ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

Chaux Donado, Francisco José
Adiós a la Constitución : ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia? / Francisco José Chaux Donado. -- Segunda edición. -- Bogotá : Editorial Temis, 2020.
368 páginas ; 16 x 23 cm.
Incluye bibliografías e índices.
ISBN 978-958-35-1249-0
1. Colombia. Constitución política (1991) - Crítica e interpretación 2. Reformas constitucionales - Colombia 3. Estado social de derecho - Colombia 4. Colombia - Derecho constitucional I. Tít.
342.861 cd 22 ed.
A1658200

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

FRANCISCO JOSÉ CHAUX DONADO

ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

¿Por qué la Constitución de 1991
ya no le pertenece al pueblo de Colombia?

Segunda edición

Prólogo de
John Ferejohn

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2020



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Francisco José Chaux Donado, 2020.
© Editorial Temis S. A., 2020.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis, núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1249-0
3047 2020008500
ISBN e-book 978-958-35-1464-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.
Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ADVERTENCIA DEL AUTOR

Esta obra fue escrita originalmente en inglés, como parte del curso de maestría del autor en la Universidad de Nueva York, bajo la dirección del profesor John Ferejohn.

En este sentido, notará el lector la recurrente referencia a teóricos del derecho constitucional anglosajón, por lo cual he decidido mencionar las obras citadas con su título en el idioma original; confío que las traducciones de los textos que he incluido en este trabajo, sean lo más fieles posibles al original, pero no me queda duda de que estas versiones no están exentas de la interpretación propia de una traducción.

Adiós al pueblo

PRÓLOGO DE "ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN"

John Ferejohn[1]

En *Adiós a la Constitución*, Francisco Chaux desarrolla un argumento contundente: la Constitución colombiana de 1991 ha sido, en esencia, desviada de su promesa democrática por la Corte Constitucional. El autor argumenta que la Corte ha prohibido enmiendas constitucionales que cambien la "identidad" de la Constitución, permitiendo únicamente aquellas que modifiquen elementos no esenciales del documento. La Corte, afirma el autor, efectivamente ha despojado al pueblo de su poder para rehacer la Constitución, un poder que le es reconocido por la Constitución de 1991.

En su argumentación, Chaux explora algunos de los asuntos más profundos concernientes a un Estado democrático y constitucional. Los contenidos que él plantea son generales y de importancia para cualquier democracia moderna.

La idea de una Constitución escrita formulada por el "pueblo" para crear y regular el gobierno puede rastrearse inclusive desde el período revolucionario de Estados Unidos y especialmente desde la Constitución de Filadelfia. Pero, en un sentido importante, la moderna constitución fue creada en 1945 con el colapso de la Alemania e Italia autoritarias. Nuevas constituciones fueron establecidas, en el nombre del pueblo, en orden de controlar el ejercicio del poder gubernamental para asegurar que "nunca más" pudiese el Estado ejercer su poder sin ser controlado por la legalidad y la justicia.

Esta es una idea romántica —una esperanza— que ha sido sustancialmente reivindicada por la reciente historia constitucional en Estados europeos y de América Latina. Sin embargo, la historia mundial sugiere que las constituciones, por sí mismas, no son necesariamente suficientes para prevenir el abuso del poder estatal. Han existido muchas constituciones en Europa y en América Latina anteriores a la segunda guerra mundial y ninguna fue suficiente para prevenir el ascenso de regímenes fascistas. Los creadores de las constituciones en Alemania e Italia a finales de

[1] The Samuel Tilden Professor of Law, New York University School of Law.

la década de los cuarenta, decidieron que como parte de sus nuevas constituciones, debería ser creada una nueva y poderosa institución política para ejercer un control efectivo sobre los actos del Estado.

Esta institución debía ser lo suficientemente poderosa para "decirle la verdad al poder" pero también, de alguna manera, para permanecer incapaz de ejercer su poder de manera arbitraria. La Corte Constitucional de Alemania e Italia fueron creadas para cumplir con esta esperanza.

Desde 1945 y cada vez que un régimen autoritario ha colapsado —como en los setenta en Grecia, Portugal y España, o en 1989 en Europa del Este o en América Latina en Brasil, Argentina, México e incluso en Chile—, se establecieron cortes constitucionales como mecanismos para asegurar el cumplimiento de la Constitución. A estas nuevas cortes se les atribuyó el poder de anular las acciones de los funcionarios políticos, con el fin de proteger los derechos de las minorías y salvaguardar la integridad de la Constitución. El poder de anular las leyes y otras acciones del gobierno, hace de estos nuevos tribunales constitucionales poderosos actores y, por lo tanto, potencialmente peligrosos. Además, el poder de las cortes constitucionales no solo representa un peligro para los funcionarios públicos, sino también para el pueblo mismo. Y es el peligro para el ejercicio del poder constituyente el que el profesor Chaux discute.

El profesor Chaux enfatiza que las constituciones modernas se originaron como actos populares —actos realizados por el pueblo para encontrar y organizar su gobierno, dotándolo de la autoridad necesaria para actuar, y estableciendo derechos políticos y sociales para limitar los poderes estatales—. En este sentido, la moderna Constitución es un instrumento del pueblo que se utiliza para crear un gobierno lo suficientemente poderoso para responder a sus necesidades políticas y sociales, el cual continúa siendo controlado y regulado por la Constitución. Chaux insiste que en una democracia el pueblo conserva el poder, si así lo decide, para volver a realizar esto, mediante el uso de los procedimientos constitucionales y no mediante recursos extra-constitucionales como la violencia.

Para el profesor Chaux, el primer deber de una Corte Constitucional es actuar en nombre y en beneficio de la soberanía popular (la cual necesariamente sostiene el poder constituyente). En este sentido, él adopta una forma de lo que se ha denominado "constitucionalismo popular", que concibe al pueblo como la última fuente de autoridad en un Estado democrático y justifica una Corte Constitucional, en la medida en que ella es un instrumento del pueblo. En este sentido, la Corte Constitucional como institución jurisdiccional, únicamente puede actuar de conformidad con los medios establecidos en el derecho constitucional. Es decir que la Corte no es responsable directamente ante el pueblo, sino únicamente frente al derecho articulado por el pueblo, expresado en la Constitución. Pero dicha institución tampoco tiene autoridad para prohibirle al poder constituyente el cambio de la Constitución,

siempre y cuando ese poder sea ejercido correctamente según los mecanismos procesales establecidos.

El constitucionalismo popular es controversial en la academia jurídica. Se sustenta en la idea —que he denominado "democracia popular"— conforme a la cual, en una democracia, el derecho que tiene el pueblo para gobernar es básico y una Constitución no puede ser calificada como norma democrática, si compromete este derecho. El pueblo es el soberano en una democracia, directa o indirectamente, en el sentido que sus decisiones propiamente expresadas tienen la mayor fuerza jurídica. Su validez no depende en más razones o justificación que haberse expresado correctamente por el pueblo. El soberano es libre de delegar algunos de sus poderes en sus representantes, en cuyo caso los representantes pueden actuar en lugar del soberano con su misma autoridad. Pero los representantes deben ser responsables con el soberano y deben, cuando ello les sea solicitado, estar dispuestos a justificar el uso de la autoridad delegada. Y los representantes pueden, a su turno, delegar algunos poderes en otras instituciones —en agencias, secretarías o cortes— que son responsables frente a los representantes o frente al pueblo. Es decir, estas entidades también deben dar las razones que justifican el uso del poder delegado por los representantes del pueblo o por el pueblo directamente.

Por lo tanto, la tarea de la Corte Constitucional en una democracia constitucional consiste en mantener al gobierno de turno fiel a la Constitución, usando los instrumentos del derecho constitucional para asegurar que los cambios propuestos a la Constitución se realicen de conformidad con las facultades de reforma establecidas en el texto. La Corte debe utilizar este instrumento de manera creativa y sin temor si quiere tener éxito —después de todo, los abusos de poder son a menudo sutiles y creativos—. Sin embargo, mientras crea nuevas técnicas y doctrinas para regular y controlar el abuso del poder, la Corte siempre debe seguir siendo fiel a su papel secundario como servidor del pueblo y no debe usar su autoridad delegada para derogar los poderes soberanos.

¿Pero cómo lograr que la Corte Constitucional no exceda sus propios límites? ¿Quién debe cuidar al guardián? Interrogante que hasta el día de hoy no tiene una respuesta que resulte claramente aceptada. Surgió la esperanza que la Corte Constitucional se limitaría a sí misma por adhesión a la Constitución como texto originario. Pero demócratas como Chaux piensan que esto está mal, ya que se hace del texto un ídolo y se prohíbe al pueblo, el constituyente, su derecho de rehacer la Constitución. Considera que la Corte solamente puede conservar su propio papel, al reconocer que ella no debe buscar restringir el derecho básico de la soberanía popular de cambiar la Constitución.

Por razones históricas este problema parece especialmente difícil para la Corte Constitucional de Colombia, porque ha sido muy exitosa en varios frentes. Más que

cualquier otra Corte Constitucional, ha sido dotada de una jurisdicción extraordinaria y de poderes que le permiten intervenir efectivamente en los procesos de creación de políticas públicas, forzando al Estado a legislar en pro de los derechos humanos, sin considerar si este lo desea o no. Se ha convertido, en ese sentido, en una poderosa entidad política, muchas veces más efectiva que las ramas electas del poder público, al momento de dirigir la creación de la política. Pero el profesor CHAUX sugiere que este éxito ha tentado a la Corte para exceder su autoridad "democrática", usurpando el papel que le corresponde al pueblo, convirtiéndose en el maestro del pueblo en lugar de su estudiante.

El objeto de la crítica de CHAUX es la teoría de la sustitución constitucional. La Corte Constitucional colombiana, ha creado la teoría de la sustitución a la luz de la Constitución de 1991, en la cual se consideran ciertos aspectos de la Constitución como afianzados e inmodificables por las enmiendas formales. En otras palabras, la Corte ha impuesto un examen sustantivo para decidir cuándo una enmienda es constitucional y cuándo no lo es. Una enmienda que tenga el efecto de cambiar (lo que la Corte ha determinado cómo debe hacerse) un elemento de la naturaleza fundamental de la Constitución que sustituya la Constitución existente por una nueva, es inconstitucional, así haya sido adoptada por los procedimientos constitucionales establecidos.

A la Corte se le ha conferido autoridad explícita para revisar los actos de ciertas entidades gubernamentales en su contenido, pero esta autoridad no le fue conferida respecto de las reformas constitucionales. El artículo 241, en el cual se especifican los poderes de la Corte Constitucional, restringe su poder para revisar las enmiendas constitucionales "exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación". En este sentido la creación de la teoría de la sustitución constitucional parece jurídicamente audaz.

El profesor CHAUX argumenta, además, que la doctrina de la sustitución constitucional es inconsistente con la democracia. Postula que la democracia es un sistema de gobierno en el que las personas —como ciudadanos libres e iguales— eligen a sus representantes para hacer las leyes con las que viven. Asimismo, argumenta que lo anterior tiene dos aspectos: primero, los representantes electos en debida forma deben aprobar las leyes y los decretos autorizados por la Constitución, estando siempre sujetos a ser responsables ante el pueblo por los procedimientos que se han establecido en la Constitución. El segundo aspecto hace referencia a que el pueblo debe ser libre de alterar estas reglas (para la creación del derecho o que regulan las elecciones) si deciden que son inadecuadas. Por supuesto, podríamos preguntarnos si estos poderes pueden estar contenidos totalmente en una Constitución. Las personas siempre son libres de rebelarse y de abolir su gobierno, si así lo quieren. CHAUX piensa que esta idea —la idea de LOCKE de un derecho a la revolución— es insuficiente y que en

una democracia constitucional la gente debe modificar su constitución *pacífica* y democráticamente, por los votos en lugar de hacerlo por las armas.

Además CHAUX argumenta que el pueblo no solamente debe ser capaz de conservar ese poder secundario —y el poder constituyente— y que deben usar a sus representantes, debidamente electos, para hacer realidad lo anterior si así lo deciden. Él lee que la Constitución de 1991 requiere precisamente esto. El título XIII establece ciertos procedimientos que permiten a los poderes constituidos el cambio constitucional, siempre y cuando utilicen los procedimientos establecidos en la Constitución. Estos procedimientos se presentan suficientes para promulgar una enmienda constitucional (sin importar su contenido) siempre y cuando sean correctamente empleados. En efecto, el artículo 379 de la Constitución colombiana, dice: "Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos [procedimentales] establecidos en este título".

Aun así, la idea que subsiste detrás de la teoría de la sustitución constitucional no es completamente novedosa. Algunas partes de la Constitución alemana que hoy se consideran afianzadas, dan al Tribunal Federal Constitucional Alemán la autoridad para decidir si una enmienda es constitucional o no. La Corte Suprema de la India también ha declarado que ciertas partes de la Constitución no pueden ser modificadas. Incluso, muchos autores consideran que la venerable Constitución de Estados Unidos tiene esta característica, ya que el artículo V prohíbe las enmiendas que reduzcan la representación de los estados en el Senado de Estados Unidos, e incluso algunos académicos creen que el poder de reforma no podría ser utilizado para introducir una monarquía. Tal vez valdría la pena mencionar que en cada uno de estos casos, la razón para afianzar una disposición constitucional tiene origen en la preocupación de la protección frente a amenazas posibles a los derechos de las minorías por las mayorías. En otras palabras, la preocupación consiste en que el pueblo, al actuar conforme a un procedimiento mayoritario, no pudiese ser confiado en el respeto de dichos derechos, esto porque en algún sentido importante (que exploro a continuación), no era un "pueblo" en absoluto. Habría entonces necesidad de una institución especial que de alguna manera liderara el combate para proteger a las minorías que de otra forma no podrían defenderse. Hubo, para recurrir al concepto del profesor CHAUX, una falta de fe en que el pueblo podía hacer lo correcto.

En efecto, CHAUX sostiene que la Corte Constitucional y sus partidarios no tienen fe en el pueblo colombiano. Teóricos de la democracia como HABERMAS y WALDRON, creen que en general se puede confiar en que el pueblo respetará los derechos fundamentales y que no hay necesidad de una institución judicial especial que así lo haga por ellos. Hay otros académicos que son más escépticos acerca de la democracia, aquellos que creen que no siempre se puede confiar en el pueblo y que se necesita de una Corte Constitucional para proteger a las minorías o incluso para proteger a

las mayorías, de sí mismas. En el fondo CHAUX, milita en la primera categoría. Pero la necesidad de la fe no se limita a los filósofos.

CHAUX argumenta que en una democracia constitucional el pueblo debe tener "fe constitucional", en el sentido que las mayorías deliberarán de manera adecuada (bien) antes de imponer pesadas cargas a las minorías o de limitar algún otro interés constitucional de forma indebida. Esta creencia tiene que ser ampliamente compartida de modo que todas las personas confíen en que sus derechos no serán limitados injustamente. La idea de una fe constitucional generalizada puede ser plausible si el pueblo de hecho es un "pueblo" o un *demos* si se quiere: ciudadanos que en la realidad comparten intereses comunes y que no están profundamente divididos por la religión, etnicidad o la riqueza.

Pienso que no es un accidente que el neozelandés JEREMY WALDRON sea reconocido líder de esta clase de fe. Ciertamente, la idea que el pueblo tiene intereses comunes es compartida por muchos teóricos de la "democracia" como ROUSSEAU e incidentalmente también por CARL SCHMITT. Cada uno imaginó que el pueblo tenía intereses sustanciales en común, aun cuando, a veces, no pudiesen verlos con claridad. Ellos tenían diferentes respuestas para lo que era requerido constitucionalmente, cuando el bien común era difícil de determinar. ROUSSEAU puso su fe en el voto de las asambleas populares, para que este revelara la voluntad general. SCHMITT argumentó que en un pueblo homogéneo, las personas debían ser "representadas" por un líder capaz que pudiese encontrar y actuar en el interés común (por ejemplo, un presidente). Pero ni SCHMITT ni ROUSSEAU en verdad eran defensores o partidarios de la democracia.

ROUSSEAU determinó que la democracia —donde las personas gobiernan día a día— es un gobierno solamente para los dioses y considera que alguna forma de aristocracia es desde el punto de vista práctico, la mejor forma de gobierno. SCHMITT abogaba por la idea de un gobierno plebiscitario, liderado por un representante autoritario del pueblo. Mientras que CHAUX es un verdadero demócrata que argumenta, desde el derecho constitucional, en favor de los mecanismos de reforma de la democracia constitucional.

¿Pero qué pasa si las personas realmente no tienen intereses heterogéneos o si hay minorías impopulares o incluso odiadas con intereses muy diferentes? ¿Puede un pueblo realmente diferente, tener o compartir la fe constitucional del tipo que concibe CHAUX? Tal vez esa fe solo podría compartirse razonablemente por la mayoría. ¿Y debemos elaborar nuestras instituciones y doctrinas en la creencia (posiblemente falsa) de que esa fe se justifica?

Me pregunto si Colombia es hoy un país donde la fe constitucional es posible o si todavía no lo es, o incluso si puede llegar a serlo. Y me pregunto si la mejor manera en que Colombia puede convertirse en una nación con fe constitucional, es arrojar la muleta de la doctrina de la sustitución constitucional y ver qué pasa. Claramente

viviríamos en un mundo mejor si la gente pudiese confiar en los demás y en sus representantes, en que los valores fundamentales solamente estén limitados cuando tales imposiciones sean realmente necesarias para los intereses públicos vitales. El experimento parece, para este observador, peligroso y requiere coraje constitucional. Este es un concepto que el profesor CHAUX debe investigar.

Nueva York, Nueva York, Estados Unidos

PRESENTACIÓN

El escritor plasma con sus letras una respuesta a su inconformismo, pero más que una respuesta a una pregunta de derecho constitucional, este libro es una invitación y una propuesta que estimula al lector a reflexionar, a hacer suyos los problemas de la democracia constitucional.

Sin duda la democracia constitucional está lejos de ser perfecta, esta sufre de muchos males y en esa medida el propósito del libro es empezar a combatir el peor de ellos, la indiferencia.

Este libro es una muestra de fe en la democracia, la cual, aunque a veces parece un sistema cansado que avanza un paso para retroceder dos, es una organización que vale la pena, que de alguna forma y por razones que en ocasiones son un misterio, le permite a las personas hacer lo correcto.

Sin vocación de dogma, expongo mi opinión sobre un asunto controversial del derecho y planteo mi convicción —tal vez para algunos radical— que la Constitución Política de 1991 pertenece al pueblo de Colombia.

La moderna democracia constitucional, obliga a que toda la población se interese por lo público. El primer deber de toda comunidad que en verdad aspire a la libertad y a la autodeterminación, es descartar la indiferencia y la apatía frente a los asuntos del Estado, es evitar, a toda costa, que el ciudadano republicano sea sustituido por el habitante desentendido que únicamente se interesa por las necesidades privadas, aislándose de la comunidad donde vive.

La democracia constitucional es más que una forma política, es un compromiso de las personas con una manera de pensar, de examinar con escepticismo las decisiones del Estado, recordando siempre que estas son producto del hombre, y que en lo humano, a diferencia de lo divino, no se admite la perfección.

Jamás podrá el pueblo de Colombia hacer suya la Constitución, si no da el simple pero crucial paso de empezar a interesarse por la Carta Política. *Adiós a la Constitución*, es una constante y permanente invitación para que las personas conozcan y hagan suyos los debates del constitucionalismo, para que podamos efectivamente vivir en el gobierno *del pueblo, para el pueblo y por el pueblo*.

En efecto, tal vez no existe área del derecho más compleja en Occidente que el constitucionalismo . Su transversalidad y las pasiones que despierta en las personas; se trata de una disciplina que establece las promesas que como pueblo hacemos a

nuestra posteridad y a nosotros mismos. Una materia esencial, que nos permite conocernos por las posiciones que adoptamos en los debates constitucionales.

Es por ello por lo que en esta presentación quiero referirme a tres aspectos del libro, sin que estas sean las últimas palabras sobre él, pues después de todo, el autor es solo el primer intérprete de su obra.

• El tema central

Desde los inicios de mi discurrir jurídico, tuve la fortuna de saber que el constitucionalismo sería el área en que me sentiría a gusto. Se trata de una disciplina cercana a todos los ciudadanos, quienes por más apáticos que sean respecto de los asuntos jurídicos, siempre tienen una opinión sobre los debates constitucionales.

El libro habla de la democracia y de su relación con el derecho constitucional, puesto que el Estado social de derecho y la participación política, son asuntos que nos interesan e importan a todos; por lo cual considero que el derecho debe responder al sentido común y servir a los valores democráticos.

En el centro de toda democracia constitucional occidental, se encuentra la Constitución Política, como conjunto de normas que buscan limitar de diversas maneras el poder del Estado. Después de todo, en Occidente partimos de la idea que el individuo es el eje fundamental de toda construcción política y que las personas —esa creación imperfecta del buen Dios— son un fin en sí mismos, y que las instituciones existen para su beneficio. En consecuencia, el avance de los derechos debe ser la práctica común de toda sociedad occidental.

Solo cuando el valor intrínseco del individuo es reconocido y también lo es su capacidad para opinar y debatir, la democracia constitucional verdaderamente puede empezar a existir. Pero el gobierno, en virtud del consentimiento de los gobernados —como en nuestra Constitución— debe ser limitado en lo que puede hacer respecto de las personas. Ninguna imposición puede permitirse sin el debido proceso, ninguna intromisión sobre la seguridad del hogar o restricción sobre la posibilidad de expresar el pensamiento o de buscar el conocimiento, es compatible con el desarrollo de la democracia.

Es por ello por lo que la única forma en que efectivamente tenemos una democracia constitucional, es cuando las normas no solo protegen a quienes profesan de una religión o son de una clase social específica o de una raza, sino a todas las personas, con igual respeto y consideración.

La protección de los derechos del individuo, es una de las grandes conquistas de Occidente: fue la diferencia entre Atenas y Esparta, entre los patriotas colombianos y los ejércitos realistas, y la gran diferencia entre la Alemania nazi y los aliados.

Pero la historia nos enseña que la protección constitucional no siempre ha sido exitosa. En muchas ocasiones la Constitución ha sido utilizada como una *Carta*

de batalla (expresión del profesor Hernando Valencia Villa) un documento más de opresión que de protección, cuyo único fin es negar los derechos de ciertas personas y legitimar la actuación injusta.

Es evidente que las mayorías democráticas pueden cometer abusos, lo que explica la necesidad de una protección reforzada de los derechos, por medio de una Corte o de un Tribunal Constitucional, instituciones que se han convertido en el común denominador de las constituciones occidentales.

Sin embargo, toda Corte Constitucional —como garante de una norma establecida por el consentimiento de las personas— tiene como primer deber actuar en nombre y en beneficio de la soberanía popular.

Se trata de una idea propia de la democracia constitucional y de la teoría del constitucionalismo popular, donde el pueblo es la última fuente de autoridad y una Corte Constitucional se justifica, en la medida y, solamente si, es un instrumento de las personas.

Los tribunales constitucionales son actores poderosos en el esquema constitucional moderno, pues pueden anular las leyes y otras decisiones del Estado. Pero la existencia de vastos poderes, así sea de la mano de un tribunal, trae consigo peligros para la democracia. Y es este peligro para el ejercicio del poder constituyente, al que este libro hace referencia.

Bajo la Constitución de 1991, la Corte Constitucional se ha convertido en una poderosa entidad, muchas veces más efectiva que las ramas electas del poder público. Pero los logros constitucionales de la Corte, la han invitado a exceder su autoridad democrática, usurpando el papel que le corresponde al pueblo de Colombia.

El objeto de crítica de estas páginas es la teoría de la sustitución constitucional. Teoría que considera ciertos elementos de la Constitución como esenciales e inmodificables. Así, cuando una reforma constitucional tiene el efecto de cambiar, lo que la Corte ha determinado como elemento fundamental o definitorio de la esencia de la Constitución, dicha enmienda sustituye la Constitución, por lo cual se convierte en un acto contrario a ella, aún si la modificación ha sido adoptada siguiendo los procedimientos constitucionales preestablecidos.

Olvida la Corte que la propia Constitución, establece que la revisión de las reformas constitucionales será "exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación".

• Por qué existe *Adiós a la Constitución*

Según mi visión del derecho constitucional, la doctrina jurisprudencial de la sustitución constitucional es inconsistente y contraria a la democracia constitucional.

La democracia constitucional es un sistema donde las personas —como ciudadanos libres e iguales— eligen a sus representantes para hacer las leyes que los

rigen, por lo que es contrario a la democracia, vivir bajo una norma fundamental que responde a una teoría judicial y no a la voluntad de las personas.

No existe nada más antidemocrático que negar la primacía de la voluntad popular en las normas constitucionales; la Carta Política existe por la soberanía del pueblo y no por la decisión de presidentes, magistrados o congresistas.

Las generaciones presentes y futuras tienen todo el derecho, la independencia y la autonomía para darse las normas que mejor respondan a su voluntad constituyente. Ninguna generación puede presumir de una mayor sabiduría o de un mejor criterio, para imponer sus normas a las generaciones por venir.

El establecimiento de límites implícitos demuestra una desconfianza en la voluntad popular, y declara a la Constitución de 1991 como una obra terminada que no admite una mejoría sustancial.

Ello demuestra una falta de fe constitucional, esto es, una creación que las generaciones futuras no solo serán más sabias para entender la política y los problemas constitucionales, sino que serán capaces de encontrar los desarrollos que darán a la norma fundamental, un camino más democrático y justo.

En este sentido, la fe constitucional parte de la convicción que la Constitución actual puede ser mejorada, y que las generaciones futuras pueden crear un sistema político y jurídico mejor que el actual. Es decir, la Constitución es un programa continuo, que puede ser mejorado, y esa capacidad de evolucionar explica respeto y continuidad que la norma merece.

El genio de las constituciones en Occidente, no es que en ellas se determinen todas las respuestas. Los arquitectos del constitucionalismo moderno, desde la primera constitución escrita, reconocieron la presencia de errores, por lo que se establecieron mecanismos para reformarla.

Compartir la fe constitucional consiste en creer que el proyecto constitucional merece respeto y vale la pena seguir luchando por él; aún más importante, es declarar que las instituciones humanas pueden y deben mejorar con el paso del tiempo.

La preservación de los valores y principios de la democracia constitucional, ocurre cuando las personas continúan con el proyecto que representa la Constitución, considerando el pasado para determinar su futuro. En consecuencia, la Carta Política es un documento incompleto, un plano sobre el cual siempre se pueden realizar nuevas construcciones.

De esta forma, la fe constitucional es la realización de una idea que ha inspirado al constitucionalismo de Occidente, la creencia que las instituciones constitucionales evolucionan y progresan por la voluntad de las personas.

Si algo nos ha enseñado la historia, es que el progreso humano no puede ser detenido, ya sea en las ciencias exactas o en las ciencias sociales; siempre nos encontramos ante un avance permanente.

La Constitución y el derecho constitucional, como expresión del pensamiento, no pueden quedarse estancados en el tiempo. Algunos preferirían detener la historia, pero ellos le temen al futuro, le guardan desconfianza al presente y prefieren la seguridad y comodidad de un pasado que ya no existe.

De esta forma, estoy convencido de que la idea de LOCKE de un derecho a la revolución es incompatible con la democracia constitucional. En el Estado de derecho, la gente debe modificar su Constitución, pacífica y democráticamente, por los votos en lugar de hacerlo por las armas.

Es probable que mi reclamo de fe constitucional sea una pretensión macondiana, de fe en el pueblo cuando afronta momentos difíciles. Pero es esta la razón por la cual existe el constitucionalismo, una fábula donde la mejor historia está aún por escribirse. Donde la utopía contraria —como diría GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ— aún es posible.

Los escépticos, con clara legitimidad, se preguntarán: ¿por qué fe constitucional?; ¿por qué confiar en las personas?; ¿por qué dar el salto a lo desconocido?

Frente a estos interrogantes, debe aceptarse que el constitucionalismo basado en la fe democrática, no aspira a ser una disciplina fundada en un hecho científico. Después de todo, no importa que tan racionales seamos al momento de expresar nuestro pensamiento o que tan exactas sean nuestras normas; todas las constituciones se hacen, no se encuentran. Ninguna norma fundamental ha llegado de los cielos o ha crecido como fruto de la naturaleza; se trata de creaciones temporales que son realizadas por el hombre, en un momento y en un lugar específico.

Ante esta respuesta, es posible considerar que podríamos vivir mejor en el gobierno de los jueces, dejar a un solo centinela guardando nuestras libertades, mientras los demás seguimos con nuestras vidas. Frente a esto, recuerdo al explorador británico George Mallory, quien moriría escalando el monte Everest. A él le preguntaron: ¿por qué subir la montaña más alta?, ¿por qué emprender el camino más difícil?. Respondió: porque está ahí. Pues la democracia está aquí, en nuestras manos.

• Para qué existe *Adiós a la Constitución*

Este libro, sin vocación de dogma, busca iniciar un diálogo permanente entre el pasado y el presente. Un diálogo que continuará en el futuro, que como forma clave de humanismo, tiene algo inherentemente social en él. Implica que lo mejor de la experiencia humana se encuentra en la interacción del pensamiento del pasado, con las necesidades del presente.

El texto de la Constitución no es un ídolo que no pueda ser reformado. Pero sus palabras nos hablan con la mayor fuerza jurídica posible. Sus procedimientos deben ser respetados, si no, cualquier reforma será ilegal, pero sobre todo ilegítima.

Al establecer límites materiales en la Constitución, constreñimos la imaginación de la democracia. Una imaginación infinita que solamente debería ser limitada por la creatividad e innovación de quienes viven en ella.

"No existe nada más difícil de emprender" decía un filósofo italiano, "más peligroso de conducir o más incierto en su éxito que tomar el liderazgo en la introducción de un nuevo orden de las cosas". La Constitución de 1991 nos invita a tomar el liderazgo en la introducción de los cambios que deseamos ver en nuestra Carta Política.

Las soluciones que se anuncian en las normas de la Constitución, y la interpretación que de ellas da la Corte Constitucional, responde a los problemas del momento que afronta el intérprete de la Carta.

Los problemas del derecho constitucional cambian con el tiempo y cualquier creación es una expresión de la ideología y expectativas de su momento, por lo cual, toda construcción corre el riesgo de convertirse en una elaboración parcial, trivial o incluso injusta.

En consecuencia, limitar el derecho constitucional a una elección inmutable, como lo hace la teoría de la sustitución constitucional, con instituciones políticas permanentes, equivale a declarar que la Constitución y el derecho constitucional, son construcciones terminadas que no pueden ser mejoradas.

La creencia en que una mejor Constitución es posible, lleva a preguntarnos si la fe es suficiente para evitar la dictadura o el abuso constitucional. Sin duda, la democracia puede conducir a la tragedia constitucional, esto es a la posibilidad de que las personas, al utilizar los mecanismos de reforma, sacrifiquen sus derechos o ejecuten prácticas autodestructivas.

La tragedia constitucional, puede ser creada por muchos factores, no solamente por un texto inadecuado o por errores en las instituciones, lo que sin duda ayuda, pero este fenómeno ocurre cuando la mayoría de la población que cree en la democracia, no participa en la política y se aparta de las instituciones constitucionales. Después de todo, como diría Edmund Burke: "lo único necesario para el triunfo del mal es que los hombres buenos no hagan nada".

Mi apuesta con este libro, es que la Constitución salga de sus páginas y se introduzca en la vida de las personas.

El valor material de la democracia constitucional, no descansa en el texto fundamental, sino en los corazones y pensamientos de las personas que la han creado y viven bajo ella. La democracia —como decía el juez Learned Hand— vive en las personas; y cuando ella muere en el corazón y en el pensamiento de la gente, no hay Constitución, ley o tribunal, que pueda hacer algo para revivirla.

Conservar la democracia constitucional, no es solo un asunto de política y derecho, es también un asunto de afecto y apego al sistema. Las llaves para que la

democracia constitucional permanezca se encuentran en la emoción e imaginación que el sistema despierta en las personas, que el Estado creado por su voluntad, efectivamente responda a su creador, que sea verdaderamente un sistema controlado por el poder de las personas, que sea la Constitución de todos y no la de unos pocos.

De esta forma regreso al punto del constitucionalismo como una fábula. Una fábula fantástica donde todo es posible. Donde el país de Gabriel García Márquez, puede darse una segunda oportunidad, donde todavía es posible escoger la forma de vivir. Donde el amor y la solidaridad, mas no el odio o la jurásica lucha de clases, sea nuestro principal combustible.

Ganar una victoria para la democracia, le permite al hombre caminar con un poco más de orgullo, lo cual me recuerda a Dante, cuando nos dice en *La Divina Comedia*, que el círculo más cerrado del infierno, está reservado para los que mantuvieron su neutralidad en momentos de crisis social.

Estimado lector, al leer este libro, deseo que las frases que en él se han escrito, no causen el efecto de la música en los oídos, el de adormecerlos, sino que lo hagan soñar despierto y que, por un momento, logre olvidar que vivimos en un mundo donde pocas veces se dice la verdad.

***

Cada uno de los capítulos de este libro tiene origen en la Universidad de Nueva York. Después de su traducción y corrección, hoy se encuentran en un solo cuerpo, el cual existe por los designios del Buen Dios, y el amor y apoyo de dos increíbles mujeres que de manera diferente siempre están en mi corazón.

Al lector de ojos pacientes y mentalidad generosa, debo decirle que este trabajo está dedicado a Mónica Donado y a Juan José Chaux, quienes siempre han sido y serán una inspiración para mí. A María Alejandra, a María Clara y Juan Antonio, quienes incondicionalmente me brindaron su apoyo para que este trabajo se pudiera realizar, mil gracias.

Debo agradecer a mi profesor y amigo John Ferenjohn, quien no solo tuvo la amabilidad de dirigir este trabajo, sino la generosidad de escribir su prólogo. También a los profesores Lewis Kornhauser, David Dyzenhaus y Jeremy Waldron, por sus enseñanzas durante mi tiempo en NYU. Al profesor Jack M. Balkin, por sus opiniones que empezaron a inspirar estas letras, mi eterno reconocimiento.

A mi profesor y amigo Álvaro Andrés Motta, quien me condujo al derecho constitucional, y siempre me ha apoyado y alentado con su consejo y su saber, a Luis Guillermo Vélez, quien no solo me ha honrado con su amistad, sino con su generosa confianza profesional, mi gratitud imprescrita.

Mi gratitud para Paloma Valencia, quien con su incondicional amistad ha permitido que naveguemos juntos en intensas batallas constitucionales. A Gilberto

Ramírez y a las Universidades Católica, Javeriana y Sergio Arboleda, mi sentimiento de aprecio por haber creído en mis capacidades académicas.

Quisiera además recordar a mis amigos, quienes muchas veces han sido la razón para darle alegría a mi vida, y sin duda la principal causa para que este libro casi no exista.

Un pensamiento especial le debo a Stella Mosquera de Chaux y a mi Popayán del alma, cuyo recuerdo siempre me acompañó durante las noches en tierras lejanas cuando se redactaba este trabajo, inspirándome páginas intensas y reflexiones profundas.

Por último, *last but not least*, mi agradecimiento a mis alumnos, fuente de motivación perpetua en la redacción y en no pocas ocasiones corrección de este trabajo, y al GADU por su generosidad, demostrada en su plan perfecto.

El Autor
Paraninfo de la Universidad del Cauca.
Popayán, 9 de marzo de 2017.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Advertencia del autor VII
Prólogo IX
Presentación XVII

INTRODUCCIÓN

Los conceptos de Constitución y de cambio constitucional. La teoría de la sustitución constitucional y sus críticas

1. Consideraciones generales sobre las constituciones 4
2. La teoría de la sustitución constitucional en Colombia 17
3. La pregunta central de este estudio 22

CAPÍTULO I

EL PAISAJE DEL DESACUERDO

Descripción sustancial de la Constitución Política Colombiana de 1991

1. Introducción 33
2. Una Constitución que se define a sí misma 35
3. Características materiales de la Constitución 37
   A) La Constitución como una garantía de derechos 37
   B) Una Constitución democrática y participativa 39
   C) La Constitución como un texto pluralista 42
   D) La Constitución como texto jurídicamente vinculante 43
   E) La Constitución como texto económico 46
4. Los principios y valores constitucionales 48
5. Conclusión 50

CAPÍTULO II

TOMANDO LOS PRINCIPIOS EN SERIO

Los elementos definitorios de la Constitución de 1991, como conceptos esencialmente disputados y conceptos interpretativos

1. Introducción 53

PÁG.

2. Las normas constitucionales 56
3. Conceptos esencialmente disputados 65
4. Conceptos interpretativos 68
5. La identidad constitucional 73
6. La contestabilidad y el papel de la Corte Constitucional 76

Capítulo III

EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

Una justificación de la existencia del control de constitucionalidad en la Constitución de 1991, desde la perspectiva de la teoría constitucional

1. Introducción 83
2. El control de constitucionalidad en Colombia 86
3. Justificación del control de constitucionalidad 92
   A) Elementos necesarios para la existencia del control de constitucionalidad 92
   B) Razones que justifican el control de constitucionalidad 97
4. Conclusiones 110
   A) Definir una democracia constitucional con control de constitucionalidad 110
   B) La ausencia de justificación para un límite material a las reformas constitucionales 112

Capítulo IV

DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Una reflexión sobre las consecuencias del Estado Social de Derecho en la Constitución de Colombia

1. Introducción 117
2. Los elementos del Estado de derecho 121
   A) El componente organizacional 134
   B) El componente de la efectividad de las normas 134
   C) El componente procedimental 135
   D) El componente material o de derechos 136
3. Del Estado de derecho al Estado social de derecho 138
4. La efectividad del Estado social de derecho 146
5. Conclusión 148

CAPÍTULO V

EN FAVOR DE LA REPÚBLICA

Los elementos de una concepción moderna de la forma republicana de gobierno en una democracia constitucional

1. Introducción 151
2. El republicanismo desde la perspectiva de la organización estatal 156
3. La relación —desde la perspectiva de los derechos— entre la república y el pueblo 165
4. Los cuatro principios del gobierno republicano 169
5. La participación democrática en la república (conclusión) 173

CAPÍTULO VI

EN LA CONSTITUCIÓN DEL PUEBLO

La legitimidad del pueblo y sus representantes para realizar reformas constitucionales

1. Introducción 179
2. La estructura en abstracto y la ubicación de las legislaturas en una democracia constitucional 183
3. La importancia del método democrático en la democracia constitucional 189
4. La legitimidad popular y el poder constituyente 195
5. La teoría de la democracia popular o "folk democratic theory" 206
6. Conclusiones 209
   A) La teoría de la sustitución constitucional presume el comportamiento del legislador 210
   B) La teoría de la sustitución constitucional afecta la importancia de las decisiones democráticas 213
   C) La teoría de la sustitución constitucional confiere a la Corte Constitucional un poder constituyente sustentado en el precedente 215

CAPÍTULO VII

EL OCASO DE LA DEMOCRACIA

¿Por qué la teoría de la sustitución constitucional privilegia el constitucionalismo sobre la democracia?

1. Introducción 219
2. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la teoría de la sustitución constitucional 225

PÁG.

3. Hacia una falla constitucional 232
4. La aclaración de voto que debió ser sentencia 238
5. El ocaso de la democracia 242

CAPÍTULO VIII

ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

¿Por qué la Constitución de 1991 ya no pertenece al pueblo de Colombia?

1. Introducción 249
2. Cambio y fe constitucional 254
3. El constitucionalismo vivo y la confianza constitucional 265
4. El pueblo y el contenido material de la Constitución 268
5. Conclusión 273

CAPÍTULO IX

"¿QUO VADIS CONSTITVTIONIS"?

1. Introducción 277
2. La calidad democrática del texto constitucional y sus efectos 288
3. La interpretación constitucional en una democracia constitucional 294
4. El papel de la interpretación judicial de la Constitución 303
5. La interpretación filosófica de la Constitución 308
6. ¿Quo Vadis Constitvtionis? 316

Índice de autores 323

INTRODUCCIÓN

ENTRE EL PUEBLO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los conceptos de Constitución y de cambio constitucional. La teoría de la sustitución constitucional y sus críticas

> "Aun mientras dormimos, el dolor que no puede ser olvidado cae gota a gota sobre el corazón, hasta que en nuestra propia desesperación y a veces, en contra de nuestra voluntad, llega la sabiduría a través de la infinita gracia de dios".
>
> ESQUILO (458 a. C).

Este libro se ocupa de la identidad y de la evolución constitucional. En él desarrollo la idea de que las instituciones políticas y jurídicas son programas continuos que nunca alcanzan su perfección, y que siempre están sujetas a la posibilidad de ser mejoradas. Una de esas instituciones políticas es el derecho constitucional, que como derecho se encarga de dar soluciones a las controversias de filosofía y práctica política. Pero los problemas del derecho constitucional cambian con el paso del tiempo y cualquier creación es expresión de la ideología y expectativa de su momento, por lo cual toda construcción corre el riesgo de convertirse en una elaboración parcial, trivial o incluso injusta. En consecuencia, limitar el derecho constitucional a una elección inmutable, con instituciones políticas permanentes, equivale a considerar que dicho derecho es una institución acabada que no puede ser mejorada.

Los problemas políticos —de los cuales se encarga el derecho constitucional— se dan en una gran variedad de formas y sus soluciones serán tan diversas como los problemas mismos; después de todo, la sabiduría y el conocimiento son procesos permanentes que no pueden detenerse, lo que se traduce en una influencia permanente en las instituciones constitucionales.

Ahora, la claridad que la teoría constitucional debe dar a los problemas políticos para proveer la mejor solución posible y permitir que se dé una evolución constitucional, no siempre va de la mano con las instituciones, normas o el acuerdo constitucional existente; la claridad en asuntos de moralidad política no es sinónima de la permanencia o inmutabilidad de la Constitución. El análisis que le corresponde realizar al derecho constitucional, debe responder a las situaciones particulares tal y como son entendidas en la confluencia de supuestos y de hechos que integran el presente y, por qué no, la historia. Es decir, el constitucionalismo y la teoría constitucional se desenvuelven en una intercesión y momento histórico particular.

Las constituciones de hoy ocupan un lugar central y esencial en la democracia constitucional occidental, las dimensiones y alcances del constitucionalismo han cambiado con cada generación, resaltándose la importancia de las constituciones como un instrumento de comunicación entre el pueblo y el Estado, en materias fundamentales para la sociedad. Es decir, en la idea de la democracia constitucional se sobrepone el déficit de participación y responsabilidad política que corresponde al pueblo, propio del constitucionalismo liberal clásico, aceptando que la democracia debe ser regulada por una Constitución, mientras que dicha norma reconoce y se fundamenta en un origen político, como fenómeno de expresión de la voluntad del pueblo soberano[1].

La Constitución, como instrumento jurídico y político, sujeta dinámicamente una tensión intrínseca del derecho constitucional, entre su expresión positiva (*Act, Gesetz, Loi o Ley*) y la razón filosófica para la existencia del derecho (*Right, Recht, Droit o Derecho*). Es en esta dialéctica y desacuerdo perpetuo entre en el contenido material y la forma, donde un consenso compartido entre los miembros de la sociedad se consagra en la forma del texto constitucional.

En efecto, el constitucionalismo moderno se sustenta en dos fuerzas contradictorias entre sí; por un lado el poder soberano del pueblo a partir del cual se crea el Estado y, por el otro, la necesidad de sujetar e institucionalizar ese poder en un sistema normativo[2]. Es decir, la Constitución no solo crea

[1] Maurizio Fioravanti, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 9, A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, 2005, pág. 297.

[2] Martin Loughlin y Neil Walker, Introduction, en *The Paradox of Constitutionalism* 1, 1-8, Martin Loughlin and Neil Walker ed., 2007.

el Estado y establece una carta de derechos, sino que también reconoce al pueblo como fuente legítima del poder, el cual desempeña un papel fundamental en la vida política.

La legitimidad que se deriva del pueblo, asegura uno de los elementos primordiales para la existencia de la democracia constitucional, en el entendido que el pueblo como titular del poder constituyente y soberano, debe identificarse con la Constitución, de tal manera que esta responda a las expectativas jurídicas y políticas de las personas. En otras palabras, la naturaleza superior de la Constitución se justifica por ser una norma creada por el poder soberano del pueblo y esta condición se conserva en el tiempo, siempre y cuando el pueblo pueda ver reflejadas sus expectativas en las normas superiores.

De esta manera la Constitución es un texto público, que pertenece a todos y es accesible a todos los ciudadanos[3]. El origen popular de la Constitución, su autoridad y legitimidad democrática autoriza al pueblo para dictar el significado y determinar el desarrollo que debe seguir la Constitución, esto es la evolución constitucional[4].

El significado, alcance y la protección que concede la Constitución no es un asunto para una pequeña elite o reservado para un conocimiento profesional especializado; la Constitución es una construcción autorizada por el pueblo y no por presidentes, congresistas o magistrados.

Sin embargo, la identidad política del pueblo no es fija ni permanente en una sola formula constitucional. La identidad política y jurídica del pueblo es necesariamente fluida y maleable; la sustentación y la influencia de la forma constitucional radica en su capacidad para permitir el perfeccionamiento y la expresión de la identidad política popular con el contenido de la Constitución; esto es, que la norma fundamental debe tener la capacidad de reflejar fielmente la identidad de los ciudadanos[5].

De acuerdo con el anterior planteamiento, la Constitución no es solo la consecuencia de un acto fundacional, sino un proceso continuo que nunca alcanza la perfección[6], no es solo una labor de creación de un ser que se da

[3] No en el simple sentido de una norma creada por un mandato popular, sino en el sentido democrático y político donde las personas pueden identificarse con el texto y proponer modificaciones e interpretaciones.

[4] Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption,* 2011, pág. 237.

[5] Loughlin, *supra* nota 2.

[6] Balkin, *supra* nota 4, págs. 8-9.

en un momento determinado, sino un proceso de convertirse en un ser constitucional establecido y en conexidad permanente con el pueblo[7].

Ahora, la concepción precedente debe ser explorada en un contexto particular, esto es la Constitución Política de Colombia de 1991.

Durante muchos años el debate central del constitucionalismo colombiano ha discurrido acerca del papel que debe cumplir la Corte Constitucional. Esto —en mi opinión— no constituye un problema; un Tribunal Constitucional, una Corte Constitucional o una Corte Suprema que está encargada del control de constitucionalidad es una institución necesaria para la democracia constitucional. En mi concepto, la pregunta principal radica en si después de veinticinco años de decisiones de la Corte Constitucional y fundamentalmente si con el desarrollo de la teoría de la sustitución constitucional, la Constitución tiene los elementos suficientes y necesarios para evolucionar y mejorar con el paso del tiempo. En otras palabras; ¿de acuerdo con la teoría de la sustitución constitucional, el pueblo de Colombia tiene los elementos necesarios para redimir su Constitución? Las personas que viven al abrigo de la Constitución y que han jurado fidelidad a ella, ¿pueden identificarse con el programa en curso que representa la Constitución?[8].

Estas preguntas constituyen el interrogante recurrente de este libro, y en él se defenderá la idea que la Constitución es un instrumento más profundo y trascendental que la Corte Constitucional, y que la Carta Fundamental debe reflejar la identidad política y jurídica del pueblo de Colombia y no solo la postura ideológica de la Corte Constitucional.

Esta argumentación se elaborará en las siguientes páginas, para lo cual se hará una descripción general sobre el concepto de Constitución, su origen y el papel que desempeñan en el ordenamiento jurídico, su reforma y el problema de la identidad constitucional; luego se explicará la teoría de la sustitución constitucional y los principales puntos de desacuerdo con la misma.

1. Consideraciones generales sobre las constituciones

Una idea central del constitucionalismo occidental es que el pueblo tiene un derecho originario para establecer y crear su Constitución y, como consecuencia de ella, los principios fundamentales, las reglas y los valores

[7] Loughlin, *supra* nota 2.

[8] Balkin, *supra* nota 4, págs. 8-10.

considerados necesarios para conducir y regular el Estado y la sociedad son determinados[9]. En este sentido, la Constitución es un instrumento por medio del cual el pueblo —en uso de su poder constituyente primario— establece el marco político y jurídico en el cual puede vivir felizmente[10].

Según la idea de que el poder soberano reside en el pueblo y que ello trae como consecuencia que este puede darse autónoma e independientemente su norma fundamental, el constitucionalismo moderno establece un punto de quiebre con el *ancien regimen*, en el sentido que la fuente de la autoridad y la legitimidad es una institución terrenal: el pueblo y no un dios celestial. Por lo tanto, la decisión esencial del pueblo —la Constitución— marca el *ethos*[11] del desarrollo político y jurídico de una comunidad.

El reconocimiento del poder constituyente soberano en el pueblo implica radicar en él la autoridad suprema, de ahí que la Constitución tenga naturaleza *supra legal*, lo cual significa una categoría superior en relación con el resto del sistema jurídico, una jerarquía más alta que la expresión legislativa ordinaria[12].

No obstante la capacidad soberana del poder constituyente, dicho poder debe ser institucionalizado y regulado para permitir la expresión del pueblo mediante los mecanismos determinados en la Constitución, de manera que una de las tareas fundamentales de la norma de normas, es canalizar la autoridad popular en una estructura política y jurídica, eficiente y democrática.

La institucionalización del poder del pueblo en los mecanismo dados en la Constitución revela otro elemento inherente de la norma fundamental, esto es que el pronunciamiento del pueblo —dado en virtud de normas previas y acordadas con antelación— es fundamental, de tal manera que el tejido del imperio constitucional en Occidente está sólidamente asentado en el consentimiento de las personas, lo que conduce a que el poder constitucional fluya de inmediato de una fuente pura y originaria de autoridad legítima[13].

[9] *Marbury* v *Madison* 5 U.S. 137 (1803).

[10] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law,* 2010, pág. 276.

[11] Es decir, la finalidad de la organización política.

[12] En este sentido existen dos razones para determinar la categoría superior de la Constitución en el sistema jurídico; en primer lugar la Constitución es creada por el pueblo o por sus representantes, por lo cual proviene de la máxima autoridad en una democracia y, en segundo lugar, la Constitución puede ser el resultado de un mecanismo diferente y extraordinario del usado para crear la legislación ordinaria.

[13] *El Federalista,* núm. 22 (Alexander Hamilton).

Esto ha creado una convergencia en las democracias constitucionales occidentales en cuanto que la Constitución tiene un origen popular. En consecuencia, las Constituciones de Occidente tienen el mismo origen o apelan al pueblo como fuente de su autoridad, pero este origen también determina que cada una es diferente de las demás; después de todo, cada Constitución es el reflejo del acuerdo básico del pueblo para determinar su orden político y jurídico esencial, por lo cual ninguna Constitución por parecida que resulte será igual a otra.

Esta convergencia en el origen y la autodeterminación en el contenido de la Constitución, no excluye que las democracias constitucionales occidentales compartan una filosofía e ideología común que determina el contenido e inclusive la forma de la Constitución. En otras palabras, las constituciones democráticas occidentales comparten un conjunto de principios cuyo desarrollo y pormenorización cambia en cada Constitución[14].

En consecuencia, desde una perspectiva *iuspositivista* las constituciones modernas son consideradas la ley fundamental, la hipótesis de validez de todo el ordenamiento jurídico y las normas que establecen la manera como se elaboran las demás leyes[15]. Por supuesto, no hay unanimidad respecto de esta definición y tal vez la mejor forma de entender la noción de una Constitución en la actualidad, sea estableciendo un conjunto recurrente de características que pertenecen al concepto[16].

La primera característica de una Constitución Política es que ella esté establecida realmente. Si la norma fundamental existe en un documento escrito o es el producto de la costumbre, depende de la tradición jurídica de cada país[17]; esta característica significa que la "constitución no es una cosa en nombre sino en hecho [...] que existe en la realidad"[18].

[14] Es tan fuerte este conjunto común de principios y de filosofía política y jurídica, que a veces es recurrente encontrar las mismas formulaciones o artículos cuando se comparan diversas constituciones.

[15] Este concepto puede verse en H. L. A. Hart, *The Concept of Law* y en Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*.

[16] En cierta medida, el desarrollo de las características constitucionales responde a una expansión de los tres elementos de la definición positivista de lo que es una Constitución.

[17] Como ejemplo de la tradición consuetudinaria podemos encontrar las Constituciones de la Gran Bretaña, Israel y Nueva Zelanda, y como ejemplos de la tradición escrita pueden citarse las Constituciones de Estados Unidos, Alemania, Francia y Perú, entre otras.

[18] Thomas Paine, *Rights of Man in Rights of Man, Common Sense and other Political Writings*, 1791, Mark Philp (ed.) (1995), págs. 122-123.

No debe confundirse lo anterior con la aplicación o efectividad de la Constitución; después de todo, si la Constitución es una norma, esta existe para ser aplicada, aunque algunas veces la realidad y la teoría no concuerden[19].

La segunda característica es que la Constitución crea el Estado: dicha norma "antecede al gobierno y el gobierno es solo una criatura de una Constitución [...] esta no es un acto creado por el Estado, sino del pueblo que constituye un Estado"[20]. Esta característica reafirma la distinción entre los poderes constituidos y el poder constituyente del pueblo, siendo este último originario, primario y la fuente de aquellos[21].

En tercer lugar, la Constitución organiza al Estado, en el sentido que en ella se consagra "todo lo relacionado con la organización del gobierno civil y los principios que fundamentan y sujetan su actuar"[22]. Aunque el Estado moderno es una organización grande y compleja, de tal forma que su estructura completa sobrepasa los alcances de la Constitución[23], lo relevante y necesario es que la organización básica del Estado y los principios y normas para su desarrollo y su actividad se encuentren en la Constitución.

La cuarta característica es que la Constitución es la ley fundamental, esto significa que establece las normas básicas para la creación del derecho. Es decir, que en la Constitución se "expresa la relación jerárquica entre el derecho creado por las legislaturas y las normas constitucionales que forman la potestad jurídica de aquellas"[24].

Esta característica transformará finalmente la noción de Constitución como promesa política en promesa jurídica; es decir, una norma que no solo es un mandato para ser desarrollado por el legislador, sino que puede ser re-

[19] Debe mencionarse la añeja clasificación de las Constituciones en normativas, nominales y semánticas; la primera categoría corresponde a las constituciones que tienen efectos en la realidad y concuerdan con los factores reales de poder; la segunda corresponde a las constituciones que existen pero no tienen efectos en la realidad, es decir una constitución que no concuerda con los factores reales de poder, y la tercera categoría se refiere a aquellas constituciones que son dictadas por un gobierno de facto para legitimarse. La anterior clasificación puede verse en Karl Loewenstein, *Reflections on the value of Constitution in Our Revolutionary Age*, 1951 y *Political Power and the Governmental Process*, 1957.

[20] Paine, *supra* nota 18.

[21] Loughlin, *supra* nota 10, pág. 279.

[22] Paine, *supra* nota 18.

[23] No le corresponde a la Constitución establecer en detalle toda la estructura y organización del Estado.

[24] Loughlin, *supra* nota 10, pág. 288.

clamado directamente[25], reafirmando la idea que la única manera de modificar la norma fundamental es mediante el ejercicio del poder constituyente del pueblo (o una expresión especial reconocida para tal fin en la Constitución) y no por medio de una ley[26].

La quinta característica consiste en que la Constitución crea y elabora la configuración institucional que determina las condiciones y procesos para la acción política, esta característica "se ve reforzada por la rigidez de la Constitución; mediante el establecimiento que las disposiciones de la Constitución están incluso más allá del poder de mayorías políticas claras, las cuales podrían alterar la capacidad de la Constitución para establecer las reglas de juego de la acción política [...] [de esta manera la Constitución] se convierte en constitutiva de toda la esfera política. Y dentro de esta esfera política, el Estado está autorizado para llevar a cabo sus actividades con independencia de las opiniones de la gente"[27].

En resumen, en virtud de la característica anterior la Constitución establece el marco institucional por medio del cual se ejerce y se expresa el poder y el actuar político[28].

No obstante, estas características no encierran el alcance y significado completo de lo que es una Constitución, la Constitución no es solo un producto racional de un momento en particular, creado por la sabiduría de una generación. Una Constitución refleja la identidad de un pueblo y tiene una evolución paralela al desarrollo de la identidad nacional, toda vez que esta norma es un programa continuo[29] que se transforma en "una asociación no sólo entre los que viven, sino entre aquellos que están viviendo, los que están muertos y los que están por nacer"[30].

Este diálogo permanente entre el pasado y el presente, que continuará en el futuro, es una forma clave de humanismo y tiene algo inherentemente social en él. Implica que lo mejor de la experiencia humana se encuentra en la reunión e interacción de proposiciones y decisiones anteriores y actuales,

[25] Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution 42*, 1990.

[26] Paine, *supra* nota 18.

[27] Loughlin, *supra* nota 10, págs. 284-285.

[28] Loughlin, *supra* nota 10, pág. 287.

[29] Balkin, *supra* nota 4, pág. 5.

[30] Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France,* 1790, Conor Cruise O'Brien ed., 1986, pág. 194.

de tal forma que "la conversación con los antiguos, que se traduce en conocimiento, es convergente al diálogo y al debate entre los ciudadanos, lo cual se traduce en la adopción" [31] de la mejor Constitución posible.

La visión anterior reconoce el proyecto generacional que representa una Constitución; esta es una construcción diseñada para ser permanente, pero aún más importante muestra que la historia de un pueblo se refleja en sus compromisos políticos y jurídicos.

En una línea más radical a la anterior, HEGEL planteó que "*es absolutamente esencial que la Constitución no debe ser considerada como algo hecho, a pesar de que ha llegado a ser en el tiempo*"[32], esta debe ser tratada como "algo simplemente existente en sí y por sí misma [...] y así exaltada por encima de la esfera de las cosas que son hechas [...] lo que es llamado crear una Constitución es [...] una cosa que nunca ha sucedido en la historia [...] una constitución solo se desarrolla a partir del espíritu nacional"[33].

Aunque no creo adecuado asimilar las constituciones a algo sobrehumano, cuya creación se encuentra más allá del alcance del hombre y que nunca han sido adoptadas, es necesario reconocer que en su creación la razón no es el único factor determinante. La consagración positiva y el desarrollo de una Constitución es necesariamente una mixtura entre la práctica y la teoría; la razón y la historia; lo jurídico y lo político; la realidad y los sueños.

En este sentido, entiendo que lo que HEGEL llama *el espíritu nacional* es una referencia a los acontecimientos que han marcado la historia y la identidad de un pueblo, los cuales por más racionales que pretendan ser los redactores de una Constitución o por científicos que sean los métodos que se cumplen en su discusión o aprobación, se registran indeleblemente en la tinta con la que se escribe una Constitución; después de todo "una Constitución no es algo fabricado; es la obra de los siglos, es la idea, la conciencia de la racionalidad en la medida en que esta se desarrolla en una nación en particular. Ninguna Constitución, por lo tanto, es solo la creación de sus súbditos"[34].

Por esta razón, además de ser el centro del sistema jurídico y político que debe responder a las cinco características ya explicadas, las constituciones

[31] J. G. A. POCOCK, *The Machiavellian Moment*, 2003, pág. 62.

[32] HEGEL, *Philosophy of Right*, 1821, trad. de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1952, pág. 273.

[33] HEGEL, *The Philosophy of Mind*, 1830, Oxford Clarendon Press, 1971, pág. 540.

[34] HEGEL, *supra* nota 32, pág. 274.