



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.

TRABAJO DE GRADO

**¿TIENE LÍMITES JURÍDICOS EL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO? UNA PREGUNTA POR EL
FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO.**

AUTOR
JAIME FELIPE ARTUNDUAGA ESCOBAR

DIRECTOR
JUAN MANUEL CHARRIA SEGURA

2021

RESUMEN

La Corte Constitucional de Colombia, así como gran parte de la doctrina, han sostenido que el poder constituyente primario no tiene límites jurídicos, toda vez que de él surge el Derecho. Por eso, para esta postura, cualquier determinación que adopte el poder constituyente primario es Derecho; incluso si aquella consiste en privar de derechos a ciertas personas. Pero ¿es acertada esta posición?; considero que no. Por ello, este trabajo pretende mostrar por qué el poder constituyente primario es un poder que surge del Derecho y, por ende, señalar cuáles son los límites jurídicos a los que está sujeto.

PALABRAS CLAVE: poder constituyente primario, soberanía, Pueblo, Derecho, moral.

ÍNDICE

1. Introducción	6
2. Planteamiento del Problema.....	8
3. Marco Teórico	10
3.1. El Poder Constituyente Primario.....	10
3.1.1. Revisión Doctrinal.....	10
3.1.1.1. Teorías del Poder Constituyente Primario	10
3.1.1.1.1. Teoría racional-ideal de Emmanuel Sieyès	11
3.1.1.1.2. Teoría funcional-revolucionaria de Maurice Hauriou	13
3.1.1.1.3. Teoría normativista de Hans Kelsen.....	14
3.1.1.1.4. Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt	16
3.1.1.1.5. Teoría materialista de Marx y Engels.....	21
3.1.1.2. Características del Poder Constituyente Primario.....	27
3.1.1.3. El Poder Constituyente Primario y el Poder Constituyente Secundario	29
3.1.1.4. El Titular del Poder Constituyente Primario.....	30
3.1.1.4.1. Soberanía	30
3.1.1.4.2. Poder Político	32
3.1.1.4.3. Soberanía Popular y Soberanía Nacional	36
3.1.1.4.4. El Pueblo, la Nación: Titulares del Poder Constituyente Primario	38
3.1.2. Revisión Jurisprudencial	38
3.1.2.1. Corte Suprema de Justicia.....	38
3.1.2.1.1. Sentencia del 28 de noviembre de 1957	39
3.1.2.1.1.1. Antecedentes.....	39
3.1.2.1.1.2. Pronunciamiento.....	40
3.1.2.1.1.3. Análisis	41
3.1.2.1.2. Sentencia número 54 del 9 de junio de 1987.....	41
3.1.2.1.2.1. Antecedentes.....	41
3.1.2.1.2.2. Pronunciamiento.....	42
3.1.2.1.2.3. Análisis	43
3.1.2.1.3. Sentencia número 138 del 9 de octubre de 1990	44
3.1.2.1.3.1. Antecedentes.....	44
3.1.2.1.3.2. Pronunciamiento.....	47
3.1.2.1.3.3. Análisis	48
3.1.2.1.4. Consideraciones.....	49

3.1.2.2.	Corte Constitucional	51
3.1.2.2.1.	Sentencia C-544 de 1992	52
3.1.2.2.1.1.	Antecedentes.....	52
3.1.2.2.1.2.	Pronunciamiento.....	52
3.1.2.2.1.3.	Análisis	53
3.1.2.2.2.	Sentencia C-551 de 2003	55
3.1.2.2.2.1.	Antecedentes.....	55
3.1.2.2.2.2.	Pronunciamiento.....	55
3.1.2.2.2.3.	Análisis	56
3.1.2.2.3.	Sentencia C-1040 de 2005.....	57
3.1.2.2.3.1.	Antecedentes.....	57
3.1.2.2.3.2.	Pronunciamiento.....	57
3.1.2.2.3.3.	Análisis	58
3.1.2.2.4.	Sentencia C-180 de 2007	59
3.1.2.2.4.1.	Antecedentes.....	59
3.1.2.2.4.2.	Pronunciamiento.....	59
3.1.2.2.4.3.	Análisis	60
3.1.2.2.5.	Sentencia C-141 de 2010.....	61
3.1.2.2.5.1.	Antecedentes.....	61
3.1.2.2.5.2.	Pronunciamiento.....	62
3.1.2.2.5.3.	Análisis	63
3.1.2.2.6.	Sentencia C-379 de 2016.....	63
3.1.2.2.6.1.	Antecedentes.....	63
3.1.2.2.6.2.	Pronunciamiento.....	64
3.1.2.2.6.3.	Análisis	65
3.1.2.2.7.	Consideraciones.....	66
4.	La Validez del Derecho.....	69
4.1.	La Norma Jurídica.....	69
4.1.1.	Normas del Ser y Normas del Deber.....	70
4.2.	El Concepto de Derecho.....	71
4.2.1.	Aproximación Inicial.....	71
4.2.2.	El Concepto de Derecho en Colombia desde una Perspectiva Iuspositivista	73
4.2.3.	Crítica al Iuspositivismo.....	77
4.2.4.	El Derecho Natural.....	85

4.2.4.1.	El Derecho Natural en la Antigua Grecia	86
4.2.4.2.	El Derecho Natural del Estoicismo.....	88
4.2.4.3.	El Derecho Natural en Roma	89
4.2.4.4.	El Derecho Natural Cristiano.....	90
4.2.4.5.	La Escuela Clásica del Derecho Natural.....	91
4.2.4.5.1.	El Derecho Natural garantizado por el Gobernante.....	93
4.2.4.5.2.	El Derecho Natural garantizado por la Separación de Poderes	95
4.2.4.5.3.	El Derecho Natural garantizado por la Mayoría.....	97
4.2.5.	El Problema de los Valores	99
4.2.6.	Razón Práctica: Ética Universal	100
4.2.7.	Derecho Racional	111
4.2.8.	El Pueblo: Titular de la Soberanía.....	115
4.2.9.	Límites de la Soberanía Popular.....	119
4.2.9.1.	Manifestación del Arbitrio o Querer Popular	121
4.2.10.	El Ejercicio del Poder Constituyente Primario por parte del Pueblo	123
4.2.11.	¿Por qué la Constitución no obliga al Pueblo?	125
4.2.12.	¿A quién obliga la Constitución?.....	127
4.2.13.	Poder Constituyente y Poder de Reforma.....	128
4.2.14.	Mecanismos que garantizan los Límites del Poder Constituyente	130
4.2.15.	¿Y la Dignidad Humana?	137
5.	Conclusiones	140
6.	Bibliografía.....	149

1. INTRODUCCIÓN¹

El poder constituyente primario es un concepto fundamental para el constitucionalismo contemporáneo nacional, pues sobre aquel se forma todo el entramado jurídico-político del Estado colombiano, al partir de la base de que la validez de la Constitución Política de 1991, como máxima norma del ordenamiento jurídico interno, se explica en la medida en que esta Carta es producto de la manifestación del poder constituyente primario.

Aunado a lo anterior, el concepto de poder constituyente primario ha cobrado aún más importancia, debido a que la Corte Constitucional lo ha utilizado como fundamento para introducir la Teoría de la Sustitución de la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, en el marco de esta teoría, el alto tribunal sostiene que, al momento de examinar las reformas que se le hagan a la Carta, es necesario determinar si la respectiva reforma provino del poder constituyente primario o del poder constituyente secundario; ya que mientras el primero es la fuente de la Constitución y, por tanto, verdadero poder constituyente, el segundo es un poder que se deriva de la Carta, lo que lo hace un poder constituido, cuyas competencias y facultades provienen directamente de la Constitución. Con base en esta distinción, la Corte argumenta que, si bien la Constitución del 91 no determinó de manera explícita límites materiales a la facultad que tiene el poder constituyente derivado para reformar la Carta, este no puede ejercerla de forma tal que, en vez de «reformarla», la sustituya por una integralmente distinta; pues de esta manera estaría extinguiendo y, por ende, negando la fuente de su propia competencia. En consecuencia, la Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que el poder constituyente secundario, al momento de ejercer su facultad para reformar la Carta, está sujeto a límites materiales que están

¹ En este trabajo se utilizará el sistema de citación *The Bluebook: a uniform system of citation*, cuyas reglas se encuentran disponibles en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/3881902/Bluebook.pdf/759298bc-20fa-47ac-929a-aa39d7de8213>

implícitos en la Constitución; límites que ha denominado *los ejes definitorios de la identidad de la Constitución de 1991*².

Adicionalmente, la Corte ha sido la encargada –por ella misma– de establecer en cada caso cuáles son los ejes definitorios de la Constitución. Por ejemplo, el alto tribunal ha precisado que el Estado social y democrático de Derecho con forma republicana³ es un contenido estructural de la Carta y, por ende, no puede ser suprimido por el poder constituyente derivado.

A pesar de las diversas críticas que ha despertado la introducción y aplicación de la Teoría de la Sustitución de la Constitución por parte de la Corte Constitucional⁴, esta teoría es plenamente vinculante hoy en día, teniendo en cuenta la naturaleza de la jurisprudencia de este tribunal y el sistema actual de frenos y contrapesos del Estado colombiano. Por esta razón, es importante remarcar que, de acuerdo con la argumentación que utilizó la Corte para introducir la Teoría de la Sustitución de la Constitución, el poder constituyente primario es un poder de carácter extrajurídico y, por tanto, sin ninguna limitación jurídica, en la medida en que de aquel emana la Constitución Política de 1991, la cual es el fundamento de la validez del ordenamiento jurídico colombiano, al ser la máxima norma jurídica del mismo.

Según lo anterior, es claro que la Corte Constitucional le asignó al poder constituyente primario el rótulo de «cuestión política»; liberándolo así de cualquier clase de conceptualización y limitación jurídica. Pero ¿es acertada la posición de la Corte?; considero que no. Por ello, este

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet: Julio 9 de 2003). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-588/09 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Agosto 27 de 2009).

³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet: Julio 9 de 2003). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-588/09 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Agosto 27 de 2009).

⁴ Ver, por ejemplo, Santiago García Jaramillo & Francisco Gnecco Estrada, La Teoría de la Sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo, septiembre de 2016, At. 60.

trabajo pretende mostrar por qué el poder constituyente primario es un poder que surge del Derecho y, por ende, señalar cuáles son los límites jurídicos a los que está sujeto.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional argumenta que el poder constituyente primario es la fuente de la Constitución y, por ello, no está sujeto a límites jurídicos; como sí lo está el poder constituyente secundario. La posición de la Corte implica, entonces, que ¿el poder constituyente primario tiene la atribución de proferir una nueva Constitución o modificar la existente, por ejemplo, privando de sus derechos fundamentales a ciertos miembros de la sociedad por razones de raza, religión u orientación sexual? Dicho de manera más técnica: ¿se debe aceptar cualquier decisión tomada por el poder constituyente primario como Derecho válido? o ¿el poder constituyente primario debe respetar ciertos contenidos valorativos al momento de adoptar una determinación para que ella pueda ser considerada como Derecho válido?

Queda claro, entonces, que preguntarse por los límites jurídicos del poder constituyente primario es hacerse una pregunta por el fundamento de la validez del Derecho. Esto significa que, para poder responder el primer interrogante, es necesario haber resuelto antes el segundo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la pregunta sobre la validez del Derecho está directamente relacionada con su concepto mismo. Es decir, esta relación es tan estrecha, que la forma como aquella pregunta se resuelva define el concepto de Derecho que se adopte. Por esta razón, el problema sobre la validez del Derecho no ha tenido una única respuesta dentro de la disciplina jurídica.

Dentro de las muchas teorías que existen, algunas sostienen que el fundamento de la validez del Derecho se encuentra en su contenido valorativo. Sin embargo, algunos han negado la

pretensión de verdad de estas teorías, argumentando que, desde el punto de vista del conocimiento científico, es imposible fundamentar la corrección o incorrección de los valores⁵. En consecuencia, otras teorías han encarado la pregunta sobre la validez del Derecho a través del método propio de las ciencias naturales, con lo cual han desligado al Derecho de cualquier criterio valorativo sobre el cual determinar su validez. Estas teorías han sido fuertemente criticadas por su incapacidad para evitar y contrarrestar regímenes autoritarios. Asimismo, existen otras teorías que dan soporte a los fines perseguidos por las doctrinas subyacentes a los Estados totalitarios, tanto de derecha como de izquierda, que tuvieron lugar en el siglo pasado⁶.

Ante este escenario de incertidumbre, no parece adecuado adoptar una postura nihilista al respecto, pues como afirmó BERN RÜTHERS: «si el jurista no desea ser un simple e inconsciente técnico del Derecho, debe poseer una perspectiva propia sobre el “por qué” de la norma y las razones de su validez»⁷. Esto quiere decir que, si bien para el ejercicio práctico del Derecho resulta ser, con frecuencia, más útil y conveniente no cuestionar sus conceptos fundamentales, elegir este camino conduce, en este caso, a dejar a la deriva cuestiones tan importantes como las abordadas por los interrogantes planteados al inicio de este apartado. Es decir, preguntarse por los límites jurídicos del poder constituyente primario no es un ejercicio que tenga repercusiones meramente teóricas, sino que, por el contrario, dicha interpelación se desprende, en el fondo, de la misma preocupación que impulsó a la Corte Constitucional a importar la Teoría de la Sustitución de la Constitución; preocupación que algunos han denominado *la paradoja de la democracia*, queriendo referirse con ello, a la posibilidad de adoptar determinaciones antidemocráticas a través de procesos democráticos.

⁵ Bernd Rüthers, Teoría General del Derecho, Ed. Temis, 149-150 (2018).

⁶ Edgar Bodenheimer, Teoría del Derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, 254-262, 281-293 y 333-339 (1994).

⁷ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 309.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. EL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

Según se desprende del título e introducción de este trabajo, es fundamental conocer el significado del concepto de poder constituyente primario. Por esta razón, a través de una revisión doctrinal, se presentarán las principales teorías elaboradas al respecto, para posteriormente detallar sus elementos, características y su relación con el concepto de soberanía.

Finalmente, se analizará la manera cómo la jurisprudencia ha abordado el tema. Para ello, primero se hará referencia a algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, proferidos en vigencia de la Constitución de 1886; para luego proceder a examinar la postura de la Corte Constitucional.

3.1.1. REVISIÓN DOCTRINAL

Para examinar las principales teorías que se han elaborado sobre el concepto de poder constituyente primario, se tomará como base la exposición presentada por VLADIMIRO NARANJO MESA en su libro *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*⁸. No obstante, también se realizarán algunas reflexiones de carácter personal.

3.1.1.1. TEORÍAS DEL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

Para comenzar, es útil destacar que NARANJO MESA señaló que: «el término *constituyente*, originariamente acuñado en el Derecho público francés (*constituant*), significa “lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza institucionalmente”»⁹.

⁸ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Temis, 362-380 (2010).

⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IV, pág. 11. (1984). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 362.

3.1.1.1.1. TEORÍA RACIONAL-IDEAL DE EMMANUEL SIEYÈS

EMMANUEL SIEYÈS (1748-1836) fue quien expuso de manera nítida la distinción entre el *poder constituyente* y los *poderes constituidos*; que en palabras de NARANJO MESA: «es la piedra angular del constitucionalismo»¹⁰. En este sentido, SIEYÈS afirmó:

La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella **y por encima de ella solo existe el Derecho natural**. Si queremos una idea justa de la serie de **leyes positivas** que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales. [...] Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla. En cada parte, la Constitución no es del *poder constituido* sino del *poder constituyente*. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar las condiciones de su delegación. [...] Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la nación¹¹.
(Negrillas propias)

Según lo anterior, SIEYÈS consideró que la voluntad de la Nación es la que crea las leyes constitucionales (Constitución). Esto significa que, para este autor, la Nación tiene el poder de crear la Constitución, pues si no lo tuviera, su manifestación de voluntad no la crearía. Por esta razón, para SIEYÈS, la Nación tiene el poder constituyente primario, y como lo tiene, puede expresar su voluntad de ejercerlo.

En este sentido, es necesario comprender lo que entendió SIEYÈS por Nación. Este autor sostuvo que el proceso de formación de las sociedades políticas implica tres etapas diferentes. La primera de ellas se presenta cuando los individuos aislados se reúnen y asocian, formando, por ese solo

¹⁰ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 366.

¹¹ Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer Estado?, Ed. Aguilar, 72 (1973).

hecho, una Nación¹². La segunda ocurre cuando la Nación, ya conformada, quiere dar consistencia a su unión, por lo que conviene una *voluntad común* que le permita cumplir con su propósito. En este sentido, a través de dicha voluntad se precisan «las necesidades públicas y al medio para proveerlas»¹³. La última de las etapas toma lugar cuando «los asociados son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismo su voluntad común», por lo que delimitan «todo lo que es necesario para velar y proveer las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos»; dando origen, de esa manera, a «un gobierno ejercido en procuración»¹⁴.

Al analizar las etapas señaladas por SIEYÈS es evidente que, para este autor, la Nación es la –mera– asociación de individuos, lo que significa que la Nación es anterior al Estado, pues este surge de la *voluntad común* (voluntad nacional) de organizarse institucionalmente, estableciendo un ordenamiento jurídico, en donde se precise las necesidades de los asociados y los mecanismos para su satisfacción. Es decir, para que haya una voluntad nacional (o común), que cree la Constitución, debe existir previamente una Nación que la exprese.

Por otro lado, también es importante destacar que SIEYÈS le da preponderancia al Derecho natural sobre la voluntad nacional. Esto se evidencia, cuando sostiene que: «La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. [Sin embargo], antes que ella y por encima de ella solo existe el Derecho natural». No en vano, él utiliza el término «leyes positivas» para referirse a las leyes constitucionales (Constitución) que emanan de la voluntad nacional. Esta relación de subordinación entre el Derecho natural y la Constitución, la cual es

¹² Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer Estado?, Ed. Aguilar (1973). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 366.

¹³ Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer Estado?, Ed. Aguilar (1973). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴ Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer Estado?, Ed. Aguilar (1973). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 367.

expresión del Derecho positivo, manifiesta la idea del autor que, en caso de contradicción, debe prevalecer el primero. Por lo tanto, para SIEYÈS, y en plena sintonía con el pensamiento iusnaturalista, la Nación o, mejor dicho, su voluntad es el origen de todo el Derecho, pero solo de aquel que se califica como positivo.

3.1.1.1.2. TEORÍA FUNCIONAL-REVOLUCIONARIA DE MAURICE HAURIOU

MAURICE HAURIOU (1856-1929) sostuvo que existe una «superlegalidad constitucional», configurada por los *principios fundamentales del régimen*, los cuales «integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita»¹⁵. Se destaca con ello que, al igual que SIEYÈS, HAURIOU consideró que la Constitución está subordinada a una serie de principios no escritos.

En todo caso, HAURIOU estimó que el poder constituyente, el cual pertenece a la Nación, está por encima de los poderes gubernamentales ordinarios, ya que estos son poderes constituidos y aquel un poder fundador. Sin embargo, este autor afirmó que, al igual que ocurre con los demás poderes públicos, la Nación no puede ejercer el poder constituyente de forma directa, sino que debe hacerlo por medio de representantes que actúen en su nombre. Por esta razón, para HAURIOU, el poder constituyente es una *especie de poder legislativo*, encargado de proferir leyes constitucionales. No obstante, este autor enfatizó que se debe distinguir plenamente entre el poder constituyente y el poder legislativo ordinario; ya que este es un poder constituido y aquel, un *poder fundador*. Por tal razón, en la operación constituyente debe haber una mayor participación de los miembros de la Nación que en el proceso legislativo ordinario; por lo que, en consecuencia, el

¹⁵ Ver Maurice Hauriou. Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 367.

poder constituyente es el encargado y competente para regular las materias más importantes de la Nación¹⁶.

3.1.1.1.3. TEORÍA NORMATIVISTA DE HANS KELSEN

HANS KELSEN (1881-1973), en su obra *La Teoría Pura del Derecho*, pretendió desarrollar una teoría del Derecho *higienizada* de cualquier elemento religioso, metafísico, ético, sociológico o político¹⁷. Para lograrlo, abordó el estudio del Derecho circunscribiéndose únicamente a las normas del Derecho positivo, ya que, para él, son las únicas normas realmente jurídicas, en contraposición a las normas del Derecho natural. Por esta razón, concluyó que toda norma que provenga del Estado es Derecho válido, sin importar cuál sea su contenido. Esto significa, en última medida, que para la *Teoría Pura* de KELSEN: «todo Estado es un Estado de Derecho»¹⁸.

Con base en esta aproximación formal del Derecho, KELSEN precisó, con gran acierto, que el ordenamiento jurídico está estructurado de forma jerárquica o piramidal, debido a que las normas de rango inferior encuentran su validez en las de rango superior; proceso que termina, en lo referente al ámbito nacional, con la remisión a la propia Constitución Política¹⁹. Es importante destacar que, a pesar de que este autor abordó el concepto de Constitución, no reconoció la existencia del poder constituyente primario, pues lo consideró un artificio del Derecho natural²⁰. Para KELSEN, en cambio, es el poder del Estado el que representa la «norma fundamental» que da origen y validez a todo el Derecho positivo, lo cual incluye a la Constitución²¹.

¹⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 368.

¹⁷ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 241.

¹⁸ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 331.

¹⁹ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 242.

²⁰ Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Ed. Alfa T. II (1953). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 368.

²¹ Hans Kelsen, *VVDStRL*, cuaderno número 3 (1927). Tomado de Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 243.

Por consiguiente, KELSEN defendió la idea, ciertamente polémica, de que el poder del Estado, al ser la «norma fundamental», puede establecer cualquier sistema de gobierno por medio de una Constitución²²: desde una democracia progresiva, hasta una autocracia despótica²³. Por ello, para este autor, negar el carácter jurídico de un régimen despótico es simplemente «una ingenuidad iusnaturalista»²⁴. Queda claro, entonces, que, para KELSEN, no existe un sujeto, como lo sería la Nación para SIEYÈS, que manifestando su voluntad cree el Derecho positivo y constituya al Estado. Por el contrario, para este autor, es el Estado ya instituido, de la forma que fuere, el que hace el Derecho; o de forma más precisa, son los individuos que detentan el poder estatal, quienes crean las normas jurídicas.

Es fácil entender por qué los planteamientos de KELSEN producen malestar en varios tratadistas del Derecho constitucional. Así, por ejemplo, NARANJO MESA fundamentó su oposición a dichos planteamientos, acudiendo a las críticas que al respecto presentó SÁNCHEZ VIAMONTE. Para este último, KELSEN «olvida o trata de olvidar que la principal función constituyente consiste en crear el gobierno, darle una estructura, organizar y reglamentar su funcionamiento, y subordinar todos sus actos, incluso la ley, a normas y preceptos fundamentales», y que «la Constitución [es] indispensable para la organización política y jurídica de la sociedad, es decir, para la existencia del Estado de Derecho»²⁵.

No obstante, se le podría contrapreguntar a SÁNCHEZ VIAMONTE, apoyándose en los planteamientos de *La Teoría Pura del Derecho*, si acaso no es cierto que un régimen totalitario,

²² Kelsen denomina a la *norma fundamental* de carácter no escrito con el nombre de «Constitución en sentido lógico-jurídico»; y a la Constitución escrita, como lo sería la Ley Fundamental de Bonn, con el nombre de «Constitución en sentido jurídico-positivo». Ver Edgar Bodenheimer, *Teoría General del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 331 -nota del traductor- (1994).

²³ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 331.

²⁴ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 332.

²⁵ Carlos Sánchez Viamonte, *El poder constituyente*, Ed. Bibliográfica Argentina (1957). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 369.

monárquico o teocrático, además de crear, estructurar, organizar y reglamentar el funcionamiento del gobierno (Estado), también subordina los actos de este, incluyendo la ley, a preceptos fundamentales, tales como: el programa del partido Nazi y las determinaciones del *Führer* –en el nacionalsocialismo²⁶; las decisiones del partido único tendientes a alcanzar los fines de la revolución proletaria y de la sociedad socialista –en la extinta URSS²⁷; las órdenes impartidas por el monarca –en la Francia de Luis XIV–; o las enseñanzas del Corán –como sucede actualmente en Irán–. Para oscurecer aún más la cuestión, también se le debería preguntar a SÁNCHEZ VIAMONTE, acerca del fundamento sobre el cual basa su certeza de que el poder constituyente primario nunca tomará determinaciones contrarias a los preceptos del *Estado de Derecho* (Rule of Law).

Como se observa, ambas preguntas permiten evidenciar que el razonamiento del autor interpelado se fundamenta en argumentos dogmáticos, ya que él presupone su corrección. Es decir, SÁNCHEZ VIAMONTE acepta como una verdad evidente, que los únicos preceptos *jurídicamente* válidos para cimentar un Estado son los que se derivan del Derecho constitucional moderno, y da por sentado que del poder constituyente primario siempre va a surgir una Constitución que los reconozca y garantice. Por esta razón, si realmente se pretende desvirtuar los planteamientos de Kelsen, es necesario vencer el dogmatismo y excavar más profundo.

3.1.1.1.4. TEORÍA EXISTENCIAL-DECISIONISTA DE CARL SCHMITT

CARL SCHMITT (1888-1985), al igual que Kelsen, desarrolló sus planteamientos desde el positivismo jurídico. Sin embargo, a diferencia de Kelsen, para Schmitt, el concepto de Constitución es absoluto²⁸. En este sentido, este autor consideró inaceptable fragmentar en dos el

²⁶ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 281.

²⁷ *Ibidem*, pp.254 y 259.

²⁸ Vicente F. Benítez Rojas, *Constitución Popular, No Judicial*, Ed. Temis, 122 (2014).

fundamento de la validez del ordenamiento jurídico, pues estimó errado hablar de una «norma fundamental» de carácter no escrito (o de Constitución en sentido lógico-jurídico) y de una Constitución escrita (o de Constitución en sentido jurídico-positivo)²⁹.

En consecuencia, SCHMITT propuso un concepto material y por ende absoluto de Constitución; para lo cual argumentó que ella está compuesta por las *decisiones* fundamentales del Pueblo, siendo totalmente irrelevante que estas decisiones estén recogidas en una norma escrita (o sea, en la Constitución formal o en sentido jurídico-positivo). Es decir, para SCHMITT, las decisiones que el Pueblo toma con respecto a la organización política del Estado representan un conjunto de normas verdaderamente constitucionales, sin importar que estén incluidas formalmente en la *constitución* escrita (o formal); lo cual implica que estas *decisiones* son las que realmente configuran a la Constitución, por lo que es intrascendente que hayan sido adoptadas con posterioridad a la promulgación de la *constitución* escrita o, incluso, en contradicción con ella³⁰.

Por consiguiente, SCHMITT consideró que la *constitución* formal relativiza el verdadero concepto de Constitución, ya que normas que no son materialmente constitucionales adquieren tal carácter por el mero hecho de haber sido aprobadas mediante un procedimiento determinado. Esto significa, en última medida, que, para SCHMITT, el concepto de *constitución* formal permite dotar de jerarquía constitucional a cualquier materia, simplemente con el cumplimiento de una forma ritual establecida. Por esta razón, este autor denominó a la *constitución* escrita, simplemente, con el apelativo de ley constitucional³¹.

²⁹ Ver nota de pie 22.

³⁰ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, pp. 122-123.

³¹ *Ibidem*, p. 122.

Según lo anterior, se observa que, para SCHMITT, el Pueblo, como sujeto con voluntad de obrar, es quien ejerce el poder constituyente primario para crear la Constitución. Ello implica que SCHMITT, al igual que SIEYÈS, consideró que para existir el poder constituyente primario y en consecuencia Constitución, debe haber previamente una *unidad política* que los soporte³². Si bien cada autor bautizó de forma diferente a dicha *unidad* (el primero con el nombre de Pueblo, y el segundo con el de Nación), ambos aludieron a lo mismo; es decir, al sujeto titular del poder constituyente primario. Sin embargo, SCHMITT en concordancia con su postura positivista del Derecho, descartó la idea de que el Pueblo, al momento de manifestar su voluntad política y ejercer su poder constituyente –primario–, tenga que respetar valores externos y superiores, tal como lo establece el iusnaturalismo³³. Por el contrario, para este autor, el origen de todo el Derecho reside en las *decisiones* tomadas por el Pueblo, pues necesariamente lo político antecede a lo jurídico³⁴. Es decir, para que el Derecho exista, basta que el Pueblo así lo quiera³⁵.

Teniendo en cuenta el concepto de Constitución material y su relación con el Pueblo, SCHMITT presentó las siguientes consideraciones. En primer lugar, estableció que el Pueblo, como titular del poder constituyente primario, siempre debe prevalecer por encima de la Constitución. Esto implica que aquel puede cambiar el contenido de esta en cualquier momento, pues solo basta que tome una nueva decisión sobre la organización política del Estado. En segundo lugar, y como consecuencia de la consideración anterior, este autor determinó que todo conflicto constitucional debe ser dirimido únicamente por el Pueblo. Por la misma razón, solo el Pueblo, a través de un acto del poder constituyente –primario–, puede llenar las lagunas o vacíos constitucionales que se

³² Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 369.

³³ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, p. 123.

³⁴ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 369.

³⁵ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, p. 123.

presenten³⁶. De esto se desprende, que el Parlamento, o cualquier otro poder constituido, no puede modificar la Constitución a través de leyes constitucionales formales (o reformas)³⁷. En último lugar, SCHMITT sostuvo que el Pueblo no es una instancia firme u organizada, por lo que su voluntad es *inmediata*, lo que impide que el reconocimiento de ella esté subordinado a la observancia de un procedimiento normativamente regulado³⁸. En contraposición, para este autor, el Pueblo se expresa mediante *aclamación*, la cual se presenta cuando este se reúne para asentir o rechazar las decisiones fundamentales de su propia existencia³⁹. Por consiguiente, ninguna constitución formal o ley constitucional puede prescribir la forma en que se deba ejercer el poder constituyente primario⁴⁰.

Los planteamientos de SCHMITT presentan algunos aspectos problemáticos. El primero de ellos radica en la forma como, según este autor, el Pueblo manifiesta su voluntad. En este sentido, es lógico que, si se considera que el Pueblo es un fenómeno puramente político y prejurídico, no se acepte que la exteriorización de su voluntad se verifique a través del cumplimiento de procedimientos jurídicamente reglados. No obstante, dejar esta comprobación a un mecanismo tan rudimentario como la *aclamación* es ciertamente riesgoso. Es decir, es ingenuo, por no decir otra cosa, afirmar que el Pueblo se manifiesta cuando un grupo extenso de personas se reúne para aprobar o improbar una determinada decisión a través de aplausos y gritos; ya que, por su propia naturaleza, las masas son efervescentes, desordenadas y caóticas, lo cual impide garantizar que todos los miembros del Pueblo manifiesten su acuerdo o desacuerdo con la decisión que se pretende adoptar. Es más, es prácticamente imposible que un Pueblo, como por ejemplo el alemán⁴¹, se

³⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 370.

³⁷ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

³⁸ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 370.

³⁹ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 370.

⁴¹ Schmitt publicó su obra *Teoría de la Constitución*, la cual recoge los planteamientos presentados, en 1928. En ese mismo año, se llevaron a cabo elecciones parlamentarias en Alemania, con una participación de 30.735.247 votantes, lo cual representó 75,6 % del censo electoral, constituido por 41.224.678 ciudadanos inscritos. Ver «Elecciones federales de Alemania de 1928» en Wikipedia.

pueda reunir en un solo lugar para expresar su voluntad mediante aclamaciones o vítores. Queriendo ser ilustrativo, la «aclamación» de SCHMITT es lo que literalmente sucede en un concierto de rock, cuando el público enardecido le grita la banda que se despide: «¡Oootraaa, oootraaa, oootraaa!». En definitiva, este autor convirtió al Pueblo en mera muchedumbre⁴².

El segundo aspecto problemático se desprende del concepto de Constitución material, pues como ya se explicó, para SCHMITT, la Constitución está compuesta por las decisiones que el Pueblo toma con respecto a su organización política; pudiendo estar o no recogidas en una Carta. Esto hace que, en la práctica, una Constitución al estilo de SCHMITT represente una norma jurídica excesivamente ambigua y gaseosa; más todavía, si se tiene en cuenta que, para el autor, el Pueblo elabora la Constitución a través de *aclamación*. Por esta razón, no hay que olvidar que una Constitución, ya sea desde una perspectiva material o desde una formal, es donde se establecen los cimientos de la organización del Estado y, por ende, también es la norma en la cual se fundamenta el resto del ordenamiento jurídico. Por eso, es indispensable que ella sea clara y explícita en sus postulados, pues de lo contrario será extremadamente sencillo para el gobernante burlar sus mandatos y subvertir, así, la autoridad del Pueblo.

Los aspectos denunciados son problemáticos por tres razones. En primer lugar, porque mediante la *aclamación* no se garantiza que sea el Pueblo, como único titular del poder constituyente primario, el que verdaderamente manifieste su voluntad. En segunda medida, porque el concepto de Constitución material, como oposición al de Constitución formal (escrita), conduce a que los mandatos del Pueblo adquieran un carácter ambiguo y difuso, permitiendo, así, que los órganos del poder constituido los desconozcan y quebranten. En tercer y último lugar, porque los

⁴² El Diccionario de la Real Academia Española define *muchedumbre* como «abundancia o multitud de personas o cosas».

puntos anteriores, al conjugarse, permiten que una persona o grupo de ellas se abroguen falazmente la vocería de la voluntad del Pueblo, dotando de una falsa validez a sus determinaciones, lo que finalmente conduce a que el poder fundante del Pueblo sea usurpado.

3.1.1.1.5. TEORÍA MATERIALISTA DE MARX Y ENGELS

El *socialismo científico*, formulado por KARL MARX (1818-1883) y FRIEDRICH ENGELS (1820-1895), y posteriormente desarrollado y aplicado por VLADIMIR LENIN (1870-1924), es una teoría ante todo económica y no jurídica, pues parte de la supremacía o prevalencia de los fenómenos económicos en el desenvolvimiento de la sociedad⁴³, ya que como lo expresó MARX: «el Derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado»⁴⁴. Por esta razón, para el socialismo científico, la economía o sistema de producción y cambio de mercancías⁴⁵ es la *estructura*, esqueleto o armazón sobre el cual se posa y erige el Estado y el Derecho. Esto implica, que un cambio o modificación en la *estructura* repercute directamente en la *superestructura*, es decir, en el Estado y en el Derecho que reposan *sobre-la-estructura*. Por consiguiente, la forma y funcionamiento de la *superestructura* depende enteramente de la *estructura* que la soporta, condiciona y moldea⁴⁶.

Por ello, desde la óptica del socialismo científico, la determinación de la organización política del Estado no depende de una voluntad, colectiva o individual, dirigida de manera *consciente* y *directa* para tal fin. Es decir, desde la perspectiva materialista, el orden social⁴⁷, el político y el jurídico⁴⁸ dependen necesariamente del orden económico que los antecede y condiciona. Con ello,

⁴³ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁴ Karl Marx, Crítica del programa de Gotha. Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁵ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁷ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁸ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 254.

se presenta como consecuencia inevitable, que aquel que domine el sistema económico de un Estado, determinará su configuración social, política y jurídica. De esta forma, se llega a la idea de que el poder constituyente está en manos de aquel, o aquellos, con la capacidad (poder / poderío) suficiente para moldear el sistema económico a su gusto. Lo anterior implica que, para el socialismo científico, el sujeto titular del poder constituyente no es fijo y predeterminado, sino variable y aleatorio. Esto conlleva, en consecuencia, a que irremediabilmente exista una disputa constante por el poder económico que, según el socialismo científico, se manifiesta en una *lucha de clases*.

En concordancia con el último aspecto mencionado, para los ideólogos del socialismo científico, el Derecho tiene un carácter de clase. Por eso, para ellos, el Derecho no es más que un instrumento que la clase dominante utiliza para perpetuar su poder y, de esa forma, mantener sometida a la clase oprimida; lo que implica que las instituciones jurídicas son simplemente mecanismos que la clase dominante emplea para darle una base firme y formal a la protección de sus intereses económicos, al tiempo que le permiten asegurar la explotación y opresión que ejerce sobre las demás clases⁴⁹.

En este punto, es importante recalcar que el socialismo científico, desde su formulación inicial, se ocupó solo marginalmente de las cuestiones del Derecho y de su teoría; pues su preocupación central consistió en una interpretación trascendental de la historia de la humanidad, contemplada desde sus orígenes hasta la era comunista final, la cual se proyectaba como un evento histórico inexorable⁵⁰. Esta proyección refleja el hecho de que MARX y ENGELS acudieron al método dialéctico que FRIEDRICH HEGEL elaboró para interpretar los fenómenos sociales; razón por la cual,

⁴⁹ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁰ Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 252.

MARX y ENGELS coincidieron con HEGEL en que la historia es una lucha de fuerzas contrapuestas, cuyo desarrollo responde a la forma lógica de tesis, antítesis y síntesis. No obstante, MARX y ENGELS se diferenciaron de HEGEL, en la medida en que estimaron que son las fuerzas materiales, y no las fuerzas espirituales, los factores que dirigen la historia⁵¹; lo que conlleva a que el fundamento teórico del socialismo científico se denomine *materialismo dialéctico*⁵². Con esto, se logra comprender por qué los precursores del socialismo científico creyeron imposible reformar, por medio de la legislación, el Derecho y el Estado que la clase burguesa, como clase dominante, emplea para conservar el sistema capitalista; siendo este, el sistema que le permite mantener su posición de privilegio en desmedro de la clase obrera. Por la misma razón, MARX y ENGELS consideraron que la revolución social del proletariado es el único mecanismo eficaz para transformar las relaciones materiales de producción e intercambio de mercancías de la *estructura* capitalista y, de esa forma, arrasar con la *superestructura*, es decir, con el ordenamiento jurídico burgués⁵³.

Indudablemente, la concepción marxista del Derecho tiene un fundamento sólido, pues es innegable que es muy estrecha la relación que existe entre el orden económico y los órdenes político y jurídico⁵⁴. Sin embargo, al examinar detenidamente las dos tesis fundamentales del socialismo científico, se evidencia que ellas incurren en una grave contradicción, la cual termina por invalidar a la primera de las dos, es decir, a su eje fundamental. En este sentido, y como ya se mencionó, la primera tesis del socialismo científico señala que existe una relación de subordinación entre la *estructura* y la *superestructura*, lo que significa que la organización política y jurídica del Estado

⁵¹ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 254.

⁵² Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 252.

⁵³ *Ibidem*, pp. 254 y 255.

⁵⁴ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 263 y 269.

(*superestructura*) depende, directa y exclusivamente, del sistema económico (*estructura*) imperante en la sociedad; por lo que, en consecuencia, ni la política ni el Derecho gozan por sí mismos de un poder real de configuración social. A su turno, la segunda tesis del socialismo científico expresa que la revolución social proletaria es la única forma en que se puede abolir la *superestructura* (orden político y jurídico) burguesa, ya que dicha revolución permite suprimir la *estructura* capitalista y reemplazarla por una socialista.

Según lo anterior, las dos premisas son contradictorias entre sí, ya que, desde el punto de vista lógico, es incorrecto argumentar que en una relación de subordinación el elemento subordinado sea capaz de perturbar y alterar al elemento subordinante; pues, si así lo fuera, dejaría de existir tal sujeción o, por lo menos, existiría de forma inversa. Es decir, no es lógico afirmar que la *superestructura* está subordinada a la *estructura*, pero, a renglón seguido, añadir que una revolución social proletaria, la cual es un fenómeno eminentemente político y, por tanto, perteneciente a la *superestructura* (elemento subordinado), tenga la capacidad de modificar o abolir el sistema económico capitalista, es decir, la *estructura* (elemento subordinante). Por eso, si se quiere resolver esta contradicción, es necesario identificar cuál es la premisa verdadera y cuál es la falsa, para luego desechar esta y fundamentar aquella.

De acuerdo con lo anterior, con respecto a la primera tesis del socialismo científico, EDGAR BODENHEIMER señaló que el marxismo pasa por alto el hecho determinante de que todo acontecimiento histórico está condicionado por diversas circunstancias, siendo imposible, en muchas ocasiones, establecer con certeza cuál de ellas lo *causó*⁵⁵. De esta manera, BODENHEIMER

⁵⁵ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 271. De acuerdo con Hubed Bedoya, la dificultad para determinar cuál es la causa de un acontecimiento histórico se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en las ciencias naturales, un hecho social o acontecimiento histórico no es susceptible de ser repetido las veces que sea necesario para lograr observar o captar sus cualidades, características o

puso en duda que el marxismo realmente tenga un carácter científico, pues, como lo explicó HUBED BEDOYA, la ciencia es una forma específica del conocimiento humano que se construye como explicación del mundo a través del principio de causalidad, el cual consiste en determinar, con –el mayor grado de– certeza, que un acontecimiento determinado es resultado de otro o, lo que es lo mismo, que este es la causa de aquel⁵⁶. En este sentido, el marxismo no suministra evidencia suficiente, o simplemente omite la existente, que permita concluir que en todos los casos los aspectos económicos son la causa de los demás factores de la vida social, por lo que el marxismo no se encuentra en el terreno de la causalidad, sino de la mera correlación o, incluso, de la casualidad⁵⁷.

No en vano, en cartas escritas en sus últimos años, ENGELS admitió que, tanto él como MARX, habían sobreestimado la importancia de los factores económicos⁵⁸. Al respecto, ENGELS afirmó: «No es que la situación económica sea la causa, en el sentido de ser el único agente activo y que todo lo demás sea un resultado pasivo. Se trata más bien de un acción y reacción mutuas, sobre la base de la necesidad económica que, en último término, se impone siempre»⁵⁹. Si bien con este reconocimiento, ENGELS aceptó que los factores económicos no ejercen una influencia exclusiva, sino meramente preponderante o decisiva en el curso de la historia, no deja de ser una premisa infundada; pues, como lo señaló BODENHEIMER, sería difícil determinar, si la normativa sobre propiedad intelectual responde, en última instancia, a consideraciones económicas o, en cambio, al postulado ético de proteger el trabajo creador del escritor o del artista. En el mismo sentido, el

elementos constitutivos, con lo cual disminuyen las posibilidades de alcanzar algún tipo de certeza en la conclusión de que: el hecho X causó el hecho Y. Ver Hubed Bedoya, *La construcción epistémica del Derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 71 (2017).

⁵⁶ Hubed Bedoya, *La construcción epistémica del derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 80 y 81 (2017).

⁵⁷ En otras palabras, el marxismo es un ejemplo de la falacia de causa falsa.

⁵⁸ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁹ Friedrich Engels, Carta a H. Starkenbug, (1894). Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

hecho de que Inglaterra tenga una Constitución no escrita, mientras que Estados Unidos tenga una Carta fundamental (escrita), es una consecuencia de la historia política más que de la historia económica. Pero, quizás el acontecimiento histórico más revelador, y que echa al piso la doctrina marxista, es la propia Revolución rusa de 1917; pues el primer país en saltar a una revolución socialista fue la Rusia zarista, regida por una economía semifeudal y agrícola, a pesar de que MARX y ENGELS estuvieran convencidos de que el socialismo (resultado) iba surgir en sistemas capitalistas desarrollados (causa). En definitiva, ello demostró que la Revolución Bolchevique no se debió a los planteamientos de la lógica dialéctica materialista, sino a la fuerte personalidad de LENIN; implicando, entonces, que, para la dialéctica marxista, la Revolución rusa fue un resultado injustificado e irracional⁶⁰.

Con respecto a la segunda tesis del socialismo *científico*, se debe señalar que un acontecimiento de las características de una revolución, aunque pueda responder en cierta medida a factores económicos –como en el caso de la Revolución francesa–, no deja de ser un fenómeno eminentemente político que, por su propia naturaleza, es rebelde e *in-subordinado* a la *estructura* económica que pretende abolir. Adicionalmente, es innegable que un sistema económico revolucionario, requiere de un orden normativo, así sea solo de carácter material, que se encargue de crear las condiciones necesarias para que la nueva *estructura* que se pretende instalar pueda introducirse, cimentarse y consolidarse como un verdadero motor de configuración social, sobreponiéndose, de esa manera, a la *estructura* que suprimió.

En definitiva, a lo largo de la historia de la humanidad, se han presentado un gran número de revoluciones que permiten comprender que aquellas son un mecanismo eficaz para lograr la

⁶⁰ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 271, 272 y 273.

modificación o abolición del antiguo régimen económico; lo que permite concluir que lo político y lo jurídico no son dependientes de lo económico, sino que los tres elementos se perturban recíprocamente, en el sentido de que cada uno de ellos tiene la capacidad de alterar a los otros.

3.1.1.2. CARACTERÍSTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

LUIS SÁNCHEZ AGESTA sostuvo que el poder constituyente primario es originario, indivisible, permanente y eficaz⁶¹. Es originario porque «es un poder ajeno a toda competencia previa, a toda reglamentación predeterminada [...]. Por encima de él, no existe ningún otro poder político: es la autoridad suprema, incondicionada, libre de todo formalismo, fundada en sí misma y omnipotente en el poder constitucional»⁶². Es indivisible porque «no se halla coordinado a los otros poderes divididos –legislativo, ejecutivo, jurisdiccional–, sino que sirve de fundamento previo a todos los poderes constituidos», pues «las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente»⁶³. Es permanente porque «su ejercicio, así sea esporádico, [...] subsiste siempre por encima del orden que engendra»⁶⁴. Es eficaz porque «está dotado de una fuerza histórica efectiva, apta para lograr los fines que se propone»⁶⁵.

En la misma línea, JAIME ARAUJO RENTERÍA indicó que el poder constituyente primario es supremo, originario, eficaz y creador. Es supremo, «porque no existe por encima de él ningún poder constituido, ni siquiera el poder de la constitución»⁶⁶. Es originario, «porque no encuentra justificación en el orden jurídico anterior, al contrario, normalmente se opone al orden jurídico

⁶¹ Luis Sánchez Agesta, *Lecciones de derecho político*, Ed. Nacional, 339 (1968). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 373.

⁶² Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 373.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ *Ídem.*

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ Jaime Araujo Rentería, *Filosofía o Teoría del Derecho Constitucional*, Ed. Ibáñez, 194 (2015).

existente [...]; se fundamenta en un orden superior al positivo»⁶⁷. Es eficaz, «ya que no solo desconoce el orden de cosas existente en una sociedad dada, sino que además cuenta con la fuerza para instaurar un nuevo orden, incluido el constitucional»⁶⁸. Es creador, «ya que su función no es conservar el orden existente, sino modificarlo radicalmente»⁶⁹.

Por su parte, CHARLES EISENMANN, al respecto del poder constituyente primario, señaló que «ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente nuevo en su principio; porque crea las primeras reglas, su ausencia de toda regla de derecho, es decir, de derecho positivo, dispone de un poder jurídicamente absoluto»⁷⁰.

A su turno, ERNESTO SAA VELAZCO manifestó que el poder constituyente primario: «(i) es fuente y punto de partida de la normatividad jurídica; (ii) no conoce disposición dispositiva alguna anterior ni mucho menos una Constitución de la cual pueda derivar su competencia, [por lo que] es ilimitado desde el punto de vista positivo; (iii) supone una situación de hecho o una interrupción del orden institucional del Estado, situaciones superadas con la labor del constituyente originario. Es pues, en el sentido estricto, el genuino poder constituyente; (iv) su funcionamiento es extraordinario tanto en el tiempo como en el órgano escogido para su concreción; (v) su labor, la expedición de una primera o de una nueva Constitución, es intrínsecamente válida»⁷¹.

⁶⁷ *Ídem.*

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, citado por Linares Quintana, *Tratado*, t. 3, p. 215 a 217. Tomado de Néstor Pedro Sagiúes, *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, 279 (2004).

⁷¹ Ernesto Saa Velazco, *Teoría constitucional general*, Ediciones Talleres del Departamento del Cuaca, 173 (1986). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 373.

3.1.1.3. EL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE SECUNDARIO

Un amplio sector de la doctrina distingue entre los conceptos de poder constituyente primario u originario y de poder constituyente secundario o derivado. En este sentido, NARANJO MESA afirmó que «el poder constituyente se llama *originario*, cuando el nuevo orden jurídico que él establece nace sin apoyarse en una norma positiva anterior»⁷². En la misma línea, MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ sostuvo que el poder constituyente primario «es la fuerza o energía que sirve para establecer Constituciones, [...] que acontece en el momento inicial de fundación de las organizaciones políticas, de los Estados o de cambio de Constitución»⁷³. De acuerdo con NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, el poder constituyente primario puede ser de dos tipos: fundacional y posfundacional. Es fundacional, «cuando dicta la primera Constitución de un Estado, al crearse este, y siempre que opere sin topes normativos»⁷⁴. Es posfundacional, «si actúa después de creado un Estado, libre de ataduras normativas»⁷⁵.

En relación con el segundo concepto, NARANJO MESA señaló que «el poder constituyente se llama derivado, cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor. [...] De ahí que una de sus características sea la legalidad, esto es, la sujeción al Derecho establecido, del cual se deriva su eficacia. Al contrario del poder constituyente originario, el derivado está situado en el interior y no en el exterior del orden jurídico preexistente»⁷⁶. A su turno, QUINCHE RAMÍREZ manifestó que «se habla del poder constituyente secundario, derivado o de reforma, para referirse

⁷² El autor incluye al «golpe de Estado» y a la «conquista militar» como eventos en los que el poder constituyente primario se manifiesta rompiendo el orden jurídico anterior. Sin embargo, no los incluí por considerarlo errado de acuerdo con lo que se expondrá más adelante en este trabajo. Ver Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 375.

⁷³ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Reformismo Constitucional*, Ed. Ibáñez, 21 (2017).

⁷⁴ Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, 275 (2004).

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 376.

a un poder reglado y sometido, por medio del cual se introducen modificaciones o cambios en una Constitución. Se trata de un poder limitado, tributario del poder constituyente [primario], quien fijó las reglas y los límites de su funcionamiento»⁷⁷. Del mismo modo, SAA VELAZCO indicó que el poder constituyente derivado «es aquel cuyo funcionamiento e instalación se ajustan a las cláusulas de una Constitución en plena vigencia, su objetivo principal es el de revisar dicha Carta pero su competencia reposa en la misma Constitución que trata de reformar; por eso es una potestad instituida o derivada»⁷⁸.

3.1.1.4. EL TITULAR DEL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

Según lo expuesto, el poder constituyente primario es el poder de crear, modificar y reemplazar la Constitución; de ahí que surja la pregunta acerca de quién tiene ese poder. Para responderla, se debe determinar quién es el soberano, es decir, quién es el titular de la soberanía.

3.1.1.4.1. SOBERANÍA

De acuerdo con JEAN BODIN, la soberanía es un poder absoluto y perpetuo⁷⁹. El soberano tiene un poder absoluto, porque no está «sometido al imperio de otro y puede dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes»⁸⁰, y porque tampoco está «obligado a sus propias leyes y ordenanzas»⁸¹, pues «es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad»⁸². La soberanía es un poder perpetuo, porque perdura «por la vida de quien tiene el poder»⁸³. Este segundo elemento implica que no todo poder absoluto es un poder soberano, «puesto

⁷⁷ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸ Ernesto Saa Velazco, *Teoría Constitucional General*, Ed. Talleres Editoriales del Departamento, 142 (1986).

⁷⁹ Jean Bodin, *Los seis libros de la república*, Ed. Aguilar, 46 (1973).

⁸⁰ Jean Bodin, *Los seis libros de la república*, Ed. Aguilar, 52 (1973).

⁸¹ *Ídem*.

⁸² *Ídem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 49.

que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido este, no son más que súbditos»⁸⁴. Por esta razón, no es soberano quien ostenta un poder absoluto por un tiempo limitado, pues aquel solo será su custodio o depositario, hasta que el –verdadero– soberano decida revocárselo, aun antes de cumplirse el plazo concedido. En este sentido, para BODIN, tampoco será perpetuo aquel poder absoluto que se ejerce por tolerancia o aquiescencia de otro, incluso si es por tiempo indeterminado, pues será este último realmente el soberano⁸⁵. Ambas características de la soberanía indican que esta es un poder originario, es decir, un poder que no depende ni se deriva de otros⁸⁶. En definitiva, se puede afirmar que soberanía, para BODIN, significa la negación de toda subordinación o limitación por parte de cualquier otro poder, en el sentido de que el soberano no reconoce ningún otro poder superior a sí mismo⁸⁷.

NARANJO MESA, refiriéndose a los planteamientos de BODIN, señaló que la doctrina clásica de soberanía consiste «en que en toda sociedad existe un poder absoluto, superior e incontrolado, que tiene la decisión final con respecto a la adopción y promulgación de las normas jurídicas que deben regir esa sociedad», lo cual implica que «el soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y puede emplear –de manera ilimitada– la coacción sobre quienes están sometidos a su poder»⁸⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente la relación que existe entre el poder constituyente primario y la soberanía; pues como lo afirmó ARAUJO RENTERÍA: «Si los poderes de la soberanía pueden resumirse, como lo hizo BODIN, en el poder para dar la ley, y la Constitución no es más que

⁸⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 46 y 49.

⁸⁶ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 176.

⁸⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 432 (2002).

⁸⁸ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 235.

la máxima ley, el poder para dar la Constitución no es más que un atributo de la soberanía»⁸⁹. Esto significa que, para poder determinar quién es el titular del poder constituyente primario, es necesario saber de antemano quién es el soberano. Para ello, es necesario establecer quién tiene el poder político⁹⁰.

3.1.1.4.2. PODER POLÍTICO

Según lo señaló MAURICE DUVERGER, el «poder político» comprende dos elementos: «1) La coacción material y 2) la creencia de que esta coacción está bien fundada»⁹¹. Cuando solo se presenta el primer elemento, no se está enfrente del poder político, sino de otro tipo de poder o, como lo llamó DUVERGER, de poderío. En este sentido, «el poderío es la ley del más fuerte, que puede constreñir materialmente al más débil a inclinarse. El poderío es omnipresente, ya que resulta de la desigualdad de fuerzas»⁹². Es decir, siempre habrá poderío, porque siempre habrá personas más fuertes que otras; entendiendo que, cuando se habla de fuerza se habla de coacción material, la cual se puede ejercer por diversos medios, no solo físicos, sino también, por ejemplo, económicos⁹³.

El poder político aparece cuando los que obedecen lo hacen, no solamente por la coacción material que se ejerce sobre ellos, sino además porque creen que tienen la obligación de hacerlo. El poder político es, entonces, un poder al cual se debe obediencia, ya que se considera que es el poder legítimo dentro de una determinada sociedad. Esto indica que cada sociedad define un poder como «legítimo», tildando a los demás de «ilegítimos», los cuales son, por consiguiente, solo

⁸⁹ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 191.

⁹⁰ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 164.

⁹¹ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ed. Ariel, 28 (1970).

⁹² *Ibidem*, p. 26.

⁹³ *Ídem*.

«poderíos». De acuerdo con DUVERGER, la legitimidad se define como la cualidad que presenta un poder de ser conforme con los valores aceptados por la respectiva sociedad⁹⁴. Esto significa, como lo apuntó ARAUJO RENTERÍA, que el poder político implica una relación de mando-obediencia entre un superior y un inferior, en el marco de un orden jurídico (fundamentado en el conjunto de valores aceptados por la respectiva sociedad) en virtud del cual el primero está facultado para mandar y el segundo obligado a obedecer⁹⁵.

En este punto, es donde se conecta el concepto de poder político con el de soberanía. Según se dijo, se considera soberano el poder colocado en la cúspide dentro de la jerarquía de la organización social; razón por la cual, el poder soberano no depende de ningún otro, sino que, por el contrario, todos los demás dependen de él. En este sentido, es claro que las autoridades subordinadas derivan su poder directamente del soberano; sin embargo, esto plantea la pregunta: ¿de quién deriva este su poder? Por esta razón, las teorías sobre la legitimidad del poder solo conciernen al poder soberano, pues este es el único que es necesario justificar, ya que los otros poderes, los subordinados, encuentran en el poder del soberano su justificación. Por esto, las diversas teorías sobre la legitimidad del poder han sido llamadas teorías de la soberanía: teoría de la soberanía real, teoría de la soberanía popular, teoría de la soberanía nacional, etc.⁹⁶

Con base en lo anterior, se comprende que el poder político y, en consecuencia, la soberanía son conceptos que hacen referencia al *deber ser* del poder. En este sentido, el soberano no justifica su poder en el hecho (*realidad material*⁹⁷) de poseer efectivamente los medios necesarios para ejercer coacción material sobre los demás, sino que aquel lo justifica en un orden jurídico,

⁹⁴ *Ibidem*, p. 28-29.

⁹⁵ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 166.

⁹⁶ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ed. Ariel, 53 (1970). Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 236.

⁹⁷ Maurice Duverger, *op. cit.*, p. 31.

fundamentado en el conjunto de valores aceptados por la respectiva sociedad, en virtud del cual tiene el derecho a mandar y el resto la obligación de obedecer. Por esta razón, como lo anotó JELLINEK, la soberanía es un concepto jurídico y, por ende, el poder del soberano es un poder jurídico, es decir, una facultad⁹⁸. En consecuencia, cuando se afirma que el poder constituyente primario es un atributo inherente de la soberanía, lo que se está indicando es que el soberano tiene el derecho de crear la Constitución; de lo que se desprende que justificar la Constitución en el poder del soberano, implica fundamentar a esta en un orden jurídico anterior.

No obstante, según se expuso en el apartado 3.1.1.1, no todos identifican al poder constituyente primario como un atributo de la soberanía, sino que algunos lo consideran como un resultado de la supremacía. De acuerdo con DUVERGER, la supremacía, a diferencia de la soberanía, no se legitima en un conjunto de valores, sino que es una cuestión de hecho⁹⁹. Es decir, la supremacía es una relación de desigualdad de fuerzas entre individuos; no una relación de mando-obediencia en el marco de un orden jurídico. Por eso, cuando se afirma que el poder constituyente primario es un resultado de la supremacía, y no un atributo de la soberanía, se está indicando que aquel no es la facultad que tiene el titular del poder político para crear la Constitución, sino que es la fuerza de quien tiene poderío para imponerla. Así, por ejemplo, desde la perspectiva marxista, la Constitución no se deriva del soberano o titular del poder legítimo, sino que es impuesta por la clase que cuenta con los medios adecuados para coaccionar materialmente a las demás, forzándolas a comportarse según sus intereses. En este sentido, SAA VELAZCO manifestó lo siguiente:

Realmente no existe la soberanía. La definición de la soberanía hoy es parte de la historia y la doctrina porque carece de toda efectividad y aplicación verdaderas. La independencia del Estado es apenas

⁹⁸ Georg Jellinek, *op. cit.*, p. 432.

⁹⁹ Maurice Duverger, *op. cit.*, p. 54.

una afirmación sin realidad, todo poder político es clasista y funciona en razón de las relaciones de producción y de clase. [...] La soberanía interna se extingue por la acción de los grupos de presión¹⁰⁰.

FERDINAND LASALLE también compartió la opinión de que la Constitución es producto de la coacción material que los diferentes grupos de una sociedad pueden ejercer sobre los otros.

LASALLE sostuvo lo siguiente:

Los factores reales de poder [v. gr. poder militar; poder económico] que rigen dentro de cada sociedad son aquella fuerza activa y eficaz que informa la totalidad de las leyes e instituciones jurídicas de tal sociedad. [...] He aquí, por lo tanto, señores, lo que es la Constitución de un país, en esencia: es la suma de los *factores reales de poder* que rigen en dicho país. Mas, ¿cuál es la relación que tiene esto con lo que comúnmente se denomina Constitución, o mejor, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Tomamos dichos factores *reales* de poder, los colocamos en una hoja de papel, expresándolos *por escrito*, y a partir de ese instante, contenidos en el papel, dejan de ser simples factores *reales* de poder, y ascienden a la categoría de Derecho, de instituciones jurídicas, y aquel que actúe en su contra actúa en contra de la ley, y merece ser castigado¹⁰¹.

En definitiva, la diferencia entre aquellos que identifican el poder constituyente primario como un atributo de la soberanía y aquellos que lo consideran como un resultado de la supremacía, es que, para los primeros, la coacción es resultado del orden jurídico, mientras que, para los segundos, el orden jurídico es consecuencia de la coacción.

¹⁰⁰ Ernesto Saa Velazco, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰¹ Ferdinand Lasalle, ¿Qué es una Constitución?, Ed. Panamericana, 7-14 (2007).

3.1.1.4.3. SOBERANÍA POPULAR Y SOBERANÍA NACIONAL

Desde el siglo XVI se puede rastrear la idea de que el poder del gobernante proviene del consentimiento de la comunidad¹⁰². No obstante, es en ROUSSEAU donde se puede encontrar una teoría desarrollada sobre la soberanía popular. Tradicionalmente, se ha dicho que, para ROUSSEAU, la soberanía popular es una soberanía fraccionada, ya que cada uno de los ciudadanos (miembros del Pueblo) es titular de una fracción de ella¹⁰³.

Posteriormente, durante la revolución francesa, SIEYÈS elaboró el concepto de soberanía nacional con el propósito de materializar efectivamente los intereses que habían impulsado a la burguesía francesa a promover y liderar la Revolución que acabó con el absolutismo monárquico en Francia; pues se dio cuenta que el concepto de soberanía popular permitiría que todos y cada uno de los ciudadanos tuvieran la posibilidad de elegir y ser elegidos, al tiempo de que implicaría reconocerle a las clases desposeídas un poder inmenso e incontrolable, poniendo «en verdadero peligro la subsistencia del orden burgués recién conquistado»¹⁰⁴.

Bajo esta perspectiva, SIEYÈS reemplazó el concepto de soberanía popular por el de soberanía nacional, el cual no contempla una soberanía fraccionada y repartida en cada uno de los ciudadanos, sino una que reside en la totalidad del cuerpo social (conjunto de individuos) llamado Nación. Esto significa que «el ciudadano no es el poseedor de una porción de la soberanía, sino que participa de su titularidad en cuanto es componente de la Nación»¹⁰⁵. En este sentido, de acuerdo con CARRÉ DE MALBERG, el concepto de soberanía nacional, a diferencia del de soberanía popular, no sostiene

¹⁰² Ver Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, pp. 237-248.

¹⁰³ Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990. Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁴ Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990.

¹⁰⁵ Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 248.

que hay 45 millones de soberanos –por poner un ejemplo–, sino uno solo: la Nación¹⁰⁶. Con ello se logra comprender que la Nación es un sujeto distinto de los individuos que la integran; lo que implica que ella es el único titular de la soberanía y que ningún ciudadano o grupo de ellos puede atribuirse su ejercicio¹⁰⁷.

Es importante enfatizar que, contrario a lo que afirman algunos¹⁰⁸, el concepto de soberanía nacional no implicó, por sí mismo, que las clases no burguesas quedaran excluidas de la participación del ejercicio del poder en el nuevo régimen político-jurídico; pues es claro que, en virtud de este concepto, cada ciudadano seguía participando de la titularidad de la soberanía al ser miembro de la Nación. En cambio, hay que precisar que el concepto de soberanía nacional, al establecer que el titular de la soberanía fuera la Nación, un sujeto separado de los individuos que la componen, sí facilitó para que se diseñara, de forma arbitraria e injustificada (pues se identificó a la Nación con el tercer Estado y este con la burguesía¹⁰⁹), un régimen representativo en donde la soberanía solo fuera ejercida por voceros, reunidos en asamblea, que ostentaran la calidad de

¹⁰⁶ René Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 93 (1948). Tomado de Vladimiro Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁷ Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990.

¹⁰⁸ Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990. «En tales términos la Nación es un cuerpo separado de los individuos mismos -que la componen. Es un epifenómeno extraído de la mente de los políticos para atribuirles el poder de definir, a su arbitrio, cómo y en cuáles circunstancias se ejerce la soberanía. Por ello nadie, individualmente considerado, puede atribuirse su ejercicio, y por ello mismo sus voceros tienen la potestad de señalar quiénes participan en el cuerpo electoral, quiénes son ciudadanos activos, por tener compromisos ciertos con el régimen, y quiénes no lo tienen por carecer de rentas, cultura, etc. De esta manera el razonamiento condujo a una distinción genial del abate: el poder constituyente y el poder constituido. Allí triunfó la solución que discriminó al pueblo francés y le entregó el control de la revolución a la burguesía. La diferencia permitió acordar un cuerpo constituido con poderes excepcionales y dictatoriales. Fue la legalización revolucionaria de la Asamblea.

El poder constituyente o primario (llamado así por las asambleas primarias compuestas por ciudadanos activos no subordinados, con adecuadas rentas —que pagaran una contribución directa de al menos tres jornadas de trabajo—, etc.) se integró bajo el más claro criterio de desigualdad. No todos pertenecían a ese cuerpo de la "Nación", pero resolvió coyunturalmente un problema propio de una pretenciosa revolución que aspiraba a terminar con los estamentos, los valores, el racismo y demás signos del odiado "antiguo régimen". El individuo así conformado tenía la libertad, poseía su voluntad, era dueño—como anhelaba E. Kant— de su propia razón. Pero su igualdad, plena en el terreno del intercambio de mercancías, estaba restringida en el campo de lo político, o sea, en la expresión del sufragio.

El constituyente primario no fue otra cosa que un subproducto de la aplicación de la tesis de la soberanía nacional y una necesaria consecuencia de las decisiones revolucionarias de la burguesía para excluir del voto al pueblo francés. Pero ese concepto cobraba un 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».

¹⁰⁹ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 182.

ciudadanos activos, es decir, de ciudadanos con rentas, pertenecientes a la burguesía; elegidos por ciudadanos con las mismas calidades.

3.1.1.4.4. EL PUEBLO, LA NACIÓN: TITULARES DEL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

El titular de la soberanía ha variado dependiendo de los valores aceptados por cada sociedad en determinado período histórico. Así, se pasó de la soberanía real a la soberanía nacional o a la popular. En este sentido, como se explicará más adelante, los conceptos de soberanía popular o nacional se derivan de forma directa y lógica del reconocimiento de la libertad e igualdad de los seres humanos. Así las cosas, se puede afirmar que, en las sociedades que aceptan estos valores, el titular del poder constituyente primario es el Pueblo o la Nación.

3.1.2. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

En esta sección, no se pretende elaborar una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –en vigencia de la Constitución de 1886– ni de la Corte Constitucional referente al concepto de poder constituyente primario. Es decir, los pronunciamientos judiciales que se examinarán a continuación, no se abordarán a través de una metodología formal para la construcción y el análisis de líneas jurisprudenciales. Lo que se busca en este apartado, es mostrar de forma general la postura adoptada por cada alto tribunal sobre el concepto que se viene analizando.

3.1.2.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia fue la encargada de fungir como tribunal constitucional en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1886. Por esta razón, en la jurisprudencia que profirió durante ese período, se puede encontrar algunas referencias al concepto de poder

constituyente primario. Es pertinente transcribir el texto de los artículos 2º, 105 y 208 de aquella Carta, ya que fueron el fundamento normativo de estos pronunciamientos.

Artículo 2º: La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.

Artículo 105: Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común.

Artículo 208: La Constitución sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente Legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por la Mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el Presidente del Congreso.

3.1.2.1.1. SENTENCIA DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 1957¹¹⁰

3.1.2.1.1.1. ANTECEDENTES

El 4 de octubre de 1957, la Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia expidió el Decreto Legislativo 247, por medio del cual convocó al electorado («varones y mujeres colombianos, mayores de 21 años que no estuvieren privados del voto por sentencia judicial») para que, a través de plebiscito, aprobara o improbara una reforma al texto constitucional.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 247 fue demandado por inconstitucionalidad, pues se argumentó que este establecía un procedimiento de reforma de la Carta distinto al señalado en su

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Guillermo Hernández Peñaloza; 28 de noviembre de 1957.

artículo 218. Asimismo, en la demanda se señaló que el Decreto equiparó la voluntad de la Nación con el resultado de la votación realizada por los hombres y mujeres mayores de 21 años que participaron en el plebiscito, implicando esto, el ejercicio de los poderes públicos por fuera de los términos de la Constitución.

3.1.2.1.1.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Suprema de Justicia, al proferir la sentencia, se declaró inhibida de conocer la demanda presentada, por carecer de competencia para ello. Dentro de las diferentes razones que la Corte expuso para fundamentar su decisión, se destaca la siguiente secuencia argumentativa:

[...] La esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte. [...] Es un error frecuente el de enjuiciar los hechos generadores del derecho de la revolución a la luz de la norma preexistente. [...] Si la revolución considera que el derecho anterior no puede coexistir con ella misma, lo rechaza por el estado de necesidad, ya que estaría de por medio su supervivencia, porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. En estas condiciones, la revolución crea derecho por su propia declaración de voluntad. Por esto, los efectos político-jurídicos de la revolución son manifiestamente distintos de los del simple golpe de estado que, por originarse exclusivamente en la fuerza, ata a sus ejecutores en un todo a las normas vigentes. [...] El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía, latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente [...].

3.1.2.1.1.3. ANÁLISIS

Con base en el pronunciamiento de la Corte, se concluye lo siguiente:

- 1) La Corte equipara los conceptos de Nación y Pueblo.
- 2) La Corte formula que en la Nación / el Pueblo reside la soberanía.
- 3) Como consecuencia del punto anterior, la Corte determina que la voluntad de la Nación / el Pueblo tiene el poder de constituir o crear el orden jurídico. Esto equivale a afirmar que la Nación / el Pueblo tiene el poder constituyente primario, y que lo ejercita cuando realiza una manifestación de (su) voluntad.
- 4) Por lo anterior, la Corte concluye que la Nación / el Pueblo, al ejercer su poder constituyente, no está limitada(o) por el orden constitucional preexistente.
- 5) La Corte manifiesta que el poder de la revolución es diferente al poder del golpe de Estado. La diferencia, para la Corte, radica en el hecho de que el primero se origina en la voluntad de la Nación / del Pueblo como titular de la soberanía; mientras que el segundo reposa exclusivamente en la fuerza (coacción material).

3.1.2.1.2. SENTENCIA NÚMERO 54 DEL 9 DE JUNIO DE 1987¹¹¹

3.1.2.1.2.1. ANTECEDENTES

En 1987, 30 años después de haber sido expedido el Decreto Legislativo 247 de 1957, este volvió a ser demandado por inconstitucionalidad. En esta oportunidad, se consideró que aquel violaba los artículos 2º y 218 de la Constitución. Con respecto al artículo 218, los argumentos

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Hernando Gómez Otálora; 9 de junio de 1987.

expuestos por el accionante fueron esencialmente los mismos que los formulados en la primera demanda. Sin embargo, con relación al artículo 2º, vale la pena transcribir el siguiente fragmento:

[...] Los poderes públicos son derivados y reglados, ya que el carácter político o primigenio le pertenece exclusivamente a la Nación. Cada una de esas ramas cumple funciones separadas en desarrollo de la llamada Soberanía Nacional, que no puede confundirse con consultas populares para reformar la Carta, como lo hace el Acto Plebiscitario de diciembre 10 de 1957. [...] El concepto mismo de soberanía radica en la Nación y no en el pueblo y de allí que el sufragio sea una simple función constitucional que no impone obligaciones. La población es apenas un elemento de la Nación, mejor del Estado-Nación, como lo es el territorio y el gobierno. El pueblo ciudadano no es titular de ninguna de las ramas del Poder Público, ya que no pertenece al gobierno, a los jueces o a la Rama Legislativa [...]¹¹².

3.1.2.1.2.2. PRONUNCIAMIENTO

Nuevamente, la Corte Suprema de Justicia, al proferir sentencia, se declaró inhibida de conocer la demanda presentada, por carecer de competencia para ello. Su decisión se basó en la siguiente argumentación:

[...] Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden. [...] La Nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la

¹¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Hernando Gómez Otálora; 9 de junio de 1987.

misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

[...] Cuando se apela a la Nación y ésta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de éste hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria. [...] Siendo constituido el órgano al cual se encomienda la guarda de la integridad de la Constitución, su competencia depende del marco trazado por el mismo constituyente, de modo que no podría desbordarlo ubicándose en posición de juzgar los actos de ese constituyente a la luz del derecho antiguo, salvo lo dicho en cuanto al poder secundario y tan sólo por razones de procedimiento [...].

3.1.2.1.2.3. ANÁLISIS

Del pronunciamiento de la Corte, se puede hacer las siguientes consideraciones:

- 1) La Corte no equipara los conceptos de Nación y Pueblo, pues solo hace referencia a aquella.
Sin embargo, la Corte reitera que la soberanía reside en la Nación.
- 2) La Corte sostiene que la Nación, al manifestar su voluntad, produce el «acto constituyente primario».
- 3) La Corte señala que la Nación, a través del acto constituyente primario, define su estructura política fundamental.

- 4) La Corte resalta que la Nación, al definir su estructura política fundamental, no está limitada por la normativa jurídica-constitucional que antecede a la manifestación de voluntad por la cual ella produce el acto constituyente primario.
- 5) En adición al punto anterior, la Corte afirma que la Nación tampoco necesita de ninguna autorización jurídica para poder manifestar su voluntad de producir el acto constituyente primario y, así, (re)definir su estructura política fundamental; ya que la Nación produce el acto constituyente en virtud de la fuerza y efectividad de su poder político.
- 6) La Corte añade que ella, al ser un poder constituido, no tiene competencia para juzgar la validez del acto constituyente primario que surge de la manifestación de voluntad que hace la Nación, pues su competencia se deriva precisamente de una Constitución que la Nación previamente creó. La Corte, además señala que tampoco tiene competencia para pronunciarse sobre la validez de la convocatoria a la Nación, cuando ella ya ha manifestado su voluntad, incluso si quienes la convocaron violaron el ordenamiento jurídico precedente.

3.1.2.1.3. SENTENCIA NÚMERO 138 DEL 9 DE OCTUBRE DE 1990¹¹³

3.1.2.1.3.1. ANTECEDENTES

El asesinato de Luis Carlos Galán, y varios otros en el país, motivó a que los universitarios de Bogotá organizaran la Marcha del Silencio el 25 de agosto de 1989. En esta marcha se gestó el movimiento estudiantil¹¹⁴ que introdujo, por iniciativa propia, una *séptima papeleta* en las elecciones legislativas del 11 de marzo de 1990, con la cual se buscó consultar al electorado sobre

¹¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990.

¹¹⁴ Ver José Vicente Barreto Rodríguez, El constituyente primario: una construcción filosófica de frontera entre política y derecho, Revista Pensamiento Jurídico No. 24., febrero de 2012, At. 38.

la convocatoria de una Asamblea Constituyente¹¹⁵. Si bien los votos consignados en estas papeletas no fueron escrutados de manera oficial y por consiguiente no produjeron ningún efecto jurídico real, sí representaron un hecho de trascendencia política, pues fueron interpretados como la manifestación del clamor ciudadano para superar el estado de violencia y de inestabilidad institucional que experimentaba en ese momento el país.

A pesar de la claridad del artículo 208 de la Constitución, el Gobierno del Presidente Virgilio Barco¹¹⁶ buscó hacer trascender las aspiraciones de la *Séptima Papeleta*, por lo que expidió el Decreto Legislativo 927 de 1990, a través del cual autorizó y ordenó que «la organización electoral adoptara todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se habrían de producir en las fechas de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional»¹¹⁷. Para este propósito, en este decreto legislativo se estableció que el 27 de mayo de 1990, día de las elecciones presidenciales, los ciudadanos podrían solicitar en su puesto de votación una tarjeta electoral en la cual se leía: «Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia? SÍ; NO».

La Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de este decreto legislativo, mediante la Sentencia Número 59 del 24 de mayo de 1990¹¹⁸. La Corte fundamentó su decisión aduciendo

¹¹⁵ El 11 de marzo de 1990, se votó de manera oficial en Colombia, para determinar la composición de: el Senado de la República; la Cámara de Representantes; las asambleas departamentales; y los consejos municipales. Asimismo, para elegir a: los alcaldes municipales y distritales; y el candidato presidencial del Partido Liberal. En total, los electores tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho al voto en seis (6) tarjetas electorales distintas. De ahí que la «tarjeta electoral» que consultaba la convocatoria de una Asamblea Constituyente adoptara el nombre de *séptima papeleta*. Tomado de: Óscar Alarcón, *La séptima papeleta*. Diario El Espectador, junio de 2015, At. 1.

¹¹⁶ Virgilio Barco Vargas fue Presidente de Colombia durante el período comprendido entre el 7 de agosto de 1986 y el 7 de agosto de 1990.

¹¹⁷ Texto ligeramente modificado del artículo 1 del Decreto Legislativo 927 de 1990.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Expediente No. 2149 (334 – E). M. P. (Jorge Carreño Luengas); 24 de mayo de 1990.

que el decreto legislativo no se trataba de una reforma a la Constitución, sino que simplemente implicaba una norma que daba la posibilidad de contabilizar unos eventuales votos de carácter afirmativo, sobre la integración de una Asamblea Constitucional para reformar la Carta Política. En este sentido, como la misma Corte lo expresó, en dicha oportunidad el máximo tribunal no vio la necesidad de detenerse a analizar las competencias del constituyente primario y el alcance de las mismas. En definitiva, en la sentencia se determinó que el decreto legislativo no contrariaba el artículo 218 de la Constitución de 1886, el cual, en palabras de la Corte, era una manifestación del constituyente secundario.

El día de las elecciones presidenciales de 1990, César Gaviria fue elegido Presidente de la República con un respaldo de 2 millones 834 mil 118 votos. A su vez, se registraron 4 millones 991 mil 887 votos a favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional; y solo 226 mil 451 votos rechazándola¹¹⁹. Bajo estas circunstancias, el Gobierno del Presidente Gaviria expidió el Decreto Legislativo 1926 de 1990, mediante el cual convocó a los ciudadanos para que el 9 de diciembre de 1990 votaran por alguna de las siguientes dos opciones:

1. Sí convoco una Asamblea Constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho Acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional [...].

¹¹⁹ Ver Centro de Estudios Constitucionales-Plural, El paso a paso del proceso constituyente, Revista Semana, julio de 2011, At. 1.

2. No convocó para el 5 de febrero de 1991 una Asamblea Constitucional regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990.

El acuerdo político, al que se hacía referencia en la consulta presentada a los electores, estaba configurado por 10 acápites diferentes, los que a su vez se disgregaban en diversos puntos. El primer acápite se refería al *Congreso*; el segundo a la *Justicia* y al *Ministerio Público*; el tercero a la *Administración Pública*; el cuarto a los *Derechos Humanos*; el quinto a los *Partidos Políticos* y *Oposición*; el sexto al *Régimen Departamental, Distrital y Municipal*; el séptimo a los *Mecanismos de Participación*; el octavo al *Estado de Sitio*; el noveno a *Temas Económicos*; y el décimo al *Control Fiscal*.

3.1.2.1.3.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Suprema de Justicia avaló la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1926 de 1990; sin embargo, consideró que el temario establecido por el *Acuerdo Político* era inconstitucional. La decisión de la Corte se basó en las razones expuestas en el siguiente fragmento:

[...] Según principios generalmente aceptados en derecho constitucional, tres son los elementos que configuran un Estado: el territorio o “país”, el pueblo que lo habita o “nación” y el orden jurídico que lo organiza. A la “nación” se refiere el artículo 2º de la Carta fundamental [...]. Para precisar con exactitud el alcance [del artículo 2º] se analizó exhaustivamente la obra “Derecho Público Interno de Colombia” de don José María Samper, una de las figuras más destacadas del Consejo Nacional de Delegatarios, que redactó las bases de la Constitución de 1886, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación¹²⁰:

¹²⁰ Por creerlo pertinente, opté por solo transcribir un apartado de la cita hecha por la Corte Suprema de Justicia.

“En toda nación, [...] la soberanía es una e indivisible. Cualquier división que se haga, en la forma, no es de la soberanía (supremo poder o autoridad), sino meramente de su ejercicio. [...] En efecto, si la nación es un compuesto de cuatro elementos necesarios, la idea misma de su existencia es inseparable de otra idea sintética: la de su soberanía [...]”. (Op. cit., Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, tomo II, pp. 12-13).

Así pues, la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. [...] 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. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma Constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Río Negro (1863) para modificarla. Siendo la Nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos. [...]

3.1.2.1.3.3. ANÁLISIS

Con base en el pronunciamiento de la Corte, se concluye lo siguiente:

- 1) La Corte equipara los conceptos de Nación y Pueblo, al afirmar que la Nación es el Pueblo que habita en el respectivo país.
- 2) La Corte, citando a JOSÉ MARÍA SAMPER, afirma que la soberanía reside en la Nación / el Pueblo.

- 3) Como consecuencia del punto anterior, la Corte manifiesta que la Nación, o sea el Pueblo que habita en el país, es el constituyente primario.
- 4) En el mismo sentido, la Corte sostiene que del constituyente primario emanan los poderes constituidos o derivados.
- 5) De este modo, la Corte concluye que al ser la Nación / el Pueblo el constituyente primario, no puede tener otros límites jurídicos que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar la validez de sus actos.
- 6) Por consiguiente, la Corte señala que la Nación / el Pueblo puede en cualquier momento darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces, sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba.

3.1.2.1.4. CONSIDERACIONES

La Corte Suprema de Justicia tiene en términos generales una postura uniforme en las tres sentencias examinadas; no obstante, se observa que en cada una de ellas se refiere de diferentes maneras al concepto de poder constituyente primario. Si bien, también se evidencia que en un mismo pronunciamiento no mantiene una noción homogénea sobre este concepto, de cada uno de ellos se puede extraer una idea clara del mismo.

En este sentido, el alto tribunal en la sentencia de 1957 afirma que la voluntad de la Nación / del Pueblo es constituyente, pues su manifestación crea el orden jurídico. A su turno, en el pronunciamiento de 1987, la Corte sostiene que la Nación, al manifestar su voluntad, produce el acto constituyente primario. Por último, en el fallo de 1990, ella señala que la Nación / el Pueblo

es el constituyente primario. Esto significa que «*lo constituyente primario*» cambia de naturaleza en cada pronunciamiento. En la primera sentencia, es una atribución o característica de la voluntad nacional; en la segunda, es el acto que surge tras la manifestación de dicha voluntad, y en la tercera, es la Nación / el Pueblo misma(o). Si bien en el fondo la idea es la misma, no hay que olvidar que, en la disciplina jurídica, una cosa es referirse al sujeto que actúa en el mundo del Derecho; otra, a los efectos jurídicos que produce su manifestación de voluntad, y una distinta al acto jurídico que se deriva de dicha manifestación.

Por otro lado, la Corte demuestra, aunque de forma implícita, ser consciente de que la soberanía es un concepto jurídico. La postura de la Corte se evidencia por tres razones. La primera es que la Corte afirma que el poder de la Nación es diferente al poder del golpe de Estado, en cuanto el primero es un poder soberano (poder político, poder legítimo) y el segundo es simplemente poderío o coacción material (S. del 28 nov. 1957). La segunda razón es que si bien la Corte manifiesta que la Nación no está sujeta a límites jurídicos al crear una nueva Constitución, enfatiza que dichos límites son únicamente los que se derivan de la Constitución anterior (SS. del 28 nov. 1957; del 9 jun. 1987; del 9 oct. 1990). La tercera es que la Corte sostiene que la nueva Constitución no puede ser objeto de revisión jurídica, pero solo en el sentido de que el órgano jurisdiccional, encargado de revisar las reformas efectuadas a la Constitución que se pretende reemplazar, carece de competencia para examinar los actos del poder que lo constituyó, pues, precisamente, su competencia se deriva de este último (SS. del 9 jun. 1987; del 9 oct. 1990).

Por lo anterior, cuando la Corte afirma que: «La Nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político» (S. del 9 jun. 1987), a lo que está haciendo referencia realmente,

aunque de forma un tanto inconsciente, es que la Nación, al ejercer su poder constituyente primario, no requiere estar facultada por la Constitución que pretende reemplazar; lo que no implica que sí debe estarlo por el orden jurídico en virtud del cual la Nación es soberana.

3.1.2.2. CORTE CONSTITUCIONAL

El 4 de julio de 1991, se promulgó la nueva Constitución Política de Colombia, quedando derogada la Constitución de 1886. Es importante, entonces, traer a colación los siguientes tres artículos de la Carta del 91.

Artículo 3º: La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

Artículo 241: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. [...] 8) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad [...] de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Artículo 374: La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

3.1.2.2.1. SENTENCIA C-544 DE 1992¹²¹

3.1.2.2.1.1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se demandaron los siguientes artículos de la Constitución Política de 1991:

Artículo 380: «Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación».

Artículo transitorio 59: «La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno».

3.1.2.2.1.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional, al proferir sentencia, se declaró inhibida de conocer la demanda presentada, por carecer de competencia para ello. Dentro de los diferentes argumentos que la Corte expuso para fundamentar su decisión, se destacan los siguientes:

[...] En efecto, 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: 1) Como un poder pleno, soberano en sentido lato, cuando se manifiesta en las circunstancias propias de la creación de una constitución. 2) 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. [...]

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-544/92 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: 1° de octubre de 1992).

La teoría de la soberanía popular conduce a la reflexión acerca de la teoría del poder constituyente, como quiera que ésta es una manifestación de aquélla. La teoría constitucional distingue pues entre poder constituyente o primario y poder constituido o derivado o secundario. 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, y 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. [...]

La teoría del poder constituyente es necesaria mas no suficiente para explicar razonablemente los cambios político-jurídicos de un Estado. En la democracia constitucional de la postguerra 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 aún 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 instituciones que se dé 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. [...]

3.1.2.2.1.3. ANÁLISIS

Del pronunciamiento de la Corte, se puede hacer las siguientes consideraciones:

- 1) La Corte afirma que la soberanía reside en el Pueblo; sin hacer referencia a la Nación.

- 2) La Corte señala que el poder constituyente primario es una manifestación de la soberanía popular, añadiendo que el Pueblo es el poder constituyente primario.
- 3) La Corte sostiene que el poder constituyente primario es soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional porque es anterior al Derecho, fuente del Derecho, esencia del Derecho e, igualmente, modificadorio de todo el Derecho, inclusive el Derecho constitucional; por lo que sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad.
- 4) Sin embargo, la Corte manifiesta que las nuevas instituciones que se dé un Pueblo, para ser legítimas, tienen que ser humanistas, democráticas y razonables, que garanticen la libertad, la justicia, la igualdad y la dignidad humana. Es decir, la Corte, por un lado, establece que las determinaciones del poder constituyente primario son ilimitadas, pero, por el otro, afirma que tienen que respetar ciertos contenidos valorativos para ser legítimas.
- 5) En adición al punto anterior, la Corte sostiene que en las democracias constitucionales el Pueblo ejerce su soberanía de dos formas distintas, según el contexto en el que actúe.
 - a) El Pueblo ejerce su soberanía de forma plena e ilimitada (sin perjuicio de lo dicho en el punto 4 anterior) cuando crea la Constitución.
 - b) El Pueblo ejerce su soberanía de forma velada, potencial y, por tanto, limitada durante la vigencia de la Constitución, ya que debe manifestarse a través de los cauces constitucionales e institucionales, con las restricciones que ello implica.

3.1.2.2.2. SENTENCIA C-551 DE 2003¹²²

3.1.2.2.2.1. ANTECEDENTES

El 22 de enero de 2003, el Presidente de la República remitió la Ley 796 de 2002 a la Corte Constitucional, para que ella se pronunciara sobre su exequibilidad. Por medio de esta ley, se convocó a un referendo y se sometió a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

3.1.2.2.2.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional declaró exequible la Ley 769 de 2002, salvo algunas excepciones menores. En la sentencia, la Corte se refirió a la diferencia entre los conceptos de poder constituyente primario y de poder constituyente derivado. El alto tribunal manifestó lo siguiente:

[...] 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, quien 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. [...]

¹²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet: 9 de julio 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. [...]

3.1.2.2.2.3. ANÁLISIS

Con base en el pronunciamiento de la Corte, se concluye lo siguiente:

- 1) La Corte establece que la soberanía es popular, es decir, que ella reside en el Pueblo. Además, no hace referencia al concepto de Nación, sino únicamente al de Pueblo.
- 2) La Corte define al poder constituyente primario como el poder político de los asociados. Por eso, la Corte señala que el poder constituyente primario está radicado en el Pueblo soberano; o lo que es lo mismo, que el Pueblo soberano tiene el poder constituyente primario.
- 3) La Corte afirma que al ser el poder constituyente primario, un poder político, sus actos son fundacionales o constitutivos del orden jurídico. En consecuencia, la Corte concluye que el Pueblo cuando ejerce su poder constituyente para darse una Constitución, no está restringido por límites jurídicos ni sus determinaciones pueden ser objeto de control jurisdiccional.
- 4) La Corte agrega que se debe distinguir entre el poder constituyente primario –o en estricto sentido– y el poder constituyente derivado o poder de reforma. Mientras que el primero es

jurídicamente ilimitado, el segundo está limitado por lo que disponga la Constitución. Esta distinción es el fundamento de la Teoría de la Sustitución de la Constitución.

3.1.2.2.3. SENTENCIA C-1040 DE 2005¹²³

3.1.2.2.3.1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se demandó el Acto Legislativo 02 de 2004, por medio del cual se reformó el artículo 197 de la Constitución Política, permitiendo la reelección presidencial. En la demanda se argumentó que la reforma introducida por este acto legislativo implicaba una sustitución de la Constitución porque modificaba la estructura básica del Estado, lo cual significaba que dicho acto legislativo era una norma inconstitucional debido a que el Congreso de la República, al ser un poder constituido, no tenía competencia para adelantar el procedimiento para su formación y expedición; toda vez que los poderes constituidos son incompetentes para sustituir la Constitución.

3.1.2.2.3.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional declaró exequible el acto legislativo en lo referente a la reforma del artículo 197. En relación con el concepto de poder constituyente primario, el alto tribunal manifestó lo siguiente:

[...] La existencia de una constitución [...] presupone metodológicamente, dar respuesta a la pregunta de ¿Quién tiene el poder para dar la constitución? o lo que es lo mismo ¿quién tiene el poder constituyente?; la pregunta de ¿quién tiene el poder constituyente? presupone dar respuesta a la pregunta: ¿Quién tiene la soberanía? ya que el poder Constituyente no es más que un atributo o

¹²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040/05 (MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández: 19 de octubre de 2005).

manifestación de la soberanía, como lo descubrieron los revolucionarios franceses. El poder constituyente no es más que una consecuencia de la soberanía. Para determinar quién tiene el poder constituyente debemos absolver en primer lugar el interrogante de ¿Quién es el soberano?

Preguntarse por el soberano es inquirir por el sujeto titular del poder político. El sujeto titular del poder político sólo puede ser el Gobernante, o el gobernado; en el estado moderno, que es un estado democrático, el sujeto titular del poder político es el gobernado, o como comúnmente se le llama “El pueblo”.

Determinar quién es el sujeto titular del poder público, es fijar con precisión el principio alrededor del cual gira toda la teoría jurídica de la Constitución, ya que el pueblo titular del poder político, es por esa misma razón titular de la soberanía y en consecuencia, titular del poder constituyente, que es el principal atributo de la soberanía y quien tiene el poder para dar la constitución tiene así mismo el poder para reformarla, determinar sus contenidos e interpretarla. [...]

3.1.2.2.3.3. ANÁLISIS

Del pronunciamiento de la Corte, se puede hacer las siguientes consideraciones:

- 1) La Corte afirma que el Pueblo es el titular del poder político y, por consiguiente, el Pueblo es el titular de la soberanía; lo que, en consecuencia, implica que el Pueblo sea el titular del poder constituyente primario.

- 2) En definitiva, la Corte señala que el Pueblo soberano tiene el poder constituyente, es decir, el poder para crear la Constitución, reformarla e interpretarla.

3.1.2.2.4. SENTENCIA C-180 DE 2007¹²⁴

3.1.2.2.4.1. ANTECEDENTES

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionaba algunos incisos al artículo 48 de la Constitución Política, fue demandado en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. En la demanda, se le solicitó a la Corte Constitucional que declarara la inexecutable del acto legislativo, «con el argumento de que el Congreso de la República carecía de competencia para realizar la modificación a la Constitución allí contenida, por cuanto el Pueblo, como constituyente primario, en el referendo del año 2003, había negado los temas pensionales que se incluyeron»¹²⁵ en la reforma tramitada por el Congreso.

3.1.2.2.4.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional, al proferir sentencia, se declaró inhibida de proferir un fallo de fondo debido a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, la Corte realizó las siguientes consideraciones en relación con el concepto de poder constituyente primario:

[...] La Corte encuentra que la demanda es inepta porque en sus consideraciones generales sobre la materia parte de, al menos, tres presupuestos equivocados: 1. Que el pueblo, cuando se expresa por la vía del referendo constitucional previsto en el artículo 378 de la Constitución actúa como poder constituyente primario. [...]

En las democracias constitucionales el constituyente primario es el pueblo, “...el cual posee *per se* un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus

¹²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180/07 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: 14 de marzo de 2007).

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: 14 de marzo de 2007).

actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”¹²⁶. [...]

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 fundacional. 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 auto afirmación 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 periodo 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 y se encuentra subordinado a la Constitución. [...]

3.1.2.2.4.3. ANÁLISIS

Con base en el pronunciamiento de la Corte, se concluye lo siguiente:

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: 1º de octubre de 1992).

- 1) La Corte establece que el Pueblo es el poder constituyente primario, el cual *per se* es soberano, absoluto, ilimitado y permanente. En consecuencia, la Corte afirma que los actos del poder constituyente primario son políticos-fundacionales, cuya validez se deriva de la voluntad política de la sociedad; y, por eso, no son actos jurídicos, limitados por el Derecho ni susceptibles de control judicial.
- 2) No obstante, acto seguido, la Corte sostiene que el Pueblo se encuentra constituido o en estado de latencia durante la vigencia y eficacia de la Constitución, ya que esta le fija las condiciones para su ejercicio.
- 3) Por consiguiente, para la Corte, el Pueblo (el cual es soberano) actúa algunas veces como poder constituyente primario para crear la Constitución, y otras, como poder constituido por la misma Constitución que él previamente creó.
- 4) La Corte establece dos parámetros para saber cuándo el Pueblo actúa como poder constituyente primario. El primer criterio implica que se esté frente a una crisis institucional que ponga en duda la validez o la eficacia de la Constitución. El segundo criterio consiste en que el Pueblo actúe por fuera de todo procedimiento establecido por la Constitución, incluso si no se está atravesando un estado de crisis que ponga en duda su validez o eficacia.

3.1.2.2.5. SENTENCIA C-141 DE 2010¹²⁷

3.1.2.2.5.1. ANTECEDENTES

El 8 de septiembre de 2009, el Presidente de la República remitió la Ley 1354 de 2009 a la Corte Constitucional para que ejerciera el respectivo control automático de constitucionalidad. Por

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141/10 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).

medio de esta ley, se convocaba a un referendo constitucional para someter a consideración del pueblo el proyecto de reforma constitucional del artículo 197 de la Carta, con la cual se buscaba permitir la segunda reelección presidencial consecutiva.

3.1.2.2.5.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional, al proferir sentencia, declaró inexecutable la totalidad de la Ley 1354 de 2009. Dentro de los argumentos sobre los cuales fundamentó su decisión, se encuentra uno relativo al Pueblo soberano. En este sentido, se destaca lo siguiente:

[...] El constituyente de 1991 produjo, entonces, una institucionalización del pueblo en cuanto titular de la soberanía, pues organizó el poder que le corresponde en una multiplicidad de competencias y sometió el ejercicio de esas competencias a los cauces constitucionalmente diseñados, lo que, en su prístino sentido, significa que, si bien el pueblo soberano puede actuar, debe hacerlo en las condiciones y dentro de los límites establecidos en la Constitución y en las restantes normas del ordenamiento jurídico fundado en la Constitución, que lo instituye como titular de la soberanía.

La institucionalización del pueblo impide que la soberanía que en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo e incorporen a las minorías en el proceso político, pues son parte del pueblo y también están asistidas por el derecho a servirse de esas reglas comunes que constituyen el presupuesto de la igualdad con la que todos, ya pertenezcan a la mayoría o las minorías, concurren a los certámenes democráticos. [...]

3.1.2.2.5.3. ANÁLISIS

Del pronunciamiento de la Corte, se puede hacer las siguientes consideraciones:

- 1) Para la Corte, el Constituyente de 1991 limitó jurídicamente al Pueblo; lo cual, en palabras de la Corte, se trata de una autolimitación ya que la Asamblea Nacional Constituyente actuó en representación del Pueblo.
- 2) Por eso, según la Corte, el Pueblo se volvió a sí mismo un poder constituido por la Constitución de 1991 (la cual el mismo creó), pues se autoimpuso competencias –jurídicas– para el ejercicio de su soberanía y, por tanto, para la manifestación de su voluntad.
- 3) Por eso, para la Corte, el Pueblo está limitado jurídicamente por la Constitución de 1991, lo que le permite a la Corte controlar jurisdiccionalmente los actos del Pueblo.
- 4) La Corte afirma que la autolimitación del Pueblo es un mecanismo para garantizar los derechos de las minorías, pues el Pueblo no se puede identificar únicamente con las mayorías, ya que también en él están incluidas las minorías.

3.1.2.2.6. SENTENCIA C-379 DE 2016¹²⁸

3.1.2.2.6.1. ANTECEDENTES

La Jefe de Sección de Leyes del Senado de la República remitió el Proyecto de Ley Estatutaria No. 94/14 Senado - 156/15 Cámara a la Corte Constitucional, para que se pronunciara sobre su exequibilidad. Por medio de este proyecto de ley, se buscaba regular el plebiscito para la

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 18 de julio de 2016).

refrendación del «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera» (proceso de *paz* con las FARC).

3.1.2.2.6.2. PRONUNCIAMIENTO

La Corte Constitucional declaró al proyecto de ley exequible, por lo que posteriormente fue promulgada la Ley Estatutaria 1806 de 2016. El alto tribunal, en las consideraciones de la sentencia, se refirió al concepto de poder constituyente primario en los siguientes términos:

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la participación ciudadana se constituye como un principio fundamental, en la medida que *“ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de Derecho”*¹²⁹. A partir de esta perspectiva el principio democrático participativo se caracteriza por ser esencial, transversal, universal y expansivo. Se considera que es esencial porque es una *“condición necesaria para la vigencia del Estado Constitucional”*¹³⁰; puesto que el Pueblo soberano como poder constituyente es el que da lugar a los poderes constituidos, es decir, que los legitima.

Ahora bien, es importante anotar que la participación ciudadana como derecho-deber, debe darse conforme a los mecanismos establecidos y bajo los parámetros constitucionales y legales aplicables en cada caso particular. Así pues, el poder constituyente debe expresar su soberanía por los medios establecidos para intervenir en la toma de decisiones colectivas. En un Estado constitucional y democrático el Pueblo *“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”*¹³¹.

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1338 de 2000 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger: 4 de octubre de 2000).

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 28 de abril de 2010).

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010 (M. P. Humberto Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).

Es por ello por lo que la Corte Constitucional ha resaltado la relevancia del carácter reglado del modelo democrático, que se traduce en procedimientos diseñados para canalizar la expresión de la soberanía popular. Sobre este asunto se pronunció en la sentencia C-141 de 2010¹³²: “[s]e concluye entonces que la regla de la mayoría y la voluntad popular no tiene un valor superior a los procedimientos diseñados para permitir que éstas se manifiesten...”.

Por la razón anterior, la Corte ha señalado¹³³ que se desconoce la Constitución cuando se busca defender posturas mayoritarias sin importar los procedimientos establecidos en la Constitución y los límites constitucionales existentes. Por ejemplo, sería inconstitucional restringir los derechos fundamentales de las minorías a través de un referendo constitucional, en tanto los derechos fundamentales no son susceptibles de ser reducidos en su alcance mediante mecanismos de participación ciudadana, pues estos derechos constituyen un límite al ejercicio del poder político, tanto del poder constituyente como de los poderes constituidos. En este mismo sentido, dado el carácter reglado de la democracia constitucional instituida en la Carta Política de 1991, la voluntad popular debe ser canalizada por medio de los mecanismos de participación vigentes en el ordenamiento jurídico.

El límite del Estado colombiano, tanto del Pueblo soberano como de los poderes constituidos, es la Constitución y esta norma suprema establece de manera taxativa los medios por los que puede ser válidamente reformada, así como el ámbito y alcance de los poderes constituidos en el ejercicio de dicho poder de reforma.

3.1.2.2.6.3. ANÁLISIS

Con base en el pronunciamiento de la Corte, se concluye lo siguiente:

- 1) La Corte afirma que la soberanía reside en el Pueblo y, por eso, habla del Pueblo soberano.

¹³² Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010 (M. P. Humberto Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010 (M. P. Humberto Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).

- 2) La Corte señala que el Pueblo soberano es el poder constituyente primario. Sin embargo, sostiene que el Pueblo debe expresar su soberanía a través de los mecanismos que la Constitución prevé, ya que en los Estados constitucionales democráticos el Pueblo tiene límites, pues acuerda autolimitarse y autoconstituirse.
- 3) Para la Corte, lo anterior significa que la voluntad del Pueblo «no tiene un valor superior» a los procedimientos diseñados por la Constitución para que ella (la voluntad popular) se manifieste.
- 4) Por eso, la Corte concluye que, en el Estado colombiano, el cual es un estado constitucional democrático, el Pueblo soberano está (auto)limitado por la Constitución que el mismo creó.

3.1.2.2.7. CONSIDERACIONES

A partir de las seis sentencias analizadas, se evidencia que la Corte Constitucional incurre en dos contradicciones graves. La Corte comete la primera contradicción cuando sostiene, al mismo tiempo, que el poder constituyente primario está en cabeza del Pueblo, por ser este el soberano, es decir, el titular del poder político (SS. C-544/92, C-551/03, C-1040/05, C-180/07, C-141/10, C-379/16); y que el poder del Pueblo es anterior al Derecho y fuente de este, por lo que su poder no encuentra ningún límite jurídico (S. C-544/92, C-551/03, C-180/07). El error de la Corte se presenta, porque equipara el concepto de soberanía con el de supremacía o, lo que es lo mismo, el de poder político con el poderío (ver apartado 3.1.1.4.2). Es decir, cuando la Corte afirma que el poder del Pueblo es anterior al Derecho, está indicando, sin darse cuenta, que el poder para crear la Constitución no es un atributo de su soberanía, sino una consecuencia de su supremacía. Sin embargo, no es posible afirmar que el poder constituyente primario es una consecuencia de la

supremacía del Pueblo, pues para hablar de supremacía es necesario que exista una relación de fuerzas desiguales, es decir, debe haber dos extremos: uno que coaccione y otro que padezca la coacción material; y ya que el Pueblo está compuesto por todos los miembros del conglomerado social, no existe tal relación, pues falta el extremo sobre el cual se ejerce coerción.

Para evidenciar la segunda contradicción en la que incurre la Corte, se debe señalar que, en un primer momento, el alto tribunal afirma que el poder constituyente, al ser atributo inherente de la soberanía del Pueblo, es per se absoluto (\neq relativo), permanente (\neq temporal), jurídicamente ilimitado y no susceptible de control jurisdiccional; lo que implica que sus actos son fundacionales, es decir, creadores del orden jurídico (SS. C-544/92, C-551/03, C-180/07). Sin embargo, a renglón seguido, la Corte señala que en las democracias constitucionales como lo es Colombia, el Pueblo se encuentra en un estado de latencia durante la vigencia y eficacia de la Constitución, por lo que ejerce su soberanía a través de los procedimientos y límites que determina la Constitución (SS. C-180/07, C-379/16). Para explicar esta última afirmación, la Corte sostiene que el Constituyente del 91, actuando como el Pueblo, quiso ponerse a sí mismo límites jurídicos, por lo que se autoconstituyó a través de la Constitución de 1991.

Evidentemente, la postura de la Corte quebranta el principio de no contradicción de la lógica formal, el cual establece que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo, ya que el alto tribunal sostiene que el Pueblo soberano, en ejercicio de su poder constituyente primario, crea la Constitución, pero al mismo tiempo, afirma que el poder del Pueblo, sin dejar de ser soberano, es un poder constituido por la Constitución que él mismo creó (SS. C-180/07, C-141/10, C-379/16).

El razonamiento de la Corte, además de ser contradictorio, es peligroso, si se lo ata a la Teoría de la Sustitución de la Constitución que la propia Corte elaboró. Es decir, si se entiende que el

Pueblo es un poder constituido en vigencia de la Constitución, y que los poderes constituidos no pueden sustituirla, entonces, eso significa que el Pueblo nunca podrá derogarla (pues eso implicaría sustituirla), lo que conlleva a que la Constitución nunca dejará de estar vigente y, por ende, el Pueblo tampoco dejará de ser nunca un poder constituido. Teniendo claro, además, que el alto tribunal ha sido enfático en manifestar que los mecanismos de reforma de la Constitución, enunciados en su artículo 374 (incluidos los que involucran la participación de la ciudadanía: referendo y Asamblea Constituyente¹³⁴), son una manifestación del poder constituyente derivado y, por tanto, del poder constituido.

La Corte termina de agravar la situación, al afirmar que el Pueblo solo volverá a estar autorizado para ejercer su soberanía de forma plena e ilimitada cuando se *produzca una crisis constitucional que ponga en duda la validez o eficacia de la Constitución* (SS. C-544/92, C-180/07). Pero ¿quién determina cuándo efectivamente se ha presentado una crisis de esta naturaleza, y con base en qué parámetros lo hace? ¿Será que la Corte está sugiriendo que ella es el órgano –constituido– encargado de *autorizar* al Pueblo soberano para que ejerza su poder constituyente primario, en el momento que ella considere caprichosamente que se ha presentado un estado de crisis constitucional?

En línea con lo anterior, la Corte también señala que, incluso en estados de normalidad constitucional, el Pueblo estará ejerciendo su poder constituyente primario cuando actúe por fuera de todo cauce normativo establecido por la Constitución vigente (S. C-180/07). Sin embargo, si se parte de la base de que, para la Corte, el Pueblo es un poder constituido durante los estados de

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet: Julio 9 de 2003). Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: 14 de marzo de 2007).

normalidad constitucional, es claro que aquella declarará inconstitucional cualquier actuación del Pueblo por fuera de los mecanismos de participación previstos por la Constitución.

Parecería, entonces, que el único camino que la Corte le está dejando al Pueblo para ejercer su soberanía y su poder constituyente primario es por medio de actos revolucionarios; con lo cual el Derecho fracasaría en su cometido de pacificar las relaciones humanas y los estados de transición constitucional.

4. LA VALIDEZ DEL DERECHO

4.1. LA NORMA JURÍDICA

RÜTHERS afirmó lo siguiente acerca de la importancia de las normas jurídicas para el Derecho:

Las normas jurídicas son las “partículas elementales” del ordenamiento jurídico. El concepto de norma jurídica es un concepto clave de la Teoría general del Derecho e involucra, por eso, nociones como las de “Derecho”, “validez”, “derecho subjetivo” o “justicia”. Quien desee entender el Derecho debe tener claro la noción, el lenguaje, la estructura y la función que poseen las normas jurídicas¹³⁵.

Ahora bien, para entender el concepto de norma jurídica, es necesario, primero, comprender el concepto general de norma. Esto, toda vez que el concepto de norma no solo es utilizado por la disciplina jurídica, sino también por otras áreas del conocimiento, tales como la religión, la moral, las ciencias naturales, entre otras¹³⁶. Por eso, si se quiere comprender el concepto de norma, hay que comenzar por distinguir entre las «normas del ser» y las «normas del deber».

¹³⁵ Bernd Rütters, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 51.

4.1.1. NORMAS DEL SER Y NORMAS DEL DEBER

Las normas del ser describen relaciones causales constantes que existen entre las cosas o los procesos del mundo físico. Por eso, para poder formularlas, es necesario haber constatado, de antemano y de manera empírica, la presencia de ciertas regularidades fácticas que fundamenten su existencia. Es por ello, que las normas del ser son propias de las ciencias naturales¹³⁷. Por su parte, las normas del deber prescriben una conducta determinada¹³⁸, que se estima buena o deseable, según consideraciones de orden religioso; moral; jurídico; etc. En este sentido, las normas del deber se establecen para que las personas se comporten de conformidad con la conducta que la respectiva norma ordena; pues, solo de esa manera, el comportamiento del individuo será estimado como bueno o deseable, según las mismas consideraciones que fundamentaron la norma. Es decir, las normas del deber pretenden controlar, esto es, direccionar el comportamiento de las personas, para que este se ajuste a determinados parámetros; ya sean estos, religiosos, morales, jurídicos... Por esta razón, la conducta que prescribe una norma del deber no se justifica por sí misma, sino en función de un determinado parámetro.

Según lo anterior, una norma del ser es refutada y, por tanto, deja de ser correcta cuando ocurre un acontecimiento que resulta contrario a las regularidades fácticas que la fundamentan. Así, por ejemplo, si un cuerpo A imprime una fuerza de acción sobre un cuerpo B, y este no genera sobre aquel una fuerza de reacción de igual magnitud, la Tercera Ley de Newton resultará refutada. En contraposición, las normas del deber no pueden ser calificadas de correctas o incorrectas o, lo que es lo mismo, de verdaderas o falsas¹³⁹. Es decir, la norma que ordena honrar a padre y madre no puede ser catalogada como falsa por el hecho de que uno o varios individuos no lo hagan. En el

¹³⁷ *Ídem.*

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ *Ídem.*

mismo sentido, no podrá afirmarse que la norma que prohíbe el peculado por apropiación es incorrecta porque un sinnúmero de servidores públicos se adueñe de dineros del erario¹⁴⁰. No obstante, las normas del deber sí pueden calificarse de válidas o inválidas, dependiendo si guardan o no correspondencia con los parámetros que son utilizados, en cada caso, para distinguir entre los comportamientos humanos buenos o deseables y los malos o no deseables.

Queda claro, entonces, que las normas jurídicas son normas del deber, pues su propósito no es describir una relación constante entre una causa X y un resultado Y, sino que se encargan de prescribir determinadas conductas con el fin de que el comportamiento de los seres humanos esté conforme con parámetros jurídicos. Por eso, en este punto, se hace necesario determinar qué se entiende –o debe entender– por «parámetros jurídicos», pues de lo contrario se incurrirá en una definición insulsa de norma jurídica, ya que aquella se basará en un argumento circular¹⁴¹. Evidentemente, preguntarse por el concepto de parámetros jurídicos, es preguntarse por el concepto de Derecho.

4.2. EL CONCEPTO DE DERECHO

4.2.1. APROXIMACIÓN INICIAL

El concepto de Derecho es altamente polémico; no en vano, más de 200 años después de haber sido pronunciadas¹⁴², RÜTHERS recordó¹⁴³ las palabras que KANT consignó en su *Crítica de la razón pura*: «Todavía buscan los juristas una definición para su concepto de Derecho». De hecho, hoy en día, las palabras de KANT siguen vigentes.

¹⁴⁰ Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Art. 393. 24 de julio de 2000 (Colombia).

¹⁴¹ Falacia de petición de principio.

¹⁴² La *Teoría General del Derecho* de Rütters fue publicada por primera vez en 1999, mientras que la *Crítica de la razón pura* de Kant, en 1781.

¹⁴³ Bernd Rütters, *op. cit.*, p. 29.

Para RÜTHERS, en la actualidad no es posible encontrar un concepto unitario de Derecho que sea aceptado por toda la disciplina jurídica, ya que el cambio acelerado de los sistemas políticos hace que también varíe el contenido y concepto de Derecho¹⁴⁴. Es decir, para este autor, el concepto de Derecho no solo cambia de un país (o comunidad) a otro, como consecuencia de las diferencias que existen en sus sistemas políticos; sino que el concepto de Derecho también muta en un mismo país de acuerdo con las modificaciones que su régimen político experimenta a través del tiempo.

Lo anterior implica un verdadero reto para la disciplina jurídica, pues ella no solo se desenvuelve en el plano teórico, sino también –y sobre todo– en el plano práctico, en el cual tiene que ofrecer certidumbre y seguridad acerca de cómo aplicar el Derecho¹⁴⁵. Por eso, como bien apunta RÜTHERS, a pesar de la polémica y polisemia en torno al concepto de Derecho, la disciplina jurídica «necesita como fundamento para su trabajo un concepto claro y bien definido de lo que es el Derecho»¹⁴⁶.

Para lograr formular un concepto de Derecho con aquellas características, RÜTHERS eludió la pregunta sobre «¿qué es el Derecho?», y se enfocó en responder «¿qué es el Derecho en un lugar y momento determinado?»¹⁴⁷. Frente a este último interrogante, el autor sostuvo que, en general, el Derecho «es solo aquello que puede ser impuesto, protegido y defendido con la fuerza por el Estado»¹⁴⁸; y que, en particular, el Derecho, en la Alemania de 1999¹⁴⁹, «es solamente aquello que es impuesto por los órganos competentes que indica la Constitución Política»¹⁵⁰. Como se observa, este autor acogió una postura iuspositivista, ya que –para él– el Derecho positivo es el que se aplica

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

¹⁴⁶ *Ídem*.

¹⁴⁷ *Ídem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴⁹ Año en el que Rütters publicó por primera vez su *Teoría General del Derecho*.

¹⁵⁰ Bernd Rütters, *op. cit.*, p. 30.

en la realidad; o como lo manifestó RUDOLF VON JHERING –palabras que RÜTHERS trajo a colación¹⁵¹ –: «La fuerza de ejecución, por el Estado, constituye el criterio absoluto del Derecho. Una norma de Derecho sin fuerza es una contradicción en sí misma, un fuego que no arde, una luz que no ilumina»¹⁵².

4.2.2. EL CONCEPTO DE DERECHO EN COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSPOSITIVISTA

Con base en el concepto *restringido* de Derecho propuesto por RÜTHERS; se concluye que, actualmente en Colombia, el Derecho es: las normas –del deber– que los órganos estatales (y que los particulares¹⁵³) producen e imponen de acuerdo con las habilitaciones, limitaciones, requisitos y procedimientos consagrados en la Constitución Política vigente¹⁵⁴. En el mismo sentido, en Colombia, hoy en día, las normas jurídicas se encargan de prescribir determinadas conductas con el fin de que el comportamiento de sus destinatarios¹⁵⁵ esté conforme con la Constitución Política vigente; lo que significa que es ella la que *encarna* los parámetros jurídicos con base en los cuales el Estado controla la conducta de sus habitantes.

Como se observa, el concepto *restringido* de Derecho propuesto por RÜTHERS goza de gran pragmatismo, ya que les permite a los operadores jurídicos contar con una definición clara y concreta sobre la cual desarrollar su labor. Sin embargo, no responde, o responde de forma frustrante y peligrosa, la pregunta de por qué la Constitución Política vigente es jurídica, es decir,

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 31y 33.

¹⁵² Rudolf von Jhering en *Der Zweck im Recht*. Tomado de Bernd Rütters, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵³ No se puede pasar por alto que «el contrato» -producto de la autonomía de la voluntad privada- es una norma jurídica de gran relevancia para regular el comportamiento de las personas. En todo caso, si bien el contrato surge de forma *inmediata* de la voluntad de los particulares, no puede afirmarse que es una norma que no es de producción estatal, pues, evidentemente, para que «el contrato» sea válido, debe ajustarse a los parámetros que las leyes, las sentencias, los reglamentos determinan, es decir, a los parámetros que la Constitución Política vigente establece.

¹⁵⁴ Artículo 4° de la Constitución Política: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...».

¹⁵⁵ Artículo 4° de la Constitución Política: «(...) Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades».

por qué ella es Derecho y, por consiguiente, por qué materializa o encarna los parámetros jurídicos con los cuales se controla la conducta de las personas.

Para explicar la anterior afirmación, es importante aclarar, previamente, que he venido utilizando la expresión «Constitución Política vigente», para hacer referencia tanto a la Constitución Política que surgió de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 como, también, para referirme a las reformas que aquella ha experimentado durante toda su vigencia. Esta distinción es importante, debido a que la Constitución Política –en su versión original– se produjo sin tener como parámetro de validez una norma jurídica anterior. En cambio, sus reformas se han llevado a cabo de acuerdo con los procedimientos que ella misma contempla de manera expresa, y dentro de los límites materiales¹⁵⁶ implícitos que ella le impone a la competencia del poder constituido para reformarla.

Considerando lo anterior, el concepto *restringido* de Derecho que ofrece RÜTHERS solo permite comprender por qué son jurídicas las reformas que se le han hecho a la Carta desde su promulgación. Sin embargo, es incapaz de responder por qué es Derecho, es decir, jurídica, la Constitución Política de 1991, sobre todo si se tiene en cuenta que fue elaborada y promulgada en contravía de las disposiciones de la Constitución Política de 1886.

Ahora bien, si se acude al concepto *lato o general* de Derecho presentado por RÜTHERS, el cual coincide plenamente con el que KELSEN propuso en su *Teoría Pura del Derecho*, se concluye que

¹⁵⁶ La Corte Constitucional ha argumentado que el juicio de sustitución es un control de carácter formal y no material de los actos reformativos de la Carta, para así poder aplicar su Teoría de la Sustitución de la Constitución, sin tener que reconocer su infracción del mandato claro que impone el artículo 241 superior y, por ende, tampoco su extralimitación competencial. En este sentido, la Corte afirma que el juicio de sustitución es un examen formal porque le permite determinar si el poder constituido tenía la competencia para adelantar el procedimiento a través del cual modificó la Constitución, pues aquel –al ser constituido– puede reformarla, mas no sustituirla (producir una nueva). A pesar de que la argumentación de la Corte es ingeniosa, no deja de ser un artilugio, pues ella determina si la modificación implicó una reforma o una sustitución con base en límites, que, si bien son implícitos, no dejan de ser materiales.

la Constitución Política que surgió de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 es jurídica, porque fue producida e impuesta con fundamento en el poder del Estado, es decir, en virtud de la «norma fundamental» (ver apartado 3.1.1.1.3). En este sentido, hay que recalcar que, cuando KELSEN se refiere al poder del Estado, está aludiendo a una realidad material, es decir, a la capacidad efectiva del Estado (aparato estatal) para ejercer coacción e imponer el orden jurídico. Dicho de otro modo, cuando KELSEN habla de norma fundamental, no se está refiriendo al poder soberano del Estado, sino al poderío de este. Por eso, para KELSEN, al igual que para MARX y LASALLE, el poder constituyente primario no es una facultad que se deriva de un orden jurídico preexistente, sino que es el resultado de tener los medios necesarios para ejercer coacción material y supremacía sobre el resto del conglomerado social.

Lo anterior, permite evidenciar que, para el positivismo jurídico, el poder (poderío) es el único parámetro para determinar si una Constitución es jurídica, si una Constitución es Derecho. Es decir, para el iuspositivismo, los «parámetros jurídicos» son definidos por el poder; y, por lo tanto, las normas jurídicas prescriben conductas con el fin de que el comportamiento de las personas esté conforme con lo que el poder dictamina o, mejor dicho, con lo que los detentores del poder estatal estiman bueno o deseable. En este sentido, el propio KELSEN manifestó: «El interrogante a que apunta el Derecho natural es el eterno interrogante de qué hay detrás del Derecho Positivo. (...) Quien sea capaz de rasgarse los velos y abrir los ojos, será confrontado con las cabezas gorgóneas del Poder»¹⁵⁷. Con esta afirmación de KELSEN se comprende que, cuando RÜTHERS afirmó –como se indicó en líneas anteriores– que el concepto de Derecho varía según cambia el sistema político

¹⁵⁷ Intervención de Kelsen en el Congreso de la teoría del Estado de 1926 en Münster, Alemania. Tomado de Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 244.

o de poder¹⁵⁸, lo que estaba señalando, en última instancia, es que el Derecho se encuentra subordinado al poder o, mejor dicho, que Derecho es aquello que impone el más fuerte.

En este punto, se hace palmario que la respuesta que ofrece la visión positivista del Derecho es frustrante y peligrosa. Es frustrante porque relega al Derecho a ser, esencialmente, o sea, desde su misma concepción, un instrumento al servicio del poder, y no un mecanismo para limitarlo, subordinarlo y domarlo. Es peligrosa porque, en consecuencia y como es evidente, el individuo queda a merced de la voluntad de los detentores del poder estatal, pues, si así lo determinan, es decir, si así lo valida la «norma fundamental», los derechos subjetivos quedarán desterrados del ordenamiento jurídico; lo que en el fondo implica, que la noción de derecho subjetivo es un elemento accidental y no esencial del concepto de Derecho, pues su inclusión quedará al capricho del poder.

En respaldo de lo anterior, vale la pena traer a colación lo que el propio RÜTHERS señaló:

Los sistemas estatales totalitarios, en todos sus matices ideológicos, se ven generalmente obligados a eliminar o a restringir masivamente los derechos subjetivos de los ciudadanos. La «idea de comunidad» (ya sea como la «comunidad del pueblo» de los nacionalsocialistas o la «comunidad humana» de los socialistas) suplanta el lugar de los derechos de la personalidad. [...] Después de la toma de poder de Hitler, tuvo lugar, en 1935, un congreso especial –con el nombre de «Campamento de los jóvenes juristas de Kitzberger»–, cuyo objetivo era criticar y minar la teoría de los derechos subjetivos. [...] En 1935, [fue presentada] una obra compilatoria exhaustiva¹⁵⁹, la cual reflejaba con

¹⁵⁸ Max Weber sostuvo que «Política significará, pues, para nosotros, la aspiración a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos grupos de hombres que lo componen. (...) Quien hace política aspira al poder; al poder como medio para la consecución de otros fines (idealistas o egoístas) o al poder “por el poder”, para gozar del sentimiento de prestigio que él confiere. Ver Max Weber, *La política como vocación*, Ed. NoBooks, 2 (2011). Autores como Maurice Duverger y Carl Schmitt presentaron conceptos de «política» similares.

¹⁵⁹ Karl Larenz (compilador), *Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts, München* [Sobre la renovación del Derecho civil], 1938, pág. 27.

vehemencia la caída de **un ordenamiento jurídico valorativo basado en el individuo** a uno basado en el colectivo popular del nacional socialismo... [...] En forma similar a la descrita, la DDR restringió la teoría tradicional de los derechos subjetivos. Desde la base de una teoría del Derecho de corte marxista-leninista, **la persona no era el eje central de orientación para el Derecho y su desarrollo**, sino que lo era su pertenencia a la clase social¹⁶⁰. (Negrillas propias)

4.2.3. CRÍTICA AL IUSPOSITIVISMO

Para comprender las razones por las cuales el iuspositivismo, o visión positivista del Derecho, presenta las falencias que se acaban de señalar, es necesario examinar la corriente filosófica sobre la cual se estructuró.

Como su nombre lo indica, el iuspositivismo es una de las manifestaciones del «positivismo filosófico»; fundado principalmente por AUGUSTE COMTE en 1848¹⁶¹, a raíz del esplendor que, en esa época, tuvo el auge de las ciencias de la naturaleza¹⁶². En tal sentido, el positivismo buscó aproximarse a la psicología, a la historia, al Derecho, entre otras disciplinas, de la misma manera como se abordan las ciencias naturales; es decir, a través de la observación, la confección de hipótesis, la comprobación experimental y la determinación de leyes (normas del ser) a través de fórmulas matemáticas.¹⁶³ Esto significó que cualquier tipo de metafísica tenía que desterrarse de los territorios de estas disciplinas, pues solo fueron considerados como «científicamente seguros», aquellos enunciados formulados con fundamento en el método científico-natural y, por ende,

¹⁶⁰ Bern Rüthers, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 237 y 238. Rüthers señala que en 1848 surgió el positivismo, como movimiento filosófico, debido a que fue en ese año que se fundó la «Société Positiviste».

¹⁶² *Ibidem*, p. 237.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 8 y 237. Manuel García Morente, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Grupo Editorial Tomo S.A. de C.V., 241 y 342 (2006).

empíricamente demostrables. Por esta razón, el positivismo sentenció que todas aquellas cuestiones que no son resolubles empíricamente pertenecen a la metafísica y no a la ciencia¹⁶⁴.

Como consecuencia de lo anterior, el positivismo jurídico hizo que las «leyes» (o normas jurídicas) fueran para el Derecho, lo que los «hechos» son para las ciencias naturales¹⁶⁵. De esta manera, RÜTHERS señaló que el positivismo jurídico parte de las siguientes tesis:

1. El Derecho lo constituyen únicamente las disposiciones jurídicas («positivas») emitidas por el Estado. La voluntad del Estado, expresada en los órganos competentes para emitir las normas, es la única fuente del Derecho.

2. Toda ley (en sentido material), emitida según los preceptos constitucionales, es Derecho vinculante en forma general. **Otro tipo de fundamentación no es posible ni necesario.**

3. **En el proceso de emitir las normas, el legislador [legal y constitucional] no está atado a ningún principio jurídico material, a ningún valor básico y a ningún principio ético superior.** El control de contenido de las leyes [o normas] estatales, basado en una «justicia material», es imposible de llevar a cabo¹⁶⁶. (Negrillas propias)

Al examinar las tesis del iuspositivismo, se constata que su objetivo es *purgar* al Derecho de cualquier contenido valorativo, toda vez, que la corrección o incorrección de los valores es empíricamente indemostrable, es decir, no es posible hacerlo a través del método científico-natural. Por este motivo, para esta corriente, es necesario distinguir entre el Derecho y el *mundo* de los valores. Reconocer esta distinción implica comprender que, si bien el Derecho puede entrar en

¹⁶⁴ Bern Rüthers, *op. cit.*, pp. 237-238.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

¹⁶⁶ *Ídem*.

contacto con los valores, ello no significa que aquel deje de ser independiente o, incluso, indiferente a estos. Por esta razón, para el positivismo jurídico, toda noción de Derecho que ignore esta frontera es una *teoría impura*, pues contamina al Derecho con elementos científicamente indemostrables.

Sin embargo, no hay que olvidar que la forma en la que se estructuran las normas jurídicas, independientemente del concepto de Derecho que se adopte, conlleva a que ellas impliquen, en sí mismas, la formulación de un juicio de valor, es decir, de una proposición basada en un conjunto particular de valores¹⁶⁷. Esto es así, debido a que las normas jurídicas se expresan a través del lenguaje (no necesariamente escrito¹⁶⁸), en forma de «proposición condicional, que tiene una descripción de sus condiciones de aplicabilidad (tipo [o supuesto de hecho]) y un mandato de conducta o un deber (consecuencia jurídica)»¹⁶⁹. Es decir, en cada norma jurídica reposa un juicio de valor, ya que ellas indican, mediante el vínculo entre el tipo y la consecuencia jurídica, la conducta que se considera buena o deseable en el marco de las circunstancias fácticas comprendidas por el tipo¹⁷⁰.

Entonces, si se tiene en cuenta que toda norma jurídica implica un juicio de valor, y que un juicio de valor es una proposición basada en un conjunto particular de valores, se concluye que toda norma jurídica implica una proposición que se fundamenta en un ordenamiento valorativo –o de valores– determinado¹⁷¹. Es precisamente por esto, que las normas jurídicas son normas del

¹⁶⁷ Michael Scriven (Kenneth Francis Schaffner & Robert S. Cohen, eds.) Proceedings of the Third Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. [Boston Studies in the Philosophy of Science, Vol. XX, 219 (1974). ISBN 90-277-0408-2 Ver <https://primaveraeuropea.eu/juicio-de-valor/> (12 de diciembre de 2017).

¹⁶⁸ Ver Hubed Bedoya, *op. cit.*, pp. 150-165. Este autor distingue cuatro formas en las que se puede expresar una norma jurídica. En este sentido, Bedoya habla de «norma escrita», «norma verbal», «gestos o señas corporales» y «conducta constitutiva de costumbre». En todas ellas, la norma jurídica se expresa a través de una proposición, pues incluso en el caso de los «gestos o señas corporales», lo cual ocurre, por ejemplo, cuando un agente de tránsito, mediante gesticulación, imparte órdenes para regular el tráfico vehicular, el destinatario de la norma (el conductor) no solo capta los gestos o señas corporales que el agente realiza, sino que, además, después de captarlos, procede a *traducirlos* en forma de proposición.

¹⁶⁹ Bern Rüthers, *op. cit.*, pp. 53 y 65.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 63.

deber, pues con su formulación se pretende direccionar la conducta de las personas, para que ella se ajuste a un ordenamiento valorativo en particular. Es decir, una norma jurídica es una norma del deber, porque prescribe la conducta que, en determinado supuesto de hecho, se considera buena o deseable según un cierto ordenamiento valorativo.

En definitiva, percatarse de que una norma jurídica implica un juicio de valor, es darse cuenta de que toda norma jurídica se fundamenta en un ordenamiento valorativo determinado, es decir, que el parámetro de validez de toda norma jurídica es un conjunto particular de valores.

En adición a lo anterior, es importante resaltar que las normas jurídicas no están aisladas ni incomunicadas unas de otras. Por el contrario, ellas se conjugan entre sí, generando un sistema. Al respecto, RÜTHERS señaló:

Ninguna norma jurídica existe por sí misma. Cada norma es parte de un «ordenamiento total», es decir, está en relación estrecha con numerosas otras normas, sea externamente –por ejemplo, en una ley– o internamente. Esto es válido sin excepción para todas las normas jurídicas de un ordenamiento nacional o internacional. Los ordenamientos no constituyen una mera aglomeración de normas particulares desligadas como si se tratara de un puñado de arena. La relación existente entre una norma particular con otras normas se denomina a menudo con la palabra: «sistema jurídico»¹⁷².

De esta manera, es evidente que un sistema jurídico está configurado por múltiples juicios de valor o, lo que es lo mismo, por múltiples proposiciones basadas en un conjunto particular de valores; lo cual permite comprender que el factor decisivo para que un grupo de normas jurídicas se vinculen entre sí, conformando efectivamente un sistema, es que cada uno de los juicios de valor

¹⁷² *Ibidem*, p. 71.

que ellas constituyen se fundamente en el mismo ordenamiento valorativo. Por esta razón, todo sistema jurídico está fundamentado en un ordenamiento valorativo determinado.

En este sentido, la pertenencia de una norma a un cierto sistema jurídico dependerá de su compatibilidad, concordancia o correspondencia con el ordenamiento valorativo en el que se fundamenta el sistema mismo. Dicho de otro modo, para que una norma sea válida en determinado sistema jurídico, es necesario –en última medida– que el juicio de valor que ella constituye sea compatible, concordante o correspondiente con el ordenamiento valorativo que subyace a dicho sistema.

Resulta claro, entonces, que la relación del Derecho con el *mundo* de los valores no es irrelevante ni circunstancial; sino que, por el contrario, es de su propia esencia (o estructura). Por eso, una teoría del Derecho que ignore su contenido valorativo, con el único propósito de construir un Derecho científico (es decir, elaborado a través del método científico-natural), no constituye una teoría pura del Derecho, sino una teoría incompleta de él. Como lo afirmó el propio RÜTHERS: «una fundamentación de la validez jurídica que sea **neutral valorativamente** es inimaginable (si no se quiere usurpar al Derecho su contenido material). **Un Derecho libre de valores sería necesariamente un Derecho sin valor**»¹⁷³. (Negrillas propias).

Lo anterior se comprende mejor, si se tiene en cuenta que «una mirada sobre el Derecho, en versión de una filosofía tradicional, exige, cuando menos, tres órdenes de consideración que pueden enunciarse de la siguiente manera: una “ontología jurídica”, una “epistemología jurídica” y una “axiología jurídica”»¹⁷⁴. Cada uno de estos órdenes pretende responder preguntas diferentes, ya

¹⁷³ *Ibidem*, p. 310.

¹⁷⁴ Hubed Bedoya, *op. cit.*, p. 105.

que la ontología jurídica procura determinar *de qué manera existe el Derecho*¹⁷⁵, la epistemología jurídica busca establecer *bajo qué condiciones es posible conocer el Derecho*¹⁷⁶, y la axiología jurídica pretende averiguar *cuál debe ser el contenido del Derecho*.

Según lo que se acaba de expresar, lo que se pretende, cuando se aborda al Derecho desde una perspectiva ontológica, es determinar la clase de *ser* del Derecho, es decir, la *forma de existir* de este. Si se acoge lo dicho por BEDOYA en su libro *La construcción epistémica del Derecho*, hay cuatro *formas de existir*¹⁷⁷. Así, de acuerdo con la exposición de este autor, se puede existir en forma de «objeto natural» (como lo hacen las plantas, el oxígeno, las ondas...); de «objeto ideal» (como lo hacen los números, el silogismo, el triángulo...); de «objeto metafísico» (como lo hacen el alma, Dios...); o de «objeto cultural» (como lo hacen las obras de arte, las piezas musicales...).

Por otro lado, cuando se aborda el Derecho desde una perspectiva epistemológica, o al menos desde una epistemología positivista como la de KELSEN, se pretende determinar de qué manera es posible conocer el Derecho a través del método propio de las ciencias naturales; pues, como lo indicó KANT, no todo puede ser conocido científicamente, sino solo aquello que cumpla con las condiciones para ser «objeto» de conocimiento científico, es decir, de conocimiento fisicomatemático¹⁷⁸.

En este sentido, la epistemología jurídica –positivista– también se pregunta por la *forma de existir* del Derecho; pero, a diferencia de la ontología jurídica, aquella no se interesa por cualquier

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 116.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁷⁷ Sin embargo, en la ontología se pueda encontrar otras maneras de clasificar las formas de existir. Por ejemplo, Manuel García Morente clasifica las formas ónticas en «cosas reales», «objetos ideales», «valores» y «objetos metafísicos». En esta última categoría o región se encuentra, primordialmente, «la vida, nuestra vida». Ver Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 352-407.

¹⁷⁸ Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 234-235. Ver Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, Ed. Alfaguara, 71-74, 76-78, 90-91, 106-113 y 121 (1985).

forma de existir de este, sino únicamente por su *forma de existir* que es posible conocer científicamente¹⁷⁹. Esto significa que aproximarse al Derecho desde la epistemología positivista, implica abordar únicamente la *forma de existir* del Derecho que cumple con las condiciones para ser objeto de conocimiento científico. Es decir, debido a que la epistemología positivista pretende determinar qué características tiene el Derecho para que sea posible convertirlo en objeto de conocimiento científico¹⁸⁰, ella solo se ocupa de aquellas características o aspectos del Derecho que pueden ser conocidos científicamente. Esto resulta ser problemático, si se tiene en cuenta que no todos los aspectos del Derecho o, lo que es lo mismo, no todas sus *formas de existir* pueden ser objeto de conocimiento fisicomatemático. Evidentemente, no es posible conocer científicamente el contenido valorativo del Derecho.

Con lo anterior se comprende que el iuspositivismo es una postura teórica que da cuenta de aspectos muy importantes del Derecho, pero que no abarca la totalidad de ellos. Por definición, el positivismo jurídico aborda al Derecho solo desde una perspectiva epistemológica; por lo que, en consecuencia, no le interesa averiguar cuál debe ser el contenido del Derecho. No le interesa, ni puede interesarle, porque su propia metodología se lo impide. Es decir, el iuspositivismo no puede preguntarse por cuál debe ser el contenido del Derecho, porque hacerlo, implica preguntarse por cuál es el ordenamiento valorativo en el que deben fundamentarse las normas jurídicas; y cuestionarse esto, es cuestionarse por cuáles son los valores correctos, lo cual no es posible determinar a través del conocimiento científico. Por esta razón, si bien el positivismo jurídico permite comprender adecuadamente la estructura o forma de las normas jurídicas, lo que además hace posible detectar que ellas tienen un contenido o fundamento valorativo, aquel no es apto para

¹⁷⁹ Manuel García Morente, *op. cit.*, p. 361. Ver Heidegger, *Ser y tiempo*, pp. 3, 4, 10 y 77. Tomado de Hubed Bedoya, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁰ Hubed Bedoya, *op. cit.*, p. 122.

determinar cuál debe ser dicho contenido o fundamento. Por eso, frente a la pregunta de cuál debe ser el contenido valorativo del Derecho, el iuspositivismo responde que puede ser cualquiera.

Entonces, no es que la *Teoría Pura* de Kelsen sea una teoría que desconozca el contenido valorativo del Derecho, sino que es una teoría del Derecho neutra valorativamente. Es decir, el positivismo jurídico no ofrece una visión del Derecho carente de valores, sino una visión del Derecho con cualquier fundamento valorativo. Por eso, el iuspositivismo no implica que el Derecho deje de fundamentarse en los valores para hacerlo directamente en el poder, sino que el poder puede escoger caprichosamente los valores en los que se fundamenta el Derecho.

Sin perjuicio de todo lo anterior, los planteamientos del iuspositivismo, sobre todo los de su vertiente normativista, deben ser tenidos en cuenta, ya que ellos proporcionan una teoría precisa y acertada acerca de la forma, envoltura o cascarón del Derecho, a pesar de no adentrarse en su contenido. En este sentido, vale la pena traer a colación las palabras de BEDOYA, que, si bien son benévolas con los planteamientos de *La Teoría Pura del Derecho*, les da su justa proporción.

Nadie en sus cabales sostendría hoy que un ordenamiento jurídico cualquiera tendría validez, aceptación o, sería mínimamente soportable, si contemplase siquiera como una eventualidad legítima la esclavitud de algún hombre (Hunt, 2009). La famosa afirmación de Kelsen –tan mal comprendida como lo ha sido clásicamente– de que el Derecho puede tener cualquier contenido, no aplica cuando hablamos del ordenamiento destinado a regir las conductas humanas efectivas. Aplica sólo en la perspectiva del autor, para quien eso significaba que la «ciencia del derecho» no podía modificar su objeto de estudio, a la vista de condiciones que moral o políticamente le resultaran criticables¹⁸¹.

¹⁸¹ Hubed Bedoya, *op. cit.*, p. 205.

Con base en las palabras de BEDOYA, se puede afirmar que el gran error del normativismo de KELSEN, así como de todas las teorías que califican al poder constituyente primario como una consecuencia de la supremacía, es considerar que el Derecho es una disciplina meramente descriptiva, y olvidar que ella es esencialmente teleológica. Todo *ordenamiento jurídico* busca la concreción de ciertos fines, de ciertos valores. Por eso, si es posible averiguar, con base en un parámetro objetivo, qué valores son los correctos, será posible determinar cuál debe ser el contenido del Derecho, y, de ese modo, establecer cuándo un ordenamiento normativo es efectivamente jurídico.

4.2.4. EL DERECHO NATURAL

Desde la Antigüedad, ha existido una postura teórica preocupada por determinar cuál debe ser el contenido del Derecho, es decir, en qué valores se debe fundamentar un ordenamiento – realmente– jurídico. Esta postura teórica se ha denominado Derecho natural, porque ha pretendido derivar de la naturaleza o esencia del ser humano los valores que deben direccionar su comportamiento. No ha existido una única versión del Derecho natural; sin embargo, todas ellas han coincidido en lo mismo: la naturaleza o esencia del ser humano es el parámetro para determinar cuáles son los valores que deben direccionar la conducta de todo ser humano, en cualquier lugar y en cualquier época.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de gran utilidad traer a colación lo que BODENHEIMER y RÜTHERS indicaron, respectivamente, sobre el Derecho natural. BODENHEIMER manifestó lo siguiente:

Desde tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos han sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o

colectivo. Han estado convencidos de que existía un Derecho natural permanente y enteramente válido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier expediente imaginado por el hombre. Tras la inacabable variedad de los Derechos positivos y costumbres, trataban de descubrir aquellas ideas generales y eternas de justicia y Derecho, que los seres razonables estaban dispuestos a reconocer en todas partes y que habían de servir de justificación de toda forma de Derecho positivo. En cuanto al contenido específico del Derecho natural, se han expuesto en curso de la historia muchas ideas. Pero la idea misma que había un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado a lo largo de los siglos, tener una gran vitalidad y tenacidad¹⁸².

Por su parte, RÜTHERS expresó lo siguiente con respecto a este Derecho:

De la totalidad de la historia de la filosofía y del Derecho se extrae la idea de que existe un conjunto de derechos básicos, preestatales y supratemporales, que están substraídos al alcance de quienes ostentan el poder estatal (y del legislador). Al conjunto de estos principios se le llama «Derecho natural»¹⁸³.

4.2.4.1. EL DERECHO NATURAL EN LA ANTIGUA GRECIA

Los pensadores griegos fueron los primeros en plantear y discutir la cuestión del Derecho natural, pues el hecho de que las diferentes comunidades se rigieran por sus propias leyes y costumbres, las cuales resultaban contrarias entre sí en repetidas ocasiones, los impulsó a preguntarse si el Derecho y la justicia eran meros productos de la convención, utilidad o conveniencia, o si, en cambio, había algunos principios generales que permitieran detectar de

¹⁸² Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸³ Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 209.

manera permanente y uniforme la justicia e injusticia, y que por ende fueran válidos en todos los tiempos y para todos los pueblos¹⁸⁴.

Frente a este interrogante, algunos filósofos de la Antigua Grecia adoptaron la opinión de que no existen principios eternos e inmutables de justicia, por lo que la única fuente del Derecho es la voluntad humana¹⁸⁵, lo que implica que las normas jurídicas son arreglos casuales, que varían según transcurre el tiempo, cambian las personas y se transforman las circunstancias¹⁸⁶. Así, por ejemplo, el sofista PROTÁGORAS (481-411 a.C.) manifestó que las leyes son válidas y obligatorias sin importar su contenido moral¹⁸⁷. A su turno, TRASÍMACO (459-400 a.C.) sostuvo que «la justicia no es sino lo que le conviene al más fuerte»¹⁸⁸. Por su parte, CARNEADES (214-129 a.C.) afirmó que los seres vivos buscan instintivamente su ventaja personal, por lo que la justicia es mera locura, pues implica el sacrificio de una ventaja personal en procura de un ideal imaginario¹⁸⁹.

En la orilla contraria, se ubicaron la mayoría de los pensadores griegos, quienes consideraron que existe un conjunto de normas, denominado Derecho natural, que se fundamenta en ciertas calidades o elementos característicos de la naturaleza humana, lo que hace que su validez sea permanente y universal. De esta manera, este grupo de pensadores argumentaron que el Derecho se compone de dos clases de normas: por un lado, están las normas permanentes y universales que provienen de la *physis* (naturaleza); y, por el otro, se encuentran las normas variables e inestables que son producto del *nomos*, es decir, del acuerdo o conveniencia temporal de una determinada sociedad¹⁹⁰. Bajo esta perspectiva, el sofista HIPIAS DE ÉLIDE (443-399 a.C.) distinguió entre el

¹⁸⁴ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 130.

¹⁸⁵ Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸⁶ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 130.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 131.

¹⁸⁸ Platón, *La República*, trad. inglesa Jowett, Libro I, 338. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁹ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

Derecho escrito, conformado por reglas meramente casuales, circunstanciales y, por tanto, cambiantes, y el Derecho no escrito, que es dado por los dioses y observado de la misma manera en todos los países¹⁹¹. Por su parte, PLATÓN (429-348 a.C.), de acuerdo con su teoría de las ideas, defendió la existencia de valores objetivos que poseen validez con independencia de los acontecimientos reales en el mundo, los cuales pueden ser conocidos por medio de la naturaleza racional de los individuos¹⁹². A su turno, ARISTÓTELES (384-323 a.C.) diferenció entre el Derecho natural y el convencional; indicando que el primero tiene autoridad en todas partes y es independiente de la voluntad humana, mientras que el segundo es simplemente el pronunciamiento que un cuerpo legislativo hace en una situación particular, que, por consiguiente, puede estar encaminado en una u otra dirección¹⁹³. Así, por ejemplo, para ARISTÓTELES, la idea de justicia y de **la igualdad de los seres humanos** pertenecen al Derecho natural¹⁹⁴.

4.2.4.2. EL DERECHO NATURAL DEL ESTOICISMO

El estoicismo fue una escuela filosófica fundada por ZENÓN (350-260 a.C.), la cual ubicó a la naturaleza en el centro de su sistema filosófico, ya que la concibió como el principio rector de todo el universo. Esta escuela consideró que la sustancia del cosmos está dada por la razón, lo que implica que la naturaleza, como su principio rector, es esencial (o sustancialmente) racional. Debido a esto, el ser humano es una criatura que por esencia es racional, pues hace parte de la naturaleza cósmica y, por consiguiente, el Derecho natural es la ley de la razón, ya que, cuando el ser humano conduce su vida siguiendo los dictados de la razón, lo está haciendo de acuerdo con las leyes de su propia naturaleza¹⁹⁵.

¹⁹¹ Platón, Protágoras, 337. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹² Platón, Der Staat, 514 a y ss. Tomado de Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 213.

¹⁹³ Aristóteles, Ética nicomáquea, trad. inglesa Welldon, Li. V, cap. 10. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁴ Aristóteles, Nicomachische Ethik, 1134 b 31 y ss. Tomado de Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 214.

¹⁹⁵ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 134.

Con base en lo anterior, el estoicismo planteó que la razón, como principio rector del universo, habita en todos los seres humanos y que, por ende, el Derecho natural, fundado en la razón, es común y obligatorio para todos los seres humanos, es decir, es universalmente válido¹⁹⁶. Bajo la misma perspectiva, para la escuela estoica, no debe existir diferentes Estados (ciudades-Estado) con sus propios sistemas de justicia particulares, sino que debe haber un único Estado universal (cosmo-polita), en el que todos los seres humanos convivan armónicamente, guiados por la razón, lo cual implica propender por **la libertad e igualdad de todos los seres humanos**¹⁹⁷.

4.2.4.3. EL DERECHO NATURAL EN ROMA

Los jurisconsultos romanos de la época clásica (s. I a.C.-s. III), influenciados por el pensamiento estoico, distinguieron entre el *ius civile* y el *ius gentium*. Mientras el *ius civile* era el Derecho aplicable únicamente a los ciudadanos romanos, el *ius gentium* era el Derecho que se les aplicaba a los súbditos y extranjeros, el cual comprendía un sistema de reglas, costumbres y principios generales de equidad construido por la práctica de los tribunales¹⁹⁸. Al respecto del *ius gentium*, el jurista GAYO (120-178) manifestó que: «Lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos, es llamado *ius gentium*, por ser el Derecho que todas las gentes emplean»¹⁹⁹.

El hecho de que el principio de igualdad de todos los seres humanos, pilar del Derecho natural estoico, haya llegado hasta el *ius gentium* romano, demuestra la fuerte influencia que el primero ejerció sobre el segundo. Así, por ejemplo, el jurisconsulto FLORENTINO (s. II) sostuvo que: «La esclavitud es una institución del *ius gentium*, por la cual, contra la naturaleza, un hombre es

¹⁹⁶ *Ídem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 135-136.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 138-139.

¹⁹⁹ Gayo, Inst., I, 1; *Dig.*, I, 1, 9, Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 139.

sometido al dominio de otro»²⁰⁰. Como lo anotó BODENHEIMER, lo interesante de este pasaje es que en él se reconoce abiertamente que la esclavitud está en contra de la naturaleza, la cual indica que todos los seres humanos son por esencia iguales. Por esta razón, BODENHEIMER trae a colación otro pasaje del Digesto, en el que se expresó lo siguiente: «Por lo que hace al Derecho civil los esclavos son considerados como *nulli*; pero no ocurre lo propio con arreglo al Derecho natural, porque, por lo que toca al Derecho natural, **todos los hombres son iguales**»²⁰¹. (Negrillas propias)

Si bien el principio de igualdad nunca fue llevado a la práctica en el Derecho civil romano, es probable que haya sido un factor importante –mas no el único– en la implementación de las reformas que este Derecho experimentó a lo largo de los siglos, encaminadas a mejorar el estatus legal de los esclavos, permitir la emancipación de la esposa romana, morigerar los atributos de la patria potestad, y concederles los derechos de ciudadanía a la mayor parte de los súbditos provinciales del Imperio²⁰².

4.2.4.4. EL DERECHO NATURAL CRISTIANO

En la Edad Media la filosofía jurídica, al igual que las demás ramas del pensamiento, estuvo influenciada por la Iglesia y sus doctrinas. En este sentido, el Derecho natural estoico y el Derecho de gentes romano fue adaptado a la cosmovisión cristiana²⁰³. De esta manera, «el Derecho natural fue aislado de su íntima conexión con el universo físico y trasplantado a la esfera espiritual, convirtiéndose en un Derecho divino manifestado por la revelación, [que], en cuanto tal, se contraponía al Derecho humano»²⁰⁴. Es decir, con el cristianismo, la fundamentación del Derecho

²⁰⁰ *Dig.*, I, 5, 4. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 141.

²⁰¹ *Dig.*, L, 17, 32. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 141.

²⁰² Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 142-145.

²⁰³ *Ibidem*, p. 146.

²⁰⁴ *Ídem*.

natural dejó de ser filosófica y comenzó a ser teológica²⁰⁵. Así, por ejemplo, SAN AGUSTÍN (354-430) sostuvo que la ley eterna (*lex aeterna*) es el orden justo y equitativo creado por Dios, que los seres humanos virtuosos conocen por revelación divina²⁰⁶. Sin embargo, para SAN AGUSTÍN, los individuos pecadores pueden conocer a través de la razón la ley natural (*lex naturalis*), en la cual se refleja la ley eterna, aunque de forma imperfecta²⁰⁷, ya que la ley natural debe adaptarse a la realidad pecadora del ser humano y, por tanto, nunca podrá ser igual a la ley eterna, la cual solo rige con plenitud en la *Ciudad de Dios*²⁰⁸. Este autor argumentó que la ley positiva (*lex positiva*), que es creada por los seres humanos²⁰⁹, solo será válida en la medida en que respete los preceptos de la ley eterna²¹⁰, por lo que es necesario que aquella se fundamente en la ley natural, ya que esta es el vínculo que comunica a la ley positiva con la eterna²¹¹.

4.2.4.5. LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL

Durante la Edad Media, la Iglesia controló el acceso al conocimiento de la teología y de las demás ramas del pensamiento; lo cual significó que la voluntad y enseñanzas de Dios solo podían ser conocidas a través de la Iglesia y que, en consecuencia, era necesario contar con la intermediación clerical para poder entrar al Reino de los Cielos. Esto propició, en gran medida, el surgimiento del protestantismo en la Europa del siglo XVI; que, apartándose de la Iglesia, comenzó a promulgar que la mediación sacerdotal era innecesaria para conocer a Dios, ya que, de acuerdo con la Biblia, ante Él, **todas las almas tienen igual valor**. A su vez, esto implicó que el

²⁰⁵ Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 215.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 215.

²⁰⁷ Agustín, De libero arbitrio (Del libre albedrío), 1, 5-7; De diversis quaestionibus, 31, 1; Epístola 157, 15. Tomado de Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 215.

²⁰⁸ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁹ Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 216.

²¹⁰ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 148.

²¹¹ Agustín, De libero arbitrio (Del libre albedrío), 2, 5-7 y 15. Tomado de Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 216.

protestantismo, a diferencia del catolicismo, le concediera al individuo mayor libertad para que, a través de su propio raciocinio, se formara su opinión particular sobre la voluntad divina²¹².

No obstante, el protestantismo no fue la única manifestación de la fuerte arremetida contra la jerarquización social que se comenzó a evidenciar en Occidente a partir del siglo XVI; pues, en el ámbito puramente terrenal, los estamentos del sistema feudal empezaron a ser severamente cuestionados. Debido a ello, todas las esferas del pensamiento se impregnaron de un espíritu de liberalismo centrado en el individuo²¹³. Así, en el terreno de la teoría del Derecho y la filosofía jurídica, los pensadores que se encuadran dentro de la *escuela clásica del Derecho natural*²¹⁴ sostuvieron que existe un Derecho eterno e inmutable que puede ser descubierto a través de la razón y solo por intermedio de ella²¹⁵. Si bien ello ya había sido presentado desde la Antigua Grecia, el concepto de Derecho natural de la escuela clásica se diferencia de sus predecesores, porque introduce ciertos elementos que lo dotan de mayor precisión conceptual.

Es importante señalar que la doctrina de esta escuela clásica, así como el concepto mismo de Derecho natural, presentó diferentes versiones durante el transcurso de la historia. Por esta razón, BODENHEIMER diferenció tres etapas dentro del desarrollo de la teoría de la escuela clásica. En la primera etapa, ubicó a GROCIO y HOBBS²¹⁶, quienes sostuvieron que la aplicación del Derecho natural se garantiza mediante la prudencia y automoderación del gobernante. La segunda, la enmarcó en los planteamientos de LOCKE y MONTESQUIEU, quienes formularon que el Derecho natural debe estar garantizado por la separación de poderes. Finalmente, la tercera etapa, la

²¹² Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 153.

²¹³ *Ibidem*, p. 154.

²¹⁴ Bodenheimer sitúa a esta escuela jurídica en los siglos XVII y XVIII; desde Grocio hasta Kant y Fichte.

²¹⁵ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 154.

²¹⁶ Bodenheimer también ubicó en esta etapa a Spinoza, Pufendorf y Wolf; sin embargo, para efecto de este trabajo, considero suficiente solo traer a colación los planteamientos de Grocio y Hobbes.

caracterizó por los planteamientos de BLACKSTONE, ROUSSEAU y KANT, para quienes, en virtud de la soberanía popular y la democracia, la aplicación del Derecho natural se debe garantizar a través de la voluntad general del Pueblo²¹⁷.

4.2.4.5.1. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR EL GOBERNANTE

HUGO GROCIO (1583-1645) sostuvo que el Derecho natural existe con independencia de la creencia de Dios, y que su origen se encuentra en la naturaleza racional de los seres humanos. Para este autor, la racionalidad del ser humano se manifiesta en su sociabilidad innata, ya que no actúa buscando únicamente su ventaja personal, lo cual le permite convivir pacíficamente con otros individuos²¹⁸. Por esta razón, GROCIO definió al Estado como «una asociación perfecta de **hombres libres**, asociados para gozar de sus derechos y para utilidad común»²¹⁹. Además, para GROCIO, el Estado surge en virtud de un contrato, a través del cual, el Pueblo le transfiere su soberanía a un gobernante, quien, al convertirse en soberano, no puede ser controlado por medios jurídicos y, por tanto, su benevolencia es lo único que garantiza la aplicación del Derecho natural y de los derechos naturales de sus gobernados²²⁰.

A diferencia de GROCIO, THOMAS HOBBS (1588-1679) consideró que los seres humanos son esencialmente malvados y egoístas, por lo que, al tener fuerzas semejantes, en estado de naturaleza se encuentran en constante guerra unos con otros²²¹. Por eso, para HOBBS, el Derecho natural es un cuerpo de principios que la racionalidad humana concibió con el propósito de alcanzar una convivencia pacífica y segura, cuya aplicación depende necesariamente de que los individuos

²¹⁷ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 155.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 158.

²¹⁹ Grocio, *De jure belli ac pacis*, trad. inglesa Kelsey (1925). Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 160. (Negritillas propias)

²²⁰ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 160.

²²¹ *Ibidem*, pp. 160-161.

abandonen su estado de naturaleza, al celebrar un contrato por el cual todos le transfieren su poder y derechos a un gobernante, quien adquiere en consecuencia un poder omnipotente, lo cual es requisito indispensable para que pueda garantizar la paz y el orden entre sus súbditos²²².

En todo caso, para este autor, el gobernante tiene el deber (cuyo incumplimiento solo podrá ser castigado por Dios al momento de su muerte) de garantizar el bienestar y la seguridad de los gobernados, así como de aplicar los principios del Derecho natural, lo que significa que debe concederles un **pequeño grado de libertad a sus súbditos**. Por eso, para HOBBS, el Derecho natural es una simple guía moral para el gobernante soberano, pues sus mandatos son los que configuran el verdadero Derecho (planteamiento que lo hace precursor del iuspositivismo de los siglos venideros). De esta manera, se comprende por qué la forma de gobierno que defendió HOBBS se denominó «absolutismo o despotismo ilustrado»²²³.

En síntesis, los autores de esta etapa de la escuela clásica se caracterizaron por su fuerte creencia en la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables que deben guiar la vida humana, pero, a la vez, por no establecer garantías efectivas para su cumplimiento. En este sentido, durante esta etapa, los principios del Derecho natural no fueron entendidos como restricciones reales al poder del gobernante soberano, sino como –simples– preceptos morales que este debía tener en cuenta al momento de ejercer su potestad. Esto se explica, debido a que en el siglo XVII quedaban todavía rezagos del caos derivado del sistema feudal, por lo que se consideraba necesario un gobernante absoluto, que pudiera contrarrestar a la multiplicidad de autoridades feudales. Por eso, los

²²² Hobbes, *Leviatán*, Parte II, cap.17 Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 162.

²²³ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 162 y 164.

pensadores de esta época concibieron al Derecho como un instrumento para evitar la anarquía, pero no para restringir efectivamente al absolutismo del gobernante²²⁴.

4.2.4.5.2. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA SEPARACIÓN DE PODERES

JOHN LOCKE (1632-1704) sostuvo que, mientras existió el estado de naturaleza, **los seres humanos fueron libres de determinar sus acciones** en relación consigo mismos y con sus pertenencias, razón por la cual, durante esta etapa, **vivieron en un estado de igualdad**, en la medida en que ningún individuo estaba sometido a la voluntad de otro. No obstante, para LOCKE, durante el estado de naturaleza el goce de los derechos naturales se tornó inseguro, al quedar constantemente expuesto a la intrusión de los demás, ya que cada individuo tenía derecho de coaccionar al resto con el fin de hacer efectivas las normas del Derecho natural²²⁵.

De acuerdo con LOCKE, para resolver los inconvenientes propios del estado de naturaleza, los seres humanos celebraron un contrato por el cual acordaron **constituir** un cuerpo político (o sociedad) en el que gobernara la voluntad de la mayoría. Según LOCKE, en virtud de este contrato, los individuos solo le transfirieron a la sociedad su derecho de aplicar por sí mismos el Derecho natural; sin embargo, conservaron el resto de sus derechos naturales, pues estos serían su barrera protectora contra el abuso de la autoridad del gobernante. En definitiva, mediante este contrato, la aplicación del Derecho natural no se le confió a una persona o grupo determinado, sino al cuerpo político en su conjunto²²⁶.

Como consecuencia de lo anterior, este autor sostuvo que el poder legislativo solo puede expedir leyes que permitan la consecución de los fines para los cuales fue creada la sociedad, es

²²⁴ *Ibidem*, p. 171.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 172-173.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 172-173.

decir, para garantizar la vida, **la libertad** y la propiedad **de los asociados**²²⁷; y que sean además «sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterable, **sino regla única para el rico y para el pobre**»²²⁸. Por esta razón, LOCKE consideró que los asociados podrán resistir y desplazar a sus gobernantes, si estos no promulgan o no aplican correctamente la Ley; pues, como él lo expresó: «Siempre que la ley acaba, empieza la tiranía»²²⁹.

Con respecto a los planteamientos de CHARLES LOUIS DE SECONDAT, barón de MONTESQUIEU (1689-1755), BODENHEIMER señaló lo siguiente²³⁰:

Las enseñanzas del barón de Montesquieu ofrecen un complemento necesario a la filosofía jurídica de John Locke; puede decirse que la combinación de las dos doctrinas representa la forma más alta y desarrollada que llegó a alcanzar el Derecho natural en su período clásico. Locke elaboró una teoría admirablemente clara y consistente del Derecho natural, pero descuidó el estudio de un sistema político mediante el cual se garantizase efectivamente la observancia del Derecho natural. Por el contrario, Montesquieu se preocupa muy poco del Derecho natural. La descripción que hace de su contenido tiene casi tan poco significado como la de Ulpiano²³¹ y su convicción de que el Derecho debe adaptarse a las condiciones geográficas, climáticas, religiosas y políticas de cada país, hacen de él un precursor de la escuela sociológica del Derecho, más que un defensor de la doctrina del Derecho natural²³².

²²⁷ *Ibidem*, p. 174. (Negrillas propias)

²²⁸ Locke, *Two Treatises on Government*, ed. Morley (1884). Lib. II, cap. 11. Sec. 142. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 174 .

²²⁹ Locke, *Two Treatises on Government*, ed. Morley (1884). Lib. II, cap. 18. Sec. 202. Tomado de Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 174.

²³⁰ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 175.

²³¹ Bodenheimer manifestó: «Según Montesquieu el Derecho natural consiste meramente en los instintos naturales de la humanidad que todo Derecho positivo debe tomar en cuenta. Menciona el instituto de propia conservación, el sexual y el gregario (Esperit des Lois, trad. inglesa Nugent. 1900, Lib. I, cap. 2)».

²³² Eherlich, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, (1916) *Harvard Law Review*, vol. 29 pp. 582 y ss.

Si bien MONTESQUIEU creyó que el Derecho debe amoldarse a la medida de las condiciones de cada país, también consideró que el fin último de una nación es **la libertad del ser humano**, por lo que ideó un sistema de gobierno que permitiera alcanzarla y asegurarla. En este sentido, MONTESQUIEU sostuvo que: «Se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites»²³³. Debido a ello, este autor diseñó un sistema de gobierno, donde los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estuvieran estrictamente separados uno de otro, con el fin de que se limitaran recíprocamente, ya que para evitar el abuso es necesario que el poder se vea contrapesado por el poder. En definitiva, de acuerdo con BODENHEIMER, la teoría de LOCKE se refiere a la *sustancia* de la libertad, mientras que la de MONTESQUIEU alude a su *garantía*²³⁴.

A modo de síntesis, esta etapa de la escuela clásica se caracterizó por instituir al Derecho no solo como un mecanismo para garantizar la seguridad y el orden, sino también como una defensa contra el despotismo y la autocracia. Para ello, se buscó erigir salvaguardas eficaces contra cualquier violación del Derecho natural por parte de los gobernantes, con el fin de asegurar **la libertad** y los derechos individuales **de las personas**²³⁵.

4.2.4.5.3. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA MAYORÍA

En Inglaterra y en Francia, durante los siglos XVII y XVIII, también se creyó firmemente en la existencia del Derecho natural; sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, allí no prosperó la idea de garantizar la aplicación de este Derecho por medio de la separación de

²³³ Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Ed. Librería General de Victorio Suárez, 15-16 (1906).

²³⁴ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 176.

²³⁵ *Ibidem*, p. 172.

poderes, encargando al poder judicial de invalidar aquellas leyes que expidiera el legislativo en contravía de los preceptos del Derecho natural²³⁶.

En Inglaterra, SIR WILLIAM BLACKSTONE (1723-1780) aseveró que «El poder del parlamento es absoluto y no está sometido a control»²³⁷. La afirmación de BLACKSTONE sintetiza la concepción inglesa de que la aplicación del Derecho natural debe confiársele a la prudencia de la mayoría parlamentaria, por lo que los preceptos de este Derecho solo deben servir de restricciones morales a la omnipotencia del Parlamento²³⁸.

En Francia, JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) compartió la idea de que la aplicación del Derecho natural se le debe confiar a la mayoría; pero no a la mayoría de un cuerpo legislativo, sino a la mayoría del Pueblo²³⁹. En este sentido, ROUSSEAU planteó que, para este fin, es necesario que todos los individuos celebren un contrato, por medio del cual constituyan el Pueblo (o Estado) y le transfieran a este sus derechos naturales. Para este autor, en virtud del contrato social, el soberano es la voluntad general, es decir, la voluntad del Pueblo. Por esta razón, todos los asociados están sometidos a la voluntad popular²⁴⁰.

Los planteamientos de ROUSSEAU ejercieron gran influencia en el pensamiento jurídico de IMMANUEL KANT (1724-1804), en la medida en que este adoptó los conceptos de contrato social y de voluntad popular, aunque otorgándoles un sentido diferente²⁴¹. En todo caso, KANT también sostuvo que **la libertad es un derecho innato de los seres humanos**, y además señaló que **la**

²³⁶ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 181.

²³⁷ Blackstone, *Comentarios*, ed. Jones (1915), cap. 2, Sec. 222. Tomado Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 182.

²³⁸ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 182.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 182-183.

²⁴⁰ Jean-Jaques Rousseau, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, Ed. El Aleph 15-6, 27 y 54 (1999).

²⁴¹ Ileana P. Beade, Consideraciones acerca de la concepción kantiana de la *libertad* en sentido político, *Revista de Filosofía* Volumen 65, (2009) At. 25

libertad comprende en sí misma la igualdad de los individuos, pues, en virtud de aquella, todo ser humano es independiente y su propio amo. Por esta razón, para este autor, la libertad es un atributo esencial del concepto de Derecho²⁴².

4.2.5. EL PROBLEMA DE LOS VALORES

Las diferentes versiones del Derecho natural que han existido a lo largo de la historia han señalado que la libertad y la igualdad de los seres humanos son valores universales, que deben ser defendidos en todas partes y en todos los tiempos. Sin embargo, cada una de ellas ha arribado de forma distinta a esta conclusión. Así, por ejemplo, THOMAS JEFFERSON, BEJAMIN FRANKLIN y los demás redactores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América presentaron un argumento teológico:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...²⁴³.

En el instante mismo que se termina de pronunciar la última letra de la palabra felicidad, aparece RÜTHERS manifestando que «los argumentos teológicos son convincentes solo para quienes creen en ellos pues los mismos se basan en suposiciones de fe»²⁴⁴. Es decir, el documento independentista estadounidense fundamenta la universalidad de los valores que promulga, en la creencia de que Dios ha creado a todos los seres humanos iguales y libres; lo que significa que la libertad e igualdad solo serán valores universales para aquellas personas que previamente han

²⁴² Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 186.

²⁴³ Con estas palabras comienza el segundo párrafo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, proclamada en 1776.

²⁴⁴ Bern Rüthers, *op. cit.*, p. 225.

reconocido la existencia de Dios. Por eso, todo individuo o sociedad que crea en otro dios, o no crea en ninguno, podrá apartarse, cobijado en sus creencias, en su fe, de esa idea absurda de la igualdad y libertad de los individuos.

Como lo manifestó ARAUJO RENTERÍA, lo anterior «refleja la sempiterna disputa entre Iusnaturalismo y positivismo; entre objetivismo ético y relativismo ético; entre valores absolutos y valores relativos. Mientras el Iusnaturalismo presupone la existencia de valores objetivos y universales; el positivismo sostiene la relatividad de los valores y su reconducción a contextos culturales e históricos específicos»²⁴⁵. Como se expuso en el apartado 4.2.3, el positivismo jurídico defiende el relativismo ético, porque considera que los valores, al no ser objeto de conocimiento científico, son meras creencias o meras impresiones psicológicas como los sentimientos²⁴⁶; por lo que su «corrección» depende de cada quien. Por eso, afirmar que los valores son relativos, implica aceptar que lo *bueno*, lo *justo* es una cuestión de gustos; que el Derecho es un recipiente vacío que se rellena con las creencias del individuo o grupo más fuerte (con mayor poderío) de cada sociedad; que las personas negras no deben ser esclavos en Estados Unidos solo porque el ejército de la Unión ganó; que la muerte de 6 millones de judíos es una desgracia únicamente porque el nazismo perdió. El relativismo ético nos condena a vivir bajo la ley del más fuerte.

4.2.6. RAZÓN PRÁCTICA: ÉTICA UNIVERSAL

KANT, en su *Crítica de la Razón Pura*, elaboró una teoría del conocimiento a partir de la ciencia natural, ya que consideró que aquel está dado por esta, en la medida en que Newton había demostrado que reducir a fórmulas matemáticas las leyes de los cuerpos, del movimiento, de la gravitación y de la naturaleza en general, era posible, era una realidad y no una simple aspiración.

²⁴⁵ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 131.

²⁴⁶ Manuel García Morente, *op. cit.*, p. 384.

Por esta razón, KANT pretendió explicar las condiciones de posibilidad de la ciencia natural; al tiempo que buscó determinar si la metafísica es susceptible de cumplir tales condiciones, es decir, si ella es posible como ciencia, como ciencia fisicomatemática²⁴⁷.

De acuerdo con KANT, el conocimiento se obtiene por medio de dos capacidades: la sensibilidad y el entendimiento. La sensibilidad es la capacidad de los seres humanos de percibir a través de los sentidos los objetos que nos rodean; por lo que el efecto que produce un objeto que perturba nuestros sentidos se llama sensación. Debido a esto, todos los objetos nos vienen dados por la sensibilidad. Por su parte, el entendimiento es la capacidad de crear conceptos, es decir, de englobar diversas sensaciones bajo una unidad mental común. Asimismo, el entendimiento es la capacidad de formular juicios a partir de conceptos previamente elaborados²⁴⁸.

KANT determinó que la ciencia fisicomatemática ofrece nuevos saberes cuya validez es universal y no contingente y, por tanto, es conocimiento en la medida en que aquella es una actividad en la que el sujeto amolda o sujeta sus sensaciones a elementos formales que no se derivan de la experiencia, sino de la razón; siendo estos, el espacio y el tiempo, como formas de la sensibilidad, y las categorías de esencia, totalidad, causalidad, necesidad, entre otras, como conceptos del entendimiento. Es decir, el espacio, el tiempo y las categorías no son propiedades de los objetos, sino que son las formas que el sujeto extrae de la razón e imprime a sus sensaciones, a su experiencia, para poderla conocer o, mejor, para volverla objeto de conocimiento. Por este motivo, para KANT, el conocimiento implica una correlación entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible: para que exista un objeto cognoscible, debe haber un sujeto que tenga una sensación,

²⁴⁷ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, Ed. Alfaguara, 55 (1985). Manuel García Morente, *op. cit.*, p. 241.

²⁴⁸ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, *op. cit.*, pp. 61, 65 y 105-106. Alejandro Bugarín Lago. *Historia de la Filosofía*, Ed., Everest, 271 y 273 (2009). Manuel García Morente, *op. cit.*, p. 259.

la cual amolde a las formas del espacio, del tiempo y de las categorías que ha extraído de la razón; y para que exista un sujeto cognoscente, debe haber algo que genere en este una sensación, susceptible de ser amoldada de acuerdo con las formas del espacio, del tiempo y de las categorías derivadas de la razón²⁴⁹.

Como consecuencia de lo anterior, KANT concluyó que solo es posible conocer fenómenos, es decir, aquello que es extenso en el espacio, sucesivo en el tiempo y se rige por las categorías como, por ejemplo, las de esencia y causalidad. Por consiguiente, todo aquello de lo que no se pueda tener una percepción sensible por estar fuera del espacio y del tiempo, y por no responder a las categorías, es inaccesible para la ciencia natural. Es por eso, por lo que la metafísica es imposible como ciencia; es por eso, por lo que no se puede tener un conocimiento fisicomatemático de Dios, del alma o de la libertad²⁵⁰.

KANT, en su *Crítica de la Razón Pura*, demostró dos cosas con relación a la metafísica: primero, que la razón humana, en su labor cognoscitiva o teórica, no puede hacer metafísica; y segundo, que la razón humana sí puede hacer metafísica, siempre y cuando la haga prescindiendo de su función teórica o cognoscitiva. En este sentido, KANT sostuvo que la razón, además de tener un uso teórico, tiene un uso práctico. Para este autor, el uso teórico existe, porque es un hecho que el ser humano puede conocer; y el uso práctico existe, porque es un hecho que el ser humano puede determinar voluntariamente su conducta. Debido a esto, mientras la razón teórica es la capacidad que tiene el

²⁴⁹ Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 277 y 292-298 (2006). Ver Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, *op. cit.*, pp. 61, 67-82, 113 y ss.

²⁵⁰ Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 278, 297-303 y 309-311. Ver Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, *op. cit.*, pp. 279 y ss.

ser humano para conocer; la razón práctica es la capacidad que tiene el ser humano de autodeterminarse, es decir, de determinar, por sí mismo, su arbitrio²⁵¹.

De acuerdo con KANT, el arbitrio es la capacidad que tiene el ser humano de ser consciente de que con su conducta causará ciertos efectos que previamente ha querido producir o, lo que es lo mismo, de ser consciente de que ciertos efectos han sido causados por su conducta, la cual realizó queriendo producir aquellos. Por eso, el arbitrio puede ser entendido como la capacidad de hacer o no hacer conscientemente, lo cual indica que, en cierto modo, el arbitrio se confunde con la conducta misma. En este sentido, el objetivo de KANT, en su *Crítica de la Razón Práctica*²⁵², fue elaborar una ética que suministrara una ley moral (o ética) que sirviera de parámetro objetivo con el cual poder determinar si una conducta consciente, es decir, fundada en el arbitrio del ser humano, es buena o mala. Para lograr ello, este autor comenzó por distinguir entre los imperativos hipotéticos y los categóricos. Como su nombre lo indica, los imperativos hipotéticos son mandatos cuya validez depende de una suposición. Así, en el ejemplo: «si quieres sanar, toma la medicina»; el imperativo «toma la medicina» solo es válido, suponiendo que su destinatario quiera sanar. En cambio, los imperativos categóricos son mandatos cuya validez no depende de ninguna suposición. Un ejemplo de esta clase de imperativos es: «no matarás al prójimo»²⁵³.

Según lo expuesto, los imperativos hipotéticos se componen de dos elementos: el mandato (imperativo) y la suposición (hipótesis); lo cual se expresa de la siguiente manera: «no fumes, suponiendo que no quieres afectar tus pulmones» o, lo que es lo mismo: «no fumes, si no quieres

²⁵¹ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, *op. cit.*, pp. 297 y ss. Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 16 y 35-36 (2011). Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 310-316.

²⁵² Así como también, en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

²⁵³ Immanuel Kant, *Metafísica de las Costumbres*, Ed. Tecnos, 16 (2008). José López Hernández, *La fundamentación del Derecho en Kant*, Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1992, At. 395. Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 314-317. Ver Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ed. Pedro M. Rosario Barboza, 7 (2007); e Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 20-29 y 75.

afectar tus pulmones». Como se observa, los imperativos hipotéticos son mandatos que sirven de medio para conseguir un fin, por lo que el mandato no tiene validez por sí mismo, sino solo en función del fin que persigue. Por eso, para formular el mandato, es necesario suponer de antemano que el fin es deseado. Pero como toda suposición, aquella puede ser incorrecta. Entonces, ¿de qué depende que el fin sea deseado o no? El fin solo será deseado por aquellas personas que con su consecución obtengan placer, obtengan satisfacción. De ahí que la validez de los imperativos hipotéticos sea relativa; toda vez que el placer varía de persona a persona, pues lo que es placentero para uno, puede no serlo para otro o, incluso, un mismo individuo puede encontrar placentero algo, que mañana ya no. Esto se debe a que el placer es un sentimiento, el cual proviene de la sensibilidad, pero, a diferencia de la sensación, que constituye la representación de un objeto externo al sujeto, el sentimiento reside en el sujeto y, por ende, depende exclusivamente de él²⁵⁴.

En este sentido, KANT señaló:

Ahora es la ocasión de señalar una confesión muy frecuente, que resulta del doble sentido que puede tener la palabra sensación. [...] Cuando se designa un sentimiento de placer o de pena, la palabra sensación tiene un sentido distinto que cuando sirve para expresar la representación que tenemos de una cosa (por medio de los sentidos considerados como, una receptividad inherente a la facultad de conocer). En efecto; en este último caso la representación se refiere a un objeto; en el primero, no se refiere más que al sujeto, y no sirve a ningún conocimiento, ni aun a aquel por el cual el sujeto se conoce a sí mismo.

En esta nueva definición de la palabra sensación, la entendemos como una representación objetiva de los sentidos; y para no correr nunca el riesgo de ser mal comprendidos, designaremos bajo el nombre, por lo demás muy en uso, de sentimiento, lo que debe siempre quedar puramente de subjetivo, y no

²⁵⁴ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 21-23. Immanuel Kant, *Crítica del Juicio*, Ed. Librerías de Francisco Iravedra, Antonio Novo, 41-42 (1876).

constituir ninguna especie de representación del objeto. El color verde de las praderas, en tanto que percepción de un objeto del sentido de la vista, se refiere a la sensación objetiva; y lo que hay de agradable en esta percepción, a la sensación subjetiva, por la cual no se representa ningún objeto, esto es, al sentimiento en el cual el objeto es considerado como objeto de satisfacción (lo que no constituye un conocimiento)²⁵⁵.

En definitiva, los imperativos hipotéticos solo son válidos para aquellas personas que han experimentado placer con la consecución del fin que el mandato persigue y, por la misma razón, ellos solo seguirán siendo válidos para esas personas, en la medida en que sigan experimentando satisfacción al alcanzar la finalidad a la que el mandato sirve de medio. Por esta razón, KANT sostuvo que ningún imperativo hipotético puede servir de parámetro universal, independiente de la subjetividad de cada individuo, sobre el cual determinar cuándo una conducta fundada en el arbitrio es buena, ya que, en esta clase de imperativos, la bondad de la conducta depende del sentimiento de placer del individuo. Así, por ejemplo, si una persona siente placer o satisfacción por tener los pulmones saludables, el imperativo «no fumes» implicará la realización de una conducta buena; y, en cambio, dicho imperativo significará lo contrario para aquella persona que sienta más satisfacción por fumar un cigarrillo que por poder respirar adecuadamente. Con esto se comprende que el relativismo ético es una postura que sostiene que la bondad o maldad de una conducta se determina con fundamento en el placer que cada individuo siente con el resultado que se deriva de su realización. Por eso, desde el punto de vista del relativismo ético, es válido que los nazis hubieran calificado la matanza de 6 millones de judíos como una conducta buena, pues con su realización se estaba eliminando al *enemigo* del pueblo alemán, lo cual les proporcionaba satisfacción²⁵⁶.

²⁵⁵ Immanuel Kant, *Crítica del Juicio*, *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁵⁶ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 28-29.

Como consecuencia de lo anterior, para KANT, la ley (o norma) moral solo puede estar constituida por imperativos categóricos, ya que estos son incondicionados y, por tanto, de validez universal. Sin embargo, como lo advirtió KANT, para que un imperativo sea incondicionado y, por ende, categórico, no basta con que se lo formule prescindiendo de cualquier referencia explícita a una suposición o condición, sino que es necesario que su validez no dependa del placer que siente cada individuo. Recurriendo de nuevo a la ejemplificación, el imperativo «no matarás al prójimo», que es inicialmente categórico por estar formulado sin aludir a ninguna condición, se transforma en hipotético, cuando el individuo condiciona su cumplimiento al sentimiento de placer que le produce no ir a la cárcel. Es decir, en este caso, el imperativo «no matarás al prójimo» solo es válido para el individuo, porque este ha experimentado, por ejemplo, que poder movilizarse sin ninguna restricción le proporciona placer. Por la misma razón, para este individuo, la conducta consciente de no matar al prójimo es buena, solo por el hecho de que aquel ha experimentado que le resulta placentero no permanecer encerrado por períodos prolongados. En definitiva, el imperativo «no matarás al prójimo» ha sido convertido por el individuo en el imperativo «no matarás al prójimo, si no quieres ir a la cárcel». Esto indica que el único imperativo realmente categórico es aquel que siempre se cumple con independencia del sentimiento de placer del individuo. Dicho de otro modo, un imperativo auténticamente categórico es aquel que su cumplimiento nunca depende de la sensación subjetiva de satisfacción del individuo, es decir, de la experiencia de este²⁵⁷.

De acuerdo con KANT, para formular un imperativo auténticamente categórico, es necesario advertir, de antemano, que la configuración biológica del ser humano lo impulsa a buscar constantemente su propio bienestar, el cual es subjetivo, relativo a cada sujeto, tal como lo indica

²⁵⁷ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 29-30. Manuel García Morente, *op. cit.*, p. 318.

el adjetivo «propio» que lo antecede. Esto se debe a que el bienestar es el resultado del placer o, dicho de otro modo, que al bienestar solo se arriba por medio del placer. De ahí que el bienestar sea un concepto que varía constantemente, tanto desde el punto de vista intersubjetivo como desde el intrasubjetivo. Teniendo esto en cuenta, se comprende que la configuración biológica del ser humano lo impulsa siempre a evaluar las acciones y omisiones como medios para alcanzar su bienestar o, lo que es lo mismo, a transformar imperativos –aparentemente– categóricos en hipotéticos. Por eso, los imperativos que suministran el contenido de la conducta, esto es, una acción u omisión concreta, se tornan rápidamente hipotéticos, así no hagan ninguna referencia explícita a una condición²⁵⁸.

En línea con lo anterior, KANT recalcó que, para poder formular un imperativo realmente categórico, también es necesario percatarse de que, cuando el ser humano actúa en función de su bienestar, su conducta es el resultado de estímulos externos, toda vez que la sensibilidad, ya sea que produzca una sensación o un sentimiento, siempre se activa a raíz de la perturbación de objetos que son extensos en el espacio, sucesivos en el tiempo y regidos por las categorías. Esto significa que, cuando el ser humano se comporta en procura de alcanzar su bienestar, su conducta es el efecto de un fenómeno y, por consiguiente, este es la causa de aquella. En definitiva, los individuos, que actúan guiados por el placer, presentan un comportamiento instintivo, regido por la ley de causalidad (causa-efecto), implicando que su conducta esté determinada de antemano²⁵⁹.

Así pues, si se tiene en cuenta que un imperativo es hipotético cuando el individuo lo cumple motivado por el bienestar que le traerá su observancia, se concluye que el imperativo es categórico

²⁵⁸ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 27-32.

²⁵⁹ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, p. 32. Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ed. Pedro M. Rosario Barboza, 9-10 (2007).

cuando el sujeto lo efectúa motivado solo por el hecho de cumplirlo, es decir, sin importarle si ello le proveerá o no bienestar. De esto se desprende que el fundamento de los imperativos categóricos no es el placer que experimenta el individuo al entrar en contacto con fenómenos, sino la razón que le permite actuar aun sabiendo que la ejecución de la conducta que ordena el imperativo no le proporcionará placer. Por eso, cuando los individuos se comportan motivados solo por el cumplimiento del imperativo, su conducta ya no depende de estímulos externos, por lo que deja de estar predeterminada por un fenómeno, pues no es el efecto de uno, y, por tanto, comienza a ser independiente de la ley de causalidad (norma del ser) que rige los fenómenos. Con esto se llega a que el ser humano, con fundamento en la razón o, mejor, en el uso práctico de ella, tiene la capacidad de determinar voluntariamente su conducta, es decir, con independencia de la causalidad, esto es, sin sujetarse a una ley (norma) que le es impuesta desde afuera. Esto significa que la voluntad del ser humano es la capacidad que tiene este para actuar racionalmente, es decir, para determinar por sí mismo su conducta consciente, al comportarse guiado por la razón y no por el placer. KANT concluyó, entonces, que el ser humano, al tener voluntad, es libre, porque libertad es la cualidad del que no está sometido a la causalidad²⁶⁰.

Según lo expuesto, el ser humano es libre cuando actúa racionalmente, pues su conducta deja de ser el efecto de un fenómeno, y comienza a ser el efecto de su propia voluntad. Gracias al uso práctico de la razón, el ser humano deja de comportarse de acuerdo con una ley impuesta desde afuera, y empieza hacerlo de acuerdo con una ley que se impone así mismo. Por eso, KANT definió la libertad del ser humano como: independencia y autonomía. Esto significa que el ser humano es libre cuando es independiente y autónomo. Es independiente cuando su conducta no depende de la ley de causalidad, y es autónomo cuando determina voluntariamente (por sí mismo) su

²⁶⁰ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 32 y 39.

comportamiento. La independencia y la autonomía son caras de una misma moneda, pues el ser humano es independiente en la medida en que sea autónomo, y es autónomo en la medida en que sea independiente. Es decir, para constatar que el individuo no actúa en función de su bienestar, es necesario verificar que se comporta guiado por la razón, y para constatar que se comporta guiado por la razón, es necesario verificar que no actúa en función de su bienestar. Por eso, lo que determina que un imperativo sea hipotético o categórico, es el motivo por el cual aquel es cumplido por el individuo, por todos los individuos. En este sentido, un imperativo es categórico cuando todos los individuos, siempre que lo cumplen, lo hacen motivados únicamente por el hecho de cumplirlo y, por consiguiente, cuando ningún individuo lo cumple motivado por el bienestar que le proporcionará su observancia²⁶¹.

KANT, con el fin de formular un imperativo auténticamente categórico, presentó un imperativo que no ordena realizar una conducta (acción u omisión) determinada (pues de esa forma el individuo tendría el impulso de evaluar dicha conducta como un medio para alcanzar su respectivo bienestar), sino que –solo– ordena actuar motivado por el hecho de estar cumpliendo el imperativo, es decir, por respeto al deber²⁶². En este sentido, KANT formuló el imperativo de la siguiente manera: «*Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*»²⁶³.

El imperativo categórico kantiano es la ley moral que sirve de parámetro objetivo por medio del cual es posible determinar si una conducta fundada en el arbitrio es buena o mala, ya que aquel es un imperativo cuyo fundamento de validez es la razón, y no el sentimiento de placer que

²⁶¹ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, pp. 32 y 38.

²⁶² Manuel García Morente, *op. cit.*, pp. 318-319.

²⁶³ Immanuel Kant, *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 35.

experimenta cada individuo a su manera; lo que conlleva a que sea una ley que obliga a todos los seres humanos, por ser estos seres racionales. Por eso, cuando los seres humanos actúan regidos por la ley moral, se comportan de acuerdo con su voluntad, la cual es la capacidad que tienen, en virtud de su racionalidad, de determinar por sí mismos su conducta consciente y, por tanto, con independencia de la causalidad que rige a los fenómenos. De ahí que la ley moral sea una ley de libertad; y como tal, una norma del deber, ya que no describe una relación causal entre un fenómeno X y un fenómeno Y, sino que prescribe obrar con fundamento en la razón, lo cual explica por qué está formulada en forma de imperativo. En definitiva, una conducta fundada en el arbitrio es moralmente buena, cuando ella es una conducta voluntaria²⁶⁴, es decir, una conducta que el individuo puede querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal²⁶⁵.

²⁶⁴ Este es uno de los aspectos de la ética kantiana que despierta críticas, ya que *exonera* de responsabilidad moral (e incluso jurídica) a las personas que realizan una conducta consciente mala. Es decir, si se tiene en cuenta que una conducta fundada en el arbitrio es buena cuando es voluntaria, y que la voluntad es la capacidad de actuar racionalmente del ser humano, y que el uso de la razón práctica es el que hace a los seres humanos libres, se concluye que los individuos cuando realizan una conducta consciente mala, no son libres, porque actúan prescindiendo de su voluntad, es decir, de la razón práctica, y, por tanto, se comportan de acuerdo con una ley que se les impone desde afuera: la causalidad. Para resolver este aspecto problemático, podría plantearse que los seres humanos son libres para elegir si actúan de acuerdo con la ley de causalidad (guiados por el placer) o de acuerdo con la ley moral (guiados por la razón). Sin embargo, Kant rechaza el concepto de libre albedrío (libertad de elección), pues sostiene, coherentemente, que a la libertad se llega en virtud de la razón, por lo que no se puede hablar de libertad excluyendo a la razón. La posición de Kant se evidencia en el siguiente fragmento de su *Metafísica de las Costumbres* [Ed. Tecnos, 33-34 (2008)]: «Pero la libertad del arbitrio no puede definirse como la facultad de elegir obrar a favor o en contra de la ley (*libertas indifferentiae*) –como algunos han intentado, ciertamente–, si bien el arbitrio, en tanto que fenómeno, ofrece frecuentes ejemplos de ello en la experiencia. Porque sólo conocemos la libertad (tal como se nos manifiesta ante todo a través de la ley moral) como una propiedad negativa en nosotros; es decir, la propiedad de no estar forzados a obrar por ningún fundamento sensible de determinación. Pero en tanto que nómeno, es decir, considerando la facultad del hombre sólo como inteligencia, no podemos exponer cómo constriñe al arbitrio sensible, por consiguiente, no podemos exponerla teóricamente en su constitución positiva en modo alguno. Sólo podemos comprender bien lo siguiente: que, si bien el hombre como ser sensible muestra, según la experiencia, una facultad de elegir, no sólo de acuerdo con la ley sino también en contra de ella, no puede definirse así, sin embargo, su libertad como ser inteligible, porque los fenómenos no pueden hacer comprensible ningún objeto suprasensible (como el arbitrio libre), y que la libertad jamás puede consistir en que el sujeto racional pueda elegir también en contra de su razón (legisladora); aunque la experiencia demuestre con demasiada frecuencia que así ocurre (sin embargo, no podemos concebir la posibilidad de ello). Porque una cosa es admitir una proposición (de la experiencia); otra, convertirla en principio explicativo (del concepto de arbitrio libre) y en característica distintiva general (con respecto al arbitrio bruto): porque en el primer caso no afirmamos que la característica pertenezca necesariamente al concepto, lo cual es exigible, sin embargo, en el segundo caso. Propiamente, en relación con la legislación interna de la razón, la libertad es sólo una facultad; la posibilidad de apartarse de ella es una incapacidad. ¿Cómo puede entonces explicarse aquella a partir de ésta? Una definición que añade al concepto práctico todavía su *ejercicio*, tal como lo enseña la experiencia, es una *definición bastarda (definitio hybrida)*, que presenta el concepto bajo un punto de vista falso». Esto conduce a reconocer que el concepto de libertad no ha tenido un sentido unívoco a lo largo de la filosofía; tal como lo explica José Ferrater Mora, en su *Diccionario de Filosofía* [Ed. Sudamericana Buenos Aires, 49-55 T. II (1965)].

²⁶⁵ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, *op. cit.*, p. 37. Immanuel Kant, *La Metafísica...*, p. 27.

4.2.7. DERECHO RACIONAL

KANT, en su *Metafísica de las Costumbres*, planteó que la razón es el fundamento de validez de la moral (o ética) y el Derecho, pues solo a través de ella, es posible valorar la conducta de los individuos con independencia de la subjetividad de cada uno. Por eso, este autor sostuvo que el parámetro de validez tanto de la moral como del Derecho es la ley moral, ya que esta es producto de la razón. En consecuencia, para KANT, el Derecho, así como la moral, se fundamentan en la libertad del ser humano, pues la ley moral es una ley de libertad. No obstante, KANT señaló que la moral y el Derecho no son sistemas normativos idénticos, pues se diferencian en la manera en la que cada uno se relaciona con la ley moral. En este sentido, para que una conducta sea moral es necesario que cumpla la ley moral, y que el sujeto la haya realizado motivado por el respeto al deber (es decir, por el simple hecho de cumplir la ley moral). En cambio, para que una conducta sea jurídica es necesario que cumpla la ley moral, y que el sujeto no la haya realizado motivado por el respeto al deber. En principio, esta distinción entre moral y Derecho presentada por KANT parecería ser redundante y contradictoria a la vez, pues para que una conducta cumpla la ley moral es necesario que el individuo la realice motivado por el respeto al deber, por lo que, si el sujeto no realiza la conducta motivado por el respeto al deber, aquella no cumple la ley moral. Sin embargo, lo redundante y contradictorio de esta diferenciación desaparece, si se comprende que a lo que ella está haciendo referencia es que la moral se confunde con la ley moral y, en cambio, el Derecho se deriva de esta o, lo que es lo mismo, que la moral se relaciona inmediatamente con la razón, mientras que el Derecho lo hace de forma mediata²⁶⁶.

²⁶⁶ José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, XXXIII (2008). Ver Immanuel Kant, La Metafísica..., *op. cit.*, pp. 23 y ss.

Para dilucidar lo que se acaba de exponer, es necesario acudir nuevamente al imperativo categórico kantiano, el cual constituye la ley moral: «Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal». Para KANT, el término máxima hace referencia a la regla de conducta concreta, de lo que se desprende que una regla de conducta es moral cuando el individuo pueda querer que ella se convierta en ley universal. Así, por ejemplo, cuando un individuo mata a otro, no puede sostener que quiere que su máxima se vuelva ley universal, pues si dicha máxima se tornara ley universal, aquel individuo tendría que aceptar que también es una conducta buena aquella en la que otro lo mata a él. Por eso, si se sigue el principio de no contradicción de la lógica formal, no matar a otro es una regla de conducta que cualquier individuo puede querer que se vuelva ley universal. En este sentido, la máxima consistente en no matar a otra persona se ha convertido en el imperativo «no mates a otra persona», es decir, en una norma del deber que prohíbe que un individuo mate a otro, sin importar el motivo por el cual aquel efectivamente no lo hace. KANT sostuvo, entonces, que las leyes o normas jurídicas son máximas que se han tornado leyes universales al ser examinadas a la luz de la ley moral. Con esto, se puede afirmar que las normas jurídicas son imperativos que se fundamentan de manera indirecta o mediata en la razón, lo que los convierte en una clase especial de imperativos, al situarse en medio de los categóricos y de los hipotéticos²⁶⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, se comprende que las normas jurídicas no se refieren a la voluntad, sino al arbitrio; pues, como ya se mencionó, aquellas solo se preocupan por que los individuos realicen conductas conscientes que se ajusten a su mandato, sin reparar en el motivo detrás de su cumplimiento. En este sentido, KANT definió al concepto de Derecho como: «el

²⁶⁷ Alejandro Bugarín Lago, *op. cit.*, p. 285. José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, XXXIII (2008). Ver Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»²⁶⁸. Esto significa que, cuando los individuos se comportan de acuerdo con las normas jurídicas, su arbitrio es un arbitrio que está en libertad, toda vez que las normas jurídicas son máximas que se han tornado leyes universales al ser evaluadas mediante la ley moral, siendo esta, una ley de libertad. No obstante, por esta misma razón, «libertad» en relación con el arbitrio no es igual a «libertad» en relación con la voluntad. Esto se debe a que la voluntad es el fundamento de «la libertad» y, por ende, de la ley moral; mientras que el arbitrio en *libertad* es el resultado de actuar de acuerdo con normas que se derivan de la ley moral, las cuales pueden ser cumplidas, incluso, sin voluntad. Por eso, la libertad del arbitrio no puede ser entendida como independencia de la ley de la causalidad y, por tanto, tampoco como autonomía (obligarse a sí mismo por medio de la ley moral), sino simplemente como independencia del arbitrio de otro. Es decir, la libertad del arbitrio es la cualidad del individuo cuya conducta no está subordinada al querer de otra persona o, lo que es lo mismo, la cualidad del individuo cuya conducta es el resultado de su propio querer. Por eso, KANT señaló que «una acción es conforme a Derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»²⁶⁹; indicando, de ese modo, que el propósito de las normas jurídicas es delimitar el ámbito de acción (conducta) de los individuos, es decir, limitar sus arbitrios, con el fin de garantizar la independencia de ellos. Así, por ejemplo, matar a otra persona es una conducta que está por fuera de la esfera delimitada por el Derecho, pues implica la subordinación de un arbitrio con respecto a otro²⁷⁰. Como consecuencia de lo anterior, KANT sostuvo que la libertad del arbitrio constituye el único derecho innato o connatural del ser humano; para lo cual manifestó:

²⁶⁸ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, p. 39.

²⁶⁹ *Ídem.*

²⁷⁰ José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Adela Cortina Orts, *Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres*, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, XXXIV (2008). Ver Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 34-50.

La libertad (la independencia con respecto al arbitrio de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad²⁷¹.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que una conducta es jurídica cuando permite la coexistencia de arbitrios en libertad, se concluye que una conducta es antijurídica cuando impide dicha coexistencia. Por la misma razón, se concluye que es jurídica la coacción que se ejerce para repeler toda conducta antijurídica. De ahí que el derecho de libertad de cada individuo comprenda, a su vez, la facultad de coaccionar a los otros con el fin de reestablecer la independencia de su arbitrio; por lo que la facultad de coaccionar es una facultad recíproca. Por eso, KANT también definió al concepto de Derecho como: «la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según una ley universal»²⁷². Debido a que la facultad de coaccionar equivale a la facultad de obligar y ejercer fuerza ante el incumplimiento de la obligación, se comprende que cada ser humano está jurídicamente obligado a abstenerse de realizar conductas que impidan la independencia de los demás, y, por ende, que la obligación jurídica²⁷³, a diferencia de la obligación moral, implica una relación bilateral, pues, precisamente, es un vínculo entre arbitrios en libertad. Finalmente, KANT sostuvo que el derecho de libertad comprende en sí mismo la igualdad jurídica

²⁷¹ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 49-50. La edición de Ed. Tecnos Pedro presenta la siguiente traducción: «La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro) ...». Sin embargo, siguiendo la traducción de G. Lizarraga en Immanuel Kant, *Principios Metafísicos del Derecho*, Ed. Fondo Antiguo de la Universidad de Sevilla, 54 (1873), opté por suprimir la palabra «constrictivo».

²⁷² Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, p. 41.

²⁷³ Hinestrosa presentó la siguiente definición de obligación: «Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al Derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundadamente un determinado comportamiento [...], de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexa, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea verse constreñido...». Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Externado, 55 (2008). Por su parte, Ferrater Mora sostuvo lo siguiente con respecto a la noción de obligación: «La noción ética de obligación puede, en principio, aplicarse a una sola persona, ya que nada impide decir que una sola persona, en cuanto entidad moral, tiene que cumplir el deber, es decir, está obligada a cumplirlo. Pero se suele aplicar a una comunidad de personas, y hasta se indica a veces que la noción de obligación es básicamente interpersonal». José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Sudamericana Buenos Aires, 314 T. II (1965)

de los seres humanos, pues, en virtud de aquel, ningún arbitrio está subordinado a otro, por lo que ellos interactúan entre sí mediante una relación de igualdad²⁷⁴.

4.2.8. EL PUEBLO: TITULAR DE LA SOBERANÍA

Siguiendo a BODENHEIMER, se puede afirmar que, a lo largo de la historia, se ha evidenciado que la interacción entre los seres humanos puede estar mediada por una relación de desigualdad o por una de igualdad. La primera es una relación de dominación o sometimiento de un individuo con respecto a otro. Este tipo de relaciones se fundamentan en la fuerza o, mejor dicho, en la desigualdad de fuerzas de los individuos. Esto hace que la relación de desigualdad sea una relación de hecho, pues, desde el punto de vista fáctico, es innegable que existen individuos más fuertes que otros; no solo por razones físicas, sino también por razones psicológicas, intelectuales, etc. Por eso, en las relaciones de desigualdad, el único límite que encuentra el arbitrio de la parte dominante es el límite mismo de su fuerza, el cual puede deberse a falencias de sus propias capacidades, o a la fuerza que ejerce la parte dominada con el fin de resistir²⁷⁵.

En contraposición, según se expuso en el apartado anterior, la relación de igualdad es una relación de independencia o insubordinación de los individuos entre sí; por lo que es una relación que se fundamenta en la libertad. Por eso, la igualdad de los seres humanos no pertenece al mundo del ser, sino del deber ser; del deber ser racional. De ahí que la relación de igualdad sea principalmente una relación de reconocimiento recíproco, pues solo los individuos que se reconocen mutuamente como individuos libres, interactúan entre sí a través de una relación de igualdad. Es decir, el reconocimiento del derecho de libertad de los demás, no es más que la

²⁷⁴ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 183-184. José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Ver Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 34-50.

²⁷⁵ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 16.

reafirmación del derecho de libertad propio y, por tanto, el reconocimiento del derecho de libertad propio no es más que la reafirmación del derecho de libertad de los demás. Debido a esto, el contrato es el mecanismo por medio del cual interactúan los arbitrios de individuos que se reconocen libres, pues el contrato es el acuerdo de los arbitrios de quienes lo celebran, de lo que se desprende que las conductas que realiza cada una de las partes, en virtud del contrato, son el resultado de su propio querer. En este sentido, el concepto de obligación jurídica o, mejor, el concepto de obligación que surge a raíz del concepto de Derecho racional no implica la subordinación o sometimiento de un arbitrio con respecto a otro, sino la coordinación de dos o más arbitrios en libertad. Así las cosas, en las relaciones de igualdad, el arbitrio de los individuos está limitado por el derecho de libertad de los demás²⁷⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, se comprende que una comunidad en la que sus integrantes se reconocen mutuamente como individuos libres y, por tanto, iguales, es una comunidad donde la interacción entre los arbitrios de sus integrantes está regida por contratos. Sin embargo, todavía en esta instancia, el cumplimiento del respectivo contrato, e, incluso, la posibilidad misma de la relación de igualdad, se garantizan por el –mero– reconocimiento recíproco del derecho innato de libertad y, en su defecto, por la coacción que el individuo cuyo derecho básico ha sido vulnerado ejerce sobre el individuo que lo ha quebrantado. Por eso, un estadio donde el derecho de libertad de cada individuo se garantiza en última medida por la coacción individual que ejerce el sujeto a quien se le ha desconocido su independencia de arbitrio, es un estadio en el que la interacción entre los individuos puede fácilmente dejar de estar mediada por una relación de igualdad, y comenzar a estarlo por una relación de desigualdad, de desigualdad de fuerzas. En este sentido, para KANT, un estadio en el que los derechos de libertad de los integrantes de una comunidad se garantizan en

²⁷⁶ *Ídem.*

última medida por la coacción individual, es un estadio de naturaleza o, mejor, un estado de naturaleza. El estado de naturaleza es, por consiguiente, para KANT, un estado de guerra latente²⁷⁷.

Así pues, debido a que la independencia del arbitrio de los individuos que conviven en estado de naturaleza se garantiza por el reconocimiento mutuo y, subsidiariamente, por la coacción eficaz del individuo cuyo derecho de libertad fue vulnerado, dicha independencia es provisional o circunstancial, ya que puede suceder que el individuo que ha quebrantado el derecho de libertad de otro sea más fuerte que este último. Por eso, el estado de naturaleza es un estado de guerra latente, es decir, un estado en el que existe la amenaza constante de que las leyes derivadas de la razón (de la ley moral) sean desplazadas por la ley del más fuerte. Por consiguiente, la regla de conducta que consiste en no hacer la guerra es una máxima que se torna ley universal; por lo que «no debe haber guerra»²⁷⁸ es una norma jurídica que prohíbe hacer la guerra y, en consecuencia, también ordena abandonar el estado de naturaleza. En este sentido, KANT sostuvo que, en virtud de esta norma, los miembros de una comunidad, que se encuentra en estado de naturaleza, están obligados unos con otros (obligación jurídica) a salir del estado de naturaleza; obligación que cumplen al celebrar un contrato por medio del cual cada uno le transfiere a la comunidad su facultad de coaccionar, para que, de ese modo, sea la comunidad misma la que ejerza esta facultad sobre el individuo que

²⁷⁷ José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Adela Cortina Orts, El Contrato Social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), 1988, At. 49. En este artículo, Cortina Orts cita el siguiente fragmento de *La religión dentro de los límites de la mera razón* de Immanuel Kant: «La tesis de Hobbes: *status hominum naturalis est bellum omnium in omnes*, no tiene más defecto que el de que debería decir: *est status belli*, etc. Pues aunque no se conceda que entre los hombres que no están bajo leyes externas y públicas dominen siempre efectivamente hostilidades, sin embargo, el estado (Zustand) de los mismos (*status juridicus*), esto es: la relación en y mediante la cual son susceptibles de derechos (de la adquisición y conservación de los mismos), es un estado en el que cada cual quiere ser él mismo juez sobre lo que es su derecho frente a otros, pero no tiene, por parte de los otros, ninguna seguridad por lo que se refiere a esto, ni él la concede a los otros, a no ser cada uno su propia fuerza; lo cual es un estado de guerra, en el que cada uno tiene que estar constantemente armado contra cada uno».

²⁷⁸ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, p. 195.

vulnere el derecho innato de libertad de los demás; con lo cual se garantiza la perentoriedad o permanencia de la relación de igualdad entre los miembros de la comunidad²⁷⁹.

Como se observa, el objeto de este contrato, que KANT denominó «pacto de unión civil»²⁸⁰, es garantizar el Derecho, es decir, garantizar la coexistencia de la independencia de los arbitrios de los miembros de la comunidad según una ley universal de libertad. Por eso, mediante el pacto de unión civil, los individuos transitan de un estado de naturaleza a un estado civil²⁸¹. Por la misma razón, la comunidad deja de tener un carácter fáctico y adquiere uno jurídico, por lo que ya no es la simple suma de sus partes, sino un *todo* que es mayor a esta. En tal sentido, es pertinente precisar que, en virtud del pacto de unión civil, surge la sociedad civil (Estado)²⁸², que, si bien está integrada por la totalidad de los miembros de la comunidad, es una persona jurídica distinta a cada uno de ellos²⁸³, cuyo objeto es garantizar el Derecho, toda vez que los contratantes u asociados le transfieren su facultad individual de coaccionar, asegurando, así, la perentoriedad de la relación de igualdad. Debido a que la sociedad civil adquiere para sí la facultad de coaccionar de cada uno de los asociados, estos quedan obligados con respecto a ella, lo que en otras palabras significa, que la sociedad civil tiene el derecho de mandar y los asociados la obligación de obedecer²⁸⁴. Así las

²⁷⁹ José López Hernández, *op. cit.*, At. 395. Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, LIII (2008). Ver Immanuel Kant, La Metafísica..., *op. cit.*, pp. 135-143 y 149.

²⁸⁰ Über der Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (= Gemeinspruch), VIII, pág. 289. Tomado de Adela Cortina Orts, El Contrato Social..., *op. cit.*, At. 49

²⁸¹ José López Hernández, *op. cit.*, At. 395.

²⁸² Adela Cortina Orts, El Contrato Social..., *op. cit.*, At. 49. Ver Immanuel Kant, La Metafísica..., *op. cit.*, p. 143.

²⁸³ Que el efecto de la celebración del pacto de unión civil sea el surgimiento de un sujeto distinto de cada uno de los asociados se puede observar en los siguientes pasajes de La Metafísica de la Costumbres: «Este estado de los individuos en un pueblo en mutua relación es el estado civil (*status civilis*), y **el conjunto de ellos en relación a sus propios miembros es el Estado** (civitas)» (p. 140); «Lo que no puede decidir el pueblo (la totalidad de los súbditos) sobre **sí mismo y sus componentes**, tampoco puede el soberano decidirlo sobre el pueblo» (p.163). Immanuel Kant, Ed. Tecnos, (2008).

²⁸⁴ Este planteamiento de Kant también es problemático, porque conduce a una paradoja. Para evidenciarla, es necesario ser consciente de que la facultad de coaccionar se compone de dos elementos: la facultad de obligar y la facultad de ejercer fuerza ante el incumplimiento de la obligación. En este sentido, si se tiene en cuenta que, en virtud del pacto de unión civil, cada uno de los asociados le transfiere a la sociedad civil su facultad de coaccionar, se debe concluir que los individuos, una vez transitan del estado de naturaleza al estado civil, dejan de estar facultados para celebrar contratos entre sí, lo cual imposibilita la interacción de los arbitrios en libertad. Ahora bien, si con el fin de resolver lo anterior, se plantea que los asociados, en virtud del pacto de unión civil, solo le transfieren a la sociedad civil la facultad de ejercer fuerza ante el incumplimiento de la obligación, se debe concluir, entonces, que los asociados obedecen a la sociedad, no porque estén obligados a hacerlo, sino por el temor a su fuerza.

cosas, la sociedad civil, a la que KANT también llamó Pueblo, es el titular del poder político, del poder legítimo, de la soberanía.

4.2.9. LÍMITES DE LA SOBERANÍA POPULAR

El Pueblo es un sujeto con un arbitrio propio, con un querer propio; el cual está dado por el *querer común* de los asociados: la garantía del Derecho. Esto, toda vez que el Pueblo se constituye en virtud del pacto de unión civil, al cual se llega cuando los arbitrios de individuos que conviven en estado de naturaleza se funden en un solo querer: garantizar el Derecho. Con esto se comprende que el Pueblo es un sujeto que surge en virtud del Derecho, y con el fin de asegurar el Derecho. Es decir, sin el Derecho, el Pueblo no existiría, pero sin el Pueblo, el Derecho desaparecería. Por eso, mientras las normas que se derivan de la ley moral determinan qué es el Derecho, el querer popular establece cómo se garantiza el Derecho. En definitiva, el querer del Pueblo solo puede ser acorde a Derecho y, por tanto, el querer del Pueblo es Derecho. Queda claro, entonces, que el querer popular no es simplemente la suma de los queres individuales de sus integrantes²⁸⁵.

A pesar de que KANT, en su *Metafísica de las Costumbres*, identificó en un principio al Pueblo con la sociedad civil (Estado) y, por ende, le atribuyó la soberanía al Pueblo o, mejor, al querer del Pueblo²⁸⁶; finalmente terminó por separar el sujeto del Estado del sujeto del Pueblo, lo que en consecuencia implicó que este último dejara de ser el soberano. Esta dualidad entre Estado y Pueblo fue producto de la intención de KANT de defender el sistema republicano²⁸⁷. En este sentido, este autor estimó que la soberanía recae en los representantes del Pueblo reunidos en asamblea, y no en

²⁸⁵ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 140 y 143. Ver José López Hernández, *op. cit.*, At. 395; y Adela Cortina Orts, *El Contrato Social...*, *op. cit.*, At. 49.

²⁸⁶ Kant utilizó la expresión: «la voluntad unidad del pueblo». Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, p. 143.

²⁸⁷ Ileana P. Beade, Consideraciones acerca de la concepción kantiana de la *libertad* en sentido político, *Revista de Filosofía* Volumen 65, (2009) At. 25

el Pueblo mismo. Para soportar este planteamiento, KANT argumentó que los asociados o ciudadanos (como él los denominó) están divididos en dos categorías: ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. Los primeros son aquellos que pueden «conservar su existencia (sustento y protección) por su propia actividad»²⁸⁸; y los segundos son aquellos que no. En este segundo grupo, KANT incluyó, por ejemplo, a los menores de edad, a las mujeres, y a los hombres que trabajan bajo la dirección de otro. Con fundamento en esta categorización, KANT consideró que solo los ciudadanos activos están facultados para elegir y ser elegidos representantes del Pueblo, es decir, para elegir y ser elegidos miembros del Parlamento. Debido a esto, este autor señaló que mientras todos los ciudadanos hacen parte del Pueblo, solo los ciudadanos activos son miembros del Estado. En consecuencia, KANT concluyó que el querer del Pueblo no es el que determina cómo se garantiza el Derecho, sino que el querer del Parlamento es el que efectivamente lo hace. Así pues, para este autor, el Pueblo está obligado a obedecer al Estado, incluso, si el querer de este, manifestado a través del Parlamento, es contrario al pacto de unión civil, es decir, contrario a Derecho; pues el Estado es el soberano, toda vez que adquirió la facultad de coaccionar de cada uno de los individuos que lo constituyeron²⁸⁹.

Es evidente que la dualidad entre Estado y Pueblo presentada por KANT no es compatible con sus anteriores planteamientos. Por esta razón, en este punto, es necesario continuar prescindiendo de la contradicción en la que KANT incurrió. Retomando lo expuesto en el inicio de este apartado, parece claro cuál es el límite del poder soberano del Pueblo, esto es, de su facultad de coaccionar (facultad de obligar y ejercer fuerza ante el incumplimiento de la obligación). Como ya se mencionó, el Pueblo se constituye con el objeto de garantizar el Derecho o, lo que es lo mismo,

²⁸⁸ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, p. 144.

²⁸⁹ Immanuel Kant, *La Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 143-155. Ver Adela Cortina Orts, *El Contrato Social...*, *op. cit.*, At. 49.

con el fin de asegurar la perentoriedad de la relación de igualdad entre los asociados. Dicho de otro modo, la facultad de coaccionar le fue transferida al Pueblo, para que este garantice el derecho innato de libertad de los ciudadanos. Por eso, el Pueblo solo está facultado para coaccionar con el fin de garantizar el Derecho; lo cual significa que el Pueblo solo está facultado para manifestar su querer para proteger la libertad e igualdad de los asociados. Así pues, todo querer colectivo de los ciudadanos que sea contrario a Derecho no es el querer del Pueblo. Se concluye, entonces, que la soberanía del Pueblo está limitada por el Derecho.

4.2.9.1. MANIFESTACIÓN DEL ARBITRIO O QUERER POPULAR

El Pueblo es un sujeto colectivo, es decir, un cuerpo colectivo, un cuerpo colegiado. Por eso, el querer del Pueblo es el resultado del consenso de sus integrantes. En principio, consenso implica unanimidad, pues es indudable que cuando todos los integrantes de un grupo están de acuerdo con cierta determinación, es inexistente el disenso entre ellos: por consiguiente, si entre estos no hay disenso, ineludiblemente debe haber consenso. Si bien la corrección lógica de este enunciado es evidente, equiparar consenso con unanimidad, implicaría un error práctico (pragmático), pues, indudablemente, es virtualmente imposible que la totalidad de un gran número de personas se ponga de acuerdo; sobre todo, en relación con un asunto tan complejo como lo es la definición de la forma en la que *se debe* garantizar el Derecho. Por esta razón, identificar consenso con unanimidad, significaría negarle al Pueblo la posibilidad (o hacerla extremadamente difícil) de tomar las determinaciones necesarias para cumplir su objeto; conllevándolo, así, a su resquebrajamiento.

Así pues, ante el fracaso del concepto de unanimidad, autores como ROUSSEAU²⁹⁰ plantearon que por consenso debe entenderse mayoría. Sin embargo, hay que advertir que existen varios tipos de mayorías; pues unas son más exigentes que otras. La exigencia de la mayoría es directamente proporcional al número de miembros del cuerpo en los que debe haber consenso: entre mayor sea el número, más exigente será la mayoría. Evidentemente, el concepto de mayoría calificada pretende ser un punto intermedio entre la corrección lógica de identificar consenso con unanimidad y el acierto práctico de entender consenso como mayoría. Por lo tanto, en este punto resulta claro que el querer popular no está dado por el consenso de todos los ciudadanos, sino por el consenso de la mayoría más exigente de ellos.

No obstante, como se indicó en el apartado anterior, no basta que haya consenso entre la mayoría más exigente de los ciudadanos, para que exista querer popular. Se debe recalcar que el concepto de soberanía popular se fundamenta en la libertad de todos los ciudadanos y en la consecuente igualdad entre ellos; por lo que sería un contrasentido aceptar que el Pueblo está facultado para tomar determinaciones en contra de la fuente de su soberanía. Nadie, ni siquiera el Pueblo, puede disponer de más derecho del que tiene. Por esta razón, se debe repetir que una decisión tomada por la mayoría más exigente de los ciudadanos no podrá ser entendida como verdadera manifestación del querer popular, si desconoce la libertad connatural de sus miembros, en virtud de la cual, ellos se relacionan entre sí en condición de igualdad.

En definitiva, una determinación adoptada por los ciudadanos será verdadera expresión del querer popular, cuando cumpla con dos requisitos. El primero es de carácter procedimental. Este requisito exige que la decisión se adopte a través de un procedimiento que garantice: por un lado,

²⁹⁰ Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, pp. 99-102.

la libertad y la igualdad, tanto en el trato como en la participación, de todos los ciudadanos; y por el otro, que aquella (la decisión) se derive del consenso de la mayoría más exigente de los ciudadanos. El segundo requisito es de índole sustancial. En este sentido, la decisión supermayoritaria solo será expresión del querer del Pueblo, cuando no vulnere la libertad e igualdad innata de todos los ciudadanos. Es claro, entonces, que, si no se cumple con alguno de los dos requisitos, la decisión será contraria a Derecho, por lo que no materializará el querer popular y, por tanto, tampoco será un acto de soberanía.

4.2.10. EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO POR PARTE DEL PUEBLO

El Pueblo, al ser el soberano, es el titular del poder constituyente primario; pues, como lo señaló ARAUJO RENTERÍA: «Si los poderes de la soberanía pueden resumirse, como lo hizo BODIN, en el poder para dar la ley, y la Constitución no es más que la máxima ley, el poder para dar la Constitución no es más que un atributo de la soberanía»²⁹¹. Por eso, si se tiene en cuenta lo expuesto en los apartados 3.1.1.2 y 3.1.1.3, se comprende que el poder constituyente primario es la facultad del Pueblo de crear, modificar y reemplazar la Constitución.

Lo anterior significa que, contrario a lo que manifestó SAGÜÉS (ver apartado 3.1.1.3), el poder constituyente primario no es fundacional; ya que, según este autor, este poder tiene tal carácter, «cuando dicta la primera Constitución de un Estado, al crearse este»²⁹². Es decir, el poder constituyente primario no es fundacional (no crea al Estado), porque aquel es una facultad de la persona jurídica (moral o ideal)²⁹³ del Pueblo; lo cual implica que el poder constituyente primario surge de manera concomitante con *la constitución* del Pueblo. En este sentido, hay que remarcar

²⁹¹ Jaime Araujo Rentería, *op. cit.*, p. 191.

²⁹² Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 275.

²⁹³ Ver Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas*, Ed. Universidad del Rosario, 525-530 (2011).

que el Pueblo, o sociedad civil (Estado), *se constituye* en virtud del pacto de unión civil; lo que significa que al Pueblo (al Estado)²⁹⁴ *lo constituye* el acuerdo de los arbitrios de los individuos que celebran dicho contrato. Por eso, la facultad constituyente del Pueblo no es la facultad de constituirse, sino la facultad de organizarse de tal forma en la que se garantice el Derecho. Dicho de otro modo, la facultad constituyente del Pueblo no es la facultad de constituir el Estado, sino la facultad de organizarlo de tal forma en la que se garantice el Derecho. Así pues, es posible afirmar que el pacto de unión civil es la primera y única Constitución; en virtud de la cual, el Pueblo está facultado para crear, modificar y reemplazar las subsiguientes *constituciones*; entendidas estas, como *leyes fundamentales*²⁹⁵.

Por otro lado, se debe señalar que el ejercicio del poder constituyente primario, al ser este una facultad jurídica, depende de que su titular manifieste que quiere ejercerlo; lo cual indica que el poder constituyente primario se ejerce en virtud de la manifestación del querer popular. Bajo la misma perspectiva, el ejercicio del poder constituyente primario, al igual que el ejercicio de cualquier facultad jurídica, produce efectos jurídicos. Así pues, cuando el Pueblo ejerce su poder constituyente primario produce los siguientes efectos jurídicos: la creación, la modificación o el reemplazo de la Constitución (ley fundamental). Esto significa, entonces, que la Constitución es un acto jurídico por medio del cual el Pueblo organiza al Estado con el fin de garantizar el Derecho.

²⁹⁴ Rousseau sostuvo lo siguiente: «Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y hoy el de república o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencia en comparación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. [...] El Estado o la ciudad no es más que una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros». Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, pp. 15-16 y 27. Como es sabido, los planteamientos de Rousseau ejercieron gran influencia en Kant; lo cual implica que los pensamientos de ambos autores comparten elementos comunes que lo hacen conciliables e, incluso, complementarios.

²⁹⁵ Evidentemente, se está haciendo alusión a la terminología utilizada por Rousseau. Este autor sostuvo lo siguiente: “Para ordenar el todo o dar la mejor forma posible a la cosa pública, existen diversas relaciones que es preciso considerar. La primera, la acción del cuerpo entero obrando para consigo mismo, es decir, la relación del todo con el todo, o del soberano para con el Estado, estando compuesta esta relación de términos intermediarios, como veremos a continuación. Las leyes que regulan esta relación toman el nombre de leyes políticas y también el de leyes fundamentales...». Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, p. 50.

En definitiva, por medio de la Constitución, el Pueblo crea, modifica o reemplaza la organización u ordenamiento del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es la organización u ordenamiento por medio del cual el Pueblo garantiza el Derecho? Lejos de pretender responder esta pregunta, se podría afirmar que, para garantizar el Derecho, el Pueblo debe regular ciertos aspectos. Así, **por ejemplo**, el Pueblo debe instituir mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos puedan defender sus derechos innatos: vida, libertad e igualdad. Asimismo, el Pueblo debe establecer un sistema mediante el cual los ciudadanos tomen las determinaciones *colectivas* o *generales*. Evidentemente, dicho sistema debe garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos, lo cual indica que aquel debe basarse en la forma como el Pueblo manifiesta su querer. Por otro lado, entendiendo que la economía siempre está presente en la vida de los grupos humanos, el Pueblo también debe definir un modelo económico que garantice el derecho de libertad de los ciudadanos, es decir, la relación de igualdad entre ellos. Finalmente, como lo afirmó MONTESQUIEU: «se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites. [...] Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder»²⁹⁶. Parece ser, entonces que la experiencia indica que la división de funciones en el *aparato estatal* es la mejor forma de garantizar el Derecho. ¿Cómo dividir las? Depende del querer popular.

4.2.11. ¿POR QUÉ LA CONSTITUCIÓN NO OBLIGA AL PUEBLO?

Para comenzar se debe indicar que nadie se puede obligar jurídicamente consigo mismo. Al respecto, HOBBS manifestó:

²⁹⁶ Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *op. cit.*, pp. 15-16.

Tampoco puede nadie (...) ser obligado ante sí mismo, dado que la misma parte sería el obligador y el obligado, y teniendo el obligador el poder de liberar al obligado, sería simplemente vano que un hombre se obligare a sí mismo, dado que puede liberarse a su propio capricho y dado que el que puede hacer esto ya es en realidad libre²⁹⁷.

Si bien la claridad de las palabras de HOBBS es notable, es importante recalcar su punto. En este sentido, es necesario tener en cuenta que el concepto de obligación jurídica implica un vínculo entre dos extremos, es decir, entre el obligador y el obligado²⁹⁸. Por eso, cuando el obligado es al mismo tiempo el obligador, realmente no existe obligación –jurídica–, pues el obligado, al ser también el obligador, puede eximirse cuando quiera, y como puede hacer eso, en realidad nunca estuvo obligado. Es por esto, que BODIN señaló que el soberano no está «obligado a sus propias leyes»²⁹⁹, pues es «imposible imponerse algo que depende de la propia *voluntad* [arbitrio, querer]»³⁰⁰.

Entonces, si se tiene en cuenta que la Constitución (ley fundamental) es un acto jurídico del cual se derivan obligaciones, y que aquella surge en virtud de la manifestación que hace el Pueblo de querer ejercer su poder constituyente primario, se comprende que el Pueblo, quien es el obligador (al ser el soberano), no está obligado por la Constitución. Con esto se evidencia que es incorrecto el paralelismo propuesto por JON ELSTER, el cual consiste en indicar que, al igual que Ulises, quien, en *su odisea*³⁰¹, se ató a sí mismo al mástil de su embarcación para evitar seguir los

²⁹⁷ Tomado de Stephen Holmes, El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. Ver [https://www.consensocivico.com.ar/uploads/5578793b91b30-Holmes-Precomprom%20y%20las%20parado%20de%20la%20democ\(CC\).pdf](https://www.consensocivico.com.ar/uploads/5578793b91b30-Holmes-Precomprom%20y%20las%20parado%20de%20la%20democ(CC).pdf)

²⁹⁸ Ver nota de pie 273.

²⁹⁹ Jean Bodin, *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁰ *Ídem*.

³⁰¹ Evidentemente, Jon Elster utilizó para su ejemplo, el personaje de Ulises, construido por Homero, en su obra La Odisea.

cantos de las sirenas que lo llevarían a su muerte³⁰², el Pueblo se ha atado *motu proprio* a la Constitución, para que, en momentos de locura y efervescencia, tales amarras le impidan tomar decisiones que lo conduzcan a su propia destrucción³⁰³. Es decir, el símil presentado por ELSTER es inadecuado, porque plantea una analogía entre dos situaciones que no son comparables entre sí. En el caso de Ulises, la acción de amarrarse al mástil depende de su arbitrio, pero una vez amarrado, por más que lo quiera, no podrá desatarse. En cambio, en el caso del Pueblo, imponerse la “obligación”, así como eximirse de ella, depende de su arbitrio o querer. Adicionalmente, aceptar el paralelismo propuesto por ELSTER, conduce a plantear que el Pueblo se autoconstituye, lo cual implica una grave contradicción, tal como se señaló en el apartado 3.1.2.2.7.

4.2.12. ¿A QUIÉN OBLIGA LA CONSTITUCIÓN?

Si bien la Constitución no obliga al Pueblo, aquella sí obliga a los ciudadanos. Esto, toda vez que, en virtud del pacto de unión civil, cada uno de los ciudadanos le transfirió al Pueblo su facultad de coaccionar, quedando, de ese modo, cada uno de ellos obligado con el Pueblo. Además, es necesario recalcar que el Pueblo es un sujeto distinto de cada uno de los individuos que lo componen, por lo que el arbitrio o querer popular es diferente del arbitrio o querer de cada ciudadano; lo cual significa que el obligador y el obligado no coinciden en la misma persona y, por ende, existe una obligación jurídica propiamente dicha. En este punto, es ilustrativo traer a colación algunos pasajes del *Contrato Social* de ROUSSEAU:

Este acto de asociación [el Contrato Social] convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, [...] el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo

³⁰² Jon Elster, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. (2002). No obstante, este autor presentó el ejemplo de Ulises, por primera vez, en su libro *Ulises y las Sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. (1979). Ver Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, p. 40.

³⁰³ Vicente F. Benítez Rojas, *op. cit.*, p. 39.

común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y hoy el de *república* o *cuerpo político*, el cual es denominado Estado [...]. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *pueblo* y particularmente el de *ciudadanos* como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. [...] [Por eso] no puede aplicarse aquí el principio [...] según el cual compromisos contraídos consigo mismo no crean ninguna obligación, porque hay una gran diferencia entre obligarse consigo mismo y de obligarse para con un todo del cual se forma parte. [...] El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente³⁰⁴.

Así pues, cuando los individuos actúen como ciudadanos, y no como Pueblo, estarán obligados a acatar y cumplir la Constitución. En consecuencia, es necesario precisar que el poder constituyente primario no es la facultad que tiene el Pueblo para organizarse de tal forma en la que se garantice el Derecho, sino la facultad que tiene aquel para organizar a los ciudadanos para asegurar dicho fin.

Lo expuesto en este apartado, así como en el anterior, indica que los mecanismos de participación, a los que alude el artículo 103 de la Constitución Política de Colombia, no son realmente “mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía”, sino que son mecanismos de participación de los ciudadanos, esto es: *mecanismos de participación ciudadana*.

4.2.13. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA

Según se expuso, el Pueblo, al ejercer su poder constituyente primario, crea, modifica o reemplaza la Constitución; la cual es un acto jurídico por medio del cual el Pueblo obliga a los

³⁰⁴ Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, pp. 15-17 y 54.

ciudadanos a actuar de conformidad con una organización u ordenamiento determinado, cuyo cumplimiento garantiza el Derecho. En este sentido, se señaló que la Constitución no obliga al Pueblo, sino a los ciudadanos; lo cual implica que estos no tienen la facultad de eximirse del cumplimiento de la Constitución. Esto parecería excluir la posibilidad de que los ciudadanos estén facultados para reformar la Constitución, pues dicha facultad les permitiría cambiar la organización u ordenamiento que el Pueblo previamente determinó, con lo cual los obligados se estarían librando a sí mismos de su obligación.

Sin embargo, si el Pueblo define los elementos que caracterizan al ordenamiento que establece por medio de la Constitución, es posible aceptar que los ciudadanos tengan la facultad de reformar esta; entendiendo que mientras tales elementos se mantengan, dicho ordenamiento seguirá siendo *en esencia* el mismo. Bajo esta perspectiva, se debe entender que, en virtud del poder de reforma, los ciudadanos no están facultados para suprimir los elementos que distinguen el ordenamiento establecido por el Pueblo; pues, de hacerlo, estarían reemplazando dicho ordenamiento por uno nuevo, con lo cual se estarían eximiendo a sí mismos de su obligación, es decir, estarían arrogándose el poder constituyente primario cuyo único titular es el Pueblo. Así las cosas, se comprende que el poder de reforma no es un poder constituyente, ni siquiera derivado, pues, en virtud de aquel, los ciudadanos solo están facultados para modificar el ordenamiento que el Pueblo previamente estableció, y no para crear uno nuevo.

Por lo anterior, se concluye que si el Pueblo, a través de la Constitución, les concede a los ciudadanos la facultad de reformarla, debe establecer límites materiales a dicha facultad, con el fin de impedir que los ciudadanos reemplacen el ordenamiento establecido por él, es decir, que creen uno nuevo; lo cual solo es facultad del Pueblo, al ser el soberano. Evidentemente, los límites

materiales del poder de reforma deben incluir los límites a los que está sujeto el poder constituyente (ahora a secas) del Pueblo.

Salta a la vista que lo expuesto en este apartado coincide con el argumento sobre el cual la Corte Constitucional erigió la Teoría de la Sustitución de la Constitución. Se debe reconocer que la Corte introdujo esta teoría buscando corregir el yerro cometido por el Constituyente del 91, consistente en no establecer límites materiales al poder de reforma. Sin embargo, según lo presentado en este apartado, la facultad para determinar cuáles son los elementos que caracterizan la organización u ordenamiento establecido por medio de la Constitución es del Pueblo, y no de la Corte Constitucional. Parece claro que un pronunciamiento del querer popular, determinando cuáles son los aspectos esenciales de la organización u ordenamiento establecido mediante la Constitución de 1991, corregiría el error en el que incurrió el Constituyente del 91 y, además, establecería parámetros objetivos³⁰⁵ que sujetarían a la Corte al momento de hacer el control material de las modificaciones hechas a la Constitución en virtud del poder de reforma.

4.2.14. MECANISMOS QUE GARANTIZAN LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE

Según se indicó en el apartado 4.2.9.1, es necesario que se cumplan dos requisitos para estar frente a la manifestación del querer popular: uno de carácter procedimental y otro de índole sustancial. En este sentido, el primero exige que la decisión se adopte a través de un procedimiento que garantice: por un lado, la libertad y la igualdad, tanto en el trato como en la participación, de todos los ciudadanos; y por el otro que aquella (la decisión) se derive del consenso de la mayoría

³⁰⁵ El principal problema de la Teoría de la Sustitución de la Constitución consiste en que la Corte Constitucional determina *ad hoc* los ejes definitorios de la esencia de la Constitución de 1991, pues al ser límites materiales implícitos, no están expresamente establecidos en la Carta; lo cual afecta notablemente la seguridad jurídica. Ver Salvamento de voto. Magistrado Humberto Sierra Porto en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-558/09 (M. P. Gabriel Mendoza Martelo: Agosto 20 de 2009). Vale la pena remorar las palabras barón de Montesquieu: «se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites. [...] Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder». Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *op. cit.*, pp. 15-16.

más exigente de los ciudadanos. Es claro, si se tiene en cuenta lo expuesto en el apartado 3.1.1.1.4, que este procedimiento no es compatible con el mecanismo de *aclamación* propuesto por SCHMITT. Por el contrario, el requisito procedimental al que se viene haciendo referencia es un mecanismo necesariamente reglado. En este orden de ideas, el cumplimiento de este requisito se garantiza, al establecer en la Constitución, un procedimiento con las características ya referidas. Es importante señalar que dicho procedimiento, consignado en la Constitución, es un límite para los ciudadanos y no para el Pueblo; entendiendo que aquel procedimiento es la forma como se asegura que una decisión *colectiva o general* provenga realmente del consenso de casi todos los individuos que integran al sujeto colectivo del Pueblo (al menos en términos porcentuales). Así pues, en el caso colombiano, la Corte Constitucional sería el órgano competente para verificar el cumplimiento del procedimiento aludido; al ser este un límite para los ciudadanos y estar incluido en la Constitución.

Adicionalmente, se debe indicar que incluir en la Constitución un procedimiento con las características antes descritas, permite que la manifestación del querer popular no implique necesariamente una crisis institucional ni, mucho menos, un acto revolucionario. Guardando las diferencias terminológicas y conceptuales, este planteamiento puede evidenciarse, en cierta medida, en la Sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional:

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. [...] Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese 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, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente. La fijación de un cauce al poder constituyente originario [...] busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales³⁰⁶.

Por otro lado, el requisito de índole sustancial exige que la decisión supermayoritaria no vulnere la libertad e igualdad innata de todos los ciudadanos, so pena de no ser tenida como expresión del querer popular. El cumplimiento de este requisito no puede garantizarse por medio de la Constitución, ya que esta no obliga al Pueblo. Es decir, una vez que se ha verificado el cumplimiento del requisito procedimental, puede entenderse que existe la presunción de que el querer popular se ha manifestado; presunción que no puede desvirtuarse recurriendo a las disposiciones de la Constitución, ni por instancias que surgen en virtud de ella. Así pues, en el caso colombiano, la Corte Constitucional sería incompetente para verificar el cumplimiento del requisito sustancial, pues, como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia (ver apartado 3.1.2.1.2.2):

Siendo constituido el órgano al cual se encomienda la guarda de la integridad de la Constitución, su competencia depende del marco trazado por el mismo constituyente, de modo que no podría desbordarlo ubicándose en posición de juzgar los actos de ese constituyente a la luz del derecho antiguo³⁰⁷.

Si bien el Pueblo no puede obligarse consigo mismo, sí puede hacerlo con otros Pueblos, esto es: con otros Estados. Al respecto, ROUSSEAU señaló lo siguiente:

³⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet; 9 de julio de 2003).

³⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Hernando Gómez Otálora; 9 de junio de 1987.

Preciso es hacer notar también que la deliberación pública, que puede obligar a todos los súbditos para con el soberano, a causa de las dos diferentes relaciones bajo las cuales cada uno de ellos es considerado, no puede por la razón contraria, obligar al soberano para consigo, siendo por consiguiente contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede ser por él quebrantada. No pudiendo considerarse sino bajo una sola relación, está en el caso de un particular que contrata consigo mismo; por lo cual se ve que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo [...]. Esto no significa que, este cuerpo no pueda perfectamente comprometerse con otros, en cuanto no deroguen el contrato, pues con relación al extranjero, se convierte en un ser simple, en un individuo³⁰⁸.

En este sentido, el cumplimiento del requisito sustancial se garantiza en la medida en que el Pueblo celebre *contratos*³⁰⁹ con otros Pueblos, por medio de los cuales se obligue con sus contrapartes a respetar los derechos innatos de sus ciudadanos. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Pueblo, desde el momento mismo de su constitución, está obligado a no vulnerar los derechos innatos de sus asociados, se comprende que dichos contratos son, a fin de cuentas, un mecanismo mediante el cual el Pueblo positiviza dicha obligación y faculta a un tercero para verificar su cumplimiento. A esto apunta, al menos en cierto modo, lo señalado por QUINCHE RAMÍREZ:

La tradición afirmaba que el constituyente era un poder ilimitado, en el sentido que por ser también autónomo, supremo y originario, podía instaurar el orden jurídico y político que deseara. Esto ya no es cierto, pues el poder constituyente se encuentra sometido a los principios imperativos del orden internacional, especialmente los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Prueba de ello son las declaratorias de responsabilidad internacional

³⁰⁸ Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, p. 17.

³⁰⁹ Ya sea que estos contratos se denominen acuerdos, pactos, convenios, convenciones o tratados.

hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la existencia de normas constitucionales contrarias a la Convención y violatorias de los derechos humanos. Así las consideraciones y puntos resolutivos de la conocida sentencia de fondo proferida en el *Caso “La Última Tentación de Cristo” contra Chile* de 2001³¹⁰.

QUINCHE RAMÍREZ hizo énfasis en el párrafo 72 de la sentencia aludida, en el cual se lee lo siguiente:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial³¹¹.

Dicho lo anterior, en el caso colombiano, algunos podrían plantear que, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional estaría facultada para declarar inválida una decisión supermayoritaria (adoptada en cumplimiento del requisito procedimental) por razones de fondo, esto es, para desvirtuar la presunción de que el Pueblo ha manifestado su querer. Sin embargo, esta postura no prospera, si se acude a lo que ha manifestado la propia Corte Constitucional al respecto del bloque de constitucionalidad en sentido estricto:

³¹⁰ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *op. cit.*, p. 27.

³¹¹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile*. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72.

La Corte Constitucional ha elaborado una teoría excepcional según la cual, algunos tratados, por regla general de derechos humanos, que no hacen parte del articulado superior, integran la Constitución. Esa teoría ha sido denominada por esta Corporación como el bloque de constitucionalidad. [...] Esta Corporación ha indicado que para que una norma internacional haga parte del bloque de constitucionalidad, se deben cumplir, al menos, con dos requisitos. Por una parte, (i) debe existir un reenvío normativo. [...] Por otra parte, por regla general, (ii) solamente hacen parte del bloque las normas internacionales que tratan sobre derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario. También, normas sobre límites territoriales de Colombia.

En ese orden, la misma Corte ha hecho una distinción entre dos tipos de bloque; en sentido estricto y débil. En el primer caso, las normas que cumplan con los requisitos previstos en el párrafo anterior tendrán la misma fuerza y jerarquía que la Constitución. En cambio, en el segundo escenario, no harán parte de la Constitución pero serán normas parámetro de interpretación y de control constitucional. [...] A partir de lo descrito, esta Corporación ha puntualizado que los Convenios o Tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario hacen parte del texto constitucional³¹².

Como se observa, las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto son de jerarquía constitucional, pues integran la Constitución, hacen parte de ella. Esto indica que el referido bloque es un mecanismo por medio del cual se expande el articulado de la Constitución. Por eso, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto solo le otorga a la Corte, la facultad de revisar **la constitucionalidad** de las leyes e incluso de las modificaciones hechas a la Carta por parte del poder de reforma³¹³, teniendo como parámetro de validez normas de Derecho internacional que integran y hacen parte de la Constitución.

³¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-280A/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 27 de mayo de 2016).

³¹³ Siempre y cuando, el Pueblo determine que las normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto hacen parte de la esencia de la organización u ordenamiento establecido por medio de la Constitución. Por otro lado, hay que advertir que la Corte Constitucional, con fundamento en la Teoría de la Sustitución de la Constitución, ya ha revisado los actos reformativos de

Dejando de lado lo concerniente al bloque de constitucionalidad, ahora es necesario precisar algunos puntos en relación con el mecanismo por medio del cual se garantiza el cumplimiento del requisito sustancial. Como se indicó, el cumplimiento de este requisito se garantiza mediante la celebración de contratos, a través de los cuales el Pueblo se obliga con otros Pueblos. Esto significa que la celebración de dichos contratos requiere la manifestación del querer popular. Por eso, en estricto sentido, la ratificación de los tratados internacionales por medio de los cuales el Pueblo positiviza su obligación de respetar los derechos innatos de sus asociados, y le otorga a un tercero la facultad de verificar el cumplimiento de dicha obligación, debe implicar la manifestación del querer del Pueblo. Por otro lado, es importante recalcar que el Pueblo se constituye con el objeto de garantizar el Derecho o, lo que es lo mismo, con el fin de asegurar la perentoriedad de la relación de igualdad entre los asociados. Por eso, el Pueblo solo está facultado para manifestar su querer para proteger la libertad e igualdad de los ciudadanos; lo cual significa que el Pueblo, al momento de manifestar su querer, ya sea para ejercer su poder constituyente, o para obligarse con otro Pueblo, está limitado por el Derecho. En consecuencia, el Pueblo no está facultado para obligarse con otro Pueblo a algo que vulnere la libertad e igualdad innata de sus ciudadanos.

En este punto, surge la pregunta acerca de cómo se garantiza que el Pueblo no se obligue con otro Pueblo a algo que vulnere los derechos innatos de sus asociados o, mejor dicho, cómo se garantiza que una decisión supermayoritaria consistente en obligarse con otro Pueblo es efectivamente una manifestación del querer popular. Frente a esto se debe responder que la relación de igualdad es principalmente una relación de reconocimiento recíproco, pues solo los individuos que se reconocen mutuamente como individuos libres, interactúan entre sí a través de una relación

la Constitución con base en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-249/12 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez: 19 de marzo de 2012).

de igualdad. Este reconocimiento surge en virtud de la razón o, mejor, del uso práctico de ella. Claramente todos los seres humanos, por el hecho de ser racionales, pueden comportarse de acuerdo con los mandatos de la razón; sin embargo, es evidente que no todos los individuos lo hacen. Entonces, ¿cómo se logra que los individuos dirijan su comportamiento guiados por el reconocimiento de la libertad e igualdad innata de todo ser humano? ADELA CORTINA ORTS responde, a lo cual yo me adhiero, que ello se logra por medio de la *educación moral*³¹⁴.

4.2.15. ¿Y LA DIGNIDAD HUMANA?

Puede resultar curioso que este trabajo, el cual acude decididamente al concepto kantiano de Derecho, no haga referencia al concepto de dignidad humana, cuyo contenido *moderno* procede de la ética kantiana, y el cual se encuentra presente en la teoría jurídica de KANT³¹⁵. Sin embargo, esto tiene una explicación. En este sentido, se debe comenzar por indicar que KANT formuló su imperativo categórico de diferentes maneras, y una de ellas fue la siguiente: «*Obra de tal modo que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio*»³¹⁶. Como es sabido, esta formulación es la que dota de contenido al concepto moderno de dignidad humana³¹⁷. KANT fundamentó esta formulación del imperativo categórico y, por ende, de la ley moral de la siguiente manera:

³¹⁴ Ver Adela Cortina Orts, El quehacer ético. Guía para la educación moral, Ed. Santillana, (1999).

³¹⁵ Kant, en su división general de los deberes jurídicos, presentó el deber «*honeste vive*». Immanuel Kant, La Metafísica..., *op. cit.*, p. 47. Al respecto Cortina Orts manifestó lo siguiente: «El primero de los deberes jurídicos sea el «*honesta vive*», tomado de Ulpiano. Este deber se expresará en el lenguaje kantiano como “no te conviertas en un simple medio para los demás, sino se para ellos a la vez un fin”, y es la traducción jurídica de la tercera formulación del imperativo moral. referida en exclusiva a la propia persona». Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. XXXIX Tecnos, (2008).

³¹⁶ Immanuel Kant, Fundamentación..., *op. cit.*, p. 42. La edición de Ed. Pedro M. Rosario Barbosa presenta la siguiente traducción: «obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio». Sin embargo, siguiendo a Alejandro Bugarín Lago, *op. cit.*, p. 285, se optó por reemplazarla por la palabra «trates», y por suprimir la expresión «al mismo tiempo».

³¹⁷ Bugarín Lago indicó, por ejemplo, que: «En esto es en lo que reside la dignidad humana, en ser un fin y no un medio. Esto es, los seres humanos deben ser concebidos como fines y no como instrumentos para un fin. Cada vez que ponemos la vida humana en función de otra cosa estamos convirtiendo al hombre en cosa, en medio para alcanzar algo. Pero entonces ese algo pasa a tener un valor supremo y el hombre pasa a tener un valor relativo». Alejandro Bugarín Lago. *op. cit.*, p. 285.

Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, *existe* como *fin en sí mismo*, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado *siempre al mismo tiempo como fin*. Todos los objetos de las inclinaciones tienen solo un valor condicionado, pues si no hubiera inclinaciones y necesidades fundadas sobre las inclinaciones, su objeto carecería de valor. Pero las inclinaciones mismas, como fuentes de las necesidades, están tan lejos de tener un valor absoluto para desearlas, que más bien debe ser el deseo general de todo ser racional el librarse enteramente de ellas. Así, pues, el valor de todos los objetos que podemos *obtener* por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman *cosas*; en cambio, los seres racionales llámense *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Estos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*; mas si todo valor fuera condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo.

Si, pues, ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque es *fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Así se representa necesariamente el hombre su propia existencia, y en ese respecto es ella un principio *subjetivo* de las acciones humanas. Así se representa, empero,

también todo ser racional su existencia, a consecuencia del mismo fundamento racional, que para mí vale; es, pues, al mismo tiempo un principio *objetivo*, del cual, como fundamento práctico supremo, han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad. El imperativo práctico será, pues, como sigue: *obra de tal modo que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio*³¹⁸.

Habiendo dicho lo anterior, es necesario recordar que, para KANT, la moral se confunde con la ley moral y, en cambio, el Derecho se deriva de esta o, lo que es lo mismo, que la moral se relaciona inmediatamente con la razón, mientras que el Derecho lo hace de forma mediata. Es decir, para KANT, las normas jurídicas son máximas que se han tornado leyes universales al ser examinadas a la luz de la ley moral (ver apartado 4.2.7). Con esto se comprende que no puede existir ninguna norma jurídica que, fundamentándose en la formulación del imperativo categórico que dota de contenido al concepto de dignidad humana, prescriba tratar a toda persona humana, incluso a la propia, siempre como un fin, y nunca solo como un medio; porque si la hubiera, implicaría que aquel imperativo en realidad no es categórico y, por ende, tampoco es expresión de la ley moral. Es decir, implicaría que el respeto a la dignidad humana no es realmente un mandato de validez universal.

Es importante superar este escollo, y encontrar la forma de introducir la dignidad humana al Derecho, pues, parece claro que la protección de la dignidad humana debe ser el fin último del Derecho.

³¹⁸ Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

5. CONCLUSIONES

Gracias a KELSEN comprendemos que un ordenamiento jurídico constitucionalista está estructurado de forma jerárquica o piramidal, en el sentido de que las normas jurídicas de rango inferior encuentran su validez en las de rango superior; proceso que termina, finalmente, con la remisión a la Constitución. Es decir, la teoría normativista de KELSEN permite percatarse de que un ordenamiento jurídico constitucionalista es un sistema que se estructura con base en los conceptos de jerarquía y validez. Esto implica que, para determinar la pertenencia de una norma a un determinado sistema jurídico constitucionalista, es necesario verificar que aquella cumpla con los criterios de validez que establecen las normas de dicho sistema que tienen un rango superior. Debido a que estos criterios de validez no solo se refieren al contenido de la norma, sino también al sujeto que tiene la facultad para crearla, el análisis de validez de las normas en un sistema jurídico constitucionalista se hace con base en el concepto de competencia.

Como consecuencia de lo anterior, tradicionalmente se ha dicho que la máxima norma de un sistema jurídico constitucionalista es la Constitución; indicando con ello, que la Constitución es la norma de cierre de este tipo de sistemas. Es decir, con base en la pirámide normativa kelseniana, se afirma que la Constitución es la norma con mayor jerarquía en un sistema jurídico constitucionalista, por lo que, en consecuencia, es ella la que establece cuáles son los criterios últimos de validez del respectivo sistema, es decir, la que establece los requisitos que deben cumplir las demás normas para ser parte de aquel. Esto significa, entonces, que la competencia para crear una determinada norma en un sistema jurídico constitucionalista se deriva, en última medida, de la Constitución.

El esquema que presenta la teoría normativista de Kelsen les proporciona a los operadores jurídicos de un sistema constitucionalista un parámetro claro para determinar la validez de las normas infraconstitucionales; sin embargo, este esquema abre la puerta a la pregunta acerca de cuáles son los criterios de validez de la Constitución o, lo que es lo mismo, con base en qué parámetro se determina la validez de una Constitución. Como se evidenció en este trabajo, se han ofrecido distintas respuestas a este interrogante. Estas respuestas se pueden dividir en dos grandes grupos: por un lado, se encuentran aquellas que fundamentan la validez de la Constitución en el poderío y por ende en la supremacía; y por el otro, están aquellas que lo hacen en el poder político y por consiguiente en la soberanía.

Aquellas teorías que fundamentan la validez de la Constitución en la supremacía consideran que aquella es válida porque proviene de aquel o aquellos que tienen el poderío (fuerza material) para imponerla. Por esta razón, para dichas teorías, la Constitución y por ende el ordenamiento jurídico se validan en última medida en la ley del más fuerte, es decir, en el hecho de poseer efectivamente los medios necesarios para coaccionar materialmente a los demás. En contraste, las teorías que fundamentan la validez de la Constitución en la soberanía argumentan que aquella es válida en la medida que es creada por aquel o aquellos que, en virtud de un orden jurídico cimentado en los valores que son aceptados por la respectiva sociedad, tienen el derecho de mandar sobre el resto, quienes tienen la consecuente obligación de obedecer. Con esto se comprende que la soberanía es un poder jurídico, es decir, una facultad; lo cual significa, a su vez, que fundamentar la validez de la Constitución en la soberanía, implica aceptar que aquella se valida en un orden jurídico anterior. En este sentido, para estas teorías, la Constitución y por tanto el ordenamiento jurídico se validan en última instancia en un conjunto particular de valores.

Para saber cómo proceder frente a esta disyuntiva es necesario comprender que las normas jurídicas, independientemente del concepto de Derecho que se adopte, implican en sí mismas un juicio de valor. Por eso, si se tiene en cuenta que un juicio de valor es una proposición basada en un conjunto particular de valores, se concluye que toda norma jurídica implica una proposición que se fundamenta en un ordenamiento valorativo o de valores determinado. Además, hay que tener presente que las normas jurídicas no están aisladas ni incomunicadas unas de otras, sino que por el contrario ellas se conjugan entre sí, generando un sistema. De esta manera, se hace evidente que un sistema jurídico está configurado por múltiples proposiciones basadas en un conjunto particular de valores; lo cual permite comprender que el factor decisivo para que un grupo de normas jurídicas se vinculen entre sí, conformando efectivamente un sistema, es que cada uno de los juicios de valor que ellas constituyen se fundamente en el mismo ordenamiento valorativo. Por esta razón, se concluye que todo sistema jurídico está fundamentado en un ordenamiento valorativo determinado, y que, en consecuencia, para que una norma sea válida en cierto sistema jurídico, es necesario en última medida que el juicio de valor que ella constituye sea compatible, concordante o correspondiente con el ordenamiento valorativo que subyace a dicho sistema. Por consiguiente, se comprende que el parámetro de validez de toda norma jurídica, inclusive de la Constitución, es un conjunto particular de valores.

En este punto, es innegable que el Derecho está directamente relacionado con los valores, pues estos componen su esencia (o estructura). Sin embargo, para las teorías que fundamentan la validez de la Constitución en la supremacía, ello no significa que el poderío deje de ser el criterio último de validez de una Constitución y, por consiguiente, de un sistema jurídico. Estas teorías defienden su posición acudiendo al relativismo ético, el cual señala que la corrección de los valores depende de las creencias o gustos de cada individuo, al no existir un parámetro objetivo con el cual

determinar cuáles son los valores correctos, los valores universalmente válidos. Por eso, si bien estas teorías se ven forzadas a reconocer finalmente el inescindible vínculo entre el Derecho y los valores, argumentan que, al no haber un parámetro objetivo para determinar la corrección de los valores, el ordenamiento valorativo sobre el que se fundamenta la Constitución y, con ella, el resto del sistema jurídico puede ser cualquiera que escoja caprichosamente aquel o aquellos que imponen la Constitución mediante su poderío. De ahí que el relativismo ético conlleve a la aplicación de la ley del más fuerte.

Dentro de las teorías que recurren al relativismo ético para sustentar que el poderío es el criterio último de validez de una Constitución, se destaca el iuspositivismo de Kelsen. Según se expuso en este trabajo, el iuspositivismo aborda el Derecho solo desde una perspectiva epistemológica, por lo que su objetivo es determinar qué características tiene el Derecho para que sea posible convertirlo en objeto de conocimiento científico, lo cual significa que el positivismo jurídico solo se ocupa de aquellas características o aspectos del Derecho que pueden ser conocidos científicamente. Sin embargo, la metodología del iuspositivismo kelseniano es problemática, debido a que no todos los aspectos del Derecho pueden ser objeto de conocimiento científico, de conocimiento fisicomatemático. Evidentemente, no es posible conocer científicamente el contenido valorativo del Derecho. Por eso, frente a la pregunta de cuál debe ser el contenido valorativo del Derecho, el iuspositivismo responde que puede ser cualquiera que determine el poderío.

El principal error del iuspositivismo es pensar que la única forma de acceder a saberes objetivos, no contingentes y universales es a través del conocimiento científico, a través del uso teórico de la razón. Sin embargo, el idealismo trascendental kantiano mostró que la razón no solo

tiene un uso teórico, sino también un uso práctico; y que es este último el parámetro objetivo que permite determinar cuáles son los valores correctos, es decir, cuáles son los valores que, por ser universalmente válidos, deben dotar de contenido al Derecho. En este sentido, el idealismo trascendental kantiano, permite concluir que una norma del deber, para ser realmente jurídica, debe fundamentarse en los valores de libertad e igualdad. Además, aquel permite comprender que estos valores no deben ser entendidos como verdades autoevidentes, a los cuales se acceden por revelación; sino que, por el contrario, ellos deben entenderse como cualidades inherentes a cada individuo de la especie humana, a los que se arriban mediante deducción trascendental. Sin embargo, siguiendo a CORTINA ORTS, es necesario interpretar el método trascendental kantiano, más como una *actitud*, que como una técnica minuciosa. Es decir, la deducción trascendental debe ser interpretada como la *actitud* de resistir los impulsos egoístas que surgen de la naturaleza, de abandonar los móviles naturales individuales, de distanciarse con respecto a lo empírico, y de asumir la *perspectiva* de la universalidad de la razón³¹⁹. En definitiva, acudiendo de nuevo a CORTINA ORTS, el hecho de que la libertad constituya la raíz de la moral y del Derecho, y que sea la conciencia de la ley moral la que ofrece su deducción, permite una interpretación moralista del Derecho³²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que el Pueblo es el titular del poder político, ya que la soberanía del Pueblo surge en virtud de los derechos innatos de libertad e igualdad de los individuos que lo constituyen, lo cual significa que el poder soberano del Pueblo se justifica en el concepto de Derecho racional y, por consiguiente, que aquel se encuentra limitado por este. Por eso, si se tiene en cuenta que la soberanía es un poder jurídico, y que el poder para dar la

³¹⁹ Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, XXIX-XXX (2008).

³²⁰ Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, XXXIV (2008).

Constitución es un atributo de la soberanía, se concluye que el poder constituyente primario es la facultad jurídica que tiene el Pueblo de crear, modificar y reemplazar la Constitución, la cual está sujeta a límites jurídicos; siendo estos, la libertad y la igualdad de sus ciudadanos. De esta manera, se puede afirmar que el Pueblo no tiene competencia para vulnerar los derechos innatos de libertad e igualdad de los ciudadanos.

El panorama descrito permite comprender que los conceptos de soberanía popular y soberanía nacional aluden, a fin de cuentas, a lo mismo. Esto es así por dos razones. En primer lugar, porque ROUSSEAU, al igual que SIEYÈS, consideró que el sujeto titular de la soberanía es uno solo: el Pueblo. Los siguientes pasajes de *El Contrato social* ratifican esta afirmación:

Este acto de asociación [el Contrato Social] convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, [...] el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y hoy el de *república* o *cuerpo político*, el cual es denominado Estado [...]. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *pueblo* y particularmente el de *ciudadanos* como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. [...] El Estado o la ciudad no es más que una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros. [...] Pero, además de la persona pública, tenemos que considerar las personas privadas que la componen, cuya vida y libertad son naturalmente independientes de ella. [...] Supongamos que un Estado tiene diez mil ciudadanos. El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente. Así, el soberano es al súbdito como diez mil a uno; es decir, que a

cada miembro del Estado, le corresponde la diez milésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella³²¹.

En segundo lugar, porque el Pueblo, así como la Nación, son sujetos distintos de los ciudadanos que los integran; y ambos son soberanos en virtud de la libertad y la igualdad de los individuos que los constituyen. Por eso, es importante remarcar que cuando ROUSSEAU afirmó que «si un Estado tiene diez mil ciudadanos, a cada uno de ellos le corresponde la diez milésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella», estuvo lejos de indicar que en dicho Estado había 10 mil soberanos diferentes. Por lo tanto, esta afirmación de ROUSSEAU no debe entenderse como la alusión a una soberanía fraccionada, sino como la rotunda negación a la posibilidad de dividir a los ciudadanos en dos categorías: activos y pasivos; tal como lo hicieron SIEYÈS y KANT, buscando defender un sistema representativo, por medio del cual la soberanía no la ejerce la Nación ni el Pueblo, respectivamente, sino sus supuestos representantes.

Caracterizar al Pueblo como una persona jurídica (moral o ideal) distinta de los individuos que lo componen, tal como lo hicieron SIEYÈS, ROUSSEAU y KANT, permite comprender que la Constitución obliga a los ciudadanos, pero no al Pueblo que la crea en virtud de su soberanía. Por esta razón, se concluye que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se equivocó al confundir al Pueblo con los ciudadanos, como lo demuestra, por ejemplo, el capítulo I del Título IV de la Constitución. En el mismo sentido, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 erró al no establecer límites materiales al poder de reforma, pues de esta manera abrió la puerta para que los ciudadanos, quienes están obligados por la Constitución, se liberen a sí mismos de su obligación, subvirtiendo de ese modo la soberanía del Pueblo.

³²¹ Jean-Jaques Rousseau, *op. cit.*, pp. 15-16, 27 y 54.

Bajo la misma perspectiva, se hace evidente que la Ley no puede seguir siendo entendida como la manifestación del querer del Pueblo (ni tampoco del querer de la Nación), pues la Ley o, mejor dicho, las leyes son expresión del poder constituido. En este sentido, si se alude al caso colombiano, es claro que el Congreso de la República no expide las leyes en virtud de la soberanía y, en consecuencia, tampoco del poder constituyente –primario–. Por el contrario, la función legislativa que ejerce el Congreso se fundamenta en las competencias que el Pueblo le otorgó por medio de la Constitución. Es fácil advertir que lo que se acaba de indicar es el fundamento del principio de supremacía constitucional y de la posibilidad de revisar judicialmente la constitucionalidad de las leyes.

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en este apartado, se comprende que la Corte Constitucional, al importar y desarrollar la Teoría de la Sustitución de la Constitución, incurrió en dos desaciertos significativos. El primero fue sostener que el poder constituyente primario no está sujeto a límites jurídicos, pese a reconocer que aquel recae en el Pueblo en virtud de su soberanía. Esto permite afirmar que, en este aspecto, la Teoría de la Sustitución de la Constitución se acerca en gran medida a los planteamientos de SCHMITT. Es decir, parecería que, para la Corte, el poder constituyente primario fuera un resultado de la supremacía y no un atributo de la soberanía. Sin embargo, como se indicó en este trabajo, no es posible afirmar –como lo hizo SCHMITT– que el poder constituyente primario sea una consecuencia de la supremacía del Pueblo. Esto es así, pues para hablar de supremacía es necesario que exista una relación de fuerzas desiguales, es decir, debe haber dos extremos: uno que coaccione y otro que padezca la coacción material; y ya que el Pueblo está compuesto por todos los miembros del conglomerado social, no existe tal relación, pues falta el extremo sobre el cual se ejerce coacción. El segundo desacierto en el que incurrió la Corte fue el mismo que cometió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. En este sentido, la Corte

Constitucional se equivocó al no distinguir entre el Pueblo y los ciudadanos que lo componen. Este error llevó a la Corte a incurrir en la contradicción de afirmar que, en virtud de la Constitución del 91, el Pueblo colombiano se impuso a sí mismo límites jurídicos, es decir, se autoconstituyó. No es difícil advertir que la Corte cometió este error buscando corregir el primero que se señaló.

Por último, tal vez la conclusión más importante de este trabajo es que la disciplina jurídica no puede desentenderse ni por un solo instante de la filosofía. KANT, quizá, es un punto de inflexión en la filosofía, pero con certeza él no es ni el comienzo ni el final de ella. Por eso, hay que tener claro que la filosofía tiene mucho que decir, y el Derecho mucho que escuchar.

6. BIBLIOGRAFÍA

• LIBROS

- Adela Cortina Orts, El quehacer ético. Guía para la educación moral, Ed. Santillana, (1999).
- Adela Cortina Orts, Estudio Preliminar – La Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, Ed. Tecnos, (2008).
- Alejandro Bugarín Lago. Historia de la Filosofía. Ed., Everest. (2009).
- Bernd Rüthers, Teoría General del Derecho, Ed. Temis, (2018).
- Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, El espíritu de las leyes, Ed. Librería General de Victorio Suárez, (1906).
- Edgar Bodenheimer, Teoría del Derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, (1994).
- Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer Estado?, Ed. Aguilar, (1973).
- Ernesto Saa Velazco, Teoría Constitucional General, Ed. Talleres Editoriales del Departamento, (1986).
- Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones, Ed. Externado, (2008).
- Ferdinand Lasalle, ¿Qué es una Constitución?, Ed. Panamericana, (2007).
- Georg Jellinek, Teoría general del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, (2002).
- Hubed Bedoya, La construcción epistémica del derecho, Ed. Universidad Externado de Colombia, (2017).
- Immanuel Kant, Crítica de la Razón Práctica, Ed. Fondo de Cultura Económica, (2011).
- Immanuel Kant, Crítica de la Razón Pura, Ed. Alfaguara, (1985).
- Immanuel Kant, Crítica del Juicio, Ed. Librerías de Francisco Iravedra, Antonio Novo, (1876).
- Immanuel Kant, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Ed. Pedro M. Rosario Barboza, (2007).
- Immanuel Kant, Metafísica de las Costumbres, Ed. Tecnos, (2008).
- Immanuel Kant, Principios Metafísicos del Derecho, Ed. Fondo Antiguo de la Universidad de Sevilla, (1873).
- Jaime Araujo Rentería, Filosofía o Teoría del Derecho Constitucional, Ed. Ibáñez, (2015).
- Jean Bodin, Los seis libros de la república, Ed. Aguilar, (1973).
- Jean-Jaques Rousseau, El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Ed. El Aleph, (1999).
- José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía Tomo II, Ed. Sudamericana Buenos Aires, (1965)
- Juan Enrique Medina Pabón, Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas, Ed. Universidad del Rosario, (2011).
- Manuel Fernando Quinche Ramírez, Reformismo Constitucional, Ed. Ibáñez, (2017).
- Manuel Garacía Morente, Lecciones Preliminares de Filosofía, Grupo Editorial Tomo S.A. de C.V., (2006).
- Maurice Duverger, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ed. Ariel, (1970).
- Max Weber, La política como vocación, Ed. NoBooks, (2011).
- Néstor Pedro Sagüés, Teoría de la Constitución, Ed. Astrea, (2004).

- Vicente F. Benítez Rojas, Constitución Popular, No Judicial, Ed. Temis, (2014).
 - Vladimiro Naranjo Mesa, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Ed. Temis, (2010).
- **PUBLICACIONES ACADÉMICAS**
 - Adela Cortina Orts, El Contrato Social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), 1988, At. 49.
 - Ileana P. Beade, Consideraciones acerca de la concepción kantiana de la *libertad* en sentido político, Revista de Filosofía Volumen 65, (2009) At. 25
 - José López Hernández, La fundamentación del Derecho en Kant, Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1992, At. 395.
 - José Vicente Barreto Rodríguez, El constituyente primario: una construcción filosófica de frontera entre política y derecho, Revista Pensamiento Jurídico No. 24., febrero de 2012, At. 38.
 - Santiago García Jaramillo & Francisco Gnecco Estrada, La Teoría de la Sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo, septiembre de 2016, At. 60.
- **PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS**
 - Michael Scriven (Kenneth Francis Schaffner & Robert S. Cohen, eds.) Proceedings of the Third Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. [Boston Studies in the Philosophy of Science, Vol. XX, 219 (1974). ISBN 90-277-0408-2 Ver <https://primaveraeuropea.eu/juicio-de-valor/> (12 de diciembre de 2017).
 - Stephen Holmes, El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. Ver [https://www.consensocivico.com.ar/uploads/5578793b91b30-Holmes-Precomprom%20y%20las%20parado%20de%20la%20democ\(CC\).pdf](https://www.consensocivico.com.ar/uploads/5578793b91b30-Holmes-Precomprom%20y%20las%20parado%20de%20la%20democ(CC).pdf)
- **PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS**
 - Centro de Estudios Constitucionales-Plural, El paso a paso del proceso constituyente, Revista Semana, julio de 2011, At. 1.
 - Óscar Alarcón, La séptima papeleta. Diario El Espectador, junio de 2015, At. 1.
- **NORMAS**
 - Constitución Política de Colombia [Const]. 5 de agosto de 1886 (Colombia).
 - Decreto 247 de 1957 [con fuerza de ley] Por medio del cual se convoca al plebiscito para una reforma constitucional. 4 de octubre de 1957. D. O. 29517.

- Decreto 927 de 1990 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. 3 de mayo de 1990. D. O. No. 39335.
- Decreto Legislativo 1926 de 1990. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. 24 de agosto de 1990. D. O. No. 39512
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Ley 796 de 2003. Por la cual se convoca un referendo y somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional. 21 de enero de 2003. D. O. No. 45070-
- Acto Legislativo 02 de 2004. Por el cual se reforma algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones. 27 de diciembre de 2004. D. O. No. 45775.
- Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adicional el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia. 22 de julio de 2005. D. O. No. 45980.
- Ley 1354 de 2009. Por la cual de convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. 8 de septiembre de 2009. D. O. 47466.
- Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).

- **JURISPRUDENCIA**

- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Guillermo Hernández Peñaloza; 28 de noviembre de 1957.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. M. P. Hernando Gómez Otálora; 9 de junio de 1987.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Expediente No. 2149 (334 – E). M. P. (¿?); 24 de mayo de 1990.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990.
- Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Proceso 2214 (351-E), MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz; 9 de octubre de 1990.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-544/92 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: 1° de octubre de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1338/00 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger: 4 de octubre de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet: 9 de julio de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040/05 (MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández: 19 de octubre de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180/07 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: 14 de marzo de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-558/09 (M. P. Gabriel Mendoza Martelo: Agosto 20 de 2009).

- Salvamento de voto. Magistrado Humberto Sierra Porto en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-558/09 (M. P. Gabriel Mendoza Martelo: Agosto 20 de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141/10 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-303/10 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 28 de abril de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-249/12 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez: 19 de marzo de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-280A/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 27 de mayo de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 18 de julio de 2016).
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie C No. 73