

## LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA ESTRUCTURAL\*

*Luis Javier Moreno Ortiz\*\**

Este conversatorio me brinda la feliz oportunidad de encontrarme de nuevo con algunas personas que fueron antes mis discípulos y que ahora son mis colegas, con quienes me unen los estrechos vínculos que se forjan en las aulas. También me permite dialogar con apreciados compañeros en el ejercicio de la docencia y con un auditorio bien dispuesto para emprender la tarea de reflexionar sobre la Constitución y su proceso de reforma. A todos ustedes gracias por su presencia hoy aquí y gracias por hacer parte activa del proceso de deliberación colectiva que se ha propuesto.

Antes de ocuparme del tema que hoy nos convoca, debo hacer dos aclaraciones. La primera, obligado por la generosa presentación que se acaba de hacer de mí. La segunda, motivada en lo que ya se ha dicho con antelación. En este conversatorio no actúo en la condición de servidor público ni en la de profesor, sino que asumo de manera deliberada la más humilde y la más divertida de las condiciones: la de estudiante. Así quiero referirme al tema. Como dijeron mis ilustres antecesores en el uso de la palabra, la Constitución y la

---

\* Este documento contiene la transcripción de las palabras pronunciadas por el profesor Luis Javier Moreno Ortiz 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 profesor Luis Javier Moreno Ortiz es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. En la actualidad es profesor titular de Historia Política y Constitucional de Colombia y de Deontología Jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Director del Instituto de Estudios Constitucionales de la misma. Se desempeña también como Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales en la Procuraduría General de la Nación.

rigidez constitucional son dos asuntos tan ricos y complejos, que antes de pontificar sobre ellos, a veces de manera vana, es preferible concentrar la energía en estudiarlos. Como estudiante espero que tengan conmigo la benevolencia y la confianza que se suele tener con los condiscípulos. Luego de escuchar las prolijas intervenciones de los profesores Héctor Elí Rojas Jiménez y Álvaro Andrés Motta Navas, que abarcan los grandes asuntos del tema y permiten incluso construir una completa línea jurisprudencial, siento la tranquilidad de estar en un aprieto. Puede parecer paradójico, pero me tranquiliza saber que los temas ya han sido tratados, pues eso me libera en mi intervención y, al mismo tiempo, esta circunstancia me pone en un aprieto, pues debo pensar de qué hablar cuando el material parece haberse agotado. Ante esta situación sólo me queda el camino de ser recursivo, para evitar repetir lo dicho, y de serlo dentro de los límites que la ciencia y el arte imponen a los estudiantes.

Quiero proponer, en primer lugar, el juicio de que bajo el fenómeno de la rigidez constitucional subyace el fenómeno de la Constitución como norma estructural. Mientras que los referentes normativos legales o administrativos pueden, e incluso deben en algunas circunstancias, ser coyunturales, la Constitución no puede ni debe asumir esa condición. Y no lo puede hacer porque uno de los valores más importantes de la Constitución, como el de todas las instituciones fundamentales, es el de su continuidad en el tiempo. La Constitución no se hace todos los días y no se debe hacer todos los días. Quizá lo que más admiramos de la Constitución de los Estados Unidos no sea su proceso de gestación, ni la sabiduría de los padres fundadores de esa gran nación, ni la brevedad de su contenido, ni el sistema como éste está dispuesto, sino la notable circunstancia de haber durado varios siglos vigente. Una Constitución cuya vigencia se mide en siglos, tantos como aquellos en los cuales se mide la existencia de la República en la cual rige, tiene a su favor la ventaja de la antigüedad: por algo debe ser. Si una institución ha durado más de dos siglos, es dable asumir tanto que algo debe tener de bueno como que lo que tiene de bueno es más que lo que tiene de malo. Las obras precarias o mal hechas no suelen resistir el embate constante del tiempo. La duración en el tiempo de la Constitución, en tanto norma estructural dentro de una comunidad política, puede ser un criterio útil y relevante para aproximarse al estudio del fenómeno de la rigidez constitucional.

Si se asume que la Constitución es una norma estructural, como se propone, la manera de hacer frente a las exigencias de cambio y a los propios hechos sobrevinientes, no pasa por cambiar la Constitución o por sustituirla, sino por reformarla. Las personas cambian, las sociedades cambian y las comunidades políticas también cambian. El mundo en el que vivieron nuestros antepasados hace más de doscientos años, en la época en la cual se gesta el proceso del poder constituyente y se forman las Constituciones modernas en occidente, no es el mismo mundo en que vivimos nosotros. El solo hecho de la afortunada presencia de las mujeres como protagonistas de la vida común, marca una clara diferencia. La tensión entre continuidad y cambio se resuelve por medio de la reforma. Esta reforma puede darse por vía normativa, con cambios explícitos en el texto de la Constitución, o por vía interpretativa, con cambios implícitos en la lectura de dicho texto.

¿Cómo conciliar, entonces, la estabilidad que requiere una estructura como la Constitución con la necesidad de introducirle ajustes? Esta es la cuestión que se debe considerar antes de proponer y de aprobar una reforma. Al estudiar nuestra experiencia durante los ya casi veinte años de vigencia de la Constitución de 1991, aparece un dato sorprendente: es mayor el número de reformas constitucionales que el número de años de vigencia de la Constitución. El número de las primeras es de treinta, mientras que el número de los segundos apenas alcanza a veinte. Ese es el resultado si se cuentan sólo las reformas exitosas, pues si se consideran las reformas fallidas, es posible encontrar cientos de ellas en los registros del Congreso.

El no darle un tiempo, siquiera mínimo, a la Constitución, antes de precipitarnos a reformarla, revela un rasgo negativo de nuestro carácter: la impaciencia. En materia constitucional, como en casi todo, se quieren obtener resultados inmediatos, sea esto posible o no. El vértigo propio del hoy mismo y del para ya, está más próximo al capricho y a lo estéril, que a la visión razonable y feraz. El cambiar la Constitución por el prurito de cambiarla, la priva de la oportunidad de regir la vida común y, además, no resuelve ningún problema, sino que contribuye a generar nuevos problemas.

El cambio recurrente a la Constitución también revela que hay ciertos temas o materias inconclusos o abiertos en el discurso constitucional,

respecto de los cuales no se ha podido llegar a una definición adecuada y satisfactoria. En estos temas y materias parece haber una carencia (o debilidad) de consenso, carencia que no se ha logrado remediar ni en la Constitución ni en sus reformas. El tema económico puede ser un buen ejemplo de ello, pues en torno al principio de la estabilidad fiscal, que puede desarrollarse a partir del principio de equilibrio fiscal, se ha librado una verdadera batalla en varias reformas constitucionales relativas al tema de las pensiones. Sin embargo, los usuarios, los pensionados, e incluso los propios fondos, urgen por nuevas reformas al sistema. La más reciente de las reformas constitucionales en esta materia, que es del año 2005, pasó en su momento desapercibida y su efecto sólo se advierte ahora, cuando algunas personas próximas a pensionarse descubren que los cientos de regímenes de antaño se redujeron a los tres regímenes de hogaño.

Otro ejemplo de temas inconclusos o abiertos es el de la reelección presidencial, que tanta atención acaparó en sus dos intentos de reforma. Se trata de un cambio de fondo y no de un asunto menor, como lo demostraron los hechos. La definición de la suerte de los procesos de reforma constitucional tuvo a todo el país en vilo, pendiente de la decisión de la Corte, entre el júbilo y las lágrimas, entre el amor y el odio, porque se volvió un asunto visceral, apasionado, que es justo lo que no debe ser una Constitución. La Constitución no se debe hacer con el estómago, ni con el corazón. No se debe hacer o aplicar así por nadie, en especial por los jueces, pues la justicia reclama un equilibrio y una ponderación que no se pueden dejar de lado ante el impetuoso reclamo de la pasión, o de sentimientos como el amor o el desamor. Que alguien se apasione por la persona que ama es comprensible, pero que se apasione con igual intensidad por la Constitución es algo que no imaginaba, pero que pasa. De un tiempo para acá, la gente discute más por una tutela que por un detalle amoroso; es más importante lo que diga la Corte que aquellos detalles que hacen de la vida lo que es. Sin darnos cuenta, se nos constitucionalizó la existencia.

Las reformas han sido muchas. En eso concuerdo con el profesor Motta, al preguntar ¿de qué rigidez se puede hablar con tantas reformas?, pero lo hago con el matiz de que si bien reformar la Constitución parece una tarea muy fácil, es cada vez menos fácil. En el caso de la Constitución de 1991 las reformas son necesarias porque ésta tiene un problema de fondo que, siguiendo a Descartes, podría

plantearse como un problema estructural de la estructura. Dada su extensión y complejidad, nuestra Constitución tiene un alto contenido de reglas coyunturales, que no deberían estar en su texto, lo cual hace más difícil todo.

En cuanto a su extensión, sus trescientos ochenta artículos, sin contar los transitorios, no es un ejemplo de brevedad. Algunos artículos tienen párrafos y párrafos y párrafos, al punto de que se pueden encontrar artículos que se prolongan por varias páginas. Además del texto de la Constitución existen, mal contadas, diecisiete mil sentencias de la Corte Constitucional, algunas de ellas de más de trescientas páginas. Hoy en día, si se quiere estar medianamente informado sobre la Constitución, para no hablar del derecho constitucional, se debe llevar un cojín para poder sentarse antes de leer la gran cantidad de elementos relevantes que existen, y cargarse de mucha paciencia para tratar de desentrañar cuál es su significado, pues pese a su extensión, o quizá debido a ella, los textos no suelen ser muy claros.

¿Qué consecuencias se han derivado de la extensión de la Constitución? Aquí retomo las palabras del profesor Rojas, para decir que en la Constitución está todo, pero de verdad todo. Existe un fenómeno que hoy en día se llama “constitucionalización del derecho”, que se va notando en el ejercicio de la profesión y en la vida, así no se tenga mucho cuidado en estudiar los referentes teóricos. Un abogado especializado en derecho penal, por ejemplo, si no conoce y emplea la Constitución, es un mal penalista y es un mal abogado, pues el derecho penal ya no existe de manera separada de la Constitución. Un especialista en derecho internacional tiene el mismo problema. Ni siquiera el especialista en derecho laboral, que era un asunto muy específico, puede desdeñar la Constitución. La Constitución ha permeado todas las especialidades jurídicas y todos los textos del derecho. Hoy en día el derecho constitucional no es una especialidad entre tantas, ni siquiera es una especialidad, sino que es el género de todas las especialidades. Sin Constitución y sin derecho constitucional no hay ningún Código ni ninguna especialidad jurídica.

La constitucionalización del derecho ha llevado, por inercia, a la constitucionalización de las acciones y de los procesos. Hoy en día, cuando la gente tiene un problema, cualquier problema, en lo último

en que piensa es en la acción ordinaria, pues según su manera de entender las cosas eso se demora, es complicado, inútil e incluso aburrido. Prefiere las llamadas acciones constitucionales, a las que asume como prontas, sencillas, útiles e incluso divertidas. La respuesta de la gente ante un problema o conflicto, se trate de un abogado o de un no abogado, es que todo se resuelve con una tutela. Hay un exceso de fe en la tutela, en virtud del cual todo se soluciona por la vía de la tutela. Todo acaba siendo un problema de tutela. De hecho se podría acuñar una frase para describir este fenómeno: todo problema jurídico o no jurídico, que de verdad sea un problema, tarde o temprano acaba siendo un problema constitucional.

Este estado de cosas ha convertido, también por inercia, a la Corte Constitucional en una corte que si bien no es nominalmente la suprema sí lo acaba siendo en la práctica, porque todo problema jurídico relevante acaba siendo resuelto por ella o con arreglo a lo que ella dice. Los verdaderos problemas del país, sean sociales, o jurídicos, o ambas cosas, se acaban resolviendo en una sentencia de la Corte Constitucional. Por eso se genera tanta expectativa en torno a sus decisiones. Hoy mismo se reúne la Sala Plena de la Corte, para tomar decisiones muy importantes, como la relativa a la posibilidad de adoptar niños las parejas homosexuales. Miren si esta circunstancia no cambia las cosas. La extensión de la Constitución ha llevado a este desarrollo.

En cuanto a su complejidad, la Constitución de 1991 tiene dos nociones problemáticas, para no considerar las demás, que frente a ellas son *peccata minuta*. La primera es la del bloque de constitucionalidad. Por favor desdeñe el propósito de pensar que el libro que tiene en sus manos con el nombre de Constitución Política de Colombia es la Constitución. Es apenas una partecita, quizá la menor. La otra parte no está ahí, la tiene que buscar en el derecho internacional, en los tratados de derechos humanos. Cuando la encuentre, debe armar con ella y con el texto que llamamos Constitución un bloque de normas constitucionales. El bloque se debe construir, lo que no sería un problema mayor si no fuera porque no hay un claro consenso en torno a cómo hacerlo. La propia noción de bloque de constitucionalidad es equívoca, pues tiene varias acepciones. Se habla de bloque en sentido estricto, en sentido lato, como parámetro de juzgamiento, pero no parece estar claro, y la jurisprudencia de la Corte tampoco ayuda a

tener claridad en esto, cuáles normas en concreto hacen parte del bloque y cuáles no.

Por la vía del bloque de constitucionalidad se puede abrir una amplia ventana para la reforma a la Constitución. A mi modo de ver, cuando la República de Colombia aprueba y ratifica un tratado de derechos humanos, está reformando la Constitución, pues introduce una modificación evidente al bloque de constitucionalidad y amplía el conjunto de normas constitucionales. Lo mismo podría decirse cuando la República de Colombia denuncia uno de tales tratados. No sólo el Congreso, la Asamblea Constituyente y el Pueblo pueden reformar la Constitución, por la vía de los actos legislativos y del referéndum constitucional. También lo pueden hacer de manera conjunta el Gobierno, el Congreso y la Corte Constitucional, cuando acuerdan, aprueban, revisan y ratifican un tratado sobre derechos humanos. Este tratado, ingresa al bloque de constitucionalidad por la puerta del artículo 93 de la Constitución y la modifica. A esto se le ha puesto menos atención que a los actos legislativos y a los referendos constitucionales.

En realidad, con estos tratados hay un problema recurrente. Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, establece el derecho de éstos a ser consultados de manera previa a adoptar decisiones que puedan afectarlos. Esta norma, a la que se suele aludir también respecto de los afrocolombianos y, en general, de minorías étnicas, no dice que el resultado de la consulta sea obligatorio o vinculante, pero sí obliga a hacer la consulta. En la práctica, varias leyes y actos administrativos se elaboran y se dictan sin tener en cuenta esta consulta. El resultado es que la Corte Constitucional termina por declarar dichas leyes inexecutable. El congresista podría defenderse alegando que el deber de consultar a dichos pueblos no aparece dentro del libro llamado Constitución. Y en efecto, no aparece en ese texto, sino en un tratado internacional sobre derechos humanos, en este caso un convenio de la OIT, que pese a hacer parte del bloque de constitucionalidad, no se revisa, como tampoco se revisan los demás tratados sobre derechos humanos.

Por la vía de los tratados sobre derechos humanos se puede llegar a un problema adicional, que hace el asunto más complejo. Este problema

es: ¿cuál es el valor de las interpretaciones y de las decisiones de cortes o tribunales internacionales cuando aplican los tratados internacionales incorporados al bloque? De esta cuestión resulta una plausible preocupación hermenéutica, pues cabe la pregunta de si estas interpretaciones son fuente de derecho en nuestro ordenamiento. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar un artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos, dice algo relevante sobre éstos, ¿es importante lo que dijo en nuestro discurso constitucional? O, ¿es irrelevante? Estos problemas se ven venir, pues de hecho ya hay dificultades al considerar lo que dice la Corte Constitucional y lo que dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la aplicación directa de tratados internacionales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ante este panorama, como estudiante tengo la expectativa de saber si algún día la justicia penal se anima a condenar a una persona que haya cometido un delito de lesa humanidad a cadena perpetua. Sería un caso interesante en lo académico, pues la pena de cadena perpetua no aparece en la Constitución, ni en la ley penal, pero sí está en el referido Estatuto de Roma, que se incorporó de manera expresa, por medio de un acto legislativo, al artículo 93 de la Constitución.

La segunda noción problemática en cuanto a la complejidad de la Constitución de 1991, es la de los derechos fundamentales innominados. Sobre el discurso en torno a estos derechos, puede decirse algo parecido a lo que decía el profesor Motta, pues no hay nadie tan sabio como para conocer todos los derechos de las personas. Los derechos siempre se escapan. Algunos de ellos están allende la frontera de nuestro conocimiento, esperando ser conocidos, reconocidos y nominados. Las enumeraciones de derechos son provisionales, pues hay otros derechos más allá de las categorías establecidas. Por la vía de los derechos fundamentales innominados la Constitución también cambia. Si la Corte, por ejemplo, en una sentencia reconoce en ciertas circunstancias un derecho nuevo, como dicen algunos que ocurre en el caso del aborto, no se puede sostener que la Constitución no sufre ningún cambio.

Dada la extensión y complejidad del texto constitucional, es posible examinar alternativas diferentes del acto legislativo, la asamblea

constituyente y del referendo constitucional, para estudiar la reforma de la Constitución, como acaba de verse. No obstante, para evitar abusar de su paciencia, y dadas las limitaciones de tiempo, quisiera centrarme ahora en uno de los temas más recurrentes en el discurso en torno a la reforma de la Constitución: me refiero a la teoría de la sustitución de la Constitución. Quisiera proponer un análisis de esta teoría a partir de la interesante hipótesis que plantea Gustavo Zagrebelsky en la obra *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*<sup>1</sup>. En este libro Zagrebelsky, quien durante gran parte de su vida tuvo el trabajo envidiable y maravilloso de ser profesor universitario, entre otras universidades, en la de Turín, une a su formación académica la valiosa experiencia de haber sido Magistrado de la Corte Constitucional italiana, en la cual duró nueve años. La fusión de ambas experiencias: la de la academia y la de la judicatura, le permite a Zagrebelsky escribir una obra maestra breve, en la cual cuenta, desde la teoría y desde la práctica, cómo funciona en realidad la Corte Constitucional. Es el relato crítico de un hombre que ha visto la institución por dentro, cómo en verdad es, escrito por una persona que ha hecho parte de ella y que, por lo tanto, sabe cómo ella debe ser y cómo en realidad es. Sobre esta base vivencial, Zagrebelsky plantea una hipótesis que es relevante para estudiar la reforma a la Constitución, y en particular la teoría de la sustitución. Dice Zagrebelsky, sin rubor y alguno dirá también que sin vergüenza y sin miedo, que las cortes constitucionales no se limitan a decidir casos a partir de la Constitución, que es lo que se suele pensar cuando se habla de este tipo de tribunales, sino que al resolver un caso constitucional lo que en realidad resuelven las cortes constitucionales es la misma Constitución. No se resuelve un conflicto sobre la base de la Constitución, sino sobre qué se decide sobre la Constitución con ocasión del caso, valga decir, no sobre lo que la Constitución dice, sino sobre lo que la Constitución es.

Esta hipótesis se puede verificar sin mayor dificultad en nuestra propia experiencia. Entre varios ejemplos posibles, merecen mención dos: el estado de cosas inconstitucional y la teoría de la institución de la

---

<sup>1</sup> El título original del libro es *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Fue traducido al castellano por Manuel Martínez Neira con el título *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, publicado en Madrid por la Editorial Trotta, en la colección Mínima Trotta, en el año 2008.

Constitución. Si alguien se pregunta ¿en qué parte de la Constitución están estos asuntos? la respuesta no es sencilla. Si se busca en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en los derechos fundamentales innominados, no aparece de manera explícita. Si no está allí, entonces ¿de dónde sale?, ¿cuál es su origen? Ambas preguntas tienen una misma respuesta: una sentencia de la Corte Constitucional. Este par de ejemplos aparecen en una sentencia y a partir de ese primer momento se desarrollan en otras sentencias, en una especie de proceso evolutivo. En el caso del estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional no se limita a declararlo, sino que toma decisiones, hace seguimiento de sus órdenes, pide informes periódicos, realiza audiencias, etc. En el estado de cosas inconstitucional se suele ver algo que casi nunca se ve en tiempos en los cuales el control político es incipiente, se ve al Gobierno rindiendo la lección, dando cuenta de su tarea y, en no pocas veces, recibiendo regaños. La Corte Constitucional le dice sin eufemismos: la lección está mal, le falta incluir algunos datos, lo que se ha hecho no es suficiente. Esto no estaba en la Constitución, pero es así. No me aventuro a juzgar que se trate de un fenómeno constitucional, pues ese no es mi propósito aquí, pero me parece que el estado de cosas inconstitucional permite afirmar que luego de la decisión de la Corte Constitucional la Constitución ya no es la misma.

La hipótesis de Zagrebelsky también se puede verificar en el caso de la teoría de la sustitución de la Constitución. Si se hace una búsqueda paciente y esmerada, y se lo intenta mucho, la pregunta: ¿en qué parte de la Constitución está la teoría de la sustitución de la Constitución, o siquiera alguna cláusula pétrea?, se obtiene una respuesta semejante a la antedicha: en ninguna. Y no está, porque no aparece de manera explícita, aunque al momento de hacer la Constitución de 1991, ya teníamos noticia de la existencia de la teoría, como lo acaba de mostrar el profesor Motta al repasar varias de nuestras Constituciones del Siglo XIX y buena parte de la doctrina europea del Siglo XX. Y si no está de manera explícita, es menester pensar en algo más complicado, en una presencia implícita, presencia que pasa siempre por el puente de la hermenéutica.

La carencia de una presencia explícita genera un grave problema epistemológico, que tiene importantes repercusiones frente al valor

de la seguridad jurídica, pues no es posible saber de manera previa cuáles contenidos de la Constitución son reformables y cuáles no. El tratar de averiguarlo implica la necesidad de discutirlo. Alguno podría decir lo irreformable es la forma republicana. Otro, que los derechos fundamentales. Uno más, que los mecanismos de protección de tales derechos. Y no faltará quien diga que a esta categoría pertenece también el bicameralismo del Congreso. Estas propuestas alimentan el debate académico, lo que es muy interesante para los estudiantes, pero no deja de ser preocupante para los ciudadanos. El debate se zanja por lo que diga el último en intervenir, que suele ser la Corte Constitucional, que en cada caso decide qué se puede cambiar y qué no. El problema se acaba resolviendo de a poco en cada sentencia, con la curiosa circunstancia de que mientras tanto no se puede saber nada seguro sobre él.

De hecho, si uno mira los dos casos más sonoros en que se ha aplicado la teoría de la sustitución de la Constitución: el de la carrera administrativa y el de la reelección presidencial, la Corte Constitucional dice con cierta timidez, pero lo dice, que no se atreve a señalar otros temas que no se puedan sustituir, pues eso sólo lo podrá decir al estudiar cada caso. Si bien en las sentencias hay enumeraciones a modo de ejemplo, la Corte Constitucional en realidad acaba diciendo: haga usted el intento de cambiar la Constitución y cuando lo haga yo me pronunciaré y le diré si sí, o si no. En su momento, hablaré. Me reservo mi opinión para cuando llegue el caso. Lo cual es algo realmente complicado, porque la reforma de la Constitución tiene un alto riesgo en su constitucionalidad, generado por la incertidumbre previa. Si se mira lo que hasta ahora ha pasado, se podría decir que los resultados de aplicar la teoría no son negativos. Más allá de los resultados, importa poco si la teoría me convence en el plano subjetivo, porque de todas maneras es un referente objetivo de la jurisprudencia, que existe y debe ser tomado en cuenta.

Desde la perspectiva del Congreso, el saber: ¿qué se puede reformar y qué no?, sin un referente claro, es una gran calamidad. Lo es incluso en aquellos asuntos en los cuales la Corte Constitucional ha reconocido de manera explícita contenidos irreformables. En el caso de la carrera administrativa, la Corte Constitucional dice que el principio del mérito, que se concreta en la necesidad de realizar concursos públicos

de méritos para acceder a esta carrera, es irreformable. Esta es su *ratio decidendi*. Pero, aparte de este principio, ¿qué otros contenidos normativos relativos a las carreras administrativas son irreformables? ¿Acaso el acceso de mujeres y de personas de grupos minoritarios, a pesar de su resultado en el concurso? La Corte Constitucional no lo dice, y tanto el Congreso como nosotros lo ignoramos.

La variedad de controles a los cuales están sometidas las reformas constitucionales, complica aún más las cosas. De hecho hay una clara desventaja de la vía de la Asamblea Constituyente y de la vía del referéndum constitucional, que son verdaderos viacrucis, con estaciones forzosas en el Congreso y en la Corte Constitucional, previas a la votación para elegir sus miembros o para refrendar el texto propuesto, frente a la vía del acto legislativo. No es casualidad que todas las reformas a la Constitución, salvo una, hayan sido hechas por medio de actos legislativos. Me aventuro a decir que hoy quedan pocos valientes y románticos capaces de asumir las dispendiosas tareas de juntar miles de firmas y evitar que la gente firme con nombres falsos, de muertos o con letra ilegible; de obtener recursos financieros y humanos para hacer esta recolección; de cumplir con las múltiples reglas previstas en la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana y sus reglamentos; de lograr que las autoridades electorales den las autorizaciones y los certificados del caso; de presentar en un breve tiempo el resultado de este trabajo al Congreso; de luchar por su discusión y aprobación, sin que haya cambios a la iniciativa original; de superar el control automático e integral de la Corte Constitucional; de alcanzar el quórum de participación y la mayoría de votos necesarios para aprobar el referéndum; y de afrontar sin desfallecer las eventuales demandas que los ciudadanos inconformes presenten en contra de la reforma ante la Corte Constitucional.

En suma, cuando usted: señor ciudadano, intenta reformar la Constitución, la Corte Constitucional va a tener siempre algo que decir, siempre. Y como va a tener la posibilidad de decirlo, es muy probable que usted sufra la aplicación de la teoría de la sustitución. Es inevitable. Eso pasa con los controles previos y automáticos. En cambio, el acto legislativo tiene dos buenas cartas por jugar: no hay control previo y la acción pública para atacarlo tiene caducidad. No es fácil reunir al Congreso en ocho sesiones y lograr un acuerdo, sin

que en el camino se vulnera algún principio o alguna regla que rigen el proceso de formación del acto legislativo. Pero superada esta tarea, la Corte Constitucional no puede pronunciarse si nadie presenta una demanda, lo cual suele ser poco probable. Y aun si alguien presenta la demanda, para que la Corte Constitucional pueda estudiar el fondo del asunto, debe hacerse dentro del término de caducidad de un año. Para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, la Corte Constitucional necesita de usted, ciudadano, de su demanda oportuna.

Con todo, en las pocas demandas que se presentan a tiempo, uno de los argumentos casi infaltables es el de que el acto legislativo sustituye la Constitución. Es más bien poco lo que se suele decir respecto de la existencia de vicios en el proceso de la formación de la norma, que no suelen ser inusuales, pues las demandas, al menos de un tiempo para acá, se concentran en la compleja tarea de argumentar que la Constitución no ha sido reformada sino sustituida. Se dice que se modifica un principio estructural de la Constitución, y se lo dice a partir tanto del principio mismo como de la manera en que cada uno lo entiende. Y esto ocurre porque todo texto, aun el que es en apariencia más claro, se interpreta.

La Constitución ni es ni funciona por sí misma. La Constitución es siempre su texto más la lectura que de él hace alguien. En nuestro caso, y en casi todos los casos, esta lectura acabó siendo la que hace la Corte Constitucional. De hecho, hoy en día a usted no le basta en una tutela decir que le han vulnerado un derecho reconocido en la Constitución, sino que para argumentar su dicho necesita emplear la lectura que de ese texto escueto y, a veces, mal escrito, hace la Corte Constitucional en alguna de sus sentencias. Esa lectura acaba siendo la que le da sentido al derecho y es la que funda su acción. Por eso no es casualidad que abogados, jueces, magistrados e incluso los no abogados, como los periodistas, se hayan acostumbrado a citar sentencias y a hablar incluso de precedentes, sin que sean muy conscientes de lo que hacen y de cómo lo hacen.

La necesidad de esta lectura de la Constitución, valga decir, de su interpretación, conduce a una reforma que quizá sea la más importante de todas, a una reforma que si bien no es la más ortodoxa sí es la más importante, me refiero al sistema de precedentes. Desde hace varios

años creo, y me atrevo a decirlo, estamos en camino, si no es que ya llegamos, a un sistema de precedentes. Primero fue la jurisprudencia, que en esto es abundante y prolija. Ahora es la ley. Tanto la reciente Ley 1395 como el nuevo Código Contencioso Administrativo, no dejan dudas al respecto, pues las autoridades administrativas y judiciales, tanto si quieren como si no, deben someterse al precedente. El negar la existencia del precedente hoy en día equivale a negar la propia ley.

¿Cómo llegamos hasta allá? El gran debate en los Estados Unidos de por qué ha durado tanto la Constitución con tan pocas reformas –tiene menos que la Constitución de 1991– se ha desarrollado en otro escenario: el de la interpretación. Por eso autores como Bruce Ackerman, en una obra magna de la cual hasta ahora se conocen apenas sus dos primeros volúmenes, relativos a la fundación y a la transformación, *We the people*, sostienen que la adaptación de la Constitución a las nuevas realidades sociales, más que hacerse por la vía de una reforma, con el gran consenso nacional que ello implica, se hacen por medio de cambios que no se nos cuelan por la puerta sino por la ventana. Estas adaptaciones o reformas no formales, no se deben buscar en las enmiendas a la Constitución sino en las decisiones de la Suprema Corte en especiales momentos de cambio.

Antes de terminar de hablar y empezar a escucharlos, quisiera recordarles el conocido caso *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*; el caso de una niña negra que para ir a la escuela tenía que sentarse en la parte de atrás del bus, en las sillas destinadas para los de su raza. En este caso la Suprema Corte de los Estados Unidos cambia el precedente establecido en el caso *Plessy v. Ferguson (1896)*, de “separados pero iguales”, que era la lectura que la Corte había dado durante varias décadas a la décima cuarta enmienda a la Constitución, propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868. La Corte cambia en la realidad la Constitución sin cambiar el texto de la enmienda, lo hace cambiando su lectura de la misma, valga decir, cambiando su precedente respecto del significado del derecho a la igualdad y en especial del derecho a la protección igualitaria.

Lo que hizo y hace la Suprema Corte de los Estados Unidos también lo hace nuestra Corte Constitucional. Por la vía de la interpretación, y de los precedentes, también se puede cambiar la Constitución. Como dice

con claridad Zagrebelsky, la Constitución no queda intacta después de haber pasado por la Corte Constitucional. La Constitución no es la misma, pues su lectura tiene clara incidencia en el presente y, quizá lo más importante, en el futuro. Cada caso que se resuelve por la Corte Constitucional no tiene sólo un peso específico, pues la relectura de una norma o de un derecho tiene efectos en el futuro de todos.

Los precedentes son muy importantes para construir un discurso sobre los derechos y desde los derechos, en el cual, por ejemplo, está claro que derechos sociales como la salud, son también derechos fundamentales. La salud, que en buena parte del discurso es un derecho prestacional, en el precedente tiene una faceta prestacional, pero es un derecho fundamental\*. Es un derecho fundamental aunque la Constitución no lo diga, y aunque muchos no lo quieran aceptar.

Si alguna conclusión puedo sacar de lo dicho sobre la rigidez constitucional, es la de que la Constitución es una estructura maleable, aun en los modelos más rígidos. Entre los elementos que hacen a la Constitución una estructura maleable, el principal es el de la existencia de un tribunal constitucional. Si existe un tribunal constitucional la Constitución cambia todos los días que haya sala. Eso es inevitable. Uno no se puede centrar sólo en las reformas de otros órganos. El tribunal es el que cambia la Constitución, a veces para bien, a veces para mal. Y eso nos lleva a una necesidad cívica que es muy importante: hay que vigilar y criticar la labor del tribunal constitucional.

Muchas gracias.

---

\* Ver la Sentencia T-760 de 2008.

