

LA ESTABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS*

*Álvaro Andrés Motta Navas***

En primer lugar es importante hacer resaltar que el tema del foro es complejo y en él están insertos prácticamente los pormenores y las vicisitudes más agudas del derecho público, de la teoría política, del derecho constitucional y, en general, de todo el derecho. Entonces, las presentes ideas y reflexiones, en todo caso requieren ser complementadas y mejoradas constantemente; y así, me limitaré a hacer una aproximación general a la materia, no sin destacar la profunda discusión que puede suscitar, incluso, una mera aproximación.

Así, a título de introducción, he creído conveniente hacer una descripción de la materia y una crítica con algunos comentarios sugestivos que puedan motivar el debate. En ese orden de ideas, quizás el primer punto que quisiera compartir con ustedes sobre la rigidez constitucional es una estadística que está contenida en un artículo publicado en la *Revista Universitas*, en el año 2008, sobre el número de Constituciones que se han promulgado en Occidente. Dicha referencia señala que en occidente se han promulgado cuatrocientas

* *Este documento contiene la transcripción de las palabras pronunciadas por el profesor Álvaro Andrés Motta Navas, 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 Motta Navas es abogado de la Universidad Javeriana, cuenta con varias Maestrías y Posgrados en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, entre otras ramas del Derecho. Es consultor y asesor. Es profesor regular en varios países europeos, Latinoamericanos y en Colombia, a nivel de posgrado y pregrado en distintos temas en diferentes Universidades. Actualmente, a más de dirigir la cátedra de Derecho Constitucional General en nuestra Escuela dirige la firma Motta Navas, Abogados Asociados y es director de la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana.*

veinticinco Constituciones. De todas ellas, doscientas sesentaicinco (el 62%) se han promulgado en Latinoamérica, y esta región del mundo ha sido el escenario principal de las grandes reformas constitucionales. Entre esas, República Dominicana ha tenido treinta y dos, Venezuela ha tenido veintiséis, Ecuador veintidós, Honduras catorce, Perú catorce, El Salvador trece, Nicaragua doce, y nosotros hemos tenido aproximadamente 107 así: La Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta (1821) tuvo ocho grandes reformas en el siglo antepasado, la Constitución de 1886 hasta 1991 tuvo sesenta y nueve reformas, y la Constitución de 1991 hasta el año pasado tenía veintinueve reformas por Acto Legislativo y una por vía de referendo. Así, tendríamos la impresión de que es una Constitución que cambia constantemente y que es fácil de reformar porque se modifica en promedio 1,5 veces al año. Lo primero que habría que preguntarse es ¿qué tan rígida pueda llegar a ser nuestra Constitución y qué tan útiles han sido las reformas?

Ahora bien, detrás de la palabra *rigidez* se encuentran dos fenómenos que parecen estar totalmente contrapuestos pero que, en realidad, son requisitos esenciales, fundamentales de la norma constitucional. En primer lugar, la rigidez constitucional implica la estabilidad de la Carta, indispensable para que pueda moldear la sociedad, para que pueda cumplir sus finalidades, para que pueda alcanzar sus objetivos. Por ejemplo, para que se puedan alcanzar las premisas que caracterizan el Estado Social de Derecho, es necesario crear todo un escenario de derechos prestacionales que facilite la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. Y, al mismo tiempo, las Cartas políticas y las Constituciones necesitan una posibilidad de adaptación y de actualización para el entendimiento y comprensión de las nuevas realidades, en lo cual resalta la noción de cambio o reforma.

Normalmente la rigidez de la Constitución es un requisito de su esencia y de la técnica de la norma constitucional. Las normas constitucionales son de diferentes clases, contienen valores, principios, derechos, fines programáticos, normas que habilitan competencias, órganos, cláusulas de reforma, entre otras, y esa variedad de normas en buena medida facilita la adaptación a los nuevos cambios y su concreción en las nuevas realidades. Por ejemplo, la norma de protección del derecho al dato con internet, con facebook, con twitter, en general con

todos los medios de comunicación es muy diferente de la aplicable en la época en que Gutemberg perfeccionó la imprenta, pero el derecho al dato sigue siendo un derecho fundamental y en su esencia es el mismo. Ahora bien, si se hace una regulación muy específica de la norma constitucional será indispensable cambiarla frecuentemente porque fácilmente va a quedar desueta. Hoy, las Constituciones son normalmente normas complejas, extensas, con grades desarrollos y altos niveles de especificidad, y así, además, se complementan con desarrollos en miles de sentencias que las leen, que las interpretan, que las integran, que crean líneas y constituyen fuentes formales de derecho, y que crean un marco jurídico que no todas las veces facilita la realización de la idea subyacente a la noción de rigidez constitucional, -la cual es indispensable para la vida en sociedad y a su vez un valor fundante del derecho-, esta es la seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, tenemos que llamar la atención sobre otro tema, y es que existe en el imaginario latinoamericano la idea de que la Constitución es la expresión de la mayoría y la mayoría todo lo puede. Voy a mencionar cuatro países: Si se observa lo que ocurrió en Venezuela, en Bolivia, en Ecuador y en Nicaragua, los presidentes que llegaron con determinadas políticas, lo primero que hicieron fue acometer procesos de reforma constitucional. El Presidente Chávez, en 1999, cambió la Constitución venezolana; el Presidente Correa, en 2007, cambió la Constitución ecuatoriana de 1998; el Presidente Morales, en Bolivia, cambió la Constitución de 1967; en Nicaragua el año 2009, el Presidente Ortega presentó una acción para proteger su derecho fundamental a la igualdad para presentarse a las elecciones y reelegirse, y la jurisdicción protegió su derecho.

Buena parte de los procesos de reforma constitucional acuden al pueblo para cambiar la Constitución y el pueblo no tiene ningún tipo de límite.

Con diferencias muy importantes quisiera destacar el caso colombiano. Todos sabemos que el mal llamado Plebiscito de 1957 – técnicamente fue en un referendo - establecía que la reforma de la Constitución de 1886 –que rigió durante estos ciento cinco años– sólo podía ser adelantada por el Congreso. Y hoy estamos conmemorando los veinte años de la Constitución que se promulgó en 1991 por una Asamblea

Nacional Constituyente, elegida directamente por el pueblo, en virtud de un Decreto Legislativo expedido en un Estado de Excepción, que por lo demás se había declarado en 1984 y que permitió contar los votos de la séptima papeleta, sosteniendo que era la expresión de la voluntad del pueblo y que dicha expresión era fundacional, que no tenía límites, que no tenía ningún tipo de restricción y que, en ese orden de ideas, era posible convocar dicha Asamblea Nacional Constituyente que modificara totalmente la Constitución de 1886, no obstante la norma de esta misma Constitución que decía que sólo el Congreso podía adelantar la reforma. Y cito además la famosa Sentencia 138 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia y dos providencias adicionales, una de 1957 y otra de 1987, en las que se dijo que el poder constituyente primario u originario no tenía ningún tipo de límite. Claro, lo ocurrido fue muy diferente de lo que pasó en los países que acabo de nombrar donde las reformas fueron promovidas por grupos que apoyaban determinada causa y por un Presidente que ganó las elecciones. En Colombia el proceso fue distinto. En ese instante no estábamos frente a ese fenómeno, que genera una sutil pero trascendental diferencia entre uno y otro proceso. Si usted lee los argumentos que se emplearon en estos países para reformar las Constituciones, incluso por fuera de las cláusulas que ellas mismas establecían, citaban el caso colombiano aun cuando no era un tema similar. La Asamblea Nacional Constituyente que creó la Constitución en 1991 fue un ejercicio pleno de pluralismo democrático, resultado de la más genuina y la más pura expresión de un poder constituyente originario legítimo, no restringido, no condicionado, ni limitado, es decir, libre.

Ese es el entorno dentro del cual podemos hablar de la rigidez constitucional. Y todos conocemos la línea jurisprudencial que empezó a fijarse en nuestro país desde el 2003 con muchas sentencias dentro de las cuales yo mencionaría cuatro: la primera, la sentencia C-551 del año 2003 –sobre el referendo–; la segunda, la sentencia C-1040 de 2005 –sobre la primera reelección del Presidente–; la tercera, la sentencia C-588 de 2009 –por medio de la cual se declaró inconstitucional un acto legislativo que permitía incorporar los funcionarios que estaban en determinada situación administrativa, que es la provisionalidad, a la carrera administrativa– y, la cuarta, la sentencia C-141 del año 2010. ¿Qué dijeron esas sentencias? ¿Qué está bien, qué está mal? ¿Qué nos parece? ¿Cómo lo contextualizamos? y ¿Qué conclusiones y reflexiones podemos sacar sobre el particular?

En estas sentencias se plantea la tesis de la identidad de la Constitución, que es una idea formulada en un libro publicado en 1927 –que fue la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt-, en donde se analizan los fenómenos de destrucción de la Constitución, de suspensión de la Constitución, de supresión de la Constitución, de reforma de la Constitución y del quebrantamiento de la Constitución. Esos temas se estudian en dicha obra en un capítulo que se llama “Los conceptos derivados de la Constitución”, de la identidad de la Constitución, que es un presupuesto esencial en el juicio de sustituibilidad que se encuentra vigente entre nosotros.

En estas mismas sentencias, entonces, se habla del papel de la Corte Constitucional y de la posibilidad de controlar por vicios de competencia las reformas que realice el Congreso. Y, entre nosotros, el debate se ha dado allí: en lo que se denomina el poder constituyente derivado o secundario que está en cabeza de los poderes constituidos y de la distinción que hizo Sieyés entre el poder constituyente y el poder constituido. En el año 2005, se profiere la Sentencia 1040, y en ella se retoma esta teoría, pero con unas particularidades, que quisiera hacer resaltar, puesto que entre líneas se afirma: *es que la Constitución es un reflejo de la sociedad y no puede negarse a sí misma, la sociedad ya tiene unos elementos intrínsecos que se reflejan cuando se crea una Constitución.*

Y, finalmente, en la Sentencia C-141 de 2010 se hacen una serie de reflexiones sobre la democracia y la asunción de la competencia de la Corte Constitucional para valorar la democracia y estimar si se ha sustituido la Constitución. Como todos sabemos ese proyecto de ley que convocaba un referendo constitucional fue declarado inconstitucional por vicios formales, pero hay muchos folios dedicados al principio de limitación del poder y al fenómeno de la sustitución.

Varias notas podríamos destacar: en un primer momento se explicó por parte de la jurisprudencia que los vicios de competencia son asimilables a los vicios de procedimiento, razón por la cual la Corte Constitucional tendría la facultad para pronunciarse sobre los vicios de competencia que se asimilan a los vicios de procedimiento; una segunda posición expuso, con posterioridad, que el vicio de competencia es distinto del vicio material y del vicio de procedimiento,

es decir, no lo asimiló ni al uno ni al otro, pero en todo caso afirmó la posibilidad de pronunciarse sobre los mismos en virtud de la función de guardiana de la Constitución.

Detrás de toda esta problemática están los siguientes temas: primero, normalmente siempre se opone el principio de soberanía popular al principio de supremacía constitucional, toda la línea jurisprudencial así lo hace; un autor muy importante, citado por el Doctor Héctor Helí, de la Universidad Complutense de Madrid, que escribió sobre este tema a principios de los 80, que es el profesor Pedro de Vega, sostuvo: es incorrecto pensar esto en términos de oposición porque la supremacía constitucional es el principio jurídico de un principio político que es la soberanía popular.

Otra idea: estamos de acuerdo en que el poder constituido, es decir, el poder para reformar la Constitución, es un tema que tiene límites. Pero la pregunta es si el poder originario tiene límites. Jefferson decía: esta generación no puede limitar la Constitución de la generación siguiente. Cada pueblo tiene derecho a constituirse y darse su propia organización. Entonces debemos preguntarnos hasta dónde la mayoría puede entrar a cambiar o modificar una cláusula considerada pétrea. O mejor hagamos la siguiente pregunta, ¿en verdad existen las cláusulas pétreas? ¿En verdad existen temas que en un momento específico en el mundo puedan entenderse como inmodificables, intangibles e incambiables?. Esta es una gran reflexión.

Y les quiero llamar la atención sobre las primeras páginas de la C-141 en las que hay un párrafo que dice lo siguiente: “en todo caso, si el referendo constitucional actúa es poder constituido porque está regulado por la Constitución; el acto legislativo es poder constituido porque actúa por medio del congreso; y la asamblea nacional constituyente, ¿puede ser un poder constituido, un poder derivado o un poder originario? Puede ser derivado si simplemente reforma o puede ser originario si es convocada porque el pueblo así lo quiere para que expresamente sustituya la Constitución y la cambie totalmente”. Y, por ahí, en otro párrafo de esta sentencia dice la Corte Constitucional que la asamblea nacional constituyente, así sea poder originario, no puede hacer lo que quiera, porque hay una normatividad internacional, hay un derecho internacional,

hay un respeto a los derechos humanos que debe protegerse. Es decir, ¿podemos afirmar que existen límites al poder originario? es más, también debemos preguntarnos, ¿es correcto hablar de poder primario y de poder secundario? Este es un tema que es atribuido a diferentes orígenes: algunos dicen que nació de la teoría francesa, otros que fue la norteamericana, etcétera, pero, hay otras tesis que critican la diferenciación y la existencia de la distinción entre poder originario y poder derivado. Por ejemplo, el autor argentino Sánchez Viamonte explica que: *esto hay que hablarlo bajo la idea de un poder primigenio y de un poder continuo un poder primigenio que se ejerce por una sola vez, que una vez que crea una constitución entra a dormir, entra en reposo y que una vez que hay que reformar la Constitución se despierta y reforma la Constitución.*

El test de sustituibilidad es una técnica para observar si se cambia o no la identidad de la Constitución. Esa técnica de la sustitución lo que me dice es: puede reformarse la Constitución, pero no puede subvertirse, cambiarse totalmente, sustituirse en sus elementos identitarios; pero no afirma que exista un límite material, no hay una cláusula pétrea, así entendida. Quizás el problema es entrar a preguntarnos si hay o no cláusulas pétreas o intangibles. Yo, sobre el particular, quisiera simplemente llamar la atención sobre el siguiente punto: hoy en día el derecho constitucional está inserto dentro de la democracia constitucional, que se define después de la segunda guerra mundial a través de contenidos de carácter axiológico. Así está previsto en la Constitución alemana de 1949, en la Constitución italiana de 1947 (que entró a regir en 1948), en la Constitución española de 1978 y nuestra Constitución que adopta el Estado Social de Derecho. Y esa democracia constitucional, que es diferente de la idea del Estado liberal burgués, presupone que estas dos expresiones son consustanciales y que necesitan la una de la otra. Yo no puedo concebir la Democracia sin Constitución ni la Constitución sin Democracia. Y no puedo entender la organización de la sociedad en Occidente sin la defensa de una serie de contenidos jurídicos materiales que están por lo demás formulados desde el mismo surgimiento del movimiento constitucionalista liberal en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando se dijo en su Artículo 16 que: “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Entonces, hoy en día, en la Constitución no puedo poner lo que sea y utilizar las palabras en cualquier contexto. Por ejemplo, vamos a promulgar una Constitución en la que se afirme que se promueve la injusticia, la desigualdad y la ausencia de libertad. Es un imposible. Hay que responder a una serie de contenidos que no son tan polivalentes, así en la práctica sean usados dentro de la sociedad con diferentes significados. Me explico: hoy, todos los discursos y todas las posiciones hablan de lo mismo. Hablan de democracia, de igualdad, de libertad o dignidad; o ¿cuál no? Todos. Es más, el primer artículo de la Constitución de Cuba, dice que Cuba es una república socialista y democrática, pero es una democracia distinta de la nuestra y de la norteamericana.

Hoy en día, en buena medida, no puede concebirse el derecho constitucional sin los derechos de las personas. Y hoy no se conciben los derechos sin el concepto de “progresividad”. Y esa progresividad la podríamos denominar de otra manera: el dinamismo de los derechos. Es que los derechos se van construyendo y tienen procesos de identificación, de reconocimiento y de realización. Y para promover su realización es necesario un escenario donde el derecho pueda realizarse y concebirse. Y es que allí es donde están los derechos prestacionales.

Por otro lado, es importante explicar que detrás de la idea de soberanía, la cual es fundamental en el poder constituyente originario, está la idea de libertad. Es decir, es un sofisma acudir a las mayorías para cambiar la Constitución creando un sistema que en el fondo restringe las posibilidades de libertad. Por ejemplo; llega un dictador apoyado por la mayoría, cambia la Constitución, restringe la libertad de expresión y ese pueblo, que sólo conoce una realidad, que no tiene derecho a la información, es convocado a elecciones y ¿qué ocurre? Todos los caudillos ganan las elecciones, porque no hay libertad. Detrás de la idea de soberanía nacional están los derechos de las personas y los escenarios de libertad. Si se restringen los derechos de las personas se impide el ejercicio de la soberanía presupuesto esencial del poder constituyente primario u originario.

Quizás, para decirlo de una manera un poco más ortodoxa, esa prevalencia de los derechos sí constituye un límite a lo que se

denomina poder constituyente primario, que está en cabeza de todos y cada uno de nosotros. Porque si se restringe la libertad, la decisión mayoritaria puede deteriorarse y convertirse en un aparente mecanismo de legitimidad de decisiones no democráticas.

Así, para finalizar, vale la pena destacar el valor epistemológico de la democracia, radicado en el pluralismo propio de la democracia constitucional. Entonces, la democracia se perfecciona en la regla que garantiza el pluralismo y que facilita que la mayoría tome las decisiones respetando la diferencia y los derechos de las minorías. Empero, sin pluralismo la mayoría también puede ser arbitraria.

Así podríamos pensar en los derechos humanos y su dinamismo como esa gran cláusula pétrea que sostiene el concepto de soberanía nacional que es, a su vez, el fundamento del poder constituyente originario y del poder constituyente derivado. Estas serían las claves dentro de las cuales se comprendería el fenómeno de la rigidez constitucional.

Muchas gracias, muy amables.

