

# LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES: TRANSFORMACIONES EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS DEL ESTADO COLOMBIANO

Humberto Antonio SIERRA PORTO\*

SUMARIO: I. *El reformismo constitucional, práctica inveterada de la historia constitucional colombiana.* II. *Las causas y orígenes del frecuente recurso a las reformas constitucionales.* III. *Otras modalidades de reforma: las mutaciones constitucionales.* IV. *Conclusiones: las posibles consecuencias del “reformismo” constitucional y las perspectivas a que puede conducir.*

## I. EL REFORMISMO CONSTITUCIONAL, PRÁCTICA INVETERADA DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Colombia a lo largo de su historia ha tenido ocho Constituciones; en éstas se ha intentado o ensayado diversidad de formas de gobierno y todo tipo de instituciones.<sup>1</sup> Se ha pasado de Constituciones centralistas a otras de carácter descentralizado, e incluso federales. Nos hemos organizado como

\* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia; doctor en derecho, Universidad Autónoma de Madrid; especialista en derecho constitucional y ciencia política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. En la actualidad se desempeña como magistrado de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>1</sup> Colombia a lo largo de su historia ha tenido las siguientes Constituciones: a) Constitución de la República de Colombia 1821; b) Constitución de la Gran Colombia 1830; c) Constitución de la República de la Nueva Granada 1843; d) Constitución de la República de la Nueva Granada, 20 de mayo de 1853; e) Constitución de la Confederación Granadina 1858; f) Constitución de los Estados Unidos de Colombia 1863; g) Constitución Política de la República de Colombia 1886; h) Constitución Política de la República de Colombia 1991.

Estado laico y nos han regido Constituciones de carácter confesional.<sup>2</sup> Hemos ensayado numerosas alternativas en los procesos de elección de nuestras autoridades. La organización territorial ha sido objeto de numerosas modificaciones cuantitativas y cualitativas, y recientemente hemos modificado nuestro sistema electoral y la prohibición absoluta de reelección presidencial. Las reformas constitucionales en la historia política colombiana son frecuentes, no obstante que siempre hemos manejado un concepto formal de Constitución con un grado elevado de rigidez en el procedimiento de reforma.

En general, podemos apreciar la historia del derecho constitucional colombiano como una constante búsqueda de lo que debe ser el contenido definitivo de pacto social de los colombianos. La historia nos muestra cómo se ha ensayado la mayor parte de las alternativas de organización estatal y de reconocimiento de derechos que se plantean desde el derecho comparado y la doctrina del derecho constitucional.

La diversidad de alternativas o de opciones constitucionales se ha producido no sólo de una Constitución a otra, sino también al interior o dentro de la vigencia de una Constitución en particular. El ejemplo más claro lo presenta la Constitución de 1886, que sufrió profundas y numerosas transformaciones mediante las distintas reformas que se le hicieron a lo largo de su historia.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Este contraste se puede apreciar en las regulaciones de la Constitución liberal de 1863 y la conservadora de 1886: la Constitución de 1863 en el numeral 16 del artículo 15 estableció la garantía de “la profesión libre, pública o privada, de cualquier religión; con tal que no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional, o que tengan por objeto turbar la paz pública”. Por su parte, la Constitución de 1886, confesional, expresamente en su artículo 38 se consagró que “la religión católica, apostólica y romana, es la de la nación; los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social”.

<sup>3</sup> La Constitución anterior, de 1886, tuvo más de 65 reformas; dentro de éstas se destacan especialmente la de 1910, dirigida a revisar la Constitución original y las innovaciones aprobadas durante el gobierno del general Reyes por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa. La reforma de 1936 se caracterizó por una tendencia a la socialización sobre todo en conceptos como la propiedad, el intervencionismo de Estado, el trabajo, la asistencia pública, la educación y, en general, referida a los deberes sociales del Estado y de los particulares. La reforma de 1945 buscó hacer más dinámico el funcionamiento del poder público, replanteando sus órganos tradicionales, esto es, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. En la reforma de 1957, mediante un plebiscito se instauró el Frente Nacional, sistema bipartidista sustentado en las modalidades de la alternación presidencial y la paridad política. En la reforma de 1968 se incluyen elementos como la pla-

La Constitución de 1991 no es la excepción en nuestra historia, ya que en poco más de diez años ha sido objeto de 21 reformas o actos legislativos,<sup>4</sup> como se denomina en nuestro ordenamiento a las enmiendas Consti-

nificación del desarrollo, la emergencia económica, las leyes cuadro, el situado fiscal y las áreas metropolitanas, conforme a la idea de modernizar el Estado y redistribuir competencias entre las ramas ejecutiva y legislativa del poder público. La reforma de 1979 contiene nuevos enfoques sobre el Congreso, la rama judicial y el Ministerio Público. Y en la reforma de 1986 se introdujo la elección de los alcaldes por el voto directo de los ciudadanos y la figura de las consultas populares. Véase Henao Hidrón, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 1990.

<sup>4</sup> La actual Constitución, de 1991, en quince años de vigencia ha sido objeto de 21 reformas. La relación de éstas nos muestra la cantidad e intensidad de la actividad reformista: acto legislativo núm. 1, de 1993, por medio del cual se erige la ciudad de Barranquilla, capital del Departamento del Atlántico, en Distrito Especial, Industrial y Portuario; acto legislativo núm. 2, de 1993, por el cual se adoptan medidas transitorias; acto legislativo núm. 3, de 1993, por el cual se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política de Colombia; acto legislativo núm. 1, de 1995, por el cual se adiciona el artículo 357 de la Constitución Política; acto legislativo núm. 2, de 1995, por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política; a; acto legislativo núm. 1, de 1997, por medio del cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política; acto legislativo núm. 1, de 1999, por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política; acto legislativo núm. 1, de 2000, por el cual se modifica el inciso 1o. del artículo 322 de la Constitución Política de Colombia; acto legislativo núm. 2, de 2000, por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política de Colombia; acto legislativo núm. 1, de 2001, por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política, artículos 347, 356, 357; acto legislativo núm. 2, de 2001, por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución; acto legislativo núm. 1, de 2002, por medio de la cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política; acto legislativo núm. 2, de 2002, por el cual se modifica el periodo de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles; acto legislativo núm. 3, de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional. Reforma los artículos 116, 250 y 251, sobre administración de justicia y Fiscalía General de la Nación; acto legislativo núm. 1, de 2003, por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones; acto legislativo núm. 2, de 2003, por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo (este fue declarado inconstitucional por existir vicios de procedimiento): acto legislativo núm. 1, de 2004, por medio del cual se modifica el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política; acto legislativo núm. 2, de 2004, por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones; acto legislativo núm. 1, de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, sobre seguridad social en pensiones equitativa y financieramente sostenible; acto legislativo núm. 2, de 2005, por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, sobre elección de la Cámara de Representantes en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional.

tucionales elaboradas por el Congreso de la República. Los proyectos de reforma constitucional son numerosos y muy frecuentes en el desarrollo ordinario de nuestra vida constitucional.

Todos los proyectos de gobierno esgrimidos por los candidatos a la presidencia y todos los programas políticos de los partidos y movimientos tienen como primer punto la reforma total o parcial de la Constitución. Parece que nadie, o muy pocos, están satisfechos con la redacción y el contenido constitucional. Son frecuentes y numerosos los proyectos de acto legislativo,<sup>5</sup> y si bien muchas de las reformas y de los presupuestos son de carácter accidental o de modificación de la Constitución en sentido formal (dicho en términos de Schmitt), no son extrañas las propuestas de cambio sustancial de la organización política institucional. La extensión en número de artículos y temas regulados de la actual Constitución colombiana da cuenta de esta situación, y a su vez son causa de las numerosas reformas.

El momento político por el que transcurre Colombia no es ajeno a esta lógica de constantes transformaciones de la Constitución; el Estado colombiano se debate en dos grandes corrientes que difieren sobre cuál debe ser el norte de la evolución político-constitucional. Por una parte, se está en uno de los momentos de mayor esplendor de la figura presidencial, con un importante proceso de centralización y protagonismo del gobierno central en la toma de decisiones, políticas y económicas, en la centralización de recursos, producto de distintos factores y donde quizá el más notable es el de la necesidad de centralizar la lucha armada contra la guerrilla. Esta dinámica, que pretende fortalecer las funciones del presidente de la República, encuentra su referente más importante en el acto legislativo núm. 2, de 2004, que estableció la posibilidad de reelegir al presidente en ejercicio.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Posproyectos de reforma constitucional presentados para estudio del Congreso son muy numerosos, en un estudio del secretario general del Senado, doctor Emilio Otero Daljud, se muestra cómo hasta finales de 2005 se han presentado 304 iniciativas.

<sup>6</sup> Esta reforma permite que el presidente en ejercicio pueda postularse para ser reelegido inmediatamente. El artículo 10. de ese acto legislativo en la parte pertinente establece: "Cuando el presidente y el vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, sólo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación sólo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el presidente o el vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos. Durante la campaña, el presidente y el vicepresidente de la Re-

La otra tendencia o corriente de evolución es diferente, e incluso puede ser calificada de contraria. Se trata de una serie de propuestas y reformas que tienen como objeto menguar el poder del presidente y hacer del Congreso de la República el eje sobre el cual gire la dinámica de la organización estatal, todo mediante la implantación de instituciones propias de sistemas parlamentarios de gobierno. El referente de esta segunda alternativa es el acto legislativo núm. 1, de 2003, que se le denomina “reforma política” y consiste en una serie de modificaciones al texto original de la Constitución de 1991, en las que se modifica el sistema electoral potenciando y privilegiando el papel de los partidos políticos y de las corporaciones de elección popular (Congreso, asambleas departamentales y concejos municipales), propiciando, como decíamos, una organización más próxima a los sistemas parlamentarios de gobierno.

Esta real o aparente contradicción en el desarrollo de nuestras instituciones, así como las numerosas y frecuentes reformas al texto constitucional, y sobre todo las igualmente numerosas y diversas propuestas de reformas, hacen que los constitucionalistas (y también los profesionales en otras áreas) nos preguntemos por las causas y consecuencias de esta insatisfacción permanente e inveterada de nuestra sociedad para con la Constitución. Reflexionar sobre esta problemática, preguntarnos por los motivos que determinen este comportamiento, así como cuáles son los efectos que tienen y tendrán las frecuentes y numerosas reformas de la Constitución sobre nuestra organización estatal, es el objeto de esta ponencia.

## II. LAS CAUSAS Y ORÍGENES DEL FRECUENTE RECURSO A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Los hechos y situaciones que pueden explicarnos esta insatisfacción permanente con el texto constitucional son muchos y de diversa índole. Para efecto de esta intervención haremos un inventario, no exhaustivo pero sí

pública no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria”. Las sentencias con las que se declaró su constitucionalidad son C-1040, C-1041, C-1042, C-1043, C-1044, C-1045, C-1046, C-1047, C-1048, C-1049, C-1050, C-1051, C-1052, C-1053, C-1054, C-1055, C-1056 y C-1057 del 19 de octubre de 2005, y la C-034 del 26 de enero de 2006.

cualificado, de los factores que generan o explican el frecuente recurso a la modificación constitucional, pero para esto es necesario hacer una advertencia que aunque evidente, no por esto deja de tener importancia. Me refiero a la naturaleza política de toda reflexión sobre temas relativos al contenido de las reformas constitucionales, y por supuesto, en consecuencia, las que se realizan sobre las causas de éstas. Toda discusión o reflexión sobre cuál debe ser el contenido de la Constitución es una discusión de conveniencia y oportunidad. Esto es, de carácter político, los argumentos técnico-constitucionales siempre pueden ubicarse como expresión de una cosmovisión política de quien los propone.

### 1. *La equivocada comprensión del constitucionalismo como un fin en sí mismo*

En la mayor parte de las ocasiones en las que se proponen las reformas parciales o totales de la Constitución, éstas son motivadas por la insatisfacción de la ciudadanía por la ineficacia o ineficiencia de las instituciones, órganos o ramas del poder. El fenómeno es de carácter eminente sociológico. La sociedad colombiana concede al constitucionalismo una capacidad de transformación social que podría calificarse como excesiva. La sociedad colombiana conserva la ilusión constitucionalista del siglo XIX, la confianza un tanto ingenua de que con la creación de un texto constitucional se lograrán todos los objetivos y cometidos de la vida en sociedad. Este hecho sociológico hace que la *ilusión del constitucionalismo* se utilice, de manera un tanto contradictoria, para explicar el porqué de la ausencia de resultados políticos, el porqué no se hacen las transformaciones que se espera del Estado. La lógica consiste en hacer del texto constitucional (aunque esta afirmación también es válida del derecho en general) el factor que enerva las posibilidades de cambio. Se parte de una crítica al derecho constitucional vigente, se le acusa de vacíos, incorrecciones, incoherencia, de no tener una adecuada disposición de competencias, de ser demasiado incluyente o de ser excluyente. Sólo cuando el derecho sea reformado las autoridades podrán tener los elementos que le permitan colmar las aspiraciones del pueblo colombiano.

El *reformismo*, el deseo de cambio se presenta o, mejor, se puede presentar de una parte como un recurso para legitimar la ineficiencia del sistema político para garantizar el pleno goce de los derechos y cometidos o

propósitos constitucionales, y por otra como expresión o consecuencia de lo anterior, como una promesa constante. Las reformas de la Constitución y de las leyes son bandera propia de todos los proyectos políticos, pero con una connotación de fin último más que instrumental.

El reformismo, las frecuentes reformas constitucionales y legales son causa y efecto de la impaciencia. El hecho de que las reformas constitucionales estén a la orden del día hace que exista una perniciosa impaciencia que impide que las instituciones y figuras constitucionales se asienten y puedan generar los resultados para los cuales fueron creadas. Esta actitud respecto de la norma constitucional genera falsas expectativas a la ciudadanía, pues las virtudes o desventajas de las instituciones, como es conocido por todos, sólo puede apreciarse con el paso del tiempo. No es posible hacer un juicio sobre la eficacia o pertinencia de un órgano o una institución estatal en el corto plazo. La vida de éstas se aprecia sólo con el transcurso de décadas e incluso de siglos.<sup>7</sup>

Las propuestas de reforma a la justicia, en cualquiera de sus variantes, participan de ese inconveniente. Se cree que con simples cambios en la distribución de funciones o en la estructura de las jurisdicciones se producirán transformaciones radicales y se echa de menos el factor humano, el talante y la formación de los operadores jurídicos que mediante la aplicación de la Constitución determinan el alcance real de las normas jurídicas. Los objetivos y cometidos que se pretenden lograr con determinadas disposiciones jurídicas depende no sólo de éstas, de su redacción, sino también en buena parte de lo que piensen quienes la aplican y del contexto en el que se aplican. Dicho de manera más clara: se pierde la perspectiva instrumental propia de la ciencia jurídica y se asume que el constitucionalismo es un fin en sí mismo.

El hecho de que todos los presidentes sin excepción hayan fundado sus promesas de cambio y de transformación de la sociedad colombiana en la realización de una reforma constitucional, es un hecho muy expresivo de esta situación. Primero fue el cambio en el sistema electoral, luego la finan-

<sup>7</sup> El tema que sirve para mostrar las expectativas y la impaciencia con las regulaciones constitucionales es el de las propuestas de reforma al Consejo Nacional Electoral. Ésta es una institución sobre la cual aún no es posible hacer un balance definitivo sobre su eficacia, ventajas y desventajas. Apenas lleva funcionando quince años, y sólo a partir de 1996 con ocasión de la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia Ley 270, es que efectivamente se le otorgaron las herramientas normativas para cumplir cabalmente las competencias previstas en la Constitución.

ciación de los partidos, ahora la reelección; siempre están a la orden del día reformas constitucionales que pueden justificar la falta de resultados. El reformismo puede ser un pretexto para la inacción, o por lo menos para justificar el incumplimiento de promesas electorales.

## *2. Ausencia de rigor en la redacción de textos constitucionales*

Al margen de que esta hipótesis pueda ser ubicada dentro de la anterior, es evidente que buena parte de las reformas y propuestas de reforma constitucional tienen como propósito corregir conceptos o redacciones confusas, contradictorias, e incluso, erradas de las disposiciones constitucionales.

a) La ausencia de acuerdos políticos claros sobre temas esenciales del pacto constituyente es quizá el elemento que genera los mayores problemas de contenido y redacción en las disposiciones constitucionales. La manera, el procedimiento y las condiciones de modo y tiempo que rodearon el proyecto constituyente colombiano de 1991 explica muchas de las dificultades del texto constitucional aprobado.

Varios ejemplos pueden explicar esta idea, pero quizá con dos sea suficiente; me refiero a la configuración constitucional del régimen de las entidades territoriales, y al concepto de leyes especiales. En el caso del primero, la decisión constitucional, no obstante precisas definiciones sobre el carácter autónomo de los municipios, departamentos y demás entidades territoriales, las competencias concretas asignadas a estas entidades, la manera como se define el principio de legalidad y las competencias y alcances de la ley como categoría normativa, hace que en la práctica la autonomía de las entidades territoriales no sea tal sino una especie de descentralización. La ausencia de coherencia interna en la regulación del ordenamiento territorial ha imposibilitado acuerdo alguno sobre la definición de la ley orgánica de ordenamiento territorial, y por esta vía de los elementos definitorios de las distintas alternativas de gobierno territorial que aparecen esbozadas en el texto constitucional. Por otra parte tenemos el concepto de ley. En este tema, como el anterior, que da para varias conferencias, limitémonos a indicar que no existe claridad sobre cuántos son los tipos especiales de ley.

b) La ausencia de un cuerpo de apoyo legislativo capaz de preparar estudios previos y de hacer análisis de derecho local, comparado y jurisprudencial que impida la improvisación en la aprobación de temas tan importantes es un elemento que no podemos dejar por fuera al indagar por las falencias

del texto constitucional colombiano. Los proyectos de reforma constitucional en ocasiones no son estudiados, o por lo menos no suficientemente, por la academia o por los sectores a los que se dirige con previa antelación a su trámite en el Congreso. Varias de las más importantes propuestas o proyectos de reforma constitucional son conocidos por primera vez cuando se presentan para trámite en el Congreso de la República, incluso existen algunos sobre los que el debate no trasciende a la opinión pública sino cuando ya han sido aprobados por el Congreso. El proceso de reforma constituyente es, en ocasiones, el lugar y el momento en el que se estudia el alcance y las consecuencias de una determinada enmienda constitucional. Con esto quiero decir que no se trata de debatir sobre los pros y los contras de un determinado proyecto de reforma, sino que es en sede de reforma donde se descubren por primera vez y de manera, en ocasiones, repentina los aspectos de inconveniencia.

c) Una fuente de dificultades para armonizar y dar consistencia a los mandatos constitucionales es consecuencia de la introducción, sin más, de instituciones, que siendo ajenas a nuestra forma de gobierno y a nuestra cultura política no son integradas de manera coherente en el ordenamiento. Un caso paradigmático de esta situación es el que se produce con la figura de la moción de censura en nuestro sistema presidencialista, donde al Congreso de la República se le reconoce la posibilidad de “censurar” y despojar de su cargo a ministros del despacho presidencial; pero esta decisión se limita a tener efectos personales, no relacionados con las decisiones políticas del gobierno.

d) Un elemento de imprecisión adicional que es consustancial a todo Estado social de derecho (donde es frecuente el recurso a normas con estructura teleológica, tales como principios y valores) es el de incorporar conceptos que no son susceptibles de concreción jurídica (o por lo menos de difícil precisión) como elementos definidores de competencias o límites de éstas. Tal es el caso, por ejemplo, de lo que sucede con el concepto de “Código” en el artículo 150.10, o el de “trashumancia electoral”, “conflicto de intereses de los congresistas”, que gozan de la prerrogativa de inviolabilidad.

e) También es necesario incluir en este punto los problemas de error en la redacción, tales como el que se ha presentado con el concepto de “Bancada”, que tiene por objeto reducir el número de sujetos intervinientes en la actividad parlamentaria, pero que tal como quedó redactado conserva pro-

blema de interpretación. El problema de ausencia de rigor se expresa en el hecho de que no existe relación entre los propósitos u objetos que se persiguen con la reforma y el texto o forma como queda redactado.

f) En nuestro derecho constitucional y en nuestra jurisprudencia es frecuente la redundancia,<sup>8</sup> que una misma expresión o palabra sea utilizada con distintos significados (soberanía) o que un mismo concepto tenga diferentes nombres, como es el caso del artículo 158, principio de unidad de materia de los proyectos de ley.<sup>9</sup>

Si bien todos los vacíos, imprecisiones o aparentes errores deben ser resueltos por la jurisprudencia, y en efecto así se hace, esta labor tiene límites y no puede resolver ni decidir asuntos propios del constituyente, como podría ser en nuestro caso la estructuración del sistema de competencia de las entidades territoriales. Y cuando el punto de partida es confuso y carente de coherencia interna, la jurisprudencia puede, eventualmente, reproducir estos efectos perversos de las normas constitucionales que le sirven de fundamento. Y si a lo anterior le añadimos que los problemas de redacción constitucional pueden verse reproducidos o aumentados por las otras fuentes de inferior jerarquía, como la ley y los actos administrativos, se puede entender fácilmente cómo la reforma constitucional se presenta en ocasiones como una exigencia técnica.<sup>10</sup>

Los anteriores supuestos generadores de necesidades de reforma ponen de manifiesto a su vez cómo las constantes modificaciones constitucionales, en ocasiones, se enmarcan dentro de un proceso de error-corrección. Se experimenta con las reformas constitucionales, y con la puesta en prác-

<sup>8</sup> Sobre el particular me remito a las reflexiones del profesor Rubio Llorente en su artículo “Principio de legalidad”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 341 y 342.

<sup>9</sup> La utilización de un concepto con significados diferentes, o la de utilizar distintos conceptos o expresiones, significantes para hacer relación a un mismo concepto, es un problema relativamente frecuente en la redacción constitucional y legal, e incluso por parte de nuestra jurisprudencia. Sobre el concepto de soberanía véase *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 71 y ss. Igualmente sobre este tipo de redundancia en sede jurisprudencial y a propósito del principio de unidad de materia para efectos del proceso legislativo, son ilustrativas las reflexiones en “Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 193 y ss.

<sup>10</sup> Aunque sería incorrecto toda dificultad técnica en el nivel constitucional es posible reconducirla a un problema ideológico o de carácter político.

tica, una vez en vigencia de acuerdo con las ventajas o inconvenientes, se corrige el texto constitucional. La posibilidad de frecuentes correcciones de la Constitución hace que temas de diversa importancia sean objeto de este proceso o, lo que es lo mismo, de improvisación, de la ausencia de rigor y estudios previos.<sup>11</sup>

### 3. *La utilización del derecho constitucional como instrumento para suplir la carencia de reglas de ética pública*

Este es un factor generador de normas jurídicas con muchas variantes de complejidad. El grado de crisis ética es directamente proporcional a la abundancia de normas jurídicas. Este aspecto es uno de los que más inciden en la hipertrofia constitucional y legislativa de nuestro país. Las reformas constitucionales y legales se presentan como consecuencia de la inobservancia de reglas propias de la ética o moral, incluso de las propias de las buenas costumbres o del decoro.

Nuestra sociedad o, si se quiere, nosotros los colombianos, tenemos serias dificultades para interiorizar deberes u obligaciones para con el Estado y para con los demás conciudadanos, que no estén presentes en normas jurídicas. Sólo existe *opinio iuris vel necessitatis* si existe norma escrita. Sólo se debe cumplir lo que está positivado en una categoría normativa. Las previsiones en materia de inhabilidades, de prohibiciones en materia electoral, e incluso de mandatos jurídicos de obligaciones estrictamente morales son buenos ejemplos de esta situación. La norma constitucional que habla de amor a los niños y la que se refiere a la buena fe son muestras de esta situación.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Las distintas reformas de los artículos 356 y 357 ponen de presente esta situación.

<sup>12</sup> Ejemplos de éstos son los artículos constitucionales que nos dicen que “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos” (artículo 42); “La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado...” (artículo 43); “Son derechos de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (artículo 44); las normas sobre la protección a la tercera edad del artículo 46. O la presunción de buena fe del artículo 83.

En efecto, se utiliza el derecho en sus distintas categorías para positivizar y hacer obligatorias normas o pautas de conducta en sociedad que no son jurídicas, que no pueden ser implementadas jurídicamente en la medida en que son reglas de actuación que no pueden ser objeto de coacción, que no pueden hacerse obligatorias por el Estado. Se trata de conductas más cercanas a la moral e incluso a las buenas costumbres. En una sociedad que se guía por la máxima de *que todo lo que no está prohibido por el derecho está permitido, el derecho es un medio para suplir las falencias éticas*. Dicho de otra manera: ante la ausencia de reglas éticas o morales interiorizadas y que como tales se consideren subjetivamente obligatorias, se impone como solución la mayor transcripción y positivación que sea posible en disposiciones jurídicas de carácter casuista de conductas propias de la moral, de la educación o del decoro, para que su incumplimiento sea objeto de un sentido de obligatoriedad por los ciudadanos, no obstante que por su naturaleza no sean susceptibles ser obligado su cumplimiento por el Estado.

Se trata de suplir la falta de tejido social, de educación en valores y principios que antes daba la familia, la escuela o la religión, con el derecho. La ausencia de criterios morales o de ética pública hace que los deberes sean más un problema del derecho. Se pretende que el derecho supla la ausencia o crisis de ética o moral pública. Entendiendo que el objetivo y la temática de la ética pública es el de hacer efectiva la idea de servicio, de imbuir como convicción personal de los empleados que su labor está al servicio de la colectividad con exclusión de intereses egoístas.

Como consecuencia de esta forma de actuar del legislador se produce un continuo proceso de positivación de conductas, incluso en el nivel constitucional. La consagración como norma jurídica se utiliza para hacer que ciertos temas sean considerados como necesarios, obligatorios para todos los ciudadanos; se pretende trasladar, por lo menos a un nivel psicológico, el elemento coercitivo propio del derecho a reglas de naturaleza diferente a la jurídica.

Aquí lo importante es señalar que lo íntimo, lo subjetivo, lo inherente a la moral nunca puede ser suplido o corregido por el derecho, cuando más es un elemento de divulgación. La inflación normativa y constitucional originada en esta causa es inconveniente en la medida en que no tiene fin.

#### 4. *El concepto de Constitución cerrada*

Otra causa de recurso recurrente a las reformas normativas, y en este caso, específicamente de reformas constitucionales, es el relativo a la ausencia de un consenso sobre el alcance y significado de la Constitución. No se tiene la misma idea del objeto y finalidades de la Constitución, por lo que muchos creen que la única manera de hacer que un tema sea “importante” o que se considere como tal, o que un tema sea de obligatorio cumplimiento, que sea una exigencia para todos, es que sea regulado en la Constitución. El máximo rango, el constitucional, es sinónimo de máxima importancia. Es sinónimo de imperatividad y obligatoriedad.

La Constitución es el presupuesto de todo cambio y de todo gobierno. Todo proyecto de gobierno requiere previamente de una reforma constitucional. Por esta vía la Constitución, la apropiación de la Constitución es parte del acceso al poder. La Constitución es el objetivo de las mayorías que en un momento sirven de apoyo a los gobiernos de turno. Por esta vía, aunque de manera pacífica, reproducimos pautas de comportamiento propias de la historia constitucional colombiana en el siglo XIX, en las que el programa de cada uno de los partidos tenía como propósito la reforma del Estado.<sup>13</sup>

La consecuencia es que la Constitución ha dejado de ser una *norma de mínimos esenciales para la convivencia social*, ha dejado de ser una norma de consensos, y no es el marco o carta de navegación aceptada por todos los sectores político-sociales; se ha convertido en objetivo político permanente de todos los gobiernos. Reformismo constitucional y programa de gobierno son sinónimos en nuestro entorno.

La causa de esta situación es en buena parte una equivocada comprensión de las relaciones entre Constitución y ley. Se parte de un concepto de *Constitución cerrada*, esto es, aquella que *a)* no permite leyes *praeter constitutionem*, y *b)* que restringe las alternativas de interpretación de las leyes *secundum constitutionem*. Buena parte de nuestra clase política entiende la sujeción al derecho constitucional de una manera diversa a la que se maneja por la jurisprudencia y doctrina constitucional colombianas. Se parte de una comprensión de las relaciones entre la Constitución y las categorías normativas legales según la cual estas últimas sólo pueden expedirse si de

<sup>13</sup> Con el agravante de que el resultado de cada cambio en el manejo del poder que en ocasiones se hacía mediante guerras internas se expresaba en la elaboración de una Constitución. Véase *Colombia Hoy*.

manera previa y expresa existe una autorización constitucional que le sirva de fundamento. Toda regulación nueva, toda institución que no aparezca expresamente regulada y en la que por ejemplo no exista una reserva de ley, al no tener fundamento expreso no puede ser abordada por el legislador. Esto dicho técnicamente significa que no pueden existir leyes *praeter constitutionem*, es decir, leyes que no contrariando los contenidos constitucionales se refieran, tengan como objeto figuras o temas no expresamente previstos en la Constitución. Por otra parte, esta comprensión restringida de las competencias de un órgano legislativo democrático con funciones de impulso político hace que igualmente siempre que se quiera alterar sustancialmente una determinada política legislativa se piense que es necesario reformar la Constitución, se entiende que las normas constitucionales desarrolladas en una determina ley no admiten una regulación que consista en una política legislativa diversa. No se piensa que la ley *secundum constitutionem* admite diversas alternativas y que se puede incluso a tener con el paso del tiempo alternativas no sólo diferentes, sino contrarias entre sí. Al considerarse que la Constitución obedece a un concepto cerrado, lo que no esté en la Constitución, lo que esté por fuera de ésta será inconstitucional; no habría competencia para que los poderes constituidos puedan realizar normas o regulaciones sobre éstos.

Esta percepción generalizada en buena parte de la clase política colombiana choca contra la mayor parte de la doctrina y una línea jurisprudencial uniforme de nuestra Corte Constitucional. La Constitución se comprende como una norma de *carácter abierto*. Es norma suprema del ordenamiento, y esto significa que ninguna otra categoría normativa puede contrariarla, puede negar o tener un contenido que se oponga a los constitucionales, pero *a contrario sensu*, todo el derecho no tiene que ser una derivación de la Constitución, puede haber normas que versen sobre temas que no estén mencionados, o que no tengan una relación con la temática constitucional.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> La supremacía de la Constitución es el fundamento de la existencia de la jurisdicción constitucional concentrada en la Corte Constitucional y consiste en que la Constitución, dentro del sistema de fuentes, es la norma más importante y ocupa un lugar superior al del resto de fuentes, de tal forma que los contenidos y procedimientos que ella contenga no pueden ser contrariados. Aquí lo importante es retener que la Constitución no regula todos los temas ni todos los aspectos susceptibles de regulación jurídica; sólo se refiere a los más importantes. La Constitución es una norma de mínimos; y la supremacía consiste en la prohibición de que se produzca derecho que tenga contenidos

Como una de las muchas distorsiones, y quizá una de las más peligrosas, que puede generar esta equivocada comprensión de las relaciones Constitución-ley, consistiría en llegar al extremo de concebir de manera totalitaria el contenido de ésta; considerar que la Constitución no se limita en su objeto a contenidos mínimos del pacto social del pueblo, sino que es una norma que es fundamento único y limitante de todo tipo de comportamiento, incluso en esferas íntimas (como la religión o la libertad de expresión) propias del individuo.

### 5. Evitar el control de constitucionalidad de la Corte

La creación de una Corte constitucional y los cambios que ha supuesto en los últimos quince años de vida político-jurídica colombiana puede dársele el calificativo de giro copernicano. Son muchos los aspectos del control de constitucionalidad que han supuesto un serio replanteamiento en la tradicional forma de comprender las relaciones entre poderes que se dan en el Estado colombiano. En particular, las relaciones entre el binomio gobierno-Con-

trarios. En este sentido, se afirma que la Constitución no puede ser desconocida. La Constitución no es el fundamento de todo el ordenamiento, en el sentido de que todas las demás normas deben ser un desarrollo de las disposiciones constitucionales. Ahora bien, la prohibición de no contrariar las disposiciones constitucionales se aplica en la medida en que esta norma respecto de las demás fuentes ocupa un lugar superior dentro de una concepción escalonada del ordenamiento; sin embargo, la relación que existe entre la Constitución y la ley es una relación especial, “de libertad”, que consiste en que la ley (como norma que expresa la voluntad del pueblo como poder constituido) no se limita a ser desarrollo o simple ejecución de las disposiciones constitucionales, sino que puede regular temas no previstos por esta norma. Dicho de manera más sencilla: el que exista una relación de libertad entre la Constitución y la ley (por el carácter abierto de ésta) conlleva la posibilidad de que existan no sólo leyes *secundum constitutionem*, sino también leyes *praeter constitutionem*. La supremacía impide que existan leyes *contra constitutionem*. Es necesario retener esta idea, que, si bien es simple y básica, en ocasiones es olvidada por los operadores jurídicos, y nos conduce los mencionados problemas de la concepción totalitaria del derecho. En conclusión, y para lo que aquí nos interesa, las leyes pueden referirse a temas no previstos por la Constitución siempre y cuando no la contraríen. La relación de libertad entre Constitución y ley tiene una proyección igualmente importante, y ésta consiste en que el carácter abierto de la Constitución conlleva que cada una de sus disposiciones puedan ser objeto de varias interpretaciones, todas acordes con la Constitución, de manera tal que con el paso del tiempo se pueden producir diversas leyes *secundum constitutionem*, diversas en su contenido e incluso, eventualmente contradictorias entre sí y todas serán constitucionalmente validas en tanto no contraríen las disposiciones superiores.

greso y Corte Constitucional. La justicia constitucional desplegada por la Corte bajo la Constitución de 1991 ha supuesto una real y efectiva limitación a la potestad legisladora e incluso a las funciones constituyentes.

Son muchas las sentencias de inconstitucionalidad simple y condicionada que ha producido la Corte en estos últimos quince años. La manera como está configurado el control de constitucionalidad da a la Corte un papel central en la definición del contenido de las leyes: *a)* desde el momento en que se demandan las leyes hasta que se produce la sentencia transcurre un lapso de tiempo no superior a seis meses; *b)* la acción constitucional es pública, de manera que cualquier ciudadano puede demandar la inconstitucionalidad de normas legales e incluso de reformas constitucionales; *c)* la Corte determina en cada caso cuales son los efectos en el tiempo, y *d)* no hay caducidad para demandar las leyes por motivos de fondo, esto es, por contrariar el contenido de la Constitución. Cuando se trata de cuestionamientos por infracción al procedimiento legislativo, la caducidad es de un año.<sup>15</sup>

El control de constitucionalidad de la Corte se convierte en muchos casos en una etapa adicional al procedimiento legislativo, que tiene por objeto fijar de manera definitiva cuál es el derecho vigente en el Estado colombiano, con un impacto político de primer orden en la medida en que se trata de temas de actualidad política. Además de esto, el carácter público de la acción hace que acudir a la Corte se entienda como un legítimo ejercicio de derechos políticos, y es fácil evidenciar que en muchos casos se utiliza como una especie de último recurso de las minorías que fueron derrotadas en sede parlamentaria.<sup>16</sup> En esta lógica, las decisiones de la Corte a favor o en contra de la constitucionalidad son percibidas como un acto de convalidación o rechazo a las políticas públicas. El control de constitucionalidad en Colombia tiene una importancia política adicional a la que es propia en otros países.

Esta “forma de ser” del control de constitucionalidad sumado a los procedimientos de reforma constitucional<sup>17</sup> (que si bien son rígidos res-

<sup>15</sup> Y en este supuesto, caducidad de la acción pública cuando se instaure por infracción del procedimiento legislativo, la Corte en algunos supuestos excepciona esta limitación a través de la figura de los vicios formales de ley con entidad constitucional.

<sup>16</sup> De hecho, la acción de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional colombiano está expresamente ubicada como derecho político en el artículo 40.

<sup>17</sup> La Constitución colombiana establece en su artículo 374 tres procedimientos para su reforma: por el Congreso de la República, por una asamblea constituyente y una tercera realizada por el pueblo mediante referendo. La regulación de estas vías para reformar la Constitución se encuentran en los artículos 374 a 379 de la Constitución Política Colombiana (CPC) y en los artículos 218 a 229 de la Ley 5 de 1992 que contiene el Regla-

pecto del trámite legislativo permiten que una mayoría absoluta pueda reformar la Constitución) hacen que sea usual acudir a la reforma de la Constitución como mecanismo para superar las decisiones de inconstitucionalidad que toma la Corte. En este orden de ideas la reforma de la Constitución entra a ser el medio que pueden utilizar el gobierno y el Congreso para lograr que entren en vigencia determinadas políticas legislativas inconstitucionales.

La clásica forma de comprender el origen de la justicia constitucional como expresión de cierto grado de desconfianza en el sistema democrático, en los partidos políticos, nos permite comprender cómo un control de constitucionalidad amplio conlleva como reacción una importante actividad en sede de reforma constitucional.

Las dificultades políticas que generan decisiones de inconstitucionalidad generan un doble orden de temáticas de reforma constitucional. Por un lado estarían las que proponen un cambio en las competencias y en el procedimiento de control en cabeza de la Corte, esto es, reformas a la Corte constitucional, que pretenden restringir el control de constitucionalidad. Por otra parte están otras cuya temática es diferente, regulaciones que pueden tener problemas de constitucionalidad, y para evitar sentencias de inconstitucionalidad son elevadas de rango, se incorporan como normas constitucionales, de manera tal que se evaden los límites propios del control de constitucionalidad.

### III. OTRAS MODALIDADES DE REFORMA: LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES<sup>18</sup>

Además de las reformas constitucionales que se realizan formalmente, esto es, siguiendo los cauces procedimentales previstos en la Constitución,

mento del Congreso (RC). Por otra parte, también de manera complementaria son aplicables en lo que sea compatible, las normas relativas al proceso legislativo, artículos 541 a 169 de la CPC y 139 a 192 del RC y también son aplicables las disposiciones de la Ley 134 de 1994 que regulan los mecanismos de participación ciudadana, en particular la iniciativa y el referendo.

<sup>18</sup> La naturaleza descriptiva de esta ponencia y las dificultades y variedades de comprensión del concepto de mutación constitucional me eximen de hacer precisiones sobre el alcance de este concepto. Un panorama completo de la figura de la mutación y en particular del interesante fenómeno de la mutación por la interpretación de la jurisdicción constitucional se encuentra en la obra del profesor López Cadena, Carlos Alberto, *La mutación de la Constitución* (en imprenta).

y que son: reforma por el Congreso de la República, referendo constitucional y asamblea nacional constituyente, el Estado colombiano, y por supuesto el sistema constitucional, está siendo objeto de profundas e importantes modificaciones del sistema constitucional mediante otros cauces, tales como sentencias, leyes. Se trata de ciertos hechos o circunstancias que generan una verdadera transformación del sistema constitucional tan trascendente, y quizá más, que las realizadas de manera expresa, pero para las que se requiere una visión de conjunto.

### *1. La jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad*

Esta primera forma de transformación de la Constitución es paradigmática de lo que se quiere expresar con la expresión “otras modalidades de reforma constitucional”. Se trata de una serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional que integran una línea jurisprudencial consolidada según la cual el contenido de la Constitución no se limita a lo expresamente aprobado por la asamblea nacional constituyente de 1991, sino que también hacen parte integral de ésta ciertos tratados internacionales. Para saber cuál es el contenido de la Constitución colombiana es necesario conocer las sentencias sobre el bloque de constitucionalidad y los tratados que se consideran parte integrante de la misma.

### *2. Las reformas al Estado social de derecho: La reducción de la rama ejecutiva*

Colombia, como muchos países de nuestro entorno latinoamericano, se encuentra en un constante proceso de transición, que se produce como consecuencia de una crisis de la concepción clásica del Estado social de derecho.

Los hechos generadores de esta transformación del Estado social de derecho son varios; el primero: la necesaria simetría constitucional determinada por el equilibrio entre la parte dogmática, las declaraciones de derechos, y la parte orgánica de las Constituciones se ve seriamente distorsionada por la supresión de órganos estatales.

La evolución político-institucional de América Latina se enmarca en una época de ajustes constitucionales de la mayor trascendencia, relacio-

nadas todas con la concepción sobre el alcance de las competencias estatales. Nuestras Constituciones, plagadas de normas programáticas de principios, de cometidos estatales, tenían como elementos correspondientes la implementación de órganos, entidades que se encargaban de presentar servicios públicos (en su concepto más amplio).

Las profundas y frecuentes crisis económicas y las exigencias de los organismos internacionales de crédito han determinado que las concepciones tradicionales del papel del Estado se transformen por las ideas que usualmente se identifican con la ideología neoliberal. El papel de las autoridades estatales hace del Estado un gendarme encargado de supervisar y controlar los agentes privados en quien recae la mayor parte de las cargas u obligaciones sociales que proclama la parte dogmática de las Constituciones.

El resultado de las crisis económicas se ha expresado en textos constitucionales herederos de la concepción intervencionista del Estado, plagados de invocaciones a principios, objetivos y cometidos de igualdad, así como de derechos prestacionales y de tercera generación. Por otra parte, estos mismos textos carecen de órganos o entidades estatales que permitan su efectivo cumplimiento. Se trata de estados en los que se propugna una igualdad real y la vigencia efectiva de los derechos, pero que al ceder sus tradicionales competencias al sector privado se ven privados de instrumentos que permitan realizarlos.

El primero, una política de reducción de funciones y competencias a cargo del Estado. Mediante leyes, decretos-leyes y reglamentos del Ejecutivo se ha implementado una política de reducción del tamaño del Estado, o más exactamente, de la rama ejecutiva (que es la que puede ser determinada por el presidente de la República). Esta reducción de la rama ejecutiva no requiere tocar la Constitución; sin embargo, lo hace en la medida en que conlleva un desequilibrio de la parte orgánica de la Constitución.<sup>19</sup>

El necesario equilibrio que debe existir entre derechos prestacionales contenidos en derechos, libertades y obligaciones estatales de rango constitucional, lo que es propio de todo Estado social, debe tener plena correspondencia con un aparato estatal amplio y dotado del aparato burocrático

<sup>19</sup> La reducción del aparato estatal se ha venido realizando paulatinamente, por los últimos gobiernos. La última y quizá más representativa reducción de la rama ejecutiva se encuentra en la Ley 790 de 2002, denominada De renovación del Estado. Se trata de una reforma legal, por lo menos en la forma, pero como se puede apreciar por las implicaciones que tiene en el alcance práctico del principio de Estado social, conlleva una reforma constitucional en toda forma.

suficiente para dar respuesta a las exigencias que conllevan las declaraciones de derecho que constituyen la razón de ser de la organización estatal.

Con una política de reducción o disminución del Estado se corre el riesgo de hacer que los derechos y libertades que hacen que el nuestro sea un Estado social de derecho, sean normas inaplicables, que la forma real sea la de un Estado formal de derecho sin posibilidades efectivas de realización.

Ahora bien, la reducción de la rama ejecutiva no conduce *per se* a una especie de vaciamiento de contenido del principio de Estado social, pues es posible que particulares, mediante su iniciativa, puedan estar a cargo de prestar o suministrar los bienes y servicios que requiere un Estado social de derecho, pero para esto se requiere que en caso de distorsiones o deficiencias en la actuación de esos particulares, el Estado se reserve la posibilidad de regular, sancionar y controlar.

### *3. Las reformas al Estado social de derecho: la creciente responsabilidad de la administración de justicia en detrimento de la que le corresponde a la rama ejecutiva*

Las deficiencias de los órganos estatales de inspección control y vigilancia estatales dentro de un esquema de prestación de servicios públicos por particulares terminan siendo resueltos o definidos por la administración de justicia, y en este orden de ideas el Estado social es cada vez menos responsabilidad de la administración y más de las autoridades judiciales. El Estado colombiano fue pensando por el constituyente de 1991 como un típico Estado social de derecho, esto es, dotado de abundantes y prolíficas declaraciones de derechos y de principios que nos muestran el norte o razón de ser de la vida en sociedad. A esta comprensión amplia de la parte dogmática le correspondería una estructura estatal, igualmente amplia, o por lo menos con un tamaño adecuado, capaz de dar respuesta a las generosas y amplias libertades, garantías y derechos previstos en la parte dogmática de la Constitución.

Sin embargo, este diseño original de nuestro sistema político-jurídico ha venido siendo objeto de una lenta y paulatina transformación. La transformación consiste en reducir los órganos y funcionarios encargados de intervenir, de hacer efectivos los derechos prestacionales, y si bien se conservan las obligaciones *in genere* en cabeza del Estado bien por mandato constitu-

cional, o bien por mandato legal, en la práctica existe en muchos sectores una real imposibilidad de asistencia o intervención estatal. Esta realidad, es decir, la incapacidad para proporcionar una serie de servicios públicos, contrasta con la proclamación y validez de las normas constitucionales y legales que lo garantizan.

El Estado pretende que unos particulares regidos por reglas de mercado actúen con principios de asistencia y de solidaridad, pero como esto no se da, o se hace con muchas imperfecciones, el Estado se reserva la posibilidad de actuar a través de órganos de vigilancia y control. La inoperancia o deficiencias de los órganos de control y vigilancia en un esquema neoliberal de prestación de servicios públicos, incluyendo los esenciales, hace que las decisiones sobre derechos prestacionales dejen de estar en la administración y pasen, como último, pero frecuente recurso, a los jueces.

La deficiente definición de competencias de los órganos de control, inspección y vigilancia que regulan la actividad de los particulares que prestan servicios públicos hace que los reclamos por prestación deficiente o por la ausencia de decisiones en materia de derechos prestacionales se trasladen a la administración de justicia. La organización judicial a través de ciertas acciones constitucionales tales como la acción de tutela, y las acciones populares y de grupo, termina decidiendo qué medicinas o tratamientos médicos deben entregarse o prestarse. Si un municipio debe construir una carretera o una escuela, si el estado debe acometer obras de descontaminación de un río, puede ordenar la reubicación de personas habitantes en un barrio ubicado en zonas peligrosas. La distribución y destinación del dinero en la sociedad competencia propia de los órganos representativos del sistema democrático es realizada, por lo menos en parte, por los jueces en decisiones tomadas con ocasión de este tipo de acciones.

En este momento constitucional, el replanteamiento del modelo clásico de Estado social de derecho tiene como una de las manifestaciones más evidentes el de la congestión judicial y el de la confusión de competencias entre la rama judicial y ejecutiva. Prueba de esta afirmación la encontramos en las innumerables sentencias en las que los jueces de tutela imponen órdenes que excepcionan el principio de legalidad propio de los funcionarios o que simple y llanamente obligan a que la administración realice programas de gobierno. Las decisiones judiciales en muchas ocasiones conllevan un impulso político a la administración.

En este contexto, las reformas constitucionales consisten en: *a)* la reducción del tamaño del Estado, y *b)* Los jueces asumen competencias de

“impulso político” que en principio, esto es, formalmente, están asignadas a la administración pública y a las otras ramas del poder.

Este cambio de esquema no ha sido suficientemente destacado y comprendido por nuestros investigadores y políticos, de manera que se está convirtiendo no sólo en una importante causa de litigios y congestión de la administración de justicia, sino de insatisfacción y de deslegitimación de nuestra administración, en particular y del Estado en general.

#### *4. La jurisprudencia sobre vicios de competencia de las reformas constitucionales*

Otra reforma de los fundamentos constitucionales, y por ende, de la Constitución que se viene realizando de manera paulatina, con una serie de decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre los que se ha denominado en nuestro país vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución.

El punto de partida de este proceso de esta reforma constitucional de baja intensidad puede ubicarse en el artículo 241.1 de la Constitución, que establece como competencia de la Corte Constitucional “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Esta norma que de manera expresa restringe el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales a los vicios de procedimiento que se den durante el trámite de la ley se viene interpretando de manera que incluye como vicio de procedimiento la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las reformas cuyo contenido exceda o extralimite las competencias propias del Congreso. Se entiende que el Congreso tiene competencia para reformar, no para sustituir ni para cambiar la Constitución. La competencia es un elemento integrante del procedimiento en tanto que un trámite adelantado por quien carece de la potestad de adelantarlos está viciado.

Al margen de las críticas<sup>20</sup> que se pueden hacer a esta lógica de actuación, se trata de una manifestación de vis expansiva del control de constitu-

<sup>20</sup> Sobre el particular se debe consultar el salvamento de voto parcial que presente a la sentencia C-1040 de 2005 en la que se decidió la constitucionalidad parcial del acto legislativo 2 de 2004, por medio del cual se establece la posibilidad de reelección inmediata del presidente de la República.

cionalidad que está determinando una profunda transformación del concepto de Constitución e introduciendo elementos restrictivos al concepto de soberanía popular en los que se basa el Estado colombiano. El tradicional concepto formal de Constitución se ve resquebrajado por esta manera de entender el control de constitucionalidad en tanto que el parámetro que utiliza la Corte para contrastar los actos reformativos de la Constitución no es el texto en que consiste la Constitución, sino los principios y valores que constituyen “los elementos definitorios identificadores de la Constitución”. Este parámetro aparece como una especie de *Constitución material*, cuyo contenido es determinado y precisado por la jurisprudencia y con ocasión de juicio de validez *ex post* a la elaboración de la enmienda.

Por razones de tiempo y espacio, aquí sólo puedo exponer el hecho; sin embargo, todos ustedes, como constitucionalistas, pueden comprender los profundos cambios que supone esta comprensión del alcance de las competencias de control de constitucionalidad. Un concepto material significa que el contenido no está expresamente manifestado en las normas de la Constitución formal; sólo los magistrados de la Corte Constitucional pueden establecer este contenido, y como consecuencia de lo anterior, el concepto de soberanía popular se ve directamente limitado por las decisiones contenidas en la jurisprudencia constitucional.

#### IV. CONCLUSIONES: LAS POSIBLES CONSECUENCIAS DEL “REFORMISMO” CONSTITUCIONAL Y LAS PERSPECTIVAS A QUE PUEDE CONDUCIR

1. La primera y más evidente consecuencia de constantes reformas explícitas del texto constitucional es la *inestabilidad institucional*.<sup>21</sup> La reforma efectiva es ya un problema, pero a esta situación debemos añadir la expectativa que se cierne sobre todas las que no han sido o las que pueden ser

<sup>21</sup> El hecho paradigmático se produjo durante el mandato del presidente Pastrana, cuando luego de un sonado escándalo de corrupción en la Cámara de Representantes presentó un proyecto de reforma constitucional que pretendía dar por terminado el periodo de los actuales congresistas y convocar nuevas elecciones. Este proyecto, que fue calificado como de revocatoria del Congreso, supuso la paralización de la actividad política regular, caída de los valores del Estado colombiano en el exterior y una fuga de capitales sobre cuya importancia y monto todavía no existe acuerdo.

reformadas. Seguridad jurídica y estabilidad institucional son conceptos que deben ser reelaborados para que tengan vigencia en este contexto.

2. *Desarrollo desordenado y en ocasiones incoherente de las políticas de Estado.* El desorden se produce como consecuencia de la improvisación y ausencia de rigor. Y aquí retomamos lo que advertíamos inicialmente: se realizan proyectos de organización constitucional contradictorios, como sucede en este momento con el parlamentarismo y el presidencialismo. Tal como se expresó anteriormente, el sistema colombiano está fortaleciendo el sistema presidencial (con riesgo evidente de que se pueda utilizar el calificativo de *presidencialista*) con una dinámica política orientada a crear un sistema parlamentario. No sabemos qué pueda resultar de este híbrido.

3. *La Constitución colombiana (por lo menos desde una perspectiva sociológica) es cada vez más flexible, o si se quiere menos rígida.* La gran extensión cuantitativa y cualitativa hace que se llegue a niveles de detalle en los que el derecho constitucional se confunde con el administrativo, el civil, el laboral y otras áreas del derecho, de manera que las actualizaciones y ponderaciones inherentes a todo ordenamiento jurídico que se realizan mediante reformas legislativas o de rango reglamentario se vuelven comunes en el rango constitucional. No obstante la existencia de un importante grado de rigidez para su reforma, las exigencias técnicas de armonización de las leyes con las normas que le sirven de fundamento, hace que la reforma constitucional sea un recurso frecuente y necesario, lo que hace que el objetivo de estabilidad que se persigue con la rigidez sea de difícil cumplimiento. La fuerza, la obligatoriedad y la importancia de los temas se determinarían ordinariamente y no extraordinariamente en la Constitución. La extensión exige cierto grado de flexibilidad.

4. *La Constitución pierde su importancia como norma de consenso.* La garantía de protección de las minorías, de evitar que el legislador-ejecutivo de turno pueda disponer de ciertos temas, queda en el aire cuando la Constitución se flexibiliza. No hay nada permanente, se puede modificar cualquier tema, puede el gobierno y el legislador de turno disponer de los derechos, objetivos, principios y organización de manera fácil, con lo cual se llega a un Estado en el que las minorías, los sectores que no se identifiquen con el gobierno no se sientan incluidos ni identificados.

5. En una sociedad regida por una Constitución flexible se *disminuye o puede disminuirse el grado de protección de los derechos fundamentales*, en tanto que los conceptos de *contenido esencial* y *garantías instituciona-*

les dejan de ser obligaciones de nivel superior y fundantes de validez para las normas de rango constitucional.

6. La justicia constitucional, y en particular la Corte Constitucional, se erige como órgano de control político y en ciertos aspectos con determinantes funciones de impulso político, incluso sobre asuntos de rango constitucional. Las propuestas de que la Corte delibere de manera pública con posibilidad incluso de transmisiones televisivas deben interpretarse como exigencia de transparencia a quienes toman decisiones de carácter político.

7. Como consecuencia de todo lo anterior, *se conserva y estimula la costumbre de realizar reformas constantes. La Constitución no es aun, una norma de consenso*, sigue siendo el botín de las mayorías políticas coyunturales y no el consenso sobre los mínimos para racionalizar la vida política. En esta lógica de actuación se conserva la dinámica del comportamiento político del siglo XIX. Los partidos políticos tienen como parte de sus programas políticos la reforma constitucional, si bien antes ese objetivo requería guerras civiles, y en este aspecto está el gran avance, ahora se hace mediante elecciones y dentro de reglas democráticas.

Nuestra política, tanto la cotidiana como la de largo plazo, sigue estando sujeta a vaivenes, y no hay claridad sobre el modelo de Estado que se puede ajustar a nuestra sociedad. El futuro está lleno de incertidumbres. Y es deber de todos (académicos, políticos y jueces) superar esta adolescencia política, y lograr que la Constitución sea un efectivo acuerdo sobre lo fundamental. No obstante que lo anterior pueda ser comprendido de manera pesimista, creo que por el contrario todo este fenómeno de adolescencia es necesario para lograr la madurez en que consiste el consenso constitucional en torno a un texto definitivo. Todo este fenómeno de reformas constantes y recurrentes expresa ante todo, la preocupación y el compromiso de la sociedad colombiana de resolver nuestros problemas a través de cauces jurídico-institucionales.

