

CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GARANTÍA FRENTE A LAS MAYORÍAS-MINORÍAS DEMOCRÁTICAS

Gerardo A. Durango
Álvarez*

RESUMEN

La tesis que se pretende desarrollar en este escrito, busca abordar el siguiente interrogante: ¿los artículos constitucionales que establecen cláusulas de intangibilidad como procedimientos agravados de reforma de los derechos fundamentales son garantías a la intromisión desmedida del legislador derivado cuando restringe, desarrolla o limita en exceso derechos fundamentales?

Responder a esta pregunta será uno de los objetivos de este escrito. Inicialmente se expone que las cláusulas de intangibilidad consagradas en los ordenamientos jurídicos, son entendidas como límites materiales expresos que buscan garantizar derechos fundamentales mediante zonas exentas a la intervención del legislador derivado, tal como acontece en diversos ordenamientos jurídicos como España, Alemania, Brasil o Chile. La Constitución de Alemania, por ejemplo, diseñó una cláusula de intangibilidad consagrada en el Art. 79 – 3 de la Ley de Bonn de 1949, como un mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y del modelo de Estado Federal y Social.

Desde este punto de vista, este artículo busca analizar las cláusulas de intangibilidad de los derechos como límites al poder en tanto consagran mecanismos agravados que no pueden ser modificados arbitrariamente y por mayorías legislativas, por venir diseñados previamente dentro del mismo ordenamiento jurídico, tales como la forma de gobierno, el sistema democrático, los principios constitucionales o los derechos fundamentales.

Palabras clave: Intangibilidad, derechos fundamentales, legislador derivado, cláusulas de intangibilidad, Constitución política.

INTANGIBILITY PROTECTION CLAUSES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A WARRANTY FROM THE DEMOCRATIC MAJORITY – MINORITY DEMOCRATIC

ABSTRACT

The thesis to be developed in this paper, seeks to address the following question: constitutional provisions that establish clauses intangibility and procedures aggravated reform of fundamental rights guarantees to the excessive interference of the legislature derived by restricting develops or limits I too fundamental rights?

Answering this question will be one of the objectives of this work. Initially it is stated that the clauses of inviolability enshrined in the legal systems are understood as limits explicit materials that seek to guarantee fundamental rights through free intervention of the legislature derived areas, as happens in various jurisdictions such as Spain, Germany, Brazil and Chile. The Constitution of Germany, for example, designed a intangibility clause enshrined in Art. 79–3 Bonn Act of 1949, as a special mechanism of protection of fundamental rights and model of Federal State and Social.

[102]

From this point of view, this paper analyzes the clauses of the inviolability of rights as limits to power as enshrined aggravated mechanisms that cannot be changed arbitrarily by legislative majorities come previously designed within the same legal system, such as form of government, the democratic system, the constitutional principles or fundamental rights.

Keywords: Intangibility, fundamental rights, legislature derived, clauses intangibility, Constitution policy

Fecha de recepción: 14/10/2014

Fecha de aprobación: 7/04/2015

[103]

* Abogado, Doctor en Derecho: derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Director del grupo de investigación: Derechos fundamentales y teoría política, clasificado en categoría C por Colciencias. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de Justicia Internacional. Correo electrónico: gadurangoa@unal.edu.co, gerardodurango@yahoo.es

*“La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una **Cláusula pétrea** que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62 (1) de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno”.*

CorteIDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, 1999. Párr. 36.

1. CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD¹ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN ANTE LAS DECISIONES DEMOCRÁTICAS DE LAS MINORÍAS-MAYORÍAS DEMOCRÁTICAS

Este planteamiento de base implica de entrada acercarse a teoría de los límites² (Jiménez, 1999, p. 38) explícitos de reforma consagrados en las constituciones respecto a artículos puntuales que protegen derechos fundamentales³ (Ferrajoli, 1999, p. 37). Así, una de las características esenciales de los derechos es que éstos establecen límites a las decisiones de los poderes públicos y privados, esto es, en tanto prohíben al constituyente derivado restringir⁴ y regular los derechos de una manera desmedida y desproporcionada. –No todo está permitido para el legislador en material de derechos fundamentales, según la célebre frase de L. Ferrajoli–.

En este orden de ideas, las cláusulas de intangibilidad⁵ (De Vega, 1978, p. 262) –relativas a los derechos fundamentales–, derivan del latín *clausus* –cerrado– e *integer* –íntegro, entero–, lo que puede ser entendido como aquellos artículos positivizados en las constituciones que establecen procedimientos agravados o extraordinarios –tal como sucede con el art. 168 de la Constitución española– que no pueden ser modificadas por el poder constituyente derivado⁶, en tanto consagran una protección especial de los derechos fundamentales y sus garantías. Por tanto, las cláusulas de intangibilidad de los derechos son límites al poder en tanto consagran mecanismos agravados que no pueden ser modificados por venir diseñados previamente dentro del mismo ordenamiento

[104]

¹ Algunas ideas respecto a las cláusulas de intangibilidad fueron presentadas por el autor en el III Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en la Ciudad de Panamá los días 17, 18 y 19 de septiembre de 2014. Las memorias de dicho evento incluyen un abstract respecto a las mismas.

² La teoría de los límites expone que los derechos fundamentales no tienen un ámbito de protección definitivo sino *prima facie*, por lo tanto admiten ponderación en su aplicación. Siguiendo a Jiménez Campo se entiende por límites al poder, aquellas “zonas” duras de los derechos fundamentales que no deben ser traspasados así como así por el legislador. Igualmente ha dicho el Tribunal Constitucional español al respecto: “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorables a la eficacia y esencia de tales derechos” (STC 159/86).

³ Ferrajoli expone una idea general sobre los derechos fundamentales. Allí dice que. “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” aquellas manifestaciones de derecho positivo (prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas”.

⁴ Hay una injerencia desmedida en un derecho fundamental cuando el legislador afecta negativamente un derecho, esto es, cuando suprime, restringe intencionalmente y en exceso el derecho, impidiendo en cierta manera la concreción del mismo.

⁵ Un autor que defiende la necesidad de las cláusulas de intangibilidad como límites al poder es Pedro de Vega.

⁶ Concepto utilizado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-801/05. Allí, por ejemplo, se afirma: “El referendo como mecanismo de reforma constitucional es, siempre, manifestación del poder *constituyente derivado* y ni siquiera la intervención del electorado para votar la propuesta, después de haber sido tramitada en el Congreso y revisada por la Corte Constitucional, tiene la fuerza jurídica suficiente para transformar el referendo en acto constituyente fundacional, primario u originario”.

jurídico, tales como la forma de gobierno⁷, el sistema democrático⁸, los principios constitucionales⁹ o los derechos fundamentales¹⁰. Sobre éstos últimos y su inmodificabilidad, se va a entender el concepto¹¹ de cláusulas de intangibilidad o procedimiento agravado.

Ahora bien, ¿Cómo se protegen y se establecen estos procedimientos agravados –límites materiales– de los derechos fundamentales al poder democrático de las mayorías¹²? (Hamilton, *et al*, 2001). Ante esta pregunta, un autor como J. Habermas, cuestiona si los jueces ¿tienen la última palabra frente a las decisiones del legislador, quien ha sido elegido democráticamente y representa la voluntad de las mayorías? (Habermas, 1998, p. 345). Para la explicación de esta pregunta, parte el autor de dos propuestas teóricas centrales:

- 1) El derecho¹³ es entendido como un paradigma discursivo¹⁴ (Habermas, 1998, p. 362), el cual señala la importancia de la deliberación en la positivización de los derechos, así como la justificación racional de las normas aceptadas por los afectados o beneficiados por éstas. Por tanto, el principio democrático tiene como fin establecer las bases procedimentales por la cuales los ciudadanos establecen las normas jurídicas que les han de regir y se presentan en forma de derecho legítimo (Durango, 2006, p. 19). Itera al respecto el autor: “De allí que el principio democrático tenga no sólo que fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que tenga que regular y controlar también el propio medio que es el derecho” (Habermas, 1998, p. 176).

De esto se sigue, que el principio democrático legitima el orden jurídico, posibilitando la coautoría de los derechos fundamentales. Es de aclarar que para el autor la legalidad no significa otra cosa que la concordancia normativa de un orden jurídico fácticamente existente positivizado mediante procedimientos democráticos. Este, a su vez, ha de retomar su justificación en desarrollos comunicativos. De allí que la legalidad procura legitimidad si y sólo si pueden aducirse razones a favor de su justificación, esto en términos habermasianos.

[105]

⁷ A modo de ejemplo véase el Art. 89-5 de la Constitución Francesa de 1958 que dice: “No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”. Igual sentido señala la Constitución italiana en su Art. 139, donde estipula que: “la forma republicana no puede ser objeto de reforma Constitucional”.

⁸ El Art. 20 de la Constitución alemana consagra: “la República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social”.

⁹ La Constitución de Brasil de 1988 señala en su art.60-4:

No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

1. Forma federal del Estado;
2. El voto directo, secreto, universal y periódico;
3. La separación de los poderes;
4. Los derechos y garantías individuales

¹⁰ La Constitución Alemana, en su Art. 1 dice: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Así mismo, el numeral 3ro de este mismo artículo consagra: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

¹¹ Agradezco a Andrés Botero Bernal el espacio dedicado a debatir con el autor de este trabajo parte de estas categorías conceptuales.

¹² Cuestión ya abordada por A. Hamilton en *The Federalist* Nro 78, quien afirmaba que ante los abusos del poder, la Constitución debe blindarse de las intromisiones desmedidas. Por tanto, la Constitución se erige como un límite al poder de las Mayorías. Al respecto dice: “Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa”.

¹³ El derecho, para el autor, será el que legitime las decisiones individuales y colectivas por medio del Estado democrático y constitucional de derecho. Así dice: “No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente estatuido.” La legitimidad del derecho se obtiene para, para el autor en mención, de la discusión racional de todos los miembros de la comunidad jurídica. Al referirse a este tema, Alexy plantea que la teoría del discurso de Habermas puede alcanzar importancia práctica sólo si se inserta en una teoría del derecho. Ver al respecto, ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1997. Pág. 137.

¹⁴ El principio discursivo reza de la siguiente manera: “válidas son aquellas normas jurídicas si y sólo si han contado con todos los afectados en el procedimiento discursivo de producción de normas jurídicas”.

2) En el contexto de aplicación de los derechos, por parte de los jueces, conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas posibles, lleva a que Habermas analice la relevancia que tienen los Tribunales Constitucionales y los jueces en general, cuando éstos, al decidir casos concretos, se remiten a los principios democráticos consagrados en la Constitución. Colige: “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras, que tiene que tomar de la Constitución, le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un “legislador” positivo que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas” (Habermas, 1998, p. 310). Esto quiere decir que cuando no existan argumentos razonables epistémicos que hablen en contra de las decisiones tomadas por el legislador en cuanto al desarrollo, configuración o restricción de los derechos fundamentales, éstos deberán ser declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional, esto en aras a proteger los derechos fundamentales producto del proceso democrático.

Por consiguiente, para este autor, la Corte Constitucional avanza en la expansión, concreción y garantías de la democracia deliberativa cuando abre espacios democráticos obstruidos en la práctica, generados mediante mecanismos constitucionales consensuados –como las cláusulas de intangibilidad que protegen derechos fundamentales, en tanto permiten proteger éstos, incluso, contra las decisiones de las mayorías– en tanto blindan los derechos contra las decisiones políticas mayoritarias que pretenden ir en contra de la legitimidad democrática construida imparcialmente. De esta forma, para Habermas, el Tribunal Constitucional tiene como fin garantizar los derechos fundamentales si:

- 1) Ejerce un control de los límites explícitos que la Constitución ha consagrado democráticamente y que protegen éstos.
- 2) Protege y garantiza los derechos fundamentales, tanto en la configuración, desarrollo y restricción¹⁵ que realiza el legislador en el escenario democrático como el Congreso.

[106]

En este aspecto, las cláusulas de intangibilidad de los derechos fundamentales, “obliga” al poder a hacer lo que es ‘lícito’ y a evitar lo que no es ‘lícito’ decidir en cuanto a su garantía y protección. –L. Ferrajoli ha denominado a esto garantismo–. Para él, una concepción garantista de los derechos y las libertades dotaría a la validez jurídica –democracia constitucional– de mayor fuerza normativa, de tal manera que quedaría configurada como referente obligado de los poderes públicos, en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias. Así, las actuaciones y las decisiones de los jueces, la administración y el legislador mismo estarían limitados y vinculados por los procedimientos legalmente estatuidos –principio de legalidad–, y además estarían condicionados al juicio de coherencia con los contenidos sustantivos de la constitución y el ordenamiento jurídico (Durango, 2007, pág. 2000).

Continúa afirmando, en esta misma perspectiva, que los límites¹⁶, tanto formales como materiales, de los derechos fundamentales al poder orientan todas las actuaciones de los poderes públicos, pues

¹⁵ Al respecto el Tribunal Constitucional Español ha dicho que: “Conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin constitucionalmente legítimo”. STC 207 de diciembre 16 de 1996.

¹⁶ Con relación a los derechos fundamentales ha dicho Ferrajoli que: “estos derechos existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder del soberano, sino, por el contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenados a él. Por tanto, no se trata de “derechos del estado”, “para el estado” o “en interés del Estado” como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el estado, o sea, contra los poderes públicos” aunque sean democráticos o de mayoría. Así pues, los derechos fundamentales, han de estar provistos de una “coraza”, que los haga inmodificables por sola y llana decisión de las mayorías.

su presencia en el ordenamiento jurídico implica unas garantías de protección y unos mecanismos de ejercitar éstos ante el Estado y los poderes particulares. Por tanto, identifica cuatro problemas relevantes de los derechos fundamentales como límites al poder: 1) cuáles son los derechos fundamentales, 2) qué son, 3) cuáles deben ser y 4) qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son de hecho garantizados (Ferrajoli, 2005, p. 19).

El último punto abordado por Ferrajoli, permite analizar qué tan importante es la existencia de una cláusula de intangibilidad¹⁷ de los derechos fundamentales como límites y garantías frente al poder. Piénsese, por ejemplo, en la Constitución de EE.UU., la cual ha realizado 27 enmiendas –en más de doscientos años– a su carta fundamental o la Constitución española¹⁸, la cual ha modificada en dos ocasiones –1992 y 2011–, pero no ha tocado el núcleo esencial de los derechos fundamentales. No en vano establece el autor italiano en mención que: “Un pueblo puede incluso decidir, democrática y contingentemente, ignorar o destruir la propia Constitución –los derechos fundamentales con ello– y encomendarse definitivamente a un gobierno autoritario, pero no puede hacerlo en forma constitucional y respetando los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2006, pp. 15-31).

Las cláusulas de intangibilidad consagradas en los ordenamientos jurídicos, son entendidas como límites materiales expresos¹⁹ que buscan garantizar derechos fundamentales mediante zonas exentas a la intervención del legislador derivado, tal como acontece en diversos ordenamientos

[107]

¹⁷ Como ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia C- 574/11: “Los criterios que han sido fijados por la jurisprudencia en torno al concepto de sustitución de la Constitución son los siguientes: a) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; b) Por virtud de estos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución. En consecuencia de lo anterior, se produce una sustitución de la Constitución, cuando la misma como un todo, es reemplazada por otra, caso en el cual se trataría de un sustitución total, o cuando un elemento esencial definitorio de su identidad es reemplazado por otro integralmente distinto, evento que daría lugar a una sustitución parcial”.

¹⁸ La complejidad reflejada en el artículo 168, convierte este artículo en una reforma agravada muy cercana a una cláusula de intangibilidad. Ver al respecto PÉREZ Javier. 2006. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed. pág. 461.

¹⁹ Los derechos fundamentales y el principio democrático se han erigido, en las constituciones de posguerra, en espacios exentos a la libre voluntad del poder. Estos límites impuestos diseñados en las propias constituciones, se denominan por la doctrina como “límites materiales”. Ver al respecto, Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, España, 1989. P. 134.

jurídicos como España²⁰, Alemania²¹, Brasil²² o Chile²³. La Constitución de Alemania, por ejemplo, diseñó una cláusula de intangibilidad consagrada en el Art. 79 – 3 de la Ley de Bonn de 1949, como un mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y del modelo de Estado Federal y Social. Dice:

Será ilícita toda modificación de la presente Ley en virtud la cual se afecte a la división Federal de los Estados, o los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Artículos 1 y 20.

Parte de esa consagración evidencia, como dicha cláusula de intangibilidad establece que no se puede modificar la organización federal y social del Estado Alemán, así como la protección y garantía de los derechos fundamentales. La Constitución alemana, en más de 60 años, no ha sido modificada sustancialmente en lo atinente a los derechos fundamentales establecidos en los arts. 1 y 20. Como afirma Sabrina Ragone respecto a la cláusula de intangibilidad de la Constitución alemana:

“Finalmente, en el caso alemán resulta esencial la existencia de una parte intangible definida en la misma Constitución, que parece respaldar la intervención del máximo órgano de garantía como defensor de la identidad del sistema, ya que de lo contrario la única protección de la permanencia constitucional sería la mera voluntad política” (Ragone, 2013, pp. 385-406).

Para el Tribunal Alemán, los límites de los derechos fundamentales sitúan al legislador fuera de su alcance y de la posibilidad de modificarlos.

[108] Ahora bien, la inclusión constitucional de este tipo de cláusulas intangibles o procedimientos agravados, ha sido la excepción en la gran mayoría de países latinoamericanos, lo cual ha conlleva-

²⁰ Conforme al Art. 168 de la Constitución Española, cuando el legislador toca los derechos fundamentales a través de reformas, procede lo siguiente: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte el título preliminar, al capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación. Por su parte, la Constitución alemana establece en el Art. 79. 3 lo siguiente: “Será ilícita toda modificación de la presente Ley en virtud la cual se afecte a la división Federal de los Estados, o los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Artículos 1 y 20”. El Art. 1 trata sobre la dignidad humana y el 20 dice que la República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social.

²¹ El Art. 79. 3 de la Constitución alemana establece que “son nulos los cambios introducidos por el legislador que afecten los derechos consagrados del 1 al 19 de la Constitución”.

²² La Constitución de Brasil de 1988 señala en su art.60-4 que:

- 4o. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:
1. forma federal del Estado;
 2. el voto directo, secreto, universal y periódico;
 3. la separación de los poderes;
 4. los derechos y garantías individuales.

²³ Así, por ejemplo, la Constitución chilena establece la garantía del contenido esencial de los derechos en el art. 19. 26, de la siguiente manera: “seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

do que países como Panamá²⁴, Nicaragua²⁵ o Colombia²⁶ hayan modificado la Constitución política (Botero, 2012, pp. 93-120).

Respecto a este último, se sigue la siguiente pregunta ¿Cuál es el límite que los derechos fundamentales establecen a las mayorías democráticas en Colombia? Ante esta pregunta cabe aclarar que no hay en Colombia una norma expresa que limite al poder derivado en este sentido, tan sólo hay referencia tangencial de protección de los derechos fundamentales como límites al poder, establecida en el Artículo 377²⁷. Conforme a esto, es claro que nada impide que éste someta a restricciones los derechos fundamentales o la reforma de la Constitución en su esencia²⁸, ante lo cual sólo queda como mecanismo de protección el control²⁹ de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional y la acción pública de inconstitucionalidad.

Conforme este encuadre, no puede desconocerse que la Corte Constitucional colombiana ha protegido los derechos fundamentales y las restricciones desmedidas por parte del poder constituyente derivado, al garantizar que no es válido sustituir sustancialmente la Constitución por otra. Al respecto, ha dicho, en la sentencia C- 551/03 que el procedimiento de reforma a la constitución no puede significar, en modo alguno, sustituir la constitución por una nueva y totalmente diferente. Así mismo, establece la importancia que tienen los límites materiales de reforma en tanto buscan proteger la Constitución de eventuales reformas que la afecten. Igual idea mantuvo en la Sentencia C-288 de 2012 al señalar que:

²⁴ En este contexto de interferencias desmedidas del legislador en la modificación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales –al no existir cláusulas de intangibilidad que prohíba modificar sustancialmente los derechos fundamentales o los principios orientadores de la constitución–, puede analizarse el caso de la Constitución de Panamá, donde la Asamblea Legislativa aprobó, mediante Acto Legislativo Nro. 2 del 23 de agosto de 1994, la modificación del Preámbulo de la Constitución de 1972.

²⁵ El Congreso de Nicaragua acaba de aprobar, en 2014, una reforma parcial que establece la posibilidad de reelección presidencial indefinida. En Bolivia, Venezuela y Cuba, la misma, es inmediata e indefinida.

²⁶ Colombia ha modificado, mediante actos legislativos, más de 36 veces la Constitución de 1991. Al respecto puede verse el trabajo de Botero Bernal, donde analiza las repercusiones de muchas de esas reformas en la consolidación de un modelo hipercentralista que rige en la actualidad en Colombia.

²⁷ Expresa este artículo que “deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo I del título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiera participado al menos la cuarta del censo electoral”.

²⁸ El Acto Legislativo No. 02 de 2003 pretendía modificar los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política, con el fin de enfrentar el terrorismo. Así por ejemplo, el Artículo 15 de la Constitución Política contenía la siguiente redacción: Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial [negrillas agregadas], con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Como se percibe claramente, la afectación y vulneración del derecho fundamental a la intimidad y los tratados internacionales sobre derechos humanos, serían afectados notoriamente de no haberse declarado la inconstitucionalidad de este Acto Legislativo por medio de la acción pública de constitucionalidad.

²⁹ Pero qué pasaría si la Corte Constitucional colombiana sigue lo expuesto en la sentencia C-408/94, cuando dijo: “Toda norma atinente a los derechos fundamentales no supone que necesariamente debe ser objeto del trámite calificado de las leyes estatutarias. Una tesis extrema vaciaría la competencia del legislador ordinario”.

“Los alcances de la intangibilidad establecida por el propio constituyente difieren en el derecho constitucional comparado. Dichos alcances obedecen a varios elementos, dentro de los cuales cabe destacar brevemente tres: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas intangibles y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional. El mayor alcance de la intangibilidad se presenta cuando la definición del criterio de intangibilidad es amplio, las normas intangibles cubren no solo principios básicos sino derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público y el juez constitucional interpreta de manera expansiva las normas relevantes. Para el caso colombiano se ha aclarado que el criterio de intangibilidad no es aplicable, puesto el Constituyente no excluyó ninguna norma de la Carta del poder de reforma, de modo que cualquiera de sus contenidos puede ser objeto de válida afectación por parte de los mecanismos de modificación constitucional que el mismo Texto Superior prevé” (Sentencia C-288 de 2012).

Ahora bien, la finalidad de este escrito es cuestionar y debatir la discrecionalidad excesiva que tiene el legislador derivado sobre la posibilidad real de modificar a su antojo derechos fundamentales. Por tanto, la Constitución política de 1991 necesita de un acto legislativo que institucionalice un procedimiento agravado –cláusulas de intangibilidad– que imposibilite aquellas injerencias en los derechos fundamentales, por parte del Congreso. Esto por cuanto la Constitución de 1991 ya tuvo –desde nuestra interpretación– una intromisión y modificación excesiva por parte del legislador derivado, esto es, con la restricción al derecho de igualdad realizado mediante el Acto Legislativo Nro. 02 de 27 de diciembre de 2004 –revisado y declarado exequible por la Sentencia C-1040 de 2005³⁰–, en tanto permitió la reelección³¹ presidencial inmediata en Colombia, sin tener presente a otros candidatos de elección popular como alcaldes y gobernadores, a los que sin ninguna justificación razonable no se les permitió la reelección.

[110]

Al respecto, en la Sentencia C-1040 de 2005, adujo la Corte que:

“Expuestos los elementos definitorios e identitarios de la Constitución, la Corte considera que la reelección presidencial –por una sola vez y acompañada de una Ley Estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial– es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente, ya que a su juicio, las modificaciones constitucionales introducidas no modificaron la existencia del Estado Social de Derecho, la forma de república unitaria descentralizada, la autonomía de sus entidades territoriales, y tampoco se impide que sea democrática, participativa y pluralista” (Sentencia C-1040 de 2005).

esto es, Confirma, además la Corte, que como no se le atribuyeron nuevos poderes al presidente, esto no implicó cambios al régimen democrático ni se estableció un modelo diferente al democrático participativo que rige la Constitución colombiana; por tanto, en argumentos no dados por la Corte, no hubo violación al principio de igualdad, sino que se dio un cambio en el equilibrio democrático

³⁰ Al respecto, concluyó la Corte en esta sentencia que la reelección presidencial –por una sola vez–, no afecta ni sustituye la Constitución de 1991 por una diferente, pues no se está cambiando el estado social de derecho, la forma republicana descentralizada, ni se impide que sea democrática, participativa y pluralista.

³¹ En la Sentencia C-1040 de 2005, dijo la Corte que: “Expuestos los elementos definitorios e identitarios de la Constitución, la Corte considera que la reelección presidencial –por una sola vez y acompañada de una Ley Estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial– es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente, ya que a su juicio, las modificaciones constitucionales introducidas no modificaron la existencia del Estado Social de Derecho, la forma de república unitaria descentralizada, la autonomía de sus entidades territoriales, y tampoco se impide que sea democrática, participativa y pluralista”. Como se percibe, esta modificación de la Constitución para permitir la reelección, vulneró el derecho a la igualdad de otros candidatos elegidos popularmente como alcaldes y gobernadores. ¿por qué permitir la reelección presidencial y no la de alcaldes o gobernadores? ¿no se vulnera con esto el principio constitucional consagrado en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia?

en el momento de la contienda electoral. Por ello, finalmente la Corte concluyó que “no se presenta una variación estructural y básica de la Constitución con la reelección presidencial”.

En lo referente a la demanda del párrafo transitorio del Artículo 4º del Acto Legislativo No. 2 de 2004 que habilita de forma “supletoria al Consejo de Estado para que en el evento de que el Congreso de la República no expidiese la ley estatutaria que regule las condiciones en que debe desarrollarse el proceso electoral para la presidencia, o la misma fuese declarada inexecutable, reglamente transitoriamente la materia”, la Corte sí apreció que existía una sustitución del poder legislativo en favor del Consejo de Estado, porque se estaba eliminando y sustituyendo el control constitucional a los otros poderes, afectando con esto los derechos fundamentales de participación política ciudadana, lo cual sí sustituye la Constitución.

Como se percibe, esta modificación de la Constitución para permitir la reelección, vulneró el derecho a la igualdad de otros candidatos elegidos popularmente como alcaldes y gobernadores. Ya que ¿Por qué permitir la reelección presidencial y no la de alcaldes o gobernadores? ¿No se vulneró con esto el principio constitucional consagrado en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia que señala que todos son iguales ante la ley?

Para concluir este apartado, puede decirse, que una Constitución que diseñe mecanismos concretos de protección de los derechos fundamentales tales como la cláusula de intangibilidad expuesta en la Constitución alemana, en el art 79.3 o el procedimiento riguroso del art. 168 de la Constitución española, hace más difícil de modificar, por parte del legislador o del poder derivado, las conquistas históricas de los derechos fundamentales. Una constitución que establece tales mecanismos de protección, es, por ende, más garantista y por consiguiente su legitimidad democrática conlleva a la protección de los derechos desde la misma constitución.

[111]

2. EL ART. 62 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para la Corte Interamericana, las obligaciones internacionales de los Estados de garantizar los derechos fundamentales por intermedio de la protección contenciosa de la CorteIDH, se fundan en el Art. 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dispone este Art. que:

“Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, *la competencia de la Corte* sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. (Art. 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El reconocimiento libre y autónoma del Estado, de la cláusula facultativa de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana –Art. 62-3 de la Convención– debe constituirse en un procedimiento agravado que implique una prohibición expresa para que el Ejecutivo se retire unilateralmente de la garantía de la CorteIDH respecto a la protección de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales no pueden estar o quedar a merced de posiciones o vaivenes políticos internos de los respectivos estados partes, antes bien, los límites previstos en el Art 62 de la Convención constituyen verdaderas cláusulas de intangibilidad en contra del retiro voluntario de los Estados, pues como bien lo ha dicho la Corte en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú:

“La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62(1) de la Convención Americana.

Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno”³².

De lo anterior se sigue que la legitimidad democrática de los Estados adquirida en la protección y respeto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, es un límite a las decisiones unilaterales e inconsultas³³ de los poderes, quienes amparados en problemas internos³⁴ deciden retirarse sin más de la competencia contenciosa de la Corte, tal como ha ocurrido con países como Venezuela, Perú –en la era de Fujimori³⁵– y Trinidad y Tobago. Además, es claro que los estados previamente se han obligado a cumplir con las decisiones de la Corte en los casos donde sean partes, esto conforme lo estipula el Art. 68. 1 de la Convención.

De esta manera, la cláusula facultativa –cláusula de intangibilidad en tanto prohíbe el retiro de los Estados de la competencia de la Corte–, señalada en el artículo 62. 1 de la Convención, es taxativa, en tanto indica que los Estados no están obligados a aceptar la cláusula facultativa de la Corte Interamericana, pero de hacerlo, no puede existir simples motivos para retirarse de la misma, pues lo que está en juego es la protección especial de las violaciones a los derechos humanos. (Cancado, 2003, p. 45).

CONCLUSIONES

La protección de los derechos fundamentales y sus mecanismos de defensa ante posibles modificaciones y restricciones sustanciales de la Constitución por parte del legislador derivado requiere en el caso concreto de dos propuestas concretas:

- [112]
- 1) Una reforma constitucional que modifique la última parte del artículo 377, esto es, incluir la necesidad de someter la aprobación final de toda reforma constitucional que modifique derechos fundamentales, realizada por el congreso, a un referendo ciudadano.
 - 2) Una reforma constitucional que establezca una cláusula de intangibilidad para el congreso –incluso para cualquier poder constituyente originario o derivado– de los derechos fundamentales, en especial de los consagrados en los artículos 11 al 40 de la Constitución Política. ¿No sería válido pensar en la opción que si el Congreso colombiano restringe desmedidamente un derecho fundamental consagrado en una cláusula de intangibilidad constitucional, sea necesario la convocatoria a nuevas elecciones para garantizar los derechos fundamentales modificados por éste? ¿Por qué no convocar a un referendo vinculante para que sea el pueblo el que decida si aprueba o no las modificaciones a los derechos fundamentales?
 - 3) Una reforma constitucional que no permita el retiro unilateral por parte del Estado colombiano de la jurisdicción obligatoria de la cláusula facultativa de la Corte Interamericana, conforme al art. 62. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sólo podría retirarse el Estado si media un referendo aprobatorio.

³² Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 1999. Párr. 36.

³³ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela* 2011. Párr. 193.

³⁴ CorteIDH. *Caso Castillo Petrucci y Otros vs. Perú* (excepciones preliminares), 1998.

³⁵ El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es de recordar que Perú aceptó y ratificó la competencia de la Corte, de fecha 21 de enero de 1981.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Manuel. (1989), *Constitución y democracia*, Tecnos, España, 1989, p. 134.
- Alexy Robert (2007), “Sobre los derechos constitucionales de protección”. En: Alexy Robert *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Madrid, p. 325.
- Botero Andrés (2012), “Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la Contemporaneidad”. En: Mabel Londoño (Edit), *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo. Memorias del VI Seminario Internacional TGD*. Medellín: Universidad de Medellín, pp, 93-112.
- Cancado Antonio (2003), “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”. En Cancado Trindade. Antonio (Edit), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José de Costa Rica, Volumen I, 2 edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 45.
- CorteIDH (2011), *Caso López Mendoza vs. Venezuela*.
- CorteIDH (1999), *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*.
- CorteIDH (1998), *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú* (excepciones preliminares).
- De Vega, Pedro (1978), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, p. 262.
- Durango, Gerardo (2006a), *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- Durango, Gerardo (2006b), “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”, en: Revista *Opinión Jurídica*, volumen 5, No. 9 - ISSN 1692-2530 - Enero-junio de 2006 - Medellín, Colombia.
- Durango, Gerardo (2007), *Estado democrático de Derecho – Estado constitucional de derecho: ¿tensión entre el desarrollo y garantía de los derechos fundamentales?* En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, No. 28.
- Durango, Gerardo (2012), *Inclusión y desarrollo de las acciones afirmativas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Dikè-Universidad Nacional, Medellín.
- Durango Gerardo *et al* (2013), *La participación política como derecho fundamental*. Universidad Nacional de Colombia- Medellín, 2013.
- Dworkin Ronald (1999), *Los Derechos en serio. Cuarta reimpresión*. Madrid: Ariel.
- Dworkin Ronald (1998), *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin Ronald (2007a), “Rawls y el derecho”, en *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e Í. Ortiz, Madrid, M. Pons), pp. 263-284.
- Fallon Richard (2008), “The core of an uneasy case for judicial review”, en *Harvard Law Review* 121/7, pp. 1693-1736.
- Ferrajoli Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 39.
- Ferrajoli Luigi (1999), *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*. Madrid: Trotta, p. 38.
- Ferrajoli Luigi (1996), “*El Estado Constitucional de Derecho Hoy*”. En: IBAÑEZ, Perfecto Andrés (editor). *Corrupción y Estado de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli Luigi (2006), “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en: Revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 29 ISSN: 0214-8676, pp. 15-31.
- Gargarella Roberto (2002), “*La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo*”. En: Hernández Andrés (editor). *Republicanismo Contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 345-389.
- Habermas Jürgen. (1998), *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta. pp. 176-348.
- Hamilton Alexander, *et al* (2001), *El Federalista*. Fondo de Cultura Económico.
- Jiménez Javier (1999), *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, p.38.
- Muñoz Andrés (1998), *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, Ed. Aranzadi.
- Prieto Luis. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Prieto Luis. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Sweet Stone (2013), *Proporcionalidad y Constitucionalismo. Un enfoque comparativo mundial*. Universidad Externado de Colombia, p. 278
- Ragone Sabrina (2013), “El Control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en: *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, pp. 385-406.
- Ramírez Gonzalo (2005), *Límites de reforma Constitucional en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, p.123
- Santana Adriano. (2010), “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”. En *Revista Derechos y libertades*, Número 22, Época II, Brasil, enero-junio, pp. 241-260.
- Pérez Javier. (2006), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed. p. 461.
- Sentencias Corte Constitucional colombiana
- Sentencia C-408 de 1994
- Sentencia C-1040 de 2005
- Sentencia C- 551 de 2003

Sentencia C-574 de 2011

Sentencia C-288 de 2012.

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 1999. Párr. 36.

Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela* 2011. Párr. 193.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y Otros vs. Perú* (excepciones preliminares), 1998.

Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 2011.

[114]