

“REFLEXIONES SOBRE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS EN LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN”*

*Héctor Helí Rojas Jiménez***

Buenos días a todos. A la Dra. Julieta, al Dr. Motta, al Dr. Luis Javier, al Dr. Lucena, al Señor Decano, al grupo de estudiantes y de investigadores que promueven este foro, pero especialmente a los estudiantes que han venido a escucharnos y a debatir con nosotros. Creo que deberíamos fijar unos elementos básicos para que el panel sea más productivo, y me parece que deberíamos poner el estado de la cuestión o el estado del arte. Con todo respeto por los profesores e investigadores, creo que los estudiantes merecen que les fijemos unas tesis básicas para que puedan hacer sus preguntas y podamos debatir con más éxito.

Partamos de que este tema de la *rigidez constitucional* debe verse desde la antigua discusión del Poder constituyente y de los Poderes constituidos, o del Poder originario y los Poderes derivados, o del Poder del pueblo que funda la organización de la sociedad y establece o expide una Constitución y el Poder de los representantes de ese pueblo que pueden modificar esa Constitución en algunos casos totalmente y en otros casos de manera parcial.

* Este documento contiene la transcripción de las palabras pronunciadas por el profesor Héctor Helí Rojas Jiménez en el Conversatorio sobre *Rigidez Constitucional*, realizado el día 4 de mayo de 2011, en los auditorios D-306 y D-307 de la Universidad Sergio Arboleda, dentro de la iniciativa estudiantil *20 años después, una Constitución desde las aulas*.

** *El Doctor Rojas Jiménez es abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Constitucional Comparado y en Derecho Administrativo; Maestro en Economía y Ciencias Políticas, Ex-Representante a la Cámara, Ex-Senador de la República y, actualmente, es parlamentario por Colombia ante el Parlamento Andino; a más de figurar como catedrático titular de Derecho Constitucional de las Universidades Libre, Andes, Antonio Nariño, Cooperativa de Colombia, Sergio Arboleda y Militar Nueva Granada.*

No puede ser lo mismo, y no ha sido lo mismo, el Poder constituyente y los Poderes constituidos. Y ahí aparece un segundo tema que es el conflicto entre autoritarismo y democracia. La noción del Poder constituyente, del Poder originario, del Poder del pueblo, de un poder ilimitado, de un Poder no sujeto a controles derivados, tiene que ver con la idea de la soberanía del pueblo y con la idea de que el pueblo lo puede todo. Esta idea que, desde luego, arranca de la lucha de las democracias occidentales frente al absolutismo monárquico, va a tener dos estadios en los que comienza a debatirse el tema de la democracia y del autoritarismo, y el de la Constitución y de la reforma de la Constitución.

Desde luego tenemos que referirnos a la Constitución de Filadelfia de 1777, en la que los Padres Fundadores –que así se llamarán luego–, tomando teorías del constitucionalismo inglés, establecen con toda claridad el concepto de Soberanía Popular; en primer término: “*Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos*” y, en segundo, el tema de la rigidez de la Constitución. La Enmienda Quinta de esa Constitución de Filadelfia consagra unos requisitos muy difíciles de cumplir para reformar la Constitución: que la propuesta de reforma fuera presentada, al menos, por las dos terceras partes de los representantes de los Estados federales y que, una vez aprobada por el Congreso, fuera ratificada por no menos de las tres cuartas partes de los Estados de la Unión. Eso hacía prácticamente imposible la reforma de la Constitución. Estados tan disímiles, con diferentes momentos culturales, y con riquezas y bienes distintos, es muy difícil que se puedan poner de acuerdo.

Sin embargo, ese tema hoy en día está bastante superado porque se han retomado las ideas que por allá en 1778-79 escribieron en *El Federalista* hombres como Madison y como Hamilton explicando por qué se puso esa *rigidez*, esa fuerte exigencia de requisitos y de mayorías cualificadas para la reforma constitucional. Los Padres Fundadores no querían que fuera lo mismo modificar la Constitución que modificar las Leyes ordinarias. Y eso porque ellos tenían en la cabeza un concepto del constitucionalismo inglés de que hay un Derecho superior, que más allá de las leyes hay un Derecho superior que en el caso de los ingleses es un Derecho no escrito, un Derecho que hace parte de la Historia cultural y política de Inglaterra, un

“Derecho más alto” y más allá de lo que tocan y manejan el Congreso y el Gobierno; un Derecho de valores y de principios supralegales que integran el patrimonio cultural del pueblo inglés.

Estos revolucionarios norteamericanos hacen su Constitución y llevan esa idea de que las normas de esa Constitución están más allá de las normas legales, pero lo hacen tratando de imponer un principio fundamental: el de la *supremacía* de las normas constitucionales. Las normas constitucionales no son iguales a las normas legales, son normas fundamentadoras y organizadoras del Estado y de la sociedad, y no se debe dejar que sean reformadas de manera fácil, coyuntural, o al vaivén de las mayorías de que dispongan los gobernantes o los grupos de poder en determinado momento.

Este tema del constitucionalismo norteamericano nos fija dos principios muy importantes: el principio democrático de la soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional. Desde luego, el principio jurídico de la supremacía constitucional en los Estados Unidos no se va a estructurar con la expedición misma de la Constitución de Filadelfia sino que va a necesitar una evolución muy importante a partir de 1803 con el famoso fallo del juez Marshall, en el caso de *Marbury Vs. Madison*, que va a construir el contenido del principio jurídico de la supremacía constitucional. La Constitución va a ser suprema no solo porque es el querer y la voluntad del pueblo sino también porque ella es la norma superior del Ordenamiento jurídico, a ella deben condicionarse todas las demás normas, pues ella es la norma que estructura el Estado y organiza la sociedad.

En Francia se dio otro proceso revolucionario, muy distinto del de Norteamérica, y no existió la fuerza contundente del constitucionalismo norteamericano frente a la supremacía constitucional. En Francia lo que va a haber es un privilegio, una mayor consideración hacia el Parlamento y hacia lo que hace el Parlamento: la ley. La presunción de constitucionalidad de la ley se impone y obviamente había una gran desconfianza de los revolucionarios franceses frente al papel que los jueces habían cumplido en el *Viejo Régimen* de las monarquías y los absolutismos; por eso no quisieron darle tanta importancia a la Constitución ni a los jueces, y se la reservaron al Congreso y a la Ley, sobre la base de que la ley es la expresión de la voluntad general y

sobre toda la teoría de Rousseau de la autorreflexibilidad de la ley, es decir, de una norma que se acepta y se respeta, no sólo porque obliga a gobernantes y gobernados, sino porque es hecha por los representantes del pueblo y se devuelve al pueblo en forma de mandatos coercibles que asignan derechos o que imponen obligaciones.

Dos ideas de Constitución, dos ideas de rigidez constitucional, dos ideas de proceso democrático. Entre nosotros, esas dos ideas han coexistido en la mayoría de nuestras Constituciones. En la Constitución de 1886 vimos el modelo francés de la soberanía nacional, de la presunción de constitucionalidad de la ley y el papel secundario de los jueces que son simples aplicadores del Derecho. Pero también ha habido Constituciones en la Historia colombiana que han recogido el constitucionalismo norteamericano en el sentido más puro, como las cartas liberales y federales de 1853, 1858 y la de Rionegro de 1863, que recogieron las ideas de supremacía constitucional, la organización federal del Estado. Entre nosotros la Constitución del 91 es una mezcla de concepciones de uno y otro constitucionalismo. Si bien es cierto que en Norteamérica la supremacía constitucional como contenido político nace en el momento mismo en que se expide la Constitución, su valor jurídico como norma suprema del Ordenamiento, condicionante de los contenidos de las demás normas jurídicas, sólo aparece en 1803; en tanto que en Europa el concepto y el valor jurídico de la supremacía constitucional va a aparecer en el Siglo XX y más concretamente después de la II Guerra Mundial, a través del constitucionalismo alemán y del constitucionalismo español. A través de la Constitución española de 1978, nos van a llegar a Colombia unos conceptos, unos principios, unas ideas de ese constitucionalismo nuevo de Europa que se va a parecer mucho al viejo constitucionalismo norteamericano. Entonces, hoy, por una vía o por otra, tenemos el principio democrático en términos muy claros: la soberanía del pueblo. Fueron ciento cuatro años de vigencia de la Constitución del 86 con el concepto de la soberanía nacional. Hoy tenemos el concepto de la soberanía popular y lo tenemos claro, lo tenemos identificado y no nos importa mucho de dónde lo tomamos, o de dónde lo resucitamos, pues ya estaba en algunas Constituciones del Siglo XIX.

Otra cosa que tenemos clara, a partir de la Constitución del 91, es el valor normativo de la Constitución y el carácter jurídico del principio

de la supremacía constitucional: la Constitución es suprema no solo porque sea la expresión de la voluntad del pueblo sino también porque condiciona todo el Ordenamiento jurídico a los valores, y a los principios en ella contenidos. Y desde luego tenemos clarísimo que ese valor jurídico del principio de la supremacía constitucional nos conduce a afirmar y defender la idea del Control de Constitucionalidad como principio fundamental de nuestra organización política. Son principios, el de soberanía popular, el de supremacía constitucional y a su lado el del control constitucional, muy fundamentales, parte de un Derecho más allá de lo que los hombres pueden tocar en el Parlamento, en los Decretos y en cualquier otro tipo de legislación que se expida. Desde ahora yo avanzaría en que por lo menos esos conceptos (soberanía popular, supremacía constitucional y control constitucional) son conceptos que no pueden ser variados por los órganos constituidos, es decir por el Congreso de la República y mucho menos por otras entidades que pueden expedir normas jurídicas según la propia Constitución.

Me faltaría decir algo y es lo siguiente: cuando hablamos del principio democrático y de la soberanía popular no sólo lo estamos diciendo desde la perspectiva del constitucionalismo norteamericano sino también desde la del constitucionalismo francés, es decir desde el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos Universales de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice que para afirmar que un país tiene una *Constitución*, es necesario un texto que consagre los derechos y los mecanismos para su protección y, a más de todo, establezca la separación del Poder público. Es decir, la separación del Poder y la constitucionalización de los derechos y los mecanismos de protección de esos derechos, no se podría cambiar como se cambia la Ley ordinaria, o como se cambian normas de inferior categoría a la Constitución. Hacen parte del “Núcleo duro” que requiere más exigencias para su reforma.

Este tema es muy difícil, es muy contemporáneo, porque la gente tiene distintas propuestas, pero abordar el tema supone ser más humildes en el sentido de no querer crear una teoría universal y única. Hay que tener claro lo que es la Constitución política. Me gusta mucho la definición de algunos constitucionalistas europeos como Häberle, que llevan a decir que: *hay que tener en cuenta un aspecto cultural*;

*la Constitución es como un espejo en el que se mira el pueblo. Y, entonces, uno quisiera verse alto, mono, gringo y de ojos verdes; pero uno no es así. Uno es bajito, gordo y feo. Pero ese es mi espejo y eso es lo mío. Y seguramente el indígena, el homosexual, el agnóstico, otras minorías, se ven distintos de como nos vemos los conservadores, los liberales y los del Polo. Pero ese espejo permite que todos no nos veamos iguales en derechos y, entonces, ese multiculturalismo y ese pluralismo permiten que todos nos veamos en nuestro espejo, y que cuando nos veamos en el espejo de los bolivianos, que es un espejo muy bonito, porque allá no hay la discusión de género, por ejemplo, la Constitución se llama *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*, sepamos que ese no es el nuestro. Es mejor vernos en nuestro espejo colombiano, ¿verdad?*

Y sin relativizar los principios, a lo que más sentimos que son las creencias, los valores, los principios que conforman la identidad del pueblo colombiano, con todas las diversidades que pueda tener, voy a terminar diciendo lo siguiente: no existe un paradigma único de democracia ni tampoco un paradigma único de constitucionalismo; los pueblos tienen derecho a tener su propia forma de democracia y su propia forma de constitucionalismo. Lo que pasa es que todos quieren tener una Constitución: ¿Se imaginan a Chávez sin Constitución? ¿Se imaginan a Pinochet sin Constitución? A los generales argentinos? Todos quieren tener una Constitución. Pero hay Constituciones de papel, Constituciones de mentiras; la Constitución tiene un sentido y un contenido material que limita todos los que están sometidos a su imperio. Es decir, hay que asumir un concepto material de Constitución, la Constitución no puede ser de mentiras. Pero la Constitución es como la construye cada pueblo.

Hay un libro de Ronald Dworkin que se llama “*La democracia posible*”, en el que analiza lo que decía el Doctor Lucena, ¿cuál es tema de la democracia norteamericana? Hoy uno no puede defender ni a Samuel Moreno ni a Osama Bin Laden, el que diga que a Osama lo fusilaron, que no le notificaron los derechos, que no le informaron que podía poner un abogado, que no le respetaron la legítima defensa, que lo mataron de una, y con su familia –hasta el perro, pues–; los que dicen ahora en *Wikileaks* sobre Guantánamo, en materia de Derechos Humanos, que torturando a uno consiguieron a Osama, en fin. Esas no

son cosas admirables para parecerse a la Democracia norteamericana, faltaba más que esos fueran elementos para asimilar por parte nuestra. Sin embargo, Dworkin señala cuatro puntos en los que puede asimilarse a la Democracia norteamericana: primero, la lucha contra el terrorismo; segundo, la separación del Poder del Estado y del Poder de la Iglesia, necesitamos un Estado laico que sea tolerante con los credos religiosos, no queremos un Estado religioso que sea tolerante con los partidos políticos o los grupos religiosos, queremos un Estado laico; tercero, los impuestos, queremos impuestos justos que se distribuyan bien, que haya proporcionalidad, progresividad, etcétera; y cuarto, la democracia: que haya unas elecciones transparentes, limpias, los aspirantes puedan adherir en condiciones de igualdad, de libertad, de verdadera competencia democrática. Esto sería un mínimo consenso para defender la Democracia norteamericana.

Hay otro libro de Carlos Gustavo Nino, el gran constitucionalista argentino, y dice: *bueno, uno podría ponerse de acuerdo para el tema del conflicto entre democracia y constitucionalismo, resolviéndolo pacíficamente si se respetan tres cosas: la Constitución histórica, es decir, los principios, las creencias, los valores que históricamente han sido patrimonio del pueblo colombiano, del pueblo australiano o del pueblo de que se trate; que todo el constitucionalismo, toda su construcción, todo el poder de control de constitucionalidad y el poder de los jueces se orienta a defender los derechos individuales y a defender, como dice nuestro Artículo 5, a defender los derechos individuales, si llegamos a ponernos de acuerdo en que no siempre prevalece el interés general porque si de por medio hay un derecho fundamental de algún individuo, ese interés general tiene que respetar ese derecho y el juez tiene que hacer un esfuerzo más grande para que el interés general no aplaste el interés individual; y lo tercero, que se respete el principio democrático.*

Entonces, cada pueblo tiene que llegar al consenso en algunos temas. El pueblo colombiano, ya lo planteaba el Doctor Del Castillo, tiene que ponerse de acuerdo en el principio democrático, en la separación del poder, queremos un Congreso que controle al Ejecutivo, no queremos un Congreso arrodillado, complaciente o muy *amiguito* del Ejecutivo. Cuando hay unanimismo, cuando no hay oposición, cuando no hay crítica, el Ejecutivo hace del Parlamento un ente accesorio. Queremos

unos jueces autónomos, independientes, permanentes, respetados y respetables. Y queremos, desde luego, un ejecutivo comprometido con la Constitución, no un Ejecutivo que trate de destruir la Constitución. Queremos, desde luego, defender el gran avance del Constitucionalismo colombiano, hoy día en Colombia tenemos constitucionalizados los derechos, las acciones, los procedimientos, los mecanismos para proteger esos derechos, y a los jueces de tutela y de constitucionalidad por todo el país, y eso es algo que no debería ser cambiado.

En eso debería haber rigidez constitucionalidad. Esto se llama el *nuevo Derecho procesal constitucional*: las acciones, las autoridades, los principios, las normas que protegen los derechos de los colombianos. En tercer lugar, tenemos que ponernos de acuerdo en si vamos a defender el Estado social de Derecho o no, porque sigue sin superarse el debate sobre los derechos fundamentales. Hay quienes siguen sosteniendo que derechos fundamentales son sólo los de libertad. Es decir, siguen defendiendo solamente el Estado de Derecho. Digámosle a la gente que es igual, que puede creer en *lo que le dé la gana*, que es libre de hacer y de no hacer, pero hasta ahí. No aceptemos que el Estado está obligado a dar salud, vivienda, seguridad social. No aceptar los derechos de prestación es, para muchos, atentar contra la dignidad del ser humano porque qué hace un hombre enfermo, desempleado, sin un techo, sin una pensión, sin alimentación? El destechado, el enfermo, el desempleado, el analfabeto son seres infelices que están siendo tratados sin respeto a su dignidad.

Nosotros creemos que el respeto a la dignidad del ser humano debe ser el criterio identificador hoy día de los derechos fundamentales de los individuos. Todo lo que tenga que ver con su dignidad es fundamental. Y, entonces, dicen no hay plata y el gobierno, como decía el Doctor Del Castillo, promueve un proyecto de *sostenibilidad fiscal* según el cual es principio constitucional el que haya recursos para atender estos derechos de prestación. Y, por supuesto, recursos no va a haber. Y, menos, ahorita: si hay para las víctimas no habrá para los damnificados, si hay para los damnificados no habrá para los desplazados, si hay para los desplazados no habrá para ampliar la cobertura o la calidad. Entonces, el tema es muy difícil, pero

uno sí debería defender como principio rígido, inmodificable, de la Constitución el carácter social del Estado. No nos podemos conformar con un Estado de Derecho que proclame libertades. Tenemos que soñar y conquistar un Estado Social que dé prestaciones a los individuos. Y no pedimos que les den lo máximo, pedimos que les den el mínimo. Por eso hablamos en la jurisprudencia constitucional del *mínimo vital*. No queremos todos comer caviar y langosta, pero queremos que todos tengan acceso a un mínimo de salud, a un mínimo de educación, a un mínimo de alimentación, a un mínimo en vivienda, a un mínimo en seguridad social. Eso es lo que piden los defensores del Estado Social.

Nosotros, de otra parte, defendemos algo que este Gobierno no entiende ni lo han entendido los demás gobiernos que han manejado la Constitución del 91. Ni Gaviria, ni Pastrana, ni ninguno. Es un tema que ya está superado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los tratados internacionales: es simplemente el concepto de la progresividad. No pedimos que hoy, ya, el individuo acceda a sus derechos al máximo: no. Que el Estado, según su pobreza o según su riqueza, vaya avanzando progresivamente a optimizar ese mínimo que reclaman los ciudadanos. Que ese mínimo sea, sobre todo, irreversible; que no retrocedamos en lo que ya hemos conquistado. Que no nos suban los requisitos para obtener a la pensión, que no nos bajen el salario, que no nos restrinjan el acceso al empleo, que no nos dificulten o nos quiten las facilidades que tenemos para acceder a los créditos de vivienda, por ejemplo.

Que haya progresividad y, desde luego, que haya un respeto por las condiciones del Estado. No puede uno aspirar a que esto sea Suiza, o Dinamarca o cualquier país de esos donde el mínimo es muy alto. Nos conformamos con un mínimo pero no podemos ser defensores de un simple Estado de Derecho. En las clases aquí, me acuerdo, de una crítica al Estado de Derecho de un novelista francés, Anatole France, que les decía a los revolucionarios franceses y a todos los defensores del simple Estado de Derecho, *qué sentido tiene un Estado de Derecho que prohíbe por igual al rico y al pobre pedir limosna, robar y dormir bajo los puentes*. Creo que si el Congreso aprueba esa *sostenibilidad fiscal* estaría sustituyendo la Constitución, no reformándola sino sustituyéndola. Nada más que cambiando al

Estado Social de Derecho y volviendo a un Estado de Derecho que no fue el que quiso el pueblo en la Constituyente.

Termino con una reflexión del profesor Pedro de Vega en el prólogo al libro *“Límites al poder de reforma constitucional en Colombia”* (Gonzalo Ramírez Cleves): *todos estos controles y todas estas rigideces constitucionales y todos estos requisitos excepcionales para reformar la Constitución se justifican por la necesidad de que los representantes del pueblo soberano, es decir, nuestros congresistas, nuestros gobernantes, no se vuelvan los soberanos representantes del pueblo y terminen usurpando el Poder constituyente y dejando de ser poderes constituidos, para pasar a ser un poder originario.*

Les agradezco que me hayan escuchado y muchas gracias.