

EL DERECHO A REFORMA

La Dirección

SUMARIO: 1. DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA. 2. UNA MIRADA A LA HISTORIA. 3. DE LA EXTRAVAGANCIA A LA SENSATEZ. 4. LA REFORMA Y EL CAMBIO. 5. EL CAMBIO Y LO CAMBIADO. 6. ¿DE LA SENSATEZ A LA EXTRAVAGANCIA. 7. LA ARGUMENTACIÓN TRADICIONAL. 8. ¿PERDIENDO EL CAMBIO?. 9. LAS CLÁUSULAS PÉTREAS. 10. EL ASUNTO DE LAS COMPETENCIAS. 11. HACIA LAS ENTELEQUIAS Y LAS ENCRUCIJADAS.

1. DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA.

Hay que librar la teoría del derecho del vasallaje que ésta les ha rendido a los partidos. Ésta fue la admonición que en 1576 **Jean Bodin** les hizo a sus contemporáneos. El consejo de Bodin es una muestra de la arraigada prevención que en aquella época se respiraba contra la política "ad usum", o lo que es lo mismo, contra el ajetreo cotidiano de los partidos en la lucha por el poder. No solamente azotaba a Francia la cruenta guerra religiosa entre **hugonotes** y **católicos**, sino también el flagelo de la incipiente fronda y los diversos grupúsculos antimonárquicos, que abarcaban vastas parcialidades inconformes y, por tanto, activistas contra el establecimiento monárquico y sus adyacencias. Empero, ni siquiera Bodin siguió su propia consigna. El abandono de su inicial punto de partida obedece a razones repetidamente arrojadas por la historia. La lección que de ésta se saca es que la teoría no es el factor que moldea la práctica, sino lo contrario: el armazón de la praxis es el que sirve de soporte a los juicios teóricos. En suma, la teoría sigue

a la realidad como la sombra al cuerpo, o lo que es lo mismo, la vida viviente entreteje la tesitura de cada cuadro teórico; por lo cual puede decirse entonces que a una mayor agitación de la vida real le corresponde un esbozo sintético más refinado de la realidad.

2. UNA MIRADA A LA HISTORIA.

Un breve repaso de la historia de las doctrinas políticas y de la teoría del estado en particular prueba lo anterior. Platón concibe *La República*, movido por el tremendo impacto que le produce la injusta muerte de su maestro Sócrates; Aristóteles pergeña *La Política* como antítesis y síntesis de los excesos en que incurre la decadente democracia griega; Santo Tomás concibe y realiza su inmensa "Summa" como guía enmendadora de la dispersión filosófica y medio orientador del caos mental predominante en su tiempo; preservar el poder para los Médicis y alertar acerca de los peligros de la atomización de Italia fueron los móviles de Maquiavelo en *El Príncipe*.

Avanzando en este repaso, debemos advertir que *El tratado sobre el gobierno* de Locke aparece después de "la gloriosa revolución" de 1688, y busca afianzar el parlamento frente al absolutismo de los Estuardo; Thomas Hobbes también apuntalando el poder a toda costa, quería evitar los sustos pasados por las gentes de su época, debido no solamente a la amenaza española, sino también a las guerras, o mejor dicho, escaramuzas de la nobleza y de la naciente burguesía contra la monarquía. Podríamos decir que Montesquieu lo que hizo fue quebrantarle la columna vertebral a ese cuerpo compacto y homogéneo del poder absoluto y unitario, escindiéndolo en tres porciones, bajo el acertado supuesto de que el poder dividido es manejable, en razón de que si se reparten las fuerzas, se produce una centrifugación de la energía inicial, y los tres poderes resultantes se frenan y contrapesan entre sí. Siéyés y todos los doctrinantes de la época revolucionaria, extraen precisamente de esa hoguera sus ideas. Porque suele acaecer que del fragor de la lucha emergen pensadores con cabeza fría que empiezan a idear el marco ideológico y a abstraer

categorías generales en torno a la entidad del Estado y a deducir principios fundamentales respecto del manejo del poder.

3. DE LA EXTRAVAGANCIA A LA SENSATEZ.

Pero sin duda Bodin tenía razón, porque en esos tiempos de borrasca, si bien se producen muchas cosas ilusas, extravagantes, exóticas, que han poblado la literatura política del mundo occidental, también brotan y florecen tesis doctrinarias y escuelas de pensamiento que arraigan y perduran en el tiempo.

Precisamente nosotros ahora estamos en una coyuntura de tempestad, porque tenemos un Estado amenazado por una guerrilla y otros grupos, que en los últimos 30 años han venido actuando frente a la autoridad debilitada de un Estado perplejo e indeciso, que sólo hace poco ha hecho frente al reto. Y lo estamos también por la decadencia de los partidos, por el fracaso de la democracia formal y, en fin, por las situaciones de crisis económicas que no son propiamente un efecto de causas exógenas sino endógenas. En este momento también suelen surgir una serie de puntos de vista verdaderamente fantásticos en torno a cómo se hace una Constitución o cómo se reforma, y aparecen las más peregrinas posturas en torno a las competencias que tienen los hacedores o reformadores de esa Constitución, desde el punto de vista del derecho público. Podría condensarse la cuestión en los artículos 241 y 374 de la Constitución Nacional; esos dos artículos nos están señalando tanto la competencia de la Corte Constitucional para revisar la reforma constitucional, como la competencia del Congreso para hacerla; nos están mostrando cuáles son los límites de cada una de estas entidades constituidas, aunque una de ellas se erige también en constituyente, como es el caso del Congreso, para hacer la reforma.

4. LA REFORMA Y EL CAMBIO.

En primer lugar, ya hemos visto cómo el artículo 241 establece que la Corte decide de las demandas de inconstitucionalidad

presentadas o promovidas por los ciudadanos en contra de las reformas, de los actos reformatorios de la Constitución, sea cual fuere su origen, pero sólo por vicios de procedimiento en su formación. El punto es tan claro que no da base ni pie alguno para una interpretación contraria. La competencia de la Corte en la revisión de los actos legislativos realizados por el Congreso, solamente puede referirse a los vicios de procedimiento en la formación de dichos actos.

5. EL CAMBIO Y LO CAMBIADO.

Empecemos por decir que toda reforma significa una contradicción con lo reformado, es decir, la reforma necesariamente está en contrapunto o contradicción dialéctica con la cosa que se reforma, y por eso es una reforma; si no hubiera esa contradicción, entonces no sólo semántica sino, además, jurídicamente, la noción de reforma sería inane. Se trata pues de hacer modificaciones en un orden creado y existente, por otro nuevo orden establecido por voluntad, bien sea del Congreso como constituyente, bien sea de una asamblea constituyente, o bien sea del pueblo mediante referendun, según lo estable el Artículo 374 de la Carta.

De todas maneras, las normas reformatorias necesariamente tienen que entrar en pugna con las normas reformadas, porque reformar no es otra cosa que cambiarle parcial o totalmente a un objeto su forma, dándole otra distinta de la que tenía; eso se ha entendido así no solamente en el lenguaje común, sino también en el derecho.

6. ¿DE LA SENSATEZ A LA EXTRAVAGANCIA?

Sin embargo, sería bueno examinar algunas de las últimas jurisprudencias de la Corte Constitucional para establecer cómo empieza una especie de expugnación respecto del contenido de una reforma, y cómo esa pica en Flandes que abre la Corte

Constitucional, parece entrarse por un portillo al conocimiento del contenido sustancial de las reformas, cuando expresamente, en términos estrictos y precisos, como exige la Constitución, el único papel de la Corte Constitucional en esa materia es la revisión formal del acto legislativo reformativo. Veamos en efecto algunas de las últimas sentencias, limitandonos a la parte sustancial de las mismas.

Las últimas sentencias que se pueden referir al tema son la C-487 de 2002, la C-551 de 2003, y la C-816 de 2004. Vamos a ver las oscilaciones del pensamiento de la Corte Constitucional en este campo y su atisbo todavía no definido de penetrar por una portezuela que ella misma se ha abierto, a ese cenáculo del contenido que es intocable.

7. LA ARGUMENTACIÓN TRADICIONAL.

En la primera sentencia, la 487 del 2002, la Corte sostiene la tesis tradicional, y se inhibe de decidir en una demanda contra el acto legislativo No. 1 de 2003, la cual traía como *causa petendi* la supuesta violación de la Constitución por la nueva materialidad de la reforma, es decir, por el nuevo contenido de la misma. En ese momento la Corte de una manera –yo digo que juiciosa– acogió el pensamiento tradicional de que solamente podía asediar el aspecto formal de la reforma, pero en ningún caso penetrar en su contenido. Ésa es la primera de las sentencias, que en síntesis lo que hizo fue preservar ese punto de vista jurisprudencial y tradicional de los juzgadores, que parece ser el ortodoxo, conforme a la letra misma de la Constitución.

8. ¿PERDIENDO EL CAMINO?

Sin embargo, en la segunda de esas sentencias, la C-551 del 2003, después de una argumentación muy extensa, sosteniendo precisamente la tesis de la sola revisión del aspecto formal y procedimental de la reforma, la Corte llega a un punto en el cual

parece que le diera entrada al aspecto material, es decir, llega al punto de la competencia del reformador, de la competencia del Congreso y, entonces, en este momento a esa competencia, que es competencia *intuitu* o *ratione legitimatis*, la convierte en competencia *ratione materiae*, y resulta que, por dicha puerta, la Corte sostiene que la Corte sí puede penetrar en el recinto del contenido de la reforma bajo ciertas circunstancias vagas e imprecisas, sustentando la tesis de que reformar no es sustituir y que, por consiguiente, la sustitución completa de la Constitución por una reforma constitucional, resulta un acto legislativo inconstitucional. Esto, afortunadamente, lo dice como un *obiter dicta* o como un *obiter dictum* en los considerandos, sin que el tema influya como *ratio decidendi* en la decisión del caso. La Corte no sostiene que este *obiter dicta* sea la doctrina oficial en materia de revisión de la Constitución. Se para en la puerta de entrada y se queda ahí un poco perpleja sin pretender de ninguna manera entrar a ese nuevo recinto. Veamos textualmente.

"La exclusión del control constitucional es neutral pues el contenido de toda reforma constitucional por definición es contrario a la Constitución vigente, en vista de que precisamente pretende modificar mandatos de esa Constitución. Admitir que una reforma constitucional pueda ser declarada inexecutable por violar materialmente la Constitución vigente equivale entonces a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula a la competencia de la Corte, es la consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional". En este punto, sin embargo, ya toca lo relativo a la competencia, y dice: "*hasta ahora un vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada como sobre el trámite de la misma, pues ese pilar básico de ambas y que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido, es necesario que la autoridad realice el trámite señalado en el ordenamiento pero que además sea facultada para dar ciertos contenidos normativos, eso significa entonces que el procedimiento de formación de un acto*

jurídico puede ser inválido porque el órgano que lo establece no se someta a los términos propios de la norma que trata de modificar".

Como antes se dijo, la tesis, que tiene mucha más elaboración y extensión consiste en poner una forma de limitación a la competencia del Congreso, bajo el supuesto de extralimitación de la misma, para luego entrar, también, a examinar y a declarar inválido el contenido de la reforma.

Este punto de vista, presentado como *obiter dicta* (que no influye en la decisión), está determinando en cierto aspecto algunos de los fenómenos que han ocurrido en la historia constitucional del país, como es el caso de las bases del acuerdo que establecieron en 1886, como principios fundamentales inviolables, los delegatarios, para realizar la gran Constitución del 86. Se recordará que se propusieron unas bases fundamentales, que fueron votadas plebiscitariamente por las municipalidades del país, y que esas bases fundamentales fueron las que sirvieron de basamento a la Constitución de 1886. En este punto parece válida la cuestión: cuando se establecen unas bases, y el que las propone es el poder constituyente primario, pues necesariamente el constituyente reformador no puede tocarlas; al crear la Constitución, esas bases de todas maneras son inamovibles. En la Constitución de 1991 no aparece ninguna limitación; claro está que, cuando al reformador congresional le es excluída de su competencia determinada franja de la Constitución vigente, pues obviamente no la puede tocar, como ocurrió en la Constitución Francesa de 1791, en que se dijo que las Constituciones posteriores no podrían cambiar la forma de gobierno republicano, y mucho menos volver a la monarquía.

9. LAS CLÁUSULAS PÉTREAS.

En Colombia también hubo limitaciones establecidas por lo menos en tres ocasiones, en la historia constitucional. La primera de esas limitaciones se dio en la convención de Cúcuta. Allí se estableció la carta fundamental de la Gran Colombia, y no solamente se le

fijó un *pro tempore* de vigencia a esa Constitución de 10 años, sino también, después de varias consideraciones, se repitió la fórmula de los constituyentes franceses de 1791, consistente en que no se podía cambiar la forma de gobierno; y esta misma fórmula se estableció también en las Constituciones de 1832 del Estado de la Nueva Granada, y de 1843 de la república de la Nueva Granada, en la cual hay cláusulas iguales en que se dice que en ningún caso se podrá cambiar la forma de gobierno republicano; pero, de resto, no existe en ninguna Constitución colombiana ningún óbice, ninguna reserva jurídica de Constitución, ningún tramo intocable de la Carta que se erija en materia intangible o intocable por parte de los reformadores. En este punto han surgido varias posiciones, como se pudo ver en el estudio jurisprudencial, en el cual se habla de que reformar no es sustituir. Resulta que reformar sí es un término genérico que implica en sus acepciones la de sustituir, desde el punto de vista semántico; pero no podemos caer en esa discusión cuando hay razones superiores para no atenerse a esa insinuación de la Corte Constitucional. Una de las razones es que ¿quién dice en qué consiste la reforma? Y si la reforma es realmente constitutiva de la Constitución anterior, ¿cuándo se constituye? ¿Cuándo se transforma la totalidad del articulado? No lo dice ningún texto de derecho positivo ni de la Constitución. ¿Cuándo se apunta a modificar los derechos fundamentales? Tampoco lo dice. ¿Cuándo se cambia el régimen de gobierno? Tampoco lo dice. Entonces, ¿es la Corte –me pregunto yo– la que tiene en su poder la llave mágica para decir: aquí se está sustituyendo la Constitución?. Es una grave espada de Damocles sobre el constitucionalismo colombiano que se le otorgue a la Corte Constitucional, en su labor de juzgamiento de los cambios constitucionales, el conocimiento de los aspectos sustanciales.

Lo fundamental que debe establecerse es que la historia constitucional del país consagra esas reservas constitucionales en forma expresa, explícita, literal y, por tanto, no se les puede inventar ninguna limitación a las reformas realizadas por el Congreso, a las

reformas hechas por la Asamblea Constituyente o a las introducidas por el pueblo, mediante referendun, esto es, toda limitación al poder de reforma debe ser explícitamente establecida en la Constitución. La Carta del 91 no es una Constitución –como la propia Corte reconoce– pétrea, estancada, sino que confiere la posibilidad a cualquiera de los tres constituyentes, que algunos llaman derivados, utilizando la taxonomía alemana, de introducirle reformas.

10. EL ASUNTO DE LAS COMPETENCIAS.

Es importante señalar en este punto el equívoco de la Corte en el amago de penetrar en el conocimiento de la parte sustancial de la reforma. Resulta que efectivamente desde el punto de vista procesal, la competencia subjetiva está legitimando al autor, pero en cuanto a autoridad capacitada para realizar determinados actos y, desde luego, cuando se delimita por una reserva expresa en la Constitución anterior, pues hay que mantener esos actos, esa reserva, esa parte inexpugnable e intocable; pero cuando la Constitución, como la de 1991, no dice nada, no se ve en qué forma haya posibilidad de que algunos segmentos de la Constitución sean normas rígidas, pétreas, intocables por los reformadores.

En eso del constituyente primario y del constituyente derivado, el criterio que quiere establecer una especie de graduación de competencias, en el cual el constituyente primero puede hacer una capa de actos, el constituyente congresional puede hacer otra capa de actos, y la Asamblea Constituyente también otra, ¿de dónde sale? Todos los constituyentes tienen una competencia pareja para reformar la Constitución. Es que el constituyente primero es el constituyente primario, suelen decir en una tautología muy incauta e ingenua; pero resulta que el constituyente primario a la postre también es una entelequia jurídica, es una ficción jurídica, es algo que no se ha podido realizar porque la democracia directa, malamente practicada por los griegos en una de las etapas de su historia, perdió toda posibilidad,

aun en Suiza, donde todavía en los cantones se usa, es una forma defectuosa de hacer las reglas generales, y se ha dificultado más con la expansión demográfica, con las amplias zonas que hay que cubrir, con las complicaciones tecnológicas modernas, etc. De manera que incluso el referendo, del que suele afirmarse es un producto del constituyente primario, en el fondo y en la práctica tampoco lo es, porque es una élite, bien sea el gobierno o una élite de ciudadanos notables, la que está escogiendo los puntos por reformar, no es el pueblo. La posibilidad de que el pueblo en su generalidad llegue al estadio de hacer una Constitución, resulta un imposible físico y metafísico, de manera que eso de la primogenitura de las Constituciones que son hechas por referendo, por consulta o por plebiscito, es una entelequia en la cual indudablemente el mecanismo de la representación y el mecanismo del *notablato* están funcionando como en cualquiera otra parte.

En cuanto a que la Asamblea Constituyente es elegida por el pueblo, el Congreso también lo es. Son tan representantes los constituyentes de la Asamblea como los constituyentes del Congreso, cuando éste está realizando esta función, de manera que tratar de establecer una especie de jerarquía de capacidad y competencia por parte de esos tres estamentos reformadores de la Carta, es una de esas ideas ilusorias que surgen en los tiempos de borrasca, como el tratar de decir que en la reelección se viola la igualdad. La igualdad que, por supuesto, ha sido una proposición jurídica todavía muy incompleta y una proposición sociológica todavía sin perfeccionar, porque de acuerdo con una de las personas que más pensó en ese tema, que fue Aristóteles, "*igualdad es tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales*", lo cual no es decir nada (con la venia del gran pensador universalmente admirado): porque con su promulgación quedamos en las mismas. Resulta que por más esfuerzos que haga el mundo por encontrar una igualdad, eso va a ser imposible; cualquier tipo de igualdad, igualdad de oportunidades, de cultura, de formación intelectual, igualdad de capacidad y de luces de la mente, eso no va a ser posible.

11. HACIA LAS ENTELEQUIAS Y LAS ENCRUCIJADAS.

Entonces, en el campo en que estamos trajinando, podría resultar que la democracia norteamericana tampoco es democracia, porque hay reelección, ni la francesa, ni otras de países civilizados. Resulta que la democracia viene a ser también otra entelequia, de acuerdo con esa posibilidad y con ese extremo. De suerte que en esta materia lo mejor es enemigo de lo bueno, y hay que ponerse en el ámbito de la realidad y de lo posible, y considerar que cualquiera de los tipos constituyentes que establece la Constitución, tiene la legitimidad y tiene la competencia igualada a la de los demás, y que no se puede hacer un cartabón de competencias para asignárselo a cada uno de los constituyentes, porque no hay quien nos dé ese cartabón, a no ser la misma Constitución, y la Constitución no lo da. Por esta razón, algunos de los *idola fori* que se presentan en este momento, son falseadores de una realidad objetiva, que es la que recoge el derecho y a la que hay que atender si es que no queremos caer en el caos. Lo que la reforma constitucional por las diferentes vías que establece la Carta busca es darles evasión a las aspiraciones a veces silenciosas de una mayoría, porque debemos repetir "que el pueblo sin rey sigue siendo el pueblo, pero el rey sin pueblo no sigue siendo el rey", o sea que por detrás está el pueblo sosteniendo, quiérase que no, no se sabe por qué efluvios, determinadas corrientes de opinión que tienen que ser respetadas por las autoridades constituídas, porque de resto se llega a las reformas revolucionarias y violentas, que es lo que trata de evitar a todo trance el Derecho.

