese ser, y en el evento de faltar no estamos ante el mismo ser sino ante otro ser distinto, en tratándose de una constitución política hay elementos en ella que le son esenciales. Si, en ejercicio del poder de reforma constitucional tales elementos desaparecen o son sustituidos por otros, o mejor dicho, si so pretexto de reformarla se afecta la esencia de la Constitución, ya no estamos ante **esa** sino ante **otra** Constitución. Así, pues, en vez de **reformar**, se ha **“reconstituido”**. Se ha ejercido un poder constituyente.

De acuerdo con este concepto, el órgano o los órganos constituidos facultados para reformar la Constitución, aunque ella no contemple cláusulas pétreas, no gozan de facultades para revisar, y menos para modificar, derogar o sustituir la esencia de la Constitución. No puede afectar ninguno de aquellos elementos implícitos en la Constitución. No puede entrar a decidir aquello que sólo al Poder Constituyente, en ejercicio de la soberanía, le está reservado. Y ello porque el órgano o los

órganos constituidos facultados para reformar la Constitución no son los titulares del Poder Constituyente. Tienen un poder limitado, restringido tácitamente. Gozan de una mera competencia, circunscrita a adoptar los ajustes que requiera el ordenamiento fundamental en sus aspectos no esenciales.

Como es fácil de comprender, la teoría jurídica que exige consagración expresa y escrita de los límites de fondo o materiales del poder de reforma ofrece menos dificultades en cuanto hace a la definición de la mayor o menor amplitud de las atribuciones del órgano reformador, porque sencillamente, no puede entrar a modificar ninguna regla constitucional que le esté expresamente vedada, y si lo hace, se hallará sin duda en una franca hipótesis de inconstitucionalidad de lo actuado y de responsabilidad política y jurídica por abuso de poder o extralimitación de funciones públicas. A la inversa, en lo no incluido de modo expreso en las cláusulas pétreas o irreformables, tendrá “carta blanca” para obrar, siempre que desarrolle su tarea reformadora dentro de las reglas de carácter formal exigidas para el acto correspondiente.

Mucho más compleja y difícil de encuadrar y de fijar con certidumbre es la competencia del órgano habilitado para reformar la Constitución si, no habiendo estipulado ésta ninguna cláusula pétrea, la doctrina que se acoge es la de los límites inmanentes o tácitos.

En efecto, cuando se parte de esta última tesis, al no estar trazados mediante disposición expresa los linderos entre lo reformable y lo irreformable, el intérprete de la Constitución y por supuesto el órgano autorizado para reformarla, deben entrar a definir cuál es **la esencia** de la Constitución – por tanto irreformable al amparo de sus propias atribuciones-, y esa esencia no es fácilmente delimitable. Lo que para uno es esencial, para otro puede no serlo.

Veamos algunos ejemplos:

- Sin duda, en un Estado como el colombiano -de raigambre democrática- no es difícil concluir que modificar la norma o normas mediante las cuales se define la forma de gobierno propia como democrática, para sustituirla por una monarquía, o derogar el Estado Social de Derecho implicaría afectar la esencia de la Constitución.
- En cambio, no todo el mundo pensaría lo mismo si se preguntara si el sistema presidencial es o no de la esencia de la Constitución, o si introducir mediante Acto Legislativo del Congreso el sistema parlamentario significaría o no sustituir uno de los fundamentos constitucionales básicos.
- Tampoco se puede afirmar con absoluta certeza que sea elemento esencial de la Constitución –o que no lo sea- el Estado Unitario y que, por tanto, le fuera vedado al Congreso modificar el artículo 1° de la Carta Política de 1991 con el objeto de regresar en Colombia al federalismo, o cambiar la denominación de “República de Colombia” por los “Estados Unidos de Colombia”, como en su momento se hizo en 1863 la Constitución de Rionegro.

¿Quién debe definir, en el caso de una constitución como la colombiana –que no contempla cláusulas pétreas- lo que puede modificar y lo que no puede modificar de su texto el Congreso, mediante Acto Legislativo? ¿Quién traza la línea divisoria, ante la inexistencia de límites expresos?

Diríase que la Corte Constitucional, en su calidad de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

Pero hay un problema. El artículo 241, numeral 1 de la Constitución de 1991 señala de manera perentoria:

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo (Subrayo). Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. (Se subraya)

Por su parte, el artículo 379 de la Constitución establece:

“ARTICULO 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”.

Todos los requisitos contemplados en los artículos 375, 376 y 378 de la Carta son de carácter estrictamente formal.

Así las cosas, hasta 2003 se pensó que en Colombia la Corte Constitucional no podía en modo alguno entrar a definir si, en el fondo, una reforma constitucional podía violar la Constitución. En ese año, a propósito de la revisión oficiosa de la Ley que convocaba a un referendo, la Corte profirió la Sentencia C-551 (M.P.: Dr. Eduardo Montealegre), que sirvió de base para desarrollar la denominada “teoría de la sustitución de la Constitución”.

Ella consiste en sostener que, si bien la Corte no puede entrar a conocer sobre los posibles vicios de fondo de una reforma constitucional (Art. 241), debe examinar, antes de estudiar lo referente a vicios de forma, si el órgano que reforma o convoca a un referendo a una asamblea constituyente para reformar la Constitución gozaba de competencia para hacerlo. Si no era competente, no podía reformar la Constitución y la enmienda o convocatoria es inconstitucional. Así lo debería declarar esa Corporación.

La Corte introduce, entonces, el concepto de “límites competenciales”, como diferentes de los límites de fondo o materiales. Se inclina por la existencia de límites tácitos y sostiene que, así no hayan sido contempladas –como no contempla nuestra Constitución- cláusulas pétreas, el poder de reforma se tiene precisamente para eso: para “reformular” la Constitución, no para sustituirla por otra, ni para derogarla. No le es permitido, en consecuencia, tocar elementos esenciales de la Constitución como la afiliación de Colombia al sistema democrático, ni la consagración del Estado Social de Derecho.

La teoría es perfecta y digna de reconocimiento en cuanto permite al Tribunal Constitucional velar por la integridad de la Carta Política, aunque con el debido respeto debemos decir que la Corte Constitucional al aplicarla en sucesivas sentencias relativas a actos legislativos demandados, no ha sido coherente; sus posiciones han sido contradictorias, y ha generado toda una serie de inquietudes, entre ellas la de si, en varias de las providencias sobre sustitución de la Constitución, ha desbordado su propia competencia; o por el contrario, en otras, ha evadido la consecuencia que dicha teoría implica, al paso que en otras ocasiones y ha dejado pasar reformas verdaderamente lesivas de la esencia constitucional; y, desde el punto de vista político, si ella –la Corte-, so pretexto del control, de constitucionalidad sobre los actos legislativos para asegurar que no se traspasen los límites competenciales, ha ejercido más bien un verdadero poder político y ha dado en sustituir al Congreso en el ejercicio del poder de reforma de la Constitución.

Si hacemos un repaso de las sentencias que han versado sobre la materia, no es difícil constatar fenómenos como los siguientes:

- Se aprecia en tales fallos la falta de criterios unificadores. A mi juicio, habiendo sido muy clara y contundente la Sentencia C- 551 de 2003, al señalar en términos generales los motivos –por supuesto excepcionales- en que podría hablarse de una sustitución de la Carta Política por el hecho de encontrar la Corte que un acto legislativo quebranta principios o fundamentos esenciales de aquélla, lo que hemos visto en fallos posteriores ha sido la aplicación de la teoría a cada caso concreto sin que la determinación respectiva responda a una línea o a un criterio orientador. No hay un método. No hay un hilo conductor entre las diferentes providencias, y nos hemos quedado sin saber, finalmente, cuál es en el sentir de la Corte la esencia de la Constitución.

Así, lo que en 2005, cuando se examinó el Acto Legislativo 2 de 2004 sobre reelección presidencial, no sustituyó según la Corte ninguno de los postulados fundamentales del ordenamiento superior, sí los vulneró en 2010, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley que convocaba a

un referendo reeleccionista. Sólo entonces se descubrió que la reelección presidencial, estando el jefe del Estado su ejercicio del cargo, quebrantaba el equilibrio institucional, la igualdad de los candidatos, el principio de alternatividad, los frenos y contrapesos para evitar el abuso de poder. Nada de eso lo había aceptado la Corte Constitucional en 2005.

En otro aspecto: al paso que en 2005 no se consideró que la reelección presidencial para el período inmediato afectara la esencia de la Constitución, dos sentencias posteriores de inexecutable se han proferido en contra de reformas constitucionales transitorias mediante las cuales se quiso incorporar a la carrera administrativa a empleados estatales en provisionalidad o en encargo, por estimar la Corte que eso sustituía la Constitución.

Varios ejemplos más podría traer a colación, pero no lo hago ahora por razones de tiempo. Y no quiero cansarlos. Pero sí manifiesto, que, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a este respecto ha hecho falta el auto control y han brillado por su ausencia unos criterios jurisprudenciales orientadores que hagan valer en esta materia la seguridad jurídica.

Muchas gracias.

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.