

José Vicente Barreto Rodríguez*

El constituyente primario: una construcción filosófica de frontera entre la política y el derecho.

*The primary constituent power
A philosophical construct at the borders of politics
and law*

Fecha de recepción: 23 de enero de 2012
Fecha de aprobación: 13 de febrero de 2012

RESUMEN

El presente ensayo analiza el tríptico conceptual “poder constituyente primario”, piedra fundamental del derecho constitucional moderno, que resulta ser una figura más atractiva por sus potencialidades que por sus realidades ya que ha estado sujeta a fuertes variaciones o discontinuidades discursivas y pragmáticas relacionadas con su naturaleza, con su origen, su titular, sus funciones y sus límites. Los usos prácticos del concepto resultan más problemáticos y más ambiguos cuando se atribuye su titularidad al pueblo y cuando se analiza la efectividad de tal reconocimiento. En una primera parte se analizan el origen del

ABSTRACT

This essay analyzes the threefold concept “primary constituent power”, a milestone of modern constitutional law, whose attraction lies more in its potential rather than in its realities, due to its constant variations or speech and pragmatic discontinuity in its nature, origin, subjects, functions, and limits. The practical uses of this concept become more problematic and more ambiguous when its ownership is endorsed to the people, and when the effectiveness of such recognition is analyzed. In the first part of this essay, we analyze the origin of the concept, its political and legal implications, especially from Kelsen’s perspective. In the second

*Graduado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia y en Comunicación Social de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Abogado Conciliador del Colegio de Abogados de Bogotá. Especializado en Derecho Internacional Público en la Universidad La Sorbona – París II y en Derecho Penal y Criminología en la Universidad La Sapienza de Roma. Candidato a magister en Filosofía del Derecho en la Universidad Libre, es director del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Central y catedrático de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–. Correo electrónico: jbarretor@ucentral.edu.co

concepto, sus implicaciones políticas y jurídicas, especialmente en relación con la posición de Kelsen, y en una segunda parte se presentan los usos del concepto en la historia constitucional colombiana y los obstáculos que han imposibilitado una efectiva aplicación de la titularidad del pueblo como constituyente primario.

Palabras Claves: Poder político, Constituyente Primario, Poder Constituyente, Constitución, Constitucionalismo, Convención Constituyente, Constitucionalización, Reforma Constitucional, Soberanía Popular, Ciudadano, Nación, Corte Constitucional, Jurisprudencia Constitucional, Soberanía, Estado de Naturaleza, Estado de Derecho, Referéndum, Plebiscito, Comuneros, Independencia, Libertad, Demagogia, Anarquía.

part, we present the uses of the concept throughout Colombian constitutional history, and the obstacles in the effective implementation of ownership of people as primary constituent members.

Key words: political power, primary constituent, constituent power, constitution, constitutionalism, constitutional convention, constitutionalization, constitutional reform, popular sovereignty, citizen, nation, Constitutional Court, constitutional jurisprudence, sovereignty, state of nature, rule of law, referendum, plebiscite, covenant, independency, freedom, demagoguery, anarchy.

1. LOS ALCANCES DEL CONCEPTO

Con poder constituyente primario se hace referencia a aquel poder con capacidad o atribución de establecer las bases de un ordenamiento político-jurídico y, posteriormente, de modificarlo; el poder constituyente primario es entonces *“la voluntad política creadora del orden social, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador”*² Ello implica una diferenciación entre el momento creador y los momentos de reforma de tal ordenamiento; en consecuencia, el poder constituyente derivado o instituido nace de una norma jurídica que le da vida, lo que no acontece con el constituyente primario. En este sentido y en

²Calzada Patrón, Feliciano. “El poder constituyente”, *Derecho Constitucional*, México DF, Harla. 1990, pp. 155-161.

la actualidad, todos los momentos constituyentes serían de reforma, salvo el evento del surgimiento de un nuevo Estado.

El término *constituyente*, central de la triada, tiene vínculos directos con el concepto de *constitución*; poder constituyente sería en este sentido el que crea una Constitución o norma fundamental de un Estado. Una Constitución supone un poder constituyente. Desde el punto de vista lógico, como histórico, el poder constituyente es una necesidad para una Constitución escrita; además, toda Constitución política tiene una significación ideológica.

Utilizando la clasificación de Lasalle sobre constitución en sentido material, se tiene que el constituyente primario no necesariamente es el pueblo, y la historia ha mostrado como el monarca y la aristocracia, nobleza u oligarquía han sido generadores del orden social y por tanto, en alguna medida, detentadores de ese poder; sin embargo, si entendemos el constitucionalismo como un movimiento que busca la limitación al poder político, entonces el concepto de constituyente primario se orienta a conceder potestades al grupo, ya sea como pueblo, como nación, o incluso como raza o como clase social.

Este proceso ha generado problemáticas de orden filosófico-político relacionadas con su titularidad y eficacia, y otras de orden político-jurídico, especialmente relacionadas con la naturaleza jurídica del constituyente y con sus alcances. A ellos se hará referencia a continuación, acudiendo a un análisis histórico que muestra claramente el punto de conjunción entre la política y el derecho, como dice Burdeau; entre la revolución y la estabilidad jurídica.

Origen político y evolución del concepto

El concepto es producto más de una investigación filosófica sobre el origen del poder político fundacional que de una investigación sociológica; su esfuerzo estuvo dominado básicamente por la intención de debilitar y delimitar el poder absoluto, haciendo un esfuerzo por fundar racionalmente los derechos de los súbditos frente a las pretensiones de dicho poder.

Con estos objetivos, dos conceptos se presentan fuertemente vinculados con el de constituyente primario: *soberanía* y *pacto social*.

En efecto, el poder constituyente está indisolublemente unido a una determinada concepción de soberanía. Con la filosofía política del liberalismo, la teoría y la práctica de tal poder aparecen conectadas con la afirmación de la soberanía popular o nacional. Sin poder constituyente no hay constitución, pero se considera que sin soberanía popular no habría poder constituyente.

Bodino había definido la soberanía como potestad absoluta y perpetua, la había adjudicado a un monarca o a una asamblea, había descrito sus características incluyendo la facultad de dar y anular la ley, como la primera y más importante prueba de su existencia; pero Bodino se había prohibido a sí mismo investigar su origen: existía como Dios, porque sí³. El poder constituyente primario se definirá luego como una capacidad de ejercicio de la soberanía, pero una soberanía de carácter popular.

Hobbes, por su parte, consideró que para la supervivencia del hombre se había hecho necesaria, por medio de un contrato o pacto social, la creación de un poder que siendo superior al poder de los individuos pudiera imponer un orden social que hiciera posible una sociedad en paz. El pacto o contrato implicaría la enajenación de los derechos de que los hombres disponen en su *estado de naturaleza* a favor de la autoridad pública, un tercero que va a sustituir la voluntad de todos y a representarlos a todos. Este tercero sería completamente extraño al primer pacto o contrato por el cual la multitud se comprometió unilateralmente a respetarlo. Estas argumentaciones filosófico-políticas van a tener incidencia en el fortalecimiento del absolutismo.

Si bien Hobbes utiliza la figura del contrato en materia política, no fue quien la inventó. Existía ya una idea muy vieja de él, que se hace remontar a Epicuro, y aún más allá. También los teólogos de la Edad Media habían distinguido dos contratos: por el primero, llamado *pactum unionis* o *societatis*, los hombres aislados en *estado de naturaleza* se constituían en

³Chevalier, Jean Jacques. *Grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1967, p. 57.

sociedad; por el segundo, llamado *pactum subjectionis* o de *sumisión*, la sociedad así constituida, transfería sus poderes mediante ciertas condiciones y se daba un amo, un soberano⁴.

Grandes teólogos como Victoria y Suárez asignaron el poder de celebrar tal pacto al pueblo, luego se fue generando un movimiento de convergencia del pensamiento escolástico y teológico, de una parte, con el pensamiento laico de la edad media, de otra. En la concepción del teólogo Suárez, cuando el poder constituyente actuaba, lo hacía por única vez y agotaba toda su fuerza. Los poderes que de él surgían con el acto creativo constitucional seguían existiendo pero ya estaban fuera del control popular. Esta tesis, que no será aceptada en los siglos XVII y XVIII, va a reaparecer posteriormente.

Una vez que la nueva tesis del poder constituyente popular se perfecciona y se difunde, los argumentos de teólogos como el padre Mariana la refuerzan con formas coercitivas de respaldo: “El pueblo puede forzar al rey a obedecer las leyes que el pueblo ha expedido. Tiene el pueblo derecho a derrocar del trono al monarca desobediente y a castigarlo con la pena de muerte si fuere necesario”⁵.

Los pensadores políticos de los siglos XVII y XVIII reaccionan ante los efectos del autoritarismo y elaboran una serie de mitos útiles basados en el liberalismo, el racionalismo y el pragmatismo. Se habla de tolerancia, de igualdad, de libertad y de fraternidad frente a la realidad político social de la época que mostraba los privilegios de la clase noble, pero también la presencia emergente de una nueva clase social de gente negociante y rica con aspiraciones a dominar la sociedad.

Los pensadores ingleses, americanos y franceses reelaboran la teoría del contrato social para explicar el origen del poder, la soberanía nacional, la voluntad general y su calidad de mandato imperativo; así la titularidad del poder constituyente primario es radicada en el pueblo de manera permanente.

⁴Chevalier, *Grandes textos políticos*, op. cit., p. 57.

⁵Mariana. *De rege et regis institutiones*. Citado por Burdeau en “*Traité de Science Politique*” T. III, Paris Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, p. 223.

Locke en su *“Ensayo sobre el verdadero origen, la extensión y el fin del gobierno civil”* lanza un ataque a la teoría del derecho divino del monarca, retoma de Hobbes el *estado de naturaleza* y el *contrato originario* pero dará de ellos una versión nueva: “lo que dio nacimiento a una sociedad política y la estableció no fue otra cosa que el consentimiento de cierto número de hombres libres”. Los hombres, naturalmente iguales, ceden sus poderes a un gobierno capaz de salvaguardar la libertad y la igualdad primitivas. El poder legislativo es el supremo poder que se cede, pero es un depósito (*trust*) confiado a los gobernantes, de modo que si estos obran de manera contraria al fin para el que recibieron la autoridad –el bien público–, el pueblo retira su confianza y recobra su soberanía inicial, para confiarla a quien estime más adecuado. Entonces el pueblo guarda siempre una soberanía potencial, en reserva. Hay de parte suya un depósito y no un contrato de sumisión y por tanto, el pueblo puede emplear incluso la fuerza. Este es el coronamiento del edificio dialéctico de Locke: la justificación del derecho a la insurrección⁶.

Para Rosseau, por su parte, el único fundamento legítimo de la obligación política se encuentra en la convención establecida entre todos los miembros del cuerpo que se trata de constituir en sociedad política. Este pacto social “no puede ser *legítimo* más que cuando nace de un consentimiento obligadamente unánime”. Los caracteres de la soberanía se desprenden lógicamente del origen contractual y de la re-definición del soberano. El soberano constituido por el pacto social es el pueblo como cuerpo, que decreta la voluntad general, cuya expresión es la ley; por tanto los caracteres de la soberanía son los mismos de la voluntad general: inalienable, indivisible, infalible, absoluta. Su calidad de inalienable hace que no pueda ser representada (contra el parecer de Montesquieu y luego de Sieyès). Los representantes del pueblo no son más que “comisarios” del pueblo.

La tesis contractual sostenida por Rousseau alcanzó a llegar hasta la revolución francesa, pero conjuntamente con otras doctrinas afines “fue guillotinado bajo la novedosa tesis del abate Emmanuel Sieyès quien, desembarazado de la teoría contractual, sólo vio como fuente eterna y

⁶Cfr. Chevalier, *Grandes textos políticos*, op. cit., p. 99.

permanente del poder al pueblo deificado”⁷. Sieyès logra independizar la teoría constitucional del concepto de pacto para hacer de las constituciones la obra creadora de la soberanía nacional a través de sus decisiones, en virtud de residir en la Nación el poder constituyente primario. Tal poder está por encima de la constitución, fuera de ella y prevalece sobre ella puesto que la constitución no puede ser sino la creación de la Nación. Este concepto de soberanía implica “una contraposición dialéctica entre la soberanía que residía en el monarca, proveniente de dios, y esta soberanía sin linaje, que reside en la Nación”⁸. Así, la soberanía antecede al Estado y a la Constitución, es una fuerza subyacente que contribuye a dar vida a esta estructura; la soberanía se confunde con la sociedad, toma de ella su fuerza. El reconocimiento de tal soberanía es inseparable del concepto de poder constituyente primario, encarnado en la Nación, portadora de esa soberanía. En su obra *“Qué es el Tercer Estado”*, Sieyès atribuye dos características al poder constituyente: se trata de un poder originario y único, que no puede encontrar fundamento fuera de sí, y de un poder incondicionado, es decir, que no posee límites formales o materiales.

Estas corrientes de pensamiento se van a reflejar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en las cartas constitucionales de la época. El artículo tercero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone: *“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”*. El corolario de esta posición es la necesidad de representantes de la Nación y el proceso de elección de los mismos, por parte del pueblo.

Las teorías revolucionarias francesas hicieron acto de presencia en el proceso independentista norteamericano pero la tesis del poder soberano y constitucional del pueblo adquirió en Estados Unidos otra connotación al expresarse el principio de que las constituciones no eran elaboradas por el pueblo, pero para ser válidas deberían ser *aprobadas* por él. La concepción norteamericana conduce a las figuras del *referéndum* y al

⁷Hernández Rodríguez, Guillermo. *La alternación ante el pueblo como constituyente primario*, América Libre, 1962, p. 120.

⁸Ibid., p. 127.

plebiscito como máximas expresiones de la voluntad popular. La influencia también se dejará sentir en el resto de países de América y en las constituciones de la independencia con diversas interpretaciones y diferentes consecuencias.

Con la evolución de los acontecimientos políticos, la idea de que la soberanía residía en el pueblo no será la concepción de soberanía en la práctica del constitucionalismo continental europeo a lo largo del siglo XIX; la soberanía tendrá un carácter mixto que se expresará fundamentalmente a través del principio monárquico constitucional. La soberanía reside en la persona que ocupa el trono y en el órgano del Estado a través del cual se expresa la Nación, esto es, el Parlamento.

A finales de la primera guerra mundial se vuelve a plantear de manera expresa el problema de la soberanía en términos de soberanía *popular*, pero este proceso de democratización del Estado va a tener que competir con proyectos autoritarios de legitimación del poder en la forma de dictaduras ya sea de tipo fascista (el poder de la raza) o del proletariado (la clase social). Tras la Segunda Guerra Mundial el proceso se aclara y sólo se considera legítimo el poder que descansa expresamente en la soberanía popular, pues se considera que el Estado de Derecho del siglo XX, o es Estado democrático o no es Estado de Derecho⁹.

El régimen constitucional soviético, si bien ya desaparecido es emblemático de los sistemas socialistas que tienen por mira el comunismo. Kirichenko en su “Derecho Constitucional Soviético” considera como uno de los principios esenciales del sistema el de “la soberanía o poder supremo del pueblo, es decir, el poder absoluto de los trabajadores de la ciudad y del campo”¹⁰. No se trata de un concepto de soberanía general sino del atributo de una sola clase, con la expectativa de que el desarrollo socialista conduciría lentamente a la desaparición de las clases y la soberanía podría entonces confundirse con el pueblo en su totalidad.

⁹Cfr. Mora-Donatto, Cecilia. “La problemática del poder constituyente”, *El valor normativo de la Constitución*, México, DF, Universidad Nacional Autónoma de México. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/237/7.pdf> (21.06.2010), p. 31.

¹⁰Kirichenko M. y Denisov, A. “Derecho constitucional soviético”, p. 12, citado por Hernández Rodríguez, *La alternación ante el pueblo como constituyente primario*, op. cit. p. 136.

Kelsen sostendrá que la teoría de la representación indirecta en la democracia es una pura ficción, que no corresponde a un propósito científico, sino a una necesidad política: la función de esta ideología es la de establecer un velo sobre la situación real, la de mantener la ilusión de que “el pueblo” es el legislador, a pesar de que la función del pueblo, o más correctamente, del cuerpo electoral, está limitada a una función electoral: crear el órgano legislativo¹¹.

Modernamente, pensadores como Toni Negri¹² consideran que poder constituyente es democracia en estado puro, es derecho de resistencia y es revolución, es transformación y es potencia, posibilidad de libertad, es una fuerza que se proyecta. La presencia del poder constituyente presupone la presencia de una crisis. La ausencia, la carencia, son el motor de la dinámica del poder constituyente, el acicate para su actuación.

El poder constituyente es creativo, pero al mismo tiempo necesita hacer pactos. El acto fundacional, la constitución se da gracias a la facultad de hacer promesas y de mantenerlas en un ámbito de lo social, de la relación entre actores sociales. Ese pacto social implica necesariamente una reglas y una coerción, una obligatoriedad que acompañan la institucionalización. Desde el poder constituido se estructura entonces lo que se conoce como el Estado de Derecho y *estado* es lo estático, lo establecido, lo acordado si se quiere, el pacto social. Esas reglas implican afectación de las libertades y por tanto el cuestionamiento del derecho se hace desde la legitimidad del sistema.

Para Negri¹³, el poder constituyente se resiste al efecto de la constitucionalización en cuanto esta es cristalización e institucionalización. El poder constituyente, la potencia, institucionalizándose, no hace más que negarse. Deja de ser potencia y se vuelve acto. Al aceptar el derecho y una constitución, acepta la autolimitación de su propia fuerza. El derecho y el derecho constitucional en particular tratan de atar las fuerzas de la potencia constituyente. El poder constituyente es absorbido

¹¹ Cfr. Kunz, Josef L. *La teoría pura del derecho*, México, Nacional, 1974, p. 109.

¹² Cfr. Negri, Antonio. “El poder constituyente – Ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, 1ª Ed., Madrid, ed. Libertarias, p. 17 y ss.

¹³ *Ibid.*, p. 17 y ss.

en la máquina de la representación, de la soberanía y del sufragio. Se trata de limitarlo o concederle un ejercicio marginal como en el caso de los mecanismos de participación ciudadana. La relación entre revolución y derecho, entre revolución y constitución es un continuo. El derecho y la constitución siguen al poder constituyente, pero tratan de controlarlo, es decir, de institucionalizarlo; sin embargo, los debates sobre la legitimidad conectan nuevamente con el poder constituyente.

Y así desde diversas perspectivas se logra evidenciar el formidable esfuerzo de proponer el poder constituyente como el dispositivo genealógico general de las determinaciones sociopolíticas que forman el horizonte del actor social. A las grandes revoluciones siguen grandes transformaciones institucionales, transformaciones del poder constituido que se reflejan en constituciones políticas. Sin embargo, una constitución puede ser democrática, aristocrática o monárquica. No hay síntesis uniforme ni unívoca entre poder constituyente y poder constituido. El encuentro produce resultados similares pero diversos: No es lo mismo la revolución francesa que la revolución americana. Para Negri, la revolución francesa es una revolución social, de principios, de estructuras, que busca la libertad; la revolución americana lo que busca es el establecimiento de un cuerpo político que garantice la libertad. Para Habermas, la revolución francesa asume el derecho natural, la igualdad de los seres humanos, como un ideal que hay que realizar; la revolución americana asume el derecho natural como un estado real que la intervención política no debe deformar. La revolución francesa es democrática; la americana es liberal, es defensa de los derechos ante el poder público.

Estas apreciaciones evidencian las batallas que se han librado y se siguen librando en el terreno político no sólo para consolidar la titularidad del poder constituyente primario en el pueblo, sino para hacerlo efectivo.

Usos y efectos del concepto en el ámbito del derecho

En relación con el ***derecho***, un cuestionamiento al que la teoría constitucional tiene que hacer frente es el relacionado con la naturaleza ***jurídica*** de ese poder constituyente, ya que en el sentir de algunos teóricos, al origen de una Constitución no habría norma alguna que sirva

de referencia, en consecuencia, el poder constituyente no podría tener fundamento en ninguna norma y por tanto no puede tener naturaleza jurídica¹⁴.

Que no tenga fundamento en ninguna norma es una apreciación tentadora por su potencialidad creativa, pero desconoce los aspectos culturales, morales y religiosos, todos ellos de carácter normativo, no necesariamente jurídico, que tienen incidencia así sea indirecta en los criterios que determinan la voluntad creadora de un orden social. En nuestro sentir no se trata entonces de un poder *ex nihilo*, a menos que se acepte la teoría del poder constituyente de Dios.

Sin embargo, si bien, el poder constituyente primario no puede ser definido jurídicamente en términos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, de legalidad o ilegalidad, si puede y debe ser definido políticamente, en términos de *legitimidad* y esta, junto con la *validez* y la *eficacia*, constituyen una relación fundamental de la teoría jurídica moderna. Tal legitimidad hace referencia a tres elementos importantes resaltados por Mora-Donato: “a) a la titularidad del poder constituyente, b) al proceso a través del cual dicho proceso debe expresarse, y además se plantea c) la necesidad de diferenciar entre poder constituyente, poderes constituidos y poder revisor de la constitución”¹⁵.

En el sentir de Kelsen, “si se pregunta por el fundamento de validez de la constitución sobre la que descansan todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de las leyes, se llega tal vez a una constitución más antigua y así por último, a la primera constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico basado en esta constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determina el primer constituyente o las

¹⁴Cfr. Aragón Reyes, Manuel *La democracia constitucional* - La experiencia constitucional, 1978-2000. En Trujillo Gumersindo *et alrri* (dirs), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, p. 30.

¹⁵Mora-Donatto, Cecilia . La problemática del poder constituyente, *El valor normativo de la Constitución*, México, DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. En <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/237/7.pdf> (21.06.2010), p. 17.

instancias en que él hace delegación”¹⁶; sin embargo, la teoría kelseniana no puede dar respuesta adecuada a la pregunta sobre por qué *vale* la norma de grado superior, la norma fundamental; Kelsen reconoce entonces que la norma básica no es una norma jurídica, no es producida dentro del ordenamiento jurídico, no es instituida sino supuesta; la norma básica es considerada entonces como una hipótesis¹⁷.

La relación entre validez y eficacia de una norma jurídica, que había sido quizás el punto débil de la Teoría Pura del Derecho, es entonces planteada por Kelsen de esta manera: la eficacia es la condición de la validez; es la condición pero no la razón de su validez¹⁸. Kelsen considera que la *creación* y la *validez* de las normas jurídicas están regidas por el principio de la *legitimidad*. Pero el principio de *legitimidad* está limitado por el principio de *efectividad* y cita un ejemplo: En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de hombres intenta reemplazar al gobierno legítimo por medio de una violenta subversión, y sustituir el gobierno monárquico por uno republicano. Si lo logra, es decir, si el orden antiguo cesa de ser eficaz y comienza a serlo el nuevo desde el momento en que la conducta efectiva de los hombres (para los que el orden pretende validez) no responde más al orden antiguo, sino en general al nuevo, se opera entonces con este como con un orden jurídico. Si la tentativa se malograra por carecer de eficacia el nuevo orden erigido por él, al no responder al mismo la conducta efectiva de los destinatarios de las normas, el acto ejecutado no habría de interpretarse entonces como otorgamiento de constitución, sino como delito de alta traición; no como instauración de derecho, sino como infracción al derecho”¹⁹. Adicionalmente considera que en el orden jurídico más alto, en el derecho internacional general, el principio de efectividad constituye una norma jurídica positiva²⁰.

Kelsen se coloca en una difícil situación, pues al apelar al concepto de eficacia, introduce un elemento del mundo del ser, lo cual contraría la pureza metodológica que quiso lograr con su teoría pura del Derecho,

¹⁶Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Barcelona, Bruguera-Bolsilibros, p. 98.

¹⁷Ibid., p. 99.

¹⁸Kunz, Josef L. *La teoría pura del derecho*, México, Nacional, 1974, p. 75.

¹⁹Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 101.

²⁰Kunz, *La Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 95.

aunque trate de salvar esa obvia crítica hablando de una norma fundamental como presupuesto gnoseológico del orden jurídico y describiendo la relación entre validez y eficacia como la “tensión entre el deber ser y el ser”.

Límites jurídicos del poder constituyente

Otras problemáticas del poder constituyente están relacionadas con sus límites jurídicos, sobre todo cuando se distinguen dos tipos de poder: el originario o primario que nace de un acto fundacional que puede ser una revolución, y el poder de reforma; este segundo plantea problemáticas relacionadas con la posibilidad de reforma integral de una Carta ya establecida, y con el tema de los principios inamovibles que no podrían ser luego reformados; sin embargo, si el poder instituido nace de una norma jurídica que le da vida, esa norma que lo crea tampoco podría auto-limitarlo, porque la limitación de tal poder constituyente implicaría su propia destrucción.

Carl Schmitt hará unas precisiones adicionales en relación con los límites del poder constituyente primario; en su sentir, “Ni aun cuando se añadan a la organización estatal instituciones constitucionales de la llamada democracia directa queda desconectado el pueblo para todas las demás relaciones; y aunque a los electores y a los ciudadanos con derecho a voto se les asignen facultades constitucionales, el pueblo no se transforma por ello en una autoridad. Precisamente en una democracia, el pueblo no puede llegar a ser simple 'órgano' del Estado”²¹.

Poder constituyente primario y Derecho Internacional

Otro aspecto problemático del concepto surge cuando se relaciona con el derecho internacional. En efecto, Kelsen, siempre bajo el criterio lógico sistemático, analiza el problema de la soberanía y de la ubicación del Derecho Internacional. Considera que es el Derecho Internacional supra-ordinado el que, por ejemplo, legitima la creación revolucionaria del Derecho nacional bajo los parámetros de la efectividad; la soberanía de los

²¹Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial, p. 280.

Estados es considerada por este pensador como una autonomía otorgada a los mismos por el derecho Internacional: el Estado sería un órgano del derecho internacional. Kelsen considera que “si se acepta que no hay un orden jurídico estatal único [porque no hay un solo Estado], sino que hay en vigencia una pluralidad de tales órdenes, coordinados y, por tanto, jurídicamente delimitados unos de otros en sus ámbitos de validez, y si se considera [...] que es el derecho internacional positivo el que realiza esa coordinación de los órdenes jurídico estatales singulares y la delimitación recíproca de su ámbito de validez, se puede entonces concebir al *Derecho de Gentes* como un orden jurídico situado sobre los órdenes jurídico estatales singulares a los que abarca en una comunidad jurídica universal”²². Una pregunta que podría surgir de este planteamiento es: ¿y quién tienen la titularidad o calidad de constituyente primario frente a la norma fundamental del Derecho Internacional?

Kelsen considera que “no puede concebirse más al Estado como un orden jurídico soberano, sino sólo como un orden relativamente elevado, situado bajo el Derecho Internacional”²³, solo que el Derecho Internacional se encuentra en un “primitivo estado de completa descentralización” y se encuentra compuesto “por normas que fueron producidas en su origen por la vía de la costumbre [...] o por actos de los Estados, es decir, por los órganos competentes para ello de acuerdo con los órganos jurídico estatales singulares”²⁴, también por vía del tratado, celebrado también entre Estados lo que introduce nuevamente el concepto de pacto, por lo menos el pacto de cumplir lo prometido (*pacta sunt servanda*).

En el sentir de Kelsen la unidad del derecho internacional y del derecho estatal singular “aparece como la meta final de la evolución jurídica real dirigida hacia la creciente centralización, la unidad organizada de una comunidad universal del derecho mundial, es decir, la formación de un Estado mundial. Sin embargo, todavía al presente no puede hablarse de algo semejante”²⁵. Esta pretensión, de acuerdo con Kunz, “es una necesidad puramente teórica” de Kelsen, para poder organizar su sistema.

²²Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 119.

²³Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 159.

²⁴Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 170.

²⁵Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 177.

En el panorama actual de fortalecimiento del Derecho Internacional, el cuestionamiento estaría orientado a preguntarse si el titular, el constituyente primario de la norma fundamental del derecho internacional es el pueblo, son las naciones (¿Organización de las Naciones Unidas?) o son los Estados. Las argumentaciones frente a la práctica muestran varias posibilidades.

Un elemento interesante, extraído de la práctica en relación con estas reflexiones, es el caso de la llamada “Constitución Europea”. La propuesta final del tratado constitucional para la Unión Europea (oficialmente, *Tratado que Establece una Constitución para la Europa*) fue producto de largas negociaciones por parte del Consejo Europeo en el año 2004.

Para comenzar, la base de tal constitución eran los tratados celebrados en debida forma por los Estados miembros, más algunas adiciones. Para que adquiriera la calidad de Constitución cada estado miembro sería requerido a ratificarla. La ratificación tomaría diferentes formas dependiendo de las constituciones y procesos políticos de los Estados miembros. La Constitución Irlandesa, por ejemplo, establece que un referéndum debe tener lugar para decidir sobre todos los tratados internacionales, mientras que la Constitución Alemana prohíbe el referéndum.

En este último aspecto es necesario recordar que el resultado de un referéndum puede ser obligatorio (vinculante), o no obligatorio (consultivo). Un referéndum consultivo deja la interpretación del voto al poder legislativo (como el referéndum sobre la Constitución Europea para el caso de España).

Después de la ratificación de la Constitución Europea por los parlamentos de Eslovenia y de Grecia y de la aprobación de la Constitución a través del referéndum en España, en mayo de 2005 los electores del referéndum en Francia optaron por la no ratificación del texto; luego, en junio del mismo año, los Países Bajos también votaron por no ratificar la Constitución Europea, provocando una crisis, especialmente relacionada con el proceso de ratificación de tratados a través de referéndums que iría a culminar con la adopción del Tratado de Lisboa de 2007, el cual sustituyó la fallida

Constitución. Paradójicamente, el referéndum no recibió apoyo de “los pueblos europeos”, pero sus contenidos, en buena medida, siguieron vigentes en cuanto eran producto de tratados ya celebrados en debida forma.

Muchos de los cuestionamientos que se formularon durante el proceso tuvieron que ver con la real existencia un “pueblo europeo” para avanzar en la constitucionalización de la Unión, incluida la pregunta de saber si el concepto de nacionalidad sería el determinante para la decisión refrendataria de la constitución y cuál sería la situación de los migrantes.

Pastor, Pedrol y Pisarello en un texto difundido sobre “*diez razones para decir no*”²⁶ al referéndum, plantean argumentos relevantes: “La utilización del término Constitución, con toda la carga emotiva que encierra, persigue obtener de los ciudadanos el reconocimiento que ni la fría burocracia de Bruselas ni las alejadas Cumbres Intergubernamentales han conseguido granjearse hasta ahora. [...] Tampoco se trata, naturalmente, de esperar el surgimiento de un “pueblo europeo” homogéneo y acabado como condición para admitir el debate constitucional. Lo que ocurre es que resulta difícil sostener que este proyecto de Constitución en concreto pueda actuar como catalizador, como inductor de una auténtica esfera pública europea [...] En realidad, una discusión constitucional que se reduzca a la conveniencia o no de un determinado reparto de votos, que se agote en reformas institucionales de tipo técnico o que sirva para consolidar un modelo económico que está lejos de dar los frutos anunciados por sus defensores, no conseguirá entusiasmar a los millones de personas que creen que otra Europa es posible”.

Consideran estos analistas que “Para devolver a los pueblos y a los habitantes de Europa un debate confiscado por los especialistas, los ejecutivos estatales y la burocracia de Bruselas, hace falta abrir un auténtico proceso constituyente democrático, con una pedagogía alternativa que permita involucrar a amplios sectores de la sociedad en la redefinición de la idea de Europa ¿Cómo aspira a conseguirlo, por dar sólo

²⁶Pastor, Jaime; Pedrol Xavier y Pisarello, Gerardo. “El Proyecto de Constitución Europea a referéndum: diez razones para decir que no”. En <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=3992> (01-09-2004).

un ejemplo, un Proyecto que prácticamente condena al olvido a los más de veinte millones de trabajadoras y trabajadores inmigrantes que con su esfuerzo contribuyen a la prosperidad del continente?²⁷.

2. LOS USOS DEL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE EN COLOMBIA

Rico Sandoval, en un muy completo estudio sobre el tema²⁸, considera que si tomamos en consideración la teoría ruossoniana de la soberanía popular, lo que nuestra historia muestra son tres fracasos, mientras que la teoría de Sieyes será fundamental para efectos de dotar de legitimidad a las cartas constitucionales de la República. Es decir que la potencia constituyente, esto es, la capacidad popular de gestar un cambio constitucional sin sujeción a límite alguno, no fue una opción considerada para el poder constituyente primario en Colombia.

En efecto y de acuerdo con Rico, alrededor del criterio de que el pueblo es el titular del poder constituyente primario en Colombia se articulan cuatro situaciones, a saber: a) una primera concepción que niega todo poder al pueblo; b) otra que lo considera como función electoral según la cual el pueblo sólo se manifiesta por medio del voto; c) como función pública, bien sea constituyente o legislativa según que el órgano con la capacidad de reforma constitucional sea una asamblea o el congreso, y por último, d) el poder constituyente primario como la potencia del pueblo constituyente que sin sujeción a formas jurídicas se organiza²⁹.

¿Tres fracasos anónimos?

De acuerdo con Rico, en la historia de Colombia sólo se pueden resaltar tres intentos de aplicación de la cuarta posibilidad:

²⁷Pastor, El Proyecto de Constitución Europea a referéndum, En <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=3992> (01-09-2004).

²⁸Rico Sandoval, Ronald Zuleyman. Genealogía del concepto de poder constituyente en Colombia. Tesis de grado en derecho. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, 2005.

²⁹Rico Sandoval, Genealogía del concepto de poder constituyente en Colombia, op. cit. p. 41.

En primer lugar recuerda la *Revolución de los Comuneros de 1781*, pues estima que sus actos liderados por Galán son verdaderos actos constituyentes, ya que su finalidad no sólo era la toma de poder sino implantar un gobierno nuevo, lo que en teoría jurídica moderna se entiende como la creación de un Estado³⁰.

Un segundo momento constituyente popular ocurrió el *día de la independencia*, pero es poco conocido: se informa en Santa Fe de la “retención” del monarca español y de su hijo Fernando a manos de Napoleón, de la creación de las juntas en España y de la llegada del Visitador Regio, el 20 de julio de 1810 el cabildo abierto de Santa Fe estableció una Junta, pero de patricios criollos fieles al Rey; el pueblo no eligió, sólo ratificaba a quienes proclamaba Acevedo, todos ellos miembros de la élite criolla de Santa Fe y quienes venían disfrutando de los pocos privilegios que no acaparaban los españoles”³¹. En dicha sesión se reconocieron los derechos de la Corona Española, a Fernando VII como rey y la relación de dependencia con la metrópoli. Sin embargo, ante las presiones de la revuelta popular impulsada por José María Carbonell, éste terminó hablando ante la Junta promoviendo la libertad absoluta, proposición que no fue aceptada. Al finalizar la Junta en la madrugada del 21 se firmó el acta conocida como de “Independencia”, que aparece saturada, en el papel, del principio de la soberanía popular.

El día siguiente, 21 de julio, Carbonell organizó una marcha popular que desconoció a la Junta Suprema de Santafé e instaló “en un local del barrio San Victorino una junta popular con diputados del común que lo nombró como presidente [...]. Por primera vez el pueblo de Santa Fé profesó vocación de independencia y elegía libre y soberanamente a sus conductores. Esta junta se movilizó por las calles de la ciudad e impuso su ley durante algunos días. Infortunadamente careció de la conciencia política y de la organización que le pudieran haber asegurado el triunfo”³².

³⁰ Cfr. Ministerio de Educación Nacional. Sentencia de muerte de José A. Galán y sus demás compañeros de la insurrección comunera de 1781. Bogotá: 1972. Citado por Juan Felipe García, *Ibíd.* pp. 13-14.

³¹ Llano Isaza, Rodrigo. *José María Carbonell*, Bogotá, Planeta, 1996, p. 77.

³² Llano Isaza. *José María Carbonell*, op. cit., p. 79.

La junta popular fue reprimida por todos los medios por la Junta Suprema. “El día 23 de julio la Junta Suprema, acompañada por el virrey Amar, rindió tributo a Fernando VII y produjo el primer decreto represivo contra el pueblo que orientaban Carbonell y los *chisperos*”³³. Se dijo que la intención en esos momentos de crisis era administrar “al pueblo sensible, dócil, cristiano y fiel de esta ciudad y su comarca”³⁴, para ello “se declara reo de Estado y de la patria a cualquiera que con cualquier pretexto, y no haciéndolo con la debida moderación, decoro y respeto haga la menor oposición a las órdenes de la Junta”³⁵. Luego de disuelta la junta popular de San Victorino, y que José María Carbonell hubiera estado en tres ocasiones en la cárcel durante el periodo conocido como *Patria Boba*, se produjo su último encierro por órdenes del “Pacificador” Pablo Morillo, quien lo condenó a morir en la horca el 19 de junio de 1916.

El tercer momento constituyente, invisible a la historia (oficial), se desarrolla en el siglo XX y cuyo nombre ha sido relegado del estudio constitucional colombiano. Rico se refiere a las llamadas *primera y segunda ley del Llano*³⁶, que surgieron en un período de la historia del siglo XX conocido como *La Violencia* donde varios grupos rebeldes –llamados bandidos, bandoleros o guerrilleros–, a la cabeza de Guadalupe Salcedo, expidieron un cuerpo normativo estructurado, donde establecieron una organización estatal, una jurisdicción y derechos de los ciudadanos. La *segunda ley del Llano* se compone de siete títulos: de la población civil, del gobierno popular, de las autoridades superiores civiles y militares, de los delitos y de las penas, de la administración de justicia, de las fuerzas armadas, y disposiciones especiales³⁷. Es decir un cuerpo normativo que intentó (re)crear un Estado.

Es la otra corriente interpretativa del poder constituyente primario, en la línea de Sieyes, que impulsa la actuación de la Nación, pero por medio de sus representantes, la que tendrá mayor aplicación. Autores

³³Ibíd., p.p. 79-80.

³⁴Decreto de la Junta Suprema, citado por Llano Isaza, Ibíd., p. 80.

³⁵Ibíd., p. 81

³⁶Eduardo Umaña Luna describe la aparición de la primera ley de Llano el 11 de septiembre de 1952 y la segunda el 18 de junio de 1953.

³⁷Guzmán Campos, Monseñor Germán; Flás Borda, Orlando y Umaña Luna, Eduardo. *La violencia en Colombia. Estudio de un proceso social*, T. II. 1º Ed., Bogotá, Tercer Mundo, 1964. pp. 60-61, 55-151.

constitucionalistas históricos de influencia académica y política conservadora como José Vicente Concha³⁸ son claros al referirse a la teoría sieyesiana sobre el poder constituyente, al negar el dogma de la soberanía popular y ratificar el de la soberanía de la nación, quien, por medio del órgano instituido para el efecto, podría en última instancia modificar la constitución.

El argumento de autoridad referido por Concha acude inicialmente a la teoría rousseauiana pero luego, acudiendo a los teólogos de la edad media, considera agotada la función constituyente primaria: el hombre, después de un pacto social que se realiza en comunidad, le transfiere su capacidad de decisión a un cuerpo colegiado que dicta las leyes generales, y ésta magistratura está relegada sólo a los hombres preparados.

Los efectos en algunas experiencias constitucionales iniciales

En la constitución cundinamarquesa de 1811, los constituyentes enfocan la soberanía de la Nación como una prerrogativa *reconquistada* por la vacante del trono de Fernando VII. El Art. 1º de la Carta incluye apartes como: “La representación libre y legítimamente constituida por elección y consentimiento del pueblo de esta Provincia [...] convencida y cierta de que el pueblo a quien representa ha asumido su soberanía, recobrando la plenitud de sus derechos [...]”.

El estatuto constitucional para la República de Colombia expedido en Cúcuta en 1830, en su art. 2 dispone: “La soberanía reside esencialmente en la Nación”. El contenido y la terminología de este artículo se repetirán permanentemente y “servirán de escudo tutelar, de imagen totémica del derecho constitucional colombiano”³⁹ pues el art. 2 de la Constitución de 1886 repetirá: “La soberanía reside única y exclusivamente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes públicos. (...)”. El art. 3 de la Constitución de 1991 consagrará otro parámetro: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. (...)”.

³⁸Político y jurisconsulto colombiano, miembro del Partido Conservador, fue Presidente de Colombia entre 1914 y 1918.

³⁹Hernández Rodríguez, Guillermo, op. cit., p. 124.

Al final del texto del proyecto de reforma a la constitución de la Nueva Granada, presentado al Congreso en 1842 por José Rafael Mosquera, junto con Cerbeleón Pinzón y José Ignacio de Márquez Barreto, como conclusión del informe de la Comisión a la Cámara de Representantes, se manifiesta que: “El estado actual de la República no puede prolongarse pues, sin un gravísimo peligro, porque, si no es ya el de la anarquía, vendría por relajación de los poderes a parar en ella; pero el remedio de convocar una convención constituyente pudiera ser más peligroso que el mismo mal. Un cuerpo semejante es una verdadera dictadura en manos de muchos individuos, porque su poder no tiene los límites, ni está sujeto a las formalidades que tiene que observar un Congreso constitucional, y es imposible prever a dónde lo arrastraría aquella omnipotencia, y a dónde con ella arrastraría a la nación, fuera cual fuese el carácter personal de los individuos que la compusiesen, y salir a tanta costa de una revolución, para exponerse sin necesidad a entrar en otra mayor, sería el colmo de la imprudencia”⁴⁰.

En el prólogo de la obra “*Apuntamientos de derecho constitucional, para uso de los estudiantes de derecho*”, de José Vicente Concha⁴¹, Antonio José Cadavid, trae algunas acotaciones muy significativas:

Cadavid trae a colación el *Tratado de Ciencia Constitucional* de Cerbeleón Pinzón, quien equipara el poder constituyente al derecho al sufragio, el cual denomina poder electoral: el voto en este contexto debe ser universal pues “[...] tiene por objeto constituir los apoderados de la Nación”⁴². El poder constituyente o electoral es el derecho del pueblo de *auto-rejirse*, eligiendo a quienes los representarán en las asambleas legislativas y el poder ejecutivo. Antonio del Real⁴³ por su parte, no distingue un poder constituyente, sino una *función constituyente*, relegada a una asamblea, cuando crea toda la constitución, o al Congreso cuando la modifica⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. Rico, op. cit., p. 62.

⁴¹ Cfr. Rico, op. cit., p. 49.

⁴² Cfr. Rico, op. cit. p. 56.

⁴³ Quién fue catedrático de derecho constitucional en la *Universidad del Magdalena è Istmo*, y como guía de sus clases publicó el libro *Elementos de Derecho Constitucional*⁵⁷, en el cual si bien hace una explicación sencilla de diversos temas constitucionales, como el de la soberanía nacional del pueblo.

⁴⁴ Cfr. Rico, op. cit., p. 35.

Usos en la Carta de 1886

La Constitución de 1886 fue el producto de un hecho radical, pues sus disposiciones no fueron adoptadas como lo preveía el órgano jurídico anterior, que era el establecido por la Carta del 63, la cual, a su turno, había sido promulgada en virtud del poder constituyente surgido de una revolución triunfante.

Al analizar el preámbulo de la Constitución de 1886, José María Samper con su obra *Derecho Público Interno*⁴⁵, comenta lo siguiente: “Pero si Dios es fuente *suprema* de toda autoridad, la autoridad política tiene y ha de tener una fuente inmediata y visible; una autoridad de naturaleza temporal, de donde emanan los poderes del legislador, si se trata de dar leyes, o del constituyente, si se quiere dar al Estado una constitución. La fuente inmediata y visible de este Poder constituyente, ***es el Estado*** mismo [*resaltado nuestro*]. Así, constituida como había estado Colombia en Confederación de Estados soberanos, pero rota por los acontecimientos y puesta en desuetud la constitución de los *Estados Unidos de Colombia*, era necesario reconstituir la república. ¿De qué modo? “Lo más natural era proceder conforme a los antecedentes (...). La autoridad de los Estados, asumida por los Delegatarios [12 designados por Caro e incluido él mismo], es la fuente de legitimidad invocada por éstos para iniciar y realizar la expedición de un nuevo Código fundamental o Constitución de la república”⁴⁶.

En el proceso constituyente de 1886 se consideró que emitido el plebiscito por las municipalidades de todos los Estados, con la aprobación poco menos que unánime, declarada por la *Corte Suprema Nacional* el 15 de abril de 1886, el Consejo de Delegatarios podía asumir el poder constituyente, con perfecta autorización y seguridad. “Tal es el título de legitimidad invocado en el preámbulo de la Constitución; título incontrovertible y de la mayor respetabilidad, puesto que se funda en el previo y explícito asentimiento de la nación”. Siguiendo a Rico, de esta cita se infieren tres cosas, la primera es que quien ostenta la calidad de Poder

⁴⁵Samper, José María. *Derecho Público interno*, T. II., Comentario científico de la constitución de 1886. Biblioteca Popular, vol. 59. Bogotá, Talleres gráficos del Banco popular. 1974, pp. 19-21.

⁴⁶Samper, op. cit. p. 21.

Constituyente es el Consejo Nacional de Delegatarios, y esta calidad sólo se asume para dar al Estado una Constitución. En segundo lugar, la competencia constituyente la dio la representación de los Estados de la federación, quienes serían la fuente inmediata del Poder Constituyente, y por último, estando legitimado el Consejo en virtud de la delegación hecha por los Estados, el asentimiento de las municipalidades, por la vía plebiscitaria, lo que hizo fue *ratificar* la condición de poder constituyente de que habían sido investidos los delegatarios. Una vez más la participación popular (de las municipalidades) se redujo a la función electoral encaminada, bien a la elección de representantes, o bien a la ratificación de las decisiones tomadas.

Retomando el texto de José Vicente Concha, en su obra de 1912 es de resaltar otra acotación importante que hace el prologuista Antonio José Cadavid con referencia a la soberanía popular: “La fuente de toda autoridad –enseña el libro del Dr. Concha, siguiendo la doctrina de San Pablo y de la Iglesia Católica- está en Dios. Pero no hay que creer que esta doctrina autorice la conocida con el nombre *derecho divino de los reyes*, que se ha invocado muchas veces, por unos, para cohonestar ó justificar los poderes más absolutos y despóticos en manos de una sola persona, y por otros, para impugnar, falseándola, maliciosa ó erradamente, la doctrina cristiana y católica de que es Dios la fuente suprema de toda autoridad, y para oponerle a ésta el dogma llamado de la soberanía popular; que, entendido malamente, engendra la revolución, la demagogia y la anarquía”⁴⁷.

Para Concha el poder legislativo y el constituyente son establecidos por la constitución para expedir leyes o reformar la constitución misma. En este orden de ideas, para este autor, el poder constituyente se reduce a una función pública, la función constituyente. Pese a que la referencia en sí hace alusión a una función pública, Concha es claro al referirse a la teoría sieyesiana sobre el poder constituyente, al negar el dogma de la soberanía popular y ratificar el de la soberanía de la Nación, quien, por medio del órgano instituido para el efecto, sería la que podría en última instancia modificar la constitución.

⁴⁷Concha, José Vicente. *Apuntamientos de derecho constitucional, para uso de los estudiantes de derecho*. Del prólogo de Antonio José Cadavid. p. XIV.

El cambio de mentalidad jurídica

En 1950 llega a la presidencia Laureano Gómez, quien organizará una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de modificar la constitución vigente que incluía reformas liberales como las de 1905, 1910 y 1936, y retornar a las bases fundamentales de la Carta de 1886. La mayoría de los actos que expide tal asamblea no generan mayor cambio, por cuanto permaneció en el tiempo discutiendo el criticado proyecto de gobierno, sin llegar a expedir la nueva constitución. Lo interesante es que esta asamblea se declara no la representación del pueblo, no la representación del poder constituyente primario, se considera ella misma el constituyente primario, y por tal no tenía límite alguno, salvo el que ella misma se impusiera.

En la primera edición de su obra *“Lecciones de derecho constitucional colombiano. Apuntes de clase”*, que se publica en 1951, Álvaro Copete Lizarralde, presenta un último capítulo bajo el título de “La Reforma de la Constitución”, en el cual muestra desacuerdo con la tesis según la cual para acometer la reforma integral de la Carta sería menester solicitar el asentimiento de las municipalidades del país, por haber sido ellas quienes aprobaron las bases de la Constitución de 1886. Considera este tratadista que “ésta opinión, de pura raíz sieyesiana, parte de la base de la soberanía popular, teoría hoy revaluada”. Y que “si realmente existen algunos puntos no reformables, como se cree, la imposibilidad de la reforma no proviene de un referéndum popular, sino las exigencias del Derecho Natural; por ejemplo, el principio de que nadie podrá ser penado *ex-post-facto*, se impone al constituyente de una manera ineluctable, independientemente de cualquier voluntad manifestada”⁴⁸. Esta posición plantea el debate sobre los límites del poder constituyente.

En 1953, llega al poder, mediante golpe militar, el General Gustavo Rojas Pinilla, y es precisamente la Asamblea Constituyente convocada por Laureano Gómez quien legitima el gobierno de Rojas mediante los actos legislativos 1 y 2 de 1953.

⁴⁸Copete Lizarralde, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional colombiano*. Apuntes de clase. Profesor de la materia en las universidades Nacional y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, pp. 299 y 300.

El cambio de mentalidad jurídica en relación con la figura del poder constituyente primario se realiza alrededor de 1957 y de manera paradójica; aquí se sitúan el plebiscito y sus acontecimientos anteriores como punto nodal de esta evolución; el pacto político llamado *Frente Nacional* dio sus frutos: si bien esta vez se convocó al pueblo para que votase una reforma constitucional, esta lo limitaba como ente constituyente; pero aun así la gente estaba feliz, quizás porque de alguna manera estaba participando!⁴⁹

En este proceso, el poder constituyente originario se presenta ya no como una función del Estado, sino como un concepto autónomo organizador del mismo; sin embargo, el concepto emerge como poder *reglado*, es decir, *limitado*; es decir que se mantiene la continuidad de las políticas de bloqueo al pueblo, reduciéndolo a un ente que refrenda. Si bien se acepta que existen cuerpos colegiados diferentes al Congreso que pueden modificar la constitución, se agrega que es necesaria la convalidación del pueblo para que se genere el cambio constitucional querido. Así, el concepto de poder constituyente originario es una construcción teórica que se da en la práctica a través de una Asamblea que decide y el pueblo que refrenda.

Siguiendo con la evolución histórica, el proyecto de reforma constitucional de 1977 propuso la creación de una asamblea constituyente pero fracasó por la decisión de inconstitucionalidad proferida por la Corte Suprema de Justicia⁵⁰. La sentencia del 5 de mayo de 1978 analiza la relación entre constituyente primario y constituyente derivado y excluye la posibilidad de reforma constitucional por vía diferente a la del Congreso. La Corte de aquel entonces consideró que “El Congreso, como destinatario del poder de reforma constitucional, derivado del Constituyente primario, tiene plena capacidad para expedir actos legislativos reformativos de la Constitución; pero no puede reformarla para modificar el contenido y alcance de su propia competencia. Reformar la Constitución directamente no es lo mismo que instituir un órgano constituyente. Sólo el

⁴⁹Cfr. Rico, op. cit. p. 52.

⁵⁰Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sent. de mayo 5/1978 mediante la cual se declara inexecutable el Acto Legislativo N° 2 de 1977. Magistrado ponente, José María Velasco Guerrero. Gaceta Judicial No. 2397, Bogotá, 1978, p. 99.

Constituyente primario puede crear ese cuerpo y atribuirle el poder de reforma. Atribuir competencias es de la esencia del poder Constituyente primario. Se trata de una competencia indelegable”.

El anterior razonamiento de la Corte introducía una paradoja: el Constituyente primario es quien establece las competencias del Congreso, y este no las puede modificar, pero como la competencia de reformar la Constitución establece que “solo” se puede hacer mediante el mecanismo consagrado en el artículo 218, ésta, la Constitución, tampoco puede ser reformada por el Constituyente primario. Pero como el poder de reforma del Congreso está limitado, entre otros, por su propia competencia, el Congreso no podía modificar el artículo 218, para establecer diversos medios de reforma, esto sólo lo puede hacer el titular de la competencia, es decir, el Constituyente primario, pero como la Constitución establece que esta se puede reformar “solo” por el Congreso, entonces nos embarcamos en un círculo vicioso hasta 1991⁵¹.

Es de considerar que la interpretación de la Corte Suprema del año 1978 será diferente a la enunciada por ella misma en 1990 (al decidir sobre la constitucionalidad del decreto de Estado de Sitio que dio vía libre a la Asamblea Nacional Constituyente), y a su vez a la interpretación que sobre el poder constituyente primario enuncia la actual Corte Constitucional.

Los nuevos vientos son jurisprudenciales

El 25 de agosto de 1989, una semana después del asesinato de Luis Carlos Galán y ante el estupor que produjo este crimen, y varios otros, los universitarios de Bogotá organizaron la *Marcha del Silencio*, que dio lugar al nacimiento de un movimiento estudiantil donde se empezaron a discutir fórmulas de reforma, las cuales se concretaron en la propuesta de una *Séptima Papeleta* (una más de las seis que se introducían por aquel entonces para votar a cargos de elección popular) que consultara a los electores sobre una Asamblea Constituyente.

El Decreto Legislativo 927 de 1990 autorizó el escrutinio de los votos a favor de una Asamblea Nacional Constituyente de manera ya oficial por la

⁵¹Cfr. Rico, op. cit., p. 9.

Registraduría Nacional del Estado Civil. La Corte Suprema de Justicia declaró exequible esa norma. En las elecciones del 27 del mismo mes de mayo, la propuesta a favor de la Asamblea Constitucional recibió un respaldo de más de 5 millones de votos. El 24 de agosto el presidente de turno Gaviria, por medio del Decreto 1926 de 1990, estableció el temario y la composición de la asamblea y los requisitos para ser miembro de ella. El Decreto recogía el contenido de un acuerdo político celebrado entre las colectividades políticas más importantes del país. La Corte Suprema de Justicia avocó el examen de constitucionalidad del Decreto 1926/90 y contra la ponencia de su Sala Constitucional, la Sala Plena lo declaró exequible. Sin embargo, declaró inconstitucional el temario que se le fijaba a la constituyente y la caución que debían depositar los aspirantes a la misma⁵².

Entre los argumentos para tal decisión, la Corte Suprema, apartándose un poco de la teoría kelseniana, consideró que “el derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad⁵³. “Uno de esos valores es la paz: no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de la Constitución, que conforme dice la sentencia 51 de mayo 19 de 1988 proferida por esta Corporación, sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones.”

En el sentir de la Corte Suprema, “tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1º de diciembre de 1957 sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad”.

⁵²Magistrados ponentes. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz. Tuvo varios salvamentos de voto.

⁵³La Corte cita a Del Vecchio, Giorgio y Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Unión Tipográfica y editorial hispanoamericana, UTHEA, t. 1, 1946, p. 153-155.

La Corte analiza su competencia para actuar en el caso, contenida en los artículos 121 y 218 Superiores; luego analiza la viabilidad de aplicar la teoría del constituyente primario. Desde el punto de vista de la competencia, se pronunció en el sentido de que el mentado decreto al ser expedido en virtud de un decreto de Estado de Sitio, y por guardar conexidad con éste (pues se pensó que el decreto posibilitaría obtener la tan anhelada paz que lo fundamentaba) debía ser objeto de análisis jurisprudencial por lo que no se podría inhibir. Lo curioso está en que supuestamente no se podía convalidar una decisión de tal alcance pues lo que estaba en juego era el requisito jurídico imperante que establecía un procedimiento riguroso de modificación de la Constitución, señalado principalmente por el Art. 218 Superior y el Art. 13 del Plebiscito de 1957. Por ello el primer fundamento teórico o herramienta discursiva que se utilizó fue traer a colación como argumento de legitimación a Hans Kelsen en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, quien sostiene que “un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado”⁵⁴.

Al analizar la viabilidad de sostener la aplicación de la teoría del constituyente primario, la Corte trae a colación como fundamento histórico para legitimar su posición a José María Samper y su *Derecho Público Interno*⁵⁵ para tratar de explicar el concepto Nación de que trataban los artículos 1 y 2 de la Constitución de 1886. En el texto citado, Samper explica que uno de los atributos de la nación es el de ser soberana, y de esto la Corte infiere que “la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes derivados.” Por lo anterior concluye la Corte que “Como la nación colombiana es el constituyente primario puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba”.

La interpretación de la Corte significó una ruptura frente a las diversas posiciones estudiadas en este escrito, pues le concede al constituyente

⁵⁴Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1949, pp. 115 a 121. Citado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de octubre 9 de 1990 magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz. Sentencia Núm. 138, expediente 2214 (351-E).

⁵⁵Samper, José María. *Derecho Público Interno de Colombia*, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura

primario la posibilidad de no sujetarse a los requisitos que para la reforma de la Constitución ella misma establecía.

De aquí se puede obtener ya una conclusión y es que en Colombia, la manifestación del poder constituyente primario ha necesitado de una convalidación institucional para poderse expresar. Dicho de otra forma, sin las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia en 1957 y luego en 1990, el constituyente primario, considerado como un poder ilimitado, nunca se hubiera podido manifestar. Es de resaltar que se trata de una interpretación, en este caso, de orden jurisprudencial.

No todos los analistas estuvieron de acuerdo con el uso que se le pretendía dar a la figura, ni con la actitud de la Corte. Surgieron voces de rechazo sobre tal interpretación, inclusive la de los magistrados que salvaron su voto, al manifestar que la sentencia conllevaba considerar a dicha instancia judicial como una “tercera cámara” o “como el órgano para el ejercicio del temido 'gobierno de los jueces'”. Más aún, en el salvamento de voto se consideró que el voluntarismo de la Corte, al concederle una fuerza jurídica limitada, a un acuerdo político, que había decidido el contenido temático de la asamblea, conllevaba a considerar a la Corte como un titular o “sujeto del poder constituyente.”

Para la Corte, en la sentencia comentada, la soberanía popular se manifestó con la Séptima Papeleta, la cual “modificó, de hecho, o adicionó o derogó transitoriamente el artículo 218 de la Constitución”. Sin embargo, en el salvamento de voto se consideró que “La teoría de Juan Jacobo Rousseau de la voluntad general, entiéndase en este caso la voluntad popular como emanación de la soberanía y de los poderes públicos, nunca ha sido admitida entre nosotros y jamás la tuvo en cuenta el constituyente de 1886 para reformar la Constitución, ni para ello es ahora parte de nuestro ordenamiento”; en la opinión de los magistrados disidentes se trataba de todo lo contrario: la Nación no podía entenderse como el pueblo, ya que dicho concepto guardaba relación con la Revolución Francesa, por lo cual no era universal sino sólo aplicable al contexto mismo de dicha revolución. El “origen” del concepto “estuvo ligado al esfuerzo de

Colombiana, 1951.

los revolucionarios franceses empeñados en la construcción del Estado capitalista frente a la derrocada monarquía absolutista”. Pero Sieyès “quien advirtió el peligro de adoptar la tesis de la soberanía popular” la desechó y “optó por la antitética 'soberanía nacional’”. Así “la Nación es un cuerpo separado de los individuos mismos que la componen”. El concepto de poder constituyente se estableció como “elemento simbólico de supervivencia” pues “no fue otra cosa que un subproducto de la aplicación de la tesis de la soberanía nacional y una necesaria consecuencia de las decisiones revolucionaras de la burguesía para excluir del voto al pueblo francés. Pero ese concepto cobra una extraordinario vigor ante una doble necesidad: la de destruir el carácter eterno, monolítico e indiscutible de la monarquía absoluta y la de dejar el poder en quienes tenían interés objetivo y capitalista en el nuevo orden”. Esta fue la opinión de la minoría.

La Carta de 1991 y la sentencia de la Corte Constitucional de 2003

Y así se dio vía libre al proceso constituyente de 1991, mediante una Asamblea Constituyente. En relación con la reglamentación efectiva sobre el poder constituyente, la Carta de 1991 estableció en su artículo 374: “*La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo*”. El art. 376, por su parte establece que “*Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente, con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine*”. El art. 377 dispone que “*Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral*”.

De la interpretación actual que la Corte Constitucional hace sobre el concepto de poder constituyente primario establecido en la nueva normativa constitucional se infiere que el mismo debe encausarse “dentro de los cauces institucionales diseñados específicamente”.

En la sentencia C-551 de 2003⁵⁶, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 796 del mismo año “*Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*”, la Corte Constitucional estableció unos lineamientos sobre los cuales había de entenderse el ejercicio del poder constituyente. En este sentido, de acuerdo con la Corte: “dicho poder en su modalidad de poder constituido no tiene la competencia para reformar íntegramente la Constitución, ni si quiera de modificar parcialmente la constitución cuando dicha reforma implique un cambio sustancial de la misma, así, si con la reforma de un artículo se pretende sustituir el planteamiento establecido por el constituyente primario, este tema le está vedado al Congreso. Un ejemplo de lo anterior es que el Congreso no puede cambiar la forma republicana del Estado. Dicho sustrato íntimo sólo puede ser modificado por el constituyente primario”.

En la sentencia se estableció no sólo una diferencia en el ámbito de las competencias funcionales del Congreso, sino que se fue más allá y se delimitó una frontera entre la clásica dualidad del constituyente derivado y el originario: el poder constituyente primario es “el poder constituyente en sentido estricto”, en cambio el poder derivado o secundario es sólo un “poder de reforma”, esto es, que el poder constituyente derivado no es un poder en sí, sino sólo una *competencia* más de un cuerpo legislativo.

El argumento de autoridad de la Corte radicó en la teoría moderna constitucional del “mundo contemporáneo”, y para ello citó a la Corte Suprema de la India⁵⁷, la cual, “en numerosos fallos, ha concluido que el poder de reforma constitucional tiene límites competenciales, a pesar de que esa Constitución no consagra ninguna prohibición expresa al poder de reforma, ni ninguna cláusula pétrea”.

⁵⁶C. Const., Sala Plena, Sent C-551 de 2003. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, véase: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-551-03.htm (15-01-2012).

⁵⁷La Corte extrae esta interpretación de David Sathe. “Judicial activism” en *Journal of Indian School of Political Economy*. Vol 10, 1998., No 3, pp 419 y ss. Los casos que fundan “la doctrina de la estructura básica como límite al poder de reforma” son: *Golaknath v. Punjab*, de 1967, *Kesavanand Bharati v. Kerala* de 1973, que precisó la doctrina al formular la noción de la estructura básica como límite al poder de reforma. *Indira Gandhi v. Raj Narain* de 1975 y la sentencia *inerva Mills v India*.

Esta circunstancia va a ser utilizada por la Corte Constitucional en su fallo de 2003 para considerar que compete a esa Corte revisar las reformas constitucionales que afecten la “*estructura básica*” de la Constitución. La teoría de la *estructura básica* como límite al poder de reforma encuentra sustento en el concepto de poder constituyente primario, el cual da a la Corte la posibilidad de introducir la teoría que le permite revisar no sólo el contenido de una ley que convoca a un referendo, sino cualquier reforma constitucional que adelante el Congreso.

El concepto de poder constituyente primario, en principio, no es el tema de la sentencia comentada, ya que el centro del debate es la capacidad de reforma del constituyente derivado. No obstante, el constituyente primario actúa como el trasfondo de la teoría introducida, que le permite a la Corte Constitucional el estudio de las reformas constitucionales, no sólo por vicios de forma como dice la norma superior, sino que posibilita el estudio de fondo de las mismas reformas apelando a los límites competenciales *implícitos* establecidos por el constituyente primario, pero este ya es un tema que desborda los objetivos de este escrito si bien trata otros aspectos relacionados.

Algunas conclusiones

Como un esfuerzo conclusivo de este ensayo con tantas aristas se puede considerar demostrado que el concepto de Poder Constituyente Primario es claramente una zona de frontera entre la política y el derecho.

Que la intención de reconocer al pueblo como constituyente primario ha sido más una estrategia que una realidad política efectiva, pues como bien sostiene el salvamento de voto de la sentencia de la Corte Suprema de 1990: “No surge de esta explicación que el ‘constituyente primario’ sea el fundador del Estado, ni de la democracia, ni de nada. Fue un concepto político de identidad coyuntural que cada vez que se necesita se trae para legitimar decisiones políticas extrajurídicas y extraconstitucionales. Es una formula recurrente de práctica política”. Según dicha interpretación, “en las constituciones modernas se consagran reglas que evitan el caos, la desestabilización y la incertidumbre que generaría la abrupta aparición del ‘constituyente primario’ con poder decisorio indeterminado”.

Si bien se sigue manteniendo este concepto, tal “poder” sólo puede actuar por dos vías: jurídicamente si se ha establecido un medio legal para hacerlo, o de facto. Lo que si muestran los hechos es la incidencia política y la evolución de la democracia representativa sieyesiana con prevalencia sobre la democracia participativa.

Queda la expectativa relacionada con los progresos de la Internet y la informática y los cambios que pueden significar en materia de participación popular y de sus alcances, que los procesos de los países árabes muestran, pero ese es tema de otro ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragon Reyes, Manuel *La democracia constitucional- La experiencia constitucional 1978-2000* en TRUJILLO Gumersindo *et altri* (dirs), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.
- Bobbio, Norberto; Bovero, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*. México, Grijalbo, 1985.
- Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique*, T. III., México, ENEP, 1982.
- Calzada Patrón, Feliciano. “El poder constituyente”, *Derecho Constitucional*, México, DF, Harla, 1990.
- Concha, José Vicente. *Apuntamientos de derecho constitucional, para uso de los estudiantes de derecho*, Bogotá, América, 1912.
- Copete Lizarralde, Álvaro. “Lecciones de derecho constitucional colombiano”. Apuntes de clase. Profesor de la materia en las universidades Nacional y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951.
- Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-551/2003*, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en (pagina web, libro, etc.) (dd.mm.aaaa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala (¿?), magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, Gaceta Judicial No...., fecha octubre 9 de 1990. Disponible en (pagina web, libro, etc.) (dd.mm.aaaa).
- Chevalier, Jean Jacques. *Grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1967.
- Hernández Rodríguez, Guillermo. *La alternación ante el pueblo como constituyente primario*. Ciudad, América Libre, 1962.

- Guzmán Campos, Monseñor Germán; Flas Borda, Orlando y Umaña Luna, Eduardo. *La violencia en Colombia. Estudio de un proceso social*, Tomo II. 1º Ed, Bogotá, Tercer Mundo, 1964.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, prólogo de Carlos Cossio. Ciudad, Bolsilibros, aaaa.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, , 1949.
- Kunz, Josef L. *La teoría pura del derecho –Comentarios–*, México, Nacional, 1974.
- Llano Isaza, Rodrigo. *José María Carbonell*. Bogotá, Planeta, 1996.
- Mora-Donatto, Cecilia . “La problemática del poder constituyente”, *El valor normativo de la Constitución*, México, DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/237/7.pdf>.
- Negri, Antonio . *El poder constituyente – Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Ciudad, Libertarias, Trad. española de Clara de Marco, AAAA.
- Pastor, Jaime; Pedrol Xavier y Pisarello, Gerardo. “El Proyecto de Constitución Europea a referéndum: diez razones para decir que no”. En <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=3992>.
- Rico Sandoval, Ronald Zuleyman. *Genealogía del concepto de poder constituyente en Colombia*, Tesis de grado en Derecho, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, 2005.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.
- Samper, José María. *Derecho Público Interno de Colombia* Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951.

Sánchez Viamonte. Carlos. *El Poder Constituyente* Buenos Aires, Kapeluz, 1945.

Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 6ª. Ed., Bogotá, Legis, 2001.