

resumen

El proceso de construcción de la Constitución Política de 1991 reflejó una compleja situación conformada por fenómenos sociales como el narcotráfico, persecución política y un uso excesivo del "Estado de sitio" que permitió darle un aire de legitimidad a las distintas fuerzas armadas: a las del Estado, a las subversivas y a las del paraestado, quienes a su vez, conllevaban a una constante vulneración de los derechos humanos de los asociados y a un total desconocimiento del concepto de Dignidad Humana, fundamento de un Estado moderno y democrático. Lo anterior condujo a que distintos movimientos sociales, principalmente el conformado por los estudiantes universitarios, convocaran al pueblo como Poder Constituyente para la creación de una nueva Carta Magna, anhelo que se vio concretado en la promulgación de la Constitución Política de 1991, la cual reconoce como sustento del Estado Social de Derecho el reconocimiento de la Dignidad Humana; fundamento sobre el cual recae todo el funcionamiento de las autoridades públicas instituidas para garantizar los derechos fundamentales de los miembros del Estado.

Palabras clave: Poder Constituyente, Soberanía, Dignidad Humana, Derechos Fundamentales.

abstract

Constituent power and fundamental rights in the Colombian constitution 1991

Constructing the Colombian constitution in 1991 reflected a complex situation consisting of social phenomena such as drug trafficking, political persecution and excessive use of the "state of siege/emergency" mechanism which bestowed an air of legitimacy on various armed forces: those of the state, terrorists and subversive and paramilitary elements. This, in turn, led to constant violation of people's human rights and total ignorance of the concept of human dignity, this being the foundation for a modern, democratic state.

The foregoing led to civil society actors/movements, mainly university students, calling on the people as the constituent power to create a new social contract, a desire resulting in the promulgation of the 1991 constitution which recognises that human dignity provides the means for recognising the rule of law, this being the foundation upon which the entire functioning of public authorities rests for guaranteeing the fundamental rights of all members of a particular state.

Key words: Constituent power, sovereignty, human dignity, fundamental rights.

resumo

O Poder Constituinte e a carta de direitos na Constituição Política da Colômbia de 1991

O decurso de construção da Constituição Política de 1991, refletiu uma complexa situação conformada por fenômenos sociais como o narcotráfico, perseguição política e um uso excessivo do Estado de Sítio que permitiu dotar de legitimidade às várias forças armadas: do Estado, subversivas e de "para estado", aqueles que por sua vez representavam constante vulneração dos Direitos Humanos dos associados e total desconhecimento da idéia de Dignidade Humana, fundamento de um Estado moderno e democrático. Isto levou a que vários movimentos sociais, principalmente aquele formado por estudantes universitários, convocassem ao povo como o Poder Constituinte que criaria uma nova Constituição, desejo que fora concretizado na promulgação da Constituição Política de 1991, onde é reconhecida como sustento do Estado Social de Direito a aceitação da Dignidade Humana, como fundamento da ação das autoridades públicas instituídas para garantir os direitos fundamentais daqueles que integram o Estado.

Palavras chave: Poder Constituinte, soberania, dignidade humana, direitos fundamentais.

Recibido: marzo de 2011 / Aprobado: noviembre de 2011

CORREO IMPRESO: Carrera 6ª No. 13-40, Facultad de Derecho – Unidad de Proyección Social, Bogotá, D. C., Colombia.

Leiva Ramírez, Éric y Muñoz González, Ana Lucía. 2011. "El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991". *Administración & Desarrollo* 39(54): 119-132.

El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991

ÉRIC LEIVA RAMÍREZ* y ANA LUCÍA MUÑOZ GONZÁLEZ**

Introducción

La Constitución es el orden jurídico fundamental expresado por un conjunto de normas que suelen tener base textual, mediante disposiciones reunidas en un documento formal, adoptado por el poder Constituyente originario (Corte Constitucional, 2009).

Al evidenciar el inestable carácter del orden constitucional colombiano, la historia de este país está marcada, en buena medida, por dos situaciones sintomáticas: por un lado, la comprendida desde 1811 hasta 1991, en la cual Colombia había estado bajo el régimen de 15 constituciones distintas¹, y, por el otro, la Constitución conservadora

¹ Antes de la independencia del Virreinato de la Nueva Granada, se conocieron distintas Constituciones denominadas como "provinciales"; la primera fue la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811 y subsiguientemente la Constitución de Tunja de 1811 y la Constitución de Antioquia de 1811. En el año de 1812 se expidieron las Constituciones de la República de Cundinamarca y la del Estado de Cartagena. En 1815 fueron promulgadas la Constitución del Estado de Mariquita, la Constitución provisional de la Provincia de Antioquia y la Constitución de la Provincia de Neiva.

Después de la independencia del Virreinato de la Nueva Granada se expidieron varias constituciones; la primera fue la Constitución de Cúcuta de 1821. Después de ellas se promulgaron la Constitución de 1830, la Constitución de 1832 o del Estado de Nueva Granada, la Constitución de 1843 o de la República de la Nueva Granada. Después de estas, se expidieron unas Constituciones de tendencia federal; las primeras fueron la Constitución de 1853, la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Con la Constitución Nacional de 1886 se cerró la disputa entre centralismo y federalismo, primando totalmente la primera, al punto que dicha concepción político-administrativa sigue plasmada en la Constitución Política de 1991 con variación en lo que hace

* Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria de la Universidad La Gran Colombia. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Asistente Graduado de la Universidad de los Andes. Investigador y Docente Universitario.
CORREO-E: ea.leiva60@uniandes.edu.co, eric.leiva@ugc.edu.co

** Estudiante de la Licenciatura en Educación Básica con énfasis en Humanidades y Lengua Castellana de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, D. C.). Auxiliar de investigación.
CORREO-E: amunozg@javeriana.edu.co

de la Regeneración de 1886 había sido objeto de 67 reformas antes de ser cambiada. En razón de esto, el proceso de reforma que culminó en 1991 no fue extraordinario por el hecho mismo del cambio de Constitución, a pesar de que algunas particularidades que lo acompañaron sí lo fueron (Amador et ál., 2005, p. 87).

Por ello, el presente documento busca responder el siguiente problema: ¿es la Carta de Derechos consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991 producto de la voluntad soberana del pueblo colombiano como constituyente primario?

Para resolver el anterior interrogante, en el presente documento se desarrollan, en primer lugar, los conceptos de Constituyente Primario u Originario y el de Constituyente derivado. Subsiguientemente, se describen los antecedentes históricos, sociales, políticos y jurídicos que dieron origen a la Constitución Política de 1991. Consecuentemente, se analizan finalidades que buscó el constituyente primario y que se ven reflejadas en la Carta y que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional² y la doctrina (nacional y extranjera). Seguidamente, se sintetizarán los conceptos que en la Constitución Política y en la carta de derechos consagrada en ella son una expresión del pueblo como Constituyente Primario. Por último, se expondrán las conclusiones de la investigación realizada.

I. Constituyente primario y constituyente derivado: generalidades y características

De conformidad con la doctrina universal de la teoría general del Estado, en la democracia constitucional el poder soberano del pueblo se ejerce de dos maneras diferentes:

- Como un poder pleno, soberano en sentido lato, cuando se manifiesta en las circunstancias propias de la creación de una constitución.

relación a la autonomía territorial y administrativa, decir, centralización política y descentralización administrativa. Rodríguez, Rodrigo, Libardo, *Derecho Administrativo, General y colombiano*, Temis, Bogotá, D. C., 2008, 60.

La Constitución Nacional de 1886 fue sometida a reformas en los años de 1910, 1936, 1945, 1957 (mediante plebiscito), 1968, 1979 y 1986.

² “Las decisiones de los Magistrados de la Corte Constitucional de Colombia constituyen el mejor estudio que hasta ahora se haya hecho sobre los principales temas de la Constitución política (...). No puede dejarse de reconocer la tarea cumplida por la Corte, ni la forma magistral como ha venido interpretando y fijando el contenido, alcances y efectos de nuestras instituciones y normas constitucionales” (Linares, 2001, IX).

- Como un poder velado pero potencial, cuando se ejerce durante la vigencia y eficacia de una constitución. En este caso el poder soberano se encuentra encauzado por los parámetros constitucionales y sólo se manifiesta directamente cuando se produce una crisis constitucional que ponga en duda la validez o la eficacia de la Constitución.

Ahora bien, la teoría de la soberanía popular conduce a la reflexión acerca de la teoría del poder constituyente, comoquiera que esta representa una manifestación de aquella (Corte Constitucional, auto A003 de 1992). Por ello, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales distinguen entre el poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario.

En el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, que tiene y conserva la potestad de darse una constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. Por ello, tanto esta Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia de la Constitución de 1886, han sostenido invariablemente que los actos del poder constituyente originario son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, y por ello dichos actos escapan al control jurisdiccional (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata, por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado. Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles³.

³ Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea

El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior.

El poder del pueblo es anterior al derecho, fuente del derecho, esencia del derecho e, igualmente, modificadorio de todo el derecho, inclusive el derecho constitucional (Corte Constitucional, auto A003 de 1992).

Durante la vigencia y eficacia de una Constitución, el pueblo, como constituyente primario, se encuentra en un estado de latencia y sólo se manifiesta directamente cuando se produzca una crisis institucional que ponga en duda la validez o la eficacia de la Constitución. En tales circunstancias, el pueblo puede reasumir su potestad soberana, caso en el cual se produce una ruptura del orden establecido y hay lugar a un nuevo acto fundacional⁴. Pero en condiciones de normalidad, el poder del pueblo se encuentra encauzado por parámetros constitucionales, esto es, constituido por las normas superiores que fijan las condiciones para su ejercicio.

De este modo, una es la situación cuando el pueblo, en un acto de autoafirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva, y establece para ello los mecanismos que resulten apropiados, y otra muy 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 con el período y las competencias que el Congreso, órgano constituido, le haya fijado en una ley, o cuando, también mediante ley, se le convoca para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución. En el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos

Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte de que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

⁴ *En pocas pero trascendentes palabras, el poder constituyente primario representa una potencia moral y política de última instancia, capaz aun en las horas de mayor tiniebla de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo [sic] como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación. (Younes, 2004, 196).*

y se encuentra subordinado a la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2007).

El argumento precedente muestra que un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma. Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera “adopción” verbal o escrita de la Constitución, pues a partir de tal manifestación –sea compleja o sencilla– se definen la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos y la manera de proteger dicho esquema adoptado. En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución) únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para *destruir* la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma es poder constituido. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no solo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario, sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.

Esta objeción remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y práctica constitucionales, y es el siguiente: ¿cuál es el papel del pueblo, como poder constituyente originario y depositario de la soberanía una vez que este ha dictado la Constitución?

La tensión entre el pueblo soberano y la supremacía constitucional se proyecta al campo de los mecanismos de reforma constitucional. Así, el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario. “El problema surge entonces cuando la ciudadanía manifiesta claramente su voluntad de sustituir la Carta. En tales eventos,

si la propia Constitución no prevé alguna forma de expresión jurídica del poder constituyente originario, entonces se llega al siguiente dilema indeseable: o la dinámica del poder constituyente se ve obstruida y asfixiada por los límites al poder de reforma; o por el contrario, una ruptura constitucional ocurre a fin de permitir la expresión del poder constituyente” (ibídem).

La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es *rebeldes a una integración total en un sistema de normas y competencias*, y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales.

La idea de pueblo soberano es un concepto constitucional límite estrechamente relacionado con las ideas de soberanía, democracia liberal y democracia constitucional. La visión histórica y conceptual típica del Estado liberal de derecho que predominó desde el siglo XVIII propugnó una noción de soberanía enmarcada dentro del concepto de nación como unidad homogénea. A partir de la Segunda Guerra Mundial esa noción decimonónica ha evolucionado hacia una visión pluralista, de acuerdo con la cual es menester garantizar tanto la posición de la mayoría como las voces de las minorías y ya no es posible que un único grupo de ciudadanos, por numeroso y respetable que sea, se atribuya la voz del pueblo soberano (Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010).

En este orden de ideas, la noción de pueblo que acompaña a la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo, de tan heterogénea composición, al escoger un modelo de democracia constitucional, acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad.

Bajo la concepción contemporánea que se ha descrito, la actuación legítima del poder constituyente debe reflejar el pluralismo y, en consecuencia, ha de manifestarse en un escenario deliberativo que garantice la concurrencia del pueblo soberano en su diversidad para que, a través de cualquiera de los cauces de reforma de la Carta que ha previsto al autolimitarse,

actúe como poder constituido y exprese su voluntad de variar el pacto constitucional.

Con J. Elster (2002), podría considerarse que el pueblo también está “atado a la Constitución de 1991” y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma.

Sin embargo, la Corte Constitucional estima que la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.

En esta hipótesis, el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado⁵. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos.

“Así pues, de los distintos mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional, el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta” (Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010).

*Considerar sistemáticamente que una decisión del pueblo que interviene por **fuera de las formas prescritas** legítima un procedimiento de revisión constitucional ‘ilícito’ equivaldría a introducir un procedimiento débil de revisión constitucional al lado del estricto normal. **Ahora bien, la rigidez y la dificultad de un procedimiento***

⁵ El razonamiento político-jurídico que se esgrime es irrefutable. El mandante primario, que da origen a la Asamblea, no puede tener limitaciones surgidas de delegados. De este modo, se ratifica el carácter de poder primario de la Constituyente y se zanja [sic] las disputas acerca de los límites atribuibles a su naturaleza “derivada” (Verdesoto, 2007, 121).

permiten preservar las reglas fundamentales establecidas en la Constitución y garantizan la seguridad jurídica. Una Constitución establece un sistema equilibrado y elaborado luego de una reflexión madura. La intervención del pueblo por fuera de toda forma podría destruir este equilibrio por la vía de un simple voto emitido por la pasión del momento. Ello no es una garantía para la supervivencia de la democracia y del Estado de derecho, pues el iniciador del voto tiene allí un formidable poder de destrucción del orden establecido (...) La decisión popular ha sido considerada como justa y sabia y el principio de soberanía del pueblo conoce sus horas de gloria. Sin embargo, en nuestros días, este último no puede ser concebido como un poder absoluto e ilimitado, a punto que permita al pueblo actuar de forma arbitraria. Dicho principio se debe conciliar con otros principios, específicamente el del respeto de la 'legalidad' en sentido amplio. Como lo anota M. Luciani, «la observancia de las formas, el respeto de la legalidad es hoy en día... un elemento esencial de la legitimidad. Las teorías democráticas más maduras y más elaboradas no se contentan con un poder sólidamente legítimo, sino que observan el corazón de la democracia en el hecho de que este poder sea al mismo tiempo limitado. Y la limitación se encuentra sobre todo en el respeto de las formas, de las reglas, en una palabra, de la legalidad» (negritillas añadidas) (ibidem).

En el proceso de reforma institucional vivido por Colombia en 1990-1991, el pueblo se expresó por un procedimiento adecuado, en medio de una crisis constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992).

En consecuencia, la intangibilidad de la Constitución Política no es un golpe de Estado, no es una brecha en el Estado de Derecho, ya que si el Constituyente primario es capaz de dar una nueva constitución, aun en contra de la anterior, como en efecto ocurrió *a fortiori*, puede en todo momento establecer cláusulas que garanticen la estabilidad del nuevo ordenamiento, máxime cuando este es democrático y humanista⁶.

Si bien es cierto que el texto constitucional colombiano no establece cláusulas pétreas ni principios intan-

⁶ La Sentencia C-544 de 1992 trae unas frases contundentes con relación a los conceptos intangibles que posee la Constitución Política de 1991: "Queda así en firme la Constitución Política de Colombia de 1991 como expresión de la voluntad política del pueblo colombiano y su texto actual no es susceptible de ser demandado. De esta manera se recoge la voluntad del Constituyente y se sienta un principio de seguridad jurídica indispensable para el orden normativo de la República" (negritillas fuera del texto).

gibles, tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución. Y la Asamblea Constituyente bien hubiera podido incorporar esa posibilidad de cambio total o reforma integral de la Constitución, como lo hacen expresamente ciertos ordenamientos⁷.

En el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

Y es natural que dicho procedimiento haya sido previsto por la Asamblea Constituyente de 1991, que quiso proteger la identidad y continuidad de la Constitución que promulgó, sin que ello implicara petrificar el texto constitucional, aprobado, precisamente porque esa asamblea había nacido, en parte, de las dificultades que el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución anterior había implicado para un cambio constitucional. Dicho aspecto será tratado a continuación.

II. Antecedentes de la Constitución Política de 1991

La historia colombiana muestra como una característica la tendencia a confiar en que los problemas pueden ser solucionados a través de reformas normativas. Ello se evidencia durante el siglo XIX con sus numerosas Constituciones, las cuales tenían una peculiaridad, como muestra Hernando Valencia Villa: eran "cartas de batalla", es decir, resultaban de la imposición de los vencederos sobre los vencidos en las diversas guerras que se presentaron (UDEA, 2010).

⁷ En Colombia dicho concepto no es desconocido por el ordenamiento constitucional. La Constitución de Cúcuta de 1821 establecía el término de diez (10) años para que esta pudiera ser reformada. Sin embargo, esta cláusula fue desconocida por el "Congreso Admirable" con la promulgación el 29 de abril de 1830 de una nueva constitución. En el derecho comparado contemporáneo, la finalidad de una constitución tiene también carácter intangible. Es el caso de Alemania, donde el numeral 3 del artículo 79 dice: "Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte". En la Constitución Nacional española el artículo 168 establece así mismo un procedimiento calificado para reformar los temas que tratan el fundamento del Estado. En la Disposición Final Transitoria No. 12 de la Constitución italiana se hace lo propio. Otros textos constitucionales también han previsto esa posibilidad, como la Constitución francesa de 1848, la Constitución de Suiza, la Constitución argentina de 1853 o la Constitución de Venezuela, que establece un determinado procedimiento para las reformas y enmiendas parciales, mientras que para la adopción de una nueva constitución exige la convocatoria a una asamblea constituyente.

“La Constitución de 1991 si bien no comporta esta última peculiaridad, sí evidencia el rasgo más general, pues se produjo en una coyuntura de crisis respecto de la cual se creyó que con la expedición de una nueva Carta Política era posible conjurarla o quizá al menos paliarla” (UDEA, 2010).

Tres problemas centrales existían en Colombia en el momento en que sale a la luz pública la nueva Carta: crecimiento del narcotráfico con los males que le eran anejos como un aumento de la violencia y de la corrupción; la crisis política, derivada por una parte de un régimen político restrictivo propiciado desde el Frente Nacional⁸, expresado en precarias o casi nulas posibilidades de participación política de otras fuerzas distintas a las del bipartidismo y por otra, derivada de una gran deslegitimación de la política tradicional en tanto no representaba los intereses del conglomerado social y finalmente; una intensificación del conflicto armado colombiano entre guerrillas de un lado y del otro Estado y grupos paramilitares, que empezaban a obtener gran fuerza⁹. El recrudecimiento de la violencia política durante la década del ochenta había propiciado la violación y limitación de los derechos humanos por parte de los grupos alzados en armas con su accionar y desde el propio Estado con la aplicación de las llamadas prácticas de la guerra sucia y las medidas legales tomadas a partir de la figura del estado de sitio, que como recurso supuestamente excepcional para restablecer el orden público turbado, fue la regla general en Colombia durante gran parte del siglo XX (UDEA, 2010).

Pero al señalar la complicada coyuntura vivida por Colombia en el período mencionado, no puede pasarse por alto que en el mundo entero, en especial en Latinoamérica, se suscribía un nuevo modelo económico, exigente de variadas modificaciones, expresadas fundamentalmente en la apertura económica y la detracción del papel del Estado¹⁰.

⁸ El llamado Frente Nacional consistió en un remedio convenido y llevado al plebiscito de 1957 por los dos partidos tradicionales, liberalismo y conservatismo, para poner fin a la violencia política de mediados del siglo XX, se acordó que la presidencia se turnaría durante 16 años entre los dos partidos y que todos los cargos públicos se repartirían equitativamente. No obstante, hacia finales de la década de los ochenta ya había expirado el Frente Nacional, sus rezagos persistían (y aún persisten) en la política colombiana.

⁹ Sin embargo, poco tiempo antes de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ya se había obtenido la reinscripción a la vida civil de varios grupos guerrilleros, lo cual propiciaba la reforma política.

¹⁰ *Las experiencias de las Asambleas Constituyentes en América Latina, y en particular en los países andinos, permiten obtener algunas conclusiones. Miradas desde sus resultados, las Asambleas no han ejercido ni traducido la totalidad o la potencialidad del concepto de “poder constituyente” que*

En Colombia el pueblo en general se ha manifestado de dos formas: directamente¹¹,¹² o por representación¹³:

La Constitución Política de 1991 es un claro ejemplo del ejercicio directo del poder soberano del pueblo y este proceso está inmerso en los últimos cuarenta años de la historia del país. Su última etapa encuentra como expresión la séptima papeleta y culmina con la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992).

Los referentes reformistas más próximos al momento constitucional, comprendido entre 1988 y 1991, son los Actos Legislativos 2 de 1977 y 1 de 1979, que resultaron fallidos al ser declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en 1978 y 1981, respectivamente. Dicha Corte, que para ese entonces desempeñaba labores de tribunal constitucional, cerró las puertas a esas dos iniciativas al encontrar vicios de procedimiento en su trámite parlamentario, a partir de un análisis riguroso y exegético. Según algunas opiniones, esos adjetivos no pueden predicarse del posterior análisis constitucional de los Decretos Legislativos 927 y 1926 de 1990, normas que le dieron vía jurídica a la Asamblea Constituyente de 1991¹⁴.

las anima. Esto es, no han producido una refundación de todos los ámbitos del poder público. Más bien se han aproximado a una reestructuración jurídica, a escala constitucional, más o menos general de las instituciones estatales y sociales. En corto, las Asambleas se han circunscrito al ámbito de la reforma “total” de la Constitución, cuya profundidad y alcance en la coyuntura de cada país. (Verdesoto, 2007, 120).

¹¹ Entre los ejemplos de este tipo de actividad política, se encuentran el plebiscito de 1957 o a través de comisionados por el pueblo para una Asamblea Constituyente. En 1863 y 1886 la Asamblea fue producto de la decisión de los triunfadores de una guerra civil. Y en 1991 fue producto del sufragio universal, igual y secreto como procedimiento democrático. En estos casos, no existen otros límites que los que el pueblo haya establecido. Estos comisionados disponen de todos los medios para cumplir un fin.

¹² *Un simple repaso de nuestra historia constitucional y política es el mejor medio demostrativo de lo afirmado. En las incipientes e inestables formas políticas de la sociedad colombiana en el siglo XIX, el constituyente primario está plenamente ausente de las constituciones de Cúcuta, Ocaña, Rionegro y hasta de la de Núñez y Caro, vigente durante casi todo el XX; pues aun cuando la adopción de esta última se acudió a un consejo de delegatarios, que actuó como cuerpo constituyente, su origen no fue más allá del querer del Regenerador. Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la única intervención popular en materia constitucional en el siglo anterior, pues de todos son conocidas las circunstancias que rodearon el acto plebiscitario de diciembre de 1957, muy alejadas de lo que pudiera llamarse una verdadera manifestación libre, espontánea y soberana de la mayoría de la población. (Moncayo, 2004, 202).*

¹³ El pueblo ejerce indirectamente un poder a través de los representantes al Congreso. Este órgano legislativo detenta un poder reglado y limitado, cuya constitucionalidad puede en todo momento ser evaluada a la luz del orden normativo vigente y el cual se desdobra en su naturaleza legislativa para pasar a ser temporalmente constituyente derivado.

¹⁴ La convocatoria a una Asamblea Constituyente no es un procedimiento nuevo. Se han utilizado en diversos países durante los siglos XIX y XX.

En este marco, una semana después de la muerte de Luis Carlos Galán, en un escenario de dolor nacional y de crisis política, aproximadamente 20.000 jóvenes de distintas universidades de Bogotá participaron en la denominada “Marcha del Silencio”¹⁵, con la que prometieron no volver a callar ante la situación colombiana¹⁶.

Una vez hundido el proyecto de reforma del gobierno Barco, en diciembre de 1989 y fruto del apoyo popular aparente, se buscó dar un impulso definitivo a la idea de reformar la Constitución mediante la fijación de un mecanismo de sondeo popular que Fernando Carrillo, asesor de los estudiantes, denominó la “séptima papeleta”¹⁷.

El Registrador Nacional manifestó que incluir la séptima papeleta, aunque no se encontraba dentro de

los términos de la convocatoria legal a elecciones, no constituía causal de anulación¹⁸.

El proceso mismo se encargó de sacar a los estudiantes, pues una vez apoyada la séptima papeleta la reforma era más un punto de la agenda gubernamental que un trabajo del pueblo. Así, desde la expedición del Decreto 927 fue el gobierno el encargado de defender y reconstruir la iniciativa¹⁹.

La Corte Suprema de Justicia, que tenía que pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto, emitió sentencia el 9 de octubre de 1990, de la cual fueron ponentes los Magistrados Fabio Morón Díaz y Hernando Gómez Otálora. Mediante esta sentencia se declaró la constitucionalidad parcial del Decreto, parcialidad que, como se verá más adelante, en lugar de frenar la iniciativa, le otorgaría dimensiones más amplias y profundas.

La Corte Suprema de Justicia declara inexecutable el temario de la Asamblea, no por estar en desacuerdo con la revisión de la mayoría de los temas, sino por considerar que un listado taxativo de asuntos restringiría el “ejercicio pleno de la soberanía” al constituyente primario. Con esto, se abría la posibilidad para que la Asamblea reformara la totalidad del texto constitucional, hasta el punto de crear una Constitución nueva y distinta.

Desde este momento la Corte Suprema de Justicia empezó a referirse a la Asamblea como “Asamblea Constituyente” y ya no constitucional, pues daba vía libre para generar una nueva carta y no simplemente reformar puntos específicos de la de 1886.

En Perú se recurrió a la Asamblea Constituyente para elaborar su Constitución de 1979. A partir de la salida del régimen militar en Brasil el llamamiento a Asambleas Constituyentes se va a generalizar en América Latina como el procedimiento más idóneo de refundación del Estado mediante un acto constituyente de amplio compromiso popular. En 1987 se reúne en Brasilia la ANC, a la que el Gobierno brasileño de la época pretende limitar sus poderes, pero la movilización social que desencadenó hasta presentarse sesenta y un mil enmiendas al texto constitucional convirtió a esta Asamblea en un órgano soberano pleno. La Constitución brasileña de 1988 es la obra fundamental de la Constituyente...

La reforma constitucional en Argentina de 1994 se planteó como un acuerdo del Congreso para convocar una convención reformadora, que si no introdujo novedades importantes, suponía una ruptura de la doctrina tradicional según la cual sólo el Congreso tenía capacidad reformadora.

En Venezuela se plantea tras las elecciones presidenciales de 1993 la posibilidad de que el Congreso, elegido ese año, actúe como Congreso Constituyente, sobre la base del Proyecto de la llamada Comisión Bilateral. Sin embargo, con la victoria del entonces candidato del Polo Patriótico, Hugo Chávez Frías (cuya propuesta política principal era la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente) se convocó a una ANC y se elaboró la Constitución de 1999. (Colomer, 2007, 56 a 58).

¹⁵ Existe un antecedente histórico de otra Marcha del Silencio, promovida por el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán.

¹⁶ El propósito de la movilización estudiantil fue expresado en un comunicado leído el 25 de agosto de 1989, día de la marcha, mediante el cual se declaraba un rechazo directo a todo acto de violencia, sin importar su interés o ideología, se exigía el respeto por los derechos humanos en Colombia y se apoyaban las instituciones democráticas contra las fuerzas que quisieran desestabilizarlas, como paramilitares, guerrillas o narcotráfico. De igual forma, el documento solicitaba la convocatoria al pueblo para la reforma de algunas instituciones y se exigía la depuración de las fuerzas militares, de la Policía, del Gobierno y de los partidos políticos. (Lleras de la Fuente, Carlos y Tangarife, Marcel, *Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia*, Tomo I, DIKE - Pontificia Universidad Javeriana, Medellín, 1996, 13.

¹⁷ Recibió este nombre, pues en esa fecha de elección se iba a votar por seis asuntos distintos. Este mecanismo consistía en invitar al electorado a pronunciarse sobre la convocatoria de una Asamblea constitucional para reformar la Carta Política mediante la utilización de una papeleta de votación, entonces mecanismo utilizado que debía ser introducido en las urnas en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

¹⁸ SÁCHICA, Luis Carlos y VIDAL PERDOMO, Jaime. *La Constituyente de 1991*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1991, 47.

La pregunta que fue sometida a votación por el pueblo se encontraba redactada de la siguiente manera: “Con el fin de fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria a una asamblea nacional constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente, para reformar la Constitución de Colombia?”.

¹⁹ Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, CERE, Bogotá, 1997, 181.

Casi dos meses después de la votación, el Presidente Barco emite el Decreto Legislativo 927 del 3 de mayo de 1990, “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”, en el que le reconoce de alguna manera el carácter constituyente al pronunciamiento electoral y abre la primera puerta de salida a la reforma. El articulado del Decreto resultó concreto y sencillo. Por un lado, ordenaba a la Registraduría desplegar todos los medios para contabilizar los votos de las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 frente a la disyuntiva de convocar o no a una Asamblea Constitucional, y, por el otro, determinaba el texto que contendría la tarjeta electoral con la que se le preguntaría al pueblo sobre dicha convocatoria.

Una Asamblea Constituyente permitiría reinventar un país mediante la integración de sus actores armados o no armados, y se presentaba como una oportunidad de generar las raíces de un pacto verdadero donde el modelo económico, el diseño administrativo, la carta de derechos y los mecanismos de participación fueran el producto de un debate incluyente, partiendo de la base de la igualdad y del reconocimiento mutuo.

La Constitución Política de 1991 surge como manifestación del pueblo en ejercicio de su poder soberano como constituyente primario. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional desde sus inicios:

La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. La Constituyente actuó una vez superados los obstáculos que establecía el artículo 13 del plebiscito de 1957 para el pronunciamiento del constituyente primario, y en ese sentido las decisiones populares que permitieron la convocatoria hicieron irreversible el proceso de renovación institucional. La comprensión del proceso colombiano de reforma se encuentra pues en el concepto de anormalidad constitucional; y este concepto sólo puede ser definido políticamente, por ser acto fundacional, pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico. Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darles a sus instituciones jurídicas formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista (Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992).

La validez y legitimidad de la Constitución de 1991 no se pone en duda (por lo menos por la mayoría de la sociedad colombiana). Por ello, se hace necesario entrar a estudiar el objetivo que buscó el Pueblo de Colombia al promulgar una nueva Constitución (en relación con la existente en 1886).

III. Finalidades que buscó el constituyente primario y que se ven reflejadas en la Constitución Política

Sobre este tema se traen a colación las palabras dichas por el ex magistrado de la Corte Constitucional Jorge Arango Mejía (2000, IX):

Yendo más allá, a la interpretación de la Constitución, yo diría que la Constitución es como las obras de arte, que una vez creadas adquieren una vida independiente, una vida propia. Casi podríamos decir que se separan de su autor, y no hay entonces que estar consultando exclusivamente qué se quiso hacer, qué se quiso decir. Porque los tiempos están cambiando, cambian minuto a minuto las circunstancias, y la función del intérprete es precisamente acomodar la norma jurídica a los nuevos tiempos, a las nuevas circunstancias sociales, económicas y políticas, sin perder de vista la finalidad del Derecho, que es realizar dos valores fundamentales: la seguridad jurídica y la justicia.

Como es sabido, el principal objetivo de toda Constitución y la razón de mantener su condición de norma suprema en la escala del ordenamiento jurídico es el de estructurar para la comunidad el Estado de Derecho, entendido como aquel que procura garantizar a sus coasociados el equilibrio y la armonía en las relaciones políticas, económicas y jurídicas, asegurando un orden justo y autónomo. Por eso, coincidiendo con el criterio doctrinal más generalizado, puede afirmarse que la mayoría de los textos constitucionales se diseñan bajo el supuesto de orden y normalidad, estableciendo los parámetros generales de la actividad y comportamiento de los organismos estatales, de los gobernantes y gobernados en situaciones de paz o, a lo sumo, con el fin de asegurar que dichas situaciones constituyan el eje del funcionamiento del Estado y tengan efecto de permanencia (Corte Constitucional, Sentencia C- 008 de 2003).

Así lo ha entendido la Corte Constitucional cuando establece la importancia del artículo 2º constitucional:

Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no sólo porque así lo establece expresamente el artículo 2º de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades. La Constitución busca entonces el fortalecimiento de las instituciones, para que estas puedan cumplir efectivamente su misión constitucional de asegurar la convivencia pacífica perturbada por grupos armados que actúan al margen de la ley y atentan contra la vida, la libertad y los demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (C. P. art. 2º). Por ello esta Corte señaló que el Estado tiene el deber de “mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de

la comunidad”, puesto que el derecho “sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad” (Corte Constitucional, Sentencia C- 251 de 2002).

Lo anterior se puede observar en el contenido que posee la Carta Política de 1991, la cual tiene una estructura armónica²⁰:

1. En el Preámbulo anuncia ya los fines por los cuales el pueblo colombiano se constituyó en un Estado social y democrático de derecho.
2. Luego establece los principios fundamentales que rigen su estructura política y jurídica y reconoce los derechos y garantías que amparan a todas las personas residentes en Colombia, los deberes que las vinculan y configura los mecanismos de protección de tales derechos y garantías.
3. A continuación regula lo relacionado con los habitantes y el territorio, como elementos del Estado constituido, y con los mecanismos a través de los cuales se ejerce la soberanía popular.
4. Después de ello, el texto constitucional se ocupa de la estructura del Estado. Primero lo hace de manera genérica: De un lado, instituye las ramas del poder público, los órganos de control y la organización electoral que integran esa estructura. Y, de otro, dispone acerca de los fundamentos constitucionales que rigen el ejercicio de la función pública. Luego se ocupa de la estructura del Estado, pero ya de manera más detallada. Entonces aborda las ramas del poder público y sujeta a claros mandatos su configuración y el ejercicio de la función que a cada una le incumbe. A la Rama Legislativa, a la Rama Ejecutiva y a la Rama Judicial les dedica títulos específicos.

Regula luego la organización electoral y los órganos de control: Contraloría General de la República y Ministerio Público.

En su parte final, la Constitución prescribe los fundamentos de la organización territorial y del régimen económico y de la hacienda pública. Y en el último título

²⁰ “La Constitución colombiana recoge ampliamente los postulados normativos del Estado Social de Derecho. Ello se comprueba no solo al pasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal” (Leiva, 2010, 28).

regula los mecanismos de reforma de la Constitución y el procedimiento a que se sujeta cada uno de ellos.

Como puede advertirse, el Texto Superior constituye un sistema normativo. No se trata de una simple aglomeración de prescripciones emanadas del constituyente. En él se advierte una teleología definida; una afirmación de valores, principios y derechos que parten del reconocimiento del hombre como un ser digno y de la asunción de la democracia pluralista como un mecanismo de realización de esa dignidad. De igual manera, se advierte en la Carta una concepción instrumental y no finalística del Estado y una detallada regulación que no solo se orienta a racionalizar el ejercicio del poder público mediante su división, sino también a dotarlo de una estructura que resulte adecuada para la realización de sus fines. Así, cada una de las disposiciones del Estatuto Superior tiene un sentido propio que se determina a partir de su propio texto, pero también desde la perspectiva del sistema que contribuye a integrar y definir (Sentencia C-879 de 2003) (negritas fuera del texto).

A su vez, el contenido de la Constitución Política puede ser abordado como un equilibrio entre el conjunto de derechos y deberes:

La doctrina de esta Corte ha observado en incontables ocasiones que la Constitución Política no solo reconoce derechos en cabeza de las personas, sino que contempla obligaciones, deberes y cargas, correlativos a aquellos, cuyo cumplimiento se exige a los asociados como factor insustituible para la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales y para la realización de un orden jurídico, económico y social justo, como lo preconiza la Carta desde su mismo Preámbulo.

De acuerdo con lo que establece el artículo 95 de la Constitución, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades. Estas y aquellos tienen vocación de realización objetiva y entre los fines esenciales e impostergables del Estado figura el de garantizar su efectividad (art. 2 C. P.), lo que compromete a las ramas y órganos del poder público a propender a que tales derechos y deberes salgan del plano teórico y tengan cabal realización.

Una correcta aplicación de las normas constitucionales debe reflejarse en el equilibrio entre derechos y deberes, merced a la ponderación de los factores que inciden en la circunstancia específica, dentro de los principios generales de justicia, seguridad jurídica y equidad (Sentencia C-657 de 1997).

Sin embargo, es la clasificación entre parte orgánica y parte dogmática la que permite una integralidad

conceptual y que es de carácter obligatorio cuando de interpretar la Constitución se trata:

La Corte tendrá en cuenta la distinción clásica que la doctrina constitucional suele establecer entre la parte dogmática y la parte orgánica de los textos constitucionales. La primera contiene los principios filosóficos que orientan la organización estatal y definen las relaciones básicas entre los ciudadanos y las autoridades, mientras que la segunda regula la organización institucional y territorial del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002).

La Constitución está concebida de tal manera que su parte orgánica solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de ella.

Por lo anterior, estudiar la Constitución Política como un simple conjunto de derechos o una conjunción de títulos, capítulos y artículos implicaría desconocer la importancia política y axiológica que tiene la Constitución colombiana de 1991. Debe tenerse en cuenta que el contenido de la Carta Magna va más allá de su articulado, sin que ello signifique que la formalidad escrita de la Constitución no debe ser tenida en cuenta en el momento de interpretarla²¹.

IV. La Constitución Política y la carta de derechos como expresión del constituyente primario

Hablar de Constitución es hablar de poder, de las formas de organizar el poder, de las formas de

legitimar el ejercicio de poder y de las formas de limitar el ejercicio de poder. No debe olvidarse que el poder fluye, corre a través de los cuerpos de unos y de otros, nunca se encuentra aquí o allá, nunca está en las manos de alguien, nunca se apropia como una mercancía. El poder funciona en red. En este sentido, una forma de generar una cartografía de los flujos de poder desde un agenciamiento formal (espacio-temporalidad-estructura que distribuye el poder) es lo que llamamos Constitución (Defensoría del Pueblo de Bolivia, 2008, 5).

La Asamblea Nacional Constituyente como órgano representativo del Pueblo de Colombia (Preámbulo de la Constitución Política) plasmó en la Constitución Política un querer que existía en la sociedad de un mayor reconocimiento político y una clara garantía de sus derechos fundamentales. La Constitución de 1991 pasó de la democracia representativa y soberanía nacional que existía en la Constitución Nacional de 1886 a la democracia participativa y soberanía popular. Estos últimos conceptos enmarcan un amplio valor constitucional y político, se tornan vinculantes y no mera demagogia.

La Constitución Política de 1991, como producto de una amplia e inicialmente controvertida actividad democrática, se basa en principios reconocidos por el constitucionalismo moderno como el de la dignidad humana (artículo 1º constitucional). Sin embargo, ello no significa que no existieran antes de la promulgación de esta norma, pues este principio-derecho es inherente al ser humano y permite la construcción de una sociedad igualitaria: “todos los seres humanos tienen igual dignidad, sobre ese juicio se construyeron todos los compromisos de derechos humanos” (De Roux, 2009, 4).

El derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana; el derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano. Es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado (Corte Constitucional, Sentencia T-702 de 2001).

Lo anterior permite asegurar que la dignidad humana es principio fundante, no solo de la Constitución, sino de un Estado de Derecho como el colombiano. Esta consecuencia deviene forzosa, al advertir la estrecha relación existente entre la dignidad humana—como valor fundante del ordenamiento constitucional colombiano y principio orientador del derecho internacional de los

²¹ *La formalización de las constituciones que de tal manera tiene lugar se vale, entonces, de dos elementos importantes: la escritura y la unidad documental o unicidad del texto, pues la Constitución, fuera de expresar por escrito los enunciados que conforman el orden jurídico fundamental del Estado constitucional, los reúne, concentra o codifica en un solo documento, sin que al efecto importe que los enunciados recogidos en el texto sean de diverso signo y respondan a diferentes criterios de clasificación, pues la Constitución más que una norma es un conjunto de normas o un cuerpo normativo. Las finalidades de la utilización de la escritura y de la codificación son las de fijar los contenidos básicos que fundan el ordenamiento jurídico y facilitar su conocimiento y consulta, sobre todo si, por su carácter normativo, la Constitución, se incorpora al sistema de fuentes del Derecho, está al alcance de todos y vincula a los poderes públicos y a los particulares. Asimismo, la formalización en un solo documento escrito también tiene el muy importante cometido de proporcionar certeza respecto del contenido de la Constitución y de afianzar la seguridad jurídica desde el más alto nivel del ordenamiento. La tendencia de permanecer con un contenido inalterado y en forma completa no se opone a la necesidad del cambio requerido por la variación histórica de las circunstancias ni a la consecuente actualización de los contenidos superiores del ordenamiento, que bien puede hallar su cauce en una interpretación dinámica o evolutiva de la Constitución escrita.* (Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009).

derechos humanos— y la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si, como se señaló líneas atrás, el respeto y garantía de estos derechos constituye el carácter esencial que permite definir al Estado como Social de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2008).

A su vez, el concepto de dignidad humana no solo es un principio, sino también un derecho cuyo reconocimiento general compromete al Estado²².

La dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones. El respeto a la dignidad humana no solo es una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, “La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”. Bajo este derrotero, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano (Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2005).

Los cimientos de una democracia constitucional están determinados por el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden constituido y por la afirmación y realización de la democracia pluralista como alternativa de organización política y jurídica. El reconocimiento de la dignidad humana como piedra angular de los modernos sistemas sociales conduce a la afirmación del carácter personalista del Estado, una concepción en la que la persona humana es el fin que se ha de realizar, valiéndose para ello del Estado y del derecho como instrumentos y no como fines en sí mismos y mucho menos como entidades dotadas de unos atributos que solo le asisten a ella. La democracia pluralista no es más que una consecuencia desprendida de la dignidad humana:

²² *La dignidad humana, presente en cada uno de ustedes, no depende de nadie ni de nada. La dignidad no se la dio el Estado, ni el Gobierno, no la recibieron de la sociedad, no se la dio la religión, no se la entrega la Universidad. Esta dignidad ya la tenían ustedes toda desde el momento en que aparecieron como seres humanos.* Palabras del P. Francisco José de Roux, S. J., en la ceremonia de graduación de los estudiantes de la Universidad de los Andes. Bogotá, D. C., 21 de marzo de 2009. En http://notandina.edu.co/html/documents/DiscursoPadreFranciscoJosedeRoux_SJ.pdf. Consultado el nueve (9) de noviembre de 2010, 5.

Solo los regímenes democráticos y pluralistas suministran el contexto político y jurídico requerido para que la persona humana no se instrumentalice y para que realice o procure la realización de todas sus potencialidades como un ser racional, libre y responsable. Una democracia constitucional solo se realiza si cada instancia pública de decisión tiene como norte permanente y no coyuntural la afirmación del cúmulo de atributos que a la manera de derechos fundamentales afirman la dignidad del hombre y solo si la conformación, ejercicio y control del poder político se asumen con un amplio reconocimiento de espacios de participación ciudadana (Corte Constitucional, Sentencia T-299 de 2003).

Y es precisamente la relación entre democracia participativa, Estado Social de Derecho y dignidad humana (Constitución Política, artículo 1º) la que permite la consagración y garantía de los derechos humanos, así como su adecuada interpretación. “En este sentido la estructura misma de los derechos fundamentales en una Constitución condiciona los métodos interpretativos de todo el sistema jurídico de un Estado; en consecuencia, los derechos fundamentales, tanto como los derechos humanos, son una parte esencial tanto de la Constitución, el Derecho Constitucional y el Constitucionalismo de los Estados modernos” (Defensoría del Pueblo de Bolivia, 2008, 22).

Lo más importante de la nueva Constitución fue determinar una Carta de Derechos. En efecto, sus primeros 102 artículos contienen los principios fundamentales, derechos, garantías, derechos colectivos y las formas de su protección y aplicación. Este listado de derechos no es cerrado porque existe expresa remisión a los instrumentos internacionales cuando consagran derechos humanos, luego es más completo que el que contenía la Constitución anterior y tiene una visión amplia y específica de la sociedad; un ejemplo: la consagración expresa de los derechos de los niños, los jóvenes, las mujeres, los ancianos y las personas con alguna discapacidad (Cortes, 2009, 99-100).

La relación entre Constitución y derechos humanos es directa en la medida que la primera se encuentra al servicio de los segundos, especialmente para su aplicación y protección por parte del Estado.

La omisión del Estado en llevar a cabo dicha función implica renunciar a sus más elementales funciones constitucionales. Por decirlo de alguna manera, constituye una profunda traición a su misión y ra-

zón de ser²³, pues ello significaría “dejar los derechos constitucionales —que suponen una obligación genérica del Estado de protección y de respeto— indefensos y, en suma, la quiebra del orden jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2002).

El concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el Constituyente para poder gozar de él (Corte Constitucional, T-240 de 1993).

Conclusiones

Las fuentes de legitimidad son diferentes en cada caso, es decir, entre el Constituyente Primario, por un lado, y el Constituyente Derivado (parlamento o Congreso), por el otro. En efecto, entre la constituyente y el pueblo hay un nexo directo, mientras que entre el parlamento y el pueblo hay un nexo indirecto, ya que la relación se encuentra mediatizada por la existencia de una constitución.

En este orden de ideas, la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza jurídica era fáctica, pues provino de un hecho político-fundacional, no jurídico. Ella actuó no por orden de la Constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera y contra ella, por disposición directa del pueblo en un período de anormalidad constitucional.

En este sentido, la comprensión del proceso colombiano de reforma se encuentra en el concepto de anormalidad constitucional; y este solo puede ser definido políticamente, por ser acto fundacional, pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico.

Ahora bien, desde el punto de vista de la filosofía del Derecho es preciso anotar que el Derecho moderno en general y en particular el Derecho Constitucional han condicionado siempre la validez de una norma a la obtención de ciertas formas jurídicas.

La validez de una norma del ordenamiento jurídico puede ser analizada exclusivamente a partir de sus for-

²³ El Estado sólo existe por los derechos y ha sido creado para garantizarlos; la fundamentación, justificación y legitimación del orden coactivo jurídico monopolizado por el Estado solo se da en función de los derechos, como categoría jurídica consignada en el primer nivel normativo de un país. De allí que lo primero que debe hacer la constitución es enumerar esos derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. Delgado et ál, 2006, 309).

malidades previas. Pero la validez del ordenamiento es un concepto que depende de un hecho que le precede y convive con él: la eficacia. La norma fundamental ideada por Kelsen (1994, 125-137)²⁴ no es otra cosa que la eficacia del ordenamiento o la regla de reconocimiento concebida por Hart (2007, 125-137).

Por eso, cuando una constitución es reemplazada por otra que termina siendo eficaz, no tiene sentido cuestionar su validez. En este caso las condiciones de lo verdadero y lo falso, de lo válido y lo inválido, de lo legal y lo ilegal son otras. Por lo tanto, carece de razonabilidad todo análisis que suponga una continuidad lógico-jurídica.

Más allá del debate entre validez y eficacia, la dogmática jurídica también permite establecer unos análisis adicionales.

El Derecho es, ante todo, un sistema de reglas que funciona como una dogmática, esto es, no cuestiona la validez de sus primeros principios. Por esto se dice que el saber jurídico es autosuficiente. Uno de los principios no cuestionados por la dogmática jurídica —y además no tratados—, es el de la eficacia del poder constituyente, pues aquella es condición de este. Por lo tanto ella, la eficacia, no puede ser tratada, pensada, dogmáticamente.

La teoría del poder constituyente es necesaria, mas no suficiente para explicar de manera razonable, democrática y humanista los cambios político-jurídicos.

En la democracia constitucional de la posguerra no basta con entender el argumento del hecho político, de la fuerza, de la revolución, de la ruptura institucional, para la comprensión íntegra del poder constituyente. Es necesario aun que los cambios sean democráticos y que garanticen la libertad, la justicia, la igualdad y los demás valores indispensables para legitimarlos.

¿Puede una democracia establecer o tolerar las condiciones para su propia muerte? Sí y no. Sí, porque el poder constituyente puede reaparecer con toda su potencialidad en los períodos de anormalidad constitucional y retomar su facultad —ilimitada y permanente— para reformar todo el ordenamiento. Y no, porque las nuevas

²⁴ A juicio de Kelsen, con el término “fuente del derecho” se pueden entender todos los medios de producción jurídica, y también el fundamento de la validez, en particular, el fundamento último de la validez de un ordenamiento jurídico, esto es, la norma fundamental. Pero, de hecho —señala Kelsen—, se define como “fuente” sólo el fundamento de derecho positivo de la validez de una norma jurídica, o sea, la norma jurídica superior que regula la producción. En este sentido, la Constitución es la fuente de las normas jurídicas generales producidas mediante la legislación y la costumbre (Pérez, 2007, 40).

instituciones que se den en un pueblo deben ser humanistas, democráticas y razonables.

Lo contrario, esto es, aceptar las formas puras puede conducir, como en el pasado, a la justificación de regímenes contrarios a la dignidad del hombre.

Para Konrad Hesse, “el problema central de la teoría y de la política constitucional del presente y del inmediato futuro” es el de “como debe comprenderse y desarrollarse la Constitución bajo las condiciones del mundo técnico moderno a fin de poder cumplir su función en la vida de la comunidad, la de cooperar a posibilitar y preservar la libertad y, en inmediata conexión con ella, la democracia” (Hesse, 1992, XI).

En realidad, la aceptación de la consideración de la finalidad como complemento a la explicación causal del poder constituyente –básica, pero insuficiente– es un paso hacia adelante en la defensa de la razón de ser de la Constitución Política y una idea nueva en el constitucionalismo colombiano.

El proceso que condujo a la promulgación de la Constitución Política de 1991 fue producto de un anhelo nacional que deseaba una mayor participación política en las decisiones que los afectaban, especialmente en la búsqueda de un escenario que permitiera la estabilización hacia la paz nacional que aparentemente se estaba alcanzado con la desmovilización de grupos guerrilleros como el M-19, pero que se estaba viendo afectada con la entrada de la violencia que producían los grupos de narcotraficantes, la cual tuvo su mayor representación con la muerte de Rodrigo Lara Bonilla, Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro, Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo Ossa, entre otros dirigentes, lo que conllevó a que la sociedad reaccionara, siendo el movimiento estudiantil su mayor exponente a través del movimiento conocido como la “séptima papeleta”, el cual motivó a los gobiernos de Virgilio Barco y César Gaviria a diseñar los instrumentos jurídicos que permitieran una modificación a la Constitución Nacional de 1886.

La sentencia de la entonces Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que estudia el Decreto 1296 de 1990, dio paso para que no se reformara la Constitución Nacional de 1886, sino que fuera derogada y se diera paso a una nueva Carta Política, teniendo como génesis el año de 1991.

La Constitución Política de 1991 es plena manifestación del poder soberano del pueblo colombiano, el que actuando como constituyente primario decidió

darse un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera no solo una mayor participación en las decisiones políticas del Estado, sino que a su vez garantizara los derechos fundamentales de los asociados, mecanismos que permitieran su eficacia, una nueva organización del Estado y mecanismos taxativos que permitieran la reforma de la Carta.

La tipificación de los derechos humanos (o fundamentales, como los denomina la Constitución Política) en la “Norma de normas” (artículo 4º constitucional) es producto del ejercicio soberano del pueblo, el que como cuerpo político usó su poder soberano (artículo 3º constitucional) para que se garanticen unos mínimos parámetros que permitan la paz, la justicia, el trabajo, la convivencia y la igualdad entre los miembros del Estado, principios y valores consagrados en el Preámbulo de la Carta Política Colombiana.

A pesar de las circunstancias que aquejan a la sociedad colombiana, la Constitución Política sigue siendo una norma que garantiza y protege los derechos humanos de los habitantes del territorio colombiano. Seguramente de no existir, la situación social sería mucho más grave. Por ejemplo, gracias a mecanismos como la acción de tutela, la Carta Política colombiana es normativa y no meramente nominal, pues ello ha permitido un dinamismo, verdadera aplicación y garantía de los derechos fundamentales. Así lo quiso el pueblo como soberano y lo plasmó en la Constitución en ejercicio de su legítimo derecho como constituyente primario.

Bien lo dice el padre De Roux al expresar que “en el Estado nuestro”²⁵, pues es el pueblo quien lo crea, no para que se le reconozcan los derechos inherentes a la persona de cada uno de sus miembros, sino para que se les sean garantizados y protegidos, objetivo que es posible gracias a su consagración en la Constitución Política y en los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

²⁵ *Todavía hay que ir más allá, para colocarnos juntos en el horizonte de lo público, en el Estado nuestro que es la institución que hacemos los seres humanos para garantizar a todas y todos, sin excepciones las condiciones para vivir con dignidad. Y esta es la tarea de la política, y ustedes tienen que hacerla como profesionales de lo público, como administradores del Estado, como legisladores y abogados.* Palabras del P. Francisco José de Roux, S. J., en la ceremonia de graduación de los estudiantes de la Universidad de los Andes. Bogotá, D. C., 21 de marzo de 2009. En <http://notauniana.edu.co/html/documents/DiscursoPadreFranciscoJosedeRouxSJ.pdf>. Consultado el nueve (9) de noviembre de 2010, 6 y 7.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arango Mejía, Jorge. 2000. *El Código Civil y la Constitución de 1991*. Bogotá, D. C.: Temis.

Colombia, Corte Constitucional, Auto A003 de tres (3) marzo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-406 de cinco (5) de junio de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

_____, Sentencia C-544 de primero (1º) de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-240 de veintitrés (23) de junio de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia C-657 de tres (3) de diciembre de 1997, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.

_____, Sentencia T-702 de cinco (5) de julio de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____, Sentencia C-251 de once (11) de abril de 2002, Magistrados Ponentes: Doctores Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

_____, Sentencia T-958 de siete (7) de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____, Sentencia C-008 de 23 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____, Sentencia T-299 de once (11) de abril de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____, Sentencia C-551 de nueve (9) de julio de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____, Sentencia C-879 de treinta (30) de septiembre de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____, Sentencia T-792 de veintiocho (28) de julio de 2005, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____, Sentencia C-180 de catorce (14) de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____, Sentencia T-585 de doce (12) de junio de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, Sentencia C-588 de veintisiete (27) de agosto de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____, Sentencia C-141 de veintiséis (26) de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colomer Viadel, Antonio. 2007. *Comunidades y ciudades, constituciones y solidaridades*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia.

Cortés Nieto, Johana del Pilar. 2009. *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Defensoría del Pueblo de Bolivia. 2008. *Constitución y derechos humanos*. Bolivia: Editorial Presencia.

Delgado Sánchez, Óscar Alberto. 2006. *Ideas políticas, filosofía y derecho: el maestro*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Elster, Jon. 2002. *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa.

Hart, Herbert L. 2007. *El concepto del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hesse, Konrad. 1992. *Escritos de derecho constitucional*, 2ª edición, traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Kelsen, Hans. 1994. *La teoría pura del Derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Eudeba.

Leiva Ramírez, Éric. 2010. *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Lleras de la Fuente, Carlos y Tangarife, Marcel. 1996. *Constitución Política de Colombia: Origen, evolución y vigencia*, tomo L. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana. Dike.

Linares, Patricia. 2001. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Moncayo, Víctor Manuel. 2004. *El leviatán derrotado. Reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá: Editorial Norma.

Pérez Escobar, Jacobo. 2004. *Derecho constitucional colombiano*. 7ª edición. Bogotá: Temis.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. 2007. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía del derecho*. 5ª edición. Madrid: Editorial Tebar.

Quintana Mejía, Óscar y otros. 2005. *Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. 2008. *Derecho administrativo, general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Sáchica, Luis Carlos y Vidal Perdomo, Jaime. 1991. *La Constituyente de 1991*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Universidad de Antioquia. <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/antecedentes.html>. Visitado el 30 de noviembre de 2010.

Universidad de los Andes. 2010. Palabras del P. Francisco José de Roux, S. J., en la ceremonia de graduación de los estudiantes de la Universidad de los Andes. Bogotá, D. C., 21 de marzo de 2009. En http://notauniandina.edu.co/html/documents/DiscursoPadreFranciscoJosededeRoux_SJ.pdf. Consultado el nueve (9) de noviembre de 2010.

Valencia Villa, Hernando. 1997. *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: CERE.

Verdesoto, Luis. 2007. *Procesos constituyentes y reforma institucional. Nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano*. Quito: Editorial Abya Yala.

Younes Moreno, Diego. 2004. *Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública*. Bogotá: Universidad del Rosario.

para citar el presente artículo:

Estilo Chicago autor-fecha:	Estilo APA:	Estilo MLA:
Leiva, Éric y Muñoz González, Ana Lucía. 2011. "El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991". <i>Administración & Desarrollo</i> 39(54): 119-132.	Leiva, E. y Muñoz González, A. L. (2011). El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991. <i>Administración & Desarrollo</i> , 39(54), 119-132.	Leiva, E. y Muñoz González, A. L. "El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991". <i>Administración & Desarrollo</i> 39.54 (2011): 119-132.