

Cambio constitucional: la experiencia constitucional colombiana

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación
(COLOMBIA)

I. Introducción.

Hablar de reformas constitucionales, asambleas constituyentes o procesos constituyentes como fórmula de solución a los problemas sociales y del Estado, en una época en la que ya se habla de neoconstitucionalismo o postconstitucionalismo, como corrientes de pensamiento que expresan de una u otra forma, la crisis de la Constitución y el constitucionalismo, se hace una tarea difícil.

No quiero con esta primera idea desanimar a los chilenos a que desistan del proceso constituyente al que se verán avocados en los próximos meses, pero sí quiero ser honesto en decirles los riesgos y dificultades que traen esos procesos, para lo cual quiero referirme un poco a la experiencia que afrontamos en nuestro país, y a partir de allí hacer unas advertencias generales.

II. Caso Colombia

En Colombia se creyó ingenuamente que la Constitución de 1991 iba a solucionar todos los problemas de orden político, social, económico y jurídico. Se pensó que la realidad de conflicto por la que atravesábamos iba a resolverse con la expedición de una nueva Constitución. (Aquí se puede ampliar y contar un poco sobre la realidad de los 80 en nuestro país).

A decir verdad ese anhelo de armonía, concordia y paz que se creyó iba a solucionarse, hoy puedo decir con profunda tristeza que no se cumplió.

Evidentemente, mi país hoy sufre los mismos lastres y problemas anteriores a la Constitución de 1991. (Aquí se puede ampliar el contexto de hoy: proceso de paz, narcotráfico, degradación social, aborto, homosexualismo, eutanasia, etc.)

Con esto quiero demostrar sin mayor esfuerzo dialéctico que una nueva Constitución diseñada bajo la lógica moderna de la soberanía popular, el consenso y la libertad negativa, claramente no va a llevar a la solución de los problemas que

vive la sociedad, sino por el contrario, puede llevar a ahondar aun más la problemática. Claramente, los postulados del constitucionalismo hoy están en crisis.

Sin embargo, esta crisis que algunos especialistas señalan como verdadera, no parece hacer mella en este continente. A decir verdad, deberíamos preguntarnos si las extensas y obesas Constituciones de las últimas dos décadas han sido eficaces. No por mucho reglamentar y –constitucionalizar– se mejora la vida de los hombres.

El buen gobierno no pasa por Constituciones que engordan como un gato castrado; más bien, al contrario. Estas Constituciones que nada dejan al azar suelen ser trabas al buen gobierno, su obstáculo, porque carecen de sobriedad, porque desconfían de la sociedad, porque utópicamente quieren encerrar el futuro en su cárcel normativa.

III. Postconstitucionalismo

La crisis del constitucionalismo nos ha llevado a hablar de postconstitucionalismo, es decir, de una etapa posterior en la que se revalúan los postulados originarios del constitucionalismo.

Son varios los síntomas que marcan el tiempo del postconstitucionalismo y que en cierta forma han determinado los problemas actuales de mi país y que deben tenerse en cuenta a la hora de someterse a un proceso constituyente:

En primer lugar, hoy enfrentamos la crisis porque la Constitución se piensa y se construye de espaldas a *la realidad*. La Constitución pretende imponer *una realidad* o, mejor, imponer una realidad a la realidad. Es decir, como dije anteriormente, la utopía del constituyente que se impone por sobre la realidad de la vida y las necesidades de los pueblos. El constituyente no es un mago ni la constitución una fantasía visual. Esta circunstancia pone en conflicto al orden de las cosas con la organización artificial del Estado. Es bien sabido, que la naturaleza de las cosas más tarde que temprano reclamará su lugar, como los ríos cuando buscan nuevamente su cauce. Si la Constitución quiere tener vocación de permanencia en el tiempo, debe reconocer que el orden político está determinado por el bien común. No debe legislarse en miras a bienes privados o al mero bien público del Estado, debe comprender a toda la sociedad y a sus integrantes. Debe reconocer a la justicia como la virtud a la cual deben tender el gobierno y el derecho. Hoy echamos de menos a la justicia y sus diversas dimensiones en la vida social. Debe la Constitución reconocer los derechos que atañen a la naturaleza social del hombre y no sus pretensiones o deseos desordenados, porque lo que lógicamente trae este tipo de derechos es más desorden.

La Constitución no es el sueño de unos pocos elegidos; los constituyentes no tienen derecho a embargar la vida de un pueblo en razón de sus desvaríos. Ellos han sido elegidos para trazar las grandes líneas de la organización política de un pueblo según su modo de ser, conforme a la constitución espiritual y a la tradición del pueblo, nunca según las ideologías y las utopías propias.

En segundo punto, así como la Constitución desplazó a la ley, así también la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha desplazado a la Constitución. Hemos pasado de constituciones políticas a constituciones jurídicas, que por no confiar en la prudencia legislativa acaban en el gobierno de los jueces. Y estos últimos –con independencia del acierto de sus decisiones– se convierten en supremos hacedores de nuestros destinos: todo queda en suspenso, como en una nube, hasta que ellos deciden. Aquí es importante acotar un aspecto que ha hecho –*líquida*– la teoría constitucional moderna. Las palabras con las que se construyen las normas constitucionales son sólo eso: palabras, pues la experiencia nos enseña, especialmente la de mi país, que son los jueces constitucionales los que dicen lo que la constitución quiere decir, so pretexto de interpretar y encontrar el espíritu de la norma. Esto ha hecho que en lugar de generar seguridad jurídica hoy estemos frente a la absoluta incertidumbre del derecho. En lugar de la certeza jurídica, hoy reina la duda; en lugar de lo establecido, impera lo incierto; en lugar de la firmeza de propósitos, rige lo dúctil y acomodaticio.

Aquí vale pena hacer una reflexión: si los magistrados y jueces constitucionales son los que en definitiva dicen lo que es la Constitución, prevalidos de la interpretación evolutiva y sistemática de la misma, ¿para qué una nueva Constitución? Es claro en esta época que los jueces hacen permanentemente nuevas constituciones cada vez que se pronuncian. Con esta otra idea no quiero desanimar a los amigos chilenos a un proceso constituyente, pero sí es bueno tenerlo en cuenta como límite a la hora de una nueva confección constitucional. Porque si es malo reducir al juez a la boca de la ley, como decía Montesquieu; igual de malo o más aún es hacer del juez la ley misma.

En tercer lugar, la crisis del constitucionalismo viene marcada por la incesante globalización del derecho. Los Estados modernos se fundan en la creencia de la soberanía popular, la cual tiene rasgos absolutos. Sin embargo, hoy presenciamos que dicho postulado se ha hecho “agua”, por el permanente activismo de los organismos internacionales, especialmente los judiciales, prevalidos del famoso “bloque de constitucionalidad”. Para poner un ejemplo de mi país, que también incumbe a Chile: Para nadie es un secreto que el sistema interamericano, ya sea en su Comisión o en su Corte, ha invadido terrenos de la soberanía nacional. Esto es, terrenos en los cuales son los gobiernos quienes mejor saben qué es el bien común de cada patria. La obligatoriedad no sólo de sus decisiones, sino de sus recomendaciones que hoy por hoy son más frecuentes, minan el carácter de órganos de cierre que tienen en principio

nuestras altas cortes nacionales. En el postconstitucionalismo hemos cedido parte de esa soberanía que caracterizaba al constitucionalismo. La justicia, por definición, no es abstracta sino concreta; es lo justo del caso, es lo debido en cada situación particular. ¿Quién puede conocer mejor lo justo concreto sino el juez de cada país, el que está próximo al caso? (Aquí podría tratarse, si se quiere, el caso de las medidas cautelares al Alcalde de Bogotá).

En cuarto puesto y en mi parecer, el aspecto que mayores complicaciones ha traído al constitucionalismo es la inflación y explosión de los derechos humanos o también conocidos como derechos fundamentales. Este punto tiene dos dimensiones:

La primera atiende a la insatisfacción individual que suscita el saber que se tienen reconocidos unos derechos por parte del Estado, pero al mismo tiempo, conocer que el Estado es impotente para realizarlos o protegerlos. La lógica compensatoria de esas Constituciones obesas es falsa: las mayores competencias del Estado y la administración no se satisface con la ampliación de catálogos de derechos que sirven de compensaciones individuales o colectivas. Al contrario, genera mayores conflictos. Esa desazón social no sólo se mira verticalmente entre el Estado y el individuo, sino horizontalmente entre los individuos, hoy más fuerte por la entrada en vigencia de las leyes antidiscriminación. En otras palabras, la inflación de derechos y su permanente incumplimiento ha incubado en la sociedad un resentimiento que no solo se expresa contra el Estado, sino entre los mismos ciudadanos. Queda todavía por satisfacer una amplia gama de derechos sociales (como son el salario justo, la vivienda digna, la protección de las familias) que no se remedia con nuevos derechos también incumplidos (esto es, la información veraz, la propia imagen o la autorrealización) o con nuevos derechos que alimentan la conflictividad social porque agreden directamente al ser humano y a la vida humana (como son los derechos sexuales, el aborto, la eutanasia o la pornografía).

La segunda cara se representa en un riesgo para los modelos democráticos que se puede concretar si no tenemos cuidado en la inflación de los derechos. Ese riesgo radica en que entre más derechos se otorguen por el Estado mayor es el poder que debe dársele, de lo cual se sigue que si el Estado con un mayor poder no logra la satisfacción de los derechos, su estirpe democrática puede tornarse en totalitaria, al mejor estilo de los estados del socialismo del siglo XXI.

IV. Recomendaciones o advertencias para el proceso constituyente

No sería completa mi exposición si luego de dar un diagnóstico sobre la realidad del problema y la crisis del constitucionalismo y de sus procesos cons-

tituyentes, no dejen planteadas, siquiera sumariamente, algunas advertencias o recomendaciones a la hora de diseñar una nueva Constitución. Voy a dejar planteadas cuatro:

La primera consiste en que la Constitución debe reconocer el bien común, la justicia y la naturaleza social del hombre como aspectos determinantes en la formación de las instituciones políticas en el orden político. Lo que quiero decir es: que las Constituciones deben asentarse en la misma naturaleza del hombre y su demanda de una vida buena, que sea humana y no utópica. Perseguir el bien del “sistema” olvidando el bien humano es una utopía totalitaria.

La segunda recomendación es limitar el bloque de constitucionalidad, para evitar las indebidas interferencias del exterior a la soberanía judicial por parte de los organismos internacionales. Porque la demanda de justicia, ya lo he dicho, solamente se satisface por aquel que el primer constitucionalismo llamó –el juez natural–, el juez del caso, y no por agentes externos y ajenos a la realidad que se juzga. Asimismo, limitar de manera interna el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales, para que de esta forma se conserve, por lo menos con alguna coherencia, lo que quiso mandar y proteger el constituyente.

La tercera es evitar que la Constitución se vuelva un código pesado y cargado de normas. Debe evitarse que desde la Constitución se regulen al detalle todas las instituciones y los procedimientos para ejercer el derecho. Para eso está la ley. Esto es sano para *desconstitucionalizar* el derecho y evitar que cada juez, so pretexto de interpretar la Constitución, cree nuevas normas constitucionales. La experiencia nos dice que las Constituciones *ultrarreglamentaristas* generan inconstitucionalidades a diario; y que los jueces, so pretexto de sanearlas, vuelven incierta la Constitución y los derechos de las personas, librados ahora a sus caprichos

La cuarta y última recomendación consiste en no inflar en más derechos al individuo y la sociedad, aumentando el catálogo de derechos fundamentales que ya consagra la Constitución, pues esa circunstancia, contrario a lo querido por los constituyentes, agrava los problemas sociales, en la medida en que al no poder ser satisfechos por el Estado, esa insatisfacción generará más conflictos y problemas sociales. Y, además, puede eventualmente servir de soporte para la totalización del Estado, al verse impotente para protegerlos y realizarlos. No abogo por una solución liberal. Lo que quiero decir es que la Constitución debe servir a fortalecer las instituciones naturales de la sociedad para que sean éstas las que se encaminen –dentro del marco de la ley– a la vida buena, al bien común.

Pensar que el Estado todo lo puede y que todo lo dispone es recaer en el pecado del totalitarismo con el ropaje del paternalismo absolutista que nos advirtiera Tocqueville.