

Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le de crédito al documento y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Chía - Cundinamarca

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho Constitucional**



**Universidad
de La Sabana**

**LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DERIVADOS DEL
CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE.
ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.**

**Tesis para optar por el título de:
MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Presenta:
DAVID FRANCISCO FRANCO MORENO**

**Asesor:
DR. FABIO PULIDO ORTÍZ**

Bogotá
Colombia
Mayo, 2017

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	3
Capítulo I.	
Nociones de poder constituyente y límites a la interpretación constitucional.....	8
I.1. Los límites a la interpretación constitucional	8
I.2. El poder constituyente desde una noción <i>procedimental</i>	12
I.3. El poder constituyente desde una noción <i>revolucionaria</i>	16
I.4. El poder constituyente desde una noción <i>consuetudinaria</i>	20
I.5. El poder constituyente desde una noción <i>valorativa</i>	23
I.6. Recapitulación y conclusiones.....	28
Capítulo II.	
La Corte Constitucional colombiana y las cuatro nociones de poder constituyente descritas	31
II.1 El poder constituyente desde la noción <i>procedimental</i> en la jurisprudencia constitucional colombiana.....	32
II.2 El poder constituyente como una noción <i>revolucionaria</i> en la jurisprudencia constitucional colombiana.....	37
II.3 El poder constituyente como una noción <i>consuetudinaria</i> en la jurisprudencia constitucional colombiana.....	41
II.4 El poder constituyente como una noción <i>valorativa</i> en la jurisprudencia constitucional colombiana	45
A. El deber de autocuidado como una mera aspiración, en la medida que la racionalidad proscribiera al constituyente imponer obligaciones frente a sí mismo	46
B. La imposibilidad del constituyente para imponer límites al libre desarrollo de la libertad por motivos distintos a la libertad ajena	47
C. La jurisprudencia constitucional como cláusula pétrea de la Constitución	49
II.5 Síntesis del segundo capítulo.....	50
Conclusiones.....	53
Bibliografía.....	59

INTRODUCCIÓN

El mundo jurídico contemporáneo asiste a un escenario en el que existen ordenamientos jurídicos constitucionalizados en los cuales no solo la Constitución resulta invasiva de todas las esferas de la vida jurídica, sino en el que además existe una sobre-interpretación de la Constitución¹. Como consecuencia del referido fenómeno, encontramos una decreciente importancia del texto constitucional y una revaloración de la jurisprudencia como fuente que contiene el alcance o significado de las normas jurídicas, en especial de la Carta Política. Lo anterior ha sido denominado sugerentemente como constitucionalismo sin Constitución, o mejor, como constitucionalismo con un tipo de constitución diferente, que nace de lo real, de lo vivido, y no de las formalidades o del texto escrito².

Dicha decreciente importancia del texto, junto con la revaloración del papel de la jurisprudencia, se sustenta en diversas ideas. Por un lado, la doctrina jurídica señala que el acto interpretativo, lejos de ser una mera aplicación normativa resulta ser un fenómeno verdaderamente creativo³, e incluso se sostiene que una norma jurídica carece de todo contenido deóntico antes de ser sometida a la interpretación del juez⁴. Así, el contenido de la Constitución deja de encontrarse en el texto para depositarse principalmente en la jurisprudencia, resultando que el juez ostentaría el verdadero poder de asignación de significado normativo.

Ante la creciente importancia de la jurisprudencia como fuente de normas, dos temas de reflexión han cobrado especial relevancia: (i) la búsqueda de herramientas que faciliten la corrección en la interpretación creativa del juez constitucional; y (ii) los límites a esa función. Este segundo fenómeno, marco general de este trabajo, se ha caracterizado bajo el interrogante-aforismo de *¿quién custodia al custodio?*⁵

Si bien ambas reflexiones están interconectadas por tener como punto en común la búsqueda del adecuado proceder del juez en su labor interpretativa, el estudio sobre la corrección hermenéutica ha sido privilegiado por parecer un terreno más fecundo para el examen académico. Lo anterior puede explicarse por dos causas: que en las constituciones modernas

¹ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, Colombia, Ara Editores, Ediciones Axel, 2012, pp. 161-162.

² Cfr. José ACOSTA SANCHEZ, “Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX”, en *Revista de Estudios Políticos*, 100, (1998), p. 58.

³ Rodolfo Luis VIGO, *interpretación constitucional, segunda edición*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 19

⁴ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, Colombia, Ara Editores, Ediciones Axel, colección filosofía y teoría del derecho, 2012, p. 50.

⁵ Por ejemplo, ZULETA PUCEIRO se pregunta si es posible evitar los excesos por parte del juez constitucional: “¿Quién garantiza, en efecto, la constitucionalidad del control de constitucionalidad? ¿Quién guarda a los guardianes, es decir, a los jueces de la Constitución? Enrique ZULETA PUCEIRO, “¿Quién custodia a los custodios?”, en *Pensar en derecho*, 1 (2012), p. 8, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>, recuperado el 3 de abril de 2015.

el juez constitucional se encuentra desprovisto de un diseño específico de control o contrapeso orgánico, como si lo tienen los demás poderes públicos; y que la forma de control que se ha privilegiado para dicho órgano judicial ha sido la autorestricción⁶. Ambas circunstancias favorecen a que, al menos en apariencia, resulte más fecundo desarrollar herramientas para la corrección interpretativa de las decisiones, que ahondar en los linderos o fronteras a los que el juez constitucional se encuentra circunscrito, ya que al fin y al cabo, sería el mismo juez la medida de su propio control a través de la autorestricción.

No obstante, Hans-Peter SCHNEIDER, llamaba la atención señalando que:

“El esfuerzo por ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales, casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo (...) no obstante, desistir de este intento (...) equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al Tribunal un flaco servicio (...) porque su autoridad fáctica proviene precisamente y no en última instancia, de la observancia de tales límites”⁷.

Compartiendo el hecho de que la legitimidad del juez no solo se deriva del empleo de herramientas para buscar la corrección argumentativa de las decisiones, sino que también se fundamenta en el respeto de tales límites funcionales, materiales e institucionales⁸, la presente investigación pretende aportar en la reflexión teórica sobre *los límites a la interpretación de la constitución, y en concreto, a desentrañar si ¿el concepto de poder constituyente, como poder de creación constitucional, es capaz de derivar límites interpretativos al juez constitucional? y utilizando para tal fin la jurisprudencia constitucional colombiana como objeto de estudio.*

Cuando se piensa en los límites que puede tener el poder del juez constitucional, más allá de que exista o no un control orgánico externo que los imponga, la primera fuente que parece derivarlos es el poder constituyente o de creación constitucional. Lo anterior, acudiendo a la idea que dicho poder no sólo funge como el autor de la norma que se interpreta, sino que además encarna la autoridad fundacional a la que debería estar sujeto todo órgano estatal, incluido el juez constitucional. No obstante, como por regla general, el soberano sólo suele obrar en circunstancias extraordinarias, su presencia habitual en el ordenamiento es de naturaleza conceptual. Por ello la noción teórica del poder constituyente debería ser la que pudiese fundamentar doctrinalmente los límites hermenéuticos al juez.

No obstante, a lo largo de este trabajo se mostrará que dicho concepto se ha tornado inhábil para establecer límites a la interpretación del juez constitucional, por cuanto aquél también

⁶ Cfr. José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 12, N°. 1, 2014, p. 366.

⁷ HANS-PETER SCHNEIDER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes” *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. JOAQUIN ABELLAN, 5, (1982) p. 38.

⁸ Cfr. *Ibidem*.

se encuentra sometido a la definición de ese fallador. Al evaluar la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se encuentran al menos cuatro concepciones diversas que lo explican: (i) procedimental; (ii) revolucionaria; (iii) consuetudinaria y (iv) valorativa.

Para la primera postura, la *noción procedimental*, el poder constituyente resultaría una fuerza capaz de tomar y actualizar decisiones políticas fundamentales a través de los mecanismos jurídicos agravados de creación normativa previstos para la modificación constitucional. En esta noción, el poder constituyente posee una característica fundamental y es que resulta concurrente en el ordenamiento constitucional, coexiste con el ordenamiento jurídico, o dicho de otro modo, ostenta una naturaleza *intrasistemática* frente al ordenamiento constitucional. Cuando la Corte Constitucional colombiana ha adoptado esta noción de poder constituyente ha entendido que su función interpretativa tiene por objeto la garantía de las formas constitucionales y de la institucionalidad procedimental. Así mismo, se ha auto-limitado frente el control material de disposiciones validadas como obra del soberano, entendido que este opera cuando se usan los mecanismos agravados dispuestos para tal fin, o cuando existe una participación popular directa.

Una segunda noción entiende al poder constituyente como un *poder revolucionario, a-jurídico*, como una fuerza llamada a manifestarse a través del quebrantamiento de la continuidad del sistema constitucional. A diferencia de la anterior, este poder ya no resultaría una fuerza coexistente con el ordenamiento, sino que se trataría de una fuerza diferente, ya sea externa o subyacente, que obra por medios no jurídicos y que desaparece de la continuidad constitucional hasta que resulte necesario refundar nuevamente el sistema en torno a valores diferenciados a los preexistentes. En otras palabras, el poder constituyente únicamente estaría llamado a establecer una intención política unitaria, cohesionando el ordenamiento constitucional y a desaparecer, o permanecer como una garantía externa a aquél ordenamiento constitucional. Así mismo, por su naturaleza fáctica resultaría un poder inhábil para usar los mecanismos jurídicos agravados de creación normativa para actualizar la unidad fundacional, ya que los mecanismos jurídicos de creación de normas constitucionales representan una expresión de un poder ordenado, circunscrito por el derecho, y tal “ordenación” resultaría contraria o incompatible a la naturaleza del soberano, intrínsecamente ilimitable.

Cuando el juez colombiano ha adoptado una concepción como esta, ha acogido un papel de garante de la estabilidad de las decisiones políticas fundamentales, excluyendo todo tipo de actualización política que provenga de los mecanismos procedimentales agravados para la reforma constitucional, pues en esta noción, el juez puede identificarse como garante de la continuidad constitucional en los asuntos esenciales.

En tercer lugar, para la noción que lo entiende como un *poder consuetudinario*, aquél resulta un asunto *a-jurídico* pero silencioso. Que se expresa por la evolución de la constitución

material en la vivencia de las decisiones políticas fundamentales. A diferencia de la noción anterior, el poder constituyente, no requeriría acudir ni al quebrantamiento del sistema ni a los mecanismos jurídicos agravados de creación normativa, para que se le reconozca como tal.

Cuando la Corte Constitucional ha acogido una postura como esta, se ha tornado en validador formal de la realidad constitucional informante vivida. Es decir, el juez constitucional se erigiría como garante de la constitución material acudiendo a los mecanismos informales, como la mutación constitucional, para hacer prevalecer la constitución material sobre la formal.

Finalmente, para la cuarta noción de poder constituyente, aquella que lo entiende desde una perspectiva *valorativa*, éste resultaría como una fuerza, si bien fundada en la autoridad, igualmente sometida al respeto de los mínimos derivados de la razonabilidad práctica. Por lo anterior, no resultaría ser un poder fáctico e ilimitado, sino la concreción de uno reglado por criterios sustanciales que le someten como fuente axiomática de validez.

Cuando la Corte Constitucional ha aplicado esta noción, adopta posturas que permiten materializar la existencia de límites al soberano, señalando que ciertos contenidos no podrían ser estipulados legítimamente ni por el actor fundacional ni por el poder de reforma.

Si bien las cuatro nociones pueden ser complementarias en algunos aspectos, como en el reconocimiento del poder fundacional del constituyente, en últimas resultan contrarias en un aspecto esencial: la determinación de los medios que éste puede usar para manifestarse. Mientras la primera le reconoce la posibilidad de usar los mecanismos jurídicos formales para refundar el sistema constitucional; la segunda al tiempo que le impide usarlos le obliga a acudir a la revolución; la tercera le concede la posibilidad de obrar en forma cotidiana, sin necesidad de acudir a los medios formales o a la revolución; y la cuarta le impediría adoptar ciertas decisiones, independientemente de los medios que use.

Como el punto de diferencia entre las cuatro nociones referidas reside en los medios que puede emplear para adoptar las decisiones fundamentales de un sistema constitucional, la consecuencia es que la existencia de diversas nociones impide que pueda describirse unívocamente la forma en que dicho poder ejerce sus competencias, y por ende, el concepto no resulta hábil como criterio para derivar unos límites unívocos a la interpretación constitucional.

Para el desarrollo del presente trabajo se iniciará caracterizando las cuatro nociones del poder constituyente que se han referido a partir de algunos autores que las describen, haciendo énfasis principalmente en la forma que estas impactan en los medios que puede usar dicho poder para desplegar su capacidad creativa, y en la forma en que éstas condicionan la interpretación constitucional. En segundo lugar se mostrarán los casos en que la Corte Constitucional colombiana ha utilizado cada una de las cuatro nociones en sus

sentencias. Todo lo anterior, para evidenciar que la existencia de las cuatro concepciones de poder constituyente impacta directamente en la maleabilidad de los límites de la interpretación constitucional.

Finalmente debe resaltarse que el presente trabajo no tiene por objeto señalar la corrección o incorrección de las nociones que se presentarán, o si estas encuadran en forma precisa con una definición estricta de poder constituyente. Por el contrario se aclara que se asumirá una definición que coincida con la de *poder de creación constitucional*. La investigación tampoco tiene por objeto resolver las posibles discusiones doctrinales que pudieran derivarse, al interior de cada una de las posturas señaladas en la medida que diversos autores pueden sostener la existencia de matices doctrinales. Lo que se pretende mostrar es que la falta de univocidad en el concepto implica unos efectos directos frente a los eventuales límites que pudieren existir en la interpretación de la Constitución, por cuanto la flexibilidad judicial de las nociones de poder constituyente deriva en una elasticidad consecencial de los límites a la hermenéutica de la Carta Política.

CAPÍTULO I.

NOCIONES DE PODER CONSTITUYENTE Y LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Para descubrir si el concepto de poder constituyente es útil como fuente teórica para derivar límites a la interpretación constitucional, en primer lugar debe establecerse como podría un concepto como éste circunscribir la acción del juez constitucional. Por lo anterior, en el presente capítulo, se iniciará presentando un acercamiento al fenómeno de los límites a la interpretación constitucional. Posteriormente se procederá a profundizar en las diversas nociones teóricas del poder constituyente.

I.1. Los límites a la interpretación constitucional

Al caracterizar la naturaleza de los límites de la interpretación constitucional se encuentran al menos cuatro posturas que describen el fenómeno. Aquellas que los derivan a partir (i) del alcance sustancial del objeto interpretado, (ii) del respeto a las exigencias de la función judicial, (iii) de los contrapesos intraorgánicos al juez, y (iv) del respeto de las competencias del poder de creación normativa.

(i) La postura que desprende los límites a la interpretación constitucional *del alcance sustancial del objeto interpretado* reconoce que estos nacen del alcance y naturaleza de la Constitución.

Al respecto Joseph RAZ explica que la interpretación constitucional se encuentra limitada por el objeto interpretado, a pesar que éste sea mutable a través del tiempo:

“La pregunta sobre qué limita una interpretación innovadora es respondida de todos modos de una manera similar: está limitada por los significados existentes y las normas de interpretación, las cuales determinan, incluso en las interpretaciones innovadoras, cuáles son buenas y cuáles no, aunque por supuesto la relación con los significados existentes no consiste en una reproducción, sino en una variación, contravención, etc., dependiendo de la estrategia interpretativa reconocida por la práctica (literatura, derecho, etc., en cuestión).

Una conclusión importante es que las restricciones de la interpretación están siempre en movimiento continuo. Se suele asumir que si el objeto de la interpretación debe restringir la interpretación, se sigue que las características limitadoras deben ser de aquellas que pertenecen al objeto de una vez y para siempre y que limitan la interpretación del mismo modo siempre. Esto es un error. Las restricciones incluyen los significados del objeto y pueden cambiar a través del tiempo. Obviamente, la

misma conclusión se sigue del hecho de que las normas que gobiernan las interpretaciones están basadas en la práctica y por tanto sujetas a cambio”⁹.

En tal sentido, a pesar que no se puedan establecer unos límites perennes a la interpretación constitucional, toda vez que ellos mutan conforme con la evolución del lenguaje, sí podría pensarse que existen extralimitaciones del juez cuando éste desborda el objeto de las cláusulas constitucionales conforme al alcance y naturaleza de las instituciones y conceptos allí depositados, vigentes conforme la significación lingüística.

(ii) Desde una segunda postura, los límites al juez constitucional serían aquellos derivados de un correcto despliegue de la función judicial, en especial aquellos que pretenden garantizar el debido proceso.

Por ejemplo, Laureano GÓMEZ SERRANO sostiene que los límites del tribunal constitucional resultan de una adecuada motivación jurídica de las providencias, omitiendo el uso de consideraciones personales o políticas, y respetando las obligaciones procesales impuestas por el ordenamiento jurídico:

“Para que el juez constitucional, al ejercer la función de intérprete auténtico de la Constitución no derive en arbitrario, tiene sus límites ínsitos en la propia función, como es la motivación del fallo en derecho, es decir con criterios estrictamente jurídicos, el respeto a los antecedentes constituidos por las normas y principios ya sentados y el hecho cierto de que su acción se desata por impulso externo que impone su pronunciamiento, unas veces la acción ciudadana, en otras ocasiones la acción del ejecutivo, bien sea porque objeta un proyecto de ley o porque su propia acción genera automáticamente la revisión de constitucionalidad”¹⁰.

En un sentido similar, ESTRADA VÉLEZ plantea que los límites a la interpretación constitucional derivan de la adecuada justificación de las providencias, aunque estima que ello sólo se logra superando lo estrictamente jurídico. Para el autor, el juez constitucional debe señalar expresamente las tres dimensiones argumentativas sobre las que ha de soportar sus decisiones, es decir, las razones políticas, axiológicas y jurídicas, lo anterior, por ser éstas las mismas que soportan la constitución como un acuerdo de mínimos.¹¹

Independientemente que puedan encontrarse posturas que defiendan una amplitud mayor o menor de las obligaciones judiciales, esta perspectiva abogaría porque los límites se encuentran en el respeto de tales exigencias derivadas de la naturaleza de la función judicial, asimilándose a una suerte de corrección procedimental.

⁹ Josep RAZ, *Entre la autoridad y la interpretación, Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 327.

¹⁰ Laureano GÓMEZ SERRANO, *El control de constitucionalidad en Colombia, Evolución histórica*, Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, segunda edición, p. 251-252.

¹¹ Cfr. Sergio ESTRADA VÉLEZ, “Los límites a la Corte Constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, (Enero - junio 2007) Medellín, Colombia, 13-29.

(iii). Una tercera posición defiende que no existe la posibilidad de establecer límites sustantivos a la interpretación constitucional, sino que estos devendrían de un correcto diseño institucional del ejercicio judicial, de modo que éste impida el desborde del juez. Por ejemplo, Karl LOEWENSTEIN propone la necesidad de establecer límites internos, o *intraorgánicos*¹² como lo serían la necesidad de mayorías cualificadas o de unanimidad en los votos decisorios, con el fin de obligar a la colegiatura a alcanzar consensos más amplios y así evitar yerros o arbitrariedades¹³. Al mismo tiempo el referido autor sostiene que no es posible imponer un control externo al juez constitucional, pues su imposición derivaría una pérdida de la independencia judicial:

“Justamente, la independencia del cuerpo judicial, pilastra del Estado constitucional, entraña en sí misma el peligro de su abuso. Los jueces independientes y sólo sometidos a la Ley, están libres de todo control y vigilancia por parte de los otros detentadores del poder, tanto del gobierno como del parlamento o del electorado, y hasta se espera de ellos que estén por encima de cualquier influencia de la opinión pública. Pero los jueces también son hombres y como todos los mortales están expuestos a las tentaciones del poder ilimitado. Aquí surge la necesidad imperativa de montar unos medios técnicos que autolimitasen la función judicial protegiendo así, de la arbitrariedad de los jueces a los individuos que se sienten ante un tribunal de justicia”¹⁴

De una forma complementaria, se sostiene que los límites a los que debe someterse al juez constitucional son aquellos que derivan de la autorestricción, para evitar la pérdida de la independencia judicial¹⁵.

(iv) Finalmente, se encuentran las posturas que sostienen que los límites al juez constitucional se derivan de una correcta caracterización de las competencias de los poderes de creación normativa, como el poder legislativo. Por ejemplo, Rubén HERNÁNDEZ VALLE considera que la jurisdicción constitucional posee su límite en el respeto de las competencias del poder legislativo:

¹² Señala Karl LOEWENSTEIN que “*Es esencial para comprender el concepto de control “intraórgano” el tener en cuenta que una función del proceso político puede ser realizada a través de una institución constituida por una pluralidad de miembros. En estos casos, el ejercicio de una función está atribuido constitucionalmente a diversas personas individuales entre las que está distribuido y por las que tendrá que ser realizado conjuntamente*” Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1965, p 235.

¹³ Cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1965, pp. 252-255.

¹⁴ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1965, p 251.

¹⁵ Cfr. José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 12, N°. 1, 2014, p. 366.

“Si deseamos precisar jurídicamente los límites de la jurisdicción constitucional, debemos articularlos con el cuidado que deben tener los tribunales constitucionales de no invadir la libertad de configuración de los otros órganos estatales, especialmente el legislador (...) De ahí la importancia de analizar este tema, pues en última instancia, el principio democrático, en cuanto fundamento doctrinario de la interpretación constitucional, se erige, así mismo, en el límite de la jurisdicción constitucional”¹⁶.

En un sentido similar, Manuel ATIENZA señala que el juez constitucional estaría sometido a unos límites *externos*, señalando que estos corresponden con la “separación entre la jurisdicción y la legislación, esto es, la de los límites al activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales etc.”¹⁷.

En suma, este enfoque sostiene que los límites al juez constitucional derivarían de una correcta caracterización de los márgenes de creación normativa que corresponden al debate democrático, para evitar una intromisión del juez en la elección de alternativas que corresponden a la legitimidad mayoritaria.

Recapitulando, existen al menos cuatro perspectivas que pretenden caracterizar la naturaleza y existencia de los límites de la interpretación constitucional, aquella que entiende que ellos derivan (i) del alcance del objeto interpretado, (ii) del respecto de las exigencias procedimentales de la función judicial, (iii) del correcto diseño de unos frenos y contrapesos al interior de la rama judicial, y (iv) de una correcta caracterización de las competencias de los poderes encargados de la producción normativa.

El presente trabajo se desarrollará con fundamento en la cuarta forma de entender los límites a la interpretación constitucional, es decir, desde la noción según la cual estos deben construirse a partir de una correcta caracterización de *las competencias* de los poderes de creación normativa. En concreto, se ha elegido el poder constituyente, en razón a que sería el autor de la norma que se interpreta y porque en él se encarna la autoridad fundacional a la que debería estar sujeto todo órgano estatal, incluido el juez constitucional.

Para dilucidar las competencias que podrían limitar la función interpretativa del juez constitucional, se iniciará por caracterizar dicho concepto haciendo especial énfasis en las formas en que actúa y por ende, la manera como desarrolla su autoridad creadora.

A pesar que ello pueda parecer una labor meramente descriptiva, no lo es, pues se propondrá una clasificación que permite evidenciar que dicho concepto implica una serie de nociones que podrían calificarse como contradictorias o incompatibles en torno al punto *competencial*; pero tal contrariedad sólo se advierte después de efectuar un estudio

¹⁶ Rubén HERNÁNDEZ VALLE, “El Principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1997, XXX (88), pp. 221-222.

¹⁷ Manuel ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, (6), 1997, pp. 7-8.

comparativo, ya que no suele ser un punto que se reconozca ordinariamente en forma expresa por la doctrina.

La razón por la cual existen contrariedades entorno al *alcance competencial del poder constituyente* tiene su origen en que en él se reúnen dos mundos que parecen irreconciliables, el de los hechos políticos y el de las categorías jurídicas. Mientras el primero posee una carga revolucionaria y un dinamismo soberano; el segundo tiene un acento ordenador y limitador de los poderes. Ello deriva en que haya teorizaciones que pongan su acento en su dimensión fáctica, y otras que lo hagan en su dimensión jurídica. Igualmente, la dimensión fáctica ofrece una noción que lo cataloga como insurrecto, otra que lo describe como silencioso; y en la dimensión jurídica se encuentra una que lo entiende desde una noción procedimental y otra desde una perspectiva valorativa del derecho.

Por lo anterior, dependiendo del acento que cada explicación efectúe, se pueden encontrar al menos cuatro ópticas o concepciones diversas: (i) *procedimental*, (ii) *revolucionaria*, (iii) *consuetudinaria* y (iv) *valorativa*. Lo anterior, implica que la explicación que se hará del concepto supera lo meramente descriptivo, por cuanto implica una clasificación u ordenación de las ideas a partir del acento adoptado en cada autor.

1.2. El poder constituyente desde una noción procedimental

El concepto de poder constituyente se atribuye tradicionalmente al planteamiento teórico del Abad SIEYÉS¹⁸ quien propuso la existencia de un poder normativo distinto al poder legislativo, caracterizando así dos tipos de representación, aquella que se hacía en torno al pueblo soberano, y aquella referida a la representación del Estado¹⁹. A pesar que SIEYÉS no denominó expresamente la existencia del poder constituyente en estricto sentido, definió una diferencia que permitiría caracterizarlo posteriormente, esto es, la distinción entre el pueblo como soberano y la Nación como representación del pueblo²⁰. Así, cuando aquél obraba en ejercicio de su soberanía era titular del poder para constituir, o lo que es lo mismo, competente para someter al Estado y a sus representantes²¹, pues en dicho escenario la actuación del pueblo resultaba tan imperativa, que las condiciones de la delegación

¹⁸ Cfr. Gonzalo Andrés RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia, El concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 200-213.

¹⁹ Jorge CARPIZO MAC GREGOR, "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", Héctor FIX-ZAMUDIO, editor, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, 142-143.

²⁰ Jorge CARPIZO MAC GREGOR, "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", Héctor FIX-ZAMUDIO, editor, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, 142-143.

²¹ *Ibídem*.

derivadas de este tipo especial de poder no podían ser modificadas ni por los delegados ni por el Estado²².

De otro lado, MAURICE HAURIUO señaló la existencia de la suprallegalidad constitucional, como característica de la acción del soberano. Para este autor, dicho fenómeno implicaba dos consecuencias: la superioridad de la norma constitucional, que se manifiesta en la existencia de un procedimiento especial para su creación y modificación; y la necesidad de establecer un poder judicial que hiciera prevalecer su superioridad²³.

Así mismo, al describir al referido fenómeno señaló, en concordancia con SIEYÉS, que el poder constituyente es una especie del poder legislativo, pero en lugar de pertenecer al Estado en abstracto pertenece al pueblo, quien lo desarrolla a través de representantes especialmente delegados para tal fin y que dicho poder suprallegal se ejerce considerando al pueblo como materia social, y en cambio el poder legal o del Estado, se desarrolla considerando al pueblo ya revestido de determinada forma política²⁴.

De otro lado, Hans Kelsen sostuvo una idea similar, al caracterizarlo a través de su procedimentalidad jurídica. En concreto Kelsen señaló que dicho poder resultaba ser una forma o especie distinta de poder legislativo ejercido a través de procedimientos más gravosos para la reforma de la Constitución. Efectuó una caracterización principalmente procedimental del referido poder, en la medida en que estimaba que la naturaleza del poder constituyente era un tema propio del derecho natural²⁵.

De manera contemporánea algunos autores, como MANUEL ARAGÓN han acogido una caracterización como la referida, en la que se le entiende como una fuerza política que puede pronunciarse por los mecanismos jurídicos agravados de producción normativa para establecer o actualizar las decisiones políticas más fundamentales.

²² Ibidem.

²³ Ahora bien, ERNESTO JINESTA ha interpretado a HAURIUO como un supuesto precursor de los límites implícitos al poder constituyente, toda vez que la “expresión ‘*suprallegalidad constitucional*’ tiene la ventaja inherente de superar el concepto de constitución meramente escrita, proyectándose al entero bloque de constitucionalidad, sea a los principios fundamentales del régimen (principios individualistas) y los políticos que son la base del gobierno”. No obstante, tal apreciación parece ser una reinterpretación que se sale de su concepción original, ya que el concepto de suprallegalidad, se refiere a la naturaleza superior de la Constitución en relación de la Ley, pero no a un criterio de supraconstitucionalidad o de poder superconstituyente. Al contrario, la tesis de HAURIUO termina por encarnarse en la constitución de caminos más gravados para materializar la *especial representación del poder constituyente* y no como una forma de someter al pueblo a una norma que él mismo no podría cambiar. Ernesto JINESTA, “Superlegalidad constitucional y poder constituyente: plena vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, Andry MATILLA, Jaime SANTOFIMIO, Héctor SANTAELLA, Coordinadores, *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2013, p. 250.

²⁴ Jorge CARPIZO MAC GREGOR, op. cit., p. 143.

²⁵ Jorge CARPIZO MAC GREGOR, op. cit., p. 144.

Para ARAGÓN, el pueblo es titular de un poder especial para someter a los demás poderes del Estado, y éste se expresa plenamente a través del uso de los mecanismos jurídicos más agravados, ya que lo contrario implicaría consecuencias contra-democráticas. Si el poder constituyente no pudiera utilizar los mecanismos jurídicos sería tanto como “retroceder al Estado Hobbesiano, a la voluntad sin reglas, a la pura fuerza”²⁶.

Por su parte, Bruce ACKERMAN plantea que la democracia debe ser leída de manera dual frente a las diversas mayorías que en ella actúan, distinguiendo las decisiones del Gobierno y aquellas que encarnan verdaderamente al pueblo, al *we the people* que fundamenta la autoridad de la Constitución. Para el referido autor no todas las manifestaciones del pueblo tienen carácter supremo, pues solo lo tienen aquellas en las que éste actúa bajo la *autoridad más alta de creación normativa (Higher lawmaking authority)*. Dicha distinción tiene por propósito alejarse de una lectura monista de la participación popular, en la que toda actuación está indefectiblemente sometida al escrutinio contramayoritario, pues ello implicaría sustraer a la Constitución su origen democrático y su autoridad popular²⁷.

Como puede advertirse, las posturas precedentes poseen un elemento común: que el poder constituyente resulta una potestad para adoptar las decisiones fundamentales a través de la delegación efectuada para el uso de los mecanismos jurídicos especiales o agravados para la producción normativa. En tal sentido, esta noción conjuga la dimensión política con una dimensión jurídica procedimental, que se ejerce a través de los mecanismos asamblearios, ordinariamente más agravados frente al poder legislativo.

Así mismo, como una característica común se encuentra que el poder constituyente resulta concurrente en el ordenamiento constitucional, o dicho de otro modo, posee una naturaleza *intra-sistémica* frente al ordenamiento constitucional que le permite interactuar con éste. Debe notarse que los mecanismos agravados de creación normativa que pueden ser utilizados para desplegar este poder, si bien son especiales, no por eso son necesariamente extraordinarios. Por el contrario, los ordenamientos constitucionales pueden estipular que los mecanismos agravados estén disponibles en todo momento para ser usados, sin que sea necesario que ocurra algún fenómeno fáctico extraordinario, más allá del cumplimiento de los requisitos especiales establecidos para que operen. Justamente esa disponibilidad es la razón por la cual son medios ordinarios, y hacen que el poder constituyente sea una fuerza presente intra-sistémicamente en los ordenamientos constitucionales.

De otro lado, se evidencia que ésta concepción no repara en el contenido sustancial de las decisiones políticas establecidas mediante los mecanismos jurídicos previstos para tal fin, pues le atribuye al soberano la omnipotencia necesaria para poder adoptar lo que a bien

²⁶ Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1ra reimpresión 1990, pp. 38-39.

²⁷ Cfr. Bruce ACKERMAN, *We the people, foundation*, Cambridge, Harvard University Press., 1991, pp. 6-16

tenga. Al respecto ARAGÓN, sostiene que la única limitación que se puede imponer al constituyente es la autolimitación procedimental, pues:

“la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esta voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino”²⁸.

En otras palabras, el sentido de entregar a los mecanismos jurídicos la posibilidad de expresar auténticamente la voluntad soberana, incluso la originaria, es permitir *refundar* el sistema constitucional por los cauces institucionales, lo que se traduce en un intento por evitar la guerra o la revolución como la única forma de manifestación auténtica de la autoridad soberana. Esto no quiere decir que la noción *procedimental* del poder constituyente excluya el quebrantamiento de facto de la continuidad sistémica como una forma de manifestación real del poder constituyente, sino que reconoce en el derecho otro camino, igualmente válido, para que éste se manifieste con los mismos alcances.

En relación al juez constitucional se encuentra que esta noción impone unos límites precisos a su función interpretativa. Si se admite que la principal *competencia* del poder constituyente, bajo esta noción, es la de actualizar o refundar las decisiones políticas constitucionales mediante el uso de los mecanismos jurídicos dispuestos para tal fin, el límite del juez sería la imposibilidad de revisar sustancialmente las reformas constitucionales, independientemente de su objeto, temática o alcance, cuando estas se desarrollen por los medios previstos como aptos para contener un pronunciamiento constituyente. En tal sentido, el juez estaría obligado a hacer respetar estrictamente los procedimientos, en la medida que este es el medio para reconocer al soberano; pero una vez lo identifica en los medios jurídicos especiales o agravados de producción normativa quedaría limitado en la revisión sustancial de las disposiciones.

Ello no quiere decir necesariamente que todo método de reforma constitucional deba tener el mismo alcance, ya que el Constituyente también puede disponer de un alcance diverso a cada forma de modificar la Constitución, pero sí quiere decir que una vez entregado a un procedimiento la aptitud para albergar un pronunciamiento soberano, el fallador se encontraría llamado a la salvaguardia de los procedimientos y limitado por la materia decidida.

Sintetizando lo dicho hasta el momento, encontramos algunos puntos comunes que logran caracterizar una noción concreta del poder constituyente:

²⁸ Manuel ARAGÓN, *op. cit.*, p. 34.

1. El poder constituyente, de naturaleza política, se ejerce como una competencia supralegal para adoptar o modificar las decisiones políticas más relevantes de una sociedad.
2. Dicho poder político soberano actúa mediante las formas agravadas de producción normativa, pues no es incompatible con el uso de los mecanismos jurídicos.
3. La disponibilidad de los medios agravados de producción normativa hace que el poder constituyente resulte una fuerza presente intra-sistémicamente en el ordenamiento constitucional.
4. La posibilidad de acudir a medios jurídicos no anula la capacidad revolucionaria del soberano, simplemente le dota de mecanismos para su manifestación institucional, de acuerdo a los alcances que él mismo les confiera.
5. Como los medios agravados son el mecanismo para el pronunciamiento del soberano, no es posible un cuestionamiento material sobre las decisiones políticas adoptadas por estos medios.
6. En la medida que el juez constitucional está constreñido por el poder constituyente el control constitucional a las reformas estaría orientado a revisar los procedimientos, y limitado en la posibilidad de evaluar materialmente las decisiones que se adopten a través de los mecanismos jurídicos que tengan la aptitud para manifestar la voluntad del soberano.

I.3. El poder constituyente desde una noción revolucionaria

Una segunda concepción es aquella que, abandonando una posible faceta jurídica del referido poder, pone su acento absolutamente en su naturaleza fáctica, en su fuerza revolucionaria capaz de quebrar el ordenamiento existente.

Para esta tesis, su carácter absoluto deriva en una consecuencia específica, y esta es, que se le restringe la capacidad de usar los mecanismos del derecho para manifestarse. Lo anterior, por cuanto para ésta noción, el objeto de dicho poder soberano únicamente corresponde con la adopción de una unidad política. En otras palabras, para esta concepción, todas aquellas decisiones que superen la mera voluntad fundacional, y que por tanto deben hacerse a través de los mecanismos jurídicos representativos, no le pertenecen, sino que obedecen a otros tipos de representación, como el poder de revisión constitucional.

El principal autor que caracteriza esta noción es CARL SCHMITT²⁹, quien define al poder constituyente como “la voluntad política cuya *fuerza y autoridad* es capaz de adoptar la

²⁹ Si bien este autor reconoce el poder constituyente no sólo en el pueblo, sino incluso en el Rey, en este evento se usará sólo las referencias al poder del pueblo, por ser las pertinentes para este trabajo.

concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política como un todo”³⁰.

A partir de tal definición, este poder adquiere unas características muy concretas en cuanto a sus limitaciones que el mismo autor reconoce. SCHMITT señala que el pueblo está limitado por su propia condición de pueblo, es decir, por su condición de heterogeneidad, por su incapacidad para ser uniforme, inequívoco, y por ser incapaz de decidir asuntos que trasciendan más allá de su mera conformación como unidad política. El autor refiere:

“el pueblo como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca –tampoco en una democracia- autoridad permanente. De otra parte, el pueblo necesita ser en la Democracia capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando solo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad y está en condiciones y es apto para decidir *si o no* a las cuestiones fundamentales de su existencia política. La fuerza, así como también la debilidad del pueblo, consiste en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz de despachar asuntos dentro de un procedimiento reglado. Tan pronto como un pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación. Tampoco puede ser disuelto, como que no es una entidad organizada. En tanto que existe y quiere seguir existiendo, su fuerza vital y energía es inagotable y siempre capaz de encontrar nuevas formas de existencia política. La debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo”³¹ (subrayado por fuera del original).

En tal sentido “el *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de existencia de la unidad política”³². Mientras en la noción *procedimental* el pueblo soberano era capaz de usar la supra-legalidad como forma para ejercer su soberanía, en la noción *revolucionaria*, éste puede hacerse valer de cualquier forma, por innovadora que sea, pero no por un conducto que implique el sometimiento a la Constitución o a las formas jurídicas. Ello, por cuanto la condición misma del pueblo le obliga a quedarse en el plano de los hechos, a ser dinámico y heterogéneo por esencia. Así mismo, mientras en la noción anterior, el poder constituyente ordenado por el derecho era el responsable de adoptar cualquier decisión fundamental, general o concreta, esta otra concepción sólo le permite al adoptar aquellas decisiones relativas a su propia unidad, pero no las decisiones normativas que trasciendan de ella. Por lo anterior, el poder normativo debe delegarse, incluso a través

³⁰ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, reimpresión, s.f., pp. 86-87

³¹ Carl SCHMITT, op. cit., pp. 94-95.

³² Carl SCHMITT, op. cit., p. 95.

de los mecanismos supra-legales, pero al efectuarse tal delegación se deriva en un poder diverso con atributos que lo diferencian.

De manera contemporánea PEDRO DE VEGA que acoge una tesis muy similar, señala que el soberano no puede usar los mecanismos jurídicos para manifestarse, toda vez que existe una tensión entre la soberanía popular -expresión del constituyente- y la soberanía constitucional -creación del constituyente-:

“El problema comenzará planteándose con el establecimiento de la misma noción de poder constituyente, del que a todas luces se desprende una ambigüedad y una contradicción manifiesta. Ciertamente, al asignarse al pueblo, como titular único de la soberanía, la facultad de dictar y aprobar la Constitución, se intenta salvar el principio democrático. Pero, por otro lado, en la medida en que el poder constituyente realiza su obra, y desaparece como tal, con él se extingue y desaparece también el dogma de la soberanía popular. Al aprobarse la Constitución, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, el único axioma efectiva y verdaderamente operante del Estado constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional. Frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge realmente es una auténtica soberanía, como dirían por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho”³³

Nótese que esta concepción efectúa una oposición entre la supremacía constitucional y la soberanía popular, de modo que cuando rige la primera no lo hace la segunda y viceversa³⁴. En tal sentido, el poder que se despliega a través de los cauces institucionales previstos en la Constitución no puede catalogarse como un poder soberano o constituyente, por cuanto es un poder ordenado y regido por la soberanía constitucional; y por ello, cuando el pueblo se hace representar, por más que sea el pueblo, resulta distinto a aquel capaz de constituir, de fundar el sistema.

Todo lo anterior, deriva en que para esta concepción, el soberano no es un actor *intrasistémico* o que se encuentre presente al interior del ordenamiento constitucional, o que pueda interactuar con este. Por el contrario, el verdadero constituyente no interactúa con el ordenamiento constitucional, pues solo aparece cuando quiebra el ordenamiento institucional, cuando se hace necesaria la actualización de la voluntad fundacional, cuando

³³ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 2da reimpresión 1991, p. 19-20.

³⁴ Refiere PEDRO DE VEGA que “Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente, que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que, en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución” Pues, la destrucción de la Constitución es una tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente. Pedro DE VEGA, *op. cit.*, p. 69.

se requiere reemplazar el ordenamiento existente por otro nuevo, y no cuando se promulgan normas constitucionales. En palabras de PEDRO DE VEGA:

“La proclamación, sin embargo, de una soberanía del Derecho o de la Ley, no puede ni debe implicar la negación de la soberanía real del pueblo como auténtico poder constituyente. Y he aquí la cuestión: ¿cómo compaginar y entender la existencia de una soberanía jurídica de la Constitución al lado de una efectiva soberanía política del pueblo? (...) Desde el momento que un poder constituyente lleva a cabo la aprobación de un ordenamiento constitucional nuevo, en el que se establecen, a través del procedimiento de reforma, sus mecanismos de transformación, es el propio poder constituyente originario quien se sitúa como fuerza externa al sistema y voluntariamente desaparece de la mecánica constitucional. De esta suerte, el poder soberano del pueblo, (...) aparece aletargado y oculto mientras la dinámica constitucional funcione”³⁵

Todo lo anterior permite caracterizar que la *competencia* del poder constituyente, en esta noción, es la de fungir como garantía externa de conservación de las decisiones políticas fundamentales, y la de quebrar el ordenamiento cuando resulta necesaria su actualización.

Dicha caracterización posee unas consecuencias frente a la interpretación constitucional. Si se parte de reconocer al poder constituyente como una fuerza externa al sistema constitucional y que sólo obra mediante el quebrantamiento institucional, es posible concluir que toda actuación jurídica de enmienda a la Carta Política es ajena al poder constituyente, y que en cambio pertenece a facultades de revisión, siempre de menor entidad política que aquél.

Descendiendo al rol juez constitucional, recordando que éste se encuentra competencialmente limitado frente al soberano, puede derivarse que su función sería la de impedir que poderes de menor entidad al poder constituyente alteren las decisiones que resultan privativas a aquél. En otras palabras, a la función de control judicial le correspondería impedir alteraciones sustanciales a la Constitución mientras no exista un quebrantamiento institucional. En la medida que su tarea se concretaría en impedir las reformas institucionales que rompan las notas esenciales del ordenamiento constitucional, éste tendría el imperativo de revisar la materialidad y alcance de las normas expedidas por los procedimientos de reforma constitucional, ello con el fin de indagar si esta efectivamente obedece a una disposición habilitada para la competencia del poder de revisión, o si se trata de un cambio reservado para el poder constituyente, y que por tanto, sólo podría estar sustentada en una refundación revolucionaria del ordenamiento.

Concluyendo, se puede derivar que para esta tesis:

³⁵ Pedro DE VEGA *op. cit.*, p. 108-109

1. El poder constituyente es de naturaleza política, omnímodo, ilimitado, irrestricto, encargado de dotar de unidad funcional a un pueblo, pero limitado únicamente a dicha decisión.
2. Como el poder constituyente no puede despojarse de sus atributos, le resulta ontológicamente imposible delegarse, o someterse al poder jurídico y a las instituciones regladas, lo que le impide interactuar con el ordenamiento constitucional a través de los mecanismos de reforma.
3. Por lo anterior toda reforma jurídica a la Constitución siempre es efectuada por un poder de menor entidad al poder constituyente.
4. Como el poder constituyente es el único que puede refundar el sistema constitucional a través de su actuar fáctico y revolucionario, el juez constitucional tendría prohibido permitir alteraciones sustanciales a la Constitución a través de mecanismos jurídicos, mientras no opere una revolución o quebrantamiento institucional.
5. El juez constitucional se encuentra obligado a revisar las reformas por motivos sustanciales, ya que debe desplegar una labor conservadora de las notas esenciales de la Constitución vigente.

I.4. El poder constituyente desde una noción consuetudinaria

La perspectiva fáctica del poder constituyente ofrece una segunda óptica según la cual su forma de actuar ya no se centra en la insurrección, sino en la evolución cotidiana y silenciosa de aquella unidad política material. Para esta postura, puede ocurrir que las decisiones políticas fundamentales de una sociedad se modifiquen, pero no porque se han cambiado las normas formales a través de los procedimientos agravados de reforma, ni porque haya operado una ruptura institucional, sino como un proceso de cambio cotidiano al que deberían estar atentos los órganos constituidos.

Para sustentar teóricamente esta postura debe acudir a una serie de autores que definen la Constitución a partir de la vivencia material de las decisiones fundacionales. Si bien podría pensarse que ello no corresponde a una noción de poder constituyente, sino a una visión social e informal de la Constitución, se propone que una visión de Constitución como esta posee implícita una visión específica de poder constituyente o mejor de creación constitucional o de autoría de la Constitución como un concepto análogo. De este modo, la forma de entender la Constitución como una práctica vivida y no como un orden impuesto en el pasado, hace que el constituyente pase de ser el que impuso el referido orden fundacional a ser un actor presente y vivo que no tiene necesidad de manifestarse expresamente por un mecanismo jurídico o revolucionario.

En el escrito *¿Qué es una Constitución?* FERDINAND LASALLE propone que la verdadera constitución no es aquella que se encuentra plasmada en un texto sino aquella que se materializa en los factores reales de poder de la sociedad en cuestión. Por ello, una

constitución será auténtica únicamente cuando refleja la realidad vivida, pues de lo contrario, el texto terminará cediendo ante la fuerza de lo pragmático³⁶. En otras palabras, la verdadera obra del constituyente no es necesariamente el texto normativo de la Constitución, sino lo que materialmente se practique, independientemente que ello se acompañe o no con el texto constitucional.

Por su parte, SMEND explica que existe una pugna entre la realidad y el texto constitucional, en la medida en que la Constitución escrita puede implicar un mero enmascaramiento de las fuerzas sociales vivas, quienes en últimas no responden necesariamente a lo previsto formalmente³⁷, siendo estas últimas las que representan la verdadera Constitución. En tal sentido se reitera que la constitución, es aquello vivido y no lo prescrito en el texto constitucional.

LOEWENSTEIN, por su parte, intenta explicar el fenómeno, señalando que efectivamente existe una dicotomía entre la dinámica constitucional y el texto escrito, porque éste último ha perdido prestigio. Lo anterior permite que éste pueda ser conscientemente inobservado para permitir la vivencia de la verdadera Constitución, pues el texto no resulta útil para racionalizar el proceso político³⁸. En tal sentido:

“Una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica (...) para que una Constitución sea viva, debe ser por lo tanto efectivamente “vívida” por destinatarios y detentadores del poder necesitando un ambiente nacional favorable para su realización”³⁹.

Como ya se adelantó, aunque los citados autores no refieren directamente una definición de poder constituyente, es posible entender que poseen una noción implícita del mismo, ya que aluden en sus tesis al poder de creación constitucional en una forma diversa de lo que se ha explicado hasta el momento. Cuando LOEWENSTEIN se refiere a la Constitución como la práctica que viven los detentadores y los destinatarios del poder, o cuando SMEND señala que las fuerzas vivas se resisten a ser enmascaradas con un texto formal, en últimas ofrecen una caracterización implícita del *autor de la Constitución*, identificándose éste con la realidad, y no con el producto de los mecanismos formales de creación jurídica, ni con la revolución como un hecho constituyente. En efecto, al catalogar a la vivencia o devenir cotidiano de una sociedad como una fuerza capaz de dejar sin efectos el texto constitucional, se requiere entender implícitamente que la realidad cotidiana posee la misma fuerza creadora y ordenadora que poseen los mecanismos jurídicos agravados de producción normativa o la

³⁶ Cfr. Ferdinand LASALLE, *Qué es una Constitución*, Barcelona, Ariel, 1994.

³⁷ Cfr. Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985, p. 129-130.

³⁸ Cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1965, p.226-227

³⁹ Karl LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 217

revolución, medios necesarios para la manifestación del poder constituyente en las nociones anteriores.

De otro lado, esta forma de entender el poder constituyente como un asunto informal, resultaría el elemento teórico necesario para soportar las mutaciones constitucionales como un asunto legítimo. Sólo si se entiende que la vivencia cotidiana de las decisiones fundamentales tiene la misma fuerza ordenadora que los mandatos formales producidos, ya sea por los medios jurídicos o por medio de la revolución, es que resultaría posible sostener que las autoridades constituidas modifiquen por la práctica o por la interpretación el sentido originario del texto constitucional.

Si bien el juez es un actor importante de las mutaciones constitucionales, en lo que se ha denominado el *living constitution*⁴⁰, autores como GEORGE JELLINEK o HSU DAU LIN denotan que no se trata de una práctica exclusiva de aquellos. Por ejemplo, JELLINEK, en su obra *reforma y mutación de la Constitución*, señalaba que existían mutaciones que podían provenir tanto de la práctica parlamentaria⁴¹ como de la práctica administrativa⁴². En el mismo sentido, HSU DAU LIN proponía que existen multiplicidad de mutaciones, como por ejemplo, la mutación por la existencia de una práctica constitucional que no viola la Constitución, la mutación por la imposibilidad de ejecutar una norma constitucional, la mutación por la materialización de una práctica que viola la Constitución, y la mutación por interpretación de la Constitución⁴³.

La amplitud de autoridades que poseerían la capacidad de efectuar mutaciones constitucionales, evidenciaría que una noción informal del poder constituyente resulta posible, ya que la mutación sería el camino por el cual dicha potestad informal, lograría sobreponerse a la Constitución formal.

En razón a todo lo expuesto puede caracterizarse que una noción como la *consuetudinaria* sostendría que la *competencia* de aquél poder es la de refundar la unidad política a través de la fuerza informal de la cotidianidad social, motivo que obligaría a los órganos constituidos a estar vigilantes frente al momento en que la referida fuerza subyacente derive en la obsolescencia de las normas formales, ello con el fin de hacer uso de los mecanismos informales de reforma constitucional, como lo son las mutaciones constitucionales.

Esta forma de entender el poder constituyente también posee consecuencias frente a la función de interpretación de la Constitución y frente a sus límites. Siguiendo la lógica que los límites al poder del juez constitucional se derivan de las competencias del poder de

⁴⁰ Cfr. David STRAUSS, *The living constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

⁴¹ Cfr. George JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Christian FORSTER, 1991, pp. 17-18.

⁴² *Ibidem.* p. 20-21.

⁴³ Cfr. Hsu DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, Trad. de Plablo Lucas VERDU y Christian FORSTER, Pablo Lucas VERDÚ, 1998.

creación normativa, en este caso se podría concluir que tales límites se concretan en que el juez tendría prohibido efectuar interpretaciones conservativas de la formalidad constitucional, cuando encuentre una falta de correspondencia entre la constitución formal y la material. Ello, por cuanto la competencia del poder constituyente es la de transformar silenciosa y cotidianamente la realidad. En tal sentido, el papel del juez ya no resultaría en garantía de las formas jurídicas de revisión constitucional; ni tampoco en una garantía de continuidad institucional de la Constitución mientras no exista un rompimiento revolucionario. Todo lo contrario, su función sería la de permitir la evolución informal de las normas constitucionales a través de la mutación constitucional como medio para adecuar la constitución real a la constitución formal.

En suma, para la noción consuetudinaria:

- 1) El poder constituyente se identifica con la práctica social, y por ello, el soberano no requiere acudir ni al derecho ni a la revolución para manifestarse.
- 2) Como el poder constituyente se manifiesta informalmente a través de la práctica social, esta noción fungiría como una autorización para que los poderes constituidos, entre estos el juez, actualicen el constitucionalismo formal a través de la mutación como mecanismo de reforma informal de la Constitución.
- 3) La competencia del constituyente para actualizar informalmente el ordenamiento constitucional deriva en un correlativo límite al juez, consistente en la prohibición de interpretaciones conservativas cuando aparezca necesaria una mutación constitucional fundada en la realidad social.

I.5. El poder constituyente desde una noción valorativa

Finalmente, existe una concepción de poder constituyente, según la cual, si bien éste es el encargado de las decisiones políticas fundamentales, no por ello tiene una competencia sustancial absoluta pues sus atribuciones se encuentran sometidas a ciertos límites sustanciales externos, los cuales podrían ser restricciones morales, derivadas de la racionalidad, o para otros autores de naturaleza jurídica supranacional.

Carlos NINO señala que las competencias del poder constituyente derivan de un orden moral y no de uno jurídico⁴⁴, pues éste actúa en escenarios en que está legitimado por los hechos y no por una norma competencial previa. Por ello, dicho concepto tendría por objeto justificar cuándo pueden dictarse válidamente normas a pesar de la falta de competencia jurídica para hacerlo⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. Carlos NINO, *La Validez Del Derecho*, Cap. 3. “la competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica”, Buenos Aires, Astrea, 1985.

⁴⁵ *Ibíd.*

En tal sentido, para dicho autor “La fundamentación de los juicios acerca de la competencia jurídica del poder constituyente originario, en contextos justificatorios, depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo”⁴⁶, ello en la medida que “obedecer las normas dictadas en ejercicio de competencias atribuidas por el constituyente, es un concepto moral. Presupone, a su entender, la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones corresponde reconocer como jurídicamente vinculantes las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad”⁴⁷.

De otro lado, se encuentran otros autores que no sólo justifican que el poder constituyente estaría condicionado a su validez a partir de una regla de naturaleza moral, sino que a su vez circunscriben la potestad de creación constitucional con una cierta moral específica. Esta postura concreta se encuentra en aquellos autores que sostienen al Estado Constitucional de Derecho como nuevo paradigma jurídico⁴⁸.

Para esta postura, dicho poder se encontraría limitado no sólo por una validación moral en abstracto, sino por ciertos parámetros sustantivos concretos, como los “1) derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos; 2) principios consubstanciales al sistema político y a la forma del estado democrático y de derecho; y 3) Principios de Ius Cogens y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional”⁴⁹ entre otros elementos análogos.

Por ejemplo, en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho, el elemento que caracteriza el fenómeno del poder en general radica en “la mayor independencia del derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía”⁵⁰ (subrayado por fuera del original) en la medida que el primero -el derecho- somete a los demás.

⁴⁶ Juan IOSA, “Tres conceptos de poder constituyente originario”, s.f., publicado electrónicamente, disponible en http://www.academia.edu/25728501/Tres_conceptos_de_Poder_Constituyente_Originario

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ésta nueva forma de entender el Estado y el derecho, implica una “reformulación, [del Derecho] desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, [...] en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en la democracia, la interpretación del orden jurídico interno con el internacional, y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal” José Luis CEA EGAÑA, “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano, tomo 2*, (2005), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, p. 49.

⁴⁹ Jorge TAPIA VALDES, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios constitucionales*, Talpa, año 6, Vol 2, (2008), p. 132.

⁵⁰ José Luis CEA EGAÑA, “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano, tomo 2*, (2005), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, p. 49.

Así mismo, otra variante de esta noción sería la corriente jurídica que entiende al derecho como un asunto argumentativo⁵¹, según el cual éste implica una integración de las “diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política [en cuanto] la consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada”⁵².

Como lo jurídico se torna en un proceso moral, la autoridad queda sometida a un escrutinio valorativo en el que se genera “una relación inversamente proporcional entre el principio de participación y el principio de protección de las libertades o derechos: a mayor número de cuestiones inderogables por la mayoría, menor será el ámbito de decisión democrática al existir más ‘cotos vedados’ y viceversa, a menor cantidad de temas ‘indecidibles’ por la mayoría, el campo de acción de ésta se incrementa”⁵³. En tal sentido, ni siquiera el poder de creación constitucional o poder constituyente podría adoptar aquellas decisiones que contravinieran la moral racional, adoptada ahora por el derecho, y que como se ha formulado, resulta independiente del Estado, de la ley y de la soberanía.

En un intento de articular dicha noción del poder de creación constitucional como atado a la racionalidad, Robert ALEXY formuló el concepto de la *representación argumentativa* que descansa en el juez constitucional⁵⁴ como complemento a la representación parlamentaria. Si bien Robert ALEXY precisa que la referida representación no puede entenderse como absolutamente desconectada del debate público, y por tanto, que el juez debe hacer un esfuerzo por acoger argumentos que verdaderamente serían sostenidos por el pueblo⁵⁵, en todo caso, reconoce en la argumentación jurídica una nueva fuente de legitimidad representativa⁵⁶.

En un sentido similar, se ha propuesto que la representación que efectúa el juez constitucional es aquella derivada del auditorio universal referido por PÉRELMAN, ya que ésta se sustrae del contexto político-volitivo de los pueblos, para enmarcarse en el debate racional. Al respecto, GARCÍA OBANDO refiere:

⁵¹ Cfr. Manuel ATIENZA, “Argumentación y Constitución” en AA.VV *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, España, Iustel, 2007, p. 128-131.

⁵² Manuel ATIENZA, “Argumentación y Constitución” en AA.VV *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, España, Iustel, 2007, p. 131-132.

⁵³ Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS, *Constitución Popular, no judicial*, Bogotá, Universidad de la Sabana-Temis, 2014, p. 5.

⁵⁴ Cfr. A. Daniel OLIVER-LALANA, “Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales”, en Laura Clérico et al (Coordinadores) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, p. 150.

⁵⁵ Cfr. A. Daniel OLIVER-LALANA, *op. cit.*, p. 153-154.

⁵⁶ Cfr. A. Daniel OLIVER-LALANA, “Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales”, en Laura Clérico et al (Coordinadores) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares.

“Como podemos ver, la argumentación de la Corte [Constitucional] no se realiza en el vacío. Por el contrario, ella atiende a los contextos en los cuales se desarrolla y tiene en cuenta diversas justificaciones con el fin de encontrar un consenso entre auditorios diferentes; todo esto con el fin de buscar el convencimiento del auditorio universal. A nuestro juicio, el juez constitucional analiza diversos discursos que le presentan oradores participantes en el litigio. Las posiciones de los litigantes y quienes actúan ante el juez siempre tienen la pretensión de ser universalizables, incluso cuando se encuentran en pugna y son radicalmente opuestas. Así pues, el ejercicio del juez es la conciliación o selección de alguna de las posiciones en pugna para hacerla universal. Este proceso no puede ser arbitrario ni subjetivo, ni atender solamente a la legalidad. Por el contrario, las decisiones del juez deben ser razonables y aceptadas por el auditorio”⁵⁷.

Si bien es cierto la idea de auditorio universal es problemática porque se trata de una ficción, con ella se logra caracterizar que el juez constitucional habla en nombre de la racionalidad en abstracto, logrando así que las consideraciones del juez constitucional sometan la Carta Política a elementos valorativos con pretensión de universalidad. Lo anterior, partiendo del reconocimiento implícito que el poder de creación constitucional no está fundamentado en las elecciones políticas autónomamente, sino en las decisiones políticas que superen los criterios valorativos que aplique el juez constitucional, es decir, que el poder constituyente sólo se materializa en torno a la conjunción entre la representación política y la representación argumentativa. No se trata que la autoridad derivada de la voluntad se entienda como un asunto *per se* irracional, sino que se añade un elemento novedoso frente a las posturas anteriores, y es la capacidad de efectuar un escrutinio de validez material de las decisiones políticas fundamentales que se adopten, toda vez que la racionalidad jurídica se torna en el parámetro que devela la legitimidad competencial del poder de creación normativa, incluido en este el poder de creación constitucional, o su equivalente en términos clásicos, el poder constituyente.

Finalmente debe señalarse que la nueva visión del poder de creación constitucional, como un poder sometido al criterio de validez sustancial determinado por la racionalidad práctica, no es necesariamente un criterio unívocamente aceptado, pues es calificado de antidemocrático, precisamente por eliminar la concepción tradicional del poder constituyente como capacidad de autogobierno por parte de los pueblos. Por ejemplo, David ESTLUND señala que “[l]a preocupación por la calidad de las decisiones políticas parece apuntar en una dirección antidemocrática, consistente en identificar y atribuir el poder a los más competentes, a los

⁵⁷ Pedro Antonio GARCÍA OBANDO, Javier Orlando AGUIRRE ROMÁN, Mauricio ALBARRACÍN CABALLERO, “¿A quién le habla la Corte Constitucional Colombiana? El juez y el auditorio universal”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, Enero-Junio de 2009, Vol. 39, pp. 90-91.

que más saben”⁵⁸. En el mismo sentido Jeremy WALDRON plantea que la guarda judicial de los derechos posee unas consecuencias perversas en orden a la democracia, a la igualdad y a la libertad de los individuos, por cuanto la última palabra jurisdiccional desincentiva el debate social, destruye la confianza en las instituciones democráticas y despoja de la posibilidad de los pueblos de ser auténticamente responsables de su desarrollo político⁵⁹. Así mismo, Juan Carlos BAYÓN efectúa una crítica similar, refiriendo que no tiene sentido que exista una esfera de lo indecible, sometida al escrutinio exclusivo de los jueces, por cuanto la elección de que debe o no estar allí, ha de pertenecer al pueblo y no a los jueces por la legitimidad democrática para definir sobre los derechos⁶⁰.

El referido debate teórico si bien evidencia que esta postura posee detractores teóricos, también permite demostrar que efectivamente existe como una nueva forma de entender el derecho, y en él la Constitución y el poder constituyente, según la cual el poder fundacional no deriva de la autoridad para decidir, sino de la capacidad de aplicar la razonabilidad, con la cual incluso se podría dejar sin efectos lo decidido autoritativamente, cuando así lo indica el razonamiento axiológico que con posterioridad efectúa el juez constitucional.

Descendiendo al rol del juez para esta postura, se deduce que éste debe fungir como garante de los criterios sustanciales que fundamentan las actuaciones legítimas del soberano, con el fin de excluir las que indebidamente hayan trascendido a la constitución formal. Si se tiene en cuenta que en esta noción la competencia del poder constituyente se encuentra regida y limitada por ciertos criterios axiológicos de validez sustancial, esos mismos parámetros deberán ser usados por el juez como fuente de escrutinio para las normas superiores. En tal sentido, tendría la obligación de examinar sustancial e interpretativamente las prescripciones superiores con el fin de excluir aquellas que excedan los parámetros morales de validez y por tanto, que resulten espuriamente constituyentes.

A manera de síntesis, puede encontrarse que para una noción valorativa del poder constituyente:

1. El nacimiento del Estado Constitucional de Derecho implica el nacimiento de una nueva forma de entender el derecho, en la que éste somete al Estado, a la constitución y a la Soberanía.
2. Como consecuencia de lo anterior, el poder de creación constitucional se transforma en un poder limitado y sometido a parámetros de validez sustancial (moral), los

⁵⁸ David ESTLUND, *La autoridad democrática, los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 25.

⁵⁹ Cfr. Jeremy WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid- Barcelona, Ed. Marcial Pons, Trad. Jose Luis MARTI y Agueda QUIROGA, 2005, pp. 341-351.

⁶⁰ Cfr. Juan Carlos BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, En Miguel CARBONELL SÁNCHEZ Y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (editores) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 23.

cuales pueden derivarse de varias fuentes, y principalmente de la racionalidad práctica.

3. La posibilidad de juzgar la validez sustancial de las decisiones fundacionales del poder de creación constitucional implica igualmente la posibilidad de determinar que algunas resultan inválidas por motivos materiales.
4. El juez deberá evaluar la validez material de las normas constitucionales con el fin de verificar su correspondencia con los criterios sustanciales que legitiman el ejercicio del poder constituyente.

I.6. Recapitulación y conclusiones.

Existen al menos cuatro nociones diferenciadas del poder constituyente o de poder de creación constitucional en torno a la forma como éste puede ejercer su competencia fundacional. La primera, aquella que lo evalúa desde una óptica *procedimental*; otra desde una perspectiva *revolucionaria*, una tercera que lo considera como un asunto *consuetudinario* y una final que lo califica desde una perspectiva *valorativa*. Para la primera noción, postura *procedimental*, éste es una fuerza de naturaleza política, omnímoda e ilimitada que puede adoptar las decisiones políticas más relevantes en una sociedad a través de los mecanismos jurídicos agravados para la producción normativa. Cuando se pronuncia, en virtud de su poder soberano, tiene la potestad de someter al Estado, motivo por el cual no es posible cuestionar materialmente las decisiones políticas tomadas por dichos medios jurídicos. Igualmente, como los medios agravados de producción normativa por los que se pronuncia están disponibles en forma ordinaria, resultaría que aquél es una fuerza presente *intra-sistémicamente* en el ordenamiento constitucional y con capacidad de interactuar con el sistema normativo para adecuarlo o refundarlo sin necesidad de un rompimiento institucional, a pesar de que ello no indique que carezca de competencia para hacerlo. Así, como la competencia del poder constituyente consiste en manifestarse a través del uso de los mecanismos jurídicos agravados para la creación normativa, el juez constitucional tendría como límite la evaluación sustancial de las normas producidas por dichos mecanismos, toda vez que por éstos se reconocería al soberano que somete al juez.

Para la noción *revolucionaria*, el constituyente resulta ser una fuerza política omnímoda, ilimitada, irrestricta, que está llamada a fundar la unidad política de un pueblo a través de los medios revolucionarios. Justamente como el referido poder no puede despojarse de tales atributos, le resulta ontológicamente imposible expresarse a través de los mecanismos jurídicos de representación, pues ello implicaría someterse a las instituciones regladas de las formas assemblearias. Tal situación implica que el poder constituyente es incapaz de interactuar con el ordenamiento constitucional a través de los mecanismos de producción normativa, y su única función sería la de permanecer como garante inmanente o extra-sistémico de la unidad política. Por ello, en el momento en que decida pronunciarse nuevamente se encontraría obligado a quebrar la continuidad institucional. Como el poder

constituyente sería el único habilitado para refundar la unidad política a través de la ruptura institucional, existiría una prohibición para refundarla a través de los mecanismos jurídicos, pues ello implicaría una usurpación de las competencias constituyentes. En tal sentido, existiría una oposición entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, ya que la primera solo opera en los momentos constituyentes, y la segunda lo hace una vez que se ha establecido un orden jurídico. En tanto que su competencia consiste en manifestarse a través del rompimiento del sistema mediante la revolución, el juez constitucional tendría como límite permitir o favorecer las evoluciones sustanciales de la Carta Política, mientras estas no se realicen mediante el quebrantamiento fáctico de las instituciones.

En tercer lugar, la noción que lo entiende como un asunto *consuetudinario*, lo reconoce como una fuerza política informal que no necesita acudir ni al derecho ni a la revolución para manifestarse. En tal sentido, la modificación material de las decisiones políticas fundamentales habilitaría a los poderes constituidos, entre estos al juez constitucional, para que actualicen la constitución formal a través de la mutación, como mecanismo de reforma informal. En la medida en que la competencia del poder constituyente consiste en manifestarse a través de la evolución silenciosa y cotidiana de la realidad social, el juez constitucional tendría como límite favorecer interpretaciones conservadoras cuando advierta cambios sociales.

Finalmente, para la cuarta noción, aquella que lo entiende desde una perspectiva *valorativa*, el cambio deriva en que existiría un estándar moral como parámetro jurídico para valorar la corrección de las decisiones del poder constituyente independientemente del camino que se utilice para su adopción. Ello implica que lo jurídico adquiere una competencia especial para someter al Estado, a la ley y a la soberanía. Particularizando esta perspectiva a partir del nacimiento del estado constitucional de derecho el poder constituyente estaría limitado y sometido a los parámetros de validez sustancial derivados de la racionalidad práctica, o de exigencias análogas como el *ius cogens*, el derecho internacional, los derechos fundamentales, etc. En otras palabras, el poder fundacional quedaría sometido a un escrutinio de validez sustantivo, con la consiguiente posibilidad de ser invalidado por dichos motivos. Considerando que la competencia del soberano se encuentra sometida a parámetros sustanciales de validez, el juez constitucional tendría como límite la corrección moral de las disposiciones constituyentes.

Por último, como el hecho determinante que diferencia a las cuatro nociones presentadas consiste en la forma como el poder constituyente puede desplegar su competencia, ello tiene una consecuencia directa en la función judicial, y es que la existencia de las cuatro nociones presentadas deriva en cuatro formas distintas de concebir el objeto y los límites de la interpretación constitucional. No resulta lo mismo un juez que se justifique axiomáticamente en la existencia de un poder constituyente *intrasistémico* y capaz de refundar jurídicamente el sistema (noción *procedimental*); a uno que lo entienda como una fuerza fáctica y

revolucionaria; como tampoco resulta equiparable a un juez que entienda al soberano como una potestad viviente, cotidiana y silenciosa (noción *consuetudinaria*), o que lo asuma como un poder limitado por la racionalidad práctica (noción *valorativa*) pues en cada caso lo que podrá y no podrá hacer para respetar el poder al que se encuentra sometido resulta diametralmente opuesto. Mientras en el primer caso deberá abstenerse de juzgar sustancialmente las normas producidas por los procedimientos de enmienda; y más aún, debería adoptar una actitud que favorezca el uso de tales mecanismos como forma de actualizar la unidad política; en el segundo deberá escrutar la sustancialidad de las normas constituyentes para excluir aquellas que alteren la esencia del pacto político fundacional. En el tercer caso debería abstenerse de adoptar una función conservativa de las formas o de las decisiones políticas, en la medida que estas cambian por vías informales, y dicha informalidad sería el hecho al que se encontraría sujeto. Finalmente, en la cuarta perspectiva, debe obrar como un censor de los criterios sustanciales que legitiman el despliegue legítimo del poder de creación constitucional. En otras palabras, la noción de poder constituyente que utilice el juez constitucional, termina por erigirse en una fuente que modifica el objeto de la interpretación constitucional, y por consiguiente, su propio límite. Así, la elasticidad de ese concepto conlleva que la función de interpretar la Constitución sea igualmente elástica frente a su objeto, y límites.

CAPÍTULO II.

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LAS CUATRO NOCIONES DE PODER CONSTITUYENTE DESCRITAS

En el capítulo anterior se concluyó que existen al menos cuatro nociones de poder constituyente, y que cada una difiere de la otra en la manera en que el referido poder actúa, o dicho de otra manera, en la forma en que despliega su competencia fundacional. En el mismo sentido, se sostuvo que cada una de ellas termina por albergar un objeto y unos límites distintos de la interpretación constitucional. Ahora en el presente capítulo se mostrará que la Corte Constitucional colombiana ha utilizado las cuatro concepciones presentadas como criterio para fundamentar sus decisiones, y para justificar sus propias competencias. Así mismo se observará que en la jurisprudencia han coexistido implícitamente las cuatro caracterizaciones de los límites a la interpretación constitucional derivadas de aquellas.

Para el referido análisis jurisprudencial, se han elegido sentencias donde la Corte Constitucional ha utilizado, explícita o implícitamente, los rasgos teóricos que resultan propios a las diferentes nociones del poder constituyente referidas. No se efectuó una delimitación temática en concreto porque las concepciones del Poder Constituyente han sido utilizadas en sentencias de diversos asuntos, como por ejemplo, sentencias que se refieren en forma directa sobre el poder constituyente, sentencias que versan sobre las competencias del pueblo al interior del ordenamiento constitucional, sobre el alcance de los mecanismos de participación ciudadana, sobre la validez procedimental o sustancial de una norma constitucional, o sobre aspectos tan variados como la conformación jurídica de familia, o la dosis personal.

Frente al criterio temporal tampoco se efectuó una delimitación para la revisión jurisprudencial toda vez que las cuatro concepciones no han coexistido necesariamente en los 26 años de jurisprudencia constitucional colombiana. Por ejemplo, mientras la noción *procedimental* se desarrolló principalmente en los primeros años de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; la noción *revolucionaria* ha sido adoptada a partir del año 2003 y perdura hasta la fecha. Finalmente, las posturas *consuetudinaria* y *valorativa*, han sido usadas intermitentemente a lo largo del tiempo. En tal sentido, si se hubiese segmentado algún lapso específico no se hubiera logrado caracterizar en forma adecuada el fenómeno que se quiere mostrar, es decir, que la adopción de las diversas concepciones del Poder Constituyente que se han explicado derivan en la correspondiente elasticidad de los límites a la interpretación constitucional, pues probablemente hubiesen faltado ejemplos que caracterizaran alguna de las nociones descritas.

II.1 El poder constituyente desde la noción *procedimental* en la jurisprudencia constitucional colombiana

Al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentra que, en la primera etapa de su jurisprudencia, dicho tribunal acogió la noción de poder constituyente como la que ha denominado *procedimental*, es decir, según la cual éste puede ser ejercitado en su forma originaria través de los mecanismos jurídicos agravados de producción normativa, en razón a que puede ser delegado. En otras palabras, en dicho periodo la Corte Constitucional reconoció que los mecanismos agravados de producción normativa eran procedentes para adoptar las decisiones reservadas al poder constituyente originario; así como que los mecanismos de participación ciudadana implicaban un ejercicio de la soberanía popular en estricto sentido.

En primer lugar debe referirse la Sentencia C-544 de 1992, en donde la Corte Constitucional resolvió una demanda interpuesta en contra del artículo 380 de la Constitución Política de Colombia, el cual derogó la Constitución de 1886; en contra del artículo transitorio 59 de la Carta Política y el artículo 2 del Acto Constituyente N° 1 de 1991, según los cuales los actos promulgados por la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a control jurisdiccional alguno.

En dicha oportunidad los cargos esgrimidos podrían resumirse principalmente en tres grandes tópicos: (i) que la Asamblea Nacional Constituyente había excedido las competencias que le habían sido conferidas, pues Aquélla sólo había sido convocada para reformar la Carta de 1886 y no para derogarla; (ii) que resultaba inconstitucional que hubiesen actos jurídicos sin control, ya que estos al menos deberían poder demandarse en los casos en que incurriesen en vicios de procedimiento en su formación; y (iii) que no había justificación para que la Asamblea Nacional Constituyente pudiera erigirse como omnímoda, y así, se excluyera de todo tipo de control.

A dichos cargos, respondió la Corte Constitucional que no tenía competencia para pronunciarse sobre las referidas normas, como lo disponían las mismas normas acusadas, y además por cuanto ello implicaría desconocer la naturaleza constituyente originaria que se desplegó en el referido proceso.

No obstante, para efectos del presente trabajo resulta importante destacar la forma como la Corte Constitucional entendió el poder constituyente originario en dicha oportunidad. Al calificar el proceso de creación de la Carta Política de 1991 la corte señaló que

“El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de

cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado”⁶¹ (subrayado por fuera del original).

En el mismo sentido, resaltó que dicho proceso constituyente era plenamente capaz de reconstituir la sociedad aunque no hubiese roto la institucionalidad. Según la corte Constitucional

“[la Asamblea Nacional Constituyente era competente para] revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista [...] no se trata de nada distinto que de propiciar la manifestación jurídica de las potestades del Constituyente originario dentro de la estructura de las relaciones institucionales de la sociedad, las que no conducen a la renuncia ni al abandono de los atributos de la soberanía popular, ni a la pérdida de la capacidad política del pueblo de autoconvocarse para darse las reglas básicas de la convivencia”⁶² (subrayado por fuera del original).

En otras palabras, la Corte Constitucional adoptó una noción en la que el poder constituyente podía expresarse sin necesidad de romper la institucionalidad, por cuanto podía ser delegado y podía expresarse por los mecanismos agravados de creación normativa. Este argumento resulta tan medular, que la misma Corporación reitera que la Asamblea Nacional Constituyente

“[no se trató de] una sucesión de hechos revolucionarios de naturaleza *extra o suprajurídica*, salidos del cauce de las reglas de la comunidad política, ni del orden de la convivencia a la que aspiran los asociados, ni mucho menos de actuaciones antijurídicas no acordes con las tradiciones políticas e institucionales [...]; por el contrario, él obedece a las aspiraciones de fortalecer los elementos de la democracia participativa y de incorporación de nuestro régimen político a las grandes tendencias del constitucionalismo contemporáneo, [...] y el mismo orden jurídico permitió, por virtud de actos emanados de las instituciones establecidas, dictadas por sus autoridades y por sus órganos dentro del marco de debido y legítimo cumplimiento de sus funciones jurídicas definidas, que el poder constituyente primario se pronunciara conforme a sus atributos siempre originarios y procediera a elaborar, conforme a sus propósitos, una reforma constitucional extraordinaria, en el seno de un organismo constitucional diferente del ordinariamente vigente”⁶³.

En suma, la Corte Constitucional estimó que los actos de delegación de la soberanía en la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de tener por objeto una verdadera modificación estructural del Estado, podían efectuarse por los cauces institucionales. En esta decisión el tribunal estimó que no existía ninguna oposición para que el poder constituyente originario se manifestara por las vías jurídicas. Ejemplo de lo anterior, es que la Corte Constitucional

⁶¹ Ibídem.

⁶² Ibídem.

⁶³ Ibídem.

estimó que “el poder Constituyente primario se puede expresar directamente a través de un plebiscito o de una Asamblea Nacional Constituyente democrática”⁶⁴ y que las manifestaciones de participación directa del pueblo debían entenderse como la expresión del constituyente primario⁶⁵.

De otro lado, en la Sentencia C-245 de 1996 la Corte Constitucional debió decidir la inconstitucionalidad formulada contra algunos apartes del artículo 131 de la Ley 5ta de 1992, norma que señalaba que el Congresista debía votar secretamente cuando decidía sobre proposiciones de acusación ante el Senado, cuando elegía a funcionarios y cuando votaba sobre indultos o amnistías. En dicha sentencia, se declaró inconstitucional el “secreto del voto” cuando el Congreso obraba como juez, en atención a que obraba ejerciendo una función judicial, pero declaró ajustado al ordenamiento jurídico los otros dos eventos del voto secreto, por cuanto “el acto de elegir es un acto de carácter eminentemente político, mediante el cual el ciudadano -en este caso el congresista- hace efectivo el pleno ejercicio de la soberanía de la cual es titular (Art. 3 C.P.)”⁶⁶, es decir, por cuanto la función electoral se ejercía en calidad de ciudadano soberano.

La Corte Constitucional fundó su decisión en el alcance de la soberanía popular, ejercida a través de la representación parlamentaria, efectuando un estudio sobre el alcance axiológico de dicha institución.. Al respecto, consideró que la soberanía era un atributo del pueblo que podía materializarse a través de los mecanismos jurídicos de participación, tales como el voto⁶⁷.

Con lo anterior, la Corte Constitucional acogió en forma implícita una idea característica de la noción *procedimental* del poder constituyente, según la cual la potestad soberana es una fuerza que habita *intrasistémicamente el ordenamiento constitucional* por cuanto puede interactuar éste para revisarlo o sustituirlo a través de los mecanismos dispuestos para tal fin. No se puede perder de vista que para dicha concepción, los mecanismos agravados de producción normativa, si bien son especiales en cuanto a sus requisitos formales, no por ello dejan de estar disponibles en forma ordinaria para ser utilizados sin restricciones temáticas.

⁶⁴ Ibídem. Esta referencia resulta especialmente relevante, pues resulta un punto antagónico con la jurisprudencia posterior, cuando la Corte Constitucional en lugar de acoger una noción jurídico-política del poder constituyente acoja la visión denominada como política en este trabajo.

⁶⁵ Cuando la sentencia estudiada el alcance de la actuación del pueblo como soberano la Corte Constitucional recurre al artículo 377 de la Carta Política, disposición que le permite al pueblo pronunciarse sobre reformas constitucionales que efectúe el Congreso de la República sobre ciertos asuntos de especial relevancia constitucional, tales como los derechos fundamentales. Ello por cuanto existen “normas en la Constitución que tienen más importancia que otras, por su contenido humanista y participativo, al punto de que su reforma, aún con el cumplimiento de los procedimientos y formas establecidos, debe contar con el aval del Constituyente Primario”. Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ C-245 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶⁷ Además que una conclusión como esta resulta concordante con la noción del poder constituyente que se ejemplifica en este capítulo, resulta importante resaltar esta idea, toda vez que será una de las que se modifique cuando la Corte Constitucional acoja una postura *revolucionaria* del poder constituyente.

En la sentencia C-1017 de 2012, la Corte Constitucional juzgó una norma materialmente similar a la juzgada en la Sentencia C-246 de 1996, es decir, relativa al voto secreto de los parlamentarios. En esta oportunidad, la Corporación reiteró el sentido del fallo anterior. Para hacerlo se fundamentó en una sólida línea jurisprudencial construida en las sentencias C-585 de 1995, T-637 de 2001, C-179 de 2002, T-596 de 2002, C-303 de 2010 y C-490 de 2011⁶⁸. Dicha línea jurisprudencial define el alcance de la democracia participativa. En ella, la Corte Constitucional estima que la soberanía popular implica que el pueblo puede manifestarse a través de los mecanismos de participación ciudadana o democracia directa, como la sumatoria de todas las voluntades individuales⁶⁹. En otras palabras, que el poder soberano no es extraño al uso de los mecanismos jurídicos de creación normativa o de participación directa.

De otro lado, en la Sentencia C-643 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional conoció una demanda contra el numeral 18 del artículo 142 de la Ley 5 de 1992, por cuanto presuntamente violaba la soberanía popular, ya que confería exclusivamente al ejecutivo la iniciativa privativa para presentar proyectos de reforma constitucional para ser sometidos a referendo aprobatorio. Al respecto, la Corte Constitucional precisó que, la disposición acusada violaba la Constitución si se entendía que el pueblo no tenía competencia para presentar propuestas de referendos constitucionales aprobatorios, y por ello la condicionó en tal sentido. Para justificar lo anterior, dicho tribunal refirió que la participación ciudadana “ha llegado a identificarse constitucionalmente, como principio fundante y fin esencial del Estado social de derecho colombiano [de allí que] la injerencia del pueblo en el proceso de toma de decisiones [...] se hace aún más efectiva, a través de las instituciones y mecanismos propios de las democracias de participación o semi-directas incorporados en la nueva Constitución”⁷⁰.

Finalmente en torno a esta noción del poder constituyente debe mencionarse que, hasta el año 2003, la Corte Constitucional sostuvo una línea jurisprudencial uniforme frente a su competencia para revisar los actos reformatorios de la Constitución en la que sostenía que sólo podía juzgar los vicios de trámite, entendidos estos en forma estricta como las violaciones al procedimiento descrito en la Constitución y la Ley para su aprobación.

En la Sentencia C-614 de 2002 la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes del Acto Legislativo 01 de 2001, relativo al Sistema General de Participaciones, y en dicha decisión efectuó un recuento jurisprudencial de su competencia para revisar los actos reformatorios de la Constitución. En concreto refirió las sentencias C-222 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-487 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis⁷¹, según las

⁶⁸ Cfr. Nota al pie 44 de la Sentencia C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-643 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷¹ Cfr. Nota al pie número 3 de la Sentencia C-614 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

cuales el control de los actos reformativos de la Constitución solo es procedente por vicios de trámite en su formación, de acuerdo a los requisitos de trámite señalados tanto en la Constitución Política como en la Ley 5ta de 1992⁷². Debe advertirse que esta idea, es decir, que la Corte Constitucional únicamente es competente para conocer demandas por violación del trámite en la formación de las reformas constitucionales es una materialización de la postura *procedimental* del poder constituyente, ya que acoge uno de sus principales presupuestos, como es el que las reformas constitucionales del soberano solo pueden ser sometidas a escrutinio por vicios procedimentales, dejando de lado todo tipo de revisión sustancial o material. En otras palabras, el juez constitucional se abstiene de efectuar todo tipo de confrontación o juicio de las reformas constitucionales que exceda la mera adecuación formal al trámite previsto.

Recapitulando, en la decisión C-544 de 1992 la Corte Constitucional se declaró incompetente porque no podía juzgar materialmente las normas constitucionales, ya que eran producto del Soberano, y reconoció que el proceso constituyente de 1991 implicó un despliegue de dicho poder realizado sin el rompimiento institucional y a través de los cauces institucionales del derecho. Así mismo, en dicha decisión, resaltó que “el poder constituyente primario se puede expresar directamente a través de un plebiscito o de una Asamblea Nacional Constituyente democrática”. En las sentencias C-245 de 1996 y C-1017 de 2012, reconoció que no podía obligar al Congreso a votar de manera pública cuando con su voto ejercía la soberanía electoral. En la Sentencia C-643 de 2000, dispuso que la presentación de proyectos de reforma constitucional por vía de referendo es un acto de soberanía, y por ello no podía excluirse la iniciativa popular en dicho evento; y en la Sentencia C-614 de 2002, y su línea jurisprudencial, reiteró que sólo podía juzgar actos de reforma constitucional por vicios de trámite referidos al desconocimiento de los regímenes procedimentales de la Constitución y de la Ley 5ta de 1992.

Como se advierte, en los casos referidos, la Corte Constitucional acogió los principales postulados de una concepción de poder constituyente *procedimental*, según la cual se reconoce la soberanía al pueblo jurídicamente organizado, en forma directa o a través de sus representantes, y se le atribuye la potestad de ejercitarlo a través de los mecanismos jurídicamente ordenados para tal fin, tales como la asamblea nacional constituyente o el referendo, el voto, el plebiscito, etc., todo ello, sin necesidad del rompimiento de la continuidad institucional y con los efectos previstos en el derecho para la participación. Por ende, se evidencia que la adopción de una tesis *procedimental* le permite al juez definir su propia competencia en relación con los mecanismos del ejercicio de la soberanía, limitando al juez constitucional como un especial custodio de las formas para la manifestación del soberano, por sí mismo o a través de sus representantes.

⁷² Este punto resulta importante, toda vez que será una postura modificada por la Corte Constitucional cuando acoja una noción distinta de poder constituyente, en concreto, la denominada política en este trabajo.

II.2 El poder constituyente como una noción *revolucionaria* en la jurisprudencia constitucional colombiana

Contrario a lo expuesto en el punto anterior, y a partir del año 2003, la Corte Constitucional introdujo a la jurisprudencia un nuevo criterio axiológico a partir del cual iluminar sus decisiones referidas a la soberanía y a la participación popular. Dejó de acudir a una noción *procedimental* del poder constituyente para recurrir a una como la que se ha denominado *noción revolucionaria*, como se explicará en este capítulo.

Debe recordarse que la concepción *revolucionaria* estima que el soberano o constituyente primario es inhábil de utilizar los mecanismos jurídicos de participación o de representación para manifestarse, pues su naturaleza le impediría delegarse y utilizar las formas jurídicas, ya que esto encarnaría una autolimitación, y por tanto, una pérdida de su atributo como constituyente originario. En el mismo sentido, para esta noción, el poder soberano sólo podría manifestarse a través del rompimiento de la continuidad institucional, es decir, por caminos extrajurídicos. Así mismo debe recordarse que para la concepción *revolucionaria* a los poderes jurídicos de producción normativa les está prohibido sustituir las decisiones políticas fundamentales que ha adoptado el constituyente originario, pues ello representaría la usurpación de un atributo propio de aquél.

A partir del año 2003 la Corte Constitucional acogió una tesis jurisprudencial que denominó de la prohibición de sustitución constitucional, según la cual existe una diferencia entre el poder constituyente originario y el poder de revisión. Mientras que el primero resultaría un poder fáctico y responsable de las decisiones esenciales del pacto de 1991, el segundo es un poder jurídico incapaz de sustituirla, por ser un poder de menor entidad.

Esta tesis, lejos de ser extraordinaria, se ha tornado en una postura habitual de dicho tribunal. Una vez fuera desarrollada a partir de la Sentencia C-551 de 2003, ha servido de fundamento para dejar sin efectos reformas constitucionales tan variadas, tales como la convocatoria al pueblo para que decidiera en referendo sobre una segunda reelección presidencial (Sentencia C-141 de 2010), la posibilidad de brindar ventajas para la incorporación a la carrera administrativa con fundamento en la experiencia de los funcionarios que ya desempeñaban los cargos públicos de manera provisional (Sentencia C-249 de 2012), el diseño de un nuevo modelo institucional de gobierno y administración de la Rama Judicial, que suprimía la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y creaba la Sala de Gobierno y la Gerencia de la Rama Judicial (Sentencia C-285 de 2016); y para dejar sin efectos la creación de la comisión de investigación de aforados, que tenía por finalidad la investigación de los delitos y faltas cometidos por aquellos (Sentencia C-373 de 2016).

El nacimiento de la tesis jurisprudencial de prohibición de sustitución de la Constitución tiene su origen en una reinterpretación del artículo 374 de la Constitución Política, según el

cual la expresión “reformular la Constitución” debe entenderse como revisar la constitución, pero no como adoptar una nueva. En la Sentencia C-1200 de 2003 puede leerse:

“la reinterpretación efectuada consiste en asignar a la palabra *reformular* un contenido que no pueda asimilarse con las acciones de subvertir o cambiar la Constitución por una totalmente nueva. En palabras del referido tribunal cuando “el artículo 374 de la Carta señala que ‘*la Constitución podrá ser reformada...*’. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta pueda ser sustituida por otra Constitución [...]. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución [...] lo cual solo puede ser obra del constituyente originario”⁷³.

Así mismo, la referida línea jurisprudencial posee una segunda reinterpretación constitucional relevante y es la mutación de la noción del pueblo como soberano. Mientras que en la sentencias que corresponden a la adopción de la noción anterior (*procedimental*) el pueblo era entendido como la sumatoria de voluntades expresada a través de los mecanismos jurídicos de participación popular⁷⁴, en la tesis de la prohibición de sustitución constitucional, el pueblo soberano se entiende como aquella entidad *del pasado* que dio origen al hecho constituyente de 1991; como un poder inmanente o extrasistémico frente al ordenamiento constitucional, que tiene la atribución de garantizar la unidad del sistema constitucional, pero incapaz de actualizarlo institucionalmente mediante la sumatoria de voluntades actual. Al respecto, en la Sentencia C-141 de 2010, perteneciente a dicha línea, puede leerse:

“El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma”⁷⁵

Dicha escisión en el concepto de pueblo, entre el pueblo constituyente y el pueblo constituido se sustenta en el hecho que toda reforma constitucional tramitada mediante los

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003, MM.PP. Manuel Jose Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁴ Sentencias C-245 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

caminos institucionales presupone el sometimiento al derecho vigente y por tanto una pérdida del atributo de la soberanía. Ello deriva en que ni siquiera la participación mediante el referendo o mediante una asamblea nacional constituyente sean entendidas como expresión del poder soberano, sino como del poder de reforma. En la Sentencia C-551 de 2003, que hace parte de la línea jurisprudencial explicada, la Corte Constitucional señala que:

“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”⁷⁶.

Así mismo, en la Sentencia C-141 de 2010, además de leerse algo similar a lo dicho, la Corte refiere que la participación, incluso a través de una Asamblea Nacional Constituyente jurídicamente convocada, sólo representaría la expresión del poder de revisión y no del poder constituyente originario:

“una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva y otra distinta aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente o para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución, pues en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en tanto que en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos”⁷⁷.

En la escisión en el concepto de pueblo, entre pueblo soberano y el pueblo constituido la Corte Constitucional nuevamente asume los postulados teóricos que concuerdan con la noción *revolucionaria* presentada, en la medida que para esta concepción, la manifestación del soberano solo es posible mediante hechos que rompan la continuidad institucional; y porque toda expresión jurídica del pueblo hace parte de un poder menor, que ya no es poder constituyente propiamente dicho.

De otro lado la postura de la prohibición de la sustitución de la Constitución, posee una tercera reinterpretación constitucional, igualmente incompatible con la línea anterior. Esta nueva mutación tiene por objeto el alcance de la competencia de la Corte Constitucional para revisar los actos reformativos de la Constitución.

Si bien en las sentencias presentadas en la noción *procedimental* se encontraba que la Corte Constitucional sólo tenía competencia para revisar los actos reformativos de la Constitución por los vicios de trámite derivados directamente de la Constitución Política y de la Ley 5a de 1992; en la tesis de la prohibición de la sustitución, modificó dicho criterio, para sostener

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁷ Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

que el exceso de competencia del poder de revisión constitucional implicaba un vicio de procedimiento que también podía revisarse, toda vez que si el poder de revisión dejaba sin efectos un elemento esencial (eje axial) de la Constitución de 1991, habría usurpado una labor que sólo podía ser desplegada por el poder constituyente originario⁷⁸, y en la práctica, dicho escrutinio sólo puede efectuarse si se despliega un control sobre el contenido de la reforma constitucional demandada.

Nótese que el referido cambio implica asumir los parámetros de una noción *revolucionaria*, en la medida que niega a los poderes jurídicos la posibilidad de hacer lo que compete exclusivamente a un poder fáctico, como lo sería el poder soberano, y asume la necesidad de verificar materialmente las reformas para evitar la usurpación de las competencias del Soberano.

Así mismo, el referido cambio en la competencia de la Corte Constitucional para revisar los actos reformativos de la Constitución, entraña también una modificación sustancial frente al objeto de la interpretación constitucional y frente a sus propias competencias. Mientras que en las sentencias explicadas al interior de la noción constituyente *procedimental* la Corte se entendía como garante de los trámites para la expresión del soberano, en la línea jurisprudencial de la prohibición de sustitución de la Constitución, se entiende como garante de una estabilidad constitucional, es decir, como un órgano encargado de evitar la modificación sustancial de la Carta Política, pues ello sólo podría hacerlo el soberano a través del quebrantamiento institucional, y no podría realizarse a través de los mecanismos de reforma previstos en la Carta, pues en dicho evento ya no estaría obrando verdaderamente el Constituyente.

Más allá de las críticas que se puedan hacer a esta tesis jurisprudencial⁷⁹, la consecuencia es que la labor del tribunal resulta ser principalmente conservadora de los atributos axiales de la Carta de 1991, toda vez que ni el pueblo organizado, ni sus representantes, pueden efectuar cambios sustanciales a través de los caminos institucionales, lo cual deriva en que la actuación de la Corte Constitucional se torna en invasiva frente a las reformas efectuadas por los caminos jurídicos.

⁷⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁹ La principal crítica resulta ser que se trata una interpretación en favor propio para poder controlar los actos reformativos de la constitución. Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional no tiene una interpretación uniforme frente a la naturaleza del vicio de la falta de competencia como vicio de trámite. Al menos en los otros eventos en los que debe evaluar la naturaleza del vicio de extralimitación de competencias la Corte Constitucional ha señalado que se trata de un vicio sustancial y no procedimental. Al respecto se pueden consultar los siguientes ejemplos: la extralimitación de competencias del Presidente como legislador ordinario (Cfr. Sentencia C-734 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil); la extralimitación de competencias del legislador ordinario al invadir las competencias del legislador estatutario (Cfr. Sentencia C-448 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero), o al invadir la esfera del legislador orgánico (Cfr. Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Si la Corte Constitucional calificara el vicio de extralimitación de competencias por sustitución de la Constitución como uno de carácter sustancial, la consecuencia sería su incompetencia para poder pronunciarse, de acuerdo al artículo 241 de la Constitución, y en cambio, en los demás casos, si los cataloga como vicios de fondo, se sometería a la existencia de caducidad de la acción.

Recapitulando, en la línea jurisprudencial de la prohibición de sustitución constitucional, la Corte colombiana ha asumido una concepción *revolucionaria* del poder constituyente, en la medida que le deniega la posibilidad de manifestarse a través de los mecanismos jurídicos previstos en la Carta Política, precisamente por tratarse de herramientas sometidas al derecho y que por tanto le son ontológicamente imposibles al Soberano⁸⁰. Así mismo, lo hace a través de la reinterpretación del concepto de pueblo, escindiéndolo entre el constituyente y el constituido, expulsando consecuentemente al soberano de la posibilidad de interactuar con el ordenamiento constitucional. Finalmente, la ha acogido asumiendo que su función interpretativa resulta ser una labor conservadora de los ejes axiales que sólo podrían ser modificados mediante un rompimiento institucional, ampliando su competencia frente a la revisión material de las reformas a la Carta Política para poder verificar la señalada extralimitación. Con todo ello se demuestra que esta concepción ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como un criterio axiológico a través de la cual ha ampliado sus competencias frente a la revisión de las reformas constitucionales frente a la noción anterior, y por ende, a través de la cual ha manipulado los límites de su propia función.

II.3 El poder constituyente como una noción *consuetudinaria* en la jurisprudencia constitucional colombiana

Una vez se ha mostrado la forma en que la Corte Constitucional ha adoptado posturas jurisprudenciales que han adoptado la noción *procedimental* y *revolucionaria* del poder constituyente, se procederá a evidenciar eventos donde dicha corporación ha optado por una noción *consuetudinaria* del mismo. Como se explicó, dicha postura reconoce al Soberano como un poder que se despliega informalmente a través de la evolución de las realidades sociales. En tal sentido, para operar no tendría la “exigencia” de acudir a los mecanismos de producción normativa ni al rompimiento institucional, sino que lo haría a través de la fuerza derivada de la Constitución material. Si bien esta concepción pareciera más una visión de la Constitución que una noción del Poder Soberano, en todo caso posee intrínseca una noción de poder de creación constitucional, según la cual la realidad informal tiene la misma potencia constituyente que el uso de los mecanismos jurídicos ordenados para la producción de normas constitucionales y por ello, los cambios sociales funcionarían como una autorización para que los órganos constituidos adecúen las normas a la realidad.

Esta forma del poder constituyente ha sido acogida en la tesis jurisprudencial de la Constitución viviente, según la cual, la Corte Constitucional puede mutar el sentido de las disposiciones constitucionales con el fin de adecuar la Constitución escrita a las nuevas necesidades sociales. No puede confundirse la posibilidad de mutar el sentido de las cláusulas constitucionales con la mera posibilidad de modificar la jurisprudencia ante

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

mejores razones de constitucionalidad⁸¹, ya que en este segundo caso, el debate se mantendría en razones jurídicas en estricto sentido⁸², en cambio en el caso de la constitución viviente se modifica el sentido de la Constitución atendiendo a un cambio sociológico relevante, o lo que podría denominarse como a un cambio de la constitución material. Al respecto en Sentencia C-744 del 2001, señala dicho tribunal:

“El concepto de ‘Constitución viviente’ puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”⁸³.

Aunque esta tesis ha sido ampliamente utilizada a lo largo de la jurisprudencia constitucional⁸⁴, para efectos de este trabajo se referirá el caso más paradigmático donde la Corte Constitucional la ha usado, es decir, el caso relacionado con la conformación jurídica de familia por parte de las personas del mismo sexo.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, que establece la forma jurídica para la conformación de familia poseía una interpretación y una vivencia constitucional uniforme hasta el año 2011, según la cual, las parejas conformadas por personas de del mismo sexo no conformaban familia. Dicha interpretación había sido sostenida en las Sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001.

Por ejemplo, en la Sentencia C-098 de 1996 la Corte Constitucional evaluó una disposición legal que excluía a las parejas conformadas por personas del mismo sexo de poder conformar una unión marital de hecho, en forma analógica a las parejas heterosexuales. En dicha oportunidad manifestó el tribunal que no se violaban los derechos fundamentales de las personas con orientación homosexual pues la posibilidad de acceder a la conformación

⁸¹ En la Sentencia C - 447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la corporación manifestó que “Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas”. No obstante una postura como ésta atiende a un diálogo jurídico y no a una evolución sociológica del discurso.

⁸² Al respecto de este punto, la Corte Constitucional ha señalado que incluso la reinterpretación de las normas por parte de otros tribunales de cierre, también podía fungir como un hecho social relevante para romper la cosa Corte Constitucional. Cfr. Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ Cfr. Sentencias C-241 de 2012, C-254A de 2012, C-570 de 2012 C-332 de 2013, C-334 de 2013, C-400 de 2013, C-048 de 2015, C-298 de 2016, entre otras.

de una sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho, no era un presupuesto necesario para ejercitar el derecho a la elección libre de la orientación sexual.

En la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte Constitucional evaluó si existía el deber de poder afiliarse como beneficiario al sistema general de seguridad social, a la pareja del cotizante cuando la unión era de naturaleza homosexual. En dicha oportunidad el tribunal refirió que no existía el imperativo constitucional de permitir dicha inscripción, toda vez que la familia constitucionalmente protegida era la heterosexual y monogámica.

De otro lado, en la Sentencia C-814 de 2001 el referido tribunal concluyó que no podía extenderse la adopción a parejas conformadas por personas del mismo sexo, toda vez que la única familia que quiso proteger el constituyente era la heterosexual y monogámica, y por tal razón, el legislador debía respetar dicha opción al elegir la familia donde iba a insertarse el niño beneficiado con la adopción. Más aún, en la referida sentencia la Corte Constitucional llegó al punto de afirmar categóricamente que, en razón a la opción constituyente sobre la conformación familiar, la adopción por parejas conformadas por personas del mismo sexo se encontraba constitucionalmente prohibida, al señalar que

“Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales”⁸⁵.

En una segunda fase de esta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional decidió a proteger dichas uniones, pero únicamente en el aspecto patrimonial; es decir, sin concederles el estatus jurídico de familia. Así, en las sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009, ambas del M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corporación extiende el régimen de las uniones maritales de hecho, pero señalando en todo caso que en atención a que

“Existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras [...]. No cabe, en consecuencia, un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, requiriéndose, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”⁸⁶.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Finalmente, en la Sentencia C-577 de 2011, precisamente acudiendo a la tesis de la Constitución Viviente, la Corte Constitucional efectuó un cambio en la interpretación para señalar que tales uniones sí conformaban familia, en el sentido jurídico, atendiendo a que las actuales condiciones sociales de la realidad colombiana así lo demandaban. Al respecto refirió la Corporación que:

“La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la ‘voluntad responsable de conformarla’ también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.

[...]

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que ‘puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma’, sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, ‘ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica’ ”⁸⁷.

Una vez sentada dicha modificación, la línea jurisprudencial ha continuado en la misma dirección, señalando que las uniones conformadas homosexualmente tienen derecho a adoptar (Sentencias SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-623 de 2015), que tienen derecho a casarse (SU-214 de 2016) y que tienen derecho a registrar los hijos nacidos al interior de su unión estable como hijos biológicos de la pareja (SU-696 de 2015), contradiciendo claramente los postulados que se habían sostenido anteriormente.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-577 del 2 de agosto de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

Dejando de lado la eventual corrección o incorrección de los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional para haber efectuado dicha interpretación evolutiva en el año 2011, lo cierto es que existió una sustitución de la interpretación que había predominado en la Corte Constitucional, y que incluso había producido efectos de cosa juzgada frente a los casos decididos en cada ocasión; y dicha mutación no ocurrió en atención a que la Corte Constitucional debía mejorar una interpretación anterior, sino por cuanto estimó que había cambiado la realidad social, y eso ameritaba una adecuación de la formalidad constitucional, través de una mutación.

Recapitulando, el ejemplo jurisprudencial transcrito evidencia cómo la Corporación acogió una tesis *consuetudinaria* del poder constituyente, en la medida que un órgano constituido, en este caso el juez constitucional, reconoció una aparente obsolescencia de la práctica de la Constitución formal, y por medio de una mutación interpretativa desplegó un acto informal de reforma. Si la significación material de la Constitución deriva de la realidad social, ello implica un reconocimiento a que el de autoría constitucional recae en la realidad. De lo contrario, el papel del juez hubiere sido el de conservar su interpretación hasta que se manifestara el soberano, ya sea a través de un cambio formal en la carta política (*noción procedimental*) o hasta que se quebrara la continuidad institucional por una fuerza social viva (*noción revolucionaria*). En otras palabras, el que el juez constitucional entienda a los factores “económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos”⁸⁸ como *parámetro axiológico para encontrar el sentido de las cláusulas constitucionales*, evidencia que se ha asumido una noción *consuetudinaria* del poder constituyente, que al permitirle realizar reformas informales a la Constitución termina por manipular el alcance de sus propias competencias y una ampliación de los límites a su función.

II.4 El poder constituyente como una noción *valorativa* en la jurisprudencia constitucional colombiana

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también pueden encontrarse decisiones que acogen la noción *valorativa* del poder soberano. Según se expuso en su momento, dicha concepción se fundamenta en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, según el cual derecho somete al Estado, a la Ley y a la soberanía, imponiéndole al constituyente ciertas exigencias derivadas principalmente de la racionalidad práctica como criterio de validez sustancial. Por tal razón, el poder de creación constitucional sólo resulta válido en la medida que actúe dentro de tales parámetros.

Si bien es cierto la racionalidad es un elemento que debe estar presente en todo juicio de constitucionalidad, existen dos eventos diferenciados frente a su uso. Aquellos eventos en donde ésta hace parte de la interpretación constitucional (que en principio deberían ser todos los casos); y aquellos en los que el juez señala que el poder constitucional carece de

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

competencia para establecer ciertas cláusulas por cuanto estas violan parámetros valorativos impuestos por la racionalidad. En otras palabras, una cosa es interpretar la Constitución y otra distinta es limitar la capacidad del constituyente para establecer ciertas normas o imponer algunos deberes a través de textos constitucionales, al entender que estos violarían ciertos criterios valorativos. Lo anterior deriva en que los casos que materializan dicha postura sean aquellos en donde la interpretación del juez limita posibilidades deónticas del poder constituyente.

Al evaluar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentra que esta postura se ha aplicado al menos de dos⁸⁹ formas diferentes, (i) cuando el referido tribunal ha optado por *dejar sin efectos una cláusula constitucional, en atención a que parece irracional o “antijurídico” darle aplicación*; y (ii) cuando ha señalado que *está prohibido reformar la Constitución para dejar sin efectos la jurisprudencia constitucional*.

Frente al primer caso, se presentarán dos ejemplos: la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado frente al deber de autocuidado previsto en el artículo 49 Superior; y la interpretación constitucional que ha desarrollado frente al artículo 16 que establece el libre desarrollo de la personalidad. En relación con el segundo, se expondrá lo que esa Corporación ha denominado el *test de efectividad del juicio de sustitución constitucional*.

A. El deber de autocuidado como una mera aspiración, en la medida que la racionalidad proscribiera al constituyente imponer obligaciones frente a sí mismo

El inciso quinto del artículo 49 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[t]oda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” (subrayado por fuera del original). Lo anterior, haría suponer que el Constituyente eligió imponer el deber de autocuidado en torno a la propia salud. Así mismo al constatar que el referido deber fue establecido por la Asamblea Nacional de 1991 y se encuentra consignado en el texto originario de la constitución, debería concluirse que su fuerza jurídica como *deber* deriva de la autoridad misma del Constituyente. No obstante en el año de 1994, la Corte Constitucional decidió en Sentencia C-221 de 1994 que una cláusula como aquella no podía interpretarse como un deber, *pese a su tenor literal*, por cuanto, era *irracional que el derecho, (incluso el poder constituyente), impusiera deberes para consigo mismo*.

⁸⁹ Existe una tercera forma, la cual consiste en cuando ha optado por *imponer “condicionamientos” a la constitución política*. Dicho caso no será tratado en esta oportunidad por razones de extensión, no obstante se pudo evaluar en la Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia en la que la Corte Constitucional juzgó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, o marco jurídico para la paz.

Lo que justifica que este caso implique el uso de la noción *valorativa* presentada, es que el Tribunal Constitucional despojó de efectos jurídicos al texto constitucional referido, por la sola razón que el derecho no puede imponer deberes para consigo mismo, en la medida que la juridicidad es eminentemente relacional. En otras palabras, el juez constitucional dejó sin efectos un deber expreso de la Constitución originaria con fundamento en la transgresión de supuestas capacidades ontológicas del derecho. La única justificación que sostiene una interpretación como aquella, es que la potestad constituyente originaria no tiene la competencia para imponer obligaciones que desborden el criterio valorativo o racional, que estima al derecho como un asunto relacional.

Más aún, no es que resulte prohibido o imposible atribuir consecuencias jurídicas al referido deber, ya que la misma Corte Constitucional lo ha hecho en otras oportunidades. Por ejemplo, en la Sentencia T-1078 de 2007, la Corte Constitucional sí confirió consecuencias deónticas a la cláusula del autocuidado de la salud del artículo 49 que previamente se había calificado como meramente aspiracional. En concreto, la Corte Constitucional evaluó una acción de tutela, en la que una persona solicitaba que el Sistema de Salud le practicara una operación de bypass gástrico, ya que según su proyecto de vida no estaba dispuesto a perder peso por métodos que implicaran un sacrificio acético personal. En dicha oportunidad el Tribunal determinó que no era posible conceder el amparo, porque el artículo 49 superior imponía el deber del autocuidado, motivo por el cual “los pacientes deben hacer esfuerzos para cumplir con el mandato constitucional de autocuidado de su salud y no limitarse a alegar su falta de disciplina para negarse a intentar los procedimientos previstos en el POS”⁹⁰.

Es decir, sí resulta posible atribuir consecuencias deónticas al deber constitucional del autocuidado. No obstante, cuando el juez adopta implícitamente una noción *valorativa* del poder constituyente, y asume una postura filosófica que estima al derecho como una ciencia eminentemente relacional, termina auto-habilitándose para juzgar la validez sustancial de las normas constitucionales, incluso originarias, que imponen deberes hacia sí mismo, para calificarlas como normas inválidas o a-jurídicas, en suma, como disposiciones sin capacidad de producir efectos jurídicos, pese a que posean la forma expresa de un deber.

B. La imposibilidad del constituyente para imponer límites al libre desarrollo de la libertad por motivos distintos a la libertad ajena

El artículo 16 de la Constitución Política prescribe “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*” (subrayado por fuera del original). Una primera lectura del referido texto llevaría a pensar que el libre desarrollo de la personalidad puede tener limitaciones que provengan de dos fuentes: i) de los derechos de los demás y ii) del

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T- 1078 de 2007, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

ordenamiento jurídico. No obstante, cuando la Corte Constitucional interpretó la expresión “el orden jurídico” en la Sentencia C-221 de 1994 concluyó que esta no tiene efectos autónomos, toda vez que tiene que interpretarse como sinónimo de la expresión “derechos de los demás” por cuanto una interpretación diferente implicaría conferir al derecho (y al constituyente) la potestad de limitar libertades inherentes al ser humano, lo cual le es ontológicamente imposible. Veamos:

La frase "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico" [del artículo 16 constitucional], merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución"⁹¹.

En una primera medida, parecería que la Corte Constitucional identificó la cláusula “orden jurídico” con el “espíritu de la Constitución”, o en una forma más amplia, con los principios constitucionales. No obstante, cuando la Corte Constitucional continúa con su interpretación termina por precisar que sólo la libertad ajena es causa suficiente para limitar la propia libertad:

“Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en ‘A theory of justice’ al sentar los fundamentos de una sociedad justa constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: ‘Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás’. Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad” (subrayados por fuera del original)”⁹².

En otras palabras, cuando la Sentencia C-221 de 1994 establece que la cláusula “orden jurídico” debe interpretarse como sinónimo de *principios constitucionales*, pero al mismo tiempo que sólo “la libertad de los demás” es una razón válida para limitar la propia autonomía, la consecuencia es que la Corte Constitucional estaría señalando que el libre desarrollo de la personalidad únicamente podría ser limitado por los derechos de los demás (libertad de los demás), aun cuando una norma originaria de la Carta Política diga lo contrario.

Como el Congreso quiso modificar dicha interpretación, acogida en el contexto de la Sentencia que despenalizó el consumo de sustancias psicoactivas y el porte de la dosis mínima, tramitó una reforma constitucional. En el Acto Legislativo 02 de 2009, adicionó al

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹² *Ibidem*.

artículo 49 Superior el siguiente inciso: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (subrayado por fuera del original).

Si bien es cierto el texto constitucional no señaló directamente que debía penalizarse el consumo de tales sustancias, sí lo calificó como un acto prohibido, motivo por el cual, parecería razonable que la Corte Constitucional debiera modificar su jurisprudencia, en el sentido que una conducta expresamente prohibida por la Constitución ya no podía considerarse como amparada por las libertades constitucionales, o garantizada por el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, en la Sentencia C-491 de 2012, la Corte Constitucional estimó que la prohibición constitucional no tenía ningún efecto frente al juicio hecho con anterioridad, toda vez que el Constituyente no decidió penalizar directamente el consumo, y por ello, resultaba legítimo que se siguiera entendiendo el derecho a la dosis personal como una conducta amparada por la autonomía⁹³.

En tal sentido, nuevamente el juez constitucional dejó sin efectos una norma constitucional prohibitiva, tras someterla a un criterio de validez material, el cual sería: *que el constituyente no puede imponer obligaciones frente a sí mismo*.

En ambos casos descritos se encuentra un elemento común, que el juez asumió una postura que le permite escrutar la capacidad del poder soberano para establecer la validez jurídica de ciertas cláusulas constitucionales, independientemente que se trate del originario o del derivado. Ello evidencia que se asumió una postura *valorativa* como la expuesta, en la medida que aquél poder se encontraría limitado por ciertos parámetros de racionalidad o juridicidad, y consecuentemente, las competencias del juez se ampliarían hasta invalidar la posibilidad dispositiva a través del texto jurídico.

C. La jurisprudencia constitucional como cláusula pétrea de la Constitución

Al interior de la línea de prohibición de sustitución de la Constitución, el tribunal constitucional creó una herramienta denominada el “test de efectividad”, el cual pretende salvaguardar las interpretaciones del juez frente a reformas constitucionales posteriores. En otras palabras, este test torna en *pétreas las conclusiones de los juicios de constitucionalidad*, toda vez que el constituyente derivado no podría modificarlos a través del uso de la reforma constitucional. En la Sentencia C-249 de 2012 puede leerse:

“6.3.15. Considera la Corte que la utilización de la reforma constitucional para neutralizar, reversar o ir en contra de decisiones jurisprudenciales sobre leyes, no puede llegar a ser de tal magnitud que genere un fraude a la Constitución que haga

⁹³ Es cierto que la prohibición del Acto Legislativo 02 de 2009 no penalizó directamente el consumo de drogas, no obstante, una prohibición constitucional sí es un hecho relevante para determinar si una cierta conducta se inscribe legítimamente o no en el campo de las libertades personales.

nugatoria la potestad de control de constitucionalidad que tiene la Corte. Es decir, que el poder de revisión no puede ser utilizado para evadir el control de constitucionalidad de las leyes, estableciendo como normas constitucionales el contenido de leyes que previamente hayan sido declaradas como inconstitucionales. Para la Corte esta práctica puede llegar a generar un fraude a la Constitución en su principio estructural de la supremacía y el control de constitucionalidad de las leyes y será un elemento a tener en cuenta en el ‘test de efectividad’⁹⁴.

Nótese que el referido test no sólo prohíbe el uso de reformas constitucionales para dejar sin efecto las conclusiones del juicio de constitucionalidad, sino que a su vez califica esta práctica como un “*fraude a la Constitución*”. Tal situación impacta implícitamente el poder constituyente, ya que confiere supremacía a las decisiones adoptadas en el juicio de constitucionalidad, entendiéndose que estas se erigirían como una especie de *criterio moral al que deberían someterse las reformas constitucionales posteriores*. Es decir, las consideraciones y consecuencias del juicio de constitucionalidad conformarían un parámetro de validez sustancial que califica la competencia del poder de reforma a la Constitución para expedir normas constitucionales posteriores.

Si bien el referido criterio aún no ha sido utilizado en la práctica, y corresponde con un *obiter dicta* de la Sentencia C-249 de 2012 que no se ha reiterado en forma posterior, su diseño teórico al interior de la jurisprudencia a manera de herramienta disponible, evidencia que el juez constitucional ha adoptado una postura *valorativa* del poder de creación constitucional, en la medida que estaría dispuesto a someter las reformas constitucionales a un escrutinio sustancial consistente en confrontar las reformas constitucionales con los criterios jurisprudenciales esbozados en los juicios de inconstitucionalidad respecto de la Ley.

Recapitulando los ejemplos referidos, el deber de autocuidado, el libre desarrollo de la personalidad y el test de efectividad evidencian que es posible juzgar la validez sustancial de las disposiciones constitucionales, conforme una serie de parámetros materiales acogidos en la jurisprudencia. Tal situación encarna una tesis *valorativa*, según la cual éste resultaría limitado por criterios sustantivos. Así, *el poder constituyente no podría adoptar todas las determinaciones que estime mejores*, sino sólo aquellas que superen el escrutinio judicial, lo cual implica una necesaria manipulación del objeto de la interpretación, y consiguientemente de las competencias del referido juzgador.

II.5 Síntesis del segundo capítulo

Una vez revisada la jurisprudencia constitucional, es posible encontrar eventos prácticos donde la Corte Constitucional colombiana haya acogido las cuatro nociones del poder constituyente, presentadas en el primer capítulo.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

En la primera etapa de la jurisprudencia constitucional colombiana, el juez adoptó una noción *procedimental* del poder constituyente, en especial cuando definió las competencias del pueblo para pronunciarse a través de la democracia participativa, y su deber de evitar la revisión de las reformas constitucionales por motivos que vayan más allá de los requisitos previstos expresamente en la Constitución y la Ley para su trámite.

Por ejemplo, en la decisión C-544 de 1992 se declaró incompetente para juzgar normas de la Constitución Política de 1991 porque no tenía competencia para decidir sobre éstas por razones materiales, y reconoció que el proceso constituyente de 1991 implicó un despliegue del poder soberano realizado sin el rompimiento institucional y a través de los cauces institucionales del derecho, así como que el Soberano podía manifestarse por el voto y los mecanismos de participación popular. En las sentencias C-245 de 1996 y C-1017 de 2012, reconoció que no podía obligar al Congreso a votar de manera pública cuando con su voto ejercía la soberanía electoral en nombre del pueblo, reconociendo que la soberanía era delegable. En la Sentencia C-643 de 2000, dispuso que la presentación de proyectos de reforma constitucional por vía de referendo constituía un acto de soberanía, y por ello no podía excluirse la iniciativa popular en dicho evento; y en la Sentencia C-614 de 2002, y la línea jurisprudencial concordante, reiteró que sólo podía juzgar actos de reforma constitucional por vicios de procedimiento consistentes en el desconocimiento de los regímenes procedimentales de la Constitución y de la Ley 5ta de 1992. Todo ello materializa el reconocimiento de una postura *procedimental* del poder constituyente, en la medida que le reconoce al Soberano la potestad de actuar a través de los mecanismos jurídicos previstos para tal fin, y por tal razón, la función interpretativa del juez e la Carta Política se entiende subordinada a las decisiones adoptadas a través de dichos mecanismos jurídicos de expresión soberana y a la garantía de las formas, para dichos eventos.

A partir del año 2003, habiendo asumido la tesis de la prohibición de sustitución de la Constitución, el juez constitucional colombiano asumió una postura *revolucionaria* del poder constituyente. En las Sentencias pertenecientes a dicha línea jurisprudencial, como las Sentencias C-551 de 2003, C-141 de 2010, C-249 de 2012, C-285 de 2016 y C-373 de 2016, la Corte constitucional rechazó la posibilidad de que el poder constituyente originario obrara a través de los mecanismos jurídicos previstos en la Carta Política; escindió el concepto de pueblo, distinguiendo entre el pueblo constituyente y el pueblo constituido, expulsando al Soberano de la posibilidad de interactuar con el ordenamiento constitucional; y asumió una labor conservadora de los ejes axiales de la Carta Política, señalando que estos sólo podrían ser modificados mediante un rompimiento institucional. Todo ello deriva en una manipulación del objeto de la interpretación constitucional y de sus propios límites, permitiéndole al juez validar sustancialmente las reformas constitucionales con el objetivo de realizar la labor conservativa de las notas esenciales de la norma superior, característica muy propia de esta concepción.

De otro lado se puede encontrar ejemplo, como el referido en la Sentencia C-577 de 2011, donde la Corte Constitucional asumió una noción *consuetudinaria del poder constituyente*. En concreto, en la referida decisión la Corte Constitucional modificó el entendimiento tradicional del artículo 42 de la Carta Política a través de una mutación de la noción de familia que había sostenido a lo largo del tiempo como la norma constitucional válida, y que se evidenció al menos en las Sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001. Debe resaltarse que el referido cambio no operó por una mejora de las razones constitucionales, sino por haberse constatado un cambio de la sociedad, erigiendo así a la realidad informal la misma autoridad que las otras nociones le confieren, ya sea al cambio formal en la carta política (*noción procedimental*) o al quebrantamiento de la continuidad institucional (*noción revolucionaria*), para reconocer una acción soberana. Con una postura como esta necesariamente se modifica la forma en que el juez constitucional despliega su función y sus límites, ya que este queda habilitado como una autoridad llamada a modificar informalmente la Constitución, en lugar de entenderse a sí mismo como un poder que deba efectuar una labor conservativa de las principales decisiones del texto superior (*noción revolucionaria*) o como un poder llamado a entender que el Constituyente se expresa a través de los mecanismos formales de participación, en la medida que es un poder intrasistémico (*noción procedimental*) y valorar así su silencio como una forma de dar continuidad a la formalidad constitucional precedente.

Finalmente, la Corte Constitucional también ha acogido una noción *valorativa* del poder constituyente, especialmente en aquellas decisiones como la C-221 de 1994 que dejó sin efectos deónticos la expresión “orden jurídico” como límite al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 16 de la Carta Política; y que sustrajo de poder vinculante al deber de autocuidado de la salud previsto en el artículo 49 Superior. Así mismo, lo hizo en el denominado *test de efectividad*, desarrollado en la Sentencia C-249 de 2012, según el cual, el poder de revisión constitucional no podría efectuar reformas que pretendieran dejar sin efectos una sentencia de la Corte Constitucional. Con ello, se evidencia que el referido tribunal ha acogido que el poder constituyente carece de la capacidad de establecer ciertas disposiciones o deberes, en la medida que éstos desconozcan el estándar sustancial elegido. Lo anterior deriva en una manipulación de su competencia y límites competenciales, en el entendido que el juez se despoja de su condición de subordinado por el mero hecho de la autoridad, y se habilita para efectuar escrutinios sustanciales de las normas dispuestas por el referido poder.

CONCLUSIONES.

Como se precisaba en el primer capítulo, existen al menos cuatro alternativas teóricas para derivar posibles límites a la interpretación constitucional: (i) el alcance sustancial del objeto interpretado, (ii) las exigencias procesales de la función judicial, (iii) los contrapesos intra-orgánicos que se diseñen para el juez, y (iv) las competencias de los poderes de creación normativa con los que éste interactúa.

Eligiendo la cuarta forma como método para desarrollar este trabajo de investigación, se procedió a indagar en qué forma el concepto de poder constituyente podría fundamentar un desarrollo teórico de los límites a la función hermenéutica constitucional. Lo anterior, partiendo del supuesto de que éste es el principal poder de creación normativa con el que interactúa el juez constitucional.

No obstante, al evaluar el referido concepto se encontró que éste ha sido desarrollado al menos en cuatro nociones que se oponen justamente en torno a la caracterización competencial del soberano. Como no existe un sentido teórico unívoco o al menos armónico en torno a los medios que el constituyente podría utilizar para desplegar la creación normativa, tampoco es posible derivar límites unívocos o armónicos para la interpretación constitucional, con fundamento en la metodología elegida.

Para la primera noción, postura *procedimental*, el Poder Constituyente es entendido como una fuerza de naturaleza política, omnímoda e ilimitada que adopta sus decisiones fundacionales, entre otras formas, a través de los mecanismos jurídicos agravados para la producción normativa. Cuando se pronuncia en virtud de su poder soberano, incluso usando los caminos jurídicos, tiene la potestad de someter al Estado, motivo por el cual no es posible cuestionar materialmente sus decisiones políticas. Igualmente en dicha noción, la potestad fundacional se entiende como una fuerza presente *intra-sistémicamente* en el ordenamiento superior, y por ello posee la capacidad de interactuar con el ordenamiento constitucional para adecuarlo o refundarlo, sin necesidad de romper la continuidad de las instituciones. Todo lo anterior deriva en que la competencia del poder constituyente consiste en la capacidad de manifestarse a través del uso de los mecanismos jurídicos agravados para la creación normativa.

Siguiendo la lógica de que los límites a la interpretación pueden fundarse en el respeto de las competencias de los poderes de creación normativa, se concluye que en la noción *procedimental*, el juez se encontraría limitado por los referidos mecanismos de reforma, ya que estos materializarían la competencia del soberano. En otras palabras, dicho juez tendría prohibido evaluar sustancialmente las normas producidas válidamente por tales medios agravados de creación constitucional.

Para la noción que lo entiende como un *poder revolucionario*, el constituyente resultaría ser una fuerza política omnímoda, ilimitada e irrestricta, que estaría llamada a fundar la unidad política de un pueblo, pero a través de los hechos constituyentes que quiebran la continuidad institucional. Para esta noción, el referido poder no podría despojarse de su condición de ser un poder ilimitable y por ello le resultaría ontológicamente imposible expresarse a través de los mecanismos jurídicos de representación, pues ello implicaría someterse a las instituciones regladas de las formas asamblearias o similares. Tal situación deriva en que el poder constituyente es incapaz de interactuar con el ordenamiento constitucional a través de los mecanismos de producción normativa, y su única función sería la de permanecer como garante inmanente o *extra-sistémico* de la unidad política. Por ello, en el momento en que el soberano decida pronunciarse nuevamente, se encontraría obligado a quebrar la continuidad ordinaria por una vía de hecho.

Teniendo en cuenta que para esta noción la competencia del constituyente consiste en manifestarse a través del rompimiento del sistema por medio de la revolución, y consecuentemente el soberano estaría imposibilitado para pronunciarse a través de los mecanismos jurídicos, el juez constitucional tendría como límite a su función los elementos sustanciales de la Carta Política, que sólo podrían ser modificados por vías extrajurídicas. Ello le impondría al juez el deber de garantizar la continuidad de tales aspectos fundacionales mientras no se modifiquen a través del quebrantamiento fáctico de la continuidad institucional. Nótese que tal situación conlleva un papel diferenciado del juez frente a la noción, anterior, pues sus límites ya no se derivarían del uso adecuado de los mecanismos procedimentales, sino que nacerían de la conservación de los ejes axiales de la norma superior; más aún, en ésta, el juez resultaría obligado a revisar sustancialmente las reformas constitucionales para determinar si tienen o no el alcance material de modificar la voluntad fundacional prevista en la Carta Política.

Por su parte la noción que entiende al poder constituyente como un asunto *consuetudinario* lo identifica como una fuerza social, informal, que no requiere acudir ni al derecho ni a la revolución para manifestarse. Por ello, la alteración de la vivencia práctica de las decisiones políticas establecidas en la Constitución resultaría suficiente para habilitar a los poderes constituidos, entre estos al juez constitucional, para que actualizaran la Carta Política a través de la mutación como mecanismo de reforma informal.

Para esta noción, su competencia consistiría en manifestarse a través de la evolución silenciosa y cotidiana de la realidad social, no siendo necesario que utilice los medios jurídicos ni el quebrantamiento constitucional, para que se concluya que ha operado una auténtica manifestación soberana. Tales presupuestos derivan en que el juez constitucional tenga como límite la realidad, teniendo prohibido la conservación formal de la Carta y de sus normas cuando advierta que ha ocurrido una modificación en la realidad constitucional vivida, o en otras palabras, tendría vetado favorecer la conservación de la Constitución o de sus interpretaciones cuando advierta cambios sociales.

Como puede advertirse, esta forma de obrar del juez constitucional no resulta compatible con las dos anteriores, en la medida que implica una labor de fidelidad al constituyente a través de la observación social, y no a través de las formas constitucionales, ni de la estabilidad de las decisiones fundacionales, como correspondería a las anteriores.

En la postura que entiende al poder constituyente desde una perspectiva *valorativa*, éste no resulta una potestad ilimitada, sino que se encuentra sometido a lo jurídico como presupuesto especial de legitimidad del Estado, de la Ley y de la soberanía. Es decir, en esta acepción la potestad fundacional estaría limitada por los parámetros de validez sustancial derivados generalmente de la racionalidad práctica, o de fuentes como el derecho internacional. En otras palabras, la obra del soberano quedaría sometida a un escrutinio de validez sustantivo, con la consiguiente posibilidad de ser invalidado por el derecho en atención a criterios materiales.

Siguiendo la lógica de que las competencias del constituyente limitarían al juez, y que en este caso el soberano no podría dictar ciertos contenidos, se deriva que el juez no podría aceptar la validez de los contenidos constitucionales por el mero hecho constituyente, sino que tendría que verificar si las normas previstas autoritativamente superan el correspondiente escrutinio sustancial. Ello, en la medida que el juez constitucional estaría subordinado análogamente por los mismos criterios que vinculan al soberano. Por ello, el fallador tendría una competencia dirigida a la evaluación material de las normas constitucionales, debiendo confrontarlas con los criterios morales que resulten vinculantes en cada caso.

Como se advierte, para esta posición el objeto y los límites de la interpretación constitucional resultarían igualmente incompatibles con los que corresponden a las nociones anteriores, pues su nota característica es el escrutinio de la validez del poder fundacional, o lo que es lo mismo, la anulación de la característica ilimitada de dicho poder. Es decir, la función de éste juez no resultaría concordante con el papel que debe desplegar en las otras, ya que en la *procedimental* tendría que controlar las formas y no los contenidos constitucionales, como si debe hacerlo en ésta; en la *revolucionaria* debería conservar las decisiones fundacionales más importantes mientras no se quiebre la continuidad sistémica, en lugar de juzgarlas materialmente; y en la consuetudinaria supondría que actualizara la Constitución de acuerdo a las realidades vividas, sin cuestionar si tales cambios responden o no a un cierto criterio valorativo, justamente por ser la obra soberana.

Por otra parte, la falta de univocidad del concepto de poder constituyente, manifestada en la existencia de las cuatro nociones referidas, deriva en la ausencia implícita de coherencia teórica del juez constitucional. Esto, por cuanto existen figuras jurisprudenciales que se fundamentan precisamente en el matiz diferenciador de alguna de tales posturas, es decir, en los medios que resultan diferenciadamente habilitados entre ellas para ejercer la competencia soberana y sus alcances.

Por ejemplo, un juez que asumiera como única noción de poder constituyente la *procedimental*, no podría utilizar la herramienta de la prohibición de sustitución constitucional, pues ésta se fundamenta en la imposibilidad de refundar la unidad política a través de los mecanismos jurídicos de creación normativa, es decir, en la noción *revolucionaria*. Así mismo, resultaría incompatible adoptar la postura de la constitución viviente, en la medida que el juez de la noción *procedimental* posee un compromiso con el uso de los técnicas de reforma constitucional, y por tal razón, no podría entregarle fuerza creadora a la realidad (noción *consuetudinaria*) a menos que se encuentre acompañada de un proceso de enmienda. Finalmente, tampoco podría desplegar revisiones de validez sustancial de las normas constitucionales (noción *valorativa*) pues con ello desconocería la naturaleza propia del soberano.

En segundo lugar un ordenamiento constitucional que se fundamente únicamente en la postura *revolucionaria* tendría la obligación de verificar las reformas constitucionales con el fin de descartar las que modifiquen los aspectos esenciales del pacto político, con lo cual su compromiso no sería con el diálogo institucional (noción *procedimental*) sino con la continuidad del ordenamiento constitucional. Así mismo, tampoco podría acoger la evolución informal de la Constitución (noción *consuetudinaria*), al menos en aquellos puntos que resulten medulares frente al ordenamiento superior ya que frente a estos su función es la preservación hasta que ocurra nuevamente un rompimiento institucional. Finalmente, tampoco podría someter a un escrutinio de validez sustancial las normas constitucionales originarias (lo cual sí estaría permitido en la noción *valorativa*), pues éstas tendrían como causa de su legitimidad el hecho constituyente y no un cierto parámetro material.

En tercer lugar, un ordenamiento que acoja únicamente una postura *consuetudinaria* no podría usar la tesis de favorecer el diálogo institucional sobre la mutación informal de la Constitución (noción *procedimental*), pues con ello desconocería el lugar donde auténticamente reside la fuerza creativa constituyente. Tampoco podría excluir la evolución constitucional en sus aspectos medulares (lo que sí debería hacer en la noción *revolucionaria*), ya que el poder fundacional no se encuentra en el pasado ni fuera del ordenamiento, sino que coexiste informalmente con éste. Finalmente tampoco tendría la obligación de someter las normas a escrutinios de validez sustancial (noción *valorativa*), toda vez que la fuerza creadora y de actualización de la constitución residiría en los hechos, que por regla general son a-valorativos.

En cuarto lugar, un ordenamiento que elija una postura *valorativa* del poder constituyente, no podría reconocerle un poder ilimitado, independientemente de la vía por la que éste se manifieste, es decir, ya sea a través de las formas jurídicas de creación normativa, del quebrantamiento institucional, o de la vivencia social. Todo ello, porque existiría un

sometimiento del poder soberano al derecho, y una habilitación de revisión material para los contenidos superiores.

Como en el caso colombiano, el juez ha optado por usar todas estas herramientas, y no ha asumido performativamente una noción unívoca del concepto de poder constituyente, se ha materializado una incoherencia teórica implícita en la jurisprudencia en torno al poder soberano.

Pasando a lo siguiente, se encuentra que el concepto en estudio no sólo resulta *inhábil para derivar límites unívocos a la interpretación constitucional*, en la medida que cada una de las nociones presentadas ofrece una forma distinta de entender sus competencias; sino que además, se anula toda pretensión de usarlo como fundamento para derivar límites a la interpretación, por cuanto la manipulabilidad de dicho concepto se encuentra en manos del mismo juez que se pretendería limitar.

No es posible tener simultáneamente como límite a la función hermenéutica la prohibición de revisar sustancialmente las normas constitucionales, (*noción procedimental*), a entender que deben revisarse sustancialmente dichas reformas para evitar la evolución de las modificaciones sustanciales al pacto fundacional (*noción revolucionaria*). Tampoco es posible conjugar cualquiera de las anteriores con un juez que se vea obligado a favorecer mutaciones o reformas informales de la constitución cuando advierta evoluciones en la realidad social, independientemente que no exista una actualización formal ni un rompimiento del orden institucional. En el mismo sentido, no resulta compatible con tales ideas, la caracterización de un juez que tenga como prohibición admitir la autoridad superior por el sólo hecho constituyente, y que por el contrario se encuentre obligado a determinar si las normas constitucionales superan un escrutinio sustancial de validez. Ello, por cuanto implica despojar al poder constituyente de su atributo de omnipotencia fundacional en el aspecto sustantivo. Pero además, si el juez es quien elige usar una o varias nociones, quedaría en manos del eventualmente limitado determinar sus propios márgenes de acción. Nótese que cada uno de los límites propuestos resulta ser una consecuencia directa de la elección implícita o explícita de alguna noción de poder constituyente. Por ello si se verifica que es el juez mismo puede elegir cuál de las cuatro posturas quiere utilizar, o si adopta varias, consecuentemente se le habilita para manipular su margen de acción como una consecuencia necesaria de la decisión precedente.

Ahora bien, incluso si se pensara que no existe incompatibilidad en el uso de las cuatro formas de entender al poder constituyente, porque ello estaría permitido en razón de su amplitud doctrinal, se arribaría a la misma conclusión frente a su utilidad como fuente de límites al juez de la Carta Política. La existencia de nociones tan disímiles en torno las atribuciones del soberano deriva en que éste no logre atribuir coherencia al sistema jurídico, ni permita fundamentar los alcances de la función hermenéutica del juez.

Todo ello repercute en que, si se quisiera que exista un juez constitucional limitado, desde la perspectiva competencial del poder constituyente, sería necesario encontrar una alternativa para que tal concepto estuviera sustraído de la interpretación del juez que se pretende limitar, o lo que es lo mismo, que existiera una noción unívoca del poder de creación constitucional. No obstante, ello parece improbable, por cuanto el texto que introdujere una noción unívoca expresa del referido concepto, o que previera la sustracción hermenéutica de éste, también estaría sometido a la interpretación. Así, la forma para prescribir límites al poder hermenéutico de la Carta Política necesariamente pasa por el uso de las demás metodologías evaluadas para prescribir límites, esto es, (i) el alcance sustancial del objeto interpretado, (ii) las exigencias procesales de la función judicial, o (iii) los contrapesos intra-orgánicos que se diseñen para el juez.

BIBLIOGRAFÍA

- A. Daniel OLIVER-LALANA, “Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales”, en Laura Clérico et al (Coordinadores) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, pp. 147-176.
- Bruce ACKERMAN, *We the people*, foundation, Cambridge, Harvard University Press,, 1991.
- Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, reimpresión, s.f.
- Carlos Nino, *La Validez Del Derecho*, Cap. 3. “la competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica”, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-585 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz;
- Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003, MM.PP. Manuel Jose Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil)
- Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2013, Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional, Sentencia S.U.-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

Corte Constitucional, Sentencia T- 1078 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

David ESTLUND, *La autoridad democrática, los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

David STRAUSS, *The living constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

Ernesto JINESTA, “Superlegalidad constitucional y poder constituyente: plena vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, Andry MATILLA, Jaime SANTOFIMIO, Héctor SANTAELLA, Coordinadores, *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2013, pp. 247-268.

Ferdinand LASALLE, *Qué es una Constitución*, Barcelona, Ariel, 1994.

Gonzalo Andrés RAMIREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia, El concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Hans-Peter SCHNEIDER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes” *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. JOAQUIN ABELLAN, 5, (1982) pp. 35-61.

Jeremy WALDROM, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid- Barcelona, Ed. Marcial Pons, Trad. Jose Luis MARTI y Agueda QUIROGA, 2005.

Jorge CARPIZO MAC GREGOR, "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", Héctor FIX-ZAMUDIO, editor, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, pp. 141-152

Jorge TAPIA VALDES, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios constitucionales*, talpa, año 6, Vol 2, (2008), pp.121-142.

- José ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, 100, (1998), pp. 57-100.
- José Luis CEA EGAÑA, “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano, tomo 2*, (2005), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, pp. 43-56.
- José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 12, Nº. 1, 2014, p. 366, pp. 365-396.
- Josep RAZ, *Entre la autoridad y la interpretación, Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Juan Carlos BAYON, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, En Miguel CARBONELL SÁNCHEZ Y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (editores) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 285-355.
- Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1965.
- Laureano GÓMEZ SERRANO, *El control de constitucionalidad en Colombia, Evolución histórica*, Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, segunda edición.
- Manuel ATIENZA, “Argumentación y Constitución” en AA.VV *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113-181.
- Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1ra reimpresión 1990.
- Pablo Lucas VERDÚ “Una aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales: la obra de Hsu Dau-Lin (prólogo de libro)”, Hsu DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, Trad. de Pablo Lucas VERDU y Christian FORSTER, Pablo Lucas VERDÚ, 1998. pp. 7-14.
- Pedro Antonio GARCÍA OBANDO, Javier Orlando AGUIRRE ROMÁN, Mauricio ALBARRACÍN CABALLERO, “¿A quién le habla la Corte Constitucional Colombiana? El juez y el auditorio universal”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, 110 (2009), pp. 77-95.
- Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 2da reimpresión 1991.
- Riccardo GUASTINI, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, Bogotá, Ara Editores, Ediciones Axel, Colección filosofía y teoría del derecho, 2012.

Sergio ESTRADA VÉLEZ, “Los límites a la Corte Constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, (Enero - junio 2007) Medellín, Colombia, 13-29.

Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de estudios constitucionales, madrid, 1985.

Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS, *Constitución Popular, no judicial*, Bogotá, Colombia, Universidad de la Sabana-Temis, 2014.



FORMATO AUTORIZACIÓN DE DIVULGACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL INTELLECTUM

Ciudad: Bogotá mes: julio día: 31 año: 2017

Señores: BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA UNIVERSIDAD DE LA SABANA Chía

Estimados Señores:

Yo, (Nosotros) los firmantes, en calidad de autor(es) del trabajo de grado titulado 'Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de Poder Constituyente' presentado y aprobado en el año 2017 como requisito para optar al título de 'Magister en Derecho Constitucional', autorizo a la Universidad de La Sabana para que a través de la Biblioteca Octavio Arizmendi Posada, preserve, organice y divulgue al mundo de forma libre y gratuita con fines académicos el contenido del trabajo de grado anteriormente mencionado por medio de canales presenciales y no presenciales según sea el caso.

- Se autoriza a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este trabajo de grado a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior.
• Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica que dé crédito a la obra y a su(s) autor(es).
• Se autoriza a la Universidad de La Sabana a transformar tecnológicamente el trabajo de grado anteriormente mencionado según se requiera, con el fin de garantizar su preservación y consulta a futuro.
• El(los) autor(es) certifica(n) que el trabajo de grado no infringe derechos industriales o intelectuales o cualquier otro de terceros, así mismo declara(n) que la Universidad de La Sabana se encuentra libre de cualquier responsabilidad civil, administrativa o penal que pueda derivarse de la publicación del trabajo de grado en el Repositorio Institucional o las redes vinculadas a la Institución.
• Teniendo en cuenta lo anterior y en cumplimiento con lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y especialmente en virtud de lo dispuesto en el Artículo 10 del Decreto 1377 de 2013, se autoriza a la Universidad de La Sabana a proceder con el tratamiento de los datos personales para los fines académicos, históricos, estadísticos y administrativos de la institución.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Si su trabajo de grado será sometido a publicación en revista indexada, debe indicar el tiempo de embargo que desea en el repositorio de la Universidad de La Sabana a partir de éste momento, de acuerdo a las siguientes opciones:

Form fields for embargo options: Ninguno (cero):, Un (1) año:, Dos (2) años:, Otro: (en meses)

Recuerde que una vez aceptada la publicación es responsabilidad de: el(los) autor(es) notificar a la Biblioteca al correo electrónico contactointellectum@unisabana.edu.co los siguientes datos: Revista y fecha de aprobación de la publicación, autores y título del trabajo de grado o artículo a publicar con el fin de actualizar los tiempos de embargo y confidencialidad pertinentes.

El trabajo de grado será dispuesto al público haciendo la debida mención de su(s) autor(es) y se generara un licenciamiento basado en el estándar Creative Commons adaptado para Colombia según el(los) autor(es) autoricen.

Por favor seleccione una única licencia Creative Commons con una (x) para atribuirle a su obra.



Atribución: Esta licencia permite a otros distribuir, mezclar, ajustar y construir a partir de su obra, incluso con fines comerciales, siempre que le sea reconocida la autoría de la creación original.



FORMATO AUTORIZACIÓN DE DIVULGACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL INTELLECTUM

- CC BY ND Atribución - Sin Derivar: Esta licencia permite la redistribución, comercial o no comercial, siempre y cuando la obra circule íntegra y sin cambios, dándose crédito.
[checked] CC BY NC ND Atribución - No comercial - Sin Derivar: Esta licencia es la más restrictiva de las seis licencias principales, sólo permite que otros puedan descargar las obras y compartirlas con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se pueden cambiar de ninguna manera ni se pueden utilizar comercialmente.
CC BY NC Atribución - No comercial: Esta licencia permite a otros distribuir, re mezclar, retocar, y crear a partir de tu obra de manera no comercial y, a pesar de que sus nuevas obras deben siempre mencionarte y mantenerse sin fines comerciales.
CC BY NC SA Atribución - No comercial - Compartir igual: Esta licencia permite a otros distribuir, re mezclar, retocar, y crear a partir de tu obra de modo no comercial, siempre y cuando te den crédito y licencien sus nuevas creaciones bajo las mismas condiciones.
CC BY SA Atribución - Compartir igual: Esta licencia permite a otros re mezclar, retocar, y crear a partir de tu obra, incluso con fines comerciales, siempre y cuando te den crédito y licencien sus nuevas creaciones bajo las mismas condiciones.

Cordialmente,

David Francisco Franco Moreno
NOMBRE COMPLETO

[Handwritten signature]
Firma

C.C.: 1037570496 De: Envigado
Correo electrónico:

abogado.davidfranco@hotmail.com

[Handwritten signature]
NOMBRE COMPLETO

Firma

C.C.: De:

Correo electrónico:

[Handwritten signature]
NOMBRE COMPLETO

Firma

C.C.: De:

Correo electrónico:

[Handwritten signature]
NOMBRE COMPLETO

Firma

C.C.: De:

Correo electrónico:

[Handwritten signature]
NOMBRE COMPLETO

Firma

C.C.: De:

Correo electrónico:

[Handwritten signature]
NOMBRE COMPLETO

Firma

C.C.: De:

Correo electrónico:

1 Información tomada de: (2015, 01). Creative Commons Colombia. Obtenido 01, 2016, de http://co.creativecommons.org/?page_id=13