



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Tesis doctorales

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
"BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

MUTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA
INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA. CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES

AUTOR: CARLOS ALBERTO LOPEZ

biblioteca



TABLA DE CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

COLOMBIA ENTRE EL DINAMISMO Y EL INMOVILISMO IUSFUNDAMENTAL

I. INTRODUCCIÓN.....	23
II. LA FALTA DE DIÁLOGO ENTRE LA REALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN	24
III. UN CASO POLÉMICO: LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1886.....	28
A. ANTECEDENTES	28
B. LAS RAZONES DEL GOBIERNO	32
1. La situación de orden público.....	32
2. Nuevas alternativas de participación política.....	33
3. El pueblo soberano.....	33
4. Conteo de votos.....	33
5. los argumentos encontrados en el proceso.....	34
6. La decisión de la Corte Suprema.....	35
a. Alcance del Decreto.....	35
b. Facultades presidenciales.....	37
7. Ejecución de la Sentencia	38
a. Reinserción de grupos guerrilleros	38
b. Pacto político	39
8. La segunda decisión de la Corte Suprema	40
a. Conexidad.....	41
b. Perspectivas lógica y ontológica	42
c. El pueblo es el constituyente primario	43
d. El constituyente primario no tiene límites.....	44
e. La rigidez es causal de perturbaciones del sistema constitucional.....	44
f. Interpretación sistemática de la Constitución.....	45
9. Las consecuencias de la segunda decisión de la Corte Suprema.....	45
III. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DESPUÉS DE 1991.	48
A. LA EFICACIA DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS	48
B. LA POSICIÓN DE LOS DERECHOS	51
C. LOS VALORES CONSTITUCIONALES	53
D. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	56
E. LA CALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL.....	58
1. La inherencia a la persona humana	61
a. Los derechos no se agotan en el catálogo.....	61
b. El fundamento de los derechos	63
c. El contenido esencial	67
d. El constituyente primario no tiene límites.....	44

	pág.
2. Reconocimiento directo o indirecto en el texto como derechos subjetivos de aplicación inmediata	70
a. El epígrafe de los derechos fundamentales	70
b. Consagración expresa	72
c. La remisión expresa: el bloque de constitucionalidad.....	72
d. La conexidad	76
e. Aplicación directa	77
3. Por la conexión con los hechos y el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa	78
a. Importancia del hecho.....	80
b. Carácter histórico.....	80
F. LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL.....	82
G. EL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL	85

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

I. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL CONCEPTO DE MUTACIÓN	90
A. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA FORMALISTA: LABAND, JELLINEK	92
1. Descripción de la tesis	92
2. Valoración y crítica.....	97
B. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LAS TEORÍAS DEL “DINAMISMO CONSTITUCIONAL”	102
1. La teoría de la INTEGRACIÓN: Smend, Dau-lin.....	103
a. Descripción de la tesis	103
b. Valoración y crítica.....	106
2. La teoría de las mutaciones en la conexión entre “normalidad” y “normatividad”: Heller	108
a. Descripción de la tesis	108
b. Valoración y crítica.....	110
3. La teoría de la “Modificazioni Tacite della Costituzione”: Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia, Mortati, Tosi.....	111
a. Descripción de la tesis	111
b. Valoración y crítica.....	116
4. La teoría de la mutación de los derechos como un cambio en el interior de la norma: Hesse, Müller.....	117
a. Descripción de la tesis	117
b. Valoración y crítica.....	121
C. LA TEORÍA DE LA MUTACIÓN COMO UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN: HÄBERLE, STERN	123
1. Descripción de la tesis	123
2. Valoración y crítica.....	126
D. EL CONCEPTO DOGMÁTICO DE MUTACIÓN: BÖCKENFÖRDE.....	127

	pág.
1. Descripción de la tesis	127
2. Valoración y crítica	135
II. LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IDEA DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	139
A. EN EL DERECHO COMPARADO	139
B. EL CASO COLOMBIANO	141

CAPÍTULO TERCERO
DOS PROPUESTAS DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS EN COLOMBIA

I. LA PRIMERA PROPUESTA: LA TEORÍA MODERNA DE LA MUTACIÓN.....	147
A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN DE LOS DERECHOS.....	149
B. EL CONTENIDO NORMATIVO DE UN DERECHO.....	153
C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL	156
D. LA CLASE DE CAMBIO EN EL CONTENIDO NORMATIVO.....	162
II. LA TEORÍA MODERNA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN.....	168
A. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	169
B. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	174
C. RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN	179
III. LA SEGUNDA PROPUESTA: LA TEORÍA DINÁMICA-NORMATIVA DE LA MUTACIÓN	184
A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN DE LOS DERECHOS.....	188
B. EL CONTENIDO NORMATIVO.....	191
1. Contenido normativo “en sentido amplio”	192
2. contenido normativo “en sentido estricto”	195
C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL	199
1. Realidad constitucional originaria.....	207
2. Realidad constitucional expectante.....	208
D. LA VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL.....	209
E. LOS CAMBIOS INTENSOS EN EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS DERECHOS COMO RASGO DEFINITORIO DEL CONCEPTO DE MUTACIÓN....	213
F. CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO ESENCIAL.....	219
1. La teoría absoluta del contenido esencial.....	221
2. La teoría relativa del contenido esencial	224
3. La teoría del núcleo esencial en Colombia	225
4. La relación entre núcleo esencial y contenido normativo.....	229
G. DESACUERDOS ENTRE LA TEORÍA MODERNA Y LA TEORÍA DINÁMICA- NORMATIVA, EN MATERIA DE CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL.....	231
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA MUTACIÓN DINÁMICA-NORMATIVA DE LOS DERECHOS.....	234

CAPÍTULO CUARTO
LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. MARCO TEÓRICO.....	245
A. LA INTERPRETACIÓN	245
1. Interpretación y Derecho	245
2. Interpretación y Constitución.....	246
3. Interpretación y derechos fundamentales	251
a. Peculiaridades de las disposiciones sobre derechos fundamentales	251
b. Los intérpretes de los derechos.....	254
1) La pluralidad de intérpretes	254
2) La teoría restrictiva de los intérpretes	257
c. Las clases de sentencias en relación con el proceso interpretativo de los derechos.....	258
1) Sentencias “ordinarias”	259
2) Sentencias interpretativas (en sentido estricto).....	259
B. ALGUNOS RASGOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE DE LOS DERECHOS	260
C. ALGUNOS RASGOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO INTÉRPRETE DE LOS DERECHOS	263
II. LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS	266
A. LA TEORÍA FORMAL DE LOS DERECHOS	267
B. LA TEORÍA MATERIAL DE LOS DERECHOS.....	269
C. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO ...	272
III. TRES PERSPECTIVAS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	376
A. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL “TEXTUALISMO”	278
B. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL ORIGINALISMO.	280
C. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DE LA “CONSTITUCIÓN VIVA”.....	282
IV. LOS DERECHOS DESDE UNA TEORÍA INTERPRETATIVA DINÁMICA-NORMATIVA.....	284

CAPÍTULO QUINTO
LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN.....	299
II. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN MUTATIVA	302
III. LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE PARA EFECTUAR UNA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS.....	316
A. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE	317
B. EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL: J. Waldron.....	317
C. UNA TESIS ADECUADA AL CASO COLOMBIANO.....	320

IV. UNA TESIS A FAVOR DE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	322
A. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	322
B. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	325
C. EL PROCEDIMIENTO PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	332
1. Participación en audiencias públicas de diferentes actores.....	333
2. Interpretación abierta y flexible	334
3. No existen dogmas constitucionales absolutos	334
4. Los derechos deben ser protegidos en su contexto fáctico.....	334

CAPÍTULO SEXTO LAS FUENTES NORMATIVAS PRODUCTORAS DE MUTACIONES

I. LA TIPOLOGÍA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.....	339
II. MUTACIONES PRODUCIDAS POR HECHOS JURÍDICOS	341
A. EL DERECHO CONSUECUDINARIO.....	341
1. Criterios de la costumbre en general	343
a. Criterios objetivos.....	343
b. Criterio psicológico	344
2. La costumbre como parte del Derecho Constitucional	344
3. Relación entre costumbre constitucional y mutación de la Constitución.....	347
4. Costumbre y Órgano de Justicia Constitucional	351
B. LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES.....	353
1. Concepto de convención constitucional.....	354
2. Características de las convenciones constitucionales	356
3. Diferencia entre las convenciones constitucionales y la costumbre constitucional	357
4. Convenciones constitucionales y mutación constitucional	358
a. El sistema británico: Wheare	358
b. El sistema italiano: Rescigno.....	359
5. Convenciones constitucionales y Órgano de Justicia Constitucional.....	362
III. MUTACIONES PRODUCIDAS POR ACTOS JURÍDICOS.....	362
A. LA LEY	362
1. Concepto de ley	362
2. Relación de la ley con las mutaciones constitucionales	363
B. LA LEGISLACIÓN DELEGADA	366
1. Concepto de legislación delegada.....	366
2. Justificación de la legislación delegada	368
3. Relación de la legislación delegada con las mutaciones constitucionales.....	369
4. Ley, Legislación delegada y Órgano de Justicia Constitucional.....	369
C. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	372
1. Concepto de interpretación judicial.....	372
2. Interpretación judicial y órgano de Justicia constitucional	375
D. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS.....	376

	pág.
1. El Derecho internacional.....	376
a. El bloque de constitucionalidad.....	376
b. Bloque de constitucionalidad y Órgano de Justicia Constitucional.....	379
2. Derecho comunitario.....	380

CAPÍTULO SÉPTIMO
LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS

I. APROXIMACIÓN A LOS LÍMITES	389
A. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE	390
B. LA NOCIÓN DE CONTENIDO ESENCIAL COMO LÍMITE.....	390
C. EL CONSTITUYENTE ORIGINARIO COMO LÍMITE.....	392
II. LOS LÍMITES GENERALES Y ESPECÍFICOS A LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA EN COLOMBIA.....	393
A. LOS LÍMITES GENERALES: LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	394
1. Tres pilares fundamentales de la Constitución.....	394
2. El texto de la disposición constitucional.....	395
3. Las alternativas políticas.....	397
4. La noción de sistema constitucional.....	398
5. El proceso de ponderación	400
6. La armonización de las normas constitucionales.....	401
7. La interpretación de la ley conforme a la Constitución	403
8. La exigencia de motivación: la racionalidad	404
9. Las consecuencias políticas.....	405
B. DOS PROPUESTAS DE LÍMITES ESPECÍFICOS	406
1. La propuesta de límites específicos de la teoría moderna de la mutación.....	406
2. La propuesta de límites específicos de la teoría dinámica-normativa de la mutación	408
a. La verificación del cambio de los hechos prácticos y de la conciencia colectiva	408
1) La verificación del cambio en los hechos prácticos	412
2) La verificación del cambio en el fundamento ideológico	415
b. La idoneidad y la justificación del cambio de criterio jurisprudencial.....	417
1) La fuerza vinculante del precedente constitucional.....	420
2) La autonomía interpretativa del juez constitucional.....	422
3) Unos hechos prácticos existentes	425
4) El criterio de idoneidad del cambio como límite	427
5) La justificación del cambio como límite.....	429
CONCLUSIONES	433
BIBLIOGRAFÍA.....	447

INTRODUCCIÓN

El Derecho constitucional tiene como uno de sus objetivos principales reglar las relaciones de los ciudadanos y de los poderes del Estado, pues se quiere con esto lograr una convivencia pacífica, digna y ordenada de todos. No obstante, es necesario tener claro que las relaciones de estos sujetos de Derecho no son estáticas, sino, por el contrario, son dinámicas, pues se encuentran en constante cambio. Así las cosas, si el sistema de derechos fundamentales quiere gozar de plena eficacia, debe tener en cuenta a las transformaciones o cambios ocurridos por causa del constante movimiento de las relaciones sociales; de esta forma podrá lograr ese objetivo general propuesto. No se quiere con esta afirmación desvalorizar el poder vinculante de la Constitución cuando entra en contacto con la realidad social, pues, como se tratará de demostrar a largo de este trabajo, los aspectos fácticos o la realidad constitucional que se produce como consecuencia de las relaciones de los sujetos del Estado hace parte de la misma Constitución, es decir, son fenómenos jurídicos.

El objetivo central de este trabajo de investigación se circunscribe al análisis de la admisibilidad y de la importancia jurídica de la mutación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho constitucional colombiano, especialmente la que lleva a cabo la Corte Constitucional mediante el proceso de interpretación. La noción de mutación desde sus orígenes ha sido entendida como un cambio en el contenido normativo de una norma, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, habitualmente ocasionado por una transformación en la realidad en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa, es decir, este tema ha sido abordado desde la tensión entre la permanencia y el cambio del Derecho constitucional, pues por un lado se quiere que éste perdure en el tiempo otorgando seguridad jurídica, y por otro lado, se busca que sea dinámico o flexible para poder acoger las nuevas realidades que se producen por el devenir del tiempo, esto es, por las fluctuaciones sociales que producen diferentes momentos históricos.

La elección del tema obedece a cuatro cuestiones, tres de especial importancia para la teoría jurídica constitucional, y una cuarta de gran relevancia práctico-jurídica en el ámbito propio de Colombia. La primera se refiere a que la mutación de los derechos fundamentales se constituye como un concepto jurídico controvertido, ya que ha sido emprendido desde diferentes escuelas, teorías y formas de entender el Derecho constitucional, lo que ha permitido que sus consecuencias jurídicas sean muy distintas dependiendo de la postura que sobre el particular se acoja. La segunda se ciñe a que ha sido un tema poco estudiado y desarrollado por la academia y la doctrina; en el caso colombiano cabe decir que su análisis ha sido casi inexistente, por tal razón este trabajo pretende abrir el debate sobre sus verdaderas dimensiones. La tercera se ajusta al argumento de que la mutación de los derechos es una materia de mucha relevancia dentro de los temas importantes del Derecho constitucional, pues tiene directa relación con el principio de eficacia, con la reforma constitucional, con la interpretación iusfundamental, entre otros.

La cuarta cuestión (con especial preponderancia en el ámbito práctico-jurídico) se refiere en primer lugar, a la importancia de la mutación de los derechos para coadyuvar a la superación del problema contenido en la idea sostenida por la mayor parte de la doctrina colombiana según la cual existía una falta de diálogo entre la realidad y el Derecho antes de 1991, y a la intención actual de subsanar tal inconveniente con la implantación de la nueva Constitución; y, en segundo lugar, la mutación encuentra gran valor práctico-jurídico al momento de dilucidar si la sentencia que dio vía libre a la consecución de la nueva Constitución (de 1991), mediante un procedimiento de reforma que no estaba incluido dentro de los mecanismos consagrados por la Constitución anterior (de 1886), se configura como un caso típico de mutación. Por tanto, se hará referencia a la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del año 1990, a través de la cual, este órgano, dio vía libre para reformar la Constitución de 1886, al determinar que era constitucional la norma que convocaba al pueblo a elegir los miembros de una Asamblea Nacional Constituyente, aunque este mecanismo de reforma no estaba previsto en la Constitución vigente.

Ahora bien, si se sostiene que la mutación de los derechos fundamentales significa un cambio en el contenido normativo de una norma, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, habitualmente ocasionado por una transformación en la realidad en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa, cabe pensar que nos enfrentamos a ciertos problemas de cara al actual Estado constitucional colombiano, como pueden ser el desconocimiento del principio de supremacía de la Constitución, pues la realidad sería de mayor peso que la norma; de la violación del principio de fuerza normativa, ya que la norma se podría diluir en la realidad; o también el quebrantamiento del principio de rigidez, puesto que los cambios pueden venir por conducto de otros procedimientos diferentes a los agravados consagrados en la propia Constitución para su reforma. Igualmente es posible pensar que la noción de mutación se confunde con la de interpretación constitucional, pues mediante esta última, también se puede producir un cambio en el contenido normativo de una norma de derecho fundamental, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, con base en una transformación de la realidad.

Todos estos problemas que subyacen, deben ser superados por una teoría de la mutación de los derechos acorde con el actual Estado constitucional colombiano, si se pretende su admisibilidad jurídica, y también si se aspira a solucionar uno de los problemas prácticos de mayor relevancia para Colombia, como es la falta de conexión entre la realidad constitucional y las normas explicitadas sobre derechos fundamentales, pues resulta claro en la práctica que actualmente las difíciles situaciones sociales desbordan el sistema constitucional iusfundamental. Aunque después de la Constitución de 1991 la Corte Constitucional de Colombia se encuentra inmersa en la lucha por lograr que los derechos sean eficaces y reales para todos los miembros de la colectividad, dicha conexión todavía se encuentra por realizar o desarrollar en su gran mayoría.

La tesis central de esta investigación se enmarca en la idea de que los derechos fundamentales deben ser considerados como entes mutables, es decir, se pretende demostrar que en Colombia los derechos se fundan en una

teoría dinámica y normativa, pues por una parte éstos procuran estar en plena conexión con la realidad donde pretenden llevar a cabo su fuerza vinculante, y por otra sólo admiten cambios dentro de los límites constitucionales. Ahora bien, de esta tesis central surge otra, y es que la doctrina de la “teoría moderna” es insuficiente para explicar las mutaciones de los derechos desde esta perspectiva dinámica-normativa, pues aunque postula su dinamismo, no atiende a los límites. Por tal razón, es pertinente rediseñarla a partir de los postulados básicos del actual Estado Constitucional, con el fin de hacerla admisible en el ámbito del Derecho, y pretender de esta manera presentarla como uno de los mecanismos idóneos para la consecución de una plena conexión entre los derechos fundamentales y la realidad constitucional en Colombia, es decir, como una vía jurídicamente aplicable que pretende contribuir en la solución de este gran problema del Estado colombiano.

Para alcanzar este objetivo, es decir el desarrollo de esta tesis central, se ha optado en la estructura general del trabajo, por realizar un estudio separado de la naturaleza de la mutación de los derechos (capítulos segundo y tercero) y de la interpretación iusfundamental (capítulo cuarto), ya que como se verá son fenómenos jurídicos diferentes, pues no todo proceso de interpretación produce una mutación, ni toda mutación tiene origen en un proceso interpretativo. Hecha esta salvedad, en el primer capítulo se presentará una descripción del problema de la falta de conexión entre realidad y normas explicitadas sobre derechos, y una descripción sobre el significado de los derechos en el contexto colombiano. Lo anterior, con el fin de, por un lado, plantear el problema de la falta de diálogo entre estos dos ámbitos como algo que urge resolver en Colombia y, por otro lado, para conocer si su sistema iusfundamental se encuentra fundado en una teoría estática o dinámica, pues dependiendo de cuál de las dos exista se podrá o no admitir la idea de unos derechos fundamentales mutables. Por tal razón, se describirán algunos rasgos como la eficacia de los derechos, la posición de los derechos, los valores constitucionales, los principios constitucionales, los requisitos y criterios para que un derecho tenga la calidad de fundamental y los derechos en el Estado Social.

En el segundo capítulo, se explicarán y valorarán las diferentes teorías que sobre el concepto de mutación existen, con el fin de demostrar que es un tema controvertido, y que su determinación depende en gran medida de la manera en que se conciba al Derecho constitucional. Este fenómeno de la mutación constitucional se advirtió a finales del siglo XIX y a comienzos del XX. Juristas de la Escuela Alemana de Derecho Público como Paul Laband y Georg Jellinek realizaron algunos análisis sobre la situación de los cambios no formales de su época. Luego, en la Alemania del periodo de entre guerras se vuelve sobre esta materia, pero con una idea de Constitución más compleja y dinámica, pues se entendió que la misma se alimentaba de la realidad política de su entorno; son algunos representantes de esa concepción: Rudolf Smend, Hermann Heller, Hsü Dau-Lin, Franco Pierandrei, entre otros. Desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días, el tema de las mutaciones constitucionales ha sido entendido, con diferentes matices, como un fenómeno relacionado con la interpretación constitucional, prueba de ello son los trabajos de Konrad Hesse, Ernest-wolfgang Böckenförde, Peter Häberle, Klaus Stern, entre otros. Así mismo, en este capítulo, y con el fin de demostrar la falta de acuerdo sobre la noción de mutación constitucional, se han descrito algunas sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional de Alemania, España, Perú, y también sobre el caso colombiano, en las que resulta evidente tal disparidad.

En el tercer capítulo se llevará a cabo el análisis de dos posibles propuestas de mutación, con el fin de conocer cuál de ellas es admisible el actual Estado Constitucional colombiano, es decir, en el que existe una Constitución normativa, fundada, por lo menos, en los principios de supremacía, fuerza normativa y rigidez. La primera propuesta se refiere a la “teoría moderna” de la mutación de los derechos, en la cual se conservan los rasgos básicos del modelo de la escuela clásica formalista (Jellinek), mezclados con elementos de la escuela del dinamismo constitucional (especialmente Smend, Dau-Lin). El principal argumento es el entender que la mutación constitucional y la reforma constitucional tienen los mismos efectos jurídicos, es decir, el fenómeno de la mutación es considerado como proceso de reforma informal. Esta “teoría moderna” de la mutación es la tesis

mayoritariamente defendida por la doctrina. La segunda propuesta, se ha denominado la “teoría dinámica-normativa” de mutación, la cual sostiene que el análisis de este fenómeno debe ser abordado desde la conexión de dos facetas, la dinámica que se refiere a la realidad constitucional, y la normativa que se refiere al respeto al Derecho constitucional explicitado en el texto, y a la idea de que los cambios que puedan producirse sólo pueden ser admisibles si respetan los límites constitucionales, y por tanto, nunca podrá considerarse que una mutación de los derechos tiene los mismos efectos de una reforma constitucional. Estas dos propuestas serán analizadas comparativamente bajo los criterios o elementos constitutivos de la noción de mutación, como son su ámbito de actuación, la idea de contenido normativo, el significado de la realidad constitucional y la clase de cambio en ese contenido normativo. Así mismo, serán sometidas a prueba frente a los postulados de supremacía, fuerza normativa y rigidez, con el fin de conocer cuál de éstas es admisible en el plano del Derecho constitucional colombiano.

El cuarto capítulo estará destinado a recoger los aspectos básicos de la interpretación de los derechos fundamentales, y especialmente a la exploración de algunas teorías que sobre el particular existen, pues no toda forma de entender dicha interpretación admite la presencia de unos derechos mutables. Este examen será emprendido desde una perspectiva norteamericana, pues existe allí una marcada diferenciación entre las tesis estáticas y dinámicas en el proceso hermenéutico iusfundamental, por tanto, se enfocará este estudio en la teoría del textualismo, en la del originalismo, en la de la constitución viva y en la dinámica-normativa. Todo lo anterior será reconducido al sistema de interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito colombiano. Pero antes de esto, se presentará un marco teórico que sirva de apoyo para el desarrollo de ese objetivo principal en el que se tratará, entre otras cosas, las peculiaridades de las normas sobre derechos, los rasgos de la jurisdicción constitucional colombiana y las clases de sentencias; así como dos posturas sobre el significado de los derechos, una formal y otra material, para determinar cuál opera en Colombia.

En el capítulo quinto se retomará la idea según la cual es pertinente examinar de forma separada las nociones de mutación y de interpretación de los derechos fundamentales, pues como se ha dicho son fenómenos jurídicos diferentes, ya que no todo proceso de interpretación produce una mutación, ni toda mutación tiene origen en un proceso interpretativo. No obstante, y como es deducible de esta primera afirmación, en ciertos casos la mutación ocurrida en un derecho fundamental, puede tener origen por virtud de la interpretación, y en este caso específico el fenómeno acaecido se denomina “interpretación mutativa de un derecho fundamental”. Por tal motivo, en este capítulo se describirán los elementos relevantes de dicha figura jurídica, como el punto de encuentro en que confluyen estos dos ámbitos: el de la mutación y el de la interpretación. Desde este estudio, se advertirá que la interpretación puede ser fuente de la mutación o puede ser receptora de una mutación de los derechos, bajo la primera premisa el proceso hermenéutico es la fuente jurídica que produce dicha mutación, en la segunda la interpretación es el proceso que constata y reconoce una mutación producida por otra fuente normativa.

En el capítulo sexto, se hará una aproximación a esas fuentes normativas que permiten que la interpretación mutativa de los derechos fundamentales sea considerada como receptora. En este capítulo se pretenderá desarrollar una exposición de las vías o fuentes más importantes a través de las cuales la Corte Constitucional, haciendo uso de una interpretación receptora, puede constatar y acoger mutaciones en el ámbito de los derechos fundamentales. Esas vías serán clasificadas desde dos grupos, el primero, se referirá a los denominados hechos jurídicos o políticos, como son el Derecho consuetudinario y las convenciones constitucionales; y, el segundo, atenderá a los llamados actos jurídicos, como son las leyes o normas con fuerza de ley, las normas internacionales o comunitarias y la jurisprudencia.

El capítulo séptimo estará dedicado por entero al análisis de los límites a la interpretación mutativa de los derechos fundamentales. Se partirá de la idea de que al ser la interpretación mutativa una figura jurídica que se mueve dentro del marco de la interpretación, debe respetar los límites impuestos a la interpretación constitucional, es decir, por ser la interpretación mutativa un

fenómeno jurídico que tiene como uno de sus pilares el proceso hermenéutico, debe estar sujeto a los límites constitucionales que se le imponen a dicho proceso. No obstante, la interpretación mutativa goza de otro fundamento, como es que en su esencia se encuentra inmersa en un asunto de producción de mutaciones, por lo cual le son aplicables otros límites especiales. En otras palabras, en este capítulo se desarrollarán los postulados más representativos de la faceta normativa de la mutación por la interpretación, pues en los anteriores capítulos encontraremos argumentos encaminados a la descripción y explicación de la faceta dinámica.

Finalmente, cabe explicar que este trabajo se nutre de tres tipos de fuentes principales. La primera fuente ha sido las disposiciones de la Constitución colombiana de 1991, de las que se parte tanto en la exposición de los temas, como en la búsqueda de la solución a los problemas que se plantean. La segunda fuente se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la que se han tomado las bases para la construcción de las tesis de esta investigación, pues allí es donde se ha encontrado la mayor riqueza en orden a solucionar o por lo menos a resaltar los problemas que plantea la tesis principal que se pretende demostrar. Las sentencias han sido escogidas y clasificadas de acuerdo con su importancia y reiteración, es decir, se han tomado las decisiones más relevantes de cara a cada tema, en los que se ha sentado doctrina. La tercera fuente es la doctrina científica, las ideas y argumentos que se proponen en este trabajo están elaborados con fundamento en el análisis de la doctrina más relevante y autorizada. Se ha recurrido especialmente al desarrollo que, del tema de las mutaciones constitucionales y de las cuestiones que se relacionan con éste, han llevado a cabo autores de diferentes países: Alemania, Italia, Inglaterra, España, Estados Unidos, México, Argentina y Colombia.

CAPÍTULO PRIMERO

**COLOMBIA ENTRE EL DINAMISMO Y EL
INMOVILISMO IUSFUNDAMENTAL**

I. INTRODUCCIÓN

El propósito en este capítulo se circunscribe a dos cosas, la primera se refiere a la descripción de tal vez el mayor problema que ha presentado el sistema de los derechos fundamentales en Colombia, como es la falta de conexión entre la realidad y las normas iusfundamentales explicitadas. La segunda se ciñe a determinar si el ordenamiento constitucional colombiano, especialmente si su sistema de derechos, se desarrolla bajo los criterios de un modelo estático o dinámico, pues dependiendo de cuál de los dos modelos opere, se podrá o no aceptar la idea de unos derechos fundamentales mutables. Es decir, sólo si los rasgos relevantes de la naturaleza de los derechos en Colombia se corresponden con un sistema de carácter dinámico, abierto y flexible, se podrá admitir la presencia de unos derechos mutables.

Un sistema puede ser considerado de carácter estático cuando no existe manera de conectar, mediante la interpretación, las normas de la Constitución con los hechos históricos reinantes en un momento determinado, pues se entiende que éstas se mantienen atadas al pasado, es decir, donde las disposiciones constitucionales no pueden ser consideradas como normas elásticas o flexibles de cara a los cambios sociales. Por el contrario, un sistema puede ser denominado como de carácter dinámico cuando las normas, mediante la interpretación, tienen la virtud de conectarse con los cambios sociales, los que por naturaleza son fluctuantes, en este caso, el sistema jurídico otorga a sus disposiciones flexibilidad y elasticidad para tal fin¹. Ahora bien, se debe precisar que la exposición de los temas tratados en este capítulo son la base de la que se partirá en la exposición de los demás, pues como se ha advertido en la introducción, el punto de referencia para la exposición de la mutación de los derechos fundamentales es el sistema colombiano,

¹ Cfr. HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 24-26.

especialmente su relación con la interpretación que lleva a cabo la Corte Constitucional.

II. LA FALTA DE DIÁLOGO ENTRE LA REALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN

Es pertinente comenzar por una mínima aproximación a dos cuestiones que luego se analizarán con mayor profundidad y que ya se han mencionado en la introducción de este trabajo: la primera se refiere a la naturaleza de las mutaciones, y la segunda se circunscribe al ámbito de actuación de las mismas en el entramado del Derecho constitucional; esto con el fin de enfocar, desde este primer momento, los puntos sobre los que se quiere centrar la atención en esta parte del trabajo. Sobre la naturaleza, y como una mera hipótesis de trabajo, es factible precisar provisionalmente que una mutación significa un cambio o transformación en el contenido normativo de una norma, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, donde dicho cambio tiene como causa una variación en la realidad, en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa².

Sobre la segunda cuestión, es decir sobre el ámbito de actuación de las mutaciones, conviene expresar que éstas hacen parte del tema general de los cambios constitucionales (también hacen parte la reforma formal o la interpretación evolutiva, temas que trataremos más adelante), los cuales habitualmente se producen por virtud de una variación en la realidad. Así las cosas, y por ahora, se puede decir que las mutaciones son una especie dentro de los cambios constitucionales, y que tienen como punto de referencia la conexión entre lo explicitado en una disposición y la realidad que pretende regular, la cual puede ser fluctuante. Por esta última razón, se quiere ahora analizar la situación en que se encuentra el Derecho constitucional colombiano, en relación con la conexión o desconexión entre lo normativamente explicitado y la realidad, como fundamento de los cambios constitucionales en general, y por ende del fenómeno de la mutación constitucional que es el que interesa.

² Este es el concepto clásico de mutación constitucional, defendido por Jellinek bajo la vigencia de la Constitución alemana de 1871. Cfr. JELLINEK, G., *Reforma y Mutación de la Constitución* (1906), Trad. Christian Förster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 7.

Se puede partir de una idea con la que se está de acuerdo, y que la mayoría de la doctrina colombiana suscribe: uno de los grandes problemas antes de la implantación del nuevo régimen constitucional, es decir, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, esto es, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, era la falta de conexión entre Derecho constitucional (entendido éste como las disposiciones consagradas positivamente) y realidad constitucional. Uno de los mayores retos del nuevo sistema es el de lograr superar tal deficiencia, pues antes de 1991 se pensaba que si la jurisprudencia, en esa época de la Corte Suprema de Justicia (principal órgano encargado de la jurisdicción constitucional), atendía a una realidad social significaba contaminar al derecho de elementos ajenos a su verdadero ámbito: el estrictamente normativo.

Al respecto el profesor Cepeda Espinosa sostiene que uno de los grandes flagelos del país, antes de 1991, fue la falta de diálogo entre la Constitución y la realidad social, pues la Corte Suprema de Justicia rara vez puede ser leída como una respuesta a la verdadera realidad colombiana, ya que su jurisprudencia, en materia de constitucionalidad de las leyes, nunca representó dicho diálogo. Lo que produjo con sus sentencias fue que los actores sociales se sintieran fuera de la Constitución, es decir, la Corte se convirtió en una barrera para el cambio³. En este mismo sentido vale la pena transcribir lo que nos dice Marcela Monroy: *“No podemos olvidar que la experiencia que ha sufrido el país para llegar a la actual Constitución, ha sido evidentemente traumática y demostrativa de la gravedad que puede significar*

³ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, Bogotá, 2001, pp. 5-6. Hablando de la falta de diálogo entre la Constitución y la realidad social, también dice, en esta última página, que ella: *“se tradujo, no en una aceptación de un derecho puro, sino en una reacción tanto de los actores sociales que no cabían dentro de la Constitución o que ésta era indiferente con sus reivindicaciones, como de los grupos políticos que percibían algunos fallos como barreras al cambio impulsados por ellos, especialmente a raíz de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que declararon inexecutable, primero, la pequeña constituyente a mediados de los años setenta, segundo, la reforma constitucional de 1979 tramitada por el Congreso de la República. Ello contribuyó a que una sociedad políticamente bloqueada estuviera también jurídicamente cerrada, a los ojos de los afectados por dichas sentencias”*.

el hecho de que la jurisprudencia constitucional avance por un camino y la realidad social por otro...⁴.

Esta falta de conexión entre las normas constitucionales (por ejemplo de los derechos) y la realidad constitucional es un reto por subsanar que se encuentra en proceso de desarrollo. La Corte constitucional tiene, por tanto, una oportunidad muy importante de cara a la adecuación de un sistema constitucional dinámico y fluido, esto es, eficaz. Al respecto Cepeda Espinosa, cuando habla de los nuevos retos del constitucionalismo colombiano después de 1991, específicamente cuando explica la relación entre el Derecho y la realidad, sostiene que: *“La línea en una cuestión de grado no puede ser trazada en abstracto, fuera del contexto fáctico o normativo del caso donde ha surgido el conflicto. Ello plantea un reto conceptual enorme porque el derecho debe abrirse al contexto de cada caso y la argumentación jurídica debe ser capaz de incorporar los elementos de ese contexto, distinguiendo los que son relevantes y los que no lo son. El reto es interesante porque para lograr esto no es posible hacer lo mismo que siempre hemos estado acostumbrados a realizar los abogados entre nosotros, no es posible tomar reglas en abstracto para luego aplicarlas a los hechos. Los criterios y variables de ponderación deben nacer de los hechos y de su vinculación con los derechos y principios en conflicto”⁵.*

Así mismo, y específicamente cuando expone lo relativo al contenido y fines de la Constitución, la profesora Morelli sostiene que: *“En su creación han de tenerse como norte las aspiraciones e intereses culturalmente prevalentes, los valores históricamente consolidados. No olvidemos que la Constitución, más allá del vértice del ordenamiento, y por lo tanto el fundamento de su validez formal, es –desde el punto de vista axiológico- la conjugación de los principios rectores de una sociedad, del orden que debe prevalecer⁶.* Y cuando analiza la neutralidad del juez, afirma que el Derecho es un fenómeno social y

⁴ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación constitucional*, en la obra colectiva: *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 181.

⁵ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional...*, op. cit. p. 21.

⁶ Cfr. MORELLI, S., *Interpretación Constitucional e ideología (la neutralidad del juez)*, en la obra colectiva: *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 217.

como tal nunca puede estar separado de sus aspectos fácticos, por tal razón, entre más perfecta resulte la objetivización jurídica de los valores presentes en un momento histórico en la sociedad en la que despliega su fuerza normativa, mayor será su nivel de eficacia⁷. Igualmente, cuando se refiere a los tipos de las sentencias, y específicamente cuando hace la diferenciación entre disposición y norma, dice: *“Las categorías descritas nos sitúan de inmediato en otra temática cual es aquella del derecho ‘viviente’, vivo, interpretado, el derecho real. No se está haciendo referencia a un derecho entendido como supuestos de hecho hipotéticos, sino al derecho aplicado. Este es precisamente el objeto de estudio de las cortes constitucionales y es lo que ha permitido (...) tener a la realidad como objeto de análisis y punto de partida de las decisiones del poder judicial, sin imponer apriorísticamente una solución, independiente y alejada de cómo se está desarrollando en la práctica el derecho...”*⁸

En síntesis, el Ordenamiento constitucional actual aboga por lograr una plena conexión entre normas positivas y realidad, como superación de un defecto del sistema anterior. Ahora bien, no sólo la Constitución de 1991 trae incluidas disposiciones en búsqueda de este objetivo, como se expondrá luego, sino que en los últimos momentos de existencia de la Constitución de 1886, se quiso realizar dicha conexión, y nada menos que se llevo a cabo en el proceso que dio origen a la vigente Constitución. Este caso ha sido de trascendental importancia para el desarrollo del sistema constitucional colombiano, y en gran medida el que ha motivado que se hayan dedicado todos los esfuerzos por desarrollar esta investigación. Así las cosas, vale la pena adentrarse un poco en dicho proceso constitucional, con el fin de dejar plasmados los primeros interrogantes sobre el concepto, los alcances y los límites de una mutación constitucional, como un tipo de los cambios constitucionales, los cuales propugnan por la conexión entre la realidad y las normas explicitadas.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Cfr. MORELLI, S., *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 39.

III. UN CASO POLÉMICO: LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1886

Como se ha dicho, el Estado Colombiano actualmente se encuentra estructurado bajo la vigencia de la Constitución de 1991. No obstante, para llegar a la creación de tal norma, fue necesario sobrepasar muchos obstáculos. En su momento existieron muchas complicaciones que impedían el cambio de la Constitución de 1886; estas barreras estaban lideradas por una voluntad política que se negaba al cambio, y, secundadas, por un conjunto de normas que imposibilitaban una reforma que no fuera a través del poder legislativo⁹.

A. ANTECEDENTES

La cuestión comenzó con el denominado “movimiento por la séptima papeleta”¹⁰ que propugnaba por una movilización conformada por estudiantes de universidades públicas y privadas, ellos perseguían una reforma radical de las costumbres políticas y la creación de una nueva Constitución que fuera más participativa y democrática, para que se erigiera en un verdadero tratado de paz y en un vehículo de reconciliación entre los colombianos¹¹. Lo que pretendían era que el pueblo, en las elecciones de Congreso y otras corporaciones de elección popular de 1990, pudiera depositar en las urnas una papeleta adicional mediante la cual expresaba su voluntad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, a lo cual el Gobierno accedió convocando

⁹ La doctrina colombiana se encuentra de acuerdo en que la ocurrencia del caso que se está planteando se debió a la imposibilidad o fracaso en los intentos de reforma, y la inviabilidad de mutaciones constitucionales. Por ejemplo Marcela Monroy dice que: “*Los múltiples intentos de reformar la Carta fracasaron por diversas razones, y la imposibilidad de lograr mutaciones constitucionales a través de la jurisprudencia (ya veíamos como estas mutaciones pueden determinar una trascendente actualización de la norma constitucional), produjeron a la larga el resultado ya conocido*”. Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 182.

¹⁰ Sobre la crisis política en Colombia, los antecedentes del camino a la Asamblea Nacional Constituyente, y los elementos básicos del nuevo pacto político, puede consultarse: DUGAS, J., *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Departamento de ciencia política, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993, pp. 15-44. Un resumen de la historia del proceso de reforma en Colombia se puede encontrar en: AA.VV., “Establecimiento y reforma de las constituciones. Evolución constitucional colombiana”, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 89, Medellín, 1990, pp. 262-275. Sobre la descripción de todo el proceso que dio origen a la Constitución de 1991, puede verse YOUNES MORENO, D., *Derecho constitucional colombiano*, 3^a Ed., Legis, Bogotá, 1997, pp. 64 a 74.

¹¹ Para conocer los antecedentes y la historia del denominado “movimiento por la séptima papeleta”, se puede ver: www.lideresenlau.org/septima

mediante un Decreto de estado de sitio expedido por Presidente Virgilio Barco. La constitucionalidad del Decreto debía ser controlada en forma automática por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia —que, en ese entonces, era la encargada de ejercer el control constitucional—, y se temía que esta institución declarara su inconstitucionalidad, debido a que la Constitución de 1886 establecía que sólo podía ser reformada mediante acto legislativo expedido por el Congreso de la República¹².

Antes de la decisión de la Corte, todas las personas realizaban interpretaciones sobre la forma en que se debía fallar. Por ejemplo, en un periódico de amplia circulación de Colombia se decían cosas como estas: *“...Este movimiento estudiantil ha venido agitando el tema de la Constituyente desde hace algún tiempo. Sus promotores lograron recoger 35 mil firmas de apoyo a la iniciativa. Su preocupación es la de muchos -la mayoría- de los colombianos: el Estado necesita reformarse para acabar con la impunidad, con la corrupción, con la ineficiencia y con tantos otros males que aquejan la nación. Y como el Congreso ha demostrado poco interés en auto reformarse, se hace necesario explorar otros caminos.*

“La fórmula de la séptima papeleta se presenta con una inmensa ventaja sobre las demás propuestas que se han hecho sobre el tema de la Constituyente: es la única que hace viable el deseo de cambio sin violar la Constitución Nacional. No es incompatible con la fórmula que sugirió recientemente el doctor Lleras Restrepo. El ex presidente señalaba en un escrito que siempre ha sido la movilización popular el hecho político que ha precedido las reformas y no a la inversa. Pues bien: una manifestación popular de este tipo es precisamente lo que daría piso a la convocatoria de una Constituyente. Sería, por así decirlo, un legítimo golpe de opinión, por la sencilla razón de que el derecho a votar es legítimo. Lo contrario, la expedición

¹² Algunos comentarios sobre el proceso de reforma se pueden consultar en: YARCE MAYA, W., “Frustración constitucional”, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 91, Medellín, 1990, pp. 13-132. También en: CORREA HENAO, N., “El proceso constituyente. El caso colombiano”, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 91, Medellín, 1990, pp., 24-38.

de un decreto por parte del Gobierno para convocar al constituyente primario, se asemejaría más a un golpe de Estado...¹³.

Ahora bien, retomando el acontecer, “el movimiento por la séptima papeleta” prendió la llama de una situación que todo el país sentía, pero que, hasta ese momento, no se había atrevido a expresar. Este movimiento logró que el día 11 de marzo de 1990, en las elecciones para corporaciones públicas (donde todo ciudadano que fuera a votar debía introducir en la urna seis papeletas) se incluyera una séptima papeleta (la cual sólo tendría carácter simbólico), en la que se votara a favor de la convocatoria a una asamblea constituyente. El resultado fue que más de dos millones de personas introdujeron esta séptima papeleta en apoyo a tal convocatoria¹⁴.

Por esto, el Gobierno expidió el Decreto Legislativo 927 del 3 de mayo de 1990¹⁵, por medio del cual se facultó a la Organización Electoral para que contabilizara los votos depositados el 27 de mayo del mismo año a favor de una Asamblea Constitucional. La Corte declaró constitucional este Decreto, y, por ende, se llevo a cabo el conteo de los votos, que arrojó un resultado positivo, pues más del 86% de los participantes sufragaron afirmativamente, se produjeron más de cinco millones de votos a favor de la propuesta¹⁶. De conformidad con lo anterior, el Gobierno dictó el Decreto Legislativo 1926 de 1990, mediante el cual convocó al pueblo para que dijera sí o no a la convocatoria a una Asamblea Constitucional, y para que eligiera las listas de los candidatos a integrar dicha corporación. La Corte, mediante la sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, declaró constitucional el Decreto Legislativo 1926 de 1990, y dio vía libre a la convocatoria del pueblo, para que decidiera sobre la Asamblea Constitucional, y, en últimas, a la reforma de la Constitución

¹³ Tomado de un editorial del periódico “El Tiempo” de 22/02/1990, titulado “Por ahí puede ser la cosa”.

¹⁴ Cfr. DUGAS, J., *La Constitución...*, op .cit., p. 23.

¹⁵ Para que no se preste a confusiones, es preciso hacer una diferenciación sobre los decretos que puede expedir el Gobierno en Colombia: en los Decretos Leyes el Presidente actúa bajo las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso para expedir normas con fuerza de ley, y en los Decretos Legislativos el Presidente actúa bajo una competencia originaria, es decir, la misma Constitución faculta al ejecutivo para legislar, sin previa autorización del Congreso, por causa de situaciones de excepción. Sobre el particular véase SIERRA PORTO, H., *Conceptos y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 335-386.

¹⁶ Sobre el particular véase: ARAÚJO RENTERÍA, J., *Principios de Derecho constitucional*, McGrawHill, Bogotá, 1999, pág 461; y también: DUGAS, J., *La Constitución...* p. 23.

de 1886, por un procedimiento no contemplado por ella, es decir, por el pueblo y no por el Congreso¹⁷. Toda esta travesía jurídica y política dio como resultado la Constitución de Colombia de 1991, que actualmente rige los destinos del país.

Por otra parte, resulta necesario aclarar que los Decretos Legislativo 927 y 1926 de 1990 fueron normas dictadas por el Gobierno bajo el régimen de excepción que establecía el artículo 121 de la Constitución de 1886. De acuerdo con el párrafo de este artículo, los Decretos legislativos debían someterse a un control automático de constitucionalidad. Esto significa que una vez expedidas dichas normas, el Gobierno debía enviarlas a las Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para su estudio; como efectivamente ocurrió. El párrafo del artículo 121 de la Constitución de 1886 establecía que: *“El gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento”*.

B. LAS RAZONES DEL GOBIERNO

Sobre el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, por el cual se dictaron medidas tendientes al restablecimiento del orden público, y en el que, asimismo, se incluyó la facultad para que la Organización Electoral contabilizara los votos depositados el 27 de mayo del mismo año a favor de una Asamblea Constitucional, se pueden resaltar los siguientes argumentos:

1. La situación de orden público

Dijo el Gobierno que la acción de los grupos que promovían diversas formas de violencia se había recrudecido, y, por tanto, agravado la situación del

¹⁷ Los textos del Decreto 1926 de 1990 y del fallo de la Corte, se encuentran en: AA.VV., *Una constituyente para la Colombia del futuro*, 2ª ed., Fescol, Bogotá, 1990.

orden público. Por esto, era necesario crear un clamor popular para que se fortalecieran las instituciones, y esto sólo se lo lograría con la amplia y activa participación de la ciudadanía. Asimismo sostuvo que no se podía olvidar que el pueblo el 11 de marzo de 1990, en un número considerable, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestó su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una Asamblea Constitucional (el Gobierno se refería a las elecciones para corporaciones públicas en las que la séptima papeleta fue respaldada por más de cinco millones de votantes). Esta convocatoria también fue recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales de país.

2. Nuevas alternativas de participación política

El Gobierno sostuvo que el mandato popular debía ser reconocido no sólo con el fin de contribuir a normalizar la situación de turbación del orden público por la que atravesaba el país, sino de obtener nuevas alternativas de participación política que condujera al logro del restablecimiento del orden público. Por tanto, frustrar el movimiento popular a favor del cambio institucional debilitaría las instituciones que tenían la responsabilidad de alcanzar la paz y generaría descontento en la población.

3. El pueblo soberano

El Gobierno retomó jurisprudencia de la misma Corte, y dijo que se debía facilitar que el pueblo se pronunciara en las elecciones del 27 de mayo de 1990, puesto 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, gozaba de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tuviera en relación con su estructura política fundamental" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 9 de 1987).

4. Conteo de votos

En el último argumento, antes de entrar a resolver, el Gobierno sostuvo que interpretando la voluntad de los colombianos y dando cumplimiento a su obligación constitucional de preservar el orden público y buscar todos los medios necesarios para lograr su restablecimiento, debía proceder a dictar una norma de carácter legal que facultara a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que contabilizara los votos que se produjeran en torno a la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, por iniciativa popular.

Con base en lo anterior se resolvió ordenar que mientras subsistiera turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral procedería a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se originaran en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional. Así mismo, se ordenó que la Tarjeta Electoral que contabilizaría la organización electoral, debería contener el siguiente texto:

"¿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"

5. Los argumentos encontrados en el proceso

Ahora bien, una vez iniciado el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 927 de 1990, comparecieron ante la Corte, varios ciudadanos para defender, unos, la constitucionalidad del Decreto y, otros, para impugnarla.

Quienes consideraron que el Decreto objeto de revisión era constitucional se basaron en el carácter de constituyente primario que tiene el pueblo, lo que, a su entender, legitimaba su pronunciamiento en las urnas. También se apoyaron en la necesidad y conveniencia de acoger el "clamor popular" para que ocurriera un cambio institucional. Por ejemplo, la Presidencia

de la República manifestó que el Decreto Legislativo 927 de 1990, se limitaba a otorgar una autorización a la Organización Electoral, consistente en contabilizar los votos que se depositaran en las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, igualmente determinaba cuál sería la Tarjeta Electoral contabilizable para tal efecto, sin que ello implicara discusiones sobre la materia, ya que simplemente recogía los puntos de convergencia política. De conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política —la de 1886, aún vigente para ese momento—, le correspondería a la Ley determinar los demás aspectos concernientes a elecciones y escrutinios. En la medida en que el Decreto 927 de 1990, no contenía regulaciones constitucionales en materia electoral sino una adición a las competencias legales de la organización electoral, estaría acatando estrictamente la jurisprudencia de la Corte.

Por el contrario, los impugnantes afirmaron en síntesis que no existía relación de conexidad entre las causas de la declaratoria de Estado de Sitio y el mandato que se examinaba; que se trasgredía el artículo 171 de la Constitución de 1886, que definía de "forma excluyente" cuáles decisiones eran objeto de votación; que se violaba el artículo 218 de la misma norma que señalaba el mecanismo previsto para las Reformas Constitucionales; y que el artículo 13 del Plebiscito de 1957 prohibía utilizar este mecanismo.

6. La decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia reunida en sala plena dictó la sentencia número 59 del 24 de mayo de 1990¹⁸, y utilizó los siguientes argumentos:

a. Alcance del Decreto

Dijo la Corte que el contenido del Decreto, tal como se desprendía de su lectura, no tenía los alcances que le pretendían dar algunos de los

¹⁸ Cfr. Expediente No 2149 (334-E) Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de 1990 "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público". Carácter del control de constitucionalidad. Facultades del Presidente en Estado de Sitio.

impugnantes. No se trataba de una reforma a la Constitución, no era un plebiscito o un referéndum, el Presidente no convocaba al pueblo a manifestarse. Se trataba simplemente de dar la posibilidad legal para que se realizara la contabilización de unos votos, que podían presentarse o no, ser afirmativos o negativos, sobre la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, para reformar la Carta Política.

Era por lo tanto, una norma de naturaleza legal que adicionaba las funciones de la organización electoral, y que el Presidente como legislador extraordinario podía tomar válidamente, en ejercicio de las atribuciones que le confería el artículo 121 de la Carta. Dijo la Corte que no se debía olvidar que la primera atribución constitucional del Presidente que derivaba del precepto citado era la de expedir disposiciones con fuerza y materialidad de ley, que tenían la virtud de suspender, modificar temporalmente y adicionar transitoriamente las leyes preexistentes, siempre que, como en el presente caso, fueran dirigidas a conjurar la crisis. La Corte argumentó que no podía pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, cuando dicho acto no se había producido, y ni siquiera podía decirse que ocurriese con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el Decreto ordenaba contabilizar. Lo anterior sirvió a la Corte para sostener que si la autoridad que llevaría a cabo una eventual convocatoria era o no la competente para ello, que si la conformación de la pretendida Asamblea y sus funciones desbordaban los límites constitucionales y si tenían o no el soporte jurídico-político que debían tener en el marco de un Estado de Derecho las decisiones de los gobernantes, eran cuestiones respecto de las cuales la Corte en esta oportunidad no podía pronunciarse, pues no era la materia que se estudiaba en el proceso. Hacerlo hubiera sido entrar en un extraño juicio preventivo, a todas luces contrario a los alcances y fines del denominado juicio constitucional.

b. Facultades presidenciales

También se sostuvo que el Decreto, objeto de control de constitucionalidad por la Corte, se enmarcaba dentro de las facultades que la Carta Política prescribía para el Presidente en épocas de anormalidad, pues la norma tenía un contenido puramente electoral, pues creaba una función transitoria a la organización electoral consistente en contar los votos que podían resultar en la elección presidencial de 1990, a favor o en contra de la necesidad de convocar una Asamblea Constitucional. Dijo también que no se trataba de un referéndum o un plebiscito, esto es, de la refrendación de una decisión ya tomada directamente por el pueblo. La vaguedad, imprecisión y falta de detalle que el señor Procurador General de la Nación le señaló al Decreto, fue lo que le permitió a la Corporación afirmar que la norma que se revisaba no decía más de lo que decía, esto es, que si se hubiera tratado de un plebiscito o de un referéndum debía haber precisado con qué mayoría se daba por refrendada o por adoptada la decisión, a quien se le daba la autorización para convocar la Asamblea Constitucional, en qué tiempo, entre otras cosas.

Según esta Corporación, le correspondía al Presidente, acorde con la etiología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual estaban representadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación. Esta situación, no se veía disminuida sino acrecentada por las extraordinarias circunstancias del Estado de Sitio y el cometido que le correspondía al Presidente en el régimen de excepción para buscar ante todo el restablecimiento del orden público. Por otra parte, la Corte sostuvo que no abrir los caminos para registrar esa voluntad, significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada "séptima papeleta" que espontáneamente se había registrado el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales, y conduciría a impedir tomar medidas que fortalecieran el orden institucional para

enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública; también podría generar nuevas causas de intranquilidad.

Y finalmente, dijo la Corte que el Decreto que revisaba, por una parte ordenaba a la Organización Electoral que contabilizara los votos sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para realizar la reforma a la Constitución y, por otra parte, hacía una invocación al pueblo para que se manifestara sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza. Por esto la Corte no encontró ningún reparo de constitucionalidad, y por ende, no vio la necesidad de adentrarse en analizar las competencias del constituyente primario y el alcance de las mismas. Y en consecuencia procedió a declarar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de 1990.

7. Ejecución de la Sentencia

Una vez conocido el fallo anterior, el Gobierno, el día 24 de agosto dictó el Decreto Legislativo 1926 de 1990. Para ello, utilizó, entre otros, los siguientes argumentos:

a. Reinserción de grupos guerrilleros

El Gobierno dijo que era evidente que la convocatoria a una Asamblea Constitucional facilitaría la reincorporación de grupos alzados en armas a la vida civil, puesto que antiguos grupos guerrilleros, como el M-19, manifestaron como elemento trascendental para ese significativo paso, la posibilidad de participar en el seno de una Asamblea Constitucional y que otros grupos alzados en armas expresaron formalmente su intención de acogerse al régimen civil por medio de su integración al proceso de cambio institucional a cargo de la Asamblea Constitucional, entre ellos el EPL, el Quintín Lame y el PRT

b. Pacto político

También argumentó que existía un acuerdo del 2 de agosto de 1990, suscrito por el Presidente Electo de Colombia, en su condición de Director del Partido Liberal, y por representantes del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido Social Conservador y del Movimiento Alianza Democrática M-19, fuerzas que obtuvieron el 27 de mayo más del 96% de la votación total, quienes señalaron la fecha del 9 de diciembre de 1990 para que los ciudadanos decidieran si convocaban o no la Asamblea, eligieran sus miembros, definieran sus elementos constitutivos y el temario.

Asimismo, dos puestos de la Asamblea serían reservados para los grupos guerrilleros que se encontraban vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, y ya estuvieran desmovilizados. Sus nombres serían convenidos entre el Gobierno y los grupos guerrilleros desmovilizados. El número podría aumentarse en la medida en que el proceso de desmovilización de otras agrupaciones hubiera avanzado, según valoración que de sus circunstancias efectuaría el Gobierno, previa consulta con los signatarios del Acuerdo. Para asegurar la legitimidad democrática de esa decisión, el Presidente de la República los designaría formalmente

Ahora bien, de acuerdo con estos argumentos el Gobierno resolvió que por subsistir turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral procedería a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitieran el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional. Y que la papeleta que contabilizara la Organización Electoral debería contener un voto afirmativo o un voto negativo. El texto por el voto afirmativo fue el siguiente: *«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...»*. El texto por el voto negativo fue el siguiente: *«No convoco 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».

8. La segunda decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia, el 9 de octubre de 1990, en el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 1926 de 1990 (sentencia 138), resolvió declarar que la norma se ajustaba a la Constitución, con excepción de algunas partes¹⁹. Para llegar a tomar esta decisión, utilizó los siguientes argumentos:

a. Conexidad

¹⁹ Fueron declaradas inconstitucionales las siguientes partes: 1. Del Acuerdo Político incorporado al citado Decreto y llevado a su parte motiva se declaran inconstitucionales los siguientes apartes: 1.1. Del párrafo 13 la siguiente frase: "... y el temario que implica el límite de su competencia". 1.2. Del numeral 2, la siguiente frase: "... y el temario que implica el límite de su competencia". 1.3. El numeral 4, que dice: "La Asamblea no podrá estudiar asuntos diferentes a los mencionados en el temario aprobado por el pueblo y particularmente no podrá modificar el período de los elegidos este año, las materias que afectan los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud de tratados internacionales y el sistema republicano de gobierno". 1.4. Del numeral 15 la parte que dice: "Una vez aprobado por la Asamblea dicho texto será enviado a la Corte Suprema de Justicia para que decida si la reforma, en todo o en parte, fue expedida conforme al temario aprobado por los ciudadanos en la votación del 9 de diciembre de 1990. Además, el reglamento señalará expresamente los requisitos de procedimiento cuyo cumplimiento también será objeto de control constitucional por parte de la Corte". 1.5. Del Considerando, todo el temario, desde donde dice: "Que así mismo, con sujeción al texto aprobado por la mayoría de los colombianos en los pasados comicios, es necesario que el pueblo fije un temario al cual se limite la competencia... Hasta el numeral 10.5, inclusive y que dice: "Posibilidad de establecer mecanismos alternos de control fiscal en todos los niveles de la administración". 2. De la parte resolutoria, se DECLARA INCONSTITUCIONAL lo siguiente: 2.1. Del artículo 2º, inciso 2º, la parte que dice: "...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". Del artículo 2º, inciso 3º, la parte que dice: "... regulada por lo establecido en el acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990". 2.2. Del artículo 8, el inciso 2º, que dice: "Establécese como mecanismo alternativo del requisito anterior, la constitución de una caución o garantía de seriedad por un valor equivalente a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00), la cual podrá consistir en fianza otorgada a favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil por una institución bancaria o una compañía de seguros debidamente facultada para operar en el territorio nacional. Así mismo, podrá hacerse un depósito de dinero efectivo en el Banco Popular a favor de la misma entidad mencionada. En caso de que la lista de candidatos no obtenga, a lo menos una votación igual al veinte por ciento (20%) del cuociente nacional, el representante legal del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil hará efectiva la garantía. El producto de la misma se destinará al objeto previsto legalmente por el Fondo". 2.3. Del artículo 9º, la siguiente frase: "... o al de caución o garantía de seriedad, según el caso...". 2.4. Del artículo 11, la siguiente frase: "... previstas en el acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional que adopte la ciudadanía el 9 de diciembre...". 2.5. Del artículo 12, la siguiente frase: "... o en la constitución de la caución o garantía de la seriedad...".

Sostuvo la Corte que hubo una conexidad entre las medidas adoptadas mediante el Decreto 1926 de 1990 y la recuperación del orden público. En otras palabras, la norma considerada en su conjunto tenía conexidad con los motivos que determinaron la declaratoria de estado de sitio. Lo anterior teniendo en cuenta las manifestaciones de violencia que continuamente azotaban al país, la ineficacia de las instituciones públicas para enfrentar esa situación, la necesidad de rediseñar dichas instituciones para ponerlas acorde con los tiempos modernos, la decisión de la voluntad mayoritaria expresada el 27 de mayo a favor de la convocatoria a una Asamblea Constitucional y —sobre todo— en el fundamento de legitimidad que debía tener la organización política.

Así mismo, la Corte reconoció la constante evolución del Derecho constitucional y el papel de las constituciones modernas. Sostuvo que la Constitución no era sólo un límite al poder, sino que tenía la función de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos en la búsqueda de lo que se denominó el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convertía en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz.

b. Perspectivas lógica y ontológica

El artículo 218 de la Constitución de 1886 establecía que: *“La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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”*. Por su parte, el artículo 13 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957 ordena que: *“En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”*.

De acuerdo con lo anterior, la Corte argumentó que el Derecho debía visualizarse desde dos perspectivas: la lógica y la ontológica. En la primera²⁰ debía entenderse al ordenamiento como un conjunto de normas (juicios hipotéticos) que imputaban una consecuencia a un antecedente, a través del “deber ser”; no obstante, el Derecho no pertenecía al ámbito de la lógica únicamente, ni el estudio del Derecho debía limitarse a observarlo como un simple conjunto de normas. La Corte sostuvo que la segunda²¹ debía entenderse como el Derecho que se encontraba en el mundo de los valores, y por tanto exigía preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para lograr los fines de la colectividad. Con base en lo anterior, La Corte dijo que uno de los valores que había sido reconocido universalmente y que se encontraba en el preámbulo de nuestra Constitución (la de 1886), era la paz. Este principio había sido reconocido como criterio interpretativo por esta Corte (sentencia 31 de mayo 19 de 1988). De acuerdo con esto, existían importantes razones filosóficas y jurisprudenciales para entender que no bastaba con comparar el Decreto Legislativo 1926 de 1990 con el artículo 218 de la Constitución y con el 13 del plebiscito del 1957, sino que era necesario tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz.

c. El pueblo es el constituyente primario

El artículo 2 de la Constitución de 1886 establecía que: “*La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que la Constitución establece*”. Al respecto la Corte señaló que la nación o sea el pueblo que habita el país era el constituyente primario de cual emanaban los poderes constituidos o derivados.

²⁰ Para explicar la visión lógica del Derecho la Corte hace uso de los argumentos expuestos en: Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1949, pp. 153-155. Además se hace una crítica a la teoría keleseniana, pues la Corte considera que tiene el defecto de no poder explicar adecuadamente a la pregunta de por qué vale la norma de grado superior, es decir, la Constitución; así mismo, esta Corporación entiende que este autor al apelar al concepto de eficacia, introduce un elemento del mundo del ser, lo cual, contraría la pureza metodológica que quiso lograr en su “Teoría pura del Derecho”, y por esto la validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad, de su eficacia.

²¹ Para explicar la visión ontológica, la Corte, utilizó los postulados de (Del Vecchio, Giorgio y Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Unión Tipográfica y Editorial Hispano Americana – UTHEA, tomo I, México, 1946, pp. 153-155.)

Al considerar que la nación colombiana era el constituyente primario, la Corte pudo decir que éste en cualquier tiempo podía darse una Constitución distinta a la vigente, sin sujetarse a los requisitos que ésta establecía. Dijo también que si se entendiera lo contrario se desconocería la validez de la reforma constitucional de 1957, por haber sido fruto de un plebiscito. También sería negar la validez de la reforma de 1886, pues no se llevo a cabo sujetándose estrictamente a los procedimientos previstos por la Constitución de 1863²².

d. El constituyente primario no tiene límites

Argumentó también que la nación al ser el constituyente primario, y teniendo en cuenta su carácter soberano, no podía tener otros límites que los que él mismo se imponía. Ni los poderes constituidos podían revisar sus actos. Esta afirmación ya había sido defendida por esta Corte en sentencia del 28 de noviembre de 1957 (Magistrado Ponente doctor Guillermo Hernández Peñalosa), y en sentencia 54 del 9 de junio de 1987 (Magistrado Ponente doctor Hernando Gómez Otálora).

e. La rigidez es causal de perturbaciones del sistema constitucional

Otro argumento de la Corte fue que cuando las instituciones contenían sistemas demasiado rígidos para ser reformados, surgían problemas y perturbaciones que podían poner en grave crisis los valores fundamentales de la convivencia, el sistema republicano y la democracia. Por tanto, era necesario interpretar los anhelos de cambio y renovación que había expresado el pueblo. De acuerdo con esto, el constituyente primario representaba la última instancia del poder moral y político, y la capacidad de fijar el curso histórico del Estado. Por esto, podía abrir canales obstruidos de expresión, o crear los que habían sido negados.

²² Este argumento se apoya en la obra “Derecho Público Interno de Colombia” de Don José María Samper, publicado por la Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, tomo II, pp. 12-13, quien fue una de las figuras más representativas del Consejo Nacional de Delegatarios que redactó las bases de la Constitución de 1886. Se tomaron argumentos como: la soberanía es propia de la nación, y por tanto no puede existir otro soberano, pues se anularía el principio; no se concibe el objeto de una nación, ni la razón de su existencia, sin su soberanía, dado que esta soberanía es la autoridad moral al propio tiempo que la efectividad del poder con que cada nación dispone de su suerte y figura; la soberanía es el todo para Colombia, y ningún poder público será legítimo ni reconocido, sino emana de esta única soberanía.

f. Interpretación sistemática de la Constitución

Finalmente dijo que era necesario buscar armonía entre los distintos textos constitucionales. En el caso concreto, entre los artículos 2 y 218; y ella surgiría si se interpretaba a este último como un mandato al constituyente secundario —Congreso Nacional— sobre la forma en que debería tramitar los actos legislativos, y se interpretara que el primer artículo se refería al constituyente primario.

9. Las consecuencias de la segunda decisión de la Corte Suprema

El artículo 218 de la Constitución de 1886 establecía que: *“La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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”*. El Decreto Legislativo 1926 de 1990 ordenó que mientras subsistiera turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral debía proceder a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produjeran en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, ***para que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional.***

Haciendo una comparación entre las dos normas anteriores, se observa que el Decreto estableció un procedimiento de reforma que no estaba prescrito por la Constitución; es decir que al realizar una confrontación entre la norma constitucional, individualmente considerada, y la legal, se percibe una incongruencia, pues la segunda introduce un mecanismo de reforma no dispuesto por la primera. El anterior examen, no deja, en principio, otra respuesta que considerar que el Decreto era inconstitucional. No obstante, la

Corte al llevar a cabo el estudio de la constitucionalidad del Decreto hizo uso de otra norma de la Constitución. Me refiero al artículo 2 que ordenaba que: “*La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que la Constitución establece*”. Y lo utilizó para sustentar que la nación era el pueblo, y que éste era el constituyente primario que podía en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente, sin sujetarse a los requisitos que ésta establecía.

Con base en el anterior análisis, el contenido normativo del artículo 218 de la Constitución de 1886, un instante después del fallo de la Corte sufrió un cambio y quedó así en la práctica: “*La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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. **La Constitución también podrá ser reformada por el pueblo, quien tendrá la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional***”. Lo anterior ocurrió sin que el texto del artículo 218 hubiera sufrido alguna variación en su literalidad, pues lo que esta consignado en negrilla nunca hizo parte del texto de la norma, pero sí de su contenido normativo.

La exploración de este caso deja muchas dudas de cara al tema de las mutaciones, o mejor permite plantear los primeros interrogantes: ¿la manera en que se llevo a cabo la resolución del caso, por parte de la Corte Suprema, puede considerarse como un proceso de interpretación constitucional acorde con el Derecho?, ¿puede sostenerse que éste es un caso típico de mutación constitucional, pues cumple con los requisitos expuestos en la hipótesis de trabajo que se describió, esto es como un cambio en una disposición, por causa de una nueva realidad, sin que se advierta ninguna alteración de su tenor literal, o se puede afirmar que este caso se configura como

extralimitación de la mutación por la interpretación, ya que operó un cambio en el contenido normativo de una de sus normas, sin que su texto hubiera percibido transformación alguna, pero en total y abierta contradicción con el tenor literal del artículo 218 (de la Constitución de 1886) que expresa categóricamente, refiriéndose al procedimiento de reforma de la Constitución, que “**sólo podrá ser reformada por un acto legislativo**”? ¿la Constitución y, por tanto, el sistema de derechos fundamentales se ven afectados positivamente por este tipo de sentencias, al hacer más dinámico el ordenamiento, o por el contrario se ven afectados negativamente por la falta de certeza o por la inseguridad jurídica que puede generar un tipo de proceso constitucional como éste?

Estas preguntas no pueden encontrar una o unas respuestas satisfactorias a esta altura del desarrollo del trabajo, sólo el adentrarse en un análisis detallado de las diferentes características de la noción de mutación constitucional, y de su relación con ciertos elementos del Derecho constitucional colombiano, tales como la supremacía, la fuerza normativa y la rigidez de la Constitución, o de otros fenómenos como la interpretación constitucional o el desarrollo jurídico, entre otros, permitirá tomar partido por una u otra posición al respecto, pero esto es algo que se dejará para analizar en los posteriores capítulos, por ahora sólo se mantendrá planteado este caso, y sus interrogantes, como un problema a resolver. Así las cosas, se continuará con la persecución del objetivo que se pretende en esta parte del trabajo, como es el estudio de la situación en que se encuentra el ordenamiento constitucional colombiano, y especialmente el del sistema de derechos, en relación con la conexión entre Derecho positivo y realidad.

III. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DESPUÉS DE 1991

El propósito ahora se ciñe a la descripción y análisis de algunos de los rasgos jurídicos más importantes de la naturaleza de los derechos en

Colombia²³, con el fin de conocer si ellos se encuentran contenidos en un sistema de carácter dinámico o estático. Este análisis es pertinente, pues como se dijo antes sólo podrá hablarse de unos derechos mutables en Colombia si su sistema jurídico lo permite, y esto sólo será posible si se determina que dicho sistema se ajusta a los criterios de un modelo dinámico²⁴. Se pretende explicar qué significan los derechos dentro del marco jurídico o, mejor, qué representan ellos en el interior del sistema constitucional colombiano como normas con vocación de transformación. No se quiere profundizar en el análisis y la crítica de dichos rasgos, sino en la relación de éstos con la posibilidad de admitir cambios intensos.

A. LA EFICACIA DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS

El artículo 2 de la Constitución establece que: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...***”. ¿Cuál será el alcance jurídico de la obligación impuesta al Estado de garantizar la efectividad de los derechos? El punto determinante para dar respuesta a esta pregunta se circunscribe a encontrar el significado jurídico de la palabra “efectividad”. El sustantivo de efectividad es eficacia, y eficacia en el mundo jurídico, específicamente en materia de derechos fundamentales, significa la verdadera y efectiva proyección de la fuerza normativa de los mismos en la realidad que pretende regular. Al respecto dice Alaéz Corral que: “*La eficacia de los derechos fundamentales, como la de cualquier otra norma constitucional, sólo puede ser medida en términos jurídicos a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de*

²³ Se prescinde en este momento de algunos elementos también determinantes del significado general que tiene los derechos en Colombia, como por ejemplo del régimen de garantías o de los sistemas procesales para hacerlos efectivos, pues ahora no son relevantes para el objetivo que se pretende en este capítulo.

²⁴ Resulta pertinente aclarar aquí que la idea de sistema jurídico dinámicos o de sistema jurídico estático que se desarrolla en este trabajo no se utiliza en el sentido Kelseniano de sistema normativo estático o de sistema normativo dinámico. Ver KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 7ª Ed., Trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1993, pp. 203-204. Para efectos de este escrito, se hará uso de la idea de sistema jurídico estático en el sentido de un ordenamiento constitucional que no tiene en cuenta a la realidad, mientras que un sistema jurídico dinámico es aquel que le otorga relevancia jurídica a la realidad que pretende regular, y que, por ende, es flexible abierto y fluctuante.

*su objeto...*²⁵. Vale la pena resaltar que el artículo que se analiza no se refiere a la eficacia horizontal o vertical de los derechos que está muy puesta de moda por la doctrina (aunque existe mucha relación), si no más bien se cree que se refiere a la obligación para los órganos del Estado (dentro de los cuales se encuentra la Corte constitucional), para que hagan realidad los derechos; para que los garanticen.

Tal vez esto último sea aceptable si se compara con el inciso segundo del artículo 13 de la Carta que establece: “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados*”. Es decir, el constituyente insta al Estado para que promueva una igualdad real y efectiva, pero para ello es lógico que quien vaya a llevar a cabo dichas medidas debe tener conocimiento de la realidad social que pretende igualar. Aunque los derechos consagrados en los artículos 11 al 24, 26 al 31 y 33, 34,37 y 40 de la Constitución son de aplicación inmediata (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la misma Norma), es decir, no necesitan para ser efectivos y aplicados la intervención del legislador, ellos siempre necesitaran la mediación del operador jurídico que debe conocer y tener en cuenta la realidad, para poder hacerlos eficaces.

En este sentido, y en principio, se puede afirmar que la Constitución reclama de los operadores jurídicos (por ejemplo el juez constitucional) que hagan efectivos los derechos, esto significa, entre otras cosas, que deben remover los obstáculos presentes para alcanzar tal fin. Si eficacia significa la verdadera y efectiva proyección de la fuerza normativa de los derechos en la realidad que pretende regular, el juez constitucional se encuentra jurídicamente obligado a tener en cuenta a la realidad constitucional, en el ámbito en el que pretende desplegar los efectos vinculantes de las normas iusfundamentales. En otras palabras, se puede afirmar que el principio de vinculación del juez constitucional a la realidad constitucional se encuentra establecido en el artículo 2 de la Constitución.

²⁵ Cfr. ALAÉZ CORRAL., B., <<la eficacia de los derechos fundamentales>> en: *Teoría General de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 179.

Este argumento se encuentra respaldado en la jurisprudencia de la Corte: *“Al juez de tutela le corresponde llevar la justicia a los hechos dentro de los parámetros determinados en la Constitución Política; de esta manera le da dinamismo al derecho y busca plasmar en cada fallo el consenso de la sociedad frente al ordenamiento jurídico. Se impone pues, frente al concepto que reduce el derecho a una mera técnica de aplicación abstracta de las normas. Es quien debe desentrañar el contenido material de los derechos fundamentales y procurar su eficacia con base en los límites antes aludidos. Es sobre los criterios de valor legítimante que debe recaer su sentencia. Esto porque dichos derechos no sólo tienen el carácter de normas jurídicas en su pleno sentido, sino que son también valores que deben orientar el ejercicio de la autoridad”*²⁶. En este mismo contexto, cuando la Corte constitucional se refiere a la fuerza o poder vinculante de los valores constitucionales, hace suyo un fundamento de la teoría de la mutación de los derechos que se expondrá con detalle en el siguiente capítulo, como es la idea de que en el texto no se agota el Derecho. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que: *“Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política”*.²⁷

El juez constitucional es el medio idóneo para la consecución de la eficacia de los derechos en Colombia. En este sentido también dice la Corte: *“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al*

²⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-124-93. M. P. Vladimiro Naranjo.

²⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92 Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

*legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”.*²⁸

De acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia constitucional, es posible sostener que, en virtud de la obligación de hacer efectivos los derechos, el juez debe llevar a cabo una conexión entre los derechos y la realidad en la que ellos pretenden desplegar su fuerza normativa, pues el Derecho no se agota en las normas, sino que acoge a la realidad constitucional que como se ha sostenido es cambiante, y puede ser vía de producción de cambios en los derechos. Así las cosas, el principio de efectividad de los derechos es un elemento relevante que propugna por que los mismos se desarrollen bajo los criterios de un modelo dinámico.

B. LA POSICIÓN DE LOS DERECHOS

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, los derechos fundamentales han tomado un camino distinto del que traían bajo la Constitución de 1886. Estas diferencias se pueden circunscribir, por ejemplo, al disfrute efectivo de los mismos por parte de los ciudadanos, a que estos derechos son considerados ahora como la base fundante de todo el ordenamiento jurídico, ya que tienen una fuerza vinculante directa. Estas prerrogativas de los derechos no existían plenamente antes de 1991, pues existía una menor intención en otorgar protección y cubrimiento en materia iusfundamental a los individuos, una prueba de ello es la casi inexistencia de mecanismos o garantías especiales o directas para la real protección de los mismos (no existía la acción de tutela, por ejemplo), o también los amplios márgenes para la limitación de los derechos por virtud del “orden público”. Refiriéndose a este cambio de prerrogativas, el profesor Cepeda Espinosa

²⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92 (fundamento jurídico 12), M.P. Ciro Angarita Barón.

sostiene que la transformación más importante es el considerar a los derechos como poderes reales del individuo y no como meras declaraciones filosóficas²⁹.

Otra implicación del artículo 2 de la Constitución que como se dijo dispone que: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...*”, es que, según la jurisprudencia constitucional, esta disposición significa también que esos principios hacen presencia en todo el ámbito del Derecho constitucional, ya sea integrándolo o interpretándolo, ya que sus disposiciones deben ser leídas de acuerdo con esos principios, pues de esta manera se cumple con el principio de supremacía de la Constitución³⁰. Sobre los derechos fundamentales, la consagración de esta disposición implica que deben ser respetados, aplicados y protegidos por las autoridades en todo momento y lugar, sin necesidad de ley intermedia que así lo disponga ni de acto distinto al de su invocación, pues su eficacia proviene de la misma Constitución. Esto es, ellos deben ser garantizados por todos los operadores jurídicos. Así las cosas, cabe sostener que el sistema de los derechos fundamentales presentes hoy en Colombia, garantiza a los ciudadanos una doble función, esto es, una función subjetiva que implica la posibilidad de acudir a los mecanismos de protección de los mismos, por ser considerados como derechos subjetivos, ya que protegen los ámbitos de libertad, actúan como mandatos de actuación y demandan una actuación del Estado o de otros ciudadanos. Y por otra parte, reconocen una función objetiva, es decir, el ordenamiento jurídico, desde su cúspide hasta el último acto normativo en la parte más baja de la escala, se encuentra impregnado por la fuerza vinculante de los derechos.

En síntesis, se puede afirmar que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, los derechos fundamentales se han convertido en elementos vitales, indispensables, insustituibles, del ordenamiento jurídico colombiano y, por tanto, de su sistema democrático. Ellos han dejado de ser un

²⁹ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, M., *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2ª (ed), Temis, Bogotá, 1997, p. 1.

³⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-079 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

conjunto de buenas intenciones, para convertirse en la piedra angular de todo el entramado jurídico y político de la Nación. Ahora bien, esto es claro desde la teoría y del cambio ideológico, y para ello sólo basta ver los debates en la Asamblea Constituyente, donde se quiso en todo momento implantar los cambios descritos en este epígrafe. No obstante, desde la práctica diaria estos postulados de cambio se encuentran en proceso de hacerse efectivos, aunque la labor de algunos órganos del Estado, especialmente de la Corte constitucional, ha sido muy valiosa para alcanzar dichos objetivos, esta tarea aún se encuentra en una etapa inicial.

C. LOS VALORES CONSTITUCIONALES

La jurisprudencia y la doctrina colombiana coinciden en que los valores constitucionales se encuentran explicitados en el preámbulo de la Constitución, y que deben ser reconocidos como verdaderas normas jurídicas que trazan las grandes directrices que inspiran a toda la Norma Fundamental. Por tanto, son de obligatorio cumplimiento para todos los miembros del Estado y de la colectividad. Por ser normas que contienen esas pautas o fines para la actividad de gobernantes y gobernados, se presentan como disposiciones constitucionales abstractas, abiertas y flexibles. Estas calidades de los valores, de cara a la idea de mutación de los derechos, son muy importantes, pues en el proceso interpretativo dotan a la Constitución de dinamismo, esto es, la convierten en una Norma dinámica. Por tal razón, se quiere conocer su naturaleza y alcance jurídico.

Los valores constitucionales proponen metas a las cuales se debe llegar, y, por tal razón, fijan el sentido y propósito de todas las normas del ordenamiento jurídico. Los valores cumplen una labor fundamental en el proceso interpretativo, al momento de resolver una controversia. Como dice la Corte, los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del Derecho, mas no son normas de aplicación directa que puedan resolver aisladamente un asunto³¹.

³¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

Entre otras características, la Corte ha entendido que ellos pueden tener una consagración explícita o no, pero sobre todo a partir de ellos se construye el fundamento y la finalidad de la organización política. No obstante su perfil programático, los valores constitucionales no deben ser entendidos como la manifestación de una aspiración sin fuerza normativa, pues ellos se configuran como el conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre gobernantes y gobernados.³²

La presencia de los valores permite que la Constitución goce de una enorme generalidad y, por tanto, de una naturaleza interpretativa abierta. Así las cosas, dentro del contenido de un valor se pueden incorporar varios sentidos jurídicos, por tal razón sólo tienen una eficacia interpretativa, lo que no significa que el juez constitucional pueda hacer uso de ellos en el proceso hermenéutico, eso sí sin pretender hacerlos normas de aplicación inmediata capaces de fundamentar por si solas la medida judicial. Para aplicarlos es necesario llevar a cabo una interpretación integral de la realidad y del Derecho. De acuerdo con la jurisprudencia, son ejemplos de valores superiores, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (estos se encuentran establecidos en el preámbulo de la Constitución). Pero también se consideran valores a las disposiciones establecidas en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución, es decir, los relacionados con los fines del Estado, esto son: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc.

Ahora bien, se ha sostenido que los valores son normas con fuerza normativa, esto significa que poseen un poder vinculante. Sin embargo, cuál es el argumento para sustentar tal afirmación. La Corte, como ya lo mencionamos antes, ha sostenido la tesis de que el Derecho constitucional no se agota en las normas explicitadas, es decir, éste no está establecido en el limitado ámbito de los artículos que constituyen una Constitución³³. Por tanto los valores gozan de

³² Ídem.

³³ Estos argumentos ya sea habían planteado en salvamentos de voto en la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia Sentencia, esto es, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se dijo por

poder vinculante, en cuanto soporte de los preceptos que esa Norma contiene, es por esto que toda norma que abandone cualquiera de los fines que determinan los valores quebranta a la misma Constitución. Los valores contienen mucho más que un mandato específico, ellos incorporan los fines que persigue el ordenamiento jurídico, se corresponden con las ideas que inspiraron al Constituyente para trazar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado, son la motivación política de toda la normatividad. La Constitución pretende realizar tales valores y, por ende, la cuestión se extiende más allá de la pura literalidad de sus artículos³⁴.

D. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La jurisprudencia ha sostenido que los principios constitucionales establecen disposiciones jurídicas generales que contienen una delimitación política reconocida. Ellos limitan el proceso de interpretación, pues poseen la característica de ser normas de aplicación inmediata, es decir, existe una vinculación para el legislador y para el juez constitucional. Por ejemplo, En el título I de la Constitución se establecieron como principios fundamentales: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular y la supremacía de la Constitución.

ejemplo que: *"No es descaminado pensar, como lo plantea el actor, que en las definiciones de las cuestiones de constitucionalidad deben tomarse en cuenta los principios y valores proclamados en el Preámbulo de la Constitución, pues ellos orientan la interpretación de la normatividad, al postular los fines y propósitos para los que fue expedida y aunque sus enunciados no tengan fuerza preceptiva sí tienen la función directiva que se deriva de los postulados teleológicos". "Si se quiere, por otra parte, vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y aplicación de las normas positivas y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario a la justicia, tiene que ser contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia. En consecuencia, cuando las normas acusadas, no importa su rango, atentan contra la unidad nacional, la paz o la justicia, proclamadas en el Preámbulo de la Constitución como razón de ser de la forma de vida colectiva en ella propuesta, el juez de constitucionalidad debe invalidarlas, ya que el derecho positivo no se justifica por sí mismo". Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de octubre de 1980. Salvamento de voto del Magistrado Luis Carlos SÁCHICA.*

³⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92, Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Los principios constitucionales son normas que disponen un “deber ser” determinado, no obstante por su generalidad dejan un ámbito para la discrecionalidad legal y judicial. Se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre éste y los ciudadanos. Dice la Corte que estos principios no representan ideales o fines jurídicos para el futuro, sino por el contrario encarnan disposiciones jurídicas para el presente, son el inicio del nuevo orden, la mira que jalona el orden del mañana. Son pautas de interpretación ineludible, pues están dotados de fuerza normativa por virtud del artículo cuarto de la Constitución ³⁵.

Ahora bien, debido a su naturaleza abierta estos pueden presentar problemas, en algunos casos, para ser aplicados por el operador jurídico de manera directa en un caso específico, es decir, dice la Corte Constitucional que los principios constitucionales no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, por cuanto siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una textura abierta, lo que, en ocasiones, limita su eficacia directa. Lo que significa que poseen una eficacia relativamente directa, sin perjuicio de su fuerza normativa que es algo que se encuentra fuera de discusión. No obstante, en algunas situaciones el juez constitucional puede requerir de otras disposiciones constitucionales para sustentar de manera correcta la decisión judicial. Teniendo en cuenta la naturaleza abierta de los principios, se puede sostener que son un tipo de normas adscritas a la idea de dinámica constitucional, es decir, son disposiciones proclives a la flexibilidad en su aplicación y, por tanto, son vías idóneas para la producción de mutaciones en los derechos fundamentales.

Se ha afirmado antes, con base en la doctrina constitucional, que los valores son normas que determinan fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. En este orden de ideas, la Corte constitucional ha sostenido que la diferencia entre principios y valores no es de naturaleza

³⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón

normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.³⁶

E. LA CALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL

La secuencia de valores, principios y derechos que se ha presentando, tiene su importancia en la idea de que las normas iusfundamentales atienden a esos valores y principios al momento de ser interpretadas, y al ser estos últimos normas con una gran apertura y abstracción, otorgan dinamismo y flexibilidad al sistema de los derechos en Colombia, y esto de cara a la admisibilidad de mutaciones es muy importante. Ahora bien, el esgrimir por qué causas o circunstancias es considerado un derecho como fundamental, como un rasgo definitorio del concepto de los derechos en Colombia, es una cuestión primordial en el análisis de la relación con la idea mutación, pues estas consideraciones doctrinarias al respecto permitirán conocer o determinar si, un derecho que es considerado como fundamental, se encuentra sustentado sobre una teoría dinámica o estática de Derecho. En otras palabras, la posibilidad de existencia de mutaciones dependerá de la teoría que cimiente el porqué un derecho tiene la calidad de fundamental. Por ahora no se pretende establecer si las mutaciones son admisibles en el orden constitucional colombiano, sólo se quiere (como se advirtió antes) resaltar la relación de algunos rasgos del concepto de los derechos, en este caso de la noción de “fundamental”, con la idea de unos derechos mutables.

Así las cosas, se puede comenzar por decir que desde la lectura de la Constitución es muy difícil afirmar con absoluta certeza cuales derechos

³⁶ Ídem.

constitucionales son fundamentales y cuales no lo son, pues por ejemplo, en el título II, capítulo 1, se encuentra un epígrafe expreso que establece “De los derechos fundamentales”, es decir, existe un catálogo taxativo de derechos desde el artículo 11 hasta el 41. Sin embargo, de otro lado existen disposiciones que se ubican fuera de ese catálogo, pero que afirman expresamente ser derechos fundamentales, por ejemplo el artículo 44 dispone que: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*.

También hay normas dentro de la Constitución como el artículo 94 que establece que: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*. Es decir, disposiciones que, a primera vista, dicen que los derechos fundamentales son los inherentes a la persona humana y no los contenidos taxativamente en el texto constitucional. O también el artículo 85 que dispone que: *“son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”*. Como se puede apreciar, la cuestión no es fácil de resolver, no se puede establecer a ciencia cierta cuales derechos constitucionales son fundamentales y con base en qué criterio se puede sostener que otros derechos no tienen dicha calidad.

La Corte Constitucional, desde el primer momento de su creación ha ido dando respuesta a este interrogante. Sobre el particular existe abundante jurisprudencia, sin embargo aquí se tomará como base, primordialmente, la sentencia T-406 de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, por dos cuestiones básicas: recoge los aspectos básicos que han sido

desarrollados en jurisprudencias posteriores y, también, porque se considera que es donde mejor se ha tratado el tema, desde una postura jurídica acorde con la posición histórica de Colombia en la actualidad. Esta sentencia será la base normativa para el desarrollo, que a continuación, se pretende presentar, pero en ciertos puntos será apoyada por otros fallos que han dado más luz sobre los diferentes significados de los requisitos y criterios que debe contener un derecho constitucional para ser considerado como fundamental.

Para dar inicio al análisis de la noción de “fundamental” de un derecho, es pertinente plasmar una definición provisional de la misma, tomada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que servirá como punto de partida o marco teórico para desarrollar los principales argumentos, requisitos y criterios, para la identificación de dichos derechos. Se puede sostener que en Colombia son derechos constitucionales fundamentales los inherentes a la persona humana, reconocidos de manera directa o indirecta en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata, siempre en conexión directa con los hechos y el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa.

De esta definición provisional, y por motivos metodológicos, se pueden extraer tres elementos o bloques constitutivos, es decir, para llevar un orden en el desarrollo del concepto de derecho constitucional fundamental, es viable hacerlo dividiendo el tema en tres grandes partes, dentro de las cuales se podrán incluir los diferentes criterios diferenciadores de dicho concepto. La primera parte se refiere a que los derechos fundamentales son tales por ser inherentes a la persona humana; la segunda parte se circunscribe a que éstos serán fundamentales si se encuentran reconocidos de manera directa o indirecta en el texto constitucional, como derechos subjetivos de aplicación inmediata; y la tercera parte se refiere a que su calidad de fundamentales depende, de manera directa, de su vinculación con los hechos y el momento histórico en que ellos pretenden desplegar su fuerza normativa. Es muy importante conocer qué necesita un derecho en Colombia para ser considerado como fundamental, de cara a este trabajo de investigación, pues los criterios que permiten determinar tal calidad, darán prueba de la clase de teoría sobre la

que está fundado el sistema de los derechos, es decir, estos criterios dirán si el sistema iusfundamental colombiano tiene como base una teoría estática o dinámica, en el primer caso dicho sistema atendería a la realidad, y en el segundo no lo haría. Una vez determinada la teoría que sostiene el sistema de derechos, se podrá conocer más adelante si es aplicable en Colombia la tesis de unos derechos mutables.

1. La inherencia a la persona humana

Antes hemos dicho que el artículo 94 de la Constitución establece que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta norma, de cara a lo que se analiza, dice dos cosas: los derechos no se agotan en el catálogo codificado y los derechos, tanto del ámbito interno como supranacional, encuentran su fundamento en la inherencia a la persona humana, es decir, en el principio de la dignidad humana del artículo 1 de la Constitución.

a. Los derechos no se agotan en el catálogo

Sobre la primera de las cuestiones, cabe decir que la jurisprudencia constitucional ha dicho que la calidad de fundamental de un derecho no estriba sólo de su plasmación explícita en el tenor literal de la Constitución, es decir, de la creación por los constituyentes, sino depende más bien de una interpretación sistemática y teleológica mediante la cual se confronte todo el sistema jurídico en su conjunto. Los elementos básicos que permiten determinar que un derecho constitucional es fundamental, están más allá de la catalogación taxativa, ello depende, más bien, de la presencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho. Este es el argumento sostenido para fundamentar que el criterio de la consagración expresa es insuficiente³⁷.

³⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

Esta tesis ha sido ratificada posteriormente, con mayor claridad y posicionamiento doctrinal, por la misma Corte Constitucional, por ejemplo, se ha dicho: *“Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política*³⁸. De acuerdo con este argumento (y con el desarrollo práctico del día a día), es claro que esa Corporación se ha desmarcado rotundamente de la doctrina del positivismo formalista, en el que la validez de la norma se encuentra en la consagración expresa en los textos y en la producción normativa por el órgano competente para ello³⁹. Se puede afirmar que la Corte acoge una postura más cercana a la teoría de la integración, donde se pregonaba que el Derecho constitucional no se agota en las normas explicitadas, sino que está abierto a la realidad vital del Estado⁴⁰. Lo más importante a rescatar, en relación con el objetivo de estudio, es que la Corte, cuando se refiere al alcance del artículo 94 en su parte a la inherencia a la persona humana, ha dicho que: *“Esta disposición concuerda con el **sentido amplio y dinámico** que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social”*⁴¹.

b. El fundamento de los derechos

Ahora bien, es el turno de dilucidar la segunda cuestión que se resaltó del artículo 94 transcrito, esto es, el significado de la idea de que los derechos para que sean fundamentales deben ser inherentes a la persona humana. Sobre el particular, vale la pena reconocer que sobre la expresión exacta “inherente a la persona humana” no se ha dicho mucho, se hacen menciones o

³⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92, Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero

³⁹ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 43.

⁴⁰ Véase SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. J. M. Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 132.

⁴¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

aproximaciones en la jurisprudencia⁴². No obstante, esto no quiere decir que no se haya desarrollado el tema, lo que pasa es que no se ha hecho de forma categórica sobre el artículo 94, sino que se ha hecho un análisis del principio constitucional en que este artículo encuentra su sustento, es decir, se hace referencia al artículo 1 de la Constitución en que se estableció que Colombia se encuentra fundada en el respeto de la “dignidad humana”.

Recuérdese que antes, cuando se hizo el análisis de los principios constitucionales, se dijo que la Corte en su jurisprudencia reconoció que este artículo 1 los acoge, es decir, que el respeto a la dignidad humana tiene la calidad de principio. Para demostrar la relación entre “inherencia a la persona humana” y el principio del respeto a la dignidad humana, cabe citar un fallo de la Corte en el que está definiendo el concepto de dignidad humana, en éste se dice que: *“Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano”*⁴³.

Con el fin de justificar mejor lo dicho, es decir que el artículo 94 es una expresión del principio del artículo 1, la Corte, en la sentencia T-406/92, ha expresado que unos de los requisitos esenciales para considerar a un derecho constitucional como fundamental, es que debe estar en conexión directa con los principios constitucionales, pues estos últimos son la base axiológico-jurídica sobre la cual se edifica todo el ordenamiento jurídico. Por tal razón, no puede existir ninguna disposición constitucional, o norma de cualquier otro nivel jerárquico, en oposición con lo establecido en los principios. La flexibilidad o cambio en el sentido de una norma se encuentra fijada o limitada por una interpretación conforme con los postulados de los principios. Dice la Corte que los derechos fundamentales son, al igual que las demás disposiciones de la Constitución, fruto de los valores y principios, no obstante, la afinidad con los

⁴² Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional T-037/93, M. P. José Gregorio Hernández; y, también, T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

⁴³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-556/98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

últimos es más directa, más inmediata, se palpa con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.⁴⁴

Hecha esta salvedad, es decir que cuando el artículo 94 establece la expresión “inherente a la persona humana” se está refiriendo al principio del respeto a la dignidad humana, se puede continuar afirmando que la jurisprudencia constitucional considera que esté último determina, no sólo un deber negativo de no intromisión, sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna. Esta categoría significa el derecho de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de serlo, se convierte en la facultad de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Así las cosas, el principio de dignidad se erige como el fundamento político del Estado colombiano.⁴⁵ Y por tanto, también de los derechos fundamentales. Entonces lo que determina que un derecho sea fundamental en Colombia, es que encuentre su vinculación o pertenencia con el principio de “dignidad humana”.

El principio de la dignidad humana, que como se ha dicho es la base del Estado, tiene la calidad de absoluto, esto es, no puede ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia. Esto lo diferencia de los derechos fundamentales que al convivir con otros crean conflictos y choques, y por ende son susceptibles de restricciones. Por tener la calidad de principio, es imposible que en caso de violación pueda ser invocado ante la jurisdicción de manera principal y única como causa de la acción de tutela. No obstante, una acción u omisión de una autoridad pública que quebrante o ponga en peligro un derecho fundamental, está atentando también contra el principio de dignidad humana, por tal razón, el desconocimiento o violación derecho fundamental da capacidad de interponer la acción de tutela en la que se apreciará tanto la conculcación del derecho como la profanación a la dignidad.⁴⁶

⁴⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T- 406/92, M .P. Ciro Angarita Barón.

⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-572/99, M. P. Fabio Moron Díaz.

⁴⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-401/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así las cosas, el principio de la dignidad humana no significa un recurso literario u oratorio en la ciencia jurídica, pues como hemos recalcado tiene la categoría de principio constitucional, con su función de fundamento del Estado y como fundamento del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la actividad de las autoridades públicas. Por tal razón, este principio justifica o fundamenta la existencia de los derechos fundamentales que a su vez son el elemento esencial de la Constitución. La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos, ya que el ser humano, en cuanto tal, es único en relación con los demás seres vivos, pues se encuentra dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico. Esto último significa que no es posible convertir al ser humano en un medio para lograr fines estatales o privados, pues éste es un fin en sí mismo. La consecuencia a este concepto se circunscribe, entre otras cosas, a eliminar toda forma desdeñosa frente a sus necesidades corporales y espirituales, ya que su atención son obligatorias de atender en el Estado Social de Derecho, pues en esta forma de Estado se reconoce en el ser humano la razón de su propia existencia y, por tanto, la base y justificación del sistema jurídico.⁴⁷

Lo anterior significa que el concepto de dignidad de la persona nos es el mismo dependiendo de la forma de Estado de Derecho. Entonces, en Colombia qué significa el concepto de dignidad humana en el contexto del Estado social. Se ha sostenido que desde la Constitución sabemos que Colombia es un Estado personalista, democrático, participativo y humanista, que hunde sus raíces en los campos axiológicos de la dignidad humana, y que la persona no es el medio sino el fin del poder político. Así las cosas, ahora con base en el Estado social la Constitución no sólo aboga por la persona como tal, sino que le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad. Es decir, ahora se quiere defender la vida pero también una cierta calidad de vida. La jurisprudencia al respecto ha dicho: *“Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aún que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que permitan vivir con dignidad. Para ello se introdujo el concepto de democracia participativa en el Estado social de derecho, que busca*

⁴⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-556/98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

*simultáneamente que el Estado provea a la satisfacción de las necesidades sociales y que, a su vez, a la sociedad civil participe en la consecución de los fines estatales”.*⁴⁸

Como se puede observar, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que la idea de dignidad humana toma unas características especiales en el marco del Estado social, es decir, la obligación para el Estado de proveer la satisfacción de las necesidades para lograr una vida digna. El argumento que ha utilizado la Corte, para fundamentar tal afirmación, tiene como sustento las ideas de la doctrina del Derecho natural, pues defiende que los derechos son previos al Estado, pues como se ha sostenido éstos son inherentes al ser humano por tener tal calidad, es decir, el Estado no los otorga a los ciudadanos, sino que ellos son intrínsecos a la raza humana, o sea, previos a la existencia de dicho Estado.⁴⁹

Con base en este argumento, la Corte ha establecido que cuando el Estado crea normas de carácter sustancial o procedimental en virtud de las cuales pretende regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener en cuenta el concepto de la dignidad humana, estas regulaciones serán inaceptables y contrarias a la calidad de ser humano y, por supuesto, violatorias o contrarias a la Constitución misma, pues atentar contra los derechos fundamentales significa infringir las condiciones mínimas para la vida digna, ya que existe una relación indisoluble entre los derechos fundamentales y la dignidad humana⁵⁰. De acuerdo con esto, el Estado y el Derecho se encuentran en la obligación de realizar y proteger la dignidad humana de los ciudadanos. Al respecto dice la Corte: "*porque ambas instituciones se justifican y tienen razón de ser sólo en la medida en que sean instrumentos al servicio de*

⁴⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-575/92, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ Véase LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 296. En Colombia, Iván Vila sostiene que el artículo 94 de la Constitución se ha convertido en el pasaporte de entrada a la teoría del Derecho natural, específicamente al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, que pregona la idea de que los derechos son previos a la existencia del Estado. Cfr. VILA CASADO, I., *Nuevo Derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, pp. 434 y 435.

⁵⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-521/98, M. P. Antonio Barrera Carbonel.

*la promoción, realización y elevación del conjunto de valores supremos que trascienden al ser humano y a su dignidad*⁵¹.

c. El contenido esencial

Con el fin de lograr este objetivo, es decir, el impedir intromisiones en la dignidad humana de las personas, la jurisprudencia ha desarrollado, en Colombia, la doctrina del contenido esencial de los derechos, es decir, para que un derecho pueda ser considerado como fundamental necesita que exista un ámbito necesario e irreductible de conducta que el mismo protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Esto significa que este núcleo no es susceptible de intervención alguna, es decir, el núcleo básico es un ámbito intocable para los procesos hermenéuticos y para las decisiones políticas.

Existe una relación ideológica entre la dignidad humana y el núcleo esencial, pues este último se convierte en el espacio o ámbito intocable de los derechos, pues recuérdese que ellos son previos al Estado, es decir, a su positivación. Sobre el particular la Corte ha establecido que: *“El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental*⁵². En esta misma providencia, se estableció que la noción de contenido esencial

⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-052/93, salvamento de voto de los Magistrados Ciro Angarita y Alejandro Martínez.

⁵² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

hace parte de los requisitos indispensables para determinar que un derecho constitucional posee la calidad de fundamental.

La jurisprudencia constitucional ha ahondado más sobre el concepto de núcleo esencial de los derechos fundamentales, denominándolo como el "límite de los límites". La idea de Constitución como sistema es incompatible con la presencia de unos derechos fundamentales absolutos o ilimitados, pero no toda limitación o restricción a un derecho fundamental puede aceptarse indistintamente, es decir, no está justificada toda intromisión. Por ejemplo, la concreción que hace el legislador sobre las disposiciones de derechos fundamentales pueden llevar consigo límites o restricciones a los mismos (siempre dentro de lo permitido por el principio de proporcionalidad), no obstante, dicha restricción debe estar sometida a un límite absoluto o intocable, pues de no ser así los derechos perderían su contenido normativo, esto es, su existencia. Precisamente la doctrina del núcleo esencial postula la idea de un contenido mínimo irreductible del derecho frente al legislador.⁵³

Esta idea de "límites de límites" del contenido esencial, tiene su origen en la teoría de que los derechos fundamentales no son absolutos. En la sentencia C-475/97, se ha dicho que entender que un derecho es ilimitado quiere decir que no es susceptible de restricción. Tal situación significaría que dicho derecho prevalecería frente a todos los demás, es decir, en caso de conflicto con otros derechos éste siempre saldría victorioso, pues gozaría de supremacía. Pensar en la existencia de este tipo de derechos, sería negar la existencia de un sistema iusfundamental donde siempre existirán colisiones⁵⁴. El poder legislativo sólo puede actualizar los derechos, a las exigencias cotidianas, siempre y cuando no interfiera en el ámbito del núcleo esencial. Dice la Corte al respecto que: *"...aquí se descubre la dialéctica y la tensión existente entre Constitución y democracia, la que no se traduce en una rígida confrontación, sino en una mutua y permanente influencia recíproca, cuyo*

⁵³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-373/95, salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-475/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

estado y evolución admite distintos desarrollos concretos en función del pluralismo político...⁵⁵.

La doctrina del contenido esencial en Colombia será tratada con mayor detenimiento y profundización en el capítulo tercero de este trabajo. Ahora bien, se puede finalmente apuntar que, de todo lo dicho en este epígrafe, el principio de la dignidad humana posee un carácter vinculante, es decir, conlleva fuerza normativa, no es una declaración poética o de intenciones, es una norma jurídica constitucional que se configura en requisito esencial de la noción de derecho fundamental. En este sentido la Corte ha sostenido que: *“...El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es, en consecuencia, un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni inflingir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad que implica que todas las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, sin ninguna discriminación o consideración en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, etc..”*⁵⁶

2. Reconocimiento directo o indirecto en el texto como derechos subjetivos de aplicación inmediata

Teniendo en cuenta que el requisito esencial para que un derecho constitucional sea considerado como fundamental es que sean inherentes a la persona humana, esto es, que su fundamento se encuentra en el principio de la dignidad humana, todos los demás criterios de interpretación y de identificación

⁵⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-373/95, salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-465/96. M. P. Fabio Morón Díaz.

de un derecho de tal categoría deben ser considerados como auxiliares o indicativos, deben ser considerados parámetros de interpretación relativos.

a. El epígrafe de los derechos fundamentales

En la Constitución de 1991 existe una distribución formal de los diferentes temas que contiene. La Constitución está organizada en títulos y capítulos que se agrupan por temas relacionados que permiten su estudio de manera concordante. Por tal razón, existe un epígrafe que agrupa en el capítulo 1 del Título II los derechos fundamentales, esto significa que, de acuerdo con este criterio formal, los derechos fundamentales son aquellos que van desde el artículo 11 hasta el artículo 41. La Corte también aplica la regla de la clasificación de los derechos fundamentales por su ubicación, es así como, cuando analizó los artículos 1 al 41 de la Constitución, señaló que éste es un criterio auxiliar para determinar que un derecho es fundamental.

Como se dijo cuando se analizó el tema de la dignidad humana como fundamento de los derechos, la ubicación es un criterio auxiliar no principal o absoluto, lo que implica que un derecho no es fundamental ni deja de serlo por ser reconocido en determinado artículo o título de la Constitución, sino por su contenido material, consideradas las características y los hechos circunstanciales del caso en cuestión. Aunque es evidente que la mayoría de los derechos consagrados en ese capítulo 1 del Título II son derechos fundamentales, pues son inherentes a la persona humana, esto no significa que sea un criterio determinante, sino sólo es indicativo.

Al respecto la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera: *“De suerte que esta clasificación, por la titulación de los capítulos del Título II, permitiría adelantar, desde un punto de vista formal, una interpretación de acuerdo con la cual son derechos fundamentales en Colombia, con todos sus efectos en el ordenamiento jurídico, en la Sociedad y en el Estado, los consagrados en el Capítulo 1 del citado Título de la Constitución. Sin embargo, desde un punto de vista material, por el contenido o la naturaleza de esos derechos, así titulados por la Carta Política, en criterio de la Sala, aquella*

*interpretación impone ser ponderada, a más de que se ha concluido, por investigación llevada a cabo en los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente, que los títulos de tal Capítulo sólo tienen un carácter indicativo, y no un efecto vinculante porque fueron incorporados por la Comisión Codificadora, sin que hubieran sido aprobados por el pleno de la Corporación en el segundo debate...*⁵⁷. En síntesis, “los derechos por su ubicación” es un criterio indicativo o auxiliar, pues por ejemplo, en esta misma sentencia, se dispuso que el derecho a la paz, contenido en el artículo 22, no es fundamental.

b. Consagración expresa

Este criterio se refiere a la declaración manifiesta del constituyente originario en el sentido de declarar de forma expresa que un derecho o unos derechos son fundamentales. En Colombia, el artículo 44 dice que: “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*”. Este es pues, otro criterio diferenciador e identificador de un derecho como fundamental, es el reconocimiento expreso del Constituyente, no obstante, en ningún otro artículo se encuentra una referencia tan precisa y que no ofrezca dificultad en su interpretación.⁵⁸

c. La remisión expresa: el bloque de constitucionalidad

⁵⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-008/92, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁸ Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-406/92, T-593/92, C- 005/93, T-488/99, entre otras. Sobre los derechos constitucionales de los niños se pueden consultar las sentencias T-640/97 (prevalencia de los derechos de los niños), SU 225/98 (protección constitucional especial a los derechos de los niños), SU 256/99 (conflicto armado y derechos de los niños).

Este criterio se circunscribe a la voluntad del constituyente originario, el cual ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991⁵⁹. Este criterio tiene su fundamento en el artículo 93 de la Constitución que establece que: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*

El criterio de la remisión expresa para la identificación de un derecho como fundamental, ha sido denominado por la jurisprudencia y la doctrina como “el bloque de constitucionalidad”. Este bloque de constitucionalidad se constituye como un mecanismo de amplificación de los derechos en el ordenamiento colombiano, su fuente normativa es el derecho internacional de los derechos humanos. El sistema de los derechos fundamentales en Colombia no se limita al Derecho interno, es decir, este sistema se nutre del de las normas supranacionales o externas sobre derechos humanos. Cabe afirmar que por virtud del bloque de constitucionalidad, los derechos fundamentales pueden sufrir cambios en su contenido normativo sin que se advierta ningún cambio en su tenor literal, en este caso la vía o fuente normativa será el derecho internacional.

El bloque de constitucionalidad comprende las reglas y principios del artículo 93 de la Carta, y en cuanto la habilitación hermenéutica allí contenida sirve de parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto de las leyes y demás actos equiparables y como garantía de la expansión de la tutela de la dignidad humana. Con base en esto, la Corte constitucional, por ejemplo, ha argumentado que la jurisdicción de los casos resueltos por la Corte

⁵⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

Europea de Derechos Humanos y los desarrollos del sistema interamericano de derechos humanos y especialmente sus textos normativos, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Como se ha expuesto antes, lo más relevante, de cara a este trabajo, es que por medio de la figura del bloque de constitucionalidad puedan producirse mutaciones en los derechos en Colombia. Con tal fin, es necesario enmarcar el concepto y el alcance de dicho bloque, y para ello se tramará como base la sentencia de la Corte Constitucional número C-225 de 1995, pues allí se hace énfasis en el objetivo que se busca, de una manera más clara y sucinta que en otras fuentes jurisprudenciales⁶⁰. Los elementos constitutivos del bloque de constitucionalidad son muchos, pero se puede comenzar por decir que la Corte ha tomado inspiración en el modelo constitucional francés, específicamente en las decisiones del Consejo constitucional, que ha considerado que como el preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Es decir, el ordenamiento referido por el preámbulo de la Constitución actual francesa conforma un bloque de constitucionalidad con las normas explicitadas sobre principios, valores y derechos fundamentales.⁶¹

En segundo lugar, cabe sostener que el argumento más importante que ha utilizado la Corte Constitucional para justificar el bloque de constitucionalidad, o mejor la apertura del ordenamiento interno constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos, es la de la dignidad humana, es decir, son ordenes jurídicos complementarios que actúan bajo la idea común de la protección de los bienes jurídicos inherentes a la persona humana, esto significa que ambos ámbitos jurídicos coinciden en su fundamento. La búsqueda de la protección y garantía de la idea de la dignidad humana es el nexo común que permite la compaginación de los dos sistemas,

⁶⁰ Ver también las sentencias de la Corte constitucional C-574/92, C-295/93, C-179/94.

⁶¹ Sobre esta noción, ver Louis Favoreu "El bloque de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No 5 pp. 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 115 y ss.

es decir, la existencia del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, la situación anterior suscita un grave problema en el sistema de las fuentes del Derecho colombiano, pues por un lado el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y por otro lado la misma Norma en su artículo 4 consagra el principio de su supremacía. Este último artículo dice que: *“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”*. Se pueden observar dos cosas, la primera es que existe un conflicto normativo sobre la prevalencia de dos regímenes jurídicos distintos, y la segunda es que no existe claridad en la forma de resolverlo.

Con el fin de resolver este conflicto, la Corte define el contenido y significado de supremacía de un ordenamiento jurídico sobre el otro, ella considera que el sentido correcto de comprender la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario se encuentra circunscrito a que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. Es decir, mediante esta interpretación se pone fin a la tensión entre las dos normas constitucionales, esto es, entre los artículos 4 y 93. En otras palabras, lo que la Corte determinó es que los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, son normas presentes dentro del articulado propio de la Constitución y que, por tal razón, es decir, por dicha integración de ordenamientos, el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional sobre derechos humanos, pues son normas constitucionales.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-358 de 1997, ratificó lo dicho antes, y aclaró el contenido de la figura del bloque de constitucionalidad. Ésta

sostuvo que dicho bloque⁶² está integrado por las normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ya sea porque se trata de verdaderos principios y reglas ubicadas en el nivel constitucional, como por ejemplo son los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son normas que no poseen dicho rango, pero que la misma Constitución establece que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos⁶³.

d. La conexidad

Este criterio tiene su fundamento en las circunstancias especiales del caso concreto, es decir, existen derechos que por su naturaleza no tienen la calidad de fundamentales, no obstante, su conexión con otros derechos fundamentales es tan estrecha que sin la debida protección de los primeros los segundos no podrían ser garantizados efectivamente. Normalmente, esta conexidad se da en relación con los derechos sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente. Por ejemplo, cuando un ciudadano ve afectado su derecho a la salud al no encontrar respuesta del Estado cuando requiere servicios médicos de urgencia por un accidente, en este caso se está poniendo en riesgo el derecho fundamental a la vida. En estas circunstancias el derecho a la salud se convierte en fundamental por conexidad con el derecho a la vida.

En este sentido la Corte ha sostenido que: *“En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a*

⁶² Ver también la sentencia de la Corte constitucional C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶³ Ídem, Fundamentos Jurídicos 3 y 4.

priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos".⁶⁴

e. Aplicación directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, necesita de otro requisito esencial: que tenga una aplicación directa al caso concreto, esto es, sin mediación o intervención del legislador o de acción normativa de la administración. La virtud de los derechos de aplicación directa, es que en todo tiempo y lugar pueden lograr su eficacia inmediata y sin intermediación legislativa. La disposición para que sea iusfundamental debe contener una demarcación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Es por esto que sobre normas con una textura abierta, como son los tipos normativos propios de los valores, no puede proceder la tutela, ya que el sentido normativo, para estos tipos, debe ser impuesto por el legislador, es decir, es algo que depende de las alternativas de la política.

Sobre este punto la Corte deja claro que la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata, es decir, la noción de aplicación inmediata no se agota en la lista de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 85 de la Constitución, recordemos que esta disposición establece, como derechos de aplicación inmediata, la siguiente lista: 11 (vida), 12 (integridad personal), 13 (igualdad), 14 (personalidad jurídica), 15 (honor, intimidad y propia imagen), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 17 (prohibición de la esclavitud), 18 (libertad de conciencia), 19 (libertad de cultos), 20 (libertad de expresión e información), 21 (derecho a la honra), 23 (derecho de petición), 24 (libertad de locomoción y residencia), 26 (libertad de escoger profesión u oficio), 27 (libertad de enseñanza), 28 (libertad personal, detención preventiva), 29 (debido proceso), 30 (habeas corpus), 31 (doble instancia), 33 (límites al deber de declarar), 34 (penas de destierro, cadena perpetua y confiscación), 37 (derecho de reunión) y 40 (derechos políticos), sino que dicha eficacia, en ciertos eventos, puede ser aplicada para la protección por tutela, de

⁶⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

los derechos económicos, sociales y culturales.

En otras palabras, la noción de aplicación directa de los derechos constitucionales, como rasgo definitorio de que se trata de un derecho fundamental, no coincide con el concepto de aplicación directa del artículo 85 de la Constitución, es decir, la prerrogativa de la aplicación directa, que poseen los derechos denominados fundamentales, no se agota en el listado dispuesto por dicho artículo, de este privilegio pueden ser objeto otros derechos que se encuentran fuera de dicho catálogo. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 50 (sobre los derechos de los niños), del artículo 53 en su inciso segundo (sobre principios mínimos fundamentales de los trabajadores), o el artículo 73 (sobre obtención de información contenida en documentos públicos)⁶⁵. Como se puede observar, este es otro criterio de carácter dinámico, es decir, propio de una teoría dinámica de la interpretación de la Constitución, pues se abre a otras posibilidades de derechos que, por ejemplo, pueden ser de nueva creación por causa del paso del tiempo.

3. Por la conexión con los hechos y el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa

Es indudable que, desde la lectura jurisprudencial, la Corte Constitucional ha entendido que la realidad de Colombia hace parte del concepto de los derechos fundamentales, es decir, ésta considera que no puede existir una separación entre Derecho constitucional y realidad constitucional. Esto tiene una razón de ser muy enraizada en los problemas del país que han aflorado en la interpretación de los derechos, pues, como se señalado antes, desde los prolegómenos en los preparativos de un posible cambio de Constitución (es decir, antes de 1991), se hablaba de que uno de los grandes flagelos de la jurisdicción constitucional era la falta de diálogo entre los derechos y la realidad social.

No eran sólo habladurías, sólo es necesario hacer una aproximación a

⁶⁵ Ídem.

dicho problema para encontrar la pobreza y la ineficacia de los derechos en la etapa previa a 1991⁶⁶. Por tal razón, se debe considerar muy novedoso, y también valioso, por supuesto, el hecho de considerar al “momento histórico” y al “hecho en particular” como parte de la noción de derecho fundamental. Tal vez éste sea uno de las grandes transformaciones que se generaron con el cambio constitucional, pues existe una nueva visión ideológica del Derecho que implica la implementación de una mayor eficacia a los derechos, en un país donde brillaban por su ausencia. No quiere decir esto que con el cambio de visión sobre los derechos se acabó con el problema de su aplicación y eficacia, pero si se puede sostener que se abrió el camino para progresar en el logro de dicho objetivo. Esta afirmación se encuentra respaldada por la Corte Constitucional, pues en la sentencia T-406/92 sostiene que lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, no es determinar a priori cuáles son todos los derechos, pues esto no tiene mucha importancia, lo trascendental es la función que lleva a cabo el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos. Así las cosas, en la relación texto constitucional-hecho social, se puede ir construyendo una nueva interpretación de los derechos fundamentales adecuada a una realidad propia del subdesarrollo. La corte ha denominado a esta nueva visión como el “nuevo constitucionalismo para América Latina”.

a. Importancia del hecho

El argumento central de este requisito, y del que sigue también, es que el concepto de derecho fundamental, en el Estado social, debe ser amplio y dinámico, es decir, abierto y flexible a la historia. Por esta razón es que los criterios que identifican o determinan que un derecho constitucional es fundamental, superan la catalogación en el texto constitucional. Lo más idóneo, para poder llevar a cabo tal determinación, es que dependan de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho.⁶⁷

⁶⁶ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 5-6.

⁶⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

En la sentencia T-406/92, se dice que la construcción conceptual de un derecho fundamental depende de la relación jurídica entre la disposición de naturaleza abierta (ejemplo, salud, propiedad, posesión, competencia económica, etc.) y la aplicación problemática. Esto implica que el proceso hermenéutico, que aplican los jueces para delimitar los derechos fundamentales, debe ser de carácter inductivo. Es decir, la interpretación constitucional, que pretende determinar que un derechos constitucional es fundamental, necesita tanto de una parte normativa como de una parte fáctica, la primera compuesta por el texto constitucional (reglas, principios y valores), y la segunda por la realidad social atiborrada de injusticias y violaciones a los derechos.

b. Carácter histórico

Este segundo criterio, por un lado, deja totalmente claro que el momento histórico es un requisito imprescindible del concepto de derecho fundamental; y, por otro lado, ratifica que la teoría que cimienta dicho concepto en Colombia, es de naturaleza dinámica, flexible, abierta, viva, esto es, buscadora de la eficacia de la conexión entre Derecho y ser humano, pues vincula al hombre en su faceta de vida social, del día a día que por naturaleza es cambiante. El momento histórico es fluctuante y los derechos fundamentales deben hacer presencia allí, si quieren cumplir con su función de ordenadores de todo el sistema jurídico y, por ende, del hombre en sociedad. En este orden de ideas, y después de reconocer que la categoría de fundamental depende del carácter histórico, la Corte ha entrado a explicar cómo opera dicho criterio. Partiendo de la teoría dinámica que se ha resaltado, esta Corporación sostiene que la evolución de la sociedad ha hecho que no todos los derechos fundamentales lo sean en todos los tiempos y que algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla. El fundamento de estas fluctuaciones, se encuentra en la fuente normativa de los derechos que para la Corte es el momento de la representación colectiva sobre la materia iusfundamental, es decir, lo fundamental de un derecho depende de la visión que la sociedad tiene de ellos.

A manera de síntesis de todo lo dicho, es posible sostener que es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y de aplicación de las disposiciones constitucionales que establecer cual es la lista de los derechos fundamentales, pues estos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana y no en la codificación, por esto la definición a priori de todos los que son derechos fundamentales no tiene mayor importancia. No obstante, la importancia radica en qué órgano debe decir cuáles son los derechos, y esa labor se encuentra en cabeza del juez, quien debe tener en cuenta que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos. Bajo esta perspectiva, es decir en la relación norma constitucional -hecho social, es viable la construcción de la nueva interpretación de los derechos adecuada a la realidad propia del entorno de su aplicación, esto es, del ámbito donde deben desplegar su fuerza normativa.

F. LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL

La consagración expresa de que Colombia es un Estado social implica que se tiene el deber constitucional de buscar y sostener el bienestar de los colombianos, no puede el Estado desarrollar una función inactiva o indiferente respecto de la realidad social, como ocurría antes, por el contrario es obligatorio que su actitud sea interventora, esto con el objetivo de debilitar las diferencias sociales existentes. En otras palabras, la cláusula del Estado social implica que el Estado colombiano tiene el deber de asegurarles a los ciudadanos unas condiciones materiales mínimas de existencia, y para ellos su actitud debe ser activa en la búsqueda de tal objetivo⁶⁸. El Estado Social de Derecho obliga al Estado a promover la acción de sus órganos, con el fin de paliar las carencias sociales y económicas, así como a utilizar medidas de acciones positivas en favor de los ciudadanos o grupos de ciudadanos más desfavorecidos.⁶⁹

⁶⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-579/99. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-426/92. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El origen histórico, de la noción de Estado Social de Derecho, se encuentra en los esfuerzos de occidente por contrarrestar la pobreza en los más desfavorecidos. No obstante, ahora se necesita que el Estado vaya más allá de una actuación episódica o coyuntural, es obligatorio que introduzca cambios de fondo dentro del sistema económico y social. No se puede considerar a la colectividad como una entidad autosuficiente, dotada de un orden propio y, por su puesto, ajeno a toda regulación estatal. En la jurisprudencia se dice que: *“La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar -hasta cierto punto- las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado”*⁷⁰. Por tal razón, la eficacia de la disposición del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de satisfacer las necesidades vitales de los administrados, mediante el correcto suministro de las prestaciones, siempre con el objetivo de lograr la igualdad real en las condiciones materiales de existencia de las personas.⁷¹

En la sentencia C-566/95, se aduce que el fundamento de la cláusula del Estado social de Derecho se encuentra en los valores esenciales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su intención trascendental es otorgar las condiciones materiales en búsqueda de la efectividad de los mismos. No obstante, esto no significa el exceso en el bienestar, pues se corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. Así las cosas, el Estado colombiano debe garantizar los servicios asistenciales necesarios para una vida digna, y que a partir de allí el ser humano pueda desarrollar libremente su personalidad. Estos servicios asistenciales o de intervención tienen su fundamento, en el principio de igualdad y, por tanto, son sus objetivos, en primer lugar, la efectiva prestación de los derechos sociales y económicos, así como la prestación de los servicios públicos, en segundo

⁷⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-566/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-636/00, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

lugar, garantizar el ejercicio de los derechos de participación política, pues éstos tienen su fundamento en el principio democrático.

El órgano encargado de poner en marcha todo el sistema, es el Congreso de la República quien se encuentra obligado a delimitar, en cada momento histórico, dentro de los límites constitucionales, la política social del Estado. Para tal fin debe determinar la asignación de los medios económicos idóneos para su correcta ejecución. Al respecto dice la Corte que: *“En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático”*⁷².

En este orden de ideas, cabe afirmar que la cláusula del Estado Social de Derecho, no es una fórmula retórica o vacía, sino por el contrario se encuentra impregnada de fuerza jurídica, es decir, vincula obligatoriamente a todas las instituciones del Estado y a los mismos administrados. Sus más latos fundamentos los posee en los principios de solidaridad y dignidad humana, pues una situación contraria a la dignidad de la persona atenta contra el orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. Pero como se ha dicho, no sólo los órganos del Estado se encuentran vinculados a la cláusula del Estado Social de Derecho, también lo están los ciudadanos, pues toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, como lo dispone el inciso 2 del artículo 95 de la Constitución.⁷³

En la sentencia T-505/92 se establece que los órganos del Estado tienen la obligación de sancionar el incumplimiento de los deberes constitucionales de los particulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución. En este fallo se dice que: *“La omisión de una acción humanitaria*

⁷² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-566/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-505 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que podría evitar la vulneración de derechos fundamentales justifica la intervención judicial y compromete la responsabilidad de la persona renuente. El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados”.

G. EL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La jurisdicción constitucional se pronuncia en la resolución de los asuntos, sometidos su potestad, mediante las sentencias. El artículo 228 de la Constitución dice que: *“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.*

La Corte Constitucional colombiana, considera a esta disposición como la que reconoce la autonomía del juez al momento de pronunciarse jurisdiccionalmente, específicamente significa la facultad de la que dispone el fallador en el proceso hermenéutico, con el fin de ajustar el Derecho a las circunstancias cambiantes del entorno social; es decir, se hace obligatorio la acomodación del ordenamiento a las exigencias de la realidad. Dice la Corte al respecto: *“Así, el carácter dinámico del Derecho tiene muchas veces pleno efecto ya no en el curso de la actividad legislativa, sino en el desarrollo de la función judicial, en cuanto quien administra justicia sea consciente de que ésta no se agota en el frío texto de la ley y de que requiere ajustes y desarrollos jurisprudenciales que renueven y remocen los alcances del orden jurídico bajo interpretaciones razonadas que lo hagan evolucionar. De otra manera, el sistema normativo permanecería intacto, cada vez más lejano de la realidad social, propiciando su progresiva pérdida de vigencia, su petrificación y su involución. De ahí que la propia Carta Política reconozca la autonomía interpretativa del juez y, por tanto, sus plenas atribuciones para modificar los*

*criterios jurisprudenciales que lo han inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación del Derecho. Pero los cambios de jurisprudencia no justificados o no advertidos de manera franca corresponden en el fondo a una arbitrariedad del juez, que entonces deja irrealizada la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a las mismas normas”.*⁷⁴

Con base en esta posición de la Corte, resulta evidente su defensa por una teoría dinámica y flexible de la interpretación de los derechos fundamentales para Colombia, donde el juez se encuentra facultado para variar su criterio jurisprudencial, y dentro de la cual las mutaciones encuentran una base idónea para desarrollarse. No sólo la Constitución da pruebas claras de querer este tipo de procesos dinámicos, sino desde la jurisprudencia se reconoce tal calidad, pues con rotunda claridad dice que dicha teoría debe ser aplicada, es querida y necesaria en el ámbito jurídico colombiano.

⁷⁴ Cfr. Auto de la Corte Constitucional A-013/97. También se puede consultar en este mismo sentido el Auto A-052/97.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

El objetivo que se pretende alcanzar se limita a demostrar que no existe un acuerdo jurisprudencial ni doctrinal sobre la noción de mutación constitucional. Esto conlleva la existencia de diferentes teorías sobre el particular y, por tanto, la presencia de distintas consecuencias jurídicas, lo que implica que en el siguiente capítulo se tenga que tomar posición respecto de una en particular, la cual debe ser compatible con los cimientos del Derecho constitucional colombiano. No obstante, antes de iniciar con el desarrollo de este propósito, es pertinente precisar que el fenómeno de la mutación de los derechos fundamentales, que se pretende describir y analizar, se encuentra anclado o tiene como punto de referencia a un Estado regido por una Constitución normativa, es decir, donde se considera, por lo menos, que dicha Norma es la superior del ordenamiento jurídico, que tiene fuerza vinculante y que necesita de procedimientos agravados para su reforma, es decir, que es rígida. En otras palabras, este fenómeno jurídico va a ser estudiado dentro del marco del Estado constitucional. Recuértese que el Estado Constitucional es una superación del Estado de Derecho, es decir, el momento posterior a la pérdida de vigencia de la ley como norma superior, y de unificación y coherencia del sistema jurídico⁷⁵.

Por tanto, ahora la comunidad política (legislador, jueces, administración y ciudadanos, etc.) se encuentra vinculada jurídicamente por la Constitución, por ser ésta la norma jerárquicamente más alta. La constitución contiene los valores y principios jurídicamente relevantes sobre los que existe un consenso generalizado. Así las cosas, se pasa de dar preponderancia al principio de legalidad (entendido como la primacía de la ley) para entregársela al principio de constitucionalidad (entendido como la supremacía de la Constitución). Bajo este contexto se estudiarán las mutaciones de los derechos, sin olvidar que el origen del concepto, se desarrolló bajo un sistema jurídico donde la Constitución no poseía las cualidades de superioridad, fuerza normativa y rigidez que actualmente se configuran como los pilares de nuestro Derecho constitucional contemporáneo.

⁷⁵ En este sentido, puede consultarse a ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 40.

También es necesario aclarar que la exposición que se adelantará, hace alusión en muchos apartados al fenómeno de la mutación con base en la Constitución en general, sin embargo, ésta debe ser entendida como extensiva a los derechos fundamentales por ser normas que poseen dicho rango. Así mismo, conviene explicar ahora que cuando se hace uso del vocablo “mutación de los derechos”, se está dejando por fuera toda idea de transformación que éstos puedan adoptar por conducto de un procedimiento formal de reforma. Es decir, se hará referencia al estudio de los cambios que no sean fruto de la intervención del órgano constitucional competente (legislador, asamblea constituyente o el pueblo⁷⁶) para promover reformas que, lógicamente si se produjeran, significarían una alteración perceptible en el tenor literal de la disposición modificada.

I. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL CONCEPTO DE MUTACIÓN

El debate doctrinal sobre el significado de la mutación constitucional se ha llevado a cabo con mayor intensidad en Alemania. El tema también ha sido objeto de estudio en Italia, Estados Unidos, Inglaterra, España, Argentina, México, entre otros. En Colombia la cuestión se encuentra a espera de debate, pues se ha pasado sobre ella sin mayor atención y profundidad, ya que cuando se ha hecho uso de la idea de mutación, la doctrina ha remitido a las posturas clásicas de la escuela alemana (Jellinek, Smend, Dau Lin, Hesse). El fenómeno de la mutación de la Constitución ha sido considerado por mucho tiempo como algo problemático, y por tanto, sobre su concepto, no existe hoy unanimidad, se puede decir que es un tema muy controvertido. La doctrina, por ejemplo, siempre se ha referido al fenómeno de la mutación constitucional, más nunca a la situación específica de los derechos fundamentales, salvo ciertas referencias obligadas. No obstante, como ya dijimos, el debate en general es plenamente aplicable o extensible a los derechos, por poseer éstos un rango constitucional, ya sea por estar contenidos en la Constitución o ya sea por haberseles otorgado tal calidad.

⁷⁶ Art. 374 de la Constitución Política de Colombia (C.P.).

En Europa, el fenómeno de la mutación constitucional ha tomado mucha fuerza en los últimos años, debido especialmente a la creación de la Unión Europea. Según la doctrina, por ejemplo la española (especialmente por parte de los constitucionalistas), la política de integración, que se nutre normativamente de los tratados, directivas, reglamentos y decisiones comunitarias, es decir, del Derecho comunitario, ha producido cambios intensos en los significados de las disposiciones de las Constituciones, sin que se haya alterado el texto de las mismas⁷⁷. Retomando el tema, por lo menos en lo que a esta investigación se refiere, se puede decir que no se ha hallado, en ningún ordenamiento jurídico, alguna referencia normativa expresa o directa en las constituciones, en las leyes, en los decretos, etc. (sólo algunas mínimas referencias jurisprudenciales), sobre dicho concepto. No pasa lo mismo en el ámbito doctrinal, donde existen muchas posturas diferentes, por tal razón, se pretende analizar dichas hipótesis sobre la mutación constitucional⁷⁸, con el fin de objetar, por un lado, y de asentir, por el otro, de manera fundamentada, los elementos que se consideran aptos. Todos estos elementos serán analizados, como ya se expuso, a la luz del constitucionalismo contemporáneo.

A. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA FORMALISTA: LABAND, JELLINEK

1. Descripción de la tesis.

Sus orígenes se encuentran en la denominada Escuela Alemana de Derecho Público. Es decir, en donde se propugnaba por liberar al derecho

⁷⁷ Cfr. RUIPÉREZ, J., Estudio preliminar, en: *La Reforma Constitucional*, Roura S. y Tajadura J. [Dir.], Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 32; PÉREZ TREMPS, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas. Madrid, 1994, pp. 72 y 73; DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 189 y ss.

⁷⁸ La doctrina alemana reconoce a este fenómeno, indistintamente, con los nombres de *Verfassungswandlung* o *Verfassungswandel*. Ha sido traducido al castellano como: “modificación” (la traducción de F. de los Ríos, de la <<Teoría General del Estado>>, de Georg Jellinek, Buenos Aires, Reimpresión de 1978); “cambio de constitución” (la traducción de L. Legaz Lacambra, de la <<Teoría General del Estado>>, de Hans Kelsen, México, Reimpresión de 1979); “reforma constitucional” (la traducción de L. Tobío de la <<Teoría del Estado>>, de Hermann Heller, México, 1974); “transformación de la Constitución” (la traducción de J. M. Beneyto, de la <<Constitución y Derecho Constitucional>>, de Rudolf Smend, Madrid, 1985); o “mutación constitucional”, propuesta por Manuel García Pelayo, en su libro <<Derecho Constitucional Comparado>>.

público de los conceptos del derecho privado⁷⁹. Este movimiento emergió bajo el Imperio Alemán; tuvo su máxima expresión a finales del siglo XIX y a comienzos del XX. Entre los autores más destacados se encuentran Gerber, Gierke, Laband y Jellinek. Esta escuela postuló como una de sus máximas ideas, la separación metódica entre la política y el Derecho, lo que obligaba a estudiar al ordenamiento jurídico separado de la realidad, siendo considerada, por esto, como una teoría formalista⁸⁰.

Como se ha dicho, este fenómeno empieza a ser estudiado bajo el régimen de la Constitución alemana de 1871, norma que fue el resultado del proceso de unificación de los diferentes Estados que pretendían ser miembros del Imperio Alemán. Ésta contenía los elementos esenciales de un Estado compuesto por unos miembros muy dispares, lo que le impedía una perfecta y clara aplicación sobre los ordenamientos particulares, creándose un efecto de incertidumbre respecto de su fuerza vinculante, y de su armonía como sistema general del *Reich*. Tal situación hizo surgir una serie de situaciones anormales con las que tuvieron que enfrentarse los estudiosos del Derecho de la época. Lo que ellos advirtieron fue que la Constitución del *Reich* empezó a sufrir transformaciones sin que se accionaran los mecanismos de reforma previstos en el mismo ordenamiento. Es decir, observaron como, por la acción del Estado, la Constitución sufrió una serie de alteraciones que no modificaron su expresión escrita.⁸¹

El concepto de mutación de la Constitución que se elaboró a partir de esta corriente del pensamiento, tuvo como máximo representante a Jellinek, pues fue él quien desarrolló el trabajo más profundo sobre el particular. No obstante, antes Laband ya había advertido dicho fenómeno, aunque sólo se dedicó a realizar una descripción de los hechos acaecidos, y no una verdadera teoría de las mutaciones. Este último describió a una mutación como el cambio

⁷⁹ Cfr. El prólogo de Fernando de los Ríos en: JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, 2ª ed. (1911), Trad. Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 14.

⁸⁰ Sobre el particular, véase SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones constitucionales* (Tesis Doctoral), Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996, p. 67.

⁸¹ Sobre el particular, véase SÁNCHEZ URRUTIA, A., <<Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto>>, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 58, enero-abril de 2000, p. 106.

que se presentaba en el ordenamiento jurídico constitucional, sin que el texto de la norma sufriera alteraciones⁸². Sus esfuerzos se centraron en verificar la ocurrencia de dichos cambios en: leyes que regulaban elementos fundamentales del Estado no previstos o previstos de manera indirecta por la Constitución, leyes que modificaban los contenidos esenciales del Estado en contradicción con la Constitución, y usos y costumbres de los poderes públicos que alteraban esos elementos.

Esta ideología se encuentra impregnada desde su base por una serie de nociones fundamentales. Por ejemplo, la idea de dotar de personalidad jurídica al Estado y, por tanto, sostener que el poder del Estado es el Derecho del Estado, que ejerce su potestad a través de sus órganos como “Estado de Derecho”; así el Derecho constitucional no es otra cosa que el límite al poder del Estado, en este caso del monarca como órgano supremo del mismo⁸³. También hacen presencia ideas que se salen del estricto formalismo jurídico, pues se intentó una conexión entre pragmatismo y formalismo, entre forma y realidad. Se reconoce que el formalismo, que tiene como base abstracciones jurídicas, debe aceptar los cambios sociales, o de lo contrario sólo tendrá un valor relativo circunstancial⁸⁴. Las ideas del Estado como persona jurídica con un Derecho público autónomo, de la existencia de un Derecho constitucional como límite al monarca, y la idea de la insuficiencia de la visión formalista, es decir, de la aproximación a un pensamiento en el que se tuviera en cuenta, cierta variabilidad en el Derecho por el paso del tiempo, son influencias teóricas que están presentes en la visión formalista de la mutaciones constitucionales.

Para Jellinek la Constitución es un elemento imprescindible en la existencia de un Estado, pues contiene el principio de ordenación del mismo, y sin él sólo existiría una anarquía. Este concepto abarca las bases jurídicas que establecen los órganos del Estado, la forma en que estos se relacionan, y el ámbito de su actividad; por tanto, se constituye también como un límite a los

⁸² LABAND, P., *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, Publicado en Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresden, 1895, p. 575., Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op .cit., p. 69.

⁸³ Estas ideas son de Gerber. Sobre el particular véase el prólogo de Fernando de los Ríos en: JELLINEK, G., *Teoría General...*, op. cit., pp. 16 y 18.

⁸⁴ Estas ideas son Gierke, cfr. Ídem, pp., 23 y 24.

mismos⁸⁵. La Constitución contiene las normas superiores en que se sostiene la estructura del Estado⁸⁶; ellas tienen vocación de permanencia, por tanto, poseen un sistema agravado de reforma⁸⁷.

Ahora bien, el concepto formalista de mutación de la Constitución, se construye como una definición a partir de la diferenciación con el concepto de reforma formal. Se sostiene que la reforma es la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, y que la mutación de la Constitución es la modificación que deja indemne el texto de la norma, sin que se produzcan cambios formales en la letra; esta transformación se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o la conciencia⁸⁸. Se parte de la idea de que no existe una coincidencia plena entre la imagen racional del Legislador plasmado en la ley, y el hecho, siempre cambiante, que pretende regular. La irracionalidad de la realidad no sólo es una incongruencia entre norma y vida, sino algo más, pues ella se vuelve contra la misma norma⁸⁹. Esto es así, debido a que la necesidad política es fuente del Derecho, y “la fuerza normativa de los hechos”, es decir, las situaciones de la vida cotidiana del hombre, presionan a la letra de la Constitución. El problema está en que las normas no pueden oponerse a la realidad, pues ellas no tienen fuerza normativa suficiente para obligar, por tanto, lo fáctico se impone a lo normativo⁹⁰.

Aunque a Bryce no se le puede catalogar como un formalista positivista, es pertinente aquí exponer su posición al respecto, pues tiene plena conexión teórica e histórica con los planteamientos que se vienen describiendo, no obstante, lo hace desde el ámbito geográfico británico. Él sostiene que el tiempo cambia las condiciones materiales y sociales de la colectividad, y hace que los antiguos arreglos políticos, a medida que pasan de una generación a otra, no regulen de manera totalmente adecuada las nuevas necesidades políticas. Por esto, las condiciones de un país cambian, mientras la forma y los

⁸⁵ Ídem, p. 457.

⁸⁶ Cfr. JELLINEK, G., *Reforma...*, op. cit., p. 3.

⁸⁷ Ídem, p. 7.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Ídem, p. 6.

⁹⁰ Ídem, pag.29.

métodos de gobierno establecidos constitucionalmente continúan sin modificación, debido a que se encontrarán en la Constitución defectos que antes no se veían y surgirán problemas incompatibles con lo reglado.

El remedio, por supuesto, no es otro que enmendar la Constitución. Pero es precisamente lo que quizá sea imposible, porque la mayoría parlamentaria indispensable no se logre y la oposición a la enmienda puede conseguir que los cambios que la seguridad de la comunidad exige no se realicen⁹¹. Esto es un defecto de las constituciones rígidas que impide su adaptabilidad al cambio; por tanto, la solución a tal problema no es otra que la de la alteración informal, pues así como la adaptabilidad y la inseguridad son, respectivamente, el mérito y el defecto característico de una Constitución flexible, la desventaja que corresponde a la estabilidad de la rígida es su menor capacidad para salir al paso de los cambios y urgencias de las condiciones económicas, sociales y políticas⁹².

Las leyes de los parlamentos pueden sobrepasar los límites de la Constitución, ya que éstos son inciertos. Estos límites no se pueden constatar debido a la oscuridad de sus preceptos, pues son normas muy abstractas y amplias. Por tanto, no existe ninguna garantía de que las leyes que pretenden estar acordes con la Constitución no la violen; si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo se produce una mutación⁹³. Es claro que las Constituciones adolecen de protección frente a una posible mutación, pero tales mutaciones completan la función normal de los textos constitucionales⁹⁴. Pero no sólo las leyes pueden generar estos fenómenos, también el proceso de interpretación puede producir cambios en una disposición constitucional sin que su forma sufra ninguna variación, ya que lo que parece en un tiempo inconstitucional puede luego ser aceptado como algo planamente

⁹¹ Cfr. BRYCE, J., *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas (1884)*, [no consta traductor], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 97. Aunque es un autor británico, y por tanto pertenece a un sistema jurídico diferente, su idea de mutación se ajusta perfectamente a la teoría formalista que se está analizando. Este autor es contemporáneo de Jellinek y Laband, y advirtió la ocurrencia de dicho fenómeno en su propio entorno geográfico y en el de Estados Unidos.

⁹² Ídem, p. 99.

⁹³ Ídem, pp. 15 y 16.

⁹⁴ Ídem, p. 19.

constitucional, pues los textos legales vigentes están sujetos a las necesidades y opiniones variables de los hombres.⁹⁵

En la Escuela Alemana de Derecho Público se defendió que, por ejemplo, la ley de finanzas del *Reich*, denominada *Cláusula Frankenstein*, produjo una mutación del artículo 38 de la Constitución de 1871. Esta norma constitucional establecía que el producto de las aduanas y los impuestos debería ingresar en las cajas del tesoro nacional. Con esta ley de finanzas se ordenó que el monto obtenido por las aduanas no iba para el tesoro del Imperio, sino que sólo pasaba a través de dicha caja⁹⁶. La *Cláusula Frankenstein* es un caso de mutación de la Constitución (en el contexto de esta teoría clásica) por causa de la ley, pues causó una variación en el contenido normativo de la norma constitucional, al establecer que ahora los ingresos por aduanas e impuestos no iban a parar a las arcas del tesoro nacional, sino sólo que pasarían por allí, con otro destino final diferente.

2. Valoración y crítica

El concepto de mutación de la Constitución elaborado bajo una perspectiva positivista formalista, soporta ciertas carencias teóricas y prácticas que le impiden ser aceptado y aplicado. Esto es lo que se pretende demostrar a continuación. Pero antes de hacer cualquier crítica al respecto, es necesario recordar que en la época en que se diseñaron estas ideas, el concepto de Constitución no era el mismo que se defiende en la actualidad. Lo que se quiere decir con esto, es que no existía una idea de respeto a la Constitución por parte de los órganos del Estado (Monarca, Parlamento, Administración), al respecto Jellinek deja muy clara esta situación, él dice que “*las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica*”⁹⁷. Igualmente, no hay que olvidar que tampoco existía un sistema de control de constitucionalidad de las

⁹⁵ Ídem, p. 16.

⁹⁶ Sobre el particular véase DAU-LIN, H., *Mutación de la Constitución* (1932), Trad. Christian Fórster y Pablo Lucas Verdú, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pp. 41 y 42.

⁹⁷ Cfr. JELLINEK, G., *Reforma...*, op. cit., p., 84.

leyes y de los demás actos contrarios a la Constitución, aunque el mismo Jellinek, a través de toda su obra, no se cansa de recordar la necesidad urgente de implantarlo⁹⁸.

Hechas estas salvedades, en primer lugar, se puede decir que el concepto esbozado anteriormente presenta un gran inconveniente de cara a la idea de un ordenamiento jurídico obligatorio, vinculante, y que brinde seguridad a la convivencia pacífica, como se quiere en el mundo moderno, y con el que se está de acuerdo. Se quiere decir con esto que no es adecuado fundamentar un concepto de mutación partiendo de la idea de la “fuerza normativa de los hechos”. Es decir, no es correcto sostener que la realidad social y política tiene un poder superior al Derecho constitucional. Este argumento de entrada choca con uno de los pilares fundamentales del actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho colombiano. El principio de “fuerza normativa de la Constitución”, presentado sólo en una de sus facetas más simples (y que se considera, para este caso, suficiente), viene a decir que una Constitución tiene fuerza normativa cuando los titulares del poder actúan bajo la voluntad de la Constitución y no bajo la voluntad del poder⁹⁹. Por tanto, todos los órganos del Estado y los ciudadanos se encuentran vinculados por dicha norma; todas sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento; y, en ese sentido, poseen fuerza activa para no someterse, sin más, a la presión que impone la realidad de un momento histórico.

No se quiere decir con esto que el Derecho constitucional no tenga en cuenta a la realidad, por el contrario, es un requisito indispensable, pues la aplicación de una norma debe implicar la observancia de las circunstancias que pretende regular. Lo que no se debe aceptar es que dichas circunstancias se impongan de manera rotunda, vaciando de todo contenido el concepto de Constitución, desconociendo su carácter jurídico y obligatorio. Si se acepta el concepto de mutación del formalismo, se tendrá que consentir como válida la decisión de un juez, por ejemplo, que considera que golpear y causar malos tratos a una mujer, por parte de su pareja, no es una violación al derecho

⁹⁸ Ídem, p. 20. También en: JELLINEK, G., *Teoría...*, op. cit., p., 483.

⁹⁹ Sobre el tema de la fuerza normativa de la Constitución ver: HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 71.

fundamental que protege la integridad física y moral de la persona, por el sólo hecho de que es una actividad común, y que se repite constantemente en la realidad social que ese derecho pretende regular. El argumento del juez, sería que la “fuerza normativa de los hechos”, en este caso la costumbre habitual, en una comunidad determinada, de propinar malos tratos y vejaciones a las mujeres por parte de los hombres, es la fuente del Derecho que impera, y que en consecuencia las normas sobre derechos fundamentales, que la Constitución establece, deben ceder.

Así las cosas, se debe dejar claro desde ahora que sólo es posible dar las bases a un concepto de mutación, a partir de entender a la Constitución como la norma superior y más importante del ordenamiento jurídico, y que como tal, tiene el poder y la fuerza normativa suficiente para regular los diferentes acontecimientos que se suceden en la comunidad política en la que despliega toda su acción. De acuerdo con esta idea, los hechos no son superiores al Derecho constitucional; la Constitución no se diluye por la posible presión de lo fáctico. Ahora bien, también es necesario volver a mencionar, desde ahora, aunque sea someramente, que el Derecho constitucional (y por tanto también los derechos fundamentales) no puede estar ajeno a la realidad social o momento histórico en el que vive. Los hechos que ocurren en una comunidad son una prioridad para la Constitución, por esto, debe existir una buena conexión entre estas situaciones reales y las normas.

Continuando con el análisis del concepto de mutación planteado por la teoría formalista, se debe precisar que no es tan cierto afirmar que las mutaciones se producen por hechos que no están acompañados por la intención o la conciencia¹⁰⁰. Es claro que cuando se hace esta afirmación, la doctrina formalista, se está refiriendo a la intención o voluntad del órgano o la acción que produce dichos cambios. Esta aseveración es parcialmente verdadera, pues en la historia de las constituciones se ha observado como, en ciertos casos, se producen cambios en el contenido de algunas disposiciones, por causa del paso del tiempo, sin que se advierta, que órganos como el

¹⁰⁰ Cfr. JELLINEK, G., *Reforma...*, op. cit., p. 7.

Legislador, el Juez o la Administración, entre otros, tengan una intención determinada por provocarlo. Tal vez el caso más sobresaliente sea el de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos, ya que debido a su longevidad, contiene muchos artículos, por ejemplo, en materia de derechos fundamentales, que en la actualidad están vigentes, pero que no se parecen mucho a lo establecido originalmente por los constituyentes o por las posteriores enmiendas.

Ahora bien, existen otros muchos casos en los que la intención de hacer mutar la Constitución es muy clara. Piénsese por ejemplo, en un Gobierno que tiene mayoría en el Parlamento, y que tiene como una de sus políticas el reconocimiento del derecho fundamental al matrimonio entre personas de un mismo sexo, cuando la Constitución hace alusión, aunque no de una manera tajante, a que se reconoce el derecho al matrimonio entre hombres y mujeres. En este caso, de obtener la mayoría suficiente, y por tanto, de convertirse en ley, dicha política podría ser un caso de mutación inducida¹⁰¹.

Una tercera crítica a la teoría formalista de la mutación se refiere a su carácter incompleto. Es incompleto porque el Derecho Constitucional no se puede estudiar al margen de la realidad constitucional, es decir, éste no es sólo lo que establecen las disposiciones en su literalidad, sino que también está compuesto por los hechos sociales reales que operan en una colectividad, como se ha establecido en Colombia. En otras palabras, una norma constitucional esta integrada por dos partes: una normativa y otra fáctica. Estas dos unidades se perfeccionan mutuamente para obtener un Derecho eficaz. La Constitución es activa cuando alcanza normativamente a los hechos reales que ocurren en su entorno y que pretende regular. Ahora bien, este inconveniente, es decir, la separación metodológica entre Derecho constitucional y realidad Constitucional —o entre Derecho y política en palabras de Jellinek— tiene un implicación mayor en relación con las mutaciones, pues el intérprete debe tener en cuenta, para encontrar el contenido de una norma, el momento histórico en

¹⁰¹ Este ejemplo esta presentado como una simple hipótesis inicial de trabajo. No debe ser considerado como un caso de mutación en sentido definitivo. Casos en este sentido sólo serán presentados después de la presentación del concepto de mutación que se defiende.

el que vive. Esto significa que quien quiere conocer acertadamente el contenido normativo de una disposición constitucional, debe entender que este ordenamiento está compuesto, tanto por lo regulado por la norma, como por los hechos reales concretos. De lo contrario (como es la tesis que defiende la teoría formalista) existiría un intérprete que debe solucionar los problemas del derecho sólo mediante el sistema lógico-normativo, procedimiento desde el que es imposible explicar el fenómeno de la mutación y del Derecho.

Esto se puede demostrar si se tiene en cuenta que las disposiciones de la Constitución, y especialmente los derechos fundamentales, son un conjunto de normas en su mayoría inacabadas o indeterminadas; esto no es un defecto, por el contrario, es una virtud, pues lo que con ello se pretende es que la norma pueda adecuarse de manera dinámica al momento histórico. Por lo tanto, es claro que el contenido normativo de una disposición constitucional, más aún en el caso de los derechos, no puede constar de manera predeterminada, esto quiere decir, que el contenido sólo se obtiene en la conexión entre la norma (entendida como tenor literal) con la realidad. Es decir, el momento histórico es fuente para la determinación del contenido normativo.

El problema se plantea cuando esa norma pretende regular un hecho nuevo, es decir, un conjunto de relaciones que, en principio, no hacen parte de su contenido normativo. A estas situaciones (que se presentan muy a menudo en la práctica real) debe enfrentarse un parlamento o un juez. Y esto no es otra cosa que una tensión entre el “ser” y el “deber ser”, entre lo regulado y lo real, entre lo que se pretende que sea, y lo que es. Y esta tensión es a su vez el fundamento mismo del concepto de mutación. Por tanto, cabe afirmar que si para justificar el concepto de mutación de la Constitución sólo se puede tener en cuenta una parte del asunto, es decir, el “deber ser”, como lo quiere hacer valer la teoría formalista, se está ante un método incompleto y, por tanto, incapaz de lograr dicho cometido.

Ahora bien, esta teoría del positivismo formalista de la mutación de la Constitución, puede ser sometida a más críticas importantes, como por ejemplo que no definió límites, o que no diferenció el concepto de mutación del

concepto de quebrantamiento, y que por esto, todo cambio que se presente debe ser catalogado como válido, sin importar su ilicitud, pero por ahora no se hará, pues sobre estos defectos se tendrá la posibilidad de volver más adelante, ya que desafortunadamente estos errores se repiten en la mayoría de las teorías que se analizarán. No obstante los desacuerdos expuestos, este concepto exhibe ideas muy razonables y bien elaboradas, que hay que rescatar. Es el caso de la idea de haber planteado el problema como un asunto de tensión entre realidad y norma; o el haber advertido que los cambios que se producen dejan indemne el tenor literal de la norma.

B. EL CONCEPTO DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LAS TEORÍAS DEL “DINAMISMO CONSTITUCIONAL”

Se puede entender por dinamismo constitucional como aquel método de la ciencia desde el cual se pretende la incorporación de la realidad al estudio del Derecho constitucional. Aunque el objetivo de las diferentes doctrinas, que luchan por lograr la conexión entre Constitución y realidad, es el mismo, cada una de ellas posee ciertas especificidades que obliga a presentarlas y criticarlas de manera separada. De lo contrario, se estarían situando unidades diferentes, que llevan a consecuencias y efectos jurídicos disímiles, dentro de una sola unidad, con efectos uniformes. Si bien se ha dicho que el objetivo último, de estas ideologías, es la asociación entre norma y realidad, el intentar presentarlas como un solo bloque es, desde el punto de vista teórico y práctico, algo incorrecto, pues como se verá a continuación, cada unidad, debido a su propia determinación, es capaz de incorporar críticas y valoraciones de manera independiente.

1. La teoría de la integración: Smend, Dau-Lin

a. Descripción de la tesis

Sus principales representantes, bajo el influjo de la Constitución de Weimar, son Smend y su discípulo Dau-lin. Esta teoría quiere replantear y reaccionar contra la posición formalista. Su objetivo se centra en el estudio de

la relación entre la dinámica de la política y la Constitución escrita. Ella se puede encuadrar dentro de los parámetros del denominado “dinamismo constitucional”, es decir, pretende comprobar que el Derecho y la realidad son conceptos integrados, y no aislados el uno del otro. Parte de la premisa de que existe un fallo en la idea de la separación metódica entre Derecho político y ciencia política. Según Hesse, esta separación significa que la realidad, que es cambiante, produce una mutación que es extrajurídica, es decir, que modifica desde afuera el Derecho constitucional de una manera que sólo se puede explicar políticamente, y no jurídicamente, por tanto, en este caso, lo fáctico es lo único decisivo¹⁰².

La idea central es de Smend, y según él la Constitución es el orden jurídico de la dinámica en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, un proceso de integración en el que es obligatoria la reimplantación de la realidad total del Estado. La Constitución es la plasmación normativa de aspectos determinados en ese proceso¹⁰³. La idea de Smend sobre la Constitución, supone que ésta sea el ordenamiento jurídico de la integración, pero él mismo reconoce que es imposible que pretenda regular todo el proceso, aunque resulte claro que es el elemento controlador de los hechos sociales en constante cambio. Smend es partidario de una interpretación constitucional flexible, pues es la única manera de que la Constitución pueda convertirse en el ordenamiento del proceso de integración de la vida del Estado; y, para tal fin, la Constitución misma debe contener los elementos para su adaptación, que se circunscriben a su capacidad de mutación¹⁰⁴.

Por tanto, la existencia de mutaciones es algo característico del Derecho constitucional, pues este ordenamiento, como sistema integral, debe garantizar el cumplimiento de sus objetivos teniendo en cuenta los cambios producidos por las diferentes circunstancias y el paso del tiempo. Este cambio puede ocurrir por fuera del propio Derecho constitucional, cuando su origen está situado en el ámbito de los actos de la sociedad, esto es, cuando las fuerzas

¹⁰² Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 98.

¹⁰³ Cfr. SMEND, R., *Constitución...*, op. cit., p. 132.

¹⁰⁴ Ídem, p. 134.

sociales de manera espontánea presionan una transformación; estos hechos se denominan fuerzas extraconstitucionales y no llegan a regular la Constitución. También el cambio puede afectar al interior de la Constitución, llegando a transformar gradualmente las relaciones de rango y peso que existen entre las diferentes disposiciones e instituciones constitucionales. Y finalmente, puede ocurrir un cambio cuando se introduce un factor nuevo en el sistema Constitucional. Los dos últimos tipos de mutaciones, corresponden a reformas constitucionales en sentido propio, es decir, logran modificar la Constitución en sentido material¹⁰⁵.

De acuerdo con esta idea central, la teoría de la integración sostiene que la Constitución presenta tres posiciones características respecto del resto del ordenamiento; la primera posición se refiere al carácter inacabado de las normas constitucionales que hace que se muestren insuficientes para regular todas y cada una de las realidades políticas, por ello, deben ser normas flexibles para permitir varias lecturas de los puntos discutidos; la segunda posición, consiste en que la Constitución tiene como finalidad la regulación de la actividad y vida del Estado, y las demás normas buscan fines particulares; la tercera posición de las normas del Derecho constitucional frente a las demás normas del ordenamiento, se refiere a qué éstas no tienen otras disposiciones superiores y que el Estado no tiene otra instancia superior a dicho Derecho, por tanto, las normas constitucionales se dedican a ordenar, impulsar y limitar la realización vital del Estado, y las demás normas regulan otras cosas diferentes¹⁰⁶. Por esto la realidad vital del Estado condiciona la transformación de la propia Constitución. Esta realidad encuentra su camino de incorporación a través de la flexibilidad y apertura de las normas constitucionales, es decir, aparecen mutaciones. Una mutación, sostiene Dau-lin, es una situación donde se presenta una relación incorrecta entre la Constitución escrita y la realidad¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ídem, pp. 201-202.

¹⁰⁶ Sobre el particular véase DAU-LIN, H., *Mutación...*, op. cit., p. 157. Este autor es quien más desarrolló el concepto de mutación bajo la visión del dinamismo constitucional, por esto, la mayor parte de las referencias que se hacen de ella son tomadas de esta obra.

¹⁰⁷ Ídem, p. 31.

Como se ha dicho antes, la base teórica es la necesidad de unir la realidad vital del Estado con la Constitución. La vivencia del Estado es considerada parte del Derecho. Esto se demuestra porque la Constitución en ciertas ocasiones facilita o quiere la mutación, o sea, la misma norma induce en algunos casos a la realización del cambio, ya que permite que el Estado actúe y produzca una renovación en el contenido de las disposiciones; normalmente ocurre cuando sus disposiciones son ambiguas, equívocas o indeterminadas. La Constitución induce al cambio para autoconservarse, pues busca de alguna manera su eficacia. Utiliza su capacidad de flexibilización en búsqueda de la posibilidad de regular las transformaciones. Lo importante —dice Dau-lin— no es la norma individualmente considerada, lo trascendental es el “sentido de Constitución” que tiene como fin último la vida del Estado, pues por ese espacio se introducen las mutaciones constitucionales como Derecho y no como quebrantamiento, sin importar que el cambio no coincida con el texto de la norma. La transformación se produce por el “sentido de Constitución” que tiene un rango supremo, y no por la simple presión de la facticidad.

Según la teoría de la integración, el concepto de mutación de la Constitución tiene una doble naturaleza: es formal cuando existe o surge una diferencia entre el Derecho constitucional escrito y el efectivamente válido, esto es, se produce una incongruencia entre la norma escrita y la realidad, lo que implica que se produzca un cambio en el contenido de la norma; y, es material, cuando en la realidad de la vida estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema que cambian las ideas básicas de la Constitución. Las mutaciones constitucionales son Derecho, y, por tanto, no deben considerarse como quebrantamientos o rupturas constitucionales, esto es, deben entenderse como actos conformes al ordenamiento jurídico, es decir, jurídicamente admisibles. Al respecto Dau-lin dice que: *“Si la singularidad valorativa del derecho constitucional se deduce como necesaria para la realidad estatal y así la mutación constitucional es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es un quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la ley; es derecho, aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas*

*formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra en la singularidad valorativa del derecho constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado*¹⁰⁸.

b. Valoración y crítica

En primer término, es necesario decir que de acuerdo con el concepto expuesto, en el que el fenómeno de la mutación es Derecho y no violación de la Constitución, en donde la vida del Estado es parte del Derecho, y en el que los cambios que se producen en la Constitución por causa de tal realidad (la vida del Estado) no son violaciones de dicha norma, no es posible extractar de manera clara en qué consiste una mutación, y mucho menos de qué clase de cambios son permitidos y cuáles no lo son. Lo que se quiere afirmar con esto, es que bajo la definición anterior se deja un camino expedito para que por esta vía, se introduzcan toda serie de cambios sobre la Constitución, sin manera de advertir si son susceptibles de ser admitidos en el Derecho, o si son violatorios, pues de acuerdo con la teoría que analizamos todo cambio en la vida del Estado esta justificado, y debe ser aceptado porque representa el “sentido de Constitución”, incluso contra la letra de las mismas normas. En otras palabras, toda necesidad política debe ser Derecho. En síntesis, esta teoría adolece de la falta de imposición de límites al concepto de mutación. Para corroborar esto, no es más que ver una afirmación de Dau-lin que expone como justificante de la tesis de la integración. Él dice que *“Igualmente, puede la legislación ordinaria transformar un precepto constitucional cuando una ley vigente contradice la Constitución...”*¹⁰⁹. De entrada, podemos afirmar que esta idea ilimitada de mutación es una clara violación al principio de supremacía de la Constitución, y, por tanto, incorrecta, pues permite la incorporación de todo tipo de cambios bajo el ropaje de algo lícito. En el Estado moderno debe ser inaceptable un procedimiento jurídico que viole esta base fundamental del sistema constitucional.

¹⁰⁸ Ídem, p. 166.

¹⁰⁹ Ídem, p. 41.

El principio de supremacía significa que la Constitución es la norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento de un Estado, y por tanto, todas las demás normas se encuentran sometidas a su poder, y se ubican en un rango inferior. La ley, los reglamentos y demás normas que conforman el sistema de fuentes formales del Derecho, quedan subordinadas a la Constitución¹¹⁰. Un ejemplo de supremacía de la Norma fundamental es el artículo 4 de la Constitución de Colombia, el cual establece que: “*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*”. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, sólo es admisible una teoría de las mutaciones que respete dicho principio.

2. La teoría de las mutaciones en la conexión entre “normalidad” y “normatividad”: H. Heller

a. Descripción de la tesis

Esta teoría, al igual que la anterior, se encuentra desarrollada bajo el influjo de la Constitución de Weimar, y es defendida por Heller, quien también pretende demostrar que normatividad y realidad social deben estar plenamente conectadas. No obstante, esta doctrina se diferencia de la de la teoría de integración, por lo menos, en dos cuestiones: concreta o delimita con mayor precisión todo aquello que ocurre en la sociedad (esto es la realidad social), bajo el concepto denominado “normalidad”, en contraposición al concepto de “realización vital del Estado” de la tesis anterior que es más abstracto e indeterminado; la segunda diferencia se circunscribe a que determina con absoluta claridad que la realidad social tiene la puerta de acceso al Derecho por vía de los principios jurídicos. Estos y otros argumentos serán desarrollados a continuación.

¹¹⁰ Véase DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 15 y ss.; también, ARAGON REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 86 y ss.

La tesis de Heller sostiene que una organización consiste en dar forma a las relaciones que desarrollan los ciudadanos de cualquier Estado, y tal organización se ve reflejada en la Constitución. Dice también que esta norma impone orden a ese conglomerado de relaciones y, por ello, el Estado aparece como existencia real y concreta. No obstante, por el mismo influjo de esas relaciones, que mantienen los individuos que hacen parte de esa organización, la situación política cambia, y da origen a un proceso constitucional lleno de dinamismo. La Constitución de un Estado no es proceso sino producto, es una forma abierta a través de la cual pasa la vida de los seres humanos¹¹¹. Según Heller, la realidad social es “normalidad” y la Constitución es “normatividad”, por tanto, sólo es posible convertir valorativamente en “normatividad” aquella “normalidad” que se corresponde con la tradición de los individuos, y que coincide con una existencia realizada de la humanidad en general. Una Constitución reconoce una “normalidad” sin “normatividad”, pero no es posible que exista una “normatividad” sin “normalidad”, pues sería un orden ineficaz e inválido; dice este autor que no está bien pensar que las cosas se comportan como dicen las leyes, sólo las normas dicen como el hombre debe comportarse, pero sin olvidar las formas de conducta empíricas sobre las cuales opera la “normalidad”.

De acuerdo con esta teoría, en una Constitución es necesario que confluyan la “normatividad” y la “normalidad”, pues la realidad social es la vía que permite la eficacia de la norma. Una norma que sólo haga uso de las reglas escritas en la letra, no dice nada, por tanto, la realidad social debe hacer presencia en los ordenamientos jurídicos. Una vía idónea que utiliza la “normalidad” para introducirse en una Constitución es la de los “principios”, en ellos se encuentra plasmada la realidad viva de un Estado: se configuran como normas abstractas que son difícilmente aplicables para la solución directa de un caso, entonces, el juez debe utilizarlos como medio de interpretación. Los principios son conocidos por la mayoría de los individuos de un Estado, en cambio, las normas específicas sobre otras materias casi no las conocen. Las

¹¹¹ Véase HELLER, H., *Teoría del Estado* (1934), Trad. Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 267 y 268.

constituciones contienen principios como espacio para ubicar la realidad viva, son ellos los que imprimen dinamismo a la norma¹¹².

b. Valoración y crítica

Con base en lo anterior, cabe sostener que bajo esta visión del derecho, la realidad social o “normalidad” se encuentra contenida en los principios jurídicos de la Norma Fundamental, y así la tensión entre “normalidad” y “normatividad” desaparece por completo. Los principios son la válvula de entrada a través de la cual el devenir cotidiano se introduce, sin causar tensión o traumatismo aparente; esto significa que la tensión entre permanencia y cambio se soluciona mediante la mutación constitucional, pues ella funciona como un complemento de la “normatividad” mediante su incursión en la norma, por conducto de los principios jurídicos. Los conceptos de “normalidad” y “normatividad” deben lograr una conexión perfecta entre ellos, así se podrá explicar conjuntamente la “Constitución como ser” y la “Constitución como deber ser”.

Ahora bien, Heller afirma que la mutación constitucional cumpliría una función de complemento de la Constitución. Lo haría por conducto de los principios; no obstante, podría aparecer un problema: la situación en que la realidad social no sea complemento de la norma, sino por el contrario sea contradictoria. Es decir, bajo esta tesis sería aceptable una mutación *contra Constitutionem*¹¹³. Cuando sale a flote nuevamente el inconveniente de la tensión entre el Derecho y la realidad, una de las varias respuestas a este dilema, es considerar que si la norma no es consecuente con la realidad el Derecho fenece, situación cuyos inconvenientes se resaltaron cuando se analizó la teoría de Jellinek sobre la fuerza normativa de los hechos sobre el

¹¹² Ídem, pp. 274-278.

¹¹³ En contra de esta idea, véase PRADA, J.L., <<examen de urgencia de la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea>>, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Público, homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (Vol. 1), Tecnos, Madrid, 1997, p. 306.

Derecho. Heller es partidario de esta solución, por eso cuando se esfuerza en explicar la tensión que se produce entre cambio y permanencia por causa de una normalidad contraria a la norma jurídica, sostiene que: *“Con bastante frecuencia, el uso social, la realidad social no normada extrajurídicamente, se revela más fuerte que la norma estatal”*¹¹⁴.

La anterior respuesta es inadecuada, pues —aunque en la práctica es necesario relacionar la norma con la realidad— mientras el Derecho esté vigente (con el beneplácito de todos, muchos o pocos) es de obligatorio cumplimiento, y, por tanto, producirá una forma de actuar determinada, pues está dotado de fuerza normativa. El ordenamiento constitucional puede necesitar una transformación, pero mientras ella no se produzca el Derecho se mantiene vigente y vinculante. Ahora bien, vale la pena destacar una idea que se encuentra en esta teoría, y que obligó estudiarla como una modalidad diferente de la teoría de la integración, esto es, la inclusión de los principios como normas, pues en la actualidad, el debate de los derechos fundamentales gira en torno a esta idea. Heller dice que cuando la realidad cambia y se incorpora a la norma mediante los principios jurídicos, se produce una mutación, jurídica y lícita. Ahora bien, el problema está en que los principios (igualdad, equidad, libertad, entre otros) son normas extremadamente abiertas y abstractas, y dejarían un campo de acción difícil de definir. No obstante, sobre este punto se volverá cuando se trate el tema de la mutación por la interpretación de los derechos.

3. La teoría de la “*Modificazioni Tacite della Costituzione*”: Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia, Mortati, Tosi

a. Descripción de la tesis

Esta teoría se desarrolla en el ámbito de la Constitución italiana de 1947 vigente hoy, y entre sus defensores se encuentran: Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia, Mortati y Tosi. En esta tesis se parte de una construcción argumental,

¹¹⁴ Ídem, p. 278.

en principio, similar a las doctrinas dinámicas expuestas anteriormente, no obstante, se diferencia de éstas porque introduce un tema trascendental para la teoría de la mutación constitucional, como es el tema de los límites que deben imponerse a este proceso de cambio en el contenido normativo de los derechos. Se defiende aquí que los principios fundamentales son el límite a la mutación y que sobrepasarlos representa una situación de anarquía.

Se sostiene que la modificación tácita de la Constitución¹¹⁵ puede, de manera general y resumida, ser descrita como el fenómeno en consecuencia del cual el ordenamiento supremo del Estado viene a tomar, por el transcurso del tiempo, un sentido diferente del que tenía. Es un fenómeno bien conocido en el Derecho italiano que produce unas características especiales en el ámbito constitucional del cual se tiene experiencia, y que ocurre también en otros sectores del ordenamiento. La norma escrita, debido a la práctica, experimenta una transformación en su alcance y significado, sin que suceda ningún cambio literal, ocasionando una confrontación entre la nueva regla y la original. Esto permite la aparición de una diferencia de criterios a la hora de interpretar y aplicar las normas, por parte de los organismos administrativos y jurisdiccionales¹¹⁶.

Especificando un poco más, Pierandrei sostiene que la modificación tácita del texto constitucional —o, como también se dice, de la Constitución en sentido instrumental— se presenta, con el paso del tiempo, cuando la fórmula escrita permanece inmutable, y la realidad jurídica viene a configurarse diversamente de la intención del pasado, esto es, de su significado evidente e inmediato. Esta diversidad de realidad jurídica frente al esquema formal se debe a distintos factores, en virtud de los cuales se le atribuye a la norma escrita una diferente interpretación, o bien —donde el problema adquiere una mayor gravedad— se contraviene dicha norma, sin disponer de una enmienda explícita¹¹⁷.

¹¹⁵ En la doctrina italiana el significado de la *Modificazioni Tacite della Costituzione* (traducida al castellano como “modificación tácita de la Constitución”), es el mismo que el de *Verfassungswandlung* (traducido al castellano como “mutación constitucional”) de la doctrina alemana.

¹¹⁶ Cfr. PIERANDREI, F., *Scritti di Diritto Costituzionale*, Vol. I, G. Giappichelli, Torino, 1965, p. 83.

¹¹⁷ Ídem, p. 89.

Se puede explicar este fenómeno por causa de dos factores. El primero, se refiere a que el texto constitucional es creado con vocación de permanencia, y, entonces, debe satisfacer las necesidades históricas y las exigencias esenciales de la colectividad que gradualmente se van presentando; también es necesario tener en cuenta que los preceptos pueden encontrarse en imposibilidad de cumplir su función, porque se encuentran superados en mayor o menor medida por la dinámica de las relaciones políticas en continuo desarrollo. El segundo factor que puede influir se relaciona con la existencia de hechos no contemplados en el ordenamiento, y de normas que no se pueden hacer extensivas a tales hechos, creándose lagunas que permiten afirmar que se presenta una nueva e imprevista situación jurídica.

La Constitución escrita —siguiendo las ideas de Pierandrei— es el esquema formal que garantiza la unidad de la organización del Estado en la confrontación con las diversas fuerzas políticas, pero debajo de este esquema se encuentra el ordenamiento concreto o material de la realidad social que se desarrolla de manera incesante. Si por tanto, observamos, de un lado, el esquema formal de los preceptos, y, del otro lado, el ordenamiento en continuo desarrollo, cabe afirmar que el fenómeno de la modificación tácita se presenta en la fase en que entre el uno y el otro se crea una diferencia, pero esta diferencia no ha llegado al punto de obligar a una sustitución del esquema¹¹⁸.

Este fenómeno es la más evidente manifestación de aquella discrepancia, que necesariamente existe, entre “Constitución escrita” y “Constitución efectiva”, pues el Ordenamiento supremo del Estado no puede incluir en su regulación todos los aspectos. Los preceptos constitucionales están vigentes en cuanto se puedan realizar en los hechos o en la realidad, no obstante, existen unos preceptos protectores que impiden o contrarrestan una posible manipulación por parte de la fuerza política. Es necesario que la norma escrita sea considerada en relación a su realización concreta, para una

¹¹⁸ Ídem, p. 91.

satisfactoria comprensión del ordenamiento constitucional de un determinado Estado¹¹⁹.

La teoría de la mutación como un caso de reforma informal, sostiene que las normas constitucionales necesitan de la intervención del legislador para lograr su realización, pues a éste le corresponde la reglamentación de la esfera material de algunos preceptos, teniendo así la posibilidad de introducir mutaciones; por esto, debe atribuirse una importancia especial a la fuerza política dominante. Con tal fin, las normas de la Constitución escrita se presentan como disposiciones en sentido lato “organizativas” —las cuales deberán traducirse en las instituciones sobre las que se encuentra determinada la estructura del Estado—, o enunciando los principios destinados a informar el Ordenamiento jurídico.

Esta diferencia no sólo es por el objeto, sino también por su contenido normativo, pues algunas disposiciones, en efecto, son delineadas con precisión, poseyendo una eficacia positiva inmediata, y otras son disposiciones de eficacia diferida que establecen un principio relativo u ordenan un instituto solamente en su esquema general, presuponiendo luego una posterior intervención del legislador ordinario para la realización del uno o del otro, o bien estableciendo un simple programa de acción. El Ordenamiento Superior no puede regular todos los elementos y acontecimientos del Estado, por esto, existen los emplazamientos implícitos al legislador ordinario, a quien corresponde dar una posterior reglamentación a la esfera material de algunos preceptos de la Constitución. Es por esto, que se atribuye una importancia del todo especial a la fuerza política dominante¹²⁰.

¹¹⁹ Ídem, pp. 85-86.

¹²⁰ Ídem, p. 88. Biscaretti Di Ruffia hace una crítica al trabajo de Pierandrei, pues según él, éste centra únicamente su atención en la posibilidad de una modificación tácita de la Constitución por causa de la acción del Legislador o por la acción del Órgano de Justicia Constitucional. Por esto, Biscaretti Di Ruffia llama la atención de la doctrina al sostener que muy a menudo, de hecho, aunque la letra de la Constitución no sufre cambios, la realidad constitucional realiza transformaciones considerables por diferentes vías: 1) Por la emanación de verdaderos actos de los órganos oficiales: a) de naturaleza normativa (leyes, reglamentos, etc.), o b) de naturaleza jurisdiccional (referente a lo que concierne al control de constitucionalidad de las leyes); 2) En virtud de hechos: a) de carácter jurídico (como la costumbre), o b) de naturaleza político-social (como las normas convencionales, o de corrección constitucional, y las simples prácticas). Así mismo, resaltó que la modificación tácita hace parte del desarrollo del mismo Derecho constitucional de un Estado, pues él dice que si uno desea realmente

Esta teoría hace un planteamiento más sólido al tema de los límites, pues afirma que los límites de la modificación tácita se encuentran en los principios fundamentales de la Constitución, y sobrepasarlos sería aceptar cambios fundamentados en la anarquía. Respecto de los factores y los límites, la modificación tácita resulta determinada por la acción de los órganos fundamentales del Estado, o por los actos normativos que por sus particulares características son idóneos para la aparición de una regla jurídica en el momento en que se afirman. Los actos y hechos tienen origen en la costumbre, pero existe la necesidad de que estén acordes con los principios fundamentales del ordenamiento, que, a su vez, son el espíritu del sistema, pues de lo contrario los cambios serán fruto de la anarquía¹²¹. La modificación no puede vulnerar tales principios, como tampoco la existencia del mismo Estado.¹²²

b. Valoración y crítica

La teoría de la modificación tácita de la Constitución incurre presenta un inconveniente insalvable, al considerar que las mutaciones son reformas formales. Esto es algo característico a la mayoría de los autores italianos que

conocer el desarrollo constitucional de un país es recomendable, en efecto, no perder de vista las diferentes modalidades de modificaciones no formales de las normas constitucionales escritas, que operan siempre de una manera más o menos visible, dependiendo del sistema jurídico de cada Estado. Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P., <<Les Changements <non formels> de la Réalité Constitutionnelle>>, en: *La Constitution Comme Loi Fondamentale dans les États de L'Europe Occidentale et dans les États Socialistes*, L'Institut Universitaire D'Études Européennes de Turín, Tome VI, Turín, 1966, p. 60.

¹²¹ Cfr. PIERANDREI, F., *Scritti...*, op. cit., pp. 93-96.

¹²² Existe alguna crítica a la teoría de Pierandrei. Tosi dice que éste al hablar de “modificación” deja un margen muy amplio para que por allí se puedan colar situaciones que se podían considerar como violaciones a la Constitución. Para sustentar su crítica, él partió de una definición de mutación, en esencial igual, pero con una adición muy importante. Sostuvo que la modificación tácita de la Constitución es un fenómeno recientemente introducido, y que consiste en la variación del comportamiento, por el curso del tiempo, del ordenamiento supremo del Estado, por causa de actos y hechos que son idóneos para hacer mutar las funciones de los órganos constitucionales, sin que se modifique la norma que los configura. No obstante, el significado que viene dado a la expresión “modificación” no puede ser idéntico para toda situación, pues en el caso de violación a la Constitución no puede reconocérsele legitimidad a la modificación, como lo hace Pierandrei, pues no es posible reconocer como legítima una modificación tácita que cause daños al Derecho constitucional positivamente garantizado. Una abrogación no puede ser modificación tácita, será ilegítimo pensar que el hurto en la propiedad sea modificación tácita y no violación; es por esto, que para poder incluir las abrogaciones dentro del concepto expuesto, deberíamos hablar de modificación tácita “a la” Constitución y no “de la” Constitución. Cfr. TOSI, S., *Modificazioni Tacite della Costituzione Attraverso il Diritto Parlamentare*, Dott. A. Giufrè, Milano, 1959, pp. 3-6.

defienden esta hipótesis. Por ejemplo, Mortati habla de la modificación tácita como sinónimo de abrogación¹²³. El concepto de mutación no debe partir de la idea de que los cambios que se producen en una Constitución son reformas que no cumplen con los procedimientos agravados establecidos, esto es, como un fenómeno de reforma informal. El planteamiento inicial del problema está errado, pues una Constitución sólo puede ser reformada por órganos o sujetos que ella misma establece.

Entender que el orden fundamental de un Estado puede ser reformado por otros sujetos diferentes a los que él mismo establece, es una violación a todo el sistema y, por tanto, es desconocer todo valor y sentido a la Constitución. Es como decir que el Derecho obliga pero no obliga. Este problema se puede ver más claramente a la luz del tema de rigidez constitucional. Los procedimientos de reforma se han creado para producir cambios que están fuera de los límites normales previstos para sistemas como la concreción, el desarrollo jurídico, o las mutaciones. Hemos dicho que el límite de las mutaciones es el marco constitucional, o de lo contrario, es decir, pasar dicha demarcación, convertirá a dichos procesos en violaciones o quebrantamientos constitucionales. Por tanto, es incorrecto sostener que una mutación es un caso de reforma informal de la Constitución, pues de lo contrario estaríamos desconociendo y privando a la Constitución y a los derechos de unos de sus pilares fundamentales, como es el principio de rigidez. Sólo se podrán aceptar reformas de los derechos cuando se hace uso de los procedimientos formales establecidos para tal fin por la Constitución.

4. La teoría de la mutación de los derechos como un cambio en el interior de la norma: Hesse, Müller

a. Descripción de la tesis

Esta tesis se construye bajo la vigencia de la actual Ley Fundamental de Bonn, y es sostenida por Hesse y su discípulo Müller, como todas las doctrinas

¹²³ Cfr. MORTATI, C., *Costituzione dello Stato*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1962, p. 198.

que hemos denominado del “dinamismo constitucional”, ésta también propugna por una conexión entre la realidad y norma. Ahora bien, se diferencia de las demás por causa de un argumento muy valioso que nos dice que norma y realidad son uno sólo: el Derecho constitucional. Esto implica que los cambios sociales no vienen de afuera hacia adentro como lo defienden las anteriores tesis dinámicas, es decir, no son cambios extrajurídicos que afectan al interior de la norma, sino que son cambios jurídicos que hacen parte de la norma misma.

Esta teoría es un intento más depurado y mejor elaborado de conectar a la realidad con la disposición. Esta idea se mueve dentro de un marco en el que la Constitución es el orden jurídico de la comunidad que no sólo se limita a regular lo concerniente a la estructura del Estado, es decir, a la vida del Estado, sino que también ordena la vida no estatal, esto es, los derechos y garantías de los ciudadanos. Pero la Constitución no pretende regularlo todo, hay ciertas partes, aún de la vida del Estado, que están reguladas de manera abierta o indeterminada, o que simplemente no se encuentran reguladas; sin embargo, todos sus elementos se hallan en una situación de coordinación e interdependencia, lo que obliga a que todos sus componentes sean interpretados como una unidad¹²⁴. El hecho de que la Constitución no regule ciertos puntos de la vida del Estado o de la comunidad, es porque quiere permanecer siempre abierta a la resolución de múltiples situaciones históricas que cambian permanentemente. Esta posibilidad de movilidad de la Constitución debe actuar de manera armónica con su carácter rígido. Hesse sostiene que: *“Lo persistente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídico fundamental de la comunidad”*¹²⁵.

De acuerdo con esto, puede aparecer un problema entre “movilidad” y “rigidez” de la Constitución, cuando se plantea la necesidad de revisión

¹²⁴ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., pp. 17-19.

¹²⁵ Ídem, pp. 24-25.

constitucional, es decir, cuando la amplitud y apertura de la norma no tiene la capacidad de solucionar los conflictos presentes en un momento concreto. Al respecto afirma Hesse que: “*La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación*”¹²⁶. La mutación de la Constitución, para él, no afecta el texto escrito que permanece inmodificado, sino a la concretización del contenido de las normas, pues esta acción de concretizar puede conducir a resultados diferentes en los casos en que la realidad ha variado. Él entiende por concretización el proceso mediante el cual se toman en consideración, junto al texto escrito de la norma, las singularidades de las relaciones vitales concretas, es decir, la realidad constitucional en la que la norma pretende incidir. Este proceso se lleva a cabo a través de la interpretación¹²⁷.

Para Hesse, la Constitución es un conjunto de normas que obligatoriamente deben estar vinculadas a la conducta humana. Las normas no son más que letra muerta, es decir, sin eficacia alguna cuando el contenido de tales disposiciones no se incorpora a la conducta humana; sólo en este contexto el Derecho constitucional puede considerarse como algo realizado, pues así acoge la realidad y, por ende, puede hablarse de un orden vivo, capaz de cumplir su objetivo en la vida de la comunidad¹²⁸. Esto quiere decir que desde la óptica de la realización del Derecho constitucional, Constitución y realidad no pueden existir sin conexión. Con el fin de dar una respuesta satisfactoria a la necesidad de conexión indisoluble entre norma y realidad, Hesse parte de una visión estructural de las disposiciones de la Constitución. Él entiende que el contenido normativo de una norma está estructurado en dos partes fundamentales: el “programa normativo” y el “ámbito normativo”¹²⁹. El

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ídem*, p. 45.

¹²⁸ *Ídem*, p. 26.

¹²⁹ La teoría sobre la estructura de la norma como “ámbito normativo” y “programa normativo” es de MÜLLER, F., *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Bd. 82, p. 9., cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 107. Sobre algunos comentarios a esta teoría véase: GAVARA, J., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 107-110 y 280. El punto de partida esta teoría es semejante al de SMEND y DAU-LIN, pero con una matización importante al momento de atender a la relación entre normalidad y normatividad. En castellano la tesis de Müller puede ser consultada en MÜLLER F., “Tesis acerca de la estructura de las

primero, esta referido al mandato de la norma, es decir, a lo regulado por el texto de la norma; y, el segundo, esta compuesto por el conjunto de datos del mundo social, esto es, la realidad constitucional¹³⁰.

En este orden de ideas, se considera que una mutación constitucional sólo puede ser entendida teóricamente cuando la modificación del contenido de la norma se produce en el interior de la misma, no como resultado de desarrollos efectuados fuera de las disposiciones de la Constitución. No se puede explicar satisfactoriamente que el cambio en el contenido de la norma se produce como consecuencia de un acto de coordinación entre normalidad y normatividad.¹³¹ Bajo esta idea estructural de la norma constitucional, Hesse sostiene que estas realidades del “ámbito normativo” se van sometiendo a cambios históricos mediante el proceso de concretización, sin que el “programa normativo” (el texto de la norma) se vea modificado, es decir, continúa idéntico.

Este es el resultado del proceso de mutación que, como regla general, no resulta fácil de captar. No obstante, la realidad constitucional, que se encuentra en el “ámbito normativo”, nunca puede ser *contra constitutionem*. En otras palabras, la realidad que puede acoger la Constitución no puede ser contraria a su sentido, o sea, no puede sobrepasar los límites impuestos por el “programa normativo”. El aceptar una realidad inconstitucional como ajustada a Derecho, produciría el reconocimiento de una superioridad de lo fáctico sobre lo normativo¹³².

La adopción de la teoría de la estructura de las normas, por parte de Hesse, obedece a que él considera que el punto fundamental de las mutaciones constitucionales, esto es, la relación entre realidad y norma no se halla resuelta. Las teorías de Laband y Jellinek, por la separación metódica entre política y Derecho, establecieron la idea de una superioridad de la fuerza de los hechos sobre el Derecho. La teoría de Dau-lin, sobre la realidad política

normas jurídica”, Trad. Luí Villacorta, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre de 1989; y también en MÜLLER F., *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Trad. Salvador Gómez, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

¹³⁰ Véase HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 56.

¹³¹ Ídem, pp. 107-112.

¹³² Ídem, p. 30.

que se convierte en parte integrante de la Constitución, bajo la forma de “necesidades vitales del Estado”, se desarrolló bajo una base genérica e indeterminada que no permite dar una respuesta positiva al problema planteado. La posición de Heller, en alguna medida, alcanza a suavizar la tensión entre “normatividad” y “normalidad”; no obstante, adolece de una fundamentación clara¹³³.

Por esto, la solución, según Hesse, está en entender a la mutación constitucional y sus límites como una alteración “en el interior” de la norma constitucional misma, no como procesos ocurridos de manera externa a la normatividad de la Constitución. Así las cosas, es necesario fundamentar la relación entre norma y realidad mediante la teoría de la estructura de la normas, pues allí la realidad constitucional se encuentra en el “ámbito normativo”, es decir, de manera interna en el ordenamiento, y siempre se desarrolla de acuerdo con lo establecido en el texto escrito de la disposición, esto es, en lo reglado por el “programa normativo”¹³⁴. Lo anterior permite, a la teoría de la mutación como un cambio en el interior de la norma, sostener que el límite de una mutación se encuentra trazado por el mismo texto constitucional, es decir, que el cambio en el contenido normativo de una disposición constitucional, que se produce por vía del “ámbito normativo”, sólo puede operar dentro del marco impuesto por el “programa normativo”, pues interpretar una norma en clara contradicción con el sentido de la Constitución produciría una quiebra o anulación constitucional¹³⁵.

b. Valoración y crítica

Esta visión del derecho es mucho más estructurada y clara que las anteriores. No obstante, también es insuficiente para explicar el fenómeno de las mutaciones. Un elemento fundamental de su explicación es el concepto de “contenido normativo”, que siempre determina el momento en que ha operado un cambio o alteración. Es decir, su teoría parte de la idea de que, por ejemplo

¹³³ Ídem, p. 106.

¹³⁴ Ídem, pp. 106-107.

¹³⁵ Ídem, pp. 109-111.

los derechos fundamentales, poseen un contenido normativo previo y definido que sirve de referencia para detectar que por vía del “ámbito normativo” ha operado una mutación. Afirmación poco plausible que afecta al núcleo duro de toda su hipótesis.

Esto último se puede comprobar, si se tiene cuenta que es evidente que el contenido normativo de un derecho no se puede determinar de antemano. Sólo en un sistema ideal podría serlo así, ya que la racionalidad jurídica absoluta es imposible en un campo tan controvertido y tan relacionado con las ideologías como el de los derechos fundamentales, y más aún si se tiene en cuenta la indeterminación de sus normas, así las cosas, sólo podría existir un contenido normativo pleno y absoluto si la Constitución lo incluyera expresamente, cosa que sería negativa para el actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Por esto, el juez constitucional, por ejemplo, sólo puede determinar el contenido normativo de un derecho en el caso concreto, al momento de tener en cuenta todos los factores, y especialmente, al momento de aplicar el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, si se sostiene que la mutación es un cambio en el contenido normativo, y se observa que en la práctica todos los días estos contenidos cambian, se está difuminando el concepto de mutación, o mejor, se está confundiendo con conceptos como la interpretación, la concreción o el desarrollo jurídico. De esta manera la mutación no tendría una determinación autónoma.

Sólo bastaría con observar los fallos de un Tribunal Constitucional sobre casos donde entran en conflicto, por ejemplo, el derecho de información por un lado, y el de intimidad por otro. Muy a menudo en la práctica judicial hay que enfrentarse a esta hipótesis, donde en los diferentes casos estos derechos pueden tener contenidos normativos distintos, en unos casos puede primar uno, y en otros casos el otro. Entonces ante esta situación de constante cambio, sólo quedaría decir, que en todo proceso donde exista una mínima variación se ha producido una mutación. Así las cosas, el concepto de mutación entra en conflicto con el de interpretación, o con el desarrollo jurídico, o con el de concreción. Por tanto, esta teoría que se presenta, es muy valiosa pero insuficiente para determinar un concepto adecuado de mutación. No

obstante, es rescatable la idea (F. Müller) de la estructura de una norma de derecho constitucional, especialmente lo referente a la existencia de un ámbito normativo o realidad constitucional como parte integrante del concepto de norma. Es decir, es bienvenida la tesis en la que el momento histórico determinado hace parte del contenido normativo de un derecho fundamental. Esto es, que la faceta histórica (o sea el momento cultural real) de los derechos hace parte de su propio concepto.

C. LA TEORÍA DE LA MUTACIÓN COMO UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN: HÄBERLE, STERN

1. Descripción de la tesis

Esta teoría es una tesis contemporánea, de la que su argumento central es retomado por la gran mayoría de los autores actuales que se han aproximado al estudio de las mutaciones. Podemos achacar la plasmación de sus primeros argumentos a Häberle y a Stern, quienes ponen el acento en el proceso interpretativo como la piedra angular de los cambios en los contenidos normativos de los derechos, sin que medie ninguna alteración en la literalidad de sus disposiciones. Esta es la diferencia con la tesis del formalismo que toma como base, de su construcción teórica, la separación entre Derecho y realidad; y también discrepa de las tesis del dinamismo que propugnan por la conexión entre Derecho y realidad. No quiere decir que la teoría de la mutación como un problema de interpretación no tenga en cuenta la conexión o desconexión entre Derecho y realidad social, lo que pasa es que la delega a un segundo plano, pues considera que en el proceso hermenéutico se encuentra la clave del problema.

La imposibilidad de dotar de autonomía propia al concepto de mutación, conlleva a que éste se encuentre contenido en otras figuras jurídicas, o que no tenga ninguna aplicabilidad práctica. Al respecto Häberle sostiene que el término mutación constitucional se esconde bajo la tapa de la interpretación que varía por el paso del tiempo; en la historia este fenómeno (mutación) fue un medio dogmático necesario para superar el factor “tiempo” en el Derecho

constitucional, pero hoy en día se esconde en la libertad de interpretación¹³⁶. Igualmente Stern afirma que, en primer lugar, la mutación constitucional es un problema de interpretación, de naturaleza inmanente a la norma; y, en segundo lugar, es un problema de tensión entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional, como consecuencia de desarrollos que se producen en el exterior de la norma¹³⁷ (en este punto se hace presente el desacuerdo con la tesis de la mutación como un cambio al interior de la norma). Es claro que las normas son eficaces si están acordes con su época, y que el tiempo no se detiene, pero la mutación constitucional no puede convertirse en un principio normal de interpretación, pues se atentaría contra la fuerza normativa de la Constitución; es por esto, que es impropio hablar de la realidad constitucional contra *constitutionem*, sólo es posible entender a la mutación si se presenta dentro del marco del sentido y la finalidad de la norma¹³⁸.

La teoría de la mutación como un problema de interpretación sostiene que las mutaciones sobre el contenido de una norma no sólo son de difícil aprehensión, sino sobre todo son de difícil admisibilidad. Dice Stern que Hesse incurre en un error al considerar que los problemas de la reforma de la Constitución comienzan allí donde acaban las posibilidades de una mutación¹³⁹. Él sostiene que este argumento oculta el problema, mas bien habría que afirmar que la problemática de la mutación comienza allí donde se renuncia a la reforma de la Constitución¹⁴⁰.

Otro peligro, es que entre la mutación por vía de interpretación mediante desarrollo judicial del Derecho y la mutación inadmisibile, sólo hay un pequeño espacio, y para lograr determinar este espacio, es imposible crear una gran teoría, sólo es posible hacerlo mediante un trabajo de detalle sobre el caso concreto¹⁴¹. Vale la pena aclarar desde ahora que en este trabajo se suscribe este último argumento, sin embargo, éste debe ser matizado, ya que no es posible hablar de “mutación inadmisibile”; lo que va más allá de las

¹³⁶ Cfr. HÄBERLE, P., *Verfassung Öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, p. 82.

¹³⁷ Cfr. STERN, K., *Derecho...*, op. cit., p. 335.

¹³⁸ Ídem, p. 337.

¹³⁹ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 25.

¹⁴⁰ Cfr. STERN, K., *Derecho...*, op. cit., p. 338.

¹⁴¹ Ídem, p. 339.

posibilidades de una mutación serán rupturas o quebrantamientos de la Constitución. Las mutaciones sólo operan dentro de los límites permitidos por las mismas normas, y, por tanto, se podría corregir el argumento afirmando que entre la mutación constitucional por la interpretación judicial y el quebrantamiento o ruptura de la misma, sólo existe un pequeño espacio, y que sólo es posible descubrirlo mediante un estudio detallado caso por caso.

La Ley Fundamental de Bonn, en el artículo 79.1, inciso 1, establece que no puede existir una modificación sin la reforma del texto constitucional. Dice Stern que la finalidad de este artículo no es otra que la impedir las rupturas constitucionales que se presentaban frecuentemente bajo la vigencia de la Constitución de Weimar, y que se aprobaban mediante leyes con la mayoría cualificada, pero que no se incluían en el texto. También sostiene que según esta norma será ley fundamental lo inicialmente acordado como Constitución de Alemania, así como los complementos que se desarrollen en el transcurso del tiempo; y que este artículo presenta problemas de aplicación frente a la aparición de la mutación, no para el caso de la reforma formal¹⁴². No obstante, dice que se puede entender que así como se pretende impedir las reformas constitucionales escritas fuera del texto, también se busca obstruir las reformas no escritas, salvo en casos excepcionales. El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que puede existir un cambio de significado de una disposición constitucional cuando aparecen en su esfera supuestos de hecho nuevos o no previstos, o cuando supuestos de hecho conocidos se presentan mediante su ordenación en el curso global de un desarrollo en una relación nueva o adquieren un sentido nuevo¹⁴³.

2. Valoración y crítica

Sin ocultar la importancia, en nuestros tiempos, de la idea de la conexión entre mutación e interpretación de los derechos, se puede afirmar que esta teoría sufre del mismo problema de casi todas las anteriormente expuestas, y es que trata el tema de la mutación como un caso de reforma informal, o no escrita en este caso. Tal situación impide argumentar a favor de entender a una

¹⁴² Ídem, pp. 333-334.

¹⁴³ BverfGE 2, 380 (401); 3,407 (422); 7,342 (351).

mutación como un problema de interpretación en ese contexto, pues en estricto sentido, la interpretación constitucional esta sometida al marco de la Constitución. Por tanto, mediante la interpretación no se pueden producir reformas informales, como pretende decir esta teoría.

Para aclarar un poco esta afirmación, cabe hacer una mínima referencia al fin mismo de la interpretación. La interpretación constitucional es un proceso orientado a la determinación del sentido de la norma, en su adecuación a un supuesto de hecho al que se supone debe aplicarse¹⁴⁴. Esto significa que el intérprete trata de extraer del texto una norma aplicable a un caso concreto, y, para tal fin, debe utilizar diferentes métodos que le permitan tomar la decisión correcta. Una de las funciones principales de la interpretación, consiste en disciplinar flexiblemente la realidad constitucional¹⁴⁵. Dicho de otra manera, la interpretación es un mecanismo a través del cual se puede conseguir la dinámica de la Constitución, esto es, interpretarla de acuerdo con los hechos de una época. La interpretación busca darle eficacia a las disposiciones, pues éstas no se aplican por sí mismas, necesitan del proceso hermenéutico para ser realizadas. La interpretación vela por la existencia de la Constitución, pues la actualiza a las circunstancias socio-políticas del Estado y la comunidad, en un momento histórico determinado.

No obstante lo anterior, hay que aclarar que mediante la interpretación no se pueden enmendar o reformar literalmente la norma, sólo es posible efectuar una transformación del contenido de la misma, pues, por ejemplo en el caso del juez constitucional, su función es jurisdiccional y no legislativa¹⁴⁶. Los órganos de justicia constitucional no pueden enmendar una Constitución, ni modificar las palabras con las que está redactada, sólo pueden efectuar modificaciones permitidas a través de la interpretación del contenido de esas palabras. Dice Wheare que los jueces pueden ser inconsecuentes y volubles, o

¹⁴⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 92.

¹⁴⁵ Cfr. CANOSA USERA, R., *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. p. 272.

¹⁴⁶ Cfr. WHEARE, K.C., *Las constituciones modernas* (1966), 2ª ed., Trad. Fernando Morera y Angel Alandi, Labor, Barcelona, 1975, p. 110.

ser faltos de sentido común, sin embargo, su función se limita a interpretar y no a legislar¹⁴⁷.

Ahora bien, expuesta esta aclaración sobre la función de la interpretación, aparece otro problema en la teoría descrita, y es que se mezclan en un mismo fenómeno jurídico tanto a la interpretación como a la mutación, es decir, bajo esta idea los dos conceptos se funden en uno solo; así las cosas, la mutación no encuentra un espacio propio, y por tanto se puede prescindir de él. Por esta razón, en el próximo capítulo de este trabajo se abordará este problema, como un elemento vital del concepto de mutación de los derechos. Por ahora sólo es viable sostener que la mutación es un fenómeno jurídico con autonomía propia.

D. EL CONCEPTO DOGMÁTICO DE MUTACIÓN: BÖCKENFÖRDE

1. Descripción de la tesis

Como se ha visto hasta aquí, el fenómeno de la mutación se entrelaza o confunde con otras figuras jurídicas como la reforma formal, los cambios constitucionales en general o la interpretación. El objetivo de esta teoría, defendida por Böckenförde (que es muy actual, pues se presentó en 1993), es intentar delimitar el concepto de mutación y, para ello, se propone diferenciarlo de algunos fenómenos jurídicos que pretenden ocultarlo. Él considera que lo relevante de este fenómeno no es si hay conexión o desconexión entre norma y realidad social, o si éste tiene en la interpretación la vía idónea para operar, más bien considera que lo relevante se encuentra en su delimitación¹⁴⁸.

Se puede comenzar por decir que esta tesis parte de la siguiente premisa: el concepto de mutación actual no puede entenderse a partir de la mera constatación de cambios en la realidad que transforma las normas

¹⁴⁷ Ídem, p. 110.

¹⁴⁸ Al respecto dice Böckenförde que: “*Pero lo que importa aquí desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es diferenciar y delimitar los fenómenos expuestos respecto del cambio constitucional. Si se incluyeran dentro de este concepto sólo porque se trata de modificaciones en el ámbito constitucional, el concepto se cargaría de sentidos múltiples y perdería con ello toda su claridad. Incluiría también fenómenos cuya necesidad y admisibilidad en modo alguno puede entrar en cuestión en el marco del ordenamiento constitucional vigente*”. Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 192.

constitucionales, como fue en la época de la tesis formalista (del *Reich* alemán de 1871) o de las primeras tesis del dinamismo bajo la Constitución de Weimar, donde la Constitución se realizaba sólo a través del proceso político, y donde el sistema constitucional no gozaba de una jurisdicción constitucional, ya que en la primera época no existió, y en la segunda fue muy limitada. Así las cosas, en estos períodos no puede hablarse de una interpretación auténtica de la Constitución jurídica, pues ésta sólo puede darse mediante decisiones que tengan fuerza normativa¹⁴⁹.

Ahora el Derecho constitucional es diferente, ya que la Constitución posee supremacía y fuerza normativa, además existe una jurisdicción constitucional que implica una vinculación profunda entre Derecho y juez, garantizándose así un ordenamiento con validez jurídico-positiva. Por tal razón, el concepto dogmático de mutación, como se dijo antes no debe preocuparse sólo por la constatación entre el cambio en la realidad y su efecto en la norma, es decir, con atención sólo en las causas y en la forma en que se producen, sino que ahora es necesario preguntarse sobre su licitud, admisibilidad, constitucionalidad, límites y consecuencias jurídicas. Con fundamento en estas nuevas características, el concepto de mutación alcanza los perfiles de un concepto dogmático¹⁵⁰.

Con el fin de delimitar este concepto dogmático, Böckenförde dice que el debate científico, sobre el concepto de mutación constitucional en un sentido general, se puede entender desde cuatro puntos de vista diferentes¹⁵¹: en primer lugar, se puede comprender como el cambio de la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política; es decir, se producen variaciones o transformaciones profundas en la referida situación a través de circunstancias o desarrollos jurídicos, políticos, económicos o sociales, que ocurren por el paso del tiempo. En este caso se utiliza un concepto científico-social de Constitución, donde la Constitución jurídica frente a una situación global, es sólo un momento más y no el criterio determinante.

¹⁴⁹ Ídem, p. 184.

¹⁵⁰ Ibídem.

¹⁵¹ Ídem, pp. 181-182.

Como se observa, este primer modelo se acerca bastante a la idea de la fuerza normativa de los hechos que se imponen al Derecho, como es el caso de la tesis formalista de Jellinek.

En segundo lugar, se puede analizar la relación entre Derecho constitucional y realidad constitucional para constatar el cambio de la propia Constitución jurídica frente a la existencia de nuevas situaciones sociales, políticas, culturales o incluso las que pertenecen al terreno de la conciencia o el espíritu, en este caso, el cambio afecta a la realidad constitucional y no a la Constitución jurídica, ni a su contenido normativo. En estas circunstancias se presenta la tensión entre ser y deber ser. Esta segunda opción se asemeja mucho a la tesis de la integración de Smend y a la de la “normatividad” y “normalidad” de Heller, pues Böckenförde considera que desde esta segunda perspectiva los cambios en la realidad no tienen porqué afectar a la Constitución normativa, es decir, sostiene que los cambios fácticos que son extrajurídicos (vienen de afuera, no hacen parte del Derecho constitucional), no pueden implicar una transformación en el ámbito jurídico de la Norma superior, más bien sí en la realidad constitucional que se encuentra fuera del Derecho.

En tercer lugar, el término mutación constitucional se puede referir a la modificación del significado de una disposición constitucional por causa de una variación en la situación del ámbito real y de la vida, a la que se refiere la misma norma, apareciendo así una función nueva o diferente, es decir, se puede predicar un cambio en su significado pero no en su contenido. Esta descripción, como se puede intuir, se encuentra en estrecha relación con la tesis de la mutación como cambio en el interior de la norma de Hesse, pues realidad y norma son un conjunto, y Böckenförde tiene razón en la crítica: dichos cambios no pueden ser un caso de mutación, sino de una función nueva de la norma. Desde ahora se puede adelantar que aquí en este trabajo se suscribe una tesis próxima a este tercer modelo, sin desconocer que es necesario intentar subsanar la crítica expuesta (que, por cierto, nos parece muy atinada). En cuarto lugar, se puede considerar a una mutación como una modificación del contenido de las normas superiores sin que opere ninguna variación del texto, en este sentido cambio constitucional significa reforma

tácita de la Constitución, pues afecta a su contenido normativo material, sin que medie una reforma formal. Böckenförde describe en este cuarto punto de vista, la tesis clásica de la mutación, esto es, como sinónimo de reforma formal.

Ahora bien retomando los argumentos básicos de la tesis que se analiza, ésta sostiene que en los ordenamientos jurídicos que poseen jurisdicción constitucional el concepto de mutación debe alcanzar los elementos de un significado dogmático, pues su función ya no se circunscribe a realizar sólo una constatación de los cambios del ordenamiento superior, es decir, atendiendo sin más a las causas y a la manera en que se producen, sino que es necesario verificar su admisibilidad y sus consecuencias jurídicas. En este orden de ideas, Böckenförde considera que el punto de vista idóneo o coherente con el concepto dogmático, es el cuarto, esto es, la noción de mutación como sinónimo de reforma tácita¹⁵². Lo que se plantea con estos argumentos, es la posibilidad de admitir en un ordenamiento, que tiene establecido un procedimiento de reforma, el cambio de contenido al margen de dicho procedimiento, sin que se afecte el criterio de validez normativa y vigencia positiva que posee la Constitución.

Dice Böckenförde que con el fin de delimitar el concepto dogmático de mutación expuesto, es necesario observar que se está ante este fenómeno cuando varían los supuestos de hecho de una norma o garantía constitucional, pues no se afecta su contenido, sino sólo al ámbito de la realidad regulado en la misma, ya que el cambio surge de ella y se plasma en la realidad social que se ha modificado, produciendo una variación en el significado o función de la norma constitucional. Igualmente, no es posible aceptar como una verdadera mutación cuando las disposiciones superiores admiten la posibilidad de configurar, de diversas maneras, un ámbito de la realidad y de la vida, y el legislativo hace uso de esta posibilidad, pues en este caso la transformación se produce en el terreno jurídico legal que se encuentra protegido por las normas constitucionales que permanecen iguales.

¹⁵² Ídem, p. 185.

Así mismo, los cambios en la aplicación de conceptos indeterminados que posee una norma constitucional no se pueden considerar como mutaciones, ya que por su misma indeterminación necesitan de una concreción más detallada que permite valoraciones, apreciaciones o configuraciones distintas, pues en ellos no cabe una única solución. Tampoco se puede entender como cambio constitucional cuando una disposición fundamental remite en su contenido a cuestiones extrajurídicas, como circunstancias sociales, éticas o de ideología política, incorporándolas con sus condiciones cambiantes, pues lo que ocurre es la realización de la Constitución y no un cambio en su contenido normativo¹⁵³.

Y finalmente, dice Böckenförde que no se puede considerar al “desarrollo jurídico” como un proceso de mutación. El desarrollo jurídico se refiere al proceso judicial que adelanta el Órgano Jurisdiccional Constitucional para cumplir con la función de complementar y perfeccionar el Ordenamiento Superior preestablecido, enriqueciéndolo mediante la interpretación y la aplicación del Derecho, ocupándose de situaciones nuevas. El fin de este proceso no es modificar la Constitución, pues en estricto sentido, la interpretación y aplicación del Derecho se mantienen vinculadas al contenido normativo de las disposiciones superiores y a la Constitución en su conjunto¹⁵⁴.

En síntesis, el concepto dogmático de mutación parte de la noción de que dicho fenómeno se refiere a la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que se lleve a cabo ninguna alteración del texto constitucional. Es decir, mutación significa reforma tácita de la Constitución, o sea un proceso de reforma informal paralelo al mecanismo de reforma formal establecido por la misma Norma superior, pero sin hacer uso de los procedimientos agravados establecidos constitucionalmente (por ejemplo, las mayorías parlamentarias) para dicho mecanismo formal. Ahora bien, partiendo de esta premisa, Böckenförde quiere ahora sostener que debe ser posible diferenciar entre mutación e interpretación, pues si esto no es viable, interpretación y reforma formal serían lo mismo, pues recordemos que la

¹⁵³ Ídem, pp. 185-190.

¹⁵⁴ Ídem, p. 190.

mutación tiene los mismos efectos de la reforma formal. Sólo que este poder de reforma estaría en cabeza de quien ha sido designado como intérprete último y auténtico de la Constitución, esto es, el órgano de justicia constitucional. Esto significaría una transformación injustificada jurídicamente de la estructura de los órganos de los poderes públicos¹⁵⁵.

Por tal razón, dice Böckenförde que es necesario deslindar los conceptos de interpretación y mutación, y para ello son valiosas las consideraciones que han desarrollado sobre esta materia Hesse y Müller, en la que se sostiene que Derecho (programa normativo) y realidad (ámbito normativo) no pueden considerarse como elementos separados, sino como una sola materia; así los cambios que ocurren en el “ámbito normativo” producen un cambio en el efecto ordenador de la norma. También sostiene que si el cambio en el “ámbito normativo” produce una modificación en el contenido de la norma, se podría hablar de una reforma de la norma en el ámbito de la interpretación. Por tanto, de esta manera desaparece cualquier diferenciación entre reforma formal e interpretación, es decir, el proceso de reforma formal se diluye en el de interpretación¹⁵⁶. Aún si partimos de la base de que se ha determinado previamente que el contenido normativo fundamental de la interpretación, busca una función integradora de la Constitución como norma jurídica —según la teoría de la integración funcional de Smend— que pretende regular la vida cambiante del Estado¹⁵⁷, y que el intérprete de la Constitución debe ser capaz de entender que se trata de normas vitales que ordenan a un objeto concreto que no es estático, y que los hechos particulares del Derecho constitucional no deben ser considerados de forma aislada, sino como elementos que hacen parte del todo funcional de la integración¹⁵⁸, se termina también con toda posibilidad de diferenciación entre interpretación y reforma de la Constitución. Al respecto Böckenförde sostiene que: *“Pero en este sentido se diluye la diferencia entre interpretación y reforma de la Constitución. Pues, de esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional —conscientemente entendida como algo en movimiento— el principio funcional*

¹⁵⁵ Ídem, p. 193.

¹⁵⁶ Ídem, p. 194.

¹⁵⁷ Ibídem.

¹⁵⁸ Cfr. SMEND, R., *Constitución...*, op. cit., p. 198.

*del efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella. Pero entonces el derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un principio político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto correcto?*¹⁵⁹.

Así las cosas (dice este autor basándose en la tesis de Hesse y Müller), sólo es posible diferenciar mutación de interpretación si previamente se han definido los significados del “programa normativo” mediante los medios auxiliares reconocidos para la interpretación de la Constitución, pues lo que se quiere es que dicho programa no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido anticipadamente establecido. De esta manera, sólo podrán aceptarse los cambios en el “ámbito normativo” permitidos por el “programa normativo” (cuyos elementos constitutivos han sido previamente dados o fijados). En otras palabras, lo que Böckenförde quiere decir es que si aceptamos la tesis de la unión entre la realidad y lo explicitado en la literalidad de la norma, es decir, como un solo elemento, es necesario que las transformaciones en dicha realidad (ámbito normativo) se encuentran acogidas en el contenido previamente fijado a la literalidad de la disposición (programa normativo), lo que implica que la interpretación que produce ese cambio en el efecto ordenador de la norma sea considerada como ajustada a la norma y no que la ponga en cuestión. Al respecto dice que: *estos cambios en la realidad social “no modifican el texto de la norma, sino que se mantienen en el marco fijado por él”*.¹⁶⁰

2. Valoración y crítica

¹⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho...*, op. cit., p. 196.

¹⁶⁰ Ídem, p. 195.

El primer problema se encuentra en haber partido, como base de este concepto dogmático, de la idea de que la mutación constitucional tiene los mismos efectos de la reforma formal, y este es el inconveniente, desde nuestra opinión, en que incurren la mayoría de las teorías expuestas hasta ahora. En este caso, al sacar el concepto de mutación del marco de los límites constitucionales y ponerlo en los extraconstitucionales, es decir, en el ámbito de la reforma, se pierde toda posibilidad de explicación razonable, pues como se ha expuesto, en las críticas a las teorías anteriores, las normas constitucionales sólo pueden ser reformadas por los órganos y mediante los procedimientos establecidos para tal fin por la Constitución. Una mutación mediante la interpretación nunca puede convertirse en un mecanismo de reforma formal, pues el proceso hermenéutico sólo es válido dentro de los límites constitucionales.

Consideramos que otro desacierto del concepto dogmático de la mutación, se encuentra en la noción de contenido normativo de las normas constitucionales. De la descripción realizada, podemos afirmar que Böckenförde entiende que dicho contenido es el que aparece en la literalidad de la disposición, por eso siempre lo presenta como sinónimo de “programa normativo” (que en la tesis de Müller, significa lo explicitado en la disposición). Nosotros creemos que la noción de contenido normativo, por ejemplo de un valor o de un principio constitucional, tiene más elementos que lo componen, incluso en su primera etapa de positivación, es decir, al momento siguiente a la consagración expresa por el constituyente primario, pues el Derecho no es sólo lo que dicen los vocablos lingüísticos, y mucho menos las normas de la Constitución, donde por ejemplo las de derechos fundamentales atienden a elementos éticos, a ideologías o formas de entender el mundo, es decir, a la realidad constitucional que los inspira. Y mucho menos se puede reducir la noción de contenido normativo a la simple literalidad, cuando una disposición constitucional ha sido concretada por el legislador, y ha tenido algún desarrollo jurídico por la jurisdicción constitucional, pues aquí el contenido de dicha norma se ha ampliado. Este tema será objeto de profundización en el siguiente capítulo.

Este error es el que hace que Böckenförde pueda sostener que (por tomar un solo ejemplo) no hay mutación cuando el “ámbito normativo” cambia, pues lo que hay es un cambio de significado de la disposición y no del contenido normativo. Es lógico que sostenga esta afirmación, pues si contenido normativo es sinónimo de literalidad o “programa normativo” éste nunca va a cambiar. Sólo podría transformarse si se considera que dicho contenido esta compuesto por la realidad y por la literalidad, por el “ámbito normativo” y por el “programa normativo”, como la tesis que se considera más acertada, pues si el “ámbito normativo” se transforma dentro del marco de actuación que le permite el “programa normativo” (que lógicamente sigue inalterado en su literalidad), el contenido normativo muta, pues éste se encuentra compuesto por esos dos elementos, ambos considerados jurídicos. Esta crítica también será tratada en profundidad en el siguiente capítulo.

Ahora bien, se presenta también un tercer inconveniente, tal vez el más importante, en la tesis del concepto dogmático de mutación. Como es el hecho de que Böckenförde quiere desmarcarse de los dos problemas que hemos resaltado, por tal razón, después de que sostiene que la tesis de Hesse y Müller no puede dar una respuesta satisfactoria a la diferenciación entre mutación (con los efectos jurídicos de una reforma formal) e interpretación, viene a decirnos que: *“Lo decisivo es que el programa normativo de una norma constitucional no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación. Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma, sino que se mantienen en el marco fijado por él...”*¹⁶¹.

De esta última afirmación se pueden extractar algunas cosas interesantes. Lo primero es que éste es el verdadero concepto dogmático de mutación que defiende este autor; y, lo segundo, es que éste nuevo concepto

¹⁶¹Ibidem.

implica otras consecuencias jurídicas diferentes. Así las cosas, podemos comenzar por analizar los diferentes componentes de lo que ahora sostiene; en primer lugar, acepta la conexión entre “programa normativo” y “ámbito normativo”, es decir, la tesis de Hesse y Müller (que de hecho la califica como un paso importante), pues considera que las modificaciones del efecto ordenador de la norma, se originan en el juego entre estos dos elementos, específicamente cuando se producen alteraciones en el “ámbito normativo”.

En segundo lugar, afirma que lo determinante de una mutación es que no modifique el “programa normativo” de una norma constitucional, es decir, no pueden producir reformas formales sobre estas disposiciones. Esta nueva defensa pone a la tesis del concepto dogmático de mutación en afinidad con lo que hasta ahora se ha criticado y defendido de las teorías analizadas antes, pues como se ha puesto de relieve en varias ocasiones, es inaceptable la afirmación según la cual, las mutaciones tienen los mismos efectos jurídicos que los de la reforma formal de la Constitución.

En tercer lugar, este nuevo concepto introduce otro elemento valioso, esto es, la idea de que la mutación por la interpretación sólo puede entenderse dentro de los límites constitucionales, es decir, por lo demarcado por la misma disposición, pues dicho proceso debe ser ajustado a la norma. Este argumento refuerza lo que se dijo antes: mutación no es reforma, pues se mueve en la esfera de lo permitido jurídicamente, y lo permitido jurídicamente es lo dispuesto en la norma. Ahora bien, esta nueva posición tiene unas consecuencias diferentes, y para constatarlas recuérdese que el primer paso en la construcción del concepto dogmático fue el aceptar la idea de que una mutación significaba una reforma tácita de la Constitución, es decir, se acogió el cuarto punto de vista. Si se pone lo expuesto en los tres párrafos anteriores (el verdadero concepto dogmático), en conexión con ese cuarto punto de vista (donde mutación y reforma son lo mismo), se verá que existe una incongruencia absoluta, pues lo que se defiende ahora es que existe conexión entre realidad y norma, que mutación no puede ser reforma, y que la mutación por la interpretación sólo puede operar dentro de los límites constitucionales.

Así las cosas, esto permite sostener que el modelo de partida del concepto dogmático no puede ser el cuarto punto de vista, sino el tercero, es decir, en el que Böckenförde sostuvo que el término mutación constitucional se podía referir a la modificación del significado de una disposición constitucional por causa de una variación en la situación del ámbito real y de la vida (aquí está presente la conexión entre realidad y norma), a la que se refiere la misma norma (en esta parte se encuentra la referencia a los límites), apareciendo así una función nueva o diferente, es decir, se puede predicar un cambio en su significado pero no en su contenido (o sea que las mutaciones no pueden tener los efectos de las reformas).

Sin perjuicio de los aportes valiosos que se han resaltado de esta última postura sobre el concepto dogmático de mutación de los derechos fundamentales, y a manera de síntesis, cabe afirmar que este concepto dogmático y la interpretación constitucional se confunden, no encuentran un espacio propio, pues los dos fenómenos gozan de las mismas características. Un juez constitucional que lleve a cabo la resolución de un caso, mediante el que produzca un cambio en el significado de una disposición, desarrollando una función nueva o diferente de dicha norma, por causa de una variación en el ámbito real y de la vida, no podrá diferenciar si lo que ha desarrollado es un proceso interpretativo o una mutación constitucional.

II. LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IDEA DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Ahora bien, en el marco comparado, y en el específico de Colombia, las decisiones de los órganos de jurisdicción constitucional, sobre el concepto de mutación son disímiles. Con el fin de demostrar esto último, se presentarán algunos ejemplos, sobre los cuales no se ha aplicado ningún criterio de selección especial, simplemente se traen a colación debido a que son los únicos en los que se ha encontrado alguna referencia al significado de dicho fenómeno.

A. EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho constitucional comparado, se puede comenzar por decir que la Ley Fundamental de Bonn, en el artículo 79.1, inciso 1, establece que no puede existir una modificación sin la reforma del texto constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que puede existir un cambio de significado de una disposición constitucional cuando aparecen en su esfera supuestos de hecho nuevos o no previstos, o cuando supuestos de hecho conocidos se presentan mediante su ordenación en el curso global de un desarrollo en una relación nueva o adquieren un sentido nuevo.¹⁶²

En España, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (L.H.L.), fue impugnada a través de tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento de Cataluña, y 61 Diputados de las Cortes Generales. En el recurso de estos últimos, se alega que dicha Ley viola los principios de igualdad y no discriminación, y el de la libre circulación de personas y bienes a que se refieren los arts. 14, 139.1 y 149.1.1 de la Constitución Española. En esta sentencia se describen los argumentos del recurso interpuesto por los Diputados de la siguiente manera: *“El art. 88 L.H.L. reitera el mismo sistema que se acaba de criticar en relación con el Impuesto de Actividades Económicas, que grava el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas (art. 79 L.H.L.), permitiendo el art. 89 L.H.L. otro incremento añadido sobre la tarifa del impuesto, ponderando la situación física del establecimiento dentro de cada término municipal. Consideran los Diputados que esta superposición de figuras impositivas y hechos impositivos supone una grave quiebra de los principios establecidos en el art. 31.1 C.E., hasta el punto de que se consentiría una verdadera mutación constitucional de afirmarse por este Tribunal la constitucionalidad de los dos preceptos citados...”*¹⁶³. Ahora bien, aunque el Tribunal no se pronuncia sobre el concepto de mutación como tal, lo

¹⁶² Cfr. BverfGE 2, 380 (401); 3,407 (422); 7,342 (351).

¹⁶³ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 233/1999, de 16 de diciembre.

importante es resaltar la idea de mutación que mantienen los Diputados como un caso de quebrantamiento de la Constitución.

Una resolución del Tribunal Constitucional de Perú, sobre la sentencia expedida por el mismo, el 1 de diciembre de 2003, en la que se declaró infundada, en parte, e improcedente en lo demás, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República en contra del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso. En esta resolución se dice que: *“...de la sentencia materia de la presente resolución, no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna. En efecto, dicha sentencia ha tenido un doble carácter: de un lado, se trata de una sentencia desestimatoria interpretativa integrativa, en tanto que precisa que el número de votos para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones, contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, no debe ser menor que el indicado en el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso; y, de otro, se trata de una sentencia exhortativa, puesto que hace un llamado al Congreso de la República a introducir diversas reformas, entre las que destaca la de establecer el voto conforme de por lo menos 2/3 del número legal de miembros del Congreso, para la aplicación de las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución.*

*“En ningún caso se puede deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99° y 100° de la Constitución en un sentido distinto a los criterios expuestos en la sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, strictu sensu, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales. **Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99° y 100° de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su***

aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputársele inconstitucional...¹⁶⁴.

B. EL CASO COLOMBIANO

Ahora bien, en el caso específico del Derecho constitucional de Colombia, la situación no es diferente. La Corte Constitucional, en un salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, dice que: *“Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria, por las siguientes razones: 1. La jurisdicción constitucional se ha convertido, con el paso del tiempo, en jurisdicción ordinaria, particularmente para los efectos de ordenar pagos de salarios y prestaciones sociales. Puede afirmarse que en relación con estas dos pretensiones la primera ha terminado por subrogar a la jurisdicción ordinaria. La acción de tutela ha transformado los medios judiciales ordinarios - proceso ordinario y proceso ejecutivo- en medios subsidiarios o innecesarios. Se ha operado en la práctica un cambio de diseño constitucional puesto que en la realidad la acción de tutela ha perdido su carácter subsidiario y, en su lugar, ha adquirido la connotación de medio principal y único de defensa. Desde el punto de vista estructural, la mutación constitucional se refleja en el hecho de que la Corte Constitucional se ocupa ahora primordialmente de promover el cumplimiento de derechos contractuales o legales, lo cual ciertamente no corresponde a su cometido institucional...”*¹⁶⁵.

Igualmente, en otro salvamento de voto, sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 64 del decreto 2150 de 1995 (por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública), se sostiene que: *“La Corte, sin elementos de juicio suficientes y sin ser el órgano competente para hacerlo, ha impuesto la exigencia de títulos de idoneidad para todas las profesiones. Soy el primero en compartir la conveniencia de la medida, pero sinceramente no creo que sea la Corte la llamada a establecerla. Pienso, además, que el cambio de*

¹⁶⁴ Cfr. Resolución del 9 de diciembre de 2003 del Tribunal Constitucional de Perú, EXP. N.º 0006–2003–AI/TC. Esta información ha sido tomada de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0006-2003-AI%20Aclaracion.html>, el día 20 de octubre de 2004.

¹⁶⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-547/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

la expresión 'podrá' por el término 'deberá', no era función suya, sino del constituyente. **Esta mutación constitucional ilegítima, de otro lado, desconoce la preferencia de las libertades en el orden constitucional.** La limitación de la libertad de profesión y oficio, principalmente se logra a través de la imposición legal, que no judicial, de la exigencia de un título de idoneidad. La Corte, en este caso, transforma la limitación del derecho constitucional en regla que no admite excepciones, y lo hace sin tomar en consideración ningún criterio de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, elementos que siempre requiere cuando se trata de las limitaciones legales a la libertad...".¹⁶⁶

También, en la Sentencia C-078/99, la Corte Constitucional Colombiana, en la que pretende delimitar el concepto de "administración pública", dice que: "En el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 se mencionaba al Ministerio Público como uno de los organismos sobre los cuales podía decidir el Presidente en materia de creación de empleos y de la determinación de sus funciones, dotaciones y emolumentos. Esta disposición se ajustaba a la determinación contenida en el artículo 142 de la Carta de 1886, que consagraba que el Ministerio Público se ejercería 'bajo la suprema dirección del Gobierno'. **Sin embargo, debe anotarse que en este respecto se produjo durante la vigencia de la Carta de 1886 una mutación constitucional, en la medida en que, en la práctica, la Procuraduría General de la Nación adquirió un importante grado de autonomía con respecto a la Rama Ejecutiva...**".¹⁶⁷

De acuerdo con estos ejemplos, se puede ratificar lo antes afirmado, esto es, ni desde la jurisprudencia comparada ni de la interna de Colombia existe claridad sobre el concepto de mutación de la Constitución. Como se puede advertir, en unos casos se habla de mutaciones ilegítimas, y en otros casos como algo acorde con el Derecho. Es decir, unas veces se entiende que las mutaciones son admisibles, y en otras que son inadmisibles en el plano del

¹⁶⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-050/97. Salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-078/99, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Derecho constitucional. Por tanto, es pertinente determinar un concepto de mutación acorde con los rasgos del Estado constitucional colombiano.

CAPÍTULO TERCERO

DOS PROPUESTAS DE MUTACIÓN DE LOS DERECHOS EN COLOMBIA

Lo que se quiere ahora es presentar dos alternativas actuales de mutación de los derechos, con el objetivo de conocer si alguna de éstas es idónea y aplicable en el ámbito jurídico colombiano. Para tal fin, se utilizarán las ideas con las que se estuvo de acuerdo y con las que no se estuvo tanto, expuestas en el debate doctrinal del capítulo anterior. El análisis a desarrollar, se hará tomando como referencia los rasgos sobre la naturaleza de los derechos fundamentales en Colombia descritos en el capítulo primero. Especialmente se quiere conocer, cuál de las dos alternativas que se presentarán, se ajusta a los fundamentos del actual Estado constitucional colombiano y también al sistema de derechos fundamentales. Igualmente, se busca corroborar cuál de estas dos posibilidades de mutación presenta mejores síntomas de objetividad. La consecución del objetivo propuesto, permitirá inmiscuirse en los capítulos posteriores en el tema de la interpretación de los derechos, con un concepto ya clarificado de mutación.

I. LA PRIMERA PROPUESTA: LA TEORÍA MODERNA DE LA MUTACIÓN

Este es el primer modelo de mutación y se ha denominado “teoría moderna”, ya que es defendido dentro del marco del Estado constitucional actual, en el que, por lo menos, existe una Constitución normativa, considerada como la norma superior del ordenamiento jurídico, con fuerza vinculante y con la presencia de unos procedimientos agravados para su reforma. No obstante, también podría haberse llamado “teoría clásica de la mutación”, pues conserva los rasgos básicos del modelo de Jellinek (que se expusieron en el capítulo anterior), con algunos matices tomados de los modelos de Smend y Dau-Lin (también descritos antes), como se tendrá ocasión de analizar. Sin embargo, se ha preferido llamarla teoría moderna, ya que, como se dijo antes, es defendida dentro del marco del Estado constitucional actual, y también debido a que la doctrina que la ampara es contemporánea. Sus mayores defensores se encuentran especialmente en los ámbitos geográficos de España, Italia, Argentina, México y, por supuesto, Colombia. El principal argumento que los une es el entender que la mutación constitucional y la reforma constitucional tienen los mismos efectos jurídicos, es decir, el fenómeno de la mutación es considerado como proceso de reforma informal. Este es el argumento en que

confluyen todos los autores que se han incluido dentro de esta “teoría moderna”, realmente este es el punto de partida de sus tesis. Sobre otros argumentos unos han desarrollado más sus ideas que otros, y por eso se irán señalando a quien pertenece la respectiva autoría.

Esta teoría moderna de la mutación es la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina, no obstante, desde ahora cabe decir que en este trabajo se está en abierto desacuerdo con ella. Por tal razón, se presentará la descripción de sus contenidos, desde una posición crítica, y para ello se tomará como base los desacuerdos que se plantearon a los diferentes conceptos de mutación, en el debate doctrinal del capítulo anterior. Ahora bien, para comenzar con la descripción de los elementos que componen el concepto de mutación desde la teoría moderna, es pertinente presentar una idea general que sirva de punto de partida. Los defensores de esta tesis coinciden en que el fundamento de la mutación se encuentra en la tensión que existe entre lo fáctico y lo normativo, es decir, en la incongruencia entre la realidad y el texto explicitado¹⁶⁸.

En este orden de ideas, se pueden agrupar a la mayoría de los defensores de la teoría moderna, bajo la siguiente idea de mutación: las mutaciones son modificaciones informales del contenido normativo de una disposición, por virtud de la tensión entre permanencia-cambio, resolviendo la necesidad de adaptación de la Constitución a las variaciones originadas en el ámbito social, sin necesidad de recurrir a los mecanismos jurídicos formales consagrados en los textos constitucionales¹⁶⁹. Es decir, paralelamente a las modificaciones formales se origina una praxis, con capacidad para producir los mismos efectos de los procedimientos de reforma formal, sólo que las

¹⁶⁸ En este sentido, por ejemplo: DE VEGA, P., *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 208; LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 163; en Colombia, SIERRA PORTO, H., *La reforma de la Constitución*, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998, p. 33.

¹⁶⁹ Cfr. GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 97; y LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político...*, op. cit., p. 145.

alteraciones informales que transforman el contenido normativo del ordenamiento constitucional no quedan reflejadas en el texto fundamental¹⁷⁰.

A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN DE LOS DERECHOS

El primer elemento a analizar de la idea de mutación de la teoría moderna, es el de su ámbito, esto es, el espacio dentro del entramado jurídico en el que éstas actúan. Para esta teoría las mutaciones de los derechos son mecanismo con los mismos efectos de la reforma constitucional¹⁷¹, pero sin hacer uso de los procedimientos agravados establecidos para tal fin, como pueden ser las mayorías parlamentarias o la intervención directa del pueblo. Por ejemplo, el profesor Lucas Verdú (uno de los mayores representantes de la teoría moderna) sostiene que las reformas formales de la Constitución exigen que se superen una serie de obstáculos técnicos por causa de la rigidez constitucional, lo que impide que las realidades política se abran camino cuando su necesidad es urgente, ya sea porque dichos obstáculos (por ejemplo las mayorías cualificadas) le cierran el paso, o porque éstos son muy lentos y retrasan las imperiosas y apremiantes incorporaciones que proponen dichas realidades. Por el contrario, las mutaciones abrevian la inclusión de dichas realidades, y por tanto logran las modificaciones requeridas sin hacer uso de los procesos de reforma, es decir, las mutaciones resuelven más eficaz y

¹⁷⁰ GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia...*, op. cit., p. 98.

¹⁷¹ En este argumento confluyen los autores que se mencionan de España, Italia, Argentina, México y, por supuesto, Colombia. En España nos referimos a la “escuela de Salamanca” que comenzó, en los años cincuenta del siglo pasado, a plantear el tema de la estática y la dinámica constitucional, encabezada por el profesor Enrique Tierno Galván. A partir de allí se gestaron los trabajos de LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho...*, op. cit.; DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit.; CALZADA CONDE, R., *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 1987; GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, entre otros. De Italia: PIERANDREI, F., *Scritti...*, op. cit.; BISCARETTI DI RUFFIA, P., <<*Les Changements non formels*>..., op. cit.; TOSI, S., *Modificazioni Tacite...*, op. cit.; MORTATI, C., *Costituzione...*, op. cit. En Argentina se encuentra en autores como: BIDART CAMPOS, G., *Derecho constitucional comparado* (Tomo I), Ediar, Buenos Aires, 1998; SAGÜÉS, N., *El concepto y la legitimidad de la interpretación constitucional mutativa*, *El Derecho* (88-869), Buenos Aires, del mismo autor *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998; DÍAZ RICCI, S., *Introducción a las mutaciones constitucionales*, *Revista jurídica de la facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad de Tucumán*, número extraordinario 28, Tomo III, San Miguel de Tucumán, 1992. En México, el mayor representante de la teoría moderna es NAVA GOMAR, S., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Porrúa, México, 2003; también en “interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos”, en la obra colectiva: *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005, pp. 795-817. En Colombia, MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit.; y SIERRA PORTO, H., *La reforma...*, op. cit.

rápidamente las exigencias político-sociales del tiempo¹⁷². Con más claridad aún, este autor afirma que: *“Las mutaciones constitucionales aventajan a las modificaciones formales en la medida en que la fuerza de lo fáctico (Jellinek) es más fuerte que la ratio formalizada y, hasta mecanizada, de la rigidez constitucional; en tanto que una revisión constitucional puede suscitar perplejidades sobre su misma constitucionalidad u ocasionar enfrentamientos irreductibles entre las fuerzas políticas partidarias de y contrarias a la modificación, originando, a la postre, el descrédito de la Constitución. Por último, la mutación en la medida que respete la letra y el espíritu de la Ley fundamental, es menos explosiva, no se disputa, surge vitalmente, por exigencia de la dinámica política”*.¹⁷³

En Colombia, el desarrollo del estudio de las mutaciones constitucionales ha tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y especialmente con las investigaciones que se comenzaron a gestar a raíz de la diferencia cualitativa entre la interpretación ordinaria y la constitucional, es decir, debido a que ya no se podía entender una interpretación silogística de la Constitución, sino un nuevo proceso hermenéutico con unas especificidades bien diferentes. Por tal razón, los ojos están puestos ahora en empezar a desentrañar y analizar las nuevas funciones del juez constitucional, de su actitud jurídica frente a la nueva Constitución y de su manera de interactuar con las nuevas herramientas otorgadas. El punto de inicio de esta tesis de la mutación, tiene su origen en la idea que se expuso al comienzo del trabajo, como es el problema de la falta de conexión entre la realidad y la Constitución como una falencia del anterior régimen (1886).

Ahora bien, respecto de la postura específica sobre la mutación en Colombia, y sobre su ámbito de actuación, cabe sostener que la posición de la teoría moderna que se ha descrito es la que impera en este país, es decir, mutación y reforma son lo mismo, sólo se diferencian porque la segunda debe cumplir con los procedimientos agravados impuestos por la Constitución. Por ejemplo, el profesor Humberto Sierra Porto sostiene que: *“La mutación*

¹⁷² Cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político...*, op. cit., p. 145.

¹⁷³ Ídem.

*constitucional, en términos generales se refiere a la transformación o modificación de un principio o precepto constitucional que ocurre sin la realización del procedimiento de reforma (...) A efectos de esta exposición, sólo nos interesa destacar a la mutación como un mecanismo alternativo a la vía de la reforma constitucional*¹⁷⁴.

Así las cosas, se puede decir ahora que estos argumentos presentan algunos problemas que la teoría moderna no llega a resolver. El primero se refiere a la falta de certeza que genera para el sistema de derechos, es decir, el hecho de que principalmente los jueces constitucionales (aunque en sentido amplio todos los operadores jurídicos, por ejemplo la administración), mediante la interpretación, pueden llevar a cabo reformas al sistema iusfundamental, pero bajo el ropaje de mutaciones, genera inseguridad y falta de certeza jurídica, pues lo que hoy es un derecho puede que mañana sea reformado por un juez mediante su decisión, incluso sin que nadie se entere, ocasionando que la Constitución pierda su poder regulador, para pasarlo a los operadores jurídicos, primordialmente al juez constitucional, por ser considerado el intérprete último de dicha Norma, convirtiendo el Estado constitucional en un Estado jurisdiccional¹⁷⁵.

Un segundo problema, se refiere a la falta de justificación en relación con la tesis de que el juez constitucional (sobre el que interesa hacer referencia) tiene competencia para llevar a cabo reformas en el sistema de derechos, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución. Por el contrario, de conformidad con el título VIII, capítulo segundo de la Constitución de 1991, la Corte constitucional hace parte de la rama judicial de Colombia, y como tal, de acuerdo con el artículo 230 de la misma Norma, todos los jueces se encuentran sometidos al imperio de la Ley. La Ley a la que se encuentran sometidos los jueces, en este caso la Constitución, en su artículo 374 establece

¹⁷⁴ Cfr. SIERRA PORTO, H., *La reforma...*, op. cit., p. 33.

¹⁷⁵ Por ejemplo, Néstor Sagües dentro de la clasificación de los diferentes tipos de mutaciones que describe, sostiene que es válida, por virtud de la interpretación judicial, una mutación *contra constitutionem* cuando lo que se reforma tácitamente es una cláusula constitucional injusta. O sea que cuando se considera que una disposición constitucional es injusta, es jurídicamente permitido reformarla (mediante una mutación) incluso de manera contraria a la Constitución misma. Cfr. SAGÜÉS, N., *La interpretación judicial...*, op. cit., p. 77.

que dicha Norma podrá ser reformada por el congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo. En ninguna parte del Derecho colombiano encontramos que el juez constitucional pueda poseer la competencia para reformar la Constitución. Más aún, de conformidad con el artículo 241 de esta Norma a la Corte constitucional le corresponde garantizar la guarda, la integridad y la supremacía de la Carta; por tanto, si la Corte tiene la obligación jurídica de proteger tales cualidades, sería un contrasentido pensar que la Corte puede ocasionar reformas en contraposición con lo establecido por la misma Constitución, específicamente sobre los entes que pueden reformar la Carta, pues estaría dejando de garantizar su guarda, su integridad y su supremacía.

Un tercer problema que genera la afirmación de que una mutación tiene los mismos efectos jurídicos de una reforma, es que pone en grave riesgo al principio democrático, entendido éste como la prerrogativa del pueblo, en cuanto titular de la soberanía (artículo 3 de la Constitución), de ejercer el poder constituyente¹⁷⁶. El artículo 374 que se citó, en el que se establece que la Constitución podrá ser reformada por el congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo, es una de las máximas expresiones del principio democrático, pues el pueblo a través de sus representantes como un poder constituido (el congreso), o como un poder constituyente (la asamblea constituyente), o directamente (mediante referendo), es quien tiene la competencia para llevar a cabo reformas de la Constitución. El inconveniente es que la teoría moderna no dice cuál es la justificación para defender la tesis según la cual por la interpretación de la Corte se pueden reformar los derechos, haciendo uso de los procesos mutativos, sin incurrir en una extralimitación de lo reglado por la Constitución. Ni tampoco da respuesta a los problemas que se han planteado antes. Es decir, el afirmar que cuando se presenta una tensión entre la realidad y una norma explícita, los procedimientos agravados de reforma impiden que las realidades política se abran camino cuando su necesidad es urgente, ya sea porque dichos obstáculos (por ejemplo las mayorías cualificadas) le cierran el

¹⁷⁶ En sentido puede consultarse a DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit., p. 15.

paso, o porque éstos son muy lentos y retrasan las imperiosas y apremiantes incorporaciones que proponen dichas realidades, y que por tanto deben proceder las mutaciones con los mismos efectos de una reforma constitucional, no es una justificación idónea para aceptar la tesis de la teoría moderna de la mutación de los derechos fundamentales.

B. EL CONTENIDO NORMATIVO DE UN DERECHO

Otro elemento que se puede extractar de la idea inicial de mutación defendida por la teoría moderna, es el referente al cambio en el contenido normativo de un derecho fundamental, como se ha visto las variaciones se hacen visibles en dicho contenido. Por tal razón, surge la pregunta: ¿qué entiende la teoría moderna por el contenido normativo de un derecho? La respuesta a esta cuestión es difícil, no tanto por el tratamiento teórico que se le ha dado a dicha figura jurídica por parte de esta teoría, sino más bien por la falta de atención que se le ha prestado al tema (que es casi inexistente). Los defensores de la tesis moderna no se han preocupado por analizar cuál es su significado, es decir, sobre el particular no se ofrece explicación alguna¹⁷⁷. El tema del contenido de los derechos ha sido debatido en otros ámbitos del Derecho constitucional, pero nunca sobre el caso específico de la mutación, que es el que tiene relevancia en esta investigación.

En Colombia no existe una profundización sobre el tema, simplemente se dice que el contenido normativo es sinónimo de significado, es decir, lo que muta es el significado del derecho fundamental. Por ejemplo, el profesor Sierra Porto cuando hace alusión a que la mutación modifica los principios o preceptos constitucionales (en el mismo sentido de una reforma constitucional) sostiene que: *“Los términos constitucionales (el texto), permanecen, pero con un sentido diferente o con ausencia del mismo. Existe mutación constitucional cuando por el mecanismo que sea, se cambia el sentido u otorga uno distinto (sic) que se había atribuido originariamente a la Constitución (...) la mutación constitucional hace que los términos constitucionales adquieran un sentido*

¹⁷⁷ El cambio en el contenido normativo hace parte de la noción de mutación expuesta por Pedro de Vega. Cfr. Ídem, p. 182.

*diferente, distinto del que pretendía el constituyente o del que se utiliza de ordinario*¹⁷⁸.

No obstante lo anterior, algunas referencias se han hecho, sin mucha profundidad, pues la teoría moderna ha preferido acoger lo expuesto por Hesse, quien fue el que llamo la atención sobre la importancia del contenido de los derechos de cara a las mutaciones. Al respecto él sostuvo que: *“Tanto el Tribunal Constitucional Federal como la doctrina actual entienden que una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”*¹⁷⁹. Como podemos entender, Hesse en esta idea del significado de mutación, incluye el contenido de las normas constitucionales como un elemento determinante para tomar como punto de referencia, puesto que para corroborar un cambio en el significado de un derecho es pertinente conocer su contenido normativo. En otras palabras, lo que dice este autor es que para saber que algo ha cambiado, se debe conocer ese algo, pues de lo contrario no se tendrá un punto de referencia para comparar lo que había de lo que hay ahora, y poder afirmar de esta manera que ese algo (el contenido normativo de ese derecho fundamental) ha mutado, pues ahora es diferente de lo que era antes.

La teoría moderna de la mutación, especialmente el profesor Lucas Verdú¹⁸⁰, ha tomado como base la tesis de Hesse sobre los elementos constitutivos de la noción de contenido normativo de un derecho, en la que se sostiene que las normas que integran el Derecho constitucional no son sólo mandatos abstractos que se desconectan de la realidad, pues si fuera así estas normas quedarían en letra muerta, sólo se evitará esta situación si se entiende que la norma alcanza a la realidad histórica, es decir, donde lo explicitado en el texto normativo y la realidad constitucional se encuentran en armónica conexión. Dice Hesse que esta idea es plausible si se entiende que la norma (el contenido normativo del derecho) se encuentra compuesta por estos dos

¹⁷⁸ Ídem, p. 35.

¹⁷⁹ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 91.

¹⁸⁰ Cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político...*, op. cit., p. 74.

elementos¹⁸¹. Como se resaltó antes, la teoría moderna no se ha interesado por entrar a dilucidar los alcances de la noción de contenido normativo, sino que ha remitido a la doctrina de Hesse que, aunque es más explícita sobre el particular, deja algunos problemas sin resolver, como se verá ahora.

El problema más relevante, partiendo de la base indicada de que el contenido normativo de un derecho fundamental se encuentra compuesto tanto por el derecho explícito en los textos como también por la realidad, se circunscribe a que, a ciencia cierta y en la práctica, con esos datos no se puede conocer cuál es en últimas dicho contenido, pues recuérdese que lo que integra un derecho fundamental puede ser diferente por virtud del paso del tiempo y de los procesos de desarrollo y concreción al que haya sido sometida dicha disposición iusfundamental. Es decir, la teoría moderna no responde a la pregunta: ¿el contenido normativo de un derecho es sólo lo explicitado en su texto más la realidad constitucional, sin importar que sobre el mismo existan, por ejemplo, leyes de concreción o sentencias que lo hayan delimitado en mayor medida, o estos últimos datos no hacen parte de dicho contenido normativo? El dar respuesta a este problema es crucial para el tema de las mutaciones, pues el contenido normativo debe ser reconocido para ser usado como punto de referencia, si se pretende corroborar la presencia de cambios o transformaciones.

Como ya se expuso antes, hay que conocer que algo existía antes, para poder sostener que ese algo ha cambiado. Y el problema radica en que si no se conoce con más detalle los elementos constitutivos del contenido normativo, expuesto por la teoría moderna, será imposible conocer sus consecuencias jurídicas y, por ende, imponerle unos límites a la mutación. En otras palabras, no es lo mismo corroborar una mutación de un derecho tomando como referencia la disposición explicitada que lo contiene más la realidad constitucional que le dio origen, que tomar como punto de referencia además de lo anterior las demás normas constitucionales relacionadas, la leyes de concreción, las sentencias sobre el particular, etc. E igualmente los límites que

¹⁸¹ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 107.

se le puedan imponer a la mutación de un derecho fundamental, serán diferentes dependiendo de lo que se crea que hace parte de ese contenido.

C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

Se ha dicho que los defensores de la teoría moderna sostienen que el fundamento de la mutación es la tensión entre realidad y texto normativo, y que para solucionar tal tensión es menester entender que la norma (el contenido normativo) de un derecho se encuentra compuesto por lo normativamente explicitado y por la realidad constitucional¹⁸². Ahora, y con el fin de poder dilucidar cuál es el concepto de mutación que ampara la teoría moderna, se debe hacer la pregunta: ¿qué se entiende por realidad constitucional? Se puede partir de una premisa, la teoría moderna no ha desarrollado tal noción con detalle (salvo en los trabajos del profesor Lucas Verdú), no obstante, siempre se ha hecho referencia a la realidad constitucional como un elemento crucial para entender el fenómeno de la mutación de los derechos¹⁸³.

En Colombia, la cuestión de la realidad constitucional se encuentra a espera de desarrollo doctrinal, pues sólo se ha resaltado su importancia en relación con la mutación, y especialmente con la nueva función del juez constitucional, pues se considera que dicho juez es el punto de recepción de las vivencias sociales cotidianas (realidad constitucional). En este sentido, Marcela Monroy sostiene que el juez constitucional debe ser *“la caja de resonancia de la experiencia social del texto constitucional: es decir, debe reflejar en la sentencia la realidad social relacionada con el caso planteado,*

¹⁸² Hay que aclarar que no toda la doctrina colombiana defiende la idea de una conexión entre la realidad constitucional y la norma explicitada en el texto, por ejemplo, Jorge Humberto Botero dice sobre el particular que pensar o sostener una teoría de este tipo es mantener una postura iusnaturalista, él dice que: *“La postulación de la realidad como fuente del derecho, necesariamente implica la existencia de un derecho suprapositivo emanado de la naturaleza o de la condición racional del hombre”* Cfr. BOTERO, J. H., << Nueva Constitución: ¿nuevo Derecho?>>, en la obra colectiva: *grandes temas del Derecho constitucional colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, P. 13.

¹⁸³ Por ejemplo, Salvador Nava sostiene que lo que produce una mutación es el cambio en la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, pero no procede a explicar en que consisten esos conceptos. Cfr. NAVA GOMAR, S., *Interpretación, mutación...*, op. cit., p. 804.

*puesto que la Constitución, lejos de ser un simple papel, debe resultar una vivencia en la conciencia ciudadana*¹⁸⁴.

La doctrina colombiana parte de la base de que el texto de una norma y la realidad hacen parte de un solo concepto, y para ello se vale de la tesis de Hesse que se ha desarrollado, para luego decir que la interpretación no puede ser la realización de un mandato preexistente, sino que al entender a la Constitución como una realidad, el proceso hermenéutico es algo que se reafirma día a día, es decir, la Carta es algo que se desarrolla en todo momento¹⁸⁵. Por tanto, la concretización de una norma implica incorporar las circunstancias fácticas que ésta pretende regular, convirtiéndose la interpretación, y por tanto la Constitución, en un proceso dinámico, debido a que estos datos sociales son de naturaleza cambiante¹⁸⁶. Estos datos sociales cambiantes (que en nuestros términos sería una transformación de la realidad constitucional) se encuentran determinados por los valores e ideas del grupo social, es decir, el cambio de esos valores relevantes producen variaciones en el acontecer diario de una colectividad, variaciones que a su vez repercuten como cambios en el Derecho constitucional. La profesora Morelli sostiene que los valores presentes en una sociedad deben ser incorporados en la creación del Derecho como aspiraciones e intereses culturalmente prevalentes¹⁸⁷.

Esta tesis dice que los datos sociales, que son cambiantes por naturaleza, informan el contenido de la norma y, por esta causa, la labor de concretización que se desarrolla por vía interpretación puede terminar en soluciones distintas, sin importar que el texto de la disposición no ha variado, esto es, sigue siendo el mismo¹⁸⁸. Esto es llamado por la profesora Morelli como interpretación creativa, la cual se caracteriza por ser dinámica, pues la

¹⁸⁴ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 172.

¹⁸⁵ El profesor Humberto Mora llega a la misma conclusión de que esta conexión es un requisito obligatorio, pero no lo hace desde la teoría de Hesse, sino que parte de las ideas de Duguit, él dice que para que una Constitución exista debe poseer efectividad, es decir, debe existir un vínculo entre “ser” y “deber ser”, entre normatividad y realidad social, esto significa que en caso de presentarse un divorcio entre dichos elementos existirá una Constitución nugatoria. Cfr. MORA OSEJO, H., *Estudios Constitucionales*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993, pp. 17 y 18.

¹⁸⁶ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 174.

¹⁸⁷ Cfr. MORELLI, S., *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 217.

¹⁸⁸ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 174

norma depende del contexto de la realidad y del tenor literal, es decir, depende del cambio de los valores fundamentales de una sociedad y de lo explicitado en la disposición, sin importar que este último sea el mismo, ella afirma de que lo que se trata “*es de realizar los derechos actuales*”¹⁸⁹. Esto indica que hoy en Colombia, el juez constitucional debe desarrollar una labor creativa y no simplemente de subsunción. Aunque como se puede observar, de la exposición de los defensores de la teoría moderna en Colombia, no existe gran precisión sobre el significado de la realidad constitucional como elemento constitutivo del concepto de mutación, si es viable extractar algunos rasgos: se encuentra compuesta por datos sociales que se configuran como valores presentes en una sociedad y que deben ser incorporados en la creación del Derecho como aspiraciones e intereses culturalmente prevalentes. Estas pistas dadas por la doctrina colombiana no permiten tener claridad sobre dicho concepto, así que es pertinente acudir a otros defensores de la teoría moderna, con el fin de conocer si aportan más luces sobre el particular.

Como mencionamos antes, el profesor Lucas Verdú ha dedicado en sus trabajos varias páginas al estudio del concepto de realidad constitucional, puesto que según él este tema es importante e imprescindible para la correcta interpretación de la Constitución, y para una provechosa renovación del Derecho constitucional¹⁹⁰. Ahora bien, aparte de la importancia del tema, este autor nos dice que dicha realidad es “*un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad. Dicho de otro modo, consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola*”¹⁹¹. También dice que la realidad constitucional se compone de elementos como, los partidos políticos, los sindicatos, los grupos ecologistas, la Iglesia, los movimientos feministas, el Ejército, entre otros¹⁹². Finalmente este autor

¹⁸⁹ Cfr. MORELLI, S., *Interpretación Constitucional...*, op. cit., pp. 131 y 232.

¹⁹⁰ Cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político...*, op. cit., p. 73.

¹⁹¹ Ídem, p. 78. Sobre la idea de que la realidad puede sustituir a la Constitución, puede verse NAVA GOMAR, S., *Interpretación, mutación...*, op. cit., p. 805.

¹⁹² Ídem, p. 79.

sostiene que cuando el Derecho constitucional es incompatible con la realidad constitucional, se producen mutaciones encaminadas a resolver dicho desacuerdo, produciéndose una transformación política; y también que, para el caso español, la realidad constitucional ejerce una función interpretadora de las normas constitucionales por virtud del artículo 3,1 del Código civil, pues éste dispone que las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad y del tiempo en que han de ser aplicadas, por tanto es obvio que realidad constitucional y realidad social son lo mismos, pues la primera se encuentra ubicada en el Estado-comunidad¹⁹³.

Hay que reconocer que la tesis sobre la realidad constitucional defendida por el profesor Lucas Verdú, presenta algunos problemas. No obstante, cabe extractar que dicha realidad representa un conjunto de factores sociales y políticos, los cuales se encuentran encarnados en los partidos políticos, los sindicatos, los grupos ecologistas, etc., y que en caso de contradicción entre dicha realidad y el texto normativo, prevalecerá ésta produciéndose una mutación. Por último, se puede rescatar que dicha realidad podría denominarse también realidad social, ya que representan lo mismo. Antes de pasar a lo que más interesa ahora, esto es poner de relieve los problemas que deja sin resolver la teoría moderna sobre el significado de realidad constitucional, se quiere decir que es inadecuado afirmar que una realidad constitucional contraria a la Constitución prevalece sobre ésta última, es decir, en el constitucionalismo contemporáneo es inaceptable la idea de que los hechos se imponen al Derecho y que por tal causa se producen mutaciones, pues entonces el concepto de mutación tendría como fundamento un elemento antijurídico, o sea contrario a Derecho, como sería la realidad constitucional incompatible con la Constitución. Esto se explicará más adelante, cuando se someta a crítica la teoría moderna en relación con los fundamentos de la Norma superior.

En relación con los problemas que presenta o deja sin resolver la teoría moderna, sobre el significado de realidad constitucional, cabe afirmar que son

¹⁹³ Ídem, p. 82.

de diversa índole. Para comenzar, no existe claridad sobre los elementos constitutivos de dicha realidad, es decir, no se sabe si ésta se refiere a hechos reales ocurridos en la sociedad, como por ejemplo la aparición y uso de sistemas avanzados de información como Internet, o si dicha realidad se refiere a la ideología reinante en un momento determinado, por ejemplo cuando se cree que la segregación racial se encuentra ajustada a Derecho. Por ende tampoco se sabe si se refiere a estos dos tipos de realidades (hechos e ideologías) o si incorpora otros tipos diferentes. Y la cuestión es de suma importancia de cara a las mutaciones, pues al no existir claridad, no se puede conocer cual es la causa de producción de mutaciones, si los cambios en los hechos reales, o las transformaciones en la forma de pensar de los miembros de la colectividad, o si las variaciones se producen como consecuencia de otros factores.

Otro problema que aflora de la descripción y análisis de la teoría moderna, sobre la idea de realidad constitucional, es que ésta no se encuentra bien delimitada, por tal razón, la doctrina colombiana habla de la realidad en general, y Lucas Verdú sostiene que la realidad constitucional y la realidad social son lo mismo. Así las cosas, sería admisible dentro del contenido normativo de un derecho fundamental cualquier clase de circunstancias o hechos nuevos, sin importar su origen o licitud, es decir, sería aceptable una realidad constitucional *contra constitutionem*, lo cual es un contrasentido. Por ejemplo, habría que aceptar que un régimen democrático pudiera convertirse en un régimen totalitario, con el argumento de que existen factores socio-políticos que así lo quieren, y que dichos factores son realidad social, o sea realidad constitucional y que, por tanto, son esos elementos o factores jurídicos los que en últimas hacen que se produzca una mutación en los cimientos de la Constitución, negando, por ejemplo, el reconocimiento de cualquier derecho.

Igualmente existen dudas de cómo darle tratamiento a la realidad constitucional vista desde un punto de vista temporal, es decir, si se le puede dar el nombre de realidad constitucional al momento histórico que dio origen a la norma al instante de la intervención del constituyente, y si los hechos que existen 40 años después de la promulgación de dicha disposición, y que son

diferentes de los que le dieron origen, también se pueden arropar bajo la figura de la realidad constitucional, lo que implicaría la existencia de varias clases de realidades, todas constitucionales. Sobre este punto tampoco se encuentra respuesta. Y finalmente, la teoría moderna centra su atención en que la causa de mutaciones en los derechos viene por la vía de los cambios en la realidad constitucional, entonces esto significa que los cambios jurisprudenciales, es decir, las variaciones en las posturas de los jueces constitucionales sobre los derechos, no serían causas idóneas para la producción de tales fenómenos. Esto último es algo difícil de justificar.

D. LA CLASE DE CAMBIO EN EL CONTENIDO NORMATIVO

El último elemento que hace parte de la idea de mutación suscrita por la teoría moderna, y que se pretende analizar, hace referencia a la noción del cambio en dicho contenido normativo. Esta idea ha hecho parte del concepto de mutación constitucional desde los orígenes del mismo, recuérdese que Jellinek ya nos decía que la mutación de la Constitución es la modificación que deja indemne el texto de la norma, sin que se produzcan cambios formales en la letra; esta transformación se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o la conciencia¹⁹⁴. Esta idea de cambio, como es obvio, también ha sido acogida por la teoría moderna con los mismos alcances que tuvo en el concepto primigenio, es decir, como requisito imprescindible del concepto de mutación, por eso los defensores de esta teoría en Colombia sostienen, por ejemplo, que: “*La mutación constitucional, en términos generales se refiere a la transformación o modificación de un principio o precepto constitucional (...) Existe mutación constitucional, cuando por el mecanismo que sea, se cambia el sentido u otorga uno distinto que se había atribuido originariamente a la Constitución*”¹⁹⁵.

Ahora bien, resulta categórico que sin el elemento cambio, transformación, variación o alteración del contenido normativo de un derecho no existe mutación. Sin embargo, esta tesis deja un problema sin resolver, no

¹⁹⁴ Cfr. JELLINEK, G., *Reforma...* op. cit., p., 7.

¹⁹⁵ Cfr. SIERRA PORTO, H., *La reforma...*, op. cit., p. 35.

dice a que clase de cambio se refiere. En otras palabras, si se deja el elemento cambio en el contenido normativo en un sentido general, el concepto de mutación pierde toda autonomía, pues un cambio en el contenido de un derecho también se produce por causa de una interpretación constitucional, lo cual conduce a afirmar que mutación e interpretación se confunden, actúan en el mismo espacio o ámbito¹⁹⁶. Un ejemplo aclara mejor el problema que subyace, y sería el caso en el que existe una norma (constitucional, legal o jurisprudencial) que dispone que el publicar fotos comprometedoras, tomadas dentro del domicilio de personas no consideradas públicas sin su autorización, en los periódicos y en las revistas, se configura como una violación al derecho a la intimidad de dichas personas. Y veinte años después, el mismo juez, en un caso de idénticas características, resuelve que se configura una violación al derecho a la intimidad, de las personas no públicas, el publicar fotos comprometedoras tomadas en su domicilio sin su autorización, no sólo en los periódicos y en las revistas, sino también en la red de Internet.

En análisis de este caso, se observa que se ha producido un cambio en el contenido normativo del derecho fundamental a la intimidad de las personas, por medio de una interpretación del juez constitucional, pues se ha ampliado el campo de acción de dicho derecho, regulando ahora un ámbito que antes no existía, y que por virtud de las nuevas tecnologías ahora existe, como es Internet. No obstante, parece que este caso no se configura como un supuesto de mutación al derecho fundamental a la intimidad, sino más bien parece que se ha producido un cambio en dicho contenido normativo por virtud de una interpretación evolutiva, creativa o extensiva. Ahora bien, si este caso es considerado como un supuesto de mutación, toda interpretación evolutiva, creativa o extensiva produce mutaciones, y por tanto, mutación e interpretación ocupan espacios comunes, no se constituyen como figuras jurídicas con autonomía propia. La teoría moderna de la mutación de los derechos no ofrece una respuesta a este problema.

¹⁹⁶ Este error es evidente en NAVA GOMAR, S., *Interpretación, mutación...*, op. cit., p. 810.

Aparte de las críticas puntuales y de los problemas que se han resaltado y que no tienen respuesta por parte de la teoría moderna de la mutación de los derechos, es viable sostener, a manera de síntesis, que en este trabajo se está en desacuerdo con la teoría moderna, por lo menos, en dos cuestiones generales: en primer lugar, porque se considera que no es viable trasladar el debate sobre el concepto de la mutación del período de entreguerras en Alemania, al escenario jurídico-constitucional actual, sin casi ninguna adecuación o actualización; en segundo lugar, porque se cree que una mutación no se puede equiparar al caso de una reforma constitucional formal, es decir, una mutación no puede ser considerada como un proceso de reforma informal. En el primer caso, resulta evidente que la teoría moderna comete el error de tomar como base, principalmente, el modelo de mutación de Hsü Dau Lin¹⁹⁷ (el discípulo de Smend), por ser la mejor elaborada, sin tener en cuenta que el concepto de Constitución actual es muy diferente del que se tenía en dicho período de entreguerras en Alemania (Constitución de Weimar), especialmente entre los años 1928 a 1934, donde fueron publicadas las obras de Smend (1928), Hsü Dau Lin (1932) y Heller (1934)¹⁹⁸. Aunque también se comete el error de trasladar los postulados básicos de la obra de Jellinek (1906)¹⁹⁹, elaborada con anterioridad al período de entreguerras, en donde, igualmente, se tomó como referencia una idea de Constitución (la alemana de 1871) diferente del significado que tiene en la actualidad.

Sobre la segunda cuestión, esto es, la de equipar mutación con reforma, cabe decir que tiene su origen también en retomar las ideas de los autores alemanes de entreguerras, mencionados anteriormente, sin ningún matiz. Recuérdese que en el capítulo anterior, cuando se describió y valoró el debate doctrinal sobre el concepto de mutación, se hizo énfasis en que la mayoría de los autores analizados presentaron este inconveniente. Aquí se rechaza esta

¹⁹⁷ Esta equivocación es expresada claramente por la doctrina moderna, por ejemplo, Salvador Nava, retomando esta idea de Lucas Verdú, dice que: “...*salvando matices y diferencias más o menos importantes. Los hallazgos de la doctrina alemana son aprovechables y aplicables a la problemática de las mutaciones en la actualidad; entre ellos, por su puesto, el estudio del chino Hsü Dau-Lin, que como ya dijimos, aún no ha sido superado*”. Cfr. NAVA GOMAR, S., “*interpretación, mutación...*”, op. cit., p. 809.

¹⁹⁸ Las obras referidas y que ya se han citado antes son: SMEND, R., *Constitución...*, op. cit. DAU-LIN, H., *Mutación...*, op. cit. HELLER, H., *Teoría del Estado...*, op. cit.

¹⁹⁹ Cfr. JELLINEK, G., *Reforma...*, op. cit.

idea de que el estudio de las mutaciones constitucionales se lleve a cabo a partir de la diferenciación entre los procesos de reforma formal e informal, pues se considera que es un desacierto, como se tendrá ocasión de demostrarlo más adelante.

Por otra parte, hay que hacer una clarificación obligada, es decir, es pertinente dejar claro que la doctrina alemana ha desarrollado una postura diferente sobre estos dos puntos en los que se han resaltado los desacuerdos, es decir, se han desmarcado de estos dos errores descritos. Especialmente Konrad Hesse quien ha planteado la admisibilidad de la mutación siempre dentro de los límites marcados por la Constitución, lo que implica que dicho fenómeno es siempre constitucional y no ilícito²⁰⁰. O Peter Häberle quien rechaza el concepto de mutación constitucional (*Verfassungswandel*)²⁰¹ por considerarlo no trasladable a los tiempos actuales, y se inclina por utilizar más bien la noción de desarrollo constitucional (*Verfassungsentwicklung*)²⁰², como un concepto más amplio y moderno. Así las cosas, se deja por fuera de lo que se ha denominado la “teoría moderna” a la mayoría de autores alemanes.

Por otra parte, es pertinente ahora, que se han expuesto las bases de la teoría moderna de la mutación, conocer su respuesta respecto del caso de la reforma de la Constitución de 1886, la cual dio origen a la Constitución de 1991, y que se analizó en el capítulo primero de este trabajo. Recuérdese que allí se dijo que el artículo 218 de la Constitución de 1886 establecía que: *“La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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*

²⁰⁰ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 30.

²⁰¹ Este rechazo se hace explícito cuando Häberle desarrolla su comentario al artículo 79 de la Constitución alemana. Cfr. HÄBERLE, P., *Verfassung Öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

²⁰² El concepto de desarrollo jurídico ha sido tomado por Häberle de la obra BRYDE, B., *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982. La forma en que lo utiliza Häberle es más amplia, pues entiende que se refiere a todos los desarrollos de las constituciones a lo largo de los tiempos, es decir, acoge también el concepto de mutación que se viene defendiendo. Sobre esto último se puede consultar a HÄBERLE, P., “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, *Pensamiento constitucional* N.º. 7, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000, pp. 16 a 43.

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". Así mismo se expuso que el Decreto Legislativo 1926 de 1990 ordenaba que mientras subsistiera turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral debía proceder a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produjeran en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, ***para que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional.***

Se dijo que al llevar a cabo una comparación entre las dos normas anteriores, se observaba que el Decreto establecía un procedimiento de reforma que no estaba prescrito por la Constitución; es decir que al realizar una confrontación entre la norma constitucional, individualmente considerada, y la legal, se percibía una incongruencia, pues la segunda introdujo un mecanismo de reforma no dispuesto por la primera, por lo que era viable sostener que dicho Decreto era inconstitucional. Ahora bien, recuérdese que la Corte Suprema de Justicia al llevar a cabo el estudio de la constitucionalidad del Decreto hizo uso de otra norma de la Constitución, esto es, el artículo 2 que ordenaba que: *"La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que la Constitución establece"*. Y lo utilizó para sustentar que la nación era el pueblo, y que éste era el constituyente primario que podía en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente, sin sujetarse a los requisitos que ésta establecía.

Se expuso también que el contenido normativo del artículo 218 de la Constitución de 1886, un instante después del fallo de la Corte sufrió un cambio y quedó así en la práctica: *"La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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. **La Constitución también podrá ser reformada por el pueblo, quien tendrá la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional**". Lo anterior ocurrió sin que el texto del artículo 218 hubiera sufrido alguna variación en su literalidad, pues lo que está consignado en negrilla nunca hizo parte del texto de la norma, pero sí de su contenido normativo.

Respecto a la pregunta: ¿puede sostenerse que éste es un caso típico de mutación constitucional, pues cumple con los requisitos expuestos en la hipótesis de trabajo que describimos, esto es un cambio en una disposición, por causa de una nueva realidad, sin que se advierta ninguna alteración de su tenor literal, o se puede afirmar que este caso se configura como extralimitación de la mutación por la interpretación, ya que operó un cambio en el contenido normativo de una de sus normas, sin que su texto hubiera percibido transformación alguna, pero en total y abierta contradicción con el tenor literal del artículo 218 (de la Constitución de 1886) que expresa categóricamente, refiriéndose al procedimiento de reforma de la Constitución, que "*sólo podrá ser reformada por un acto legislativo*"? La respuesta de la teoría moderna, por supuesto, es afirmativa respecto de que operó un caso típico de mutación, pues de la manera que sea (en este caso por la interpretación de la Corte), se produjo una reforma en el artículo 218 de la Constitución de 1886, sin que se llevaran a cabo los procedimientos agravados de reforma establecidos constitucionalmente.

Finalmente, en adición a los problemas que deja sin resolver la teoría moderna, se considera que, en principio, existe una posible incompatibilidad entre dicha teoría y tres de las bases esenciales del Estado constitucional: los postulados de supremacía, rigidez y fuerza normativa de la Constitución. De comprobarse tal incompatibilidad, el concepto de mutación defendido por la teoría moderna será inadmisibles en el plano del Derecho constitucional colombiano. Para conocer si tal afirmación es cierta, o sí por el contrario dicha incompatibilidad es aparente, es necesario, someter a crítica el concepto de

mutación descrito aquí, bajo los parámetros de estos postulados básicos. Es decir, queremos seguir ahora un argumento expuesto por Böckenförde, donde sostiene que en el actual Estado constitucional, el significado de la mutación no se puede quedar sólo en su delimitación, sino que debe atender a su auténtico problema: el de su admisibilidad²⁰³.

II. LA TEORÍA MODERNA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN

El hecho de que existan varios problemas sin resolver o que no encuentran respuesta en la teoría moderna de la mutación de los derechos fundamentales, no es suficiente para que se pueda proponer su inaplicación, ésta necesita pasar la crítica obligada de, por lo menos, tres de los más importantes pilares que sustentan el actual Estado constitucional, pues dicha teoría ha sido construida y desarrollada bajo el amparo de dicho Estado. Así las cosas, una idea de Constitución desde estos tres elementos, obliga a entenderla como un conjunto de disposiciones jurídicas con fuerza normativa, que se encuentran ubicadas en la parte más alta o superior del ordenamiento jurídico, que limitan al poder sometiéndolo a un orden reglado, que reconocen y garantizan derechos fundamentales a los ciudadanos, y que proveen un procedimiento agravado para su reforma. Una mutación constitucional en el sentido de la teoría moderna, es decir, donde el cambio en el contenido normativo de una disposición superior, sin que ocurra ninguna transformación en su literalidad, es considerado como sinónimo de reforma, puede resultar contradictoria con los elementos básicos esbozados de la Constitución.

A. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Hoy la Constitución es una norma con carácter jurídico, de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos de un Estado, y, por ello, el proceso político queda así sometido a sus reglas. Al respecto, Hesse sostiene que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta cuando la tarea que plantea es asumida por las autoridades, cuando regula o determina la conducta humana, cuando se decide a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o

²⁰³ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho...*, op. cit., p. 193.

agresión, cuando en la conciencia de los responsables de la vida del Estado se encuentra viva. Tiene fuerza normativa cuando los titulares del poder actúan bajo la voluntad de la Constitución y no bajo la voluntad de poder²⁰⁴. De acuerdo con esto, se puede decir que las normas iusfundamentales, al estar impregnadas de fuerza normativa deben ser aplicadas por los tribunales, se pueden invocar en juicio (faceta subjetiva), y son de forzoso cumplimiento para todos los operadores jurídicos. Cuando a las disposiciones de una Constitución se les dota de fuerza normativa producen un efecto de irradiación sobre todas y cada una de las demás reglas del ordenamiento jurídico de un Estado (faceta objetiva).

Esta tesis de la doctrina sobre la noción de fuerza normativa, es de plena acogida en el ordenamiento constitucional colombiano, es por esto que sobre la faceta subjetiva de los derechos la Corte ha dicho que *“Tratándose de los derechos y de las garantías de los ciudadanos, la Constitución no sólo ha querido concederles a las disposiciones que los consagran pleno **valor normativo**, sino que ha buscado a través de distintos mecanismos y garantías, otorgarles **efectividad** (...), a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona dispone de una acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales (C.P. art. 86); la Constitución ordena a la ley regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos y para el resarcimiento de los daños que se ocasionen a un número plural de personas (CP art 88); la violación de los derechos y garantías por las autoridades públicas compromete la responsabilidad patrimonial del estado y de sus agentes (CP art.90); en fin, además de los recursos que para la defensa de los derechos contempla la Constitución, se ordena a la ley reforzar las acciones y los procedimientos para que se pueda propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”²⁰⁵.*

²⁰⁴ Sobre el tema de la fuerza normativa de la Constitución ver HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 71.

²⁰⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-006-92, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Y no sólo se queda la Corte en la exposición de las garantías procesales en caso de violación de derechos sino que siempre ha querido instar a los operadores jurídicos a que tengan en cuenta la fuerza vinculante de la Constitución en su actividad cotidiana. Al respecto la Corte ha sostenido que: *“Ninguna autoridad pública puede desconocer el **valor normativo** y la **efectividad** de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas. Todas las autoridades, sin excepción, deben proteger y promover su cumplimiento y respeto. Si la Corte Suprema de Justicia o cualquier juez viola o pone en peligro un derecho reconocido en la Constitución a una persona, desconoce el **valor normativo** y el **principio de efectividad** que ella reconoce a las disposiciones que lo consagran y su actuación no goza de inmunidad o privilegio alguno que la haga incuestionable. Ante ninguna autoridad, por alta que sea, la Constitución abdica su **valor normativo** ni el **estado social de derecho** presta legitimidad a actuaciones tuyas que no sean las de servir a la comunidad y respetar y promover los derechos de sus miembros”²⁰⁶.*

Sobre la fuerza normativa de los derechos fundamentales en su faceta objetiva, la Corte Constitucional ha reconocido que: *“La fuerza vinculante de las normas constitucionales se irradia también a todo el ámbito del resto de la actividad jurisdiccional. Si bien el juez natural en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa debe aplicar la ley respetando la jerarquía de las normas que emana de la Carta, lo cual le impone descartar aquellas que resultan inarmónicas o contradictorias con las superiores, debe hacerlo permitiendo que los valores superiores permeen la interpretación y aplicación de las normas. La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior”²⁰⁷.*

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, C-037-00, M. P., Vladimiro Naranjo Mesa.

La fuerza normativa de los derechos fundamentales, se encuentra en estrecha relación con el tema de la eficacia que se expuso en el capítulo primero. Por tal razón, la Corte Constitucional entiende que el valor normativo y el concepto de eficacia de los derechos van siempre acompañados, y por ende, la misión de las autoridades de la República (los jueces no pueden escapar a este mandato cuando ella es, por el contrario, su misión por excelencia) es la de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades. Ahora bien, el principio de efectividad de los derechos y garantías es consustancial también al concepto mismo de Estado Social de Derecho, lo que obliga a que las autoridades públicas conviertan los derechos formales en derechos reales. Un ejemplo es el artículo 13 de la Constitución, éste establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y, por tanto, deberá adoptar las medidas en favor de grupos discriminados o marginados.²⁰⁸

Así las cosas, la Constitución crea y ordena los poderes del Estado, los límites al ejercicio del poder, las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos y las pretensiones que el poder debe desarrollar para el bienestar social. En el ejercicio de su potestad vincula tanto a las autoridades como a los ciudadanos. Se presenta como la principal y primera norma del ordenamiento, como *lex superior*: define las fuentes formales del Derecho, obligando a que toda norma de inferior jerarquía esté acorde con ella; por esto último, una norma inferior no puede ser contraria a la Constitución si pretende ser una norma válida. Además la Constitución posee un carácter de permanencia²⁰⁹. El fundamento constitucional del principio de la fuerza normativa, se encuentra en varios artículos de la Constitución, por ejemplo su artículo 4 establece que: “...*En todo caso de incompatibilidad en entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y la leyes...*”. Para el caso de la rama judicial, el artículo 230, dice que: “*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”.

²⁰⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-006-92, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰⁹ El concepto de permanencia de la Constitución se encuentra definido en: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 49-50.

Ahora bien, descrito el significado de fuerza normativa de los derechos, es pertinente ver su relación con el concepto de mutación de la teoría moderna. Lo primero es decir, que si se mantiene un concepto de Constitución según el cual las normas positivadas deben desvincularse de la realidad constitucional (tesis formal de la mutación), se puede sostener que una mutación, que tiene como origen el cambio en los hechos prácticos, es inaceptable jurídicamente. Y el argumento sería que por causa de incitaciones que vienen de fuentes que se encuentran fuera del Derecho, se pretenden justificar dichos cambios, cosa inaceptable, pues sería un atentado contra la fuerza normativa de la constitución, ya que los hechos se impondrían al Derecho, es decir, la fuerza de lo fáctico sería más poderosa que la fuerza normativa. No obstante, si se sostiene un concepto de Constitución y de los derechos (como el que se ha querido desarrollar en este trabajo) en el que su contenido normativo esta compuesto por dos elementos: norma positivada y realidad constitucional, las mutaciones de los derechos no serán atentados contra el principio de fuerza normativa, sino algo necesario. En este sentido Loewenstein defiende que una Constitución contiene y regula lo existente en el momento de su creación, y plantea objetivos y tareas para el futuro; y que para mantener su carácter de permanencia debe, por tanto, contener ciertas válvulas de escape para regular situaciones no previstas, que en ningún caso podrán perjudicar su seguridad jurídica²¹⁰.

Esto significa que para la Constitución y el sistema de los derechos es imposible e inconveniente regular las situaciones futuras con absoluta precisión. Por tanto, es positivo que ella contenga mecanismos de adaptación (los valores y los principios constitucionales) a las circunstancias y fuerzas espontáneas de cualquier época, para así cumplir su función de “orden fundamental efectivo”, siempre dentro de los límites. Al respecto Marcela Monroy sostiene que: “...*Ese es el inconveniente de las disposiciones constitucionales muy precisas: hacen imposible la mutación constitucional y*

²¹⁰ Sobre el particular ver LOEWENSTEIN, K., Teoría de la Constitución (1957), 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 164.

*obstaculizan el objetivo de realización histórica de la Constitución*²¹¹. Por tanto, la posibilidad jurídica de poder cambiar la forma de entender un derecho fundamental y así lograr regular situaciones futuras no previstas, es una virtud de la Constitución y, por ende, un rasgo o evidencia de su fuerza normativa. Hasta aquí la tesis de la mutación de la teoría moderna no presenta ningún inconveniente, pues hasta ahora sólo se ha hablado de su fundamento, esto es, la conexión entre realidad y norma. No obstante, el problema toma importancia, en la afirmación según la cual mutación y reforma tienen los mismos efectos.

Antes ya se había puesto de manifiesto este problema, se recalcó que con base en la equiparación en los alcances jurídicos entre mutación y reforma, un juez constitucional tiene ahora la competencia para llevar a cabo reformas en el sistema de derechos, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución, pues su artículo 374 establece que dicha Norma podrá ser reformada por el congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo. En ninguna parte del Derecho colombiano se encuentra que el juez constitucional pueda poseer la competencia para reformar la Constitución. Por tanto, la tesis de la teoría moderna pretende desconocer el principio de la fuerza normativa, ya que procura que se actúe bajo la voluntad del poder y no bajo la voluntad de la Constitución, pues recuérdese que lo que la Carta de 1991 consagra es que el poder de reforma resida en el pueblo, ya sea a través de sus representantes como un poder constituido (el congreso), o ya sea como un poder constituyente (la asamblea constituyente), o ya sea directamente (mediante referendo). Así las cosas, la teoría moderna de la mutación en la explicación del ámbito de la mismas, esto es al darles el mismo efecto de una reforma, fracasa, pues intenta que el proceso de reforma quede por fuera las reglas de la Constitución. Es decir, dicha teoría impide que la Constitución se proyecte sobre la tarea de las autoridades, o más bien lo que pretende es obstaculizar que el Orden Superior se imponga, trasladando tal poder a los operadores jurídicos, especialmente al juez constitucional, como intérprete último de los derechos.

²¹¹ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit, p. 178.

B. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La idea de supremacía Constitución, y por ende de los derechos fundamentales, en Colombia significa que las restantes normas que integran el orden jurídico deben actuar acorde con la Norma superior, pues ésta determina la estructura básica del estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Corte Constitucional al respecto ha dicho que: *“La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum”*.

“La primacía de la Constitución además de concebirse como poder vinculante respecto de los sujetos públicos y privados, debe entenderse como pretensión moldeadora e informativa de todo el andamiaje jurídico. No en vano la Constitución reivindica su naturaleza normativa. Los jueces deben apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas, conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Constitución. En este sentido se dejarán de aplicar normas incompatibles con la Constitución y entre las modalidades de su aplicación e interpretación se escogerá la que más se ajuste al espíritu y texto de la carta. La nueva hermenéutica que impone la Constitución se inspira en el propósito de incorporar a todas las zonas de la normatividad los postulados del estado social de derecho y el instrumento para alcanzar este objetivo no puede ser sino el juez.”²¹²

²¹² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-006-92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con base en el significado jurídico del principio de supremacía, es posible entender, de manera sintetizada, que la Constitución es la norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento de un Estado; por lo tanto, todas las demás normas estarían sometidas a su poder, y se encontrarían en un rango inferior: la ley, los reglamentos y demás normas que conforman el sistema de fuentes formales del Derecho. De la norma superior emana la regulación sobre quién, cómo y a través de cuál procedimiento se crea el Derecho. También es la fuente superior del ordenamiento jurídico; todas las normas subordinadas deben estar acordes con los parámetros impuestos por la Constitución. Una norma de rango inferior que contradiga sus postulados debe considerarse inconstitucional²¹³. De Otto dice al respecto que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, siempre y cuando sea entendida como el conjunto de disposiciones a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado²¹⁴.

Ahora bien, la razón de la superioridad se encuentra en la misma Constitución, pues ésta establece que los poderes públicos están sometidos a sus reglas, y que las demás normas del ordenamiento jurídico se interpretarán de conformidad con su texto, un ejemplo es el artículo 4 de la Constitución colombiana varias veces citado el cual dice que: *“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”*. Con el fin de controlar su superioridad, las constituciones pueden contener un control de constitucionalidad de las leyes que concretan los contenidos de sus disposiciones. En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que: *“Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se*

²¹³ Cfr. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 86 y ss.

²¹⁴ Ídem, p. 15.

*apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello*²¹⁵.

En conexión con lo anterior, cabe decir que la cualidad de ser considerada como norma superior viene dada por el poder constituyente, pues es él quien ha decidido que ella sea la principal regla en el ordenamiento de un Estado. Antes de toda actividad normativa está una decisión política fundamental del portador del poder constituyente. Dice Stern que al entender que el poder constituyente es quien ha decidido otorgarle la calidad de suprema norma, se le está dotando de un elemento legitimador²¹⁶. La supremacía de la Constitución, esto es, la posición de privilegio que ese texto ocupa en el ordenamiento jurídico del Estado, obedece no sólo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen y de los cuales derivan su validez las demás normas positivas, sino también, a la circunstancia de proyectar la ideología y filosofía política, social y económica que finalmente dirige y orienta las relaciones internas de los gobernantes y gobernados como integrantes activos de la comunidad estatal²¹⁷. En este orden de ideas, el que la Constitución sea la norma superior o norma de normas, implica que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a ella. Por ejemplo una autoridad municipal de policía al momento de dirimir un asunto, no debe consultar primero las orientaciones del alcalde, ni las previsiones de los acuerdos municipales, ni las disposiciones departamentales, ni las reglas de los códigos nacionales, en primer lugar debe consultar a la Constitución, y luego tiene el deber de consultar el resto del ordenamiento.

Aquí al igual que en el acápite anterior, se pueden confrontar los postulados de la teoría moderna de la mutación con la idea de supremacía de los derechos. Así las cosas, desde el punto de vista del fundamento de la mutación valen dos respuestas, desde la tesis del formalismo de la mutación,

²¹⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, C-069-95, M. P. Hernando Herrera Vergara.

²¹⁶ STERN, K., *Derecho...*, op. cit., p. 267.

²¹⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-562 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

donde realidad y norma van por separado (Jellinek) serán inaceptables las mutaciones por contradecir el principio de supremacía ya que la realidad sería superior a lo normativo; mientras que desde la idea de la teoría moderna no existiría tal ilicitud, ya que la realidad constitucional y lo normativamente explicitado conforman el contenido un derecho fundamental. Así las cosas, la superioridad se predica del concepto de los derechos fundamentales, y no sólo del tenor literal de las disposiciones que los contienen.

Ahora bien, respecto del ámbito de las mutaciones, en el que la teoría moderna sostiene que reforma y mutación tienen los mismos alcances, y que su diferencia se encuentra en los procedimientos agravados que exige la primera, la cuestión deviene problemática. Si se acepta que los operadores jurídicos pueden reformar el sistema de derechos fundamentales, por ejemplo el juez constitucional mediante la interpretación, se estará permitiendo que la supremacía se predique de una posición doctrinaria (la de la teoría moderna), y no la de la Carta de 1991, la cual consagra que el poder de reforma reside en el pueblo, ya sea a través de sus representantes como un poder constituido (el congreso), o ya sea como un poder constituyente (la asamblea constituyente), o ya sea directamente (mediante referendo), pues recuérdese que por ninguna parte del ordenamiento colombiano se encuentra la competencia de reforma para otros órganos diferentes de los mencionados. Es decir, tomando como referencia al juez constitucional como uno de los más importantes operadores jurídicos, su función de reforma (encubierta en el ropaje de mutación) se erigiría en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos (Congreso, ejecutivo y jueces) se identificaría con referencia a la actividad jurisprudencial de la Corte, y no se reconocerían dichos actos como Derecho si desconoce criterios de validez impuestos sólo por esta jurisdicción. Por tanto, la labor de la Corte sería la *norma normarum*, lo que significa que la tesis de la teoría moderna de la mutación borra de plano el principio de supremacía de la Constitución.

C. RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN

En la sentencia C-222 de 1997 la Corte Constitucional ha sostenido, respecto de la idea de rigidez de la Constitución de 1991, que la misma no impide las modificaciones ni los ajustes por los cambios en la realidad que se pueden presentar, por ende amplió las posibilidades de introducirlos, consignando expresamente, además de la del Congreso, dos vías que no se hallaban contempladas en el artículo 218 de la Constitución de 1886. No obstante, dice la Corte que con independencia del procedimiento que se utilice, lo cierto es que la Constitución, al establecer requisitos y trámites más complejos que los previstos para la modificación de las leyes, preserva una estabilidad constitucional mínima, que resulta incompatible con los cambios improvisados o meramente coyunturales que generan constante incertidumbre en la vigencia del ordenamiento básico del Estado²¹⁸. Según Bryce, la dicotomía entre constituciones rígidas y flexibles apareció como superación de la previa clasificación doctrinal entre constituciones escritas y no escritas. Bryce entendía que, a diferencia de las constituciones flexibles, las constituciones rígidas poseen una fuerza superior a la de las otras leyes del Estado, y deben ser modificadas por procedimientos diferentes, más agravados, de aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes²¹⁹, para dar seguridad a la forma de gobierno preexistente, a los derechos fundamentales de los ciudadanos y, también, para limitar la acción de los gobernantes²²⁰.

La anterior afirmación es útil para explicar la diferencia de procedimientos aplicables al momento de realizar la tramitación de la reforma formal; no obstante, puede resultar desvirtuada si induce al error de afirmar que una Constitución cuya reforma depende de numerosos obstáculos legales será de más difícil modificación, y, por ende, será menos transformada que otras con pocos o ningún obstáculo. La facilidad o frecuencia con que una Constitución se cambia no sólo depende de los procedimientos agravados para su reforma, sino también de la voluntad de los grupos políticos dominantes, y

²¹⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-222-97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²¹⁹ Cfr. BRYCE, J., *Constituciones Flexibles...*, op. cit., p. 64.

²²⁰ Ídem, p. 69.

de la forma como éstos apoyen o desapruében la distribución y organización del poder político establecido en la Constitución²²¹.

Por otro lado, es preciso aclarar que (según la teoría de Bryce) existen dos conceptos de rigidez constitucional: uno en sentido estricto y otro en sentido amplio. Por el primero, se puede entender —utilizando un símil— que una Constitución rígida está construida como un puente de hierro de ferrocarril, resistente a la más fuerte presión del agua o viento²²²; por el segundo, se puede entender que la Norma Suprema, sin desconocer que posee una autoridad superior a la de las otras leyes del Estado, y que para ser modificada necesitan de unos procedimientos diferentes a aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes, posee un grado de elasticidad o flexibilidad. El otorgar esta elasticidad o flexibilidad a las constituciones rígidas corresponde a la prudencia de los jueces²²³. La Constitución rígida es elástica o flexible cuando tiene la capacidad de adecuarse, mediante la interpretación, a los cambios históricos y a la diversidad de situaciones sociales; es decir, las reglas constitucionales no son cerradas, sino que, por el contrario, abiertas, para que el intérprete las haga funcionales. En otras palabras, se podría sostener que el concepto de elasticidad de la Constitución se refiere a que las mismas normas, creadas para regular un momento histórico determinado, pueden ordenar situaciones futuras sin necesidad de ser sustituidas por otras nuevas, pues ellas, mediante la interpretación, poseen la virtud de ajustarse a las nuevas circunstancias. Las normas constitucionales son flexibles cuando su contenido normativo se puede poner en relación con los condicionamientos sociales. Según Hesse: *“La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa”*²²⁴.

Un ejemplo de elasticidad o flexibilidad de las normas constitucionales, es decir, de la coordinación entre realidad y norma, mediante la aplicación de un proceso de interpretación funcional, puede ser el de los contenidos

²²¹ Estos argumentos han sido tomados de: WHEARE, K.C., *Las Constituciones...*, op. cit., p. 21-22.

²²² Cfr. BRYCE, J., *Constituciones...*, op. cit., p. 94.

²²³ Ídem, p. 106.

²²⁴ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 74.

normativos de los principios de igualdad y libertad de la Constitución de Estados Unidos, pues en la actualidad son diferentes de los originarios. Mediante la interpretación, se han ido adecuando a la práctica social y política de los tiempos modernos²²⁵. Con base en este hecho real, se puede sostener que los conceptos de rigidez y de flexibilidad no son antagónicos, el uno no excluye al otro, se pueden considerar como elementos integrados, pues los dos son necesarios para el cumplimiento del cometido de la Norma Suprema²²⁶.

De acuerdo con lo descrito hasta aquí, es posible decir que la flexibilidad o apertura de las normas constitucionales no afecta al concepto de rigidez, pues la Constitución debe poseer la virtud de adaptación a los cambios históricos, a las variaciones en las relaciones de los sujetos vitales del Estado. La regulación de los incesantes cambios le da posibilidad de preservar la vida de la comunidad, sin encontrarse con espacios incontrolables o impenetrables. Por el contrario, una Constitución que no goza de amplitud o flexibilidad tiene dos opciones para estar acorde con los cambios: ser revisada y reformada constantemente, o sufrir variaciones al margen de la norma (como es el caso de la tesis sobre la mutación que defiende la teoría moderna). El primer caso, se refiere al procedimiento de “revisión constitucional”; el segundo caso, al fenómeno denominado “quebrantamiento de la Constitución”²²⁷.

De todo ello, cabe sostener que una Constitución puede ser rígida sin dejar de ser elástica. Para ser reformada puede contener requisitos: mayorías cualificadas en el Parlamento, o de intervención del pueblo para ratificar los cambios mediante el referéndum; pero estas garantías no necesariamente deben afectar la posibilidad, que tiene la norma, de regular los constantes cambios. Una característica fundamental de la Constitución es su apertura o flexibilidad, pues gracias a ella puede regular situaciones futuras. En suma, una

²²⁵ Sobre el particular véase DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit., p., 183.

²²⁶ Sobre la necesidad de que los conceptos de rigidez y elasticidad constitucional estén coordinados véase HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 24. Este autor, sostiene que lo permanente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen, ni lo cambiante puede eliminar la virtud estabilizadora de las normas vinculantes; por tanto, los dos conceptos deben actuar de forma coordinada para que la Constitución pueda lograr su cometido.

²²⁷ Una clasificación de los conceptos derivados de la Constitución, se encuentran en: SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Trad. Francisco Ayala, Tercera reimpresión, Alianza, Madrid, 2001, pp. 115-134.

Constitución cumple su objetivo, como orden jurídico supremo de la vida del Estado y la comunidad, cuando deja espacios abiertos para poder operar, siempre, de acuerdo con el dinamismo de la historia, y, a su vez, contiene obstáculos, en forma de procedimientos agravados, para su reforma. El complemento armónico y simultáneo entre elasticidad y estabilidad, permite a la Constitución estar vigente, ser vinculante, dinámica y eficaz. No obstante, no se puede olvidar que la elasticidad o flexibilidad de una norma constitucional tiene unos límites. Es decir, una norma de la Constitución puede, mediante la interpretación, estar coordinada con una nueva situación que antes no existía y que genere una mutación, pero siempre y cuando el proceso hermenéutico haya respetado los límites constitucionales. Al respecto Hesse afirma que: *“Ello implica el que, con el cambio de las relaciones de hecho, la interpretación de la Constitución también pueda cambiar, tenga incluso que cambiar. Pero al mismo tiempo en la vinculación de toda interpretación constitucional al sentido de la regla normativa radica el límite...”*²²⁸.

La única forma posible de aceptar que una mutación de un derecho fundamental no atenta contra el principio de rigidez constitucional, se encuentra en la idea de rechazo a toda tesis que asemeja una mutación a un proceso de reforma. Es decir, si se acepta, como se ha venido haciendo a lo largo de este trabajo, que una mutación se mueve en el campo de los límites constitucionales normales, es decir, en aquel ámbito permitido o lícito para operar cambios mutacionales a los derechos, no debe predicarse de tal fenómeno un quebrantamiento al principio de rigidez, pues el proceso de la reforma se mueve en otro ámbito, esto es, sus límites son diferentes. Tal vez con un ejemplo se podrá explicar mejor la anterior afirmación. En España, fue necesario reformar el artículo 13.2 de su Constitución, pues se quiso permitir el ejercicio del derecho al sufragio activo o pasivo para extranjeros en las elecciones municipales, que antes sólo podía ser ejercido por los españoles.

La reforma se hizo con el fin de poner a la Constitución en concordancia, principalmente, con la obligación impuesta por el artículo 19 del Tratado de la

²²⁸ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 74.

Comunidad Europea, suscrito y ratificado por este país. Lo que se quiere resaltar con este ejemplo es que la nueva realidad (el hecho de que España hiciera parte de la Comunidad Europea, y que por virtud de esta obligación internacional tuviera que reconocer la posibilidad del ejercicio de los derechos antes mencionados a extranjeros) no estaba contenida en la Constitución, es decir, no era una realidad constitucional, y, por tanto, era imposible, mediante la interpretación, procurar una elasticidad de la norma con el fin de acogerla, pues era una realidad que estaba por fuera de los límites permitidos. Por tanto, fue necesario realizar una reforma formal de dicho precepto constitucional, y de esta forma convertir a la nueva realidad en realidad constitucional²²⁹. De esta forma se puso a salvo el principio de rigidez, e incluso los de supremacía y fuerza normativa de la Constitución. Por tal razón, la tesis de la teoría moderna de la mutación con los mismos efectos jurídicos de la reforma, supone una violación al principio de rigidez constitucional.

III. LA SEGUNDA PROPUESTA: LA TEORÍA DINÁMICA-NORMATIVA DE LA MUTACIÓN

Antes de comenzar con su respectivo análisis, es pertinente decir que la esta teoría es una tesis minoritariamente representada en la doctrina, sin embargo, es la postura que aquí se quiere defender, ya que se considera como la propuesta que puede dar respuesta a los problemas que presenta la teoría moderna, y la que mejor relación tiene con los postulados fundamentales del actual Estado constitucional colombiano, y para ello, es necesario desechar algunas ideas que antes se han criticado y replantear otras. Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto y valorado de las teorías del debate doctrinal descritas en el capítulo anterior, y de la teoría moderna analizada dos acápites antes, es posible partir de algunas premisas que permiten presentar un punto de partida.

Lo primero es decir que se está de acuerdo con el fundamento de la mutación expuesto por la teoría moderna, esto es, se suscribe que el estudio

²²⁹ Sobre el particular véase: la Reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 (BOE de 28 de agosto), la Declaración del tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, el artículo 19 del Tratado de la Comunidad Europea, y los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General.

jurídico del concepto de mutación de los derechos debe ser emprendido bajo una conexión entre Derecho constitucional explicitado en el texto (faceta normativa del concepto de mutación) y realidad constitucional (faceta dinámica del concepto de mutación), no obstante, se rechaza la posibilidad de que lo fáctico se imponga al Derecho, y para ello es básico considerar que dicha realidad hace parte del mismo, es decir, los cambios en la realidad constitucional que provocan mutaciones no son extrajurídicos, sino que dicha realidad hace parte de la norma y, por tanto, debe ser considerada como jurídica. Además, porque dicho fundamento fue sometido a crítica y demostró que se encuentra acorde con tres de los fundamentos básicos del Estado constitucional colombiano: fuerza normativa, supremacía y rigidez. Igualmente se considera que este fundamento de las mutaciones es idóneo para el caso colombiano, pues recuérdese que uno de los grandes problemas que existía antes de la vigencia de la Constitución de 1991, era la falta de conexión entre la disposición explicitada en el texto y la realidad constitucional y, por tanto, uno de los grandes nuevos retos es el de lograr superar tal deficiencia. Lo que produjo la anterior jurisdicción constitucional con sus sentencias fue que los actores sociales se sintieran fuera de la Constitución, es decir, la Corte Suprema (para aquel entonces) se convirtió en una barrera para el cambio²³⁰.

Así mismo se parte de la idea de que esos cambios sólo pueden ser admisibles si respetan los límites constitucionales (este elemento también hace parte de la faceta normativa), por tanto, nunca puede considerarse a una mutación de los derechos como una reforma de los mismos. Es decir, se está en abierto desacuerdo con el argumento básico de mutación de la teoría moderna, la cual propugna por considerar que estos dos fenómenos tienen los mismos efectos jurídicos. La tesis que se presenta a continuación, tiene dos facetas: es un concepto dinámico y vivo por acoger en su seno la presencia de la evolución histórica de los derechos (faceta dinámica), pero es a su vez un concepto que defiende como una de sus máximas la seguridad jurídica, pues sólo acepta dicho cambios dentro de los límites constitucionales (faceta normativa).

²³⁰ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 5-6.

Así las cosas, es pertinente comenzar por determinar una idea previa y provisional de mutación de los derechos, sólo con el fin de marcar el camino a seguir para el análisis de dicho fenómeno, y no con el objetivo de sentar una definición cerrada, absoluta o perentoria. En este contexto, la mutación de un derecho fundamental (o del sistema de derechos), significa una transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen, donde normalmente dichos cambios son ocasionados o motivados por la evolución histórica de la sociedad donde los derechos despliegan sus efectos normativos o, también, por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales.

En este orden de ideas, y con el fin de desarrollar la idea de una teoría dinámica-normativa, se debe comenzar por dar respuesta, a los problemas que dejó sin resolver la teoría moderna sobre el ámbito de las mutaciones, el contenido normativo de un derecho fundamental, la realidad constitucional y la clase de cambio en dicho contenido normativo. Esto en conexión con otras ideas menores que tienen que ver con la elaboración teórica de un concepto más profundo de lo que se considera se debe entender por “mutación de los derechos”. Eso sí, nutriendo la exposición con los elementos que considerados válidos del debate doctrinal que se ha expuesto en el capítulo anterior, y desechando o replanteando los que no son admisibles. Recalcando un poco más en lo ya dicho sobre el fundamento de las mutaciones, es decir, sobre la conexión entre texto normativo y realidad, cabe sostener que un derecho fundamental está compuesto tanto por la parte normativa explícita (disposiciones constitucionales, normas infraconstitucionales, la jurisprudencia sobre el particular, etc.), como por la parte normativa no explícita, esto es, por la práctica social o el momento histórico, pues los derechos tienen un contenido empírico o fundado en la realidad social, del que se nutren y sobre el cual proyectan su fuerza normativa. El partir de esta premisa lleva a otra, pues permite sostener, de entrada, que las mutaciones que se puedan aceptar en los derechos no vienen de afuera hacia adentro, es decir, donde la fuerza de los

hechos se imponen a los derechos (en la idea de Jellinek), sino que los cambios se encuentran acogidos en el interior de los propios derechos, esto es, no son extrajurídicos, sino normativos.

Esta afirmación se encuentra respaldada por la Corte Constitucional, pues en la sentencia T-406/92 sostiene que lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, no es determinar *a priori* cuáles son todos ellos, pues esto no tiene mucha importancia, sino la función que lleva a cabo el juez, ya que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos. Así las cosas, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de los derechos fundamentales adecuada a una realidad propia del subdesarrollo. La corte ha denominado a esta nueva visión como el “nuevo constitucionalismo para América Latina”²³¹. Además recuérdese lo que se demostró en el primer capítulo, esto es, que la realidad constitucional es un criterio categórico en la determinación del carácter de fundamental de un derecho en Colombia, la Corte deja totalmente claro que el momento histórico es un requisito imprescindible del concepto de derecho fundamental; y, también, ratifica que la teoría que cimienta dicho concepto en Colombia, es de naturaleza dinámica, flexible, abierta, viva, es decir, existe un proceso que busca la eficacia de los derechos mediante la conexión entre Derecho y ser humano, pues vincula al hombre en su faceta de vida social, del día a día, la que por naturaleza es cambiante. El momento histórico es fluctuante y los derechos fundamentales deben hacer presencia allí, si quieren cumplir con su función de ordenadores de todo el sistema jurídico y, por ende, del hombre en sociedad²³².

Por tanto, este argumento de la Corte permite afirmar con toda seguridad que el contenido normativo de un derecho fundamental en Colombia, se encuentra compuesto por lo normativamente explicitado en el texto y por la realidad constitucional. Con base en esto, y después de reconocer que la categoría de fundamental depende del carácter histórico, la Corte ha entrado a explicar cómo opera dicho criterio. Partiendo de una tesis en esencia dinámica

²³¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

²³² Ídem.

de los derechos, como se ha resaltado, esta Corporación sostiene que la evolución de la sociedad ha hecho que no todos los derechos fundamentales lo sean en todos los tiempos y que algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla. El fundamento de estas fluctuaciones, se encuentra en la fuente normativa de los derechos que para la Corte es el momento de la representación colectiva sobre la materia iusfundamental, es decir, lo fundamental de un derecho depende de la visión que la sociedad tiene de ellos²³³.

A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN DE LOS DERECHOS

Como se dejó expuesto en la crítica al modelo de mutación de la teoría moderna, un problema importante que ha impedido que el concepto de mutación sea claro, o admitido como algo razonable, necesario y acorde con el Derecho constitucional, es el haberlo planteado como un fenómeno de reforma informal en contraposición con el concepto de reforma formal. En otras palabras, el partir de un estudio de las mutaciones, a partir de la idea de que éstas son un mecanismo de reforma informal, es decir, un procedimiento que no cumple los procedimientos agravados de reforma establecidos en la Constitución, es un grave error. La Constitución única y exclusivamente puede ser reformada por los sujetos y por los procedimientos establecidos por ésta para tal fin. Si se consintiera que esta Norma puede ser reformada por otros procesos distintos a los ya mencionados, se estarían desconociendo las bases fundamentales del orden fundamental de un Estado, como son las ideas esenciales de fuerza normativa, rigidez y supremacía de la Constitución, y por tanto, se vaciaría de todo sentido y contenido normativo. Con esto se quiere decir que el aceptar que todo cambio en el contenido normativo de una disposición de derecho fundamental, por causa de cualquier proceso de desarrollo de la Constitución, pueda ser considerado como un caso de reforma, es un mal acontecimiento para la moderna idea de Derecho constitucional, pues tales situaciones deben consideradas como violaciones o quebrantamientos de la Norma Suprema.

²³³ Ídem.

Lo anterior se puede explicar bajo la teoría de los límites. Esto significa sostener que un acto de reforma de un derecho fundamental, llevado a cabo bajo los términos establecidos normativamente, debe introducir cambios que normalmente se encuentran fuera de los límites constitucionales normales, pues ese es su objetivo. Se habla de límites normales con el fin de diferenciarlos de los límites especiales, es decir, el mismo procedimiento de reforma tiene unas zonas vedadas, como son por ejemplo las cláusulas de intangibilidad²³⁴, entre otras. Estas materias son intocables por lo procesos de reforma, no obstante, “todo lo demás” podría ser reformado por los órganos competentes y con la debida observancia de los sistemas agravados. Esto último también depende de la teoría de los límites de la reforma constitucional que se mantenga, ya sean límites explícitos, implícitos, etc. Por su parte, las mutaciones sólo operan para producir cambios materiales pero siempre dentro de un límite: la Constitución. Este sistema de producción de cambios sólo puede desarrollarse dentro de estos límites impuestos, y lo que se haga más allá debe ser considerado como verdaderos casos de violación o quebrantamiento de la Norma. Para diferenciar los procesos mutables, de los procesos de reforma, cabe decir que una mutación nunca puede ubicarse o disponer del campo o del espacio que antes se ha denominado “todo lo demás”, pues esa zona esta fuera de los límites establecido para las mutaciones, y sólo es un sitio que permite la aplicación de procedimientos de reforma, por tanto, el lugar de las mutaciones es el marco constitucional.

Como se viene diciendo, y por ahondar un poco más, se puede sostener que esta tesis de la teoría moderna es inaceptable, pues la mutación de los derechos es un proceso que se desarrolla dentro del contexto constitucional y, como tal, se encuentra limitado por la propia Constitución. Así las cosas la mutación nunca puede significar reformas de la Norma suprema, pues eso sería traspasar los límites constitucionales. Esta idea encuentra plena acogida en el ordenamiento colombiano, pues la fuerza normativa de la Constitución impone su obligatorio cumplimiento para todos, sin excepción, lo que obliga a

²³⁴ Por ejemplo el caso de las cláusulas de intangibilidad de la Constitución alemana.

entender que los mecanismos de reforma son sólo los establecidos por dicha Norma (por el Congreso, la Asamblea constituyente o el pueblo mediante referendo, art. 374 C.P.), y no por otros mecanismo impuestos por la teoría moderna (los operadores jurídicos por interpretación). Al respecto la Corte ha dicho que: *“Ninguna autoridad pública puede desconocer el **valor normativo** y la **efectividad** de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas. Todas las autoridades, sin excepción, deben proteger y promover su cumplimiento y respeto. Si la Corte Suprema de Justicia o cualquier juez viola o pone en peligro un derecho reconocido en la Constitución a una persona, desconoce el **valor normativo** y el **principio de efectividad** que ella reconoce a las disposiciones que lo consagran...”*²³⁵.

Por tanto, la mutación de los derechos es un mecanismo jurídico y no extrajurídico, pues se produce dentro del contexto y ámbito constitucional. Las reformas a los derechos fundamentales sólo pueden proceder de acuerdo con los procedimientos agravados establecidos por la Constitución, por lo cual, si se lleva a cabo una reforma por otros medios distintos a los consagrados constitucionalmente, serán actos violatorios de la Norma. El problema es que para la teoría moderna esto no resulta claro, por ejemplo García-Atance sostiene que las reformas a la constitución que se llevan a cabo por medios diferentes a los agravados establecidos por la Constitución, no son violatorios de la misma, sólo son actos arriesgados²³⁶. Afirmación que de acuerdo con lo expuesto y demostrado en este trabajo, se torna inadmisibles en el sistema iusfundamental colombiano. Así las cosas, el proceso mutativo sólo es admisible dentro de los límites constitucionales.

Ahora bien, lo importante ahora es determinar si con esta postura sobre el ámbito de las mutaciones, se logran superar los problemas que la teoría moderna dejó sin resolver. El primer problema, como se dijo se refiere a la falta de certeza que genera para el sistema de derechos la posibilidad de los operadores jurídicos, pues por ejemplo el juez constitucional, mediante la interpretación, puede llevar a cabo reformas al sistema iusfundamental. El

²³⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-006-92, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz

²³⁶ Cfr. GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia...*, op. cit., p. 110.

segundo, se ciñe a la falta de justificación en relación con la tesis de que, por ejemplo el juez constitucional, tenga competencia para desarrollar reformas en el sistema de derechos, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución. El tercero, se circunscribe a que pone en grave riesgo al principio democrático, entendido éste como la prerrogativa del pueblo, en cuanto titular de la soberanía de ejercer el poder constituyente. Estos tres problemas en conjunto, se presentan como resueltos desde la tesis de la teoría dinámica-normativa, pues al considerarse que la mutación es un proceso que se mueve dentro del ámbito de los límites constitucionales, la inseguridad o falta de certeza desaparece, pues el juez se encuentra sometido al Derecho y sólo tiene competencia para actuar dentro de ese marco, no puede reformar el sistema de derechos, así que no es necesario justificar su competencia para reformar, pues no la posee. Así mismo, no atenta contra el principio democrático, ya que el pueblo y no otro (los operadores jurídicos) sigue teniendo el poder constituyente.

B. EL CONTENIDO NORMATIVO

El problema que dejó sin resolver la teoría moderna de la mutación de los derechos, en relación con la noción de contenido normativo, se refiere a su falta de delimitación en dos sentidos: no explica en qué consiste, y no dice cuáles son sus elementos constitutivos. Por tal razón, es viable comenzar por sostener que la noción de contenido normativo representa todo aquello que hace parte de un derecho fundamental en su esfera jurídica, es decir, éste se encuentra constituido por todos sus elementos jurídicos; en otras palabras, el contenido normativo está integrado por todas las piezas jurídicas que componen dicho derecho. Por tal razón, la idea de contenido normativo personifica la naturaleza y la esencia de las normas sobre derechos fundamentales y, por ende, permite determinar lo que jurídicamente hace parte de ellas y lo que no lo hace. Esta primera aproximación, al significado del contenido normativo de un derecho fundamental, no dice mucho sobre lo que realmente éste representa, no obstante, permite, por lo menos, hacer un par de preguntas: ¿dónde, en qué lugar se puede encontrar lo que jurídicamente constituye un derecho fundamental?, ¿cuáles son elementos que lo

componen? La respuesta a la primera pregunta no puede ser categórica, pues esto depende de varias facetas evolutivas del derecho mismo, es decir, depende del grado de desarrollo o concreción del que haya sido objeto, como se pretende explicar a continuación. Y la respuesta a la segunda cuestión, se irá construyendo a medida que se vayan presentando estas etapas, pues ambos interrogantes se encuentran estrechamente unidos, como se tendrá ocasión de analizar.

1. Contenido normativo “en sentido amplio”

Así las cosas, en la etapa inicial de una Constitución (los momentos posteriores a su promulgación), el contenido normativo de un derecho fundamental es indeterminado, y sólo se encuentra conformado por los valores y principios constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular (o en otras palabras lo que se puede extraer del enunciado), por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad y por la realidad constitucional del momento constituyente²³⁷, es decir, la situación histórica acogida por la Constitución (que se compone de hechos e ideologías, como se explicará). En esta primera etapa, y teniendo en cuenta la indeterminación de las disposiciones sobre derechos fundamentales, es muy difícil que en la práctica puedan producirse mutaciones (aunque es posible), pues su contenido normativo es más amplio, puede ser impreciso y vago (haciendo salvedad de la existencia de algún derecho fundamental que venga muy bien determinado o explicitado), por tanto, existe una referencia que no es muy concreta o explícita para contrastar y resaltar dichos cambios intensos. Se puede decir que en esta etapa inicial el contenido normativo de un derecho es un contenido “en sentido amplio”, ya que no ha sido concretado, especificado, pormenorizado o detallado, aunque el derecho goza de plena eficacia y de aplicación directa, como lo ha establecido la Constitución y lo ha recordado la Corte Constitucional Colombiana.

²³⁷ Esta afirmación encuentra respaldo en la tesis de la Corte Constitucional en la que sostiene que el momento histórico hace parte del concepto de derecho fundamental, es decir, tanto la realidad como lo explicitado en texto conforman su contenido normativo. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

No obstante, se ha afirmado que aunque es difícil, no es del todo imposible que se presenten mutaciones en esta etapa preliminar, por eso merece una respuesta. En la práctica existen serias dificultades para que un cambio intenso se produzca, pues por un lado, no existe una especificación concreta de dicho contenido para que nos sirva de punto de confrontación con la nueva situación; y, por otro lado, es poco probable que se generen transformaciones fuertes en la realidad constitucional en cortos plazos de tiempo. Ahora bien, si ha pasado mucho tiempo entre la entrada en vigor de una Constitución y una inicial concreción, por ejemplo, del legislador, es viable que se puedan producir mutaciones, y el punto de contraste sería la realidad constitucional que dio origen a la consagración constitucional frente a la nueva. Lo anterior, desde la teoría que se defiende es viable, ya que se ha reconocido que la realidad constitucional hace parte del concepto de los derechos, esto es, de su contenido normativo. Si la realidad constitucional cambia intensa o radicalmente, el contenido normativo del derecho muta.

Un ejemplo sirve para observar mejor esto. Como se explicó es difícil en la práctica que en esta etapa inicial en la vida de un derecho se den mutaciones, por las causas mencionadas, pero como es posible es pertinente dar una respuesta, en este caso mediante un ejemplo teórico. Es pertinente dar una premisa básica: para comprobar la existencia de una mutación en un derecho, es pertinente la presencia de un punto de referencia que en este caso es la realidad constitucional existente al momento de la promulgación de la Constitución, la cual dio origen a la inclusión de dicho derecho, más el tenor literal de la disposición. Por se está ante un contenido normativo en “sentido amplio” y, por tanto, más abstracto, es decir, se encuentra menos determinado. Así las cosas, es viable suponer que en la promulgación de una Constitución se introduce el derecho a la propiedad: “*Se garantiza el derecho a la propiedad privada*”, y se consagra de esta manera teniendo en cuenta las condiciones sociales reales de este Estado (una realidad constitucional originaria), esto es, una economía estable y en crecimiento, donde la mayor parte de la población hace parte de una clase media bien acomodada, y en el que los índices de pobreza son casi inexistentes; en donde la casi totalidad de los ciudadanos tienen acceso a la educación, salud y a los demás servicios básicos. Por tal

razón, el Parlamento de este Estado no ha entrado a desarrollar una ley de concreción, ni la jurisdicción constitucional ha tenido que pronunciarse sobre el particular, pues se considera que funciona muy bien, ya que es acorde con la realidad.

Ahora bien, pasados 20 años desde la incorporación de este derecho a la propiedad, la situación social cambia de manera drástica, radical o intensa, pues entra en crisis el sistema debido a serios cambios internacionales e internos, los cuales llevan a que existan unos márgenes de pobreza muy elevados, y a que la mayor parte de la población tenga una situación de desempleo, así como la imposibilidad por parte del Estado de cubrir los servicios públicos básicos por falta de recursos. Hay que recordar que este ejemplo es hipotético, pues en la realidad las autoridades de un Estado, en estas circunstancias, podrían llegar a tomar medidas diferentes a la que se proponen ahora para superar la crisis.

Ahora bien, supóngase que un ciudadano accede a la jurisdicción constitucional, para reclamar sus derechos al trabajo, a la subsistencia e incluso a la vida, con el siguiente argumento: él demuestra que se encuentra explotando económicamente una parcela que hace parte de una gran finca (propiedad de un terrateniente) sobre la cual hace 50 años no se lleva a cabo ninguna forma de producción o explotación económica. También demuestra que no tiene otra posibilidad de trabajo, y que su familia depende de la explotación económica que se está llevando a cabo en dicha parcela, y que ahora el dueño de la finca quiere expulsarlo de allí, por considerar que no tiene ningún derecho para ello. El juez constitucional analiza el caso, da por probadas las afirmaciones de quien invoca la protección, observa la realidad constitucional que vive dicho Estado, luego analiza jurídicamente el material normativo explicitado en la Constitución, y llega a la conclusión de que el derecho a la propiedad privada implica una función social, y que es válida y necesaria jurídicamente la presencia de esa familia en dicha parcela que se encuentra siendo explotada económicamente, como medio de subsistencia. Además este juez determina que esta conclusión o norma aplicable al caso no contraviene a la disposición que contiene el derecho de propiedad, ni a ninguna

otra norma constitucional, por el contrario observa que dicha norma aplicable al caso se encuentra contenida por dichas disposiciones. En este ejemplo hipotético, circunscrito al análisis de la etapa inicial de un derecho, esto es, a su contenido normativo “en sentido amplio”, ocurrió una mutación en el derecho a la propiedad, pues se generó un cambio intenso en dicho contenido, ya que se paso de una concepción liberal²³⁸ de la propiedad a una social de la propiedad. El punto de referencia para corroborar tal variación radical es la realidad constitucional que ha variado.

2. Contenido normativo “en sentido estricto”

En una segunda etapa (que es la que más interesa de cara a la confrontación de cambios), el contenido normativo de un derecho fundamental normalmente se encuentra integrado por los valores y principios constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular (el enunciado), por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad, por la ley de concreción, por las demás normas relacionadas ya sean legales o infralegales, por las sentencias sobre el particular (o sea la norma aplicada al caso, ya sea en abstracto –control de la ley– o en concreto –tutela–), y, por su puesto, por la realidad constitucional o momento histórico (compuesta por los hechos prácticos y la conciencia ideológica, como se explicará más adelante), es decir, es un contenido normativo “en sentido estricto”, pues se encuentra mejor delimitado, es menos abierto, abstracto y vago. Todos estos elementos (que pueden ser más) representan el contenido normativo de un derecho fundamental en Colombia²³⁹. Cualquier operador jurídico que pretenda conocer

²³⁸ Se utiliza aquí la concepción liberal utilizada en el ámbito europeo, y no en el sentido Norteamericano y Colombiano, donde liberalismo se usa con las implicaciones de una tendencia política progresista.

²³⁹ Aquí se ha presentado una ampliación de los elementos que componen lo que se ha denominado como “Derecho explicitado en el texto” que junto con la realidad constitucional, conforman el contenido normativo de un derecho. Esta afirmación encuentra respaldo en la tesis de la Corte Constitucional en la que sostiene que el momento histórico hace parte del concepto de derecho fundamental, es decir, tanto la realidad como lo explicitado en texto conforman su contenido normativo. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

dicho contenido obtendrá respuesta en la unión de dichos elementos²⁴⁰. En esta etapa, es mucho más perceptible la presencia de mutaciones, pues existe un contenido normativo previo y explicitado que sirve de referente para contraponerle la descripción de una nueva situación constitucional que puede producir un cambio intenso en este contenido previamente existente.

Lo que se pretende resaltar con la descripción de esta segunda etapa en la vida de un derecho y del ámbito de su contenido normativo, en relación con la determinación de mutaciones, son dos cosas: la necesidad de la existencia de una referencia normativa más explícita, para confrontar la presencia de un cambio intenso en dicho contenido (es decir, lo que existía antes y lo que existe ahora) y el momento en el que juez constitucional debe enfrentarse al enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pues en dicha situación éste sólo se encuentra vinculado por la Constitución y no por otras normas de menor rango, es decir, en estos casos, debe acogerse a una especie de contenido normativo “en sentido amplio”, pero con grandes matices respecto del momento histórico de la realidad.

Esto último debe ser aclarado. La Corte Constitucional al momento de enjuiciar una ley por control abstracto –control de la ley– o en concreto –tutela–, sólo puede estar vinculado por los valores y principios constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular, por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad y por la realidad constitucional del momento en que se va a fallar, ya no por el momento constituyente, es decir, la situación histórica original acogida por la Constitución en el momento de su creación, sino por la existente al momento de tomar la decisión judicial, ni tampoco se encuentra vinculado por las demás normas infraconstitucionales, ni siquiera por el precedente jurisprudencial que puede ser cambiado (esto último será analizado más adelante). Este es el parámetro de constitucionalidad al que se encuentra vinculado el juez constitucional al proteger y garantizar los

²⁴⁰ El contenido normativo de un derecho en “sentido estricto”, se nutre de las diferentes fuentes del Derecho que se hayan puesto en marcha en relación con dicho derecho. Sobre las fuentes del Derecho en Colombia, se puede consultar a SIERRA PORTO, H., *Concepto y tipos de ley...*, op. cit., pp. 43 a 69.

derechos²⁴¹, lo que implica que por su apertura pueda causar mutaciones, las cuales se podrán percibir al tomar como punto de referencia el contenido normativo en “sentido estricto” que existía antes del cambio intenso.

Ahora bien, la noción de contenido normativo de un derecho fundamental aquí expuesta permite afirmar, y especialmente en relación con el segundo interrogante que se ha planteado, que éste se encuentra compuesto por dos grandes elementos: lo jurídicamente positivado (enunciado normativo constitucional, ley de concreción, otras normas relacionadas y las sentencias en particular) y por la realidad constitucional (hechos prácticos e ideología o idea de lo que significan los derechos que, al estar insertos en la evolución histórica, pueden ser el punto de inicio de un proceso de mutación)²⁴². Tal vez el primer componente no presenta mayores inconvenientes a la hora de ser aceptado por la doctrina, pues tanto desde el formalismo positivista como desde una teoría dinámica se hace uso de éste, como se ha tenido la oportunidad de describir cuando se hizo referencia al debate doctrinal sobre el concepto de mutación, ya que todo operador jurídico se encuentra vinculado por el imperio del Derecho. Ahora bien, el segundo elemento es más problemático y, por ende, merece ser estudiado con más detenimiento en el siguiente epígrafe.

No obstante, antes es necesario plantear una pregunta: ¿cómo se puede determinar el contenido normativo de los derechos en Colombia, sobre la base de unos valores y principios indeterminados? La respuesta, desde el modelo de mutación que se defiende, se encuentra en la afirmación que se sustentó antes, la cual dice que el contenido normativo de un derecho se encuentra compuesto tanto por lo explicitado normativamente (valores, principios, disposición iusfundamental, etc) como por la realidad constitucional. De esta manera se puede determinar el contenido normativo de un derecho, incluso en

²⁴¹ Esta afirmación encuentra su sustento en el artículo 241 de la Constitución, el cual establece que: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”.

²⁴² En este sentido, Carlos Bernal sostiene que: “Las normas iusfundamentales y sus correspondientes posiciones jurídicas, referidas a individuos específicos, que interactúan en sociedades delimitadas geográficamente, no pueden ser comprendidas de manera ahistórica. El contenido de los derechos fundamentales siempre está condicionado y se refiere a la realidad y a la cultura en la que opera”. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 417.

los primeros momentos de promulgación de una Constitución, cuando aún no existen leyes de concreción o sentencias sobre dicho derecho fundamental.

Si en esta etapa inicial de la vida de un derecho, la Corte Constitucional intentara determinar su contenido normativo, sólo haciendo uso de lo explicitado normativamente (valores, principios y disposición iusfundamental), se enfrentaría con una tarea imposible, debido a la abstracción o apertura de estas normas, salvo que los jueces optaran por colocaran sus propias posturas morales para determinar dicho contenido normativo, situación que se ha calificado de inaceptable. Por esta razón, la función de la realidad constitucional como complemento de lo positivado, es de suma importancia, pues impide desviar el verdadero sentido de dicho contenido. Ahora bien, la respuesta a esta pregunta, desde el ordenamiento iusfundamental colombiano, tiene una gran afinidad con lo que se viene defendiendo, pues se sostiene, por un lado, que los derechos no se agotan en lo normativamente positivado (valores, principios y disposición iusfundamental) y, por el otro, que un derecho es fundamental si atiende al momento histórico (realidad constitucional), como se tuvo ocasión de analizar, cuando se estudio el tema de la fundamentalidad de los derechos. Así las cosas, el contenido normativo de un derecho en Colombia, se puede determinar atiendo a lo normativamente explicitado (aún si es abstracto) y a su momento histórico.

C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

La teoría moderna de la mutación de los derechos dejó varios problemas sin resolver, en relación con la figura de la realidad constitucional. El primero es que no existe claridad sobre los elementos constitutivos de dicha realidad, es decir, no se sabe si ésta se refiere a hechos reales o a la ideología reinante en un momento determinado. El segundo problema se refiere a que no se encuentra bien delimitada, ya que no se conoce si se acepta una realidad constitucional *contra constitutionem*²⁴³. El tercero se ciñe a que no sabemos si la realidad constitucional se refiere al momento histórico que dio origen a la

²⁴³ Néstor Sagües, desde la teoría moderna, justifica las realidades *contra constitutionem* como fuentes de la mutación. Cfr. SAGÜÉS, N., *La interpretación judicial...*, op. cit., p. 77.

norma, o si también acoge a los momentos posteriores. Para comenzar es pertinente afirmar que desde la teoría dinámica-normativa la primera causa de producción de mutaciones en los derechos fundamentales es la evolución histórica de la sociedad. Ésta se refiere a la realidad social o momento histórico al que se ha hecho referencia antes, como uno de los elementos constitutivos del contenido normativo de un derecho, sólo que en este caso, al vincular la idea de evolución, se hace una aproximación a este contenido desde una faceta dinámica, pues “el tiempo” es fluctuante y se encuentra en constante movimiento.

Ahora bien, este estudio puede ser afrontado desde la noción de realidad, ya que es utilizada abundantemente por la doctrina. En este trabajo se ha defendido que debe existir una conexión entre la realidad y lo normativamente explicitado, y que esta realidad se encuentra acogida por el Derecho, en este caso, por los derechos fundamentales²⁴⁴. En Colombia resulta fundada y justificada la imperiosa necesidad de dicha conexión, especialmente en el proceso interpretativo. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que: *“Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme instauración de un orden justo, fundado en el **respeto y efectividad** de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el **estado social de derecho**”*²⁴⁵. De lo expuesto en este epígrafe, surgen algunas preguntas: ¿a qué realidad se está refiriendo, a cualquier realidad o a una específica?, ¿los derechos predeterminan ciertas realidades, o todas ellas son bienvenidas?

La realidad social es todo aquello que acontece, ocurre o se realiza dentro de un grupo de personas, en un tiempo y espacio geográfico determinado, se puede decir, por ejemplo, que es todo lo que sucede en un Estado. Ésta se nutre del conjunto de relaciones interpersonales que surgen de manera espontánea entre los seres humanos en relación con otros seres humanos o en relación con la naturaleza. Es un concepto que tiene

²⁴⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

²⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-223-92, M. P., Ciro Angarita Barón.

implicaciones sociológicas, políticas, económicas, jurídicas, etc. Es decir, se mueve en un contexto muy amplio. Se habla así del desempleo, de la violencia, del bajo índice de natalidad, como realidades sociales.

Ahora bien, el Derecho constitucional no es sólo lo que dicen las normas en el texto²⁴⁶, sino que también está compuesto por los hechos sociales reales que operan en una colectividad; es decir, la disposición constitucional esta compuesta por dos elementos: uno literal normativo y otro fáctico normativo. Estos dos elementos se complementan armónicamente para conseguir la eficacia del Derecho, pues pretenden evitar un conflicto entre el “ser” y el “deber ser”. Una norma constitucional cumple su función de orden del Estado cuando regula las situaciones vitales que en él se presentan, esto es, cuando lo positivado logra una conexión con su realidad. El elemento textual atiende a lo reglado por la disposición, y el elemento fáctico se refiere a la realidad constitucional, pero aunque ambos representan cualidades diferentes, los dos conforman una sola sustancia: la norma constitucional. Es decir, ambo son normativos.

Según lo anterior, la realidad constitucional se refiere a la parte de la norma que contiene los hechos reales sociales, es decir, la conducta humana. Si el Derecho constitucional resulta desvinculado de tales conductas, será irrealizable. Por esto Hesse sostiene que desde el punto de vista de la realización del Derecho constitucional, la Constitución (entendida como mera literalidad) y la realidad no pueden estar disociadas la una de la otra. El Derecho no es sólo lo que dice lingüísticamente el texto de una norma, sino que, también, se sustenta en las singularidades de las relaciones vitales concretas —es decir en la realidad constitucional— sobre las que la norma pretende incidir. Si el procedimiento de realización del Derecho constitucional prescinde de estas singularidades será un fracaso, sólo podrá cumplir su fin de realización cuando se incorporan las circunstancias de la realidad que la norma está llamada a regular. La realidad que una norma constitucional debe incorporar se llama “realidad constitucional”, y está contenida en el “ámbito

²⁴⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92 Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

normativo” de la misma norma²⁴⁷. En la teoría de Hesse (basada en la de su discípulo Müller), como se explicó antes, el contenido normativo de una disposición constitucional está conformado por el “programa normativo” que es el texto de la norma, y por el “ámbito normativo” que contiene la realidad constitucional.

En este orden de ideas, cabe sostener que al interpretar y tener en cuenta sólo lo dicho textualmente por la norma no se logra la efectividad y la realización del Derecho constitucional, por tanto, es necesario acudir a los datos del “ámbito normativo”, es decir, a los datos reales del caso concreto y del contexto histórico. No obstante, estos datos o hechos (la realidad constitucional) deben estar acordes con los contenidos del “programa normativo” (lo reglado en el texto de la norma), pues de lo contrario se llegaría al error de incorporar una realidad inconstitucional²⁴⁸. Hesse sostiene que el intérprete debe encontrar el contenido de una norma partiendo del momento histórico en el que vive, el cual le ha dado una precomprensión que le condiciona su mentalidad, sus conocimientos y prejuicios²⁴⁹. La norma, para definir sus conceptos, parte del sentido real (social) de los mismos. Retomando la idea de Hesse de que la norma constitucional está conformada indisolublemente por el “programa normativo” (lo regulado por el texto de la norma) y por el “ámbito normativo” (los hechos reales sociales), se obtiene la idea de que la realidad constitucional debería encontrarse ubicada estructuralmente en la parte que respecta al “ámbito normativo” de la norma, pues es allí donde la faceta dinámica del Estado y de la colectividad encontrarían cabida. En otras palabras, se puede sostener que la realidad constitucional hace parte del Ordenamiento Supremo del Estado, pues es un elemento constitutivo de la estructura de las normas constitucionales, y se encuentra contenida específicamente en el denominado “ámbito normativo”²⁵⁰.

²⁴⁷ Sobre el particular véase HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., pp. 28-30.

²⁴⁸ Ídem, p. 47.

²⁴⁹ Ídem, p. 44.

²⁵⁰ La tesis de Hesse sobre el concepto de mutación, en la cual se basa gran parte de la postura que aquí se sostiene, ha sido defendida en Colombia por la doctrina, especialmente puede consultarse a MONROY TORRES, M., *etapas de la interpretación...*, op. cit., pp. 170 a 182.

Ahora bien, en relación con la Constitución, con los derechos fundamentales y con el concepto de mutación que se viene mantenido, la noción de realidad social es inoperante. En Colombia la tesis de que la realidad constitucional es sinónimo de realidad social es sostenida por el profesor Monroy Cabra, quien afirma, basándose en una idea equivocada del profesor español Lucas Verdú, que: “*La realidad constitucional se refiere a los factores político-económicos-sociales vigentes en el momento de la interpretación*”, y luego se vuelve a equivocar al entender que la noción de realidad constitucional se encuentra contenida en el artículo 53 de la Constitución de Colombia que habla de la primacía de la realidad sobre las formalidades laborales, pues ella se está refiriendo es al contrato realidad en materia laboral²⁵¹, mientras el concepto de realidad constitucional que se viene tratando se traduce en el momento histórico acogido por la Constitución.

Es decir, se sostiene que la anterior tesis es inoperante por una razón de peso: no toda realidad social, es decir, no todo lo que se genera en una comunidad por el conjunto de relaciones existentes entre sus sujetos miembros, es acogida por los derechos fundamentales. Sólo es acogida aquella realidad que ha sido constitucionalmente predeterminada, así sea en abstracto, es decir, como una expectativa. En este orden de ideas, cabe sostener que la realidad social es el género y la realidad constitucional es una especie. La realidad constitucional debe estar acorde con el “programa normativo” (con lo regulado por el texto de la norma), por tanto, pueden existir realidades sociales inconstitucionales, es decir, actos y hechos concretos que se presentan en la vida del Estado y la colectividad que son contrarios a lo establecido expresamente por una norma de la Constitución. De esta afirmación, se desprende una razón lógica para poder diferenciar la realidad constitucional de la realidad social: no toda realidad es constitucional, sólo es constitucional aquella realidad querida y acogida por la Constitución. Por tanto, la realidad social es el género y la realidad constitucional es la especie, pues la primera se refiere a todos y cada uno de los hechos acaecidos en una sociedad, y la segunda es sólo aquella realidad permitida e incorporada en la

²⁵¹ Cfr. MONROY CABRA, M., *La interpretación constitucional*, 2ª (ed), Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005, p. 187.

Constitución, y que tiene su ubicación estructural en el “ámbito normativo” de una disposición constitucional.

Un ejemplo en el que se puede diferenciar a la realidad social de la realidad constitucional, podría ser la situación en la que en un Estado, con un régimen constitucional parlamentario, es decir, democrático, en el que se protege la forma del Estado y la forma de gobierno, se de paso a un Estado de régimen totalitario. En este caso, el totalitarismo es una realidad social, pues puede ocurrir en la realidad, pero no es una realidad constitucional, pues no es querida ni acogida, por la Constitución, ni se espera que en el futuro con la existencia de las mismas normas pueda ser querida o acogida. De esta manera se puede afirmar que todo aquello que se origina en cada momento en una comunidad específica es el género (realidad social), y sólo aquella parte de esa realidad general que ha sido acogida, en el momento de la creación o para el futuro, por la Constitución es la especie (realidad constitucional). Esto significa que todo cambio que se genere en esta última categoría de realidad es bienvenido y aceptado desde un punto de vista jurídico. Así las cosas, las mutaciones de los derechos encontrarían un camino viable para operar por vía del cambio en las realidades constitucionales, es decir, por realidades queridas y permitidas por la misma Constitución.

Al respecto, González Trevijano sostiene que a través de la introducción y afirmación del concepto de realidad constitucional, es posible entender correctamente el tema de la mutación, como intérprete, complemento, modulación o alteración de lo preceptuado en el texto de las normas, posibilitando en la mayoría de las ocasiones la deseada adecuación de la Norma Superior a las nuevas exigencias políticas y sociales que todo acontecer histórico impone sin remedio²⁵². Hasta aquí se ha realizado un análisis que se puede denominar como casi formal en su totalidad, pues se ha intentado deslindar ámbitos espaciales entre los concepto de realidad social y constitucional, y se han realizado algunas mínimas apreciaciones a cuestiones materiales de este último concepto, sin ir al fondo del asunto en su faceta

²⁵² Cfr. GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre en Derecho Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, pp. 403-405.

sustancial. Por tanto, es pertinente preguntarse ¿qué elementos o situaciones están detrás de esos cambios históricos, o qué circunstancias provocan transformaciones en la realidad constitucional que inducen a la producción de mutaciones en los derechos fundamentales?

Como se ha visto, en el Derecho constitucional colombiano la noción de realidad constitucional, y específicamente sus elementos constitutivos se circunscriben al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país²⁵³. No obstante esta tesis es muy general para darla como una solución idónea a la pregunta que se plantea. Por tal razón, es pertinente buscar otros elementos, y lo primero es decir que es imposible dar una respuesta adecuada desde una perspectiva netamente normativista, es necesario hacer uso de otras herramientas e ir más atrás para poder observar qué fenómenos ocurren en la sociedad y en los seres humanos en general. En este orden de ideas, se puede comenzar por recordar que los derechos fundamentales son el fruto de un proceso social y político, en el que se consolidaron, mediante la positivación, los valores e ideas predominantes de un grupo específico y en un momento histórico determinado, con el fin de lograr una convivencia pacífica y digna. Se sabe que el Derecho como parte integrante del ámbito del ser humano es un fenómeno social, y como tal debe existir una afinidad directa entre éste y la situación fáctica en la que tuvo origen y en la que se desarrolla día a día.

Así las cosas, detrás de las disposiciones explicitadas en un texto constitucional se encuentra una ideología fundante que representa una visión del mundo de la colectividad. Por ejemplo, cuando se opta en un Estado por defender, desde la normatividad, la judicatura y la doctrina, un sistema jurídico en el que la neutralidad del juez es un elemento preponderante, o que el derecho no debe contaminarse de otras disciplinas sociales, en beneficio de la certeza y de la seguridad jurídica, porque así se logrará una convivencia pacífica y digna, no es otra cosa que la escogencia de una ideología jurídica

²⁵³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-223-92, M. P., Ciro Angarita Barón.

basada en los valores e ideas relevantes y comunes del grupo social donde dicho sistema va a desplegar sus efectos jurídicos²⁵⁴.

Teniendo en cuenta esta afirmación, cabe sostener que los derechos fundamentales desde un punto de vista formal se encuentran ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico, por virtud de su estatus constitucional, pero desde un punto de vista axiológico ellos representan el conjunto de valores y aspiraciones comunes y consolidadas de la sociedad que son consideradas idóneas para la organización del sistema en paz y dignidad. Por ejemplo, sobre la dignidad humana como un valor básico, la Corte ha dicho que: *“...El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es, en consecuencia, un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales...”*²⁵⁵. Por esta razón, cabe decir, en respuesta a la pregunta planteada, que detrás de los cambios históricos (cambios en la realidad constitucional en nuestros términos) se encuentran los cambios en la ideología fundante, es decir, la transformación de los valores y las ideas del grupo social. Esta idea de que las normas constitucionales tienen un fundamento axiológico, especialmente los derechos, se encuentra avalada por la Corte Constitucional, la cual considera, desde el análisis del principio de supremacía, que dicho fundamento se hace presente. Al respecto dice que: *“La supremacía de la Constitución, esto es, la posición de privilegio que ese texto ocupa en el ordenamiento jurídico del Estado, obedece no sólo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen y de los cuales derivan su validez las demás normas positivas, sino también, a la circunstancia de proyectar la ideología y filosofía política, social y económica que finalmente dirige y orienta las relaciones internas de los gobernantes y gobernados como integrantes activos de la comunidad estatal”*²⁵⁶.

²⁵⁴ En este sentido Ronald Dworkin dice que: *“Sin embargo una particular concepción del derecho puede hacer que la pregunta acerca de cuáles son los deberes y derechos, provenientes de decisiones políticas anteriores, depende en cierta forma de la moralidad popular...”*. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Trad. C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 78.

²⁵⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-465/96. M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁵⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, C-562-00, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Lo anteriormente expuesto debe ser objeto de una mayor precisión a continuación. La afirmación del párrafo anterior, lleva a defender la idea que desde la lectura de los enunciados de los derechos y del momento histórico, es plausible extraer una realidad constitucional predeterminedada, ya sea la originaria o la que se tiene como expectativa, esto es, como una posibilidad. Todo lo anterior, si se entiende que esta realidad constitucional debe ser verificable, es decir, comprobable como cierta. Entonces, el concepto de realidad constitucional tiene dos perspectivas: la originaria y la expectante, que deben ser analizadas.

1. Realidad constitucional originaria

Es la que se encuentra presente en el momento constituyente, es decir, la realidad social que ha dado origen a la positivación y existencia de un determinado derecho fundamental (por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión). Esta realidad que se encuentra presente está compuesta por dos elementos: los hechos prácticos, lo que ocurre y que se puede percibir como algo físico (por ejemplo, un discurso en la plaza pública), y los componentes ideológicos que sustentan dichos hechos, la idea que se tiene sobre el significado de ellos (por ejemplo, cuando una sociedad considera que el dar un discurso en la plaza pública es jurídicamente correcto, pues significa el ejercicio del derecho de libertad de expresión)

2. Realidad constitucional expectante

Se refiere a aquella parte de la realidad social que puede ser acogida jurídicamente en un futuro por estar acorde con los mandatos constitucionales, es decir, puede ser reconocida como parte del contenido normativo de un derecho, pero que no se conoce hoy, sino que existe una expectativa de que pueda presentarse debido a la naturaleza dinámica y cambiante de las relaciones sociales. En este caso también operan los dos elementos de la

realidad constitucional que se mencionaron anteriormente, esto es, los hechos prácticos y el fundamento ideológico²⁵⁷.

En esta categoría es donde se puede encontrar el fundamento de las mutaciones de los derechos fundamentales, pues debido a la dinámica social, el fundamento ideológico de un derecho puede cambiar, produciendo nuevos hechos prácticos y por tanto un cambio en la realidad constitucional que a su vez generaría un cambio intenso o radical en el contenido normativo de un derecho²⁵⁸. Puede también suceder que el fenómeno mutacional se origine por el cambio en los hechos prácticos de una sociedad, y que ella considere ideológicamente que dichos hechos son jurídicamente correctos. No obstante, se considera en este trabajo que el elemento determinante de cara a las mutaciones es el ideológico, pues cuando éste cambia puede producir cambios en los hechos prácticos, o cuando los hechos prácticos han cambiado éste los puede avalar. Cuando un nuevo hecho práctico no encuentra su sustento en el elemento ideológico, es decir, donde no encuentre respaldo en la comunidad como un hecho jurídicamente correcto, éste no puede ser considerado como admisible. Todo lo anterior dentro de los límites constitucionales.

Por ejemplo, el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo (hecho práctico), cuando antes se entendía (fundamento ideológico originario) que dicho instituto se predicaba de la unión entre un hombre y una mujer, y que ahora la comunidad encuentra que es jurídicamente correcto que dicho derecho se extienda también a las personas del mismo sexo (fundamento ideológico nuevo que generaría una mutación). Este ejemplo (que en España ha ocurrido) puede ser viable, para explicar lo que se viene argumentando, siempre y cuando esta nueva realidad encuentre acogida en la Constitución. En otras palabras, se puede considerar que una realidad es constitucional cuando se encuentre dentro de los límites constitucionales. Ahora bien, en otro Estado

²⁵⁷ Dworkin también hace la diferenciación entre “hechos prácticos” y “conciencia ideológica”, él los llama “circunstancias” (como pueden ser las económicas o ecológicas) y la “opinión pública”, respectivamente. También dice que en el proceso interpretativo estos elementos son relevantes, pues sus grandes cambios hacen parte del Derecho, es decir, la interpretación es sensible al tiempo. Cfr. Ídem, p. 247.

²⁵⁸ La profesora Morelli denomina estos cambios como cambio de los valores que conforman la visión del mundo. Cfr. MORELLI, S., *Interpretación Constitucional...*, op. cit. p. 227.

o comunidad puede ser que se considere (ideológicamente) que el matrimonio entre homosexuales es jurídicamente incorrecto y, por ende, el hecho práctico no puede ser acogido constitucionalmente. Por esta razón sostenemos que el elemento ideológico es el más relevante a la hora de producir mutaciones.

D. LA VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Este acápite tiene su fundamento en un cuarto problema que presenta la tesis de la realidad constitucional, defendida por la teoría moderna, éste se circunscribe a la idea de que sólo el cambio en la realidad constitucional es promotora de mutaciones. Desde la teoría dinámica-normativa, a diferencia de la teoría modera, existen dos causas de mutaciones, el cambio en la realidad constitucional y el cambio en el criterio jurisprudencial. Se sostuvo que la primera causa de producción de mutaciones sobre los derechos es la variación de la realidad constitucional. Ahora se quiere analizar la segunda causa de producción de mutaciones, ésta se refiere a la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, esto es, una realidad en sentido fáctico que no ha cambiado, es decir, una realidad que sigue siendo la misma.

En esta segunda causa, la dinámica no está en la realidad constitucional que ha cambiado, sino en la actividad dinámica del juez constitucional. Esto se circunscribe a la situación en que el juez constitucional considera que debe cambiar el criterio jurisprudencial que viene aplicando, debido a que el nuevo razonamiento es más idóneo para lograr la eficacia de los derechos frente a unos hechos prácticos existentes. Se considera que pueden estar mejor satisfechos con la aplicación de este nuevo criterio o cambio de criterio. El juez se encuentra en la obligación de lograr la realización de los derechos, y por tanto, debe encontrar los criterios más idóneos o capaces para lograr tal fin, él debe producir cambios intensos en los contenidos normativos de los mismos, para atender mejor una realidad fáctica existente, es decir, que no ha variado. Este cambio de criterio es viable, siempre y cuando se encuentre fundado en la idea de que se conseguirá dotar de mayor eficacia, realización y protección a

los derechos en relación con una situación de hecho o fáctica previamente dada.

Tal vez un ejemplo sirva para aclarar un poco. Supóngase un Estado moderno, donde existen las garantías para la protección de los derechos fundamentales, donde existe una norma constitucional que dice “el Estado garantizará la igualdad entre hombres y mujeres”, donde se lucha por lograr tal igualdad, donde existe una Corte Constitucional que vela por el respeto a los derechos. En este Estado existe una realidad fáctica que se circunscribe a que las mujeres no gozan de las mismas condiciones que los hombres en materia laboral, que existe un índice de desempleo desastroso en el sector femenino, que en las empresas y en los órganos del Estado no existen mujeres en los cargos de dirección y confianza, que el salario por las mismas labores es mayor para el hombre que para la mujer. En este contexto social, se presenta un caso sobre igualdad de género ante la jurisdicción constitucional, y dicha Corte después de hacer su análisis jurídico pertinente considera, mediante su jurisprudencia, que esta disposición constitucional, es decir, la que estipula que “el Estado garantizará la igualdad entre hombres y mujeres”, significa que los hombres y las mujeres son iguales ante la ley, que la ley nunca podrá poner trabas o favorecer a ningún colectivo en particular, para que se así se pueda llegar a equilibrar las desigualdades presentes.

Pasados diez años, llega un nuevo caso a dicha Corte, en el que se ve obligada a retomar el tema de la igualdad de género. Lo primero es dar una mirada a la situación social, lo que le permite concluir que las desigualdades siguen siendo las mismas y, por tanto, no se ha cumplido de manera correcta el mandato constitucional. Así las cosas, se ve en la necesidad de cambiar de criterio jurídico, pues la desafortunada realidad se impone, ésta Corporación considera ahora que el criterio utilizado para definir el derecho de igualdad de género, como que hombres y mujeres son iguales ante la ley, es insuficiente, así que decide cambiarlo. Ahora la jurisprudencia constitucional sostiene, que esa disposición constitucional significa que hombres y mujeres son iguales ante la ley, pero que el legislador debe tomar medidas para aplicar leyes que logren una discriminación positiva en favor de las mujeres, pues la mayor desigualdad

es tratar a los dos colectivos como iguales, cuando no lo son, pues las mujeres pertenecen al grupo de los discriminados laboralmente.

Cabe sostener que en este ejemplo ha ocurrido una mutación en el derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres, por virtud del cambio del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, en relación con unos hechos fácticos que no han variado, pues produjo un cambio intenso en el contenido normativo de dicha disposición, sin que se advirtiera ninguna transformación en su tenor literal, con fundamento en que esta variación en el criterio sería una medida más eficaz que la anterior, en la búsqueda de la mayor satisfacción posible de dicho derecho. Lo que ocurrió realmente es que el contenido normativo de dicho derecho, antes consagraba un concepto de igualdad en sentido formal, y ahora defiende que la igualdad, en cuestión de género, es de naturaleza también sustancial. Este derecho de igualdad tiene ahora un sentido radicalmente diferente (cambio intenso) al que tenía antes, pues se puede constatar que su naturaleza es ahora diferente.

La tesis que se defiende encuentra pleno respaldo en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La competencia atribuida a los jueces sobre su autonomía interpretativa se encuentra consagrada en el artículo 228 de la Constitución, en él se dice que: *“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”* Con base en esta disposición la Corte Constitucional colombiana tiene reconocida su independencia interpretativa, lo que implica que en el momento de pronunciarse jurisdiccionalmente pueda ajustar los derechos fundamentales a las acontecimientos cambiantes del entorno social, es decir, se hace obligatorio la acomodación del ordenamiento a las exigencias de la realidad constitucional. En este sentido, la Corte ha establecido que la autonomía interpretativa del juez se materializa al atribuirle plenas atribuciones para modificar los criterios jurisprudenciales que la han

inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación del Derecho²⁵⁹.

E. LOS CAMBIOS INTENSOS EN EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS DERECHOS COMO RASGO DEFINITORIO DEL CONCEPTO DE MUTACIÓN

Este es otro punto que la teoría moderna de la mutación dejó sin resolver, recuérdese que cuando se hizo el análisis de este elemento, se dijo que dicha teoría no explicaba a que clase de cambio se encontraba expuesto el contenido normativo de un derecho. Allí se sostuvo que si se deja el elemento cambio en el contenido normativo en un sentido general (como lo hace la teoría moderna), el concepto de mutación pierde toda autonomía, pues un cambio en el contenido de un derecho también se produce por causa de una interpretación constitucional, lo cual conduce a afirmar que mutación e interpretación se confunden, actúan en el mismo espacio o ámbito. De acuerdo con lo anterior, el planteamiento adecuado, o el punto de partida para el correcto entendimiento del concepto de mutación de los derechos, según la teoría dinámica-normativa, debe ser diferente. Éste debe partir de la idea de mutación como un caso intenso de desarrollo jurídico o de concreción de la Constitución, es decir, la perspectiva de inicio debe ser ésta, y no plantearlo desde la óptica de cambio en general.

En este orden de ideas, se puede afirmar que una cosa es el tema de la reforma de la Constitución, entendida ésta como los cambios producidos por los órganos competentes y con el cumplimiento de los requisitos procesales agravados, y otra muy distinta, son los cambios efectuados mediante los mecanismo de perfeccionamiento de la misma, entendidos éstos como los medios jurídicos de dinámica constitucional. Todo esto se puede concretar en la siguiente afirmación: el fenómeno de la mutación de la Constitución debe ser tratado desde la perspectiva de los cambios intensos o radicales producidos

²⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional, Auto 013/97. También se puede consultar en este mismo sentido el Auto 052/97.

mediante los procesos de desarrollo jurídico y concreción, y nunca desde la óptica de la reforma.

Así las cosas, los conceptos de límites y de cambios intensos hacen parte de la misma noción de mutación de los derechos. Sostener que una mutación de los derechos fundamentales significa un cambio en el contenido normativo de una disposición, sin que ésta sufra cambios en su literalidad, es algo incompleto, y por tanto, incorrecto. Es incorrecto este concepto, debido a que por esta vía se pueden introducir y aceptar, como acordes con el Derecho, todo tipo de cambios, esto es, transformaciones tanto lícitas como ilícitas (violaciones o quebrantamientos), en este último caso nos referimos a situaciones inaceptables. Y es incompleto también porque no todo cambio lícito en el contenido normativo de un derecho es una mutación, sólo pueden tener esta calidad los cambios de carácter intenso, radical o fuerte, pues de lo contrario mutación e interpretación creativa, evolutiva o extensiva serán lo mismo. Hecha las anteriores precisiones, se puede retomar la idea principal de que las mutaciones de los derechos son casos de cambios intensos o radicales que se presentan en los procesos de concreción o de desarrollo jurídico.

Esto ya de entrada dice que existen casos normales de aplicación de dichos procedimientos, y también casos intensos, radicales o fuertes. Las mutaciones de los derechos son casos donde se presenta una fuerte intensidad, o mejor, son aquellas situaciones de la aplicación del Derecho a casos en que los derechos fundamentales sufren cambios radicales en su contenido normativo, normalmente producidos por causa de las variaciones en la realidad constitucional expectante, y que generan nuevas e inesperadas posiciones iusfundamentales, eso sí, actuando siempre dentro del marco constitucional. Para demostrar lo anterior, es necesario dar una idea de los conceptos de desarrollo jurídico y de concreción de la Constitución, que se lleva a cabo mediante la interpretación, sin olvidar que este trabajo se centra en la labor de la Corte constitucional, no obstante, para dar claridad a la idea de cambios intensos, es adecuado tomar la diferenciación de estos dos conceptos.

Se puede sostener que “concreción” se refiere a la labor de especificación que lleva a cabo el legislador respecto de las normas constitucionales, al momento de hacer la ley. El legislador debe hacer la ley de acuerdo con la Constitución, pero la ley no es ejecución de ella, como sí lo es el acto administrativo respecto de la ley. El legislador mediante la ley establece una entre varias políticas legislativas, se escoge una opción y en este sentido la ley mantiene con la Constitución una relación de libertad de configuración. El concepto de ley está construido sobre el principio democrático, lo que le imprime legitimación directa, a diferencia de las demás normas del ordenamiento que se encuentran legitimadas indirectamente por la Constitución o por la misma ley. Esta legitimación explica que el legislador disponga de un margen de configuración o decisión. La Constitución establece un sistema amplio, con un buen margen de apertura que permite concretar diferentes opciones políticas. La Constitución es el lugar donde confluyen distintos partidos políticos con diferentes, y en ocasiones contradictorias, opiniones políticas, permitiendo una postura de interpretación acorde con la opinión política mayoritaria en un momento determinado; no obstante, si después las mayorías parlamentarias cambian, el mismo contenido normativo tiene la capacidad de expresar las nuevas opiniones, siempre dentro de los límites establecidos²⁶⁰. Lo que el legislador puede producir, a través de un proceso de “concreción normal”, es un cambio en el sentido de las normas de la Constitución, pero no una fuerte transformación en el contenido normativo, que sólo se conseguiría mediante una mutación, es decir, a través de un proceso de “concreción intenso o radical”.

²⁶⁰ Sobre el particular véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho administrativo*, 5ª ed., Civitas, 1989, p. 145.

Por su parte, el concepto de “desarrollo jurídico”²⁶¹ se debe entender como el desarrollo judicial que lleva a cabo el Órgano de Jurisdicción Constitucional con el fin de complementar y perfeccionar el ordenamiento fundamental, enriqueciéndolo mediante la interpretación y la aplicación del Derecho, ocupándose de situaciones nuevas²⁶². El objetivo de un proceso de “desarrollo jurídico normal” no es transformar profundamente el contenido normativo de una disposición constitucional, como sí lo haría mediante la aplicación de un proceso de “desarrollo jurídico intenso o radical”, pero no hay que olvidar que, en estricto sentido, la interpretación y aplicación del Derecho se mantienen vinculadas al contenido normativo de las disposiciones superiores y a la Constitución en su conjunto. La interpretación constitucional es el medio para lograr el “desarrollo jurídico” y el perfeccionamiento de algo previamente establecido²⁶³.

Este análisis, lleva al punto que más interesa ahora, esto es, a la idea de “intensidad” como factor diferenciador del concepto de mutación, respecto de los procesos de desarrollo jurídico y concreción en sentido amplio. Es decir, la noción de “intensidad” permite dotar al concepto de mutación de un espacio y una identidad propia; si no se hiciera uso de ella, el concepto se difuminaría dentro del concepto, en sentido amplio, de dichos procesos, o en el de interpretación. Aunque se ha reconocido y sostenido que el fenómeno de la mutación se encuentra ubicado dentro del ámbito de ellos, es posible darle vida propia. Cuando se hace referencia a “procesos normales” o a “procesos intensos o radicales” se está haciendo una diferenciación de grado; es decir, se

²⁶¹ Sobre el concepto de “desarrollo jurídico” ver BRYDE, B., *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 17-22. Este autor sostiene, que en la doctrina no solamente se discute la estabilidad sino también la dinámica de la Constitución. Debido al proceso político y social, hay que entender a la Constitución como una norma abierta, esto es, abierta a modificaciones. El “Bonner Grundgesetz” –la Constitución de Alemania– vive de la interacción entre estabilidad y dinámica. El fin de este trabajo es verificar como se puede relacionar los dos principios. De todas formas, hay que entender que debe operar un perfeccionamiento del Derecho por los jueces “richterliche Rechtsfortbildung” –este término significa que los jueces pueden cambiar el Derecho mediante su poder jurisdiccional–, aunque con ciertas limitaciones. Bajo el régimen de la Constitución Alemana se puede decir que la “Verfassungsänderung” –reforma formal– es una modificación de la Constitución que conlleva un cambio del texto, mientras que la “Verfassungswandlung” –reforma no formal– es una modificación del contenido sin ningún cambio del texto. Como término básico para delimitar los dos términos mencionados, se puede utilizar “Verfassungsentwicklung” –desarrollo jurídico–.

²⁶² En este sentido también BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho...*, op. cit., p. 190.

²⁶³ Ídem, 193.

marca la línea divisoria a partir de una mayor o menor fuerza o efecto en la realización del cambio en el contenido normativo de un derecho fundamental. Un cambio en el contenido normativo de un derecho fundamental que se puede catalogar como no intenso, es aquel, por ejemplo, en el que juez constitucional determina que es una violación al derecho a la intimidad de una persona (no pública) el incluir ciertas fotos comprometedoras en una página de Internet sin autorización del afectado, cuando antes dicho derecho estaba protegido por publicaciones de fotos sin autorización en revistas o medios de comunicación impresos. En este caso ha operado un cambio en el contenido normativo del derecho a la intimidad, por causa de una realidad constitucional nueva, como es una nueva tecnología, sin que pueda ser considerado una mutación del mismo, pues no consideramos que, con esta intervención del juez, se haya producido un cambio intenso o radical. En este caso, y siguiendo la terminología en este trabajo acogida, se han generado hechos prácticos nuevos, pero no un cambio en la ideología o forma de comprender el significado jurídico del derecho a la intimidad.

Ahora bien, un caso, que ya se puso de manifiesto antes, pero que se puede aclarar mejor, de mutación constitucional de un derecho, es decir, donde se observa un cambio intenso en su contenido normativo, por virtud del reconocimiento de una realidad constitucional que era expectante, sería por ejemplo la sentencia del Tribunal constitucional español que considerase que la ley que reconoce el derecho a contraer matrimonio por parte de parejas de homosexuales es acorde con la Constitución. Sería un supuesto de mutación, y por tanto de un cambio intenso en el derecho fundamental a contraer matrimonio, ya que dicho derecho reposa en una realidad originaria, en este caso, si se quiere previa a la misma positivación de dicho derecho en la Constitución de 1978, pues es un derecho que atiende a principios morales influenciados por la iglesia católica, en donde se considera que el matrimonio es sólo predicable entre un hombre y una mujer, es decir, es un instituto que ha perdurado por siglos con este significado. Y bajo esta perspectiva se podría entender que se incorporó, en principio, por el constituyente en 1978.

Si el Tribunal constitucional español declara dicha ley como ajustada a la Constitución, estará generando un cambio intenso en el derecho fundamental al matrimonio, por causa de una realidad constitucional. Se le otorga el adjetivo de constitucional porque al realizar el estudio del artículo 32.1 de la Constitución española de 1978 se observa que es posible que el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo pueda hacer parte de dicha disposición, y más aún si se tiene en cuenta que los derechos viven el momento histórico, esto es, las reivindicaciones que piden los colectivos de homosexuales cada vez más amplios y fuertes, con apoyo de la mayoría de la sociedad. El artículo constitucional dice que: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*. Es decir que el derecho al matrimonio entre homosexuales no se puede considerar, en principio, como un cambio contrario a la Constitución, pues de la lectura de dicho artículo no se observa una abierta contradicción.

Finalmente, y a manera de síntesis de lo expuesto de la teoría dinámica normativa de la mutación de los derechos en Colombia, es viable decir que la faceta de positivación de un derecho fundamental, o sea lo explicitado normativamente, debe estar siempre en coordinación con la realidad constitucional (como aquella parte de la realidad social que puede ser reconocida por el Derecho), pues estos dos elementos, como se ha mencionado antes, componen la noción de contenido normativo. Este contenido normativo “en sentido amplio” ha sido establecido teniendo en cuenta cierta realidad en un momento histórico determinado (realidad constitucional originaria), no obstante otras realidades, de otros momentos históricos, pueden ser acogidas satisfactoriamente (realidad constitucional expectante) por dicho Derecho, dando origen a un cambio en su contenido normativo “en sentido estricto”, o mejor tomando como referencia un contenido muy explicitado o delimitado. Cuando este cambio en el contenido normativo es intenso o radical, genera una mutación. Por tanto, si existe un cambio en la realidad social que no hace parte de la realidad constitucional expectante, el órgano competente debe proceder a realizar una reforma formal de la Constitución, convirtiendo esta nueva realidad social en realidad constitucional.

Así las cosas, la teoría dinámica-normativa de la mutación de los derechos no encuentra ninguna contradicción u oposición con los tres fundamentos del actual Estado Constitucional colombiano, esto es, con los principios de fuerza normativa, supremacía y rigidez de la Constitución. En otras palabras, la teoría que se describe es plenamente compatible con esos tres postulados constitucionales y, por ende, es admisible en el plano del Derecho constitucional de Colombia, pues si la noción de mutación se mueve dentro del marco de la Constitución, como un proceso dentro de ese límite (y no como sinónimo de reforma), la Constitución mantiene su fuerza normativa, ya que su sistema de reforma se mantiene en los términos descritos por ella misma, y no en la fuerza de la interpretación de los operadores jurídicos. Igualmente, esta teoría es respetuosa del principio de supremacía, pues por encima de la Constitución no existe ninguna otra norma, ya que el proceso mutativo se desarrolla dentro de sus límites, es decir, la respeta y acata, y no como pretende la teoría moderna al colocar por encima de la Constitución y de su procedimiento de reforma, la supremacía de la interpretación de los operadores jurídicos. Y finalmente, frente al principio de rigidez, la compatibilidad es más clara aún que con los demás principios, pues al no ser considerada la mutación como reforma, no altera en lo más mínimo los procedimientos agravados que la Constitución consagra para su revisión formal.

F. CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO ESENCIAL

Con el fin de delimitar un poco más la idea de contenido normativo, se quiere ahora analizar la relación entre éste y la noción de contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales desarrollada en Colombia. Con tal propósito, es pertinente presentar dos modelos generales sobre las teorías del contenido esencial que la doctrina comparada, y también la colombiana, han ido generando en los últimos tiempos. No obstante, es pertinente reseñar que sobre este tema existen diferentes maneras de clasificación, o diferentes formas de abordar la materia, por ejemplo Gavara de Cara en su análisis del

caso alemán, parte de las teorías objetiva y subjetiva del contenido esencial²⁶⁴, o Bernal Pulido recoge las teorías espacial absoluta, la mixta, la temporal absoluta y la relativa del contenido esencial. Aquí sólo se hará mención a la teoría absoluta y a la relativa, con el fin de determinar a cuál de dichos modelos se circunscribe el caso colombiano, lo que permitirá conocer cuáles son sus consecuencias jurídicas.

El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, establece que: “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia*”, por su parte el artículo 53.1 de la Constitución española consagra que: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...*”. Ahora bien, la noción de contenido esencial (denominada núcleo esencial) en Colombia es de origen jurisprudencial, a diferencia de las Constituciones alemana y española donde su fuente normativa es la propia Norma fundamental. No obstante, como se puede apreciar, estas normas constitucionales se limitan a hacer mención de dicho contenido, mas no dicen qué se puede entender por la tal figura. Por otra parte, vale aclarar que el objetivo no consiste en desarrollar una descripción de cada una de las diferentes posturas y modalidades que existen sobre el significado y la naturaleza del contenido esencial en el Derecho comparado, más bien se quieren presentar los dos modelos generales que se han mencionado de dicho contenido sin entrar en críticas, con el fin de determinar a cuál de ellos se adscribe la jurisprudencia colombiana. De este modo será factible conocer su relación con la tesis del contenido normativo de los derechos que se describió en los epígrafes anteriores.

Antes de analizar los dos modelos generales, esto es el contenido esencial desde una teoría absoluta y una teoría relativa, es pertinente recordar que habitualmente dicho contenido ha sido configurado, por la jurisprudencia y la doctrina, en el Derecho constitucional como una garantía de protección de

²⁶⁴ Cfr. GAVARA DE CARA, J., *Derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 23 a 39. Y Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pp. 399 a 442.

los derechos fundamentales frente a las injerencias del legislador, es decir, ha sido incorporado en el Ordenamiento fundamental como el límite de los límites de los derechos, sobre el que el Parlamento, al crear las leyes de concreción de las disposiciones iusfundamentales, debe abstenerse de producir alguna intervención restrictiva en dicho ámbito. Así las cosas, el contenido esencial de un derecho adquiere protagonismo al momento en que la Corte constitucional lleva a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, con el fin de verificar que la ley no haya afectado dicho contenido. El origen del concepto es de autoría alemana, y fue el resultado de una reacción contra el anterior régimen nacionalsocialista, en donde existió una ausencia de derechos, por tanto en la Ley Fundamental de Bonn se quiso imponer un límite material al legislador²⁶⁵.

1. La teoría absoluta del contenido esencial

De manera sintetizada, vale decir que las teorías sobre la noción de contenido esencial que pueden considerarse como absolutas, son aquellas que entienden que dicho contenido se encuentra incorporado en la propia disposición constitucional como algo determinado, y que se le puede imponer al legislador. La esencia del derecho se encuentra en el propio derecho y no en la interrelación de éste con otros bienes constitucionales, este núcleo básico contenido en la propia disposición iusfundamental es resistente al proceso legislativo, y por tanto se encuentra fuera de todo debate u opción política. Por tanto, son injustificables cualesquiera tipos de modificación en esa parte irreductible o medular del derecho.

El modelo clásico de las teorías absolutas es la tesis espacial del contenido esencial, en ella se sostiene que cada derecho tiene una zona nuclear y otra periférica o accidental, la primera corresponde al contenido esencial y la segunda al contenido general, por tanto el legislador podrá producir restricciones a los derechos en su ámbito periférico o accidental con el fin de suplir las necesidades que se deriven de otros derechos o de la realidad social, pero nunca puede intervenir en el espacio nuclear, así las opciones

²⁶⁵ El origen del concepto de contenido esencial desde Weimar hasta la Ley Fundamental de Bonn, se puede consultar en Cfr. GAVARA DE CARA, J., *Derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 9 a14.

políticas tendrán un espacio para operar al interior de un derecho, esto es, en su zona accidental. Un derecho se encuentra conformado por esos dos ámbitos o zonas, como si fuera una sustancia, una célula posible de analizar microscópicamente, en la que si se afecta el ámbito nuclear o reducto último, el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere, éste dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto.²⁶⁶

Un ejemplo de esta teoría absoluta espacial del contenido esencial la encontramos en la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional español, en donde en su fundamento jurídico número 8 se establecieron dos maneras para conocer o determinar a dicho contenido esencial de un derecho, en esta jurisprudencia se dice que la primera vía consiste en conocer la naturaleza jurídica de dicho derecho, y para ello hay que construir una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y las ideas y convicciones en las que existe un consenso entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en el Derecho. Dice también que el tipo abstracto del derecho preexiste al momento legislativo y, por ende, debe ser reconocido este tipo abstracto en la regulación concreta, es decir, los especialistas deben responder si la acción del legislador al realizar la ley se ajusta o no a lo que habitualmente se entiende por tal derecho. La segunda manera de determinar el contenido esencial de un derecho, consiste en la verificación de los intereses jurídicamente protegidos, es decir, el contenido esencial será aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que dichos intereses resulten reales y eficazmente protegidos, por tanto un derecho será afectado en su contenido esencial cuando resulta impracticable.

En esta sentencia es clara la existencia o presencia de los rasgos básicos de la teoría espacial absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, puesto que parte de la idea de que dicho contenido es previo o

²⁶⁶ En este sentido puede verse a PAREJO, L., *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol 1, No. 3, 1981, p. 180. En Colombia esta tesis absoluta es defendida por Iván Vila, al respecto sostiene que: “*La esencia es el constitutivo de un ente que hace que éste sea una cosa y no otra. El núcleo o contenido esencial de un derecho fundamental es, por lo tanto, aquello que lo identifica como tal, que expresa su naturaleza distintiva respecto de los demás...*”. Cfr. VILA CASADO, I., *Nuevo Derecho Constitucional*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 445.

existe antes de la intervención del legislador, lo que implica que se encuentra determinado de antemano como tipo abstracto y es intocable por la acción del Parlamento. Este contenido se encuentra compuesto por los intereses jurídicamente protegidos que sólo necesitan ser verificados, pues siempre están allí, y para ello son los especialistas en el Derecho los que pueden dar a conocer aquello que ya preexiste. Sobre los rasgos mínimos que se han expuesto sobre esta teoría, cabe varias críticas, como que son los especialistas en el Derecho los que verifican tal contenido esencial, por tanto se convertiría en relativo, pues tal determinación depende de la visión o forma de entender los derechos, lo que llevaría diferentes posiciones. O también, de que los derechos son conceptos y no sustancias biológicas, con los que no se pueda determinar a ciencia cierta como está compuesto ese contenido esencial. No obstante, como ya dijimos no es nuestro propósito realizar críticas al respecto²⁶⁷, sino corroborar a cuál de los modelos se ajusta la jurisprudencia colombiana.

2. La teoría relativa del contenido esencial

De manera resumida, cabe sostener que la idea principal de la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, se ciñe a que existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y dicho contenido. Esta equivalencia trae consigo que toda medida desproporcionada tomada por el legislador vulnera el contenido esencial, es decir, el contenido esencial es todo aquello que queda después de emplear el principio de proporcionalidad. Esta es la tesis que defiende Alexy, quien al respecto dice que: “*La garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 LF no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales*”²⁶⁸. Es decir, que toda toma de posición legislativa que restrinja un derecho y que no sea desproporcionada no afecta al contenido esencial de

²⁶⁷ Un buen número de críticas muy atinadas a esta teoría se pueden consultar en JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 69 y ss.

²⁶⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 291.

un derecho, sólo lo harán las leyes restrictivas que no se sometan al principio de proporcionalidad.

Otra consecuencia de esta equivalencia, es que la conformación del contenido esencial viene influenciado por las demás normas que estatuyen los demás bienes jurídicos constitucionales que recoge la Constitución, y que entran en conflicto con el derecho fundamental, por eso la necesidad de identificar el contenido con la aplicación de la proporcionalidad. Así las cosas, desde esta teoría se desprende que el contenido esencial no es algo que venga predeterminado por la disposición constitucional que recoge un determinado derecho, sino que este contenido es relativo, pues depende de la interacción con los otros bienes jurídicos. Esta teoría relativa al igual que la absoluta ha sido objeto de variadas críticas, especialmente con lo que tiene que ver con la falta de certeza e la inseguridad para los derechos que se puede generar del relativismo al determinar dicho contenido, o también se ha dicho que esta tesis no respeta lo consagrado por el constituyente primario en la disposición de un derecho, pues dependiendo del caso se podrá restringir intensamente. No obstante, no se pretende en este trabajo desarrollar y valorar dichas críticas, sino, como ya se dijo, se quiere conocer a qué modelo se ajusta el caso colombiano y, por ende, cuáles son sus consecuencias jurídicas.

3. La teoría del núcleo esencial en Colombia

Este tema ya fue descrito en el capítulo primero de este trabajo, por tanto ahora se retomarán sus rasgos básicos en conexión con las teorías absoluta y relativa expuestas, a fin de conocer su relación con el concepto del contenido normativo que se viene construyendo en este capítulo. En una primera etapa, la Corte Constitucional ha sostenido que con el fin de impedir intromisiones en la dignidad humana de las personas, se ha creado la doctrina del contenido o núcleo esencial de los derechos, se ha dicho que para que un derecho pueda ser considerado como fundamental necesita de una zona o ámbito necesario e irreductible de conducta que el mismo protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Este núcleo no es susceptible de intervención alguna, por parte de

la política o de la interpretación. Como vemos existe un espacio o ámbito intocable, pues los derechos son previos al Estado, es decir, a su positivación. Sobre el particular la Corte ha establecido que: *“El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan...”*²⁶⁹.

Otra característica es que el núcleo esencial de los derechos fundamentales se configura como el "límite de los límites". Esta idea la sustenta la Corte en el argumento de que la Constitución como sistema es incompatible con la idea de unos derechos fundamentales absolutos o ilimitados, es decir, pueden restringirse, no obstante, no toda limitación puede aceptarse indistintamente, no está justificada toda intromisión. En la sentencia C-475/97, se ha dicho que entender que un derecho es ilimitado quiere decir que no es susceptible de restricción. Tal situación significaría que dicho derecho prevalecería frente a todos los demás, es decir, en caso de conflicto con otros derechos éste siempre saldría victorioso, pues gozaría de supremacía. Pensar en la existencia de este tipo de derechos, sería negar la existencia de un sistema iusfundamental donde siempre existirán colisiones²⁷⁰. Así las cosas se puede distinguir lo que es obra del constituyente (la zona nuclear que es intocable) y lo que se deja a la labor del legislador histórico (la zona accidental o periférica). Esto significa que el legislativo sólo puede actualizar los derechos a las exigencias cotidianas en la zona periférica o accidental, es decir, siempre y cuando no interfiera en el ámbito del núcleo esencial. Dice la Corte al respecto que: *“...aquí se descubre la dialéctica y la tensión existente entre Constitución y democracia, la que no se traduce en una rígida confrontación, sino en una mutua y permanente influencia recíproca, cuyo estado y evolución admite distintos desarrollos concretos en función del pluralismo político...”*²⁷¹.

²⁶⁹ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional T- 406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

²⁷⁰ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional C-475/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷¹ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional C-373/95, salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

Hasta aquí es lo que se podría llamar la primera etapa de la jurisprudencia constitucional, en la que parece claro que la Corte ha seguido una teoría absoluta espacial del núcleo esencial, incluso recogiendo casi literalmente lo consagrado en la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, en la sentencia T-426/92 se dijo que: *“En el proceso de determinación de lo que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*²⁷².

Ahora bien, en una segunda etapa, la cual se extiende hasta ahora, la Corte ha mantenido una postura acorde con la teoría relativa del contenido esencial²⁷³. Aunque se debe reconocer que alguna parte de la doctrina colombiana no está de acuerdo con esta afirmación. Por ejemplo, Magdalena Correa refiriéndose a la sentencia T-426/1992 de la Corte Constitucional, en la que se acogió la teoría defendida en la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional español, sostiene que: *“...la Corte Constitucional colombiana, precisamente en el primer e importante fallo en el cual se acude a la figura del ‘núcleo esencial’ de los derechos fundamentales, (...) y que utilizado de manera reiterada a lo largo de sus 10 años de existencia, permite también asociar a la jurisprudencia constitucional colombiana con la teoría absoluta del contenido*

²⁷² Cfr. Sentencia, Corte Constitucional T- 426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷³ La idea de que la Corte Constitucional mantiene una teoría relativa del contenido esencial, se puede consultar en: BERNAL PULIDO, C., *“El Derecho de los derechos”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 84.

esencial²⁷⁴. Aquí no se está de acuerdo con esta idea, pues se considera que desde el año 2001, la Corte ha tomado otra vía, como es la de acoger la teoría relativa, al considerar que el núcleo esencial de los derechos se corresponde con el principio de ponderación, es decir, con el impedimento de llevar a cabo por parte de las autoridades limitaciones desproporcionadas a su libre albedrío. En este sentido la Corte ha dicho que: *“El núcleo esencial de un derecho fundamental, tal como lo ha señalado esta Corporación, es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. En otras palabras, se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales²⁷⁵”*.

Y por tal razón, esto es, por acoger una teoría relativa del contenido esencial, en donde el contenido esencial es el resultado del proceso de ponderación, la Corte ha entrado a sintetizar los elementos del principio de proporcionalidad, con el fin de conocer dicho contenido. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que: *“...Dicho juicio, supone un mecanismo de ordenación de la actividad judicial, pues únicamente si se superan todos los pasos del juicio de proporcionalidad, al juez le es dable declarar la exequibilidad del precepto. Es decir, se ha establecido una metodología para el análisis judicial de las normas objeto de control, que suponen un estudio sobre la finalidad legítima de la medida, "si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y*

²⁷⁴ Cfr. CORREA HENAO, M., *La limitación de los derechos fundamentales*, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 78 y 79.

²⁷⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C- 142-01, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

*principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer*²⁷⁶.

4. La relación entre núcleo esencial y contenido normativo

Lo primero que cabe sostener es que las nociones de contenido normativo y núcleo esencial no son contradictorias o incompatibles, por el contrario son complementarias. Para demostrar esta afirmación, es pertinente comparar los rasgos básicos de las dos nociones. La noción de contenido normativo representa todo aquello que hace parte de un derecho fundamental en su esfera jurídica, es decir, éste se encuentra constituido por todos sus elementos jurídicos; en otras palabras, el contenido normativo está integrado por todas las piezas jurídicas que componen dicho derecho. Por tal razón, la idea de contenido normativo personifica la naturaleza y la esencia de las normas sobre derechos fundamentales y, por ende, permite determinar lo que jurídicamente hace parte de éstas y lo que no lo hace. Así mismo, dicho contenido se encuentra conformado por todas las normas explicitadas y por la realidad constitucional. Por su parte, el núcleo esencial en Colombia es aquello que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Como se puede advertir de esta comparación, la noción de núcleo esencial se encuentra incluida en la de contenido normativo. El contenido normativo representa todo aquello que hace parte de un derecho fundamental en su esfera jurídica, donde lógicamente existe un ámbito que representa su núcleo esencial, en conexión con los otros elementos constitutivos de ese contenido. Recuérdese que los otros elementos que entran en conexión con dicho núcleo, pueden ser por ejemplo: los valores y principios constitucionales, lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular (el enunciado), las otras disposiciones constitucionales relacionadas, el bloque de constitucionalidad, la ley de concreción, las demás normas relacionadas ya sean legales o infralegales, las sentencias sobre el particular (o sea la norma aplicada al caso, ya sea en abstracto –control de la ley– o en concreto

²⁷⁶ Ídem.

–tutela–), y la realidad constitucional o momento histórico (compuesta por los hechos prácticos y la conciencia ideológica, como explicamos antes).

Ahora bien, por otra parte cabe decir que las nociones de contenido normativo y núcleo esencial que se han descrito comparten una función básica en su fundamento, y es que ambas son dinámicas, las dos dependen de las condiciones del momento histórico, pues la tesis del núcleo esencial, desde una teoría relativa, como lo defiende la Corte, dice que dicho núcleo no es algo que venga predeterminado por la disposición constitucional que recoge un determinado derecho, sino que este contenido es relativo, pues depende de la interacción con los otros bienes jurídicos. En esa interacción, los derechos necesitan de la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual, entre otras cosas, postula (según la Corte) que la restricción a los derechos constitucionales sólo procede si es adecuada para lograr el fin perseguido²⁷⁷. La idea del fin perseguido en un derecho se encuentra en estrecha relación con el principio de eficacia de los mismos, es decir, en su adecuación a las condiciones fácticas o el momento histórico en que estos pretenden desplegar su fuerza normativa, siempre dentro de los límites constitucionales. En otras palabras, el legislador se encuentra sometido a la doctrina del fin legítimo al momento de restringir un derecho, y para que este fin sea legítimo debe tener en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas relevantes en cada caso concreto, es decir, la restricción legislativa de un derecho haciendo uso del principio de proporcionalidad se encuentra vinculada jurídicamente también a la realidad constitucional colombiana²⁷⁸.

En síntesis, el núcleo esencial es una parte del contenido normativo de un derecho fundamental en Colombia. Los dos son dinámicos, es decir, se encuentran abiertos al momento histórico, a la realidad constitucional vigente y cambiante. Así las cosas, en Colombia, las mutaciones en los derechos no se encuentran limitadas por su núcleo esencial, pues este es relativo, no existe

²⁷⁷ Ídem.

²⁷⁸ Este elemento del principio de proporcionalidad se refiere al subprincipio de idoneidad. Al respecto Carlos Bernal sostiene que: “*El fin inmediato perseguido por el Legislador debe determinarse de la manera más concreta posible, de acuerdo con las condiciones jurídicas y fácticas relevantes del caso concreto*”. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 715.

previamente, éste dependerá entre otras cosas, de las condiciones jurídicas y de la realidad constitucional reinante en un momento histórico determinado.

G. DESACUERDOS ENTRE LA TEORÍA MODERNA Y LA TEORÍA DINÁMICA-NORMATIVA, EN MATERIA DE CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL

Se pretende ahora exponer algunos casos tipo que la teoría moderna considera como mutaciones, con el fin de resaltar definitivamente las diferencias con la teoría dinámica-normativa, tomando como base principalmente la idea de que mutación y reforma tienen los mismos efectos jurídicos. García-Atance, tomando como referencia a Lucas Verdú (que a su vez se basa en las tesis de Smend y Dau-Lin), sostiene algunos supuestos generales en los que pueden producirse mutaciones constitucionales, o sea, según ella, **modificaciones indirectas**; dice, por ejemplo, que éstas se producen cuando una práctica constitucional no viola formalmente la Constitución, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional²⁷⁹. Aquí se considera que este supuesto no significa un caso de mutación, pues uno de los requisitos del concepto de este fenómeno es que sean cambios intensos o radicales. Situación que no se advierte de la descripción que lleva a cabo la teoría moderna, pues las prácticas constitucionales que llenan lagunas no necesariamente producen cambios con intensidad. Imagínese que el jefe de la oposición, en el parlamento de un Estado, se ha sentado desde siempre en el primer banco de la primera fila del hemiciclo. Se observa que es una práctica constitucional que no tiene norma que la regule y que no es contraria a ninguna disposición constitucional, es decir, encaja dentro del tipo expuesto por la teoría moderna, pero no se configura como una mutación, ya que no produce ningún cambio intenso en la Constitución.

También dice la teoría moderna que otro supuesto general, de producción de mutaciones, se configura cuando se hace imposible ejercer ciertos poderes atribuidos constitucionalmente a un específico órgano del

²⁷⁹ Cfr. GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia...*, op. cit., p. 101.

Estado. Es decir, cuando decae un derecho por desuso, pues esta situación se convierte en costumbre, provocando una desincronización entre la Constitución y la realidad que debe ser resuelta en el sentido de ignorar o desconocer la prescripción constitucional que lo ampara. Y para justificar esta afirmación García-Atance se basa en un ejemplo de la tercera república francesa en 1885²⁸⁰ (este es el problema de trasladar, sin ningún matiz, tipos teóricos en contextos jurídicos e históricos diferentes). Desde la teoría dinámica-normativa se cree que este supuesto debe ser rechazado, pues aceptar esta tesis del desconocimiento de las normas constitucionales por desuso, significa desconocer el principio de la fuerza normativa de la Constitución y, por ende, a la Constitución misma. Toda norma constitucional es vinculante para todos, en todo tiempo, mientras se encuentre vigente.

Otro supuesto de mutación, defendido por la teoría moderna, se presenta cuando existe una práctica política en clara contradicción de una disposición constitucional. El ejemplo utilizado para justificar tal supuesto es el de la prohibición del mandato imperativo contenido en el artículo 67.2 de la Constitución española. García-Atance sostiene que, aunque existe esta prohibición constitucional que ha sido creada como un principio representativo del sistema democrático, los parlamentarios siempre hacen lo contrario, es decir, siguen las directrices marcadas por los partidos políticos, lo que se constituye en una mutación constitucional²⁸¹. Igualmente aquí se está en desacuerdo con esta tesis, pues cuando los parlamentarios realizan prácticas contrarias a la Constitución la están violando o quebrantando, es decir, están desconociendo su supremacía, ya que vale más la práctica contraria a la norma que la norma misma, y esto es una idea inadmisibles, aunque en la realidad esto es algo que ocurre en el Parlamento español, pero no se puede llamar mutación a lo que es un quebrantamiento.

Un último supuesto de producción de mutaciones de la teoría moderna, se refiere a las modificaciones que se generan por la particular interpretación de una disposición constitucional, para superar la disfunción entre el

²⁸⁰ Ídem, p. 102.

²⁸¹ Ídem, p. 101.

formalismo y la referencia obligada a los datos sociales y realidades subyacentes²⁸². También desde la teoría dinámica-normativa se rechaza este supuesto, pues la teoría moderna se está refiriendo a un caso de interpretación constitucional como tal, y no a una situación de mutación, es decir, esta doctrina confunde dos fenómenos diferentes: la interpretación constitucional y la mutación constitucional. Aunque existen casos en que pueden operar de manera conjunta, en este supuesto no se advierte tal vinculación, sino que simplemente se hace referencia a una situación de interpretación constitucional, sin más, lo que genera que mutación e interpretación sean sinónimos, y que no se puedan diferenciar²⁸³. Ahora bien, si por el contrario lo que pretende, esta teoría moderna, es sostener que por vía de interpretación pueden operar reformas a la Constitución, hay que recordar que la interpretación es un proceso que se mueve dentro del marco constitucional, el proceso hermenéutico que vaya más allá de ese marco debe ser considerado como un quebrantamiento, pues en este supuesto la supremacía se predicaría del intérprete y no la de la Constitución, algo que como se ha sostenido es inaceptable en Colombia.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA MUTACIÓN DINÁMICA-NORMATIVA DE LOS DERECHOS

El fenómeno de la mutación de la Constitución es admitido por la mayor parte de la doctrina²⁸⁴. No obstante, para algunos autores es una situación imposible, por ejemplo Alaéz Corral sostiene que: *“Aunque se consiguiese deslindar claramente <<la mutación constitucional>>, así entendida, de categorías muy próximas a la misma, como la interpretación constitucional o la concreción legislativa de las aperturas e indeterminaciones de las normas*

²⁸² *Ibíd.*

²⁸³ Esta equivocación, es decir, el confundir mutación con interpretación por parte de la doctrina moderna, se hace evidente en el trabajo de Salvador Nava, él sostiene que: *“Las mutaciones constitucionales producidas a través de la interpretación en los términos de la propia Constitución, de tal forma que los conceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados. Aquí nos encontramos a la función modificadora de la interpretación que, como es obvio, también señalado por el profesor DE Vega, básicamente recae en la autoridad judicial...”*. Cfr. NAVA GOMAR, S., *“interpretación, mutación...”*, op. cit., p. 810.

²⁸⁴ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 87.

constitucionales, no dejaría de ser una categoría incompatible con el carácter autorreferencial de un ordenamiento y, por consiguiente, con la supremacía de la Constitución como una de sus consecuencias estructurales. Allí donde se esta ante la determinación del contenido de la norma constitucional, que permite el desarrollo de su programa normativo deliberadamente abierto o jurídicamente indeterminado, o ante su adaptación a los cambios en el ámbito de la realidad afectado por la norma constitucional, sólo cabe hablar de interpretación constitucional en el sentido amplio del término. Fuera de ella sólo habría infracción constitucional y no se cabría admitir la categoría de la <<mutación constitucional>> si no es con el riesgo de mermar la supremacía constitucional”²⁸⁵.

De acuerdo con lo que se ha sustentado y desarrollado en los literales anteriores cabe decir, en relación con la crítica de Aláez Corral, que se está de acuerdo que todo proceso mutativo por fuera de los límites constitucionales es una infracción a la Constitución, no obstante, se está en desacuerdo con la idea de que mutación e interpretación no se pueden deslindar, y también con la idea de que la mutación merma el principio de supremacía de la Constitución. Todo esto ya lo se ha demostrado antes. No obstante, es necesario desarrollar ahora un tercer elemento que subyace en el fondo de la exposición de este autor como base de sus críticas al fenómeno de la mutación, como es la dicotomía entre las ideas de permanencia y cambio de la Constitución, y que se consideran que hacen parte primordial de la justificación de la mutación de los derechos dentro del Derecho constitucional colombiano. Como se puede advertir de lo expuesto más atrás, el sistema de derechos debe ser eficaz a la hora de enfrentarse a los constantes cambios que se presenta en la sociedad colombiana. Las transformaciones ocurren, pues la naturaleza de los sujetos sociales es de carácter dinámico. Igualmente, se puede decir que el ideal de permanencia de la Constitución (como regla que es creada para que perdure en el tiempo, regulando los elementos vitales del Estado y la colectividad), no puede quedar al margen de la idea de cambio. Por el contrario, de la posibilidad que la Constitución tenga de encontrarse acorde con las variaciones

²⁸⁵ Cfr. ALAÉZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 151-152.

que se presentan, depende su vocación de permanencia. Una Constitución que no tiene la capacidad de flexibilizarse, para regular los cambios que se producen, pone en peligro su misma subsistencia.

La tensión que puede presentarse entre los conceptos de permanencia y cambio, es de gran importancia para el tema de las mutaciones de los derechos, pues —como lo sostienen la mayoría de los autores— es la fuente principal para que ellas se produzcan. Se llega así a la pregunta: ¿cómo logra la Constitución de un Estado regular los constantes cambios producidos por la variabilidad de las relaciones de los elementos integrantes de la comunidad? Se ha mencionado antes que el proceso constituyente, en principio, termina con la aprobación de la Constitución. En ese momento, la realidad constitucional se identifica plena y fácilmente con los postulados de la norma creada (realidad constitucional originaria). Posteriormente, debido a la faceta dinámica de los sujetos, la realidad constitucional puede cambiar, y puede producir una pérdida de identidad entre lo positivado y su realidad. Esto significa que la tensión entre permanencia y cambio se presenta por el paso del tiempo, pues al principio lo explicitado jurídicamente y la realidad constitucional originaria coinciden plenamente, y es al cabo del tiempo cuando aflora el problema del posible desencaje, al observarse que la realidad constitucional no se identifica con lo reglado por el texto de la norma constitucional.

Tomando como base nuevamente la posición de Hesse, es posible afirmar que en un régimen fundamental estático, esto es, donde no existe manera de adaptar, mediante la interpretación, las normas a los hechos históricos reinantes en un momento determinado, es decir, donde no existe elasticidad o flexibilidad de las disposiciones constitucionales no queda otro camino, para solucionar la tensión derivada de la nueva realidad constitucional, que adelantar una reforma formal de la Constitución; sería necesario acudir a los procedimientos agravados de reforma para subsanar la incongruencia entre lo positivado y la nueva realidad constitucional. En un sistema constitucional dinámico (como es colombiano), esto es, donde se entiende que las normas, mediante la interpretación, tienen la virtud de adaptación, la tensión que puede presentarse, en un momento determinado, puede solucionarse con mayor

facilidad; en este caso, la adaptabilidad de la norma y la dinámica de la realidad constitucional actúan integradamente, es decir, la realidad constitucional que es variable, siempre estará regulada por la norma explicitada que es elástica o flexible. Así se podrá conectar armónicamente, mediante la interpretación, la Constitución con la realidad, siempre dentro de los límites²⁸⁶.

Recapitulando brevemente lo dicho hasta ahora, se podría decir que cuando se sucede un cambio en la realidad constitucional que transforma intensamente el contenido de la norma de derecho fundamental, sin que se produzca un cambio en el texto de la misma, se está frente a un fenómeno de mutación constitucional. Y que tal alteración es el resultado de una tensión entre lo regulado en el texto de la disposición y los hechos reales constitucionales que ocurren en la colectividad. También se puede sostener (teniendo en cuenta la tesis de que la realidad constitucional hace parte del contenido normativo de un derecho) que cuando la realidad constitucional, que es variable, se transforma, automáticamente altera el contenido normativo de la disposición, pues esta realidad es un elemento integrante de su estructura. Esto sólo es válido si tal alteración se produce dentro de los límites permitidos.

Según estas afirmaciones, es posible sostener que la mutación es el mecanismo idóneo para superar la tensión entre los conceptos de permanencia y cambio. Esta tesis de la justificación de la mutación de los derechos fundamentales que se defiende, encuentra respaldo en el ordenamiento constitucional colombiano, al respecto la Corte ha dicho que: *“Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme instauración de un orden justo, asentado en el **respeto** y **efectividad** de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el **estado social de derecho** (...) El valor normativo de la Constitución y su pretensión normativa, reclaman una interpretación que propenda por la eficacia y actualización de sus disposiciones, de modo que la Constitución formal se convierta en Constitución real y vaya adaptándose a*

²⁸⁶ Sobre el particular véase HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., pp. 24-26.

las cambiantes condiciones de la vida social"²⁸⁷. No obstante, si existe un cambio que se encuentre por fuera de los límites, y que se quiere incorporar al Derecho, será necesario que opere un proceso de reforma. Delimitando bien estos ámbitos, se puede impedir que los cambios ocurran al margen del Derecho, situación que se ha declarado como algo inaceptable.

En síntesis, la mutación opera en el interior de la disposición alterando o modificando radicalmente su contenido normativo, en el momento en que la nueva realidad constitucional no coincide con la realidad constitucional originaria (especialmente en su faceta ideológica). Un ejemplo, es el de la mutación sufrida por la Constitución de Estados Unidos, mediante la interpretación judicial, a través del juez John Marshall a principios del siglo XIX, en el famoso y conocido caso *Marbury vs. Madison*. Con esta decisión se creó la figura del control difuso de constitucionalidad de las leyes; hay que tener en cuenta que no existía ninguna fórmula expresa que diera origen a la facultad de los tribunales de declarar inconstitucional una ley contraria a la Constitución, y con esta sentencia se logró implantar tal control. De esta forma se transformó de manera intensa el contenido normativo de esa Constitución, pues se incorporó un sistema de control de las leyes sin alterar su texto. Agregando algo más a lo anterior, es posible decir que la mutación constitucional puede entenderse como un mecanismo de supervivencia de la Constitución, pues dejaría intacta su vocación de permanencia, sin renunciar a la regulación de los cambios que van apareciendo, siempre dentro de límites impuestos por la propia Constitución²⁸⁸, pues sobrepasar esa barrera llevaría a considerar tal acción como un acto antijurídico. Por lo tanto, cuando la mutación opera correctamente se debe diferenciar del concepto de quebrantamiento jurídico.

²⁸⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-006-92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸⁸ Lo que se pretende defender aquí es algo cercano a la idea del Derecho como integridad de Ronald Dworkin, él sostiene que: *"El derecho como integridad entonces, comienza en el presente y continúa el pasado sólo en la forma que lo dicte su foco contemporáneo. Su objetivo no es recapturar, ni siquiera para la actual ley, los ideales o propósitos prácticos de los políticos que primero los crearon. Su objetivo es más bien justificar lo que hicieron (a veces incluyendo, como lo veremos, aquello que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable"*. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, op., cit., p. 166.

También la doctrina ha entendido que la Constitución de un Estado es el resultado de un acuerdo de las diferentes fuerzas sociales, económicas y políticas, en el que el consenso es la clave de su eficacia. Y que se plasman allí disposiciones que atienden a la realidad de la comunidad, convirtiéndola en perdurable y aplicable, pues se establece como un espejo de las condiciones de un determinado Estado, con la intención de permanecer y regular el futuro. Es por esto que Häberle considera que la Constitución es la expresión viva de un statu quo cultural ya logrado que se halla en permanente evolución; es un medio por el que el pueblo puede encontrarse a sí mismo; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza²⁸⁹. En búsqueda del objetivo propuesto, esto es, el de estudiar el tema de la justificación, cabe decir que la mutación constitucional de los derechos se encuentra justificada por la misma Constitución, pues es un fenómeno querido por ella, que le produce perdurabilidad, eficacia, dinamismo y capacidad de regulación en el mundo moderno en constante transformación²⁹⁰. Lo que la Constitución no justifica, es que, por salvar su perdurabilidad, se permitan cambios por fuera de su orden jurídico, más allá de sus límites, que atenten contra su fuerza normativa. Cuando la realidad se transforma tanto, que es imposible sostenerla con los propios contenidos normativos de la Constitución, es necesario recurrir a una reforma formal de la norma constitucional²⁹¹.

A esta altura del trabajo, y ya desarrollado el concepto de mutación desde la teoría dinámica-normativa, así como su justificación, es pertinente dar respuesta a la pregunta que se planteó sobre el caso de la reforma de la Constitución de 1886, la cual dio origen a la vigente Constitución de 1991. No obstante, antes de plantear dicha pregunta recuérdese que allí se dijo que el artículo 218 de la Constitución de 1886 establecía que: *“La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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*

²⁸⁹ HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, 2ª ed., Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000, p. 145.

²⁹⁰ Sobre el particular véase DAU-LIN, H., *Mutación...*, op. cit., pp. 166 y ss.

²⁹¹ Sobre el tema de los límites de la mutación constitucional se puede ver HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., pp. 87-112.

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". Así mismo se expuso que el Decreto Legislativo 1926 de 1990 ordenaba que mientras subsistiera turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral debía proceder a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produjeran en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, ***para que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional.***

Se sostuvo que al llevar a cabo una comparación entre las dos normas anteriores, se observaba que el Decreto establecía un procedimiento de reforma que no estaba prescrito por la Constitución; es decir que al realizar una confrontación entre la norma constitucional, individualmente considerada, y la legal, se percibía una incongruencia, pues la segunda introdujo un mecanismo de reforma no dispuesto por la primera, por lo que era viable sostener que dicho Decreto era inconstitucional. Ahora bien, recuérdese que la Corte Suprema de Justicia al llevar a cabo el estudio de la constitucionalidad del Decreto hizo uso de otra norma de la Constitución, esto es, el artículo 2 que ordenaba que: *"La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que la Constitución establece"*. Y lo utilizó para sustentar que la nación era el pueblo, y que éste era el constituyente primario que podía en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente, sin sujetarse a los requisitos que ésta establecía.

Se dijo también que el contenido normativo del artículo 218 de la Constitución de 1886, un instante después del fallo de la Corte sufrió un cambio y quedó así en la práctica: *"La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, 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. **La Constitución también podrá ser reformada por el pueblo, quien tendrá la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional**". Lo anterior ocurrió sin que el texto del artículo 218 hubiera sufrido alguna variación en su literalidad, pues lo que está consignado en negrilla nunca hizo parte del texto de la norma, pero sí de su contenido normativo.

Hecho este recordatorio, es factible retomar la pregunta: ¿puede sostenerse que éste es un caso típico de mutación constitucional, pues cumple con los requisitos expuestos en la hipótesis de trabajo que se describió, esto es un cambio en una disposición, por causa de una nueva realidad, sin que se advierta ninguna alteración de su tenor literal, o se puede afirmar que este caso se configura como extralimitación de la mutación por la interpretación, ya que operó un cambio en el contenido normativo de una de sus normas, sin que su texto hubiera percibido transformación alguna, pero en total y abierta contradicción con el tenor literal del artículo 218 (de la Constitución de 1886) que expresa categóricamente, refiriéndose al procedimiento de reforma de la Constitución, que "**sólo podrá ser reformada por un acto legislativo**"?

La respuesta desde la teoría dinámica normativa de la mutación de los derechos, es que este es un típico caso de extralimitación de la mutación por la interpretación, pues por más flexibilidad o apertura que se predique del artículo 218 era imposible extraer como una de las opciones de su contenido normativo el permitir un mecanismo de reforma diferente, es decir, otro distinto al establecido para el Congreso Nacional, ya que dicho artículo es categórico y tajante al establecer "**sólo podrá ser reformada por un acto legislativo**". Aunque es claro que en este proceso se quiso ampliar los derechos de participación política en beneficio del pueblo, se puede sostener que esto no se puede llevar a cabo sólo con la justificación de que es útil, destruyendo las bases constitucionales. En este caso, sólo procedía llevar a cabo un proceso de reforma, y si esto no fuera posible por falta de voluntad política, era necesario que el pueblo eligiera otros representantes que tuvieran dicha voluntad, pero

fue un error violar la Constitución bajo el ropaje de una interpretación mutativa²⁹². Como se ha recalcado, este artículo 218 no permitía una interpretación amplia, es decir, el ámbito de penumbra (en términos de Hart) era inexistente.

²⁹² De la misma opinión es Jorge Humberto Botero, él sostiene que este fallo que dio origen a nuestra Constitución actual tuvo como fundamento una violación, por la interpretación de la Corte Suprema, de la Constitución de 1886 que era la vigente para ese momento. Cfr. BOTERO, J. H., << Nueva Constitución: ¿nuevo Derecho?>>, en la obra colectiva: *grandes temas del Derecho constitucional colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, pp. 16 y 32.

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los capítulos anteriores de este trabajo, se ha planteado la relación entre los derechos y el fenómeno de la mutación, con especial referencia al orden jurídico colombiano, y para ello se procuró dar respuesta a preguntas tales como: ¿cuál es el significado de la mutación de los derechos en el contexto histórico actual?, ¿es admisible este modelo de mutación en el plano del Derecho constitucional? Ahora en este capítulo, se pretende analizar la relación entre ese modelo de mutación y la interpretación de los derechos. Esto con el fin de proponer una figura jurídica que contenga dicha relación: la interpretación mutativa de los derechos fundamentales, la cual se describirá en el siguiente capítulo. Así las cosas, y en búsqueda de la consecución del objetivo principal propuesto, cabe resaltar que no toda teoría de la interpretación de los derechos admite el modelo de mutación que se ha venido defendiendo, esto es, el modelo de mutación dinámica-normativa.

I. MARCO TEÓRICO

Es pertinente comenzar por la exposición de un marco teórico (descriptivo y basado en la doctrina) que sirva de soporte o esquema conceptual, para poder profundizar en lo que más importa ahora, esto es, el análisis de las teorías sobre la interpretación de los derechos, pues de éstas depende en gran medida que pueda o no aceptarse la idea de unos derechos mutables. Por tal razón, no se busca profundizar en esta primera sección, sino más bien demarcar los lineamientos principales sobre los que se desarrollarán las teorías interpretativas, especialmente la que aquí se considerará la idónea para Colombia.

A. LA INTERPRETACIÓN

1. Interpretación y Derecho

En un sentido amplio, la función de interpretar forma parte de la hermenéutica en general; no obstante, la interpretación jurídica se diferencia, de la que se utiliza para el ejercicio de cualquier otra actividad humana, por su función; es decir, porque el Derecho tiene una actividad normativa. Con el fin

de evitar confusiones posteriores, es posible realizar una diferenciación entre dos elementos de la ciencia del Derecho que en ocasiones ocupan lugares comunes, pero que bajo un criterio de temporalidad pueden deslindarse; estos son los conceptos de interpretación y aplicación del Derecho. El primer concepto se puede entender como el proceso mediante el cual el intérprete extrae las posibles alternativas que una disposición normativa permite, con el fin de escoger la posibilidad adecuada al caso concreto; el segundo concepto equivale a la finalización del proceso de extracción y elección de la alternativa adecuada, pues en este momento se está frente al proceso de aplicación, el cual debe materializarse en la realidad. No obstante, el objetivo de estos dos procesos siempre es el mismo, la solución del caso concreto, extrayendo de la disposición general la norma individual idónea²⁹³.

2. Interpretación y Constitución

La teoría de la interpretación constitucional de manera general es aplicable a la de los derechos fundamentales, sin detrimento de las especificidades que este último tipo de normas poseen. Es necesario comenzar por recordar uno de los grandes problemas con lo que se enfrenta esta investigación. Como es la idea de que interpretación jurídica es un concepto controvertido, por tanto, sobre él no existe acuerdo. Sobre lo que si existe un acuerdo casi unánime, es en relación con la importancia de la interpretación jurídica para la ciencia del Derecho²⁹⁴. No obstante, cuando empiezan a aflorar las preguntas sobre el contenido de esta actividad hermenéutica los desacuerdos hacen presencia; sería erróneo pensar que un problema como éste, que es fundamental para la filosofía jurídica moderna, se encontrara ya resuelto. Como se ha dicho, no existe unanimidad en relación con el contenido de la actividad interpretativa y, por ende, cabe afirmar que tampoco se puede predicar que exista acuerdo sobre sus límites.

²⁹³ Cfr. CANOSA USERA, R., *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 13.

²⁹⁴ En este sentido el profesor Rubio Llorente afirma que la teoría de la interpretación es el núcleo fundamental de la teoría de la Constitución, y teniendo en cuenta que el Estado actual es un Estado Constitucional, el tema de la interpretación es también es el elemento central de la teoría del Estado, y en alguna medida de la teoría del Derecho. Véase el prólogo al libro de ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. XVII.

La interpretación constitucional tiene elementos especiales que la hacen diferente de los procesos hermenéuticos de las demás ramas del Derecho. Según Wróblesky, la diferencia trascendental parte de la naturaleza misma de las normas que componen el Texto Fundamental; pero no obstante su especificidad, se nutre de la teoría de la interpretación en general²⁹⁵. Las peculiaridades de las normas constitucionales son evidentes, respecto de las demás normas del ordenamiento, por tanto estas características especiales tienen gran relevancia en la interpretación, en especial la existencia de valores y principios condicionan de manera radical este proceso hermenéutico²⁹⁶. Las normas de la Constitución deben ser interpretadas con un alto grado de sensibilidad, pues su objeto es la existencia, permanencia y dinamismo del Estado y de la comunidad. Estas normas fundamentales tienen un alto nivel de apertura, pues debido al amplio ámbito que regulan, su contenido normativo presenta diferentes posibilidades de concreción. No se debe olvidar que una de las causas de la indeterminación de la mayoría de las normas de las constituciones modernas, consiste en que son el fruto de decisiones entre las diferentes fuerzas políticas que intervienen en su creación; es por esto que son normas abiertas e indeterminadas y que, a su vez, son queridas y necesitadas por la misma Constitución²⁹⁷. La función de llenar o complementar estas normas abiertas, a través de la concreción, corresponde en principio al legislador.

La Constitución goza de un sistema especial de interpretación, pues sus normas contienen unas características únicas que las hacen diferentes de las demás normas del ordenamiento²⁹⁸. El intérprete de la Constitución debe tener

²⁹⁵ Ver, WRÓBLESKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Trad. Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1988, p. 18.

²⁹⁶ Cfr. DÍAZ REVORIO, F., *La "Constitución abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004, p. 231.

²⁹⁷ Esto no quiere decir que en la única parte del ordenamiento jurídico donde aparecen normas abiertas es en la Constitución, por el contrario existen conceptos jurídicos indeterminados por en todos los ámbitos del Derecho, pero nunca con tanta frecuencia como en la Norma Superior. Cfr. Ídem, p. 240.

²⁹⁸ Existe una parte importante de la doctrina científica que considera que al ser la Constitución una norma su interpretación debe respetar los mismos parámetros del resto del Derecho. Por ejemplo, la profesora María del Carmen Barranco sostiene la tesis de que: "...la interpretación constitucional no puede ser considerada de forma independiente del problema general de la interpretación del Derecho. En la medida en que los derechos fundamentales sean considerados disposiciones constitucionales, esta

en cuenta que se trata del orden fundamental, organizativo y material del Estado y de la vida de la colectividad; es decir, la Constitución como orden fundamental de la vida social y política, pretende organizar, estabilizar, asegurar la libertad, diseñar una proyección para realidad vital, ser un programa de integración y representación, y entrar en la conciencia de los ciudadanos. Estas pretensiones, en muchas ocasiones, están estructuradas de manera amplia, indeterminada e incompleta, pues no pueden, ni quieren, regular su objeto hasta el detalle. Esto significa que deben ser formuladas como cláusulas generales, para pasar de lo abstracto a lo concreto, mediante la concreción. Las normas constitucionales determinan el acontecer político, ya que regulan la vida y la formación de la voluntad política²⁹⁹.

Por esto, existe una fuerte influencia de lo político sobre la interpretación de la Constitución. No obstante, el proceso interpretativo es de carácter jurídico, eso sí, sin nunca perder de vista la realidad política. La interpretación constitucional tiene efecto sobre la jurisprudencia infraconstitucional, sobre todo en materia de derechos fundamentales. Las normas constitucionales se encuentran protegidas, en última instancia, por la jurisdicción constitucional, pues es la suprema intérprete y guardiana de estas normas. Sus sentencias están dotadas de fuerza vinculante sobre todos los órganos del Estado (con los matices que proceden en aquellos países sin jurisdicción constitucional). Así mismo, es de relevancia, para reconocer la especificidad de la interpretación de la Constitución, el recordar que las disposiciones de la Constitución tienen un rango especial frente a las leyes y a las demás fuentes del Derecho; por esto, las normas constitucionales desarrollan un efecto de irradiación sobre todas las demás ramas y disposiciones del ordenamiento jurídico³⁰⁰.

Otro punto importante a destacar, se refiere a la determinación de si este proceso hermenéutico, realizado por los jueces, es un caso de “subsunción” o

afirmación debe hacerseles extensiva”. Cfr. BARRANCO AVILÉS, M., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 22.

²⁹⁹ Se puede encontrar una buena y condensada recopilación de argumentos sobre las características que hacen especial, y que diferencian, a la interpretación constitucional de los demás procesos hermenéuticos en: STERN, K., *Derecho...*, op. cit., pp. 285-291.

³⁰⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios...*, op. cit., p. 159.

de “creación” del Derecho³⁰¹. En el primer caso, se está hablando de la participación de unos jueces autómatas cuya principal misión es intermediar entre la letra del Derecho y el caso concreto, sin variar un ápice el sentido literal de cada texto de las disposiciones fundamentales; sólo basta recordar la famosa frase del Barón de Montesquieu, quien afirmó que el juez era la boca a través de la cual hablaban las palabras de la ley. Esta idea tuvo su mayor desarrollo en la jurisprudencia de conceptos, donde el sistema de interpretación se hizo tan estricto como el que se lleva a cabo en un sistema matemático³⁰². El proceso de interpretación mediante el sistema de subsunción consiste en el silogismo donde la premisa mayor es la fórmula legal, la premisa menor es el supuesto de hecho, y la conclusión es la consecuencia jurídica. El fin de este sistema es la búsqueda del principio necesario de seguridad jurídica, pues el Derecho en muchos casos es incierto, y la mejor forma de asegurar sus consecuencias jurídicas es aplicando estrictas reglas racionalizadas, pues incluso siendo la ley errada, hay que impedir al juez que pueda añadir nuevos errores³⁰³.

En el segundo caso, la doctrina sostiene que la interpretación y aplicación del Derecho no es una simple subsunción, sino por el contrario, es una creación, pues, una vez existe la disposición, entendida como un “deber ser” genérico, debe ser concretada para resolver un supuesto de hecho ocurrido en la realidad, convirtiéndose en un “deber ser” particular, y que produce una consecuencia jurídica: la norma. Este proceso debe ser considerado como creación del Derecho, pues existe ahora algo que antes no estaba, y que mediante la concreción realizada se solucionó un caso concreto. Esta es la idea que se quiere utilizar en este trabajo. Al respecto el profesor Gaviria Díaz dice que no hay que olvidar que al interpretar la Constitución se está interpretando una norma límite, pues sobre ella no existe ninguna otra, y esa norma, considerada como límite, normalmente tiene una textura abierta, lo

³⁰¹ Sobre el tema en general, de las ideas y argumentos sobre los tópicos de las diversas visiones de la metodología jurídica, véase LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho* (1966), Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2001.

³⁰² En este sentido véase a JIMÉNEZ MEZA, M., *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*, Mundo Grafico, San José, 1997, p. 69.

³⁰³ Cfr. CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula...*, op. cit., p. 10.

que obliga al intérprete (por ejemplo el juez constitucional) ha realizar una tarea que le implica una investigación mayor³⁰⁴.

Ahora bien, estas características especiales de la Constitución, y por tanto de los derechos, deben ser leídas desde la perspectiva de la teoría dinámica-normativa que se viene defendido, pues sin conexión entre disposiciones jurídicas y realidad constitucional, no se puede predicar que el Derecho constitucional sea eficaz, es decir, es necesaria y absolutamente determinante la inclusión del criterio histórico (el momento real y actual) en el proceso hermenéutico. Para tal fin, se hace uso de la estructura o procedimiento establecido por Hesse para una correcta interpretación constitucional. Según él, ésta necesita de la observancia y aplicación de tres elementos fundamentales de la dogmática constitucional; en primer lugar, y buscando la concretización de las disposiciones, el intérprete debe ocuparse de la comprensión del “programa normativo” que se encuentra contenido en la norma a concretar, con el fin de obtener su significado de cara al caso a resolver, y es aquí donde los métodos tradicionales de interpretación —literal, histórico, lógico, sistemático, y teleológico— deben actuar.

En segundo lugar, existe la necesidad de que el intérprete acuda a datos proporcionados por el “ámbito normativo” circunscritos al caso real, pues es la manera idónea de lograr articular el texto con la realidad vital de Estado, donde el intérprete debe considerar siempre la realidad constitucional, rompiendo con el problema del normativismo ciego. En tercer lugar, es necesario que el intérprete haga uso de los principios de la interpretación constitucional, como son: unidad de Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, y la fuerza normativa de la Constitución. El engranaje y articulación de estos tres elementos fundamentales, permite hablar de un procedimiento sólido, racional, lógico y controlado de interpretación, con resultados positivos³⁰⁵.

³⁰⁴ Cfr. GAVIRIA DÍAZ, C., *La interpretación constitucional*, en la obra colectiva: *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 133.

³⁰⁵ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., pp. 35-51.

Tras lo dicho cabe sostener que la interpretación constitucional debe ser considerada como un proceso de creación de Derecho constitucional³⁰⁶. Ahora bien, si este Derecho ve condicionada su eficacia por la existencia de realidades constitucionales, se puede concluir que la interpretación no podrá ignorarlas, sino que, por el contrario, tendrá que hacer suyos estos condicionamientos y vincularlos al contenido normativo de la disposición constitucional.

3. Interpretación y derechos fundamentales

a. Peculiaridades de las disposiciones sobre derechos fundamentales

Las normas sobre derechos fundamentales como regla general no responden al esquema cerrado de los enunciados jurídicos clásicos, es decir, aquel sistema en el que para ciertos supuestos de hecho deberán aplicarse determinadas consecuencias jurídicas, sino más bien a un sistema abierto que se convierte un marco jurídico para la aplicación de diferentes opciones. La apertura de las disposiciones referidas a derechos fundamentales desde la teoría dinámica-normativa de la interpretación que se defiende, dice que la Constitución es el resultado de un acuerdo de las diferentes fuerzas sociales, económicas y políticas, en el que el consenso es la clave de su eficacia. Se plasman allí disposiciones que atienden a la realidad de la comunidad, estableciendo un espejo de las condiciones de un determinado momento histórico, pero siempre con la intención de regular el futuro. Así las cosas, los derechos han sido creados dando un margen amplio y abierto para ser configurados por el legislador. Es por esto que a partir de una misma disposición o enunciado de derecho fundamental los partidos políticos pueden optar por opiniones distintas.

En los enunciados de derechos fundamentales confluyen distintas ideologías y opiniones políticas (en ocasiones contradictorias), éstas permiten tomar partido por una postura interpretativa determinada escogida por la

³⁰⁶ En este sentido véase el prólogo que el profesor Rubio Llorente hace al libro de ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, op. cit., p. XX.

mayoría parlamentaria del momento; no obstante, si después las mayorías parlamentarias cambian, el mismo contenido normativo tiene la capacidad de expresar otras nuevas posturas jurídicas. Se permiten diversas lecturas de un enunciado, pero no cualquier lectura³⁰⁷. La apertura también tiene que ver con la justicia constitucional, pues se persigue, mediante la interpretación, la labor de complementar y perfeccionar el ordenamiento fundamental, ocupándose de situaciones nuevas. Esta es la consecuencia que conlleva el carácter abierto de los enunciados sobre derechos desde la perspectiva de la teoría de la interpretación dinámica-normativa que se defiende, y que por supuesto facilita la presencia de mutaciones en el sistema iusfundamental.

Ahora bien, se puede decir que se está haciendo referencia a los enunciados sobre derechos, es decir, a lo establecido en el texto constitucional. Alexy hace la diferenciación entre enunciado y norma adscrita de derecho fundamental, para explicar dos momentos diferentes: lo que expresa el texto de un derecho (enunciado o normas estatuidas) y la extracción del significado del enunciado al aplicarlo al caso concreto (normas adscritas)³⁰⁸. Los enunciados sobre derechos, desde el punto de vista de la estructura de las normas, son principios, es decir, son normas con un mayor grado de indeterminación. Alexy sostiene que los derechos son principios de optimización, es decir, que son normas que ordenan ser realizadas en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes³⁰⁹. Respecto de esto último, es decir, de la importancia que tienen las posibilidades reales y jurídicas en que pretenden los derechos desplegar su fuerza normativa, el profesor Pérez Tremps dice que su apertura y flexibilidad se debe a que el constituyente ha renunciado a imponer o fijar su verdad o una verdad objetiva, esto con el fin de que esa verdad se concrete en cada momento histórico³¹⁰.

Para precisar mejor esto, es viable hacer uso de la diferenciación entre reglas y principios. Según Alexy, la diferencia entre estos dos tipos de normas

³⁰⁷ Cfr. DÍAZ REVORIO, F., *La "Constitución abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004, p. 27.

³⁰⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 50 y ss.

³⁰⁹ Ídem, p. 86.

³¹⁰ Cfr. PÉREZ TREMP, P., *La interpretación de los derechos fundamentales*, en la obra colectiva: *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 905.

es cualitativa y no de grado, las reglas se cumplen o no se cumplen, mientras los principios se deben cumplir en la mayor medida de lo posible³¹¹. Ya se ha dicho que los enunciados sobre derechos fundamentales tienen la cualidad de normas de principio. Este tipo de normas no son completas, por tanto no es un sistema cerrado, sino un conjunto de elementos básicos para el desarrollo de la comunidad, esto es, es un sistema abierto³¹². En este sentido Hesse, refiriéndose a la apertura de la Constitución y por tanto de los derechos, dice que: *“Permite, así mismo, tomar en consideración cambios técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica, asegurándose con ellos un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia”*³¹³.

b. Los intérpretes de los derechos

1) La pluralidad de intérpretes

Dice Häberle que la teoría de la interpretación hasta ahora ha dedicado sus esfuerzos al estudio de las funciones, los objetivos, y los métodos o procedimientos hermenéuticos, descuidando el tema de los participantes en la interpretación de la Constitución³¹⁴. Parece poco viable aceptar la tesis de que la Constitución es interpretada por un único órgano, como puede ser el de jurisdicción constitucional, pues sería consentir la presencia de una teoría reduccionista que desvirtuaría cualquier estudio serio que se pretenda realizar sobre los operadores jurídicos de un Estado, ya que todos tienen la obligación constitucional de extractar el verdadero sentido de las normas superiores. Por ejemplo, el artículo 9.1. de la Constitución de España establece que: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. De acuerdo con esto, pensar en la imposibilidad de un número plural de intérpretes de la Constitución, en beneficio de un monopolio interpretativo por parte de un órgano especial, podría traer graves implicaciones al desarrollo de la vida del Estado. La existencia de una

³¹¹ Ídem, p. 87.

³¹² Cfr. HESSE, K., <Constitución y Derecho constitucional>, en la obra colectiva: *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed, Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 6.

³¹³ Ídem, p. 7.

³¹⁴ Sobre esta crítica, véase HÄBERLE, P., *Retos Actuales del Estado Constitucional*, Trad. Xavier Arzoiz Santiesteban, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1996, p. 17.

pluralidad de intérpretes tiene como fundamento la vinculación de todos los poderes públicos y de los ciudadanos a los preceptos de la Constitución, pero también se debe a la necesidad de coordinación y relación entre todos los órganos que hacen parte del Estado, en beneficio del equilibrio del sistema. Por esto, y de acuerdo con esta teoría, en principio todos los miembros de la comunidad política son verdaderos intérpretes de esta norma.

Desde un punto de vista instrumental y operativo de las funciones del Estado, el Legislador sería el primer operador jurídico que se enfrenta con la labor interpretativa, pues debe efectuar un proceso de concreción de la Constitución, la cual culmina con la expedición y promulgación de las leyes. A su vez, el Poder Judicial tiene la función de aplicar el Derecho vigente a los casos concretos, ajustando siempre su contenido al espíritu de la Norma Suprema. Por su parte, el Poder Ejecutivo y la Administración, en ejercicio de sus competencias, deben también interpretar esta Norma al momento de ejecutar las leyes, buscando que éstas tengan efectos reales en la solución de problemas sociales; esta imposición, le obliga a que nunca pueda realizar la ley al margen del Texto Fundamental. El Órgano de Jurisdicción Constitucional, hace parte también del entramado del sistema de órganos de interpretación. Así mismo, la sociedad civil es un agente interpretativo. No obstante las diferencias apuntadas anteriormente (y de acuerdo con esta teoría de la pluralidad de intérpretes), la interpretación constitucional por todos los operadores jurídicos, es decir, los actos de unos y otros, coincidirían en poseer fuerza normativa.

Ahora bien, aunque en la exposición anterior se ha tratado de describir que la interpretación constitucional no es únicamente desarrollada por un órgano especial, sino que también intervienen otros entes públicos, es decir, que no existe un monopolio de la interpretación, sino que tiende a ser de carácter pluralista, de todas maneras debe tenerse en cuenta que en esa tarea intervienen otros muchos autores. No se debe olvidar lo que se sostuvo más arriba, en el sentido de que la Constitución vincula a todos; esto es, al mismo poder constituyente y a los poderes constituidos. Por tanto, quien se encuentra vinculado debe adecuar su actuar a dicha norma, y para llevarlo a cabo es

necesario que efectúe un proceso de interpretación de esas disposiciones. Con esto se quiere decir que todos los sujetos que hacen parte de la realidad constitucional, se encuentran legitimados para interpretar la Constitución. Otra cosa muy diferente son los efectos jurídicos que de dicha interpretación se puedan desprender, dependiendo del sujeto u órgano de la comunidad política que lo haga. De tal modo, cabe afirmar que también los ciudadanos, los partidos políticos, los medios de comunicación, los sindicatos, la iglesia, y en general todos los miembros de un Estado, interpretan la Constitución.

En la práctica este fenómeno es muy claro. Basta con contemplar algún proceso constitucional de importancia nacional para advertirlo, pues en él, de entrada, los particulares afectados, ya sea de parte demandante o demandada, interpretan la Constitución a través de sus alegatos o defensas; asimismo, es normal que los partidos políticos tomen una posición sobre el particular, interpretando de esta forma la norma en cuestión. Igualmente en los medios de comunicación encontramos diversas opiniones, a favor o en contra de las pretensiones de la demanda. También es habitual que la iglesia y los sindicatos tomen cartas en el asunto, siempre en defensa de sus propios intereses; y no podemos olvidar al ciudadano normal, que igualmente da su opinión de cómo debe decidir la justicia constitucional. Todos estos actores, utilizan argumentos que son tomados a partir de una comprensión previa de la Constitución. De acuerdo con la teoría Habermasiana de la pluralidad de intérpretes de la Constitución, estos son unos, entre muchos otros, representantes activos de la interpretación de la Constitución.

Lo anteriormente dicho se encuentra sustentado en la doctrina. Este fenómeno —de la teoría no restrictiva— de la interpretación constitucional, es llamado por Häberle como “la interpretación a través y para la sociedad abierta”³¹⁵. En el procedimiento de interpretación de la Constitución, intervienen potencialmente todos los órganos estatales, así como todos los ciudadanos y grupos. Esto significa que no hay un sector que se encuentre impedido para

³¹⁵ Ídem, p. 18. Este autor desarrolla su teoría, basándose en los postulados de POPPER sobre el concepto de una sociedad abierta como “racional y crítica”, en contraposición de la omnisciencia y omnipotencia de las sociedades cerradas.

participar en dicho proceso; no obstante, en la realidad de hoy lo que ocurre es que se piensa en una “sociedad cerrada” de los intérpretes formales, en contra del mismo principio de una sociedad pluralista. El argumento base de esta teoría es: *“quien <<vive>> la norma, (co) interpreta también: cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada”*³¹⁶.

2) La teoría restrictiva de los intérpretes

La teoría de la pluralidad de intérpretes de los derechos, defendida por Häberle, no tiene en cuenta un aspecto trascendental de la teoría de la interpretación, y es que el proceso hermenéutico iusfundamental debe ser estrictamente jurídico, es decir, está compuesto por un conjunto de reglas normativas que implican, para llevarlo a cabo, una preparación jurídica por parte de los operadores. Esta preparación es ajena a la mayoría de los agentes sociales de la comunidad (el ciudadano corriente, por ejemplo), ellos no interpretan en estricto sentido jurídico los derechos fundamentales, sólo dan opiniones sobre el particular, normalmente cargadas de elementos o valoraciones netamente morales o buscando la satisfacción de intereses particulares o personales.

Por tal razón, se considera que sólo los que conocen las reglas, los criterios, los métodos y los demás elementos de la interpretación, pueden ser considerados intérpretes de los derechos en sentido jurídico. Los demás miembros de la colectividad emiten opiniones, que son muy importantes en el plano social y también en el jurídico, pero no de manera directa, sino como argumentos que pueden o no ser acogidos por esos intérpretes, dependiendo si son realidades constitucionales o no los son. De acuerdo con las constituciones de los diferentes Estados, son muchos los órganos y sujetos que tienen la posibilidad de adelantar un proceso de interpretación de la Constitución y de los derechos. Entre otros, tenemos como los más importantes al legislador, a la jurisdicción constitucional, al poder judicial, al poder ejecutivo,

³¹⁶ Ídem, p. 19.

la administración, los abogados, los asesores, los profesores de universidad, etc. Aunque todos son intérpretes jurídicos de la Constitución, pues conocen las reglas y métodos hermenéuticos, sus procesos interpretativos se diferencian respecto del resultado y efecto que producen en el ordenamiento jurídico.

c. Las clases de sentencias en relación con el proceso interpretativo de los derechos

Ahora bien, la función de esta jurisdicción se materializa a través de sentencias, y éstas pueden ser de diversa índole atendiendo a su objeto y contenido. De todas formas, desde ahora es pertinente aclarar que en este trabajo no se refiere a las sentencias interpretativas en sentido estricto, es decir, a aquellos fallos donde se interpretan las posibles normas que contiene una disposición legislativa, con el fin de determinar la constitucionalidad de dichas normas, afectando el contenido normativo de la disposición, sin alterar su texto, como las define Díaz Revorio³¹⁷. Por el contrario, se utilizará el concepto de sentencias interpretativas en sentido amplio, esto es, la interpretación que hace el Órgano de Justicia Constitucional de las leyes y de la Constitución en todo proceso constitucional que conozca. De no ser así, se estaría realizando un estudio incompleto de las posibles mutaciones por causa de la interpretación, pues siempre que este Órgano conoce de un proceso constitucional está interpretando la Constitución, y, por ende, se abre la opción a la aparición de alteraciones no formales. Todas las sentencias de la justicia constitucional son interpretativas, en sentido amplio, pues crean e innovan el ordenamiento³¹⁸.

³¹⁷ Sobre la definición de sentencias interpretativas en sentido estricto, véase DIÁZ REVORIO, F., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 29.

³¹⁸ En este sentido, LA FUENTE BALLE, J., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000, pág. 125.

Con base en lo expuesto, y de acuerdo con Díaz Revorio, podemos clasificar las sentencias de los órganos de justicia constitucional (extensibles por supuesto al caso colombiano), de la siguiente manera³¹⁹:

1) Sentencias “ordinarias”

Son aquellos fallos que se aplican a disposiciones unívocas, o que se utilizan para determinar que todos los sentidos conocidos de un precepto legislativo son constitucionales o inconstitucionales. A su vez se clasifican en:

a) Sentencias desestimatorias “puras”: son aquellas cuyo pronunciamiento tiene como referencia la disposición impugnada, o el recurso o cuestión planteados. En el primer caso, se presenta una determinación implícita de la constitucionalidad de la disposición y sus normas; en el segundo caso, lo que se establece es la desestimación del recurso o cuestión.

b) Sentencias estimatorias “puras”: son aquellos fallos que declaran la inconstitucionalidad de la disposición, y de todas sus normas.

2) Sentencias interpretativas (en sentido estricto)

Son sentencias sobre disposiciones ambiguas o complejas, de donde se pueden extraer normas alternativa o conjuntamente. Y se clasifican en:

a) Sentencias interpretativas desestimatorias: son las que recaen sobre disposiciones que permiten varias interpretaciones alternativas, y al menos una de las normas corre la misma suerte que la de la disposición a la que depende, pero las otras u otra no. Se puede declarar que el precepto impugnado es constitucional si se interpreta de acuerdo o en contra de un sentido específico. Esto significa que la disposición es declarada constitucional junto a sus normas; no obstante, puede ser parcialmente estimatorio si declara que alguna de sus normas es inconstitucional. También el fallo puede recaer sobre

³¹⁹ Esta clasificación tiene como base la presentada por: DIÁZ REVORIO, F., *Las sentencias...*, op. cit., pp. 53-57.

disposiciones que se consideren incompletas para ser constitucionales, llevando a cabo una labor de complemento, y salvando la disposición, como son las sentencias denominadas “aditivas”.

b) Sentencias interpretativas estimatorias: Su objeto es declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones ambiguas, de las que pueden derivar varias normas alternativas o conjuntamente, si se interpretan a favor o en contra de un cierto sentido. En este caso, en realidad, se declara la inconstitucionalidad de la norma y no de la disposición, aunque formalmente el precepto ha sido declarado inconstitucional. También son aplicables a este caso, las sentencias aditivas como se señaló en el literal anterior, sólo que con efecto estimatorio, es decir que la disposición es declarada inconstitucional en la medida en que no prevé o no incluye algo. Sólo queda por decir que pueden también existir sentencias de estimación parcial, que no conducen a la declaración de inconstitucionalidad de una parte del texto, pero sí de parte de su contenido normativo, y se denominan sentencias “manipulativas”, pues entienden que este contenido derivado conjuntamente de la disposición es parcialmente inconstitucional, y a continuación proceden a reducir, ampliar o sustituir dicho contenido normativo.

B. ALGUNOS RASGOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE DE LOS DERECHOS

Partiendo de una teoría restrictiva de los intérpretes de los derechos, cabe decir que existe una diferencia en los efectos de la labor interpretativa entre los diferentes órganos competentes para llevarla a cabo. La interpretación por el Órgano de Jurisdicción Constitucional goza de una característica especial que la diferencia de la de los demás intérpretes: es el “intérprete último de la Constitución”. Por ejemplo, en el caso español, el artículo 1.1. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que este órgano es el intérprete supremo de la Constitución. Según Lucas Verdú, esta norma no se refiere sólo a la carta fundamental, pues en ella no está contenido todo el Derecho constitucional, ya que existen muchas normas materialmente constitucionales, y que están contenidas en las leyes ordinarias, o en la realidad

constitucional³²⁰. Como ya se dijo, la interpretación tiene una importancia fundamental para el Derecho constitucional, dado el carácter abierto y amplio de sus disposiciones. Esta importancia aumenta en un sistema dotado de jurisdicción constitucional, pues el órgano competente para tal función, interpreta la Constitución con eficacia vinculante sobre todos los miembros de la comunidad política. Es decir, ejerce fuerza coactiva sobre los poderes públicos, organismos privados, y ciudadanos, entre otros. Según Hesse, esta vinculación puede hacerse realidad si en las sentencias del Órgano de Justicia Constitucional se expresa el contenido de la Constitución³²¹.

En principio, desde el inicio del modelo kelseniano de control de constitucionalidad, el Órgano de Justicia Constitucional es creado como una institución que tiene el fin de actuar en defensa de la Constitución, pues debe expulsar del ordenamiento jurídico las leyes que le son contrarias; por esto, su función principal es la de impedir que las disposiciones legislativas, que vinculan a todos y que, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento, tengan efectos jurídicos cuando son contrarias a la Norma Suprema. No obstante, según López Guerra, en la actualidad esta función de defensa no es la única. A su lado se presenta una función de creación del Derecho, que se logra mediante la interpretación y establecimiento de criterios generales y guías de conducta para al actuación de todos, siempre bajo un criterio jurisdiccional, esto quiere decir que su función esta fundada en criterios constitucionales, y no en la oportunidad o conveniencia política³²².

De acuerdo con López Guerra, la función de defensa de la Constitución, que ejercen los órganos de justicia constitucional, se concreta a través de los procedimientos y competencias que ésta misma norma les atribuye. Como regla general son: el control de constitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley, la solución de conflictos territoriales, la defensa de los derechos

³²⁰ Cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la Naturaleza y Funciones del Tribunal Constitucional*, en: *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 1542.

³²¹ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 36.

³²² Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 13-19.

fundamentales, y otras competencias de intervención en procesos específicos de la vida política del Estado³²³.

El control de constitucionalidad de las leyes es el proceso cuyo fin es el de defender a la Constitución de posibles quebrantamientos, por parte de las normas dictadas por el poder legislativo. El Órgano de Justicia Constitucional, en este caso, puede ejercer un control abstracto o concreto; en la primera situación, se pronuncia sobre la norma legal sin referencia a un caso concreto, es decir, realiza un examen de la disposición legislativa en abstracto, y, a su vez, esta primera posibilidad puede llevarse a cabo de manera previa o posterior, esto es, antes o después de la entrada en vigor de la ley a enjuiciar. En la segunda situación, es decir, en el control concreto, este Órgano hace un examen de verificación de la constitucionalidad de una disposición legislativa en su aplicación a un proceso determinado, esta modalidad es denominada “cuestión de inconstitucionalidad”, y consiste en que el juez *a quo* envía un planteamiento de duda al Órgano en mención, para que éste establezca la aplicación de ciertos principios o criterios constitucionales al caso concreto.

También la estructura territorial de algunos países, como puede ser la regional o federal, hace que se puedan presentar imprecisiones en las normas constitucionales que regulan sus competencias y el reparto de poderes; por esto, la justicia constitucional se convierte en el cause idóneo para la resolución de los posibles conflictos que puedan ocurrir. La función va destinada a establecer, de entre diversas interpretaciones, el preciso contenido normativo. Igualmente, y la que más importa, la protección de derechos fundamentales es otra vía procesal a través de la cual la justicia constitucional interpreta normas, no tanto para defender la Constitución, como más bien para proteger a los individuos de posibles violaciones de estos derechos, o para restablecer los ya violados. En este caso, no se pide que se haga un examen sobre la constitucionalidad de una norma, sino sobre actos concretos de los poderes públicos, especialmente por la indebida aplicación de la ley, por parte de los jueces o la administración.

³²³ La clasificación que a continuación se describe es tomada del profesor LÓPEZ GUERRA, véase: Ídem, pp. 19-20.

Finalmente, existen otros procedimientos que sin ser de la naturaleza propia de la justicia constitucional, se desarrollan en función de mantener el régimen fundamental de un Estado. A saber: la resolución de conflictos en procesos electorales (Austria, Francia y Alemania); la resolución de conflictos entre órganos constitucionales (Italia, España, Alemania y Francia); los pronunciamientos sobre la admisibilidad de referendos (Italia y Austria); la decisión sobre la constitucionalidad de partidos políticos (Alemania); y la actuación como órgano de justicia respecto de altos cargos del Estado (Italia hasta 1989, y Austria).

C. ALGUNOS RASGOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO INTÉRPRETE DE LOS DERECHOS

La Corte Constitucional colombiana no es un fin en si mismo, es sólo un medio que tiene su origen en la necesidad de dotar de eficacia y protección a la Constitución y, especialmente, a los derechos fundamentales. Su origen como ente jurisdiccional independiente, se debe a la nueva posición de los derechos en el escenario jurídico del país después de 1991. Esto no quiere decir que antes de esa fecha no existiera un control de constitucionalidad de las leyes. Bajo la Constitución de 1886 existió un modelo de justicia constitucional con varias vías de control de constitucionalidad como, por ejemplo, la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes. No obstante, se ha reconocido que ese sistema de control constitucional no tuvo la suficiente permeabilidad política y social que le permitieran al juez una labor dinámica. Se conocía que en este sistema existía una ineficacia en las instituciones procesales, pues éstas no estaban acordes con las tendencias de protección de los derechos, como estaba ocurriendo en el mundo. Era evidente que no existían intenciones de fortalecer un Estado democrático y social que promoviera la justicia social.³²⁴

³²⁴ Sobre las deficiencia del sistema jurisdiccional colombiano antes de 1991, se puede consultar a CEPEDA ESPINOSA, J.M., *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2ª (ed), Temis, Bogotá, 1997, p. 337.

Por esta razón existía un ambiente favorable en orden a la creación de la Corte Constitucional en 1991, así como para la puesta en marcha de procedimientos de gran importancia como, por ejemplo, la acción de tutela. La idea fue crear un órgano independiente de los partidos políticos, del parlamento y del Gobierno. Antes no existía la tutela de los derechos que permitiera a los ciudadanos el acceso a ante cualquier juez, con muy sencillos requisitos de oportunidad, prueba y controversia, para obtener la protección de los mismos. Ahora existe la acción de tutela, como mecanismo idóneo en la defensa de los casos particulares, pues mediante ella toda persona puede acudir ante cualquier autoridad judicial, sin formalismos alguno, en el lugar donde se haya quebrantado o esté amenazado un derecho, siempre con un procedimiento de urgencia para que el juez resuelva en 10 días.³²⁵

Este nuevo régimen de justicia constitucional, en materia de derechos, se encuentra dotado de distintos órganos, procedimientos y técnicas que pretenden poner en marcha y sostener la protección de las libertades. Por ejemplo, el caso del control automático y previo de constitucionalidad de las leyes estatutarias, de los decretos sobre estados de excepción, de los tratados internacionales, de los actos de convocatoria a un referendo o una asamblea constituyente para reformar la Constitución (estos últimos sólo por vicios de forma). Todos estos mecanismos normativos están íntimamente ligados a los derechos fundamentales, pues por ejemplo, las leyes estatutarias son los tipos de leyes que tienen reservada la concreción y el desarrollo de los derechos y de su sistema de protección (art. 152 C.P.)³²⁶.

En virtud del control de constitucionalidad de los proyectos de las leyes estatutarias, que como se ha dicho es un control previo, existe la posibilidad de que se determine una inconstitucionalidad parcial del proyecto, y por tanto, la Corte podrá dictaminar la forma como debe enmendarse el texto del mismo. Esto implica que vez se produzca el fallo, pase por sanción presidencial y se promulgue la ley, ésta ya no puede ser demandada por vía de la acción pública

³²⁵ Artículo 86 C.P.

³²⁶ Sobre el concepto de las leyes estatutarias en Colombia, se puede consultar a SIERRA PORTO, H., *Conceptos y tipos de ley...*, op. cit., p. 247.

de inconstitucionalidad, pues sobre el caso en particular ya existe una sentencia que ha hecho el tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, no es posible accionarse nuevamente contra esta ley, pues la Corte ha hecho un examen de constitucionalidad completo, es decir, ella no puede dictar sentencia con base en un análisis parcial o relativo de la materia sometida a su estudio. Así mismo, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional tiene la competencia de conocer de la constitucionalidad (por la forma y el contenido) de las leyes aprobatorias de tratados públicos y de los tratados mismos en su formación. Para ello, también establece la Constitución el control preventivo. Este procedimiento se adelanta una vez aprobada la ley de incorporación y antes del perfeccionamiento del instrumento de derecho internacional³²⁷.

Finalmente, y de acuerdo con lo expuesto, es pertinente señalar que si bien la Corte es un órgano de suma importancia como garante de los derechos fundamentales, no es quien tiene “la última palabra”. Pareciera, en principio, que así lo fuera, pues sobre sus decisiones no existe una instancia superior. No obstante, el constituyente, en primer lugar, dejó en manos del pueblo soberano “la última palabra” en materia constitucional, y en segundo lugar le otorgó facultades a las fuerzas políticas para que hicieran lo propio en caso de que el pueblo soberano no lo hiciera, por ejemplo, la reforma constitucional es una vía idónea para lograr tal fin. La Constitución de 1991 es fácilmente reformable por el Legislador (a diferencia de la Constitución norteamericana o de las europeas donde existe una mayor rigidez). Existen casos en que las decisiones de la Corte Constitucional han provocado que el Congreso lleve a cabo procesos de reforma, convirtiéndose este órgano en quien ha plasmado “la última palabra” en materia constitucional³²⁸.

II. LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS

³²⁷ Artículo 241 C.P.

³²⁸ Por ejemplo: la reforma a la justicia penal militar (Acto Legislativo 03 de 1993), a las transferencias de recursos de la Nación a los municipios (Acto Legislativo 01 de 1995), a la expropiación por razones de equidad y por vía administrativa (Acto Legislativo 01 de 1999). Sobre la defensa de esta idea véase: CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 26.

Ahora bien, partiendo del marco teórico expuesto, vale partir de una afirmación previa: se ha sostenido que la interpretación depende del concepto de derechos que exista. En el capítulo primero se sostuvo que dicho concepto en Colombia es dinámico-normativo, por tanto ahora se quiere corroborar qué tipo de teoría de los derechos es la que se ciñe a dicho concepto, pero para ellos hay que dilucidar las teorías más relevantes y observar cuál de éstas debe aplicar la jurisdicción constitucional, con el objetivo de desarrollar los principales cimientos de ese sistema iusfundamental. Se quiere describir dos formas actuales de entender los derechos, para luego analizar el caso particular de Colombia³²⁹. Como se ha afirmado, la manera en que se interpreten los derechos, depende en gran medida de la forma de entenderlos, es decir, de las teorías que los sustentan. A su vez, estas teorías obedecen a la idea de Estado y de Constitución que exista³³⁰.

A. LA TEORÍA FORMAL DE LOS DERECHOS

Esta tesis dice dos cosas: los derechos fundamentales se encuentran en la cúspide normativa de un Estado y son aquellos que se encuentran ubicados en el catálogo determinado por la Constitución. Lo primero implica que la labor del intérprete de los derechos debe ser guiada por la posición preponderante que ellos poseen. Este criterio se circunscribe a la ubicación formal en que ellos se encuentran dentro del marco del ordenamiento jurídico, es decir, al estar contenidos en la Constitución gozan de la condición de ser considerados como parte de la ley de leyes o de la norma sobre las normas (*lex superior*). Esto lo se puede denominar la supremacía constitucional iusfundamental, lo que conlleva entenderlos como jerárquicamente superiores y, por ende, las demás normas están sometidas a su poder, pues éstas se encuentran en un rango inferior (por ejemplo la ley, los reglamentos, etc.). Así las cosas, ellos proyectan su fuerza sobre las demás normas subordinadas y se presentan en

³²⁹ Hemos escogido dos visiones generales sobre los derechos, sin embargo en la doctrina existen otros modos de clasificación, por ejemplo Bockénförde entiende que para el caso alemán existen las teorías: liberal, institucional, axiológica, democrática-funcional y del Estado Social. Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Trad. J. L. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 44 a 67. O Robert Alexy que entiende que existen tres conceptos sobre los derechos: formal, material y procedimental. Cfr. ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. C. Bernal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 21 a 31.

³³⁰ En este sentido puede verse BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos...*, op. cit., p. 45.

forma de derechos subjetivos como garantías para los ciudadanos. Sobre la segunda cuestión, esto es, que los derechos son aquellos que se encuentran ubicados en el catálogo determinado por la Constitución, cabe decir que es una característica que se utiliza por la doctrina o la jurisprudencia, con base en la organización estructural de la misma Norma superior, pues normalmente los derechos vienen incluidos en un único catálogo³³¹, como es el caso de la Constitución Española o de la Colombiana³³². En otras palabras, los derechos fundamentales son todos aquellos que se encuentran catalogados como tales por la propia Constitución.

Esta teoría presenta cuestiones muy positivas, como son la practicidad, la seguridad jurídica y el respeto a la voluntad del constituyente primario, pues para los operadores jurídicos es una herramienta práctica el hecho de que al enfrentarse a un asunto sobre derechos sólo tengan que acudir al catálogo, lo que significa también certeza, pues los derechos son los que se encuentran plasmados allí y nada más, y por supuesto representa un acatamiento y una obediencia a los dispuesto por el constituyente primario que ha incorporado en un capítulo, por ejemplo, los que considera que deben ser los derechos. No obstante, el problema es que normalmente existen en las constituciones otros derechos que son fundamentales y que no se encuentran incluidos en dicho apartado³³³. O también debido al rápido desarrollo tecnológico el sistema de derechos deba incorporar unas realidades constitucionales nuevas que, por su puesto, no tenía previstas de manera absoluta, sino tal vez como una mera expectativa, lo que puede forzar en muchos casos que el operador jurídico encuentre respaldo constitucional en normas que se encuentran fuera de ese catálogo, como pueden ser los valores o principios constitucionales, lo que implica inmiscuirse en terrenos materiales más que formales, para dar una respuesta idónea a nuevos casos.

³³¹ Cfr. ALEXY, R., *Tres escritos...*, op. cit., p. 21.

³³² Esta subyace en la tesis sobre el significado de los derechos fundamentales defendida por Javier Jiménez Campo. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 17 a 29. En Colombia, Magdalena Correa Henao sostiene la misma idea sobre la noción general de derecho fundamental. Cfr. CORREA HENAO, M., *La limitación de los derechos...*, op. cit., pp. 22 a 30.

³³³ Cfr. ALEXY, R., *Tres escritos...*, op. cit., p. 22.

B. LA TEORÍA MATERIAL DE LOS DERECHOS

La principal premisa de esta teoría es que los derechos son fundamentales porque atienden a un orden axiológico, más que por encontrarse en la cúspide del sistema normativo, esto es, por estar ubicados en el nivel constitucional. Lo que trae como primordial consecuencia es que los derechos son fundamentales por depender de los valores y los principios y no por estar recogidos en un catálogo específico. En otras palabras, el carácter de fundamental de un derecho no sólo depende de su posición privilegiada por estar acogidos por la Constitución, sino que ellos representan los valores de libertad e igualdad de la colectividad. Esto es, ellos son el espejo de las bases axiológicas de la sociedad, de la forma como los miembros de un Estado consideran que debe ser el devenir de su convivencia digna y pacífica. Esta faceta material es su base o fundamento y, por tanto, se convierte en requisito obligatorio en la función hermenéutica. Martín Borowsky (en el mismo sentido de Alexy), sostiene que el concepto material de los derechos, tiene su base en la idea de que éstos son un intento de transformar los derechos humanos en Derecho positivo. Así las cosas, los derechos fundamentales mantienen varias relaciones con los derechos humanos, una de ellas implica que el contenido de los primeros es aquella sustancia normativa que antes del proceso de transformación hacía parte del contenido de los segundos³³⁴.

Como consecuencia de la anterior relación, los derechos fundamentales gozan en su fundamento de la misma base axiológica que los derechos humanos, es decir, atienden al mismo orden de valores. Esta tesis es muy acogida por gran parte de la doctrina. Häberle sostiene que los derechos fundamentales son ellos mismos valores supremos y facilitan al hombre hallar y actualizar sus valores, también refiriéndose al caso alemán afirma que: *“El sistema objetivo de valores de la Constitución, que es de carácter individual, es la ‘generalidad material’ que Smend apostrofa con ocasión de la palabra ‘general’. Sin embargo, no se trata de la generalidad material de la ilustración, sino de la generalidad material de una concreta comunidad y de las personas*

³³⁴ Cfr. BOROWSKY, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Trad. C. Bernal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 35 y 36.

que la forman, que han fijado en la Ley Fundamental su parámetro valorativo y en ella han determinado la posición y rango de sus bienes jurídicos (...) no hay que entender los 'valores' en el sentido de abstracto de valores. No son impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que éste por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente...³³⁵.

En esta misma línea, el profesor Peces-Barba, refiriéndose a los valores superiores, defiende que el Derecho se encuentra fundado en la idea de dignidad humana, la cual sostiene cuatro valores superiores, como son: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. En otras palabras, la noción de dignidad humana, para su realización en vida social, se desarrolla en esos cuatro valores superiores, en donde la libertad se erige como el factor fundamental, matizado y perfilado por la igualdad y la seguridad, en un entorno de seguridad jurídica³³⁶. Los elementos materiales como los valores, la cultura o la vivencia cotidiana, son el fundamento de los derechos, pues emanan o son expresión de una decisión axiológica de la comunidad³³⁷, pero a su vez dichos elementos se convierte en la base de su interpretación, ya que el proceso hermenéutico de los derechos debe velar por la obtención o realización de dicha base axiológica. Sobre la explicación de esta teoría material Böckenförde dice que: *“La determinación del contenido de un derecho fundamental se convierte en una cuestión de averiguación del sentido del valor en él expresado, lo que sólo parece alcanzable intuitivamente en los términos de las ciencias del espíritu, así como de la inserción de este valor en el sistema de valores que le sirve de base, lo que sólo es averiguable a través de la correlación con la conciencia valorativa espiritual-cultural del momento”*³³⁸.

³³⁵ Cfr. HÄBERLE, P., *La garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Trad. J. Brage, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 7 y 10.

³³⁶ PECES-BARBA, G., *Ética, poder y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 64.

³³⁷ En este sentido explica la tesis material el profesor Böckenförde. Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos...*, op. cit., p. 57.

³³⁸ Ídem, p. 58.

Esta tesis material de los derechos presenta implicaciones directas en la interpretación de los mismos, por ejemplo, se puede tomar uno de los criterios básicos de la hermenéutica iusfundamental, como es lo que ha sido recogido por la doctrina norteamericana con el nombre de “*preferred freedom*”, o en el sistema continental con el nombre de “*favor libertatis*”. En este contexto, la doctrina parte de la premisa de que los derechos contienen el parámetro material básico que debe ser utilizado para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico del Estado y, por tanto, el proceso hermenéutico debe desarrollarse de la forma en que los derechos sean más eficaces, esto es, de la manera en que estos logren su mayor potencialidad. En este sentido el profesor Pérez Tremps dice que no es suficiente con una “interpretación conforme con los derechos”, sino que es obligatorio que el intérprete lleve a cabo la “interpretación más favorable a los derechos”³³⁹.

Ahora bien, se ve que la clave del asunto se encuentra en el concepto de eficacia de los derechos, es decir, el fundamento del criterio de interpretación iusfundamental de la posición preferente, y específicamente del principio de *favor libertatis*, tiene su sustento en la obligación, para el intérprete, de potenciar los derechos al máximo, esto es, el de garantizar su mayor eficacia, ya que representan el punto de referencia material de todo el ordenamiento. Al respecto Häberle al tratar el tema del principio “*favor libertatis*” sostiene que es una obligación del operador jurídico optimizar el ejercicio de los derechos, pues estos se encuentran dirigidos a la realidad y, por tal razón, está obligada a que la interpretación se encuentre orientada a la efectividad, esto es, a la vigencia práctica material³⁴⁰.

C. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Las bases principales de la teoría de los derechos en Colombia las se plasmaron en el capítulo primero de este trabajo, por eso ahora sólo se

³³⁹ PÉREZ TREMP, P., *La interpretación de los derechos...*, op. cit., p. 906.

³⁴⁰ HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, PUPC-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, p. 328.

pretende tomar dos ideas básicas: los derechos no se agotan en el catálogo, y atienden a un orden axiológico. Por tanto, la tesis colombiana se desmarca de la teoría formalista, y se acerca más a la teoría material de los derechos. Ahora bien, sobre la idea de que los derechos no se agotan en el catálogo, hay que recordar que la jurisprudencia constitucional colombiana ha sostenido que el carácter de fundamental de un derecho no descansa sólo de su consagración explícita en la Constitución, sino depende de una interpretación sistemática y teleológica. Así las cosas, los rasgos que reconocen que un derecho constitucional es fundamental, se encuentran más allá de la catalogación, ello depende, de la presencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho³⁴¹. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que: *“Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política*³⁴².

Sobre la segunda cuestión, es decir, sobre la idea de que los derechos descansan sobre una base axiológica, hay que recordar que La Corte, en la sentencia T-406/92, ha expresado que unos de los requisitos esenciales para considerar a un derecho constitucional como fundamental, es que debe estar en conexión directa con los principios constitucionales, pues estos últimos son la base axiológico-jurídica sobre la cual se edifica todo el ordenamiento jurídico. Por tal razón, no puede existir ninguna disposición constitucional, o norma de cualquier otro nivel jerárquico, en oposición con lo establecido en los principios. La flexibilidad o cambio en el sentido de una norma se encuentra fijada o limitada por una interpretación conforme con los postulados de los principios. Dice la Corte que los derechos fundamentales son, al igual que las demás disposiciones de la Constitución, fruto de los valores y principios, no obstante, la afinidad con los últimos es más directa, más inmediata, se palpa con mayor

³⁴¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

³⁴² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92 Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero

evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.³⁴³

Ahora bien, existen por lo menos cuatro grandes directrices. La primera se refiere a que los derechos para que sean fundamentales deben ser inherentes a la persona humana. La jurisprudencia constitucional considera que éste determina no sólo un deber negativo de no intromisión, sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna. El principio de dignidad humana se erige como el fundamento político del Estado colombiano³⁴⁴, y por ende de los derechos fundamentales. El principio de la dignidad humana no significa un recurso literario u oratorio en la ciencia jurídica, pues como se ha recalcado tiene la categoría de principio constitucional, con su función de fundamento del Estado y como fundamento del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la actividad de las autoridades públicas. Por tal razón, este principio justifica o fundamenta la existencia de los derechos fundamentales que a su vez son el elemento esencial de la Constitución. La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos, ya que el ser humano, en cuanto tal, es único en relación con los demás seres vivos, pues se encuentra dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico. Por tal razón, no es viable convertir al ser humano en un medio para lograr fines estatales o privados, pues éste es un fin en sí mismo³⁴⁵.

Una segunda directriz axiológica está en la cláusula de la eficacia de los derechos. Recuérdese que el artículo 2 de la Constitución establece que: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...*”. La Constitución reclama de los operadores jurídicos que hagan efectivos los derechos, esto significa, entre otras cosas, que deben remover los obstáculos presentes para alcanzar tal fin. Si eficacia significa la verdadera y efectiva proyección de la fuerza normativa de los derechos en la

³⁴³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional 406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

³⁴⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-572/99, M. P. Fabio Moron Díaz.

³⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-556/98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

realidad que pretende regular, el juez constitucional se encuentra jurídicamente obligado a tener en cuenta a la realidad constitucional, en el ámbito en el que pretende desplegar los efectos vinculantes de las normas iusfundamentales. Al respecto la Corte ha sostenido que: *“Al juez de tutela le corresponde llevar la justicia a los hechos dentro de los parámetros determinados en la Constitución Política; de esta manera le da dinamismo al derecho y busca plasmar en cada fallo el consenso de la sociedad frente al ordenamiento jurídico. Se impone pues, frente al concepto que reduce el derecho a una mera técnica de aplicación abstracta de las normas. Es quien debe desentrañar el contenido material de los derechos fundamentales y procurar su eficacia con base en los límites antes aludidos. Es sobre los criterios de valor legitimante que debe recaer su sentencia. Esto porque dichos derechos no sólo tienen el carácter de normas jurídicas en su pleno sentido, sino que son también valores que deben orientar el ejercicio de la autoridad”*³⁴⁶.

Una tercera directriz axiológica se encuentra en la figura del Estado social de Derecho, es decir, la consagración expresa de que Colombia es un Estado social implica que todas las autoridades estatales deben desarrollar una función activa respecto de la realidad social, su actitud debe ser de intervención, esto con el objetivo de subsanar el flagelo de las grandes diferencias sociales existentes. Esta cláusula implica que el Estado colombiano tiene el deber de asegurarles a los ciudadanos unas condiciones materiales mínimas de existencia³⁴⁷, éste debe utilizar medidas de acciones positivas en favor de los ciudadanos o grupos de ciudadanos más desfavorecidos³⁴⁸. Al respecto la Corte ha dicho que: *“La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar -hasta cierto punto- las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida*

³⁴⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-124-93. M. P. Vladimiro Naranjo.

³⁴⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-579/99. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-426/92. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*e interactiva relación entre lo público y lo privado”*³⁴⁹. Ahora bien, la relación entre la cláusula del Estado social de Derecho y la base axiológica de los derechos se encuentra en la sentencia C-566/95, donde se menciona que el fundamento de esta cláusula se encuentra en los valores esenciales de libertad, igualdad y seguridad, pero su intención trascendental es otorgar las condiciones materiales en búsqueda de la efectividad de los derechos.

Y finalmente, es la fuerza normativa de las disposiciones sobre derechos fundamental la cuarta directriz, la cual se encuentra fuertemente relacionada con las anteriores. La Corte hace un llamamiento a los operadores jurídicos a que tengan en cuenta la fuerza vinculante de la Constitución en su actividad, como un rasgo de seguridad jurídica. Al respecto la Corte ha sostenido que: *“Ninguna autoridad pública puede desconocer el valor normativo y la efectividad de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas. Todas las autoridades, sin excepción, deben proteger y promover su cumplimiento y respeto. Si la Corte Suprema de Justicia o cualquier juez viola o pone en peligro un derecho reconocido en la Constitución a una persona, desconoce el valor normativo y el principio de efectividad que ella reconoce a las disposiciones que lo consagran y su actuación no goza de inmunidad o privilegio alguno que la haga incuestionable. Ante ninguna autoridad, por alta que sea, la Constitución abdica su valor normativo ni el estado social de derecho presta legitimidad a actuaciones suyas que no sean las de servir a la comunidad y respetar y promover los derechos de sus miembros”*³⁵⁰.

En este orden de ideas, es decir, teniendo en cuenta que los derechos no se agotan en el catálogo impuesto por para tal fin y que estos atienden a una base axiológica, cabe sostener que la teoría de los derechos en Colombia toma como punto de referencia la teoría material de los derechos expuesta antes, lo que le implica una naturaleza dinámica y flexible. No obstante, ésta teoría en Colombia se debe ceñir a los parámetros de la seguridad jurídica y la certeza en el Derecho, por tal razón, pone de relieve la fuerza normativa de los

³⁴⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-566/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵⁰ *Ibíd.*

derechos como requisito indispensable de su construcción doctrinara. Así las cosas, el modelo de mutación que se viene defendiendo en este trabajo, encuentra un espacio de existencia dentro del sistema iusfundamental colombiano, por virtud de su vocación dinámica y flexible, no cabe duda que dicho modelo no encuentra ningún síntoma de incompatibilidad con dicha teoría de los derechos. Ahora interesa conocer la implicación de esta teoría, con base en un modelo material, desde las diferentes tesis sobre la interpretación de los derechos, pues como se sostuvo antes, la teoría de la interpretación aplicable, depende del concepto que sobre los derechos exista.

III. TRES PERSPECTIVAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

Se pretenden analizar tres formas de entender, desde el punto de vista teórico-jurídico, los derechos, específicamente se hará desde tres perspectivas de la interpretación³⁵¹, con el fin de conocer en cuál de ellas el modelo de los derechos en Colombia tiene aplicabilidad, o si es necesario partir de una teoría interpretativa diferente. El objetivo no es tan ambicioso como para pretender construir una teoría de la interpretación jurídica de los derechos que sea total y absolutamente satisfactoria, es decir, que pueda dar respuesta rotunda a los desacuerdos planteados por la doctrina, sólo se pretende retomar los argumentos más relevantes expuestos sobre dicha actividad, desde tres modalidades distintas, y ponerlos en concordancia con el concepto de mutación de los derechos que se viene defendido, dentro del entorno de la teoría de los derechos en Colombia³⁵².

Ahora bien, se puede comenzar el análisis planteando algunas preguntas: las normas sobre derechos que, por ejemplo, imponen límites al gobierno, y a los particulares ¿deben ser normas pétreas e inmodificables para lograr la seguridad jurídica?, y de ser así, ¿cómo se interpretan: en términos

³⁵¹ El tema de la interpretación como medio de producción de mutaciones de los derechos será tratado, en profundidad, en el siguiente capítulo de este trabajo.

³⁵² Una excelente síntesis sobre el pensamiento jurídico en materia de interpretación constitucional se puede consultar en GAVIRIA DÍAZ, C., *La interpretación...*, op. cit., pp. 119 a 136. En este trabajo se exponen tres perspectivas metodológicas: el optimismo normativo, el escepticismo normativo y los que consideran al Derecho como un sistema de textura abierta donde, tanto la interpretación como la creación, tanto la aplicación como la creación, tienen lugar en el proceso interpretativo.

del significado literal, teniendo en cuenta las intenciones de sus autores, o de acuerdo con los siempre cambiantes valores que expresan? La manera en que se responda a estas preguntas, depende de la forma de concebir la naturaleza, la identidad y la autoridad de la Constitución y sus normas iusfundamentales, como se puso de manifiesto en varias ocasiones. Con el fin de dar respuesta a estas preguntas, se han escogido las siguientes tres primeras perspectivas de la teoría de la interpretación de los derechos, que son tomadas del ámbito teórico y constitucional de los Estados Unidos, por tres razones: la primera y, tal vez, la más importante se debe a que permiten desarrollar una muy marcada diferencia entre los modelos interpretativos “dinámicos” y “estáticos” de los derechos, que a su vez podrá dar una respuesta sobre en qué modelo pueden hacer presencia u operar mejor las mutaciones; la segunda, tiene que ver con que en los Estados Unidos existen los derechos fundamentales constitucionalizados más antiguos, lo que ayuda a observar mejor los cambios producidos en el contenido normativo de los derechos por el paso del tiempo; y, la tercera, se circunscribe a que estas teorías son reconducibles, en lo fundamental, a las teorías sobre la interpretación de los derechos en el entorno Europeo, Latinoamericano y, por ende, Colombiano.

A. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL “TEXTUALISMO”

El textualismo es un modelo de interpretación que se puede denominar estático, pues es defendido por los juristas que tienen una visión inmodificable de la Constitución³⁵³. Se sostiene que la Norma suprema es un dispositivo importante para proteger a los ciudadanos de un poder injustificado del Estado, incluyendo, como es lógico, el poder injustificable de los jueces. Por tal razón, se propugna porque los jueces interpreten las disposiciones sobre derechos fundamentales a la luz del texto de las normas. Todo en orden a mantener la seguridad jurídica, como garantía para los ciudadanos.

³⁵³ Existen diferentes modalidades del literalismo como modelo interpretativo en el ámbito Norteamericano, desde un literalismo a ultranza (*thorough-going literalist*), hasta modelos moderados. Sobre los diferentes modelos se puede consultar a: ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, op. cit., p. 96.

Las decisiones judiciales sobre cualquier caso que vincule derechos, ya han sido decididos en la Constitución, es decir, la respuesta o solución ya está presente en el tenor literal de la norma, y, por eso, el intérprete sólo debe limitarse a extraerla de él. Estas decisiones ya se encuentran plasmadas en el texto, y así se evita que el intérprete amenace a los derechos tratando de darles un nuevo contenido o dando una revisión continua de los mismos; más aún, por parte de los jueces que hacen parte de un órgano que, por ejemplo, no es designado democráticamente. Se quieren salvar los principios de estabilidad y legitimidad, bajo los argumentos expuestos.

Se defiende que el proceso de descubrimiento del significado de una norma fundamental, es una cuestión viable desde la aplicación del método literal, esto es, sin requerir la presencia de ningún razonamiento proveniente de la moral o de la política, pues la decisión ya está tomada por el creador de la Constitución y, por tanto, ella se encuentra en su texto. La pregunta que toma importancia ahora es ¿cómo se adapta la Constitución a los cambios de la evolución histórica? La respuesta es clara: si se quiere el cambio constitucional de un derecho, la Constitución misma ha fijado los procedimientos formales de reforma por medio de los cuales tales cambios pueden ser llevados a cabo³⁵⁴.

Nadie niega que los elementos literales de las disposiciones jurídicas, elegidas dentro del texto de los derechos, desempeñen un papel muy relevante en la interpretación de las normas y, por tanto, también a la hora de decidir por parte de los jueces, pues estos marcan límites a la hora de encontrar y delimitar su significado. No obstante, la teoría textualista de la interpretación de los derechos fundamentales, adolece de graves problemas. El más relevante, en relación con la aceptación de mutaciones, se refiere a que las normas sobre derechos no tienen un contenido semántico completamente determinado, sino por el contrario son normas abiertas e indeterminadas, como por ejemplo: “igualdad”, “libertad”, “solidaridad”, etc.

³⁵⁴ Sobre el particular véase: WALUCHOW, W., “*Constitutionalism*”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, [en línea]. Edición. 2004, [Stanford, USA]: Edward N. Zalta (ed.), Febrero 2004 [Actualizada: 11 de febrero de 2004], [Consulta: 30 de abril de 2005]. Disponible en Web: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2004/entries/constitutionalism/>.

Así las cosas, si se piensa que en el tenor literal se encuentra toda respuesta a cualquier caso sobre derechos fundamentales, las mutaciones no tendrán cabida, pues por un lado la letra es estática frente a los cambios históricos³⁵⁵ y se quedarían impotentes frente al paso del tiempo, y, por otro lado, porque nunca sería necesario, por parte del juez constitucional, argumentar las razones a favor o en contra respecto de la decisión tomada, sino que sólo debe decir que la respuesta al caso ha sido sacada del tenor literal de la norma, pudiendo así cometer todo tipo de violaciones a los derechos en defensa de la seguridad jurídica.

B. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL “ORIGINALISMO”

Desde el originalismo se piensa que el textualismo es una teoría parcialmente correcta pero incompleta, pues lo que realmente cuenta son las intenciones originales de los autores de la Constitución, o sea de los derechos. Se sostiene que el textualismo es parcialmente correcto porque normalmente el tenor literal es la guía más confiable de esas intenciones, no obstante, cuando el tenor literal falla, es decir, no es suficiente para decidir, es necesario acudir de manera inexorable a las intenciones originales de los constituyentes o “*framers*” (padres fundadores). Por tanto, se puede sostener que esta teoría de la interpretación es de naturaleza estática, como se podrá ir demostrando a continuación.

Después de esta pequeña aproximación a la teoría del originalismo, cualquier lector podría pensar que se están utilizando, como interlocutoras, unas teorías (textualismo y originalismo) ya superadas desde la época de la “escuela histórica”, o desde la “jurisprudencia de intereses”, pero pensar de esa manera sería una idea equivocada, pues estas ideas se defienden con gran ahínco en nuestros tiempos. Sólo es necesario observar las grandes defensas modernas que hace el juez de la Suprema Corte de Estados Unidos Antonin

³⁵⁵ Cfr. ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, op. cit., p. 91.

Scalia³⁵⁶, para notar la importancia que tiene el estudio de estas formas de fundamentar la interpretación de los derechos. Es decir, se está haciendo referencia a una doctrina actual.

Así las cosas, para los originalistas los derechos fundamentales deben ser reglas seguras, y para ello sólo es válido el contenido normativo impuesto por los constituyentes originarios mediante su intención. Esto con el fin de que no puedan ser revisadas o reinterpretadas por los operadores jurídicos, y de esa manera puedan colarse extraños juicios de valor, especialmente por parte de los jueces contemporáneos; esto significa que las intenciones de los *framers* tienen la autoridad para gobernar siempre y en todo momento histórico toda interpretación en el sistema constitucional. Esta teoría nace, en Estados Unidos, como una actitud crítica frente al activismo del tribunal *Warren*, y su objetivo primordial es la búsqueda de la “neutralidad valorativa”³⁵⁷. Como se ha dicho los originalistas defienden que es viable extraer un significado unívoco de la Constitución, establecido por los constituyentes primarios mediante su intención o voluntad. Y este método es el único válido en materia constitucional. Esto significa que la Constitución es sólo lo que los *framers* establecieron.

Como consecuencia los jueces constitucionales nunca pueden completar ni transformar, a través de su función interpretativa, los derechos fundamentales, pues sólo es válido lo establecido por los constituyentes primarios. Así las cosas, un juez al decidir un caso sobre derechos sólo debe tener en cuenta el tenor literal de la norma y la historia (en este caso lo dispuesto por los *framers*) y, por ende, nunca podrá constituir nuevos

³⁵⁶ Cfr. SCALIA, A., *Originalism: The Lesser Evil*, Cincinnati Law Review (No.57), 1989, pp. 849-865. Y también en: *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997. Este autor no es el mayor exponente doctrinal del originalismo, lo interesante es que estas tesis son defendidas hoy, es decir, es un debate constitucional contemporáneo.

³⁵⁷ Las principales ideas de esta reacción se pueden consultar en: REHNQUIST, W., “*The notion of a living Constitution*”, Texas Law Review, Vol. 54, 1976, pp. 693 y ss.; y BORK, R., “*Neutral principles and some First Amendment problems*”, Indiana Law Journal, Vol 47, 1971, pp. 1 y ss., y “*The impossibility of finding welfare rights in the Constitution*”, Washington University Law Quarterly, núm 3, 1979, pp. 695 y ss. Sobre el originalismo como teoría de la interpretación se puede consultar en castellano: ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación...*, op. cit., pp. 138 - 152, y también DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucional en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.

derechos³⁵⁸, pues esta es una labor que corresponde al pueblo. Así las cosas, bajo la teoría originalista de la interpretación de los derechos es imposible pensar en la aceptación de transformaciones intensas en los contenidos normativos de los mismos, por causa de las nuevas realidades, es decir, las mutaciones, en el sentido que se presentan en este trabajo, son inviables.

C. LOS DERECHOS DESDE LA TEORÍA INTERPRETATIVA DE LA “CONSTITUCIÓN VIVA”

Como un punto de partida, se puede apuntar la idea de que una “Constitución viva”, y por ende unos derechos vivos, se refiere al proceso de crecimiento, desarrollo y cambio que ocurre, en la Norma superior, a través de las decisiones de la Corte Constitucional. Valga repetir que se está haciendo referencia a lo concerniente al desarrollo judicial de los derechos fundamentales, y no al cambio constitucional que ocurre a través del proceso de la enmienda o reforma formal. La idea de una “Constitución viva” (*living constitution*) se refiere al desarrollo y cambio en los derechos por vía de las interpretaciones de los jueces constitucionales, por tanto, el punto de referencia, o mejor la fuente del Derecho, no está ya ubicada en las intenciones de los constituyentes primarios, sino en la actividad del día a día de los jueces, o mejor, en los casos concretos que deben fallar, y que con el paso del tiempo cambian o evolucionan, no son los mismos que pensaron los *Framers*³⁵⁹. La idea de la “Constitución viva” es una metáfora que se usa para definir que, en este caso una teoría de la interpretación, es dinámica, esto es que hace que los derechos vayan cambiando con el paso del tiempo. Es decir, es una tesis contraria a las que se han denominado estáticas, ya que impulsa a los jueces constitucionales a interpretar los derechos con base en las necesidades y características contemporáneas. Se exige a los órganos jurisdiccionales que pongan al día la Constitución mediante la interpretación.

³⁵⁸ Cfr. BORK, R., “*Neutral...*”, op. cit., p. 8.

³⁵⁹ Cfr. KAVANAGH, A., *Fidelity and change in constitutional adjudication*, (Tesis doctoral), Universidad de Oxford, Oxford, 2000, p. 63.

Es una exhortación a las cortes para que interpreten la Constitución de una cierta manera, que no es otra que la de adaptarla a las necesidades y circunstancias modernas. Es una tesis normativa acerca de lo que la interpretación constitucional debe ser. La interpretación constitucional debe estar circunscrita a lo que realmente sucede, o la realidad constitucional vigente al momento de la aplicación³⁶⁰, lo que implica una vinculación del juez con las valoraciones y con la política, es decir, hace caso omiso de la máxima de la “neutralidad valorativa”. Es una teoría que propugna por el activismo judicial.

El problema de la teoría de la interpretación denominada “Constitución viva”, de cara a las mutaciones de los derechos para Colombia, radica especialmente en que permite acoger cualquier cambio ocurrido en las nuevas circunstancias sociales, lo que implica hablar de enmienda o reforma, más que de interpretación constitucional. Por tal razón, aunque en este modelo todos los cambios son aceptados y acogidos por el Derecho, pues se atiende no a las intenciones del constituyente primario, sino se da toda la importancia a las necesidades sociales del momento, existe el riesgo, en todo momento en que se interpreta, de producir una desnaturalización y vaciamiento del contenido normativo de los derechos. Se privilegia aquí el hecho y la dinámica, en detrimento de la seguridad jurídica. Así las cosas, lo que se venido defendiendo como mutaciones podría recibir el nombre, en este modelo de la “Constitución viva”, de reformas a los derechos fundamentales, situación que debe considerarse rechazable. Por tal razón, en este modelo las mutaciones no tendrían su propio espacio jurídico, sino que se entremezclarían con violaciones a la Constitución. Como se puede extractar de lo expuesto, las teorías anteriores son inaplicables en Colombia, pues no se encuentran acordes con el concepto de los derechos que es por un lado dinámico y por el otro normativo.

IV. LOS DERECHOS DESDE UNA TEORÍA INTERPRETATIVA DINÁMICA-NORMATIVA

³⁶⁰ Ídem, p. 62.

Se pretende defender un modelo de teoría de la interpretación de los derechos que respete la idea de seguridad jurídica (teoría normativa) y que, al mismo tiempo, sea dinámico (teoría dinámica), en concordancia con el sistema de derechos en Colombia, que como se ha visto es de carácter dinámico-normativo, y con la teoría material en que este sistema se sustenta. Es decir, se quiere presentar una teoría de la interpretación de los derechos con base en la idea del equilibrio³⁶¹. Con tal fin, se tomará posición respecto de algunos rasgos básicos de lo que necesita una teoría de este tipo, para estar acorde con la idea de unos derechos dinámicos y normativos, y no es el objetivo presentar una teoría de la interpretación general, completa o definitiva. Las teorías interpretativas basadas en el equilibrio (dentro de las cuales se ubica ésta) han sido defendidas por diferentes autores a través de toda la historia moderna del estudio del Derecho constitucional, como se tuvo ocasión de corroborar en el debate doctrinal sobre el concepto de mutación. Desde Smend, Heller y Hesse, hasta autores contemporáneos como Häberle o Dworkin, han basado el desarrollo de sus doctrinas en la idea de equilibrio.

Una tesis muy cercana a lo que se defiende aquí (con distanciamientos fuertes en ciertos puntos, como se verá), es la de Ronald Dworkin, pues él sustenta su concepto del Derecho en la idea de la integridad, en la que busca romper con los paradigmas de las teorías estáticas o regresivas (el convencionalismo, basado en una noción conservadora del Derecho)³⁶² y de las teorías dinámicas o progresivas (el pragmatismo basado en una noción escéptica del Derecho)³⁶³, como verdades absolutas. El Derecho como integridad defiende el equilibrio entre exactitud y eficiencia en el proceso hermenéutico, es decir, reconoce las decisiones del pasado y permite la

³⁶¹ El profesor Diego López Medina considera que este equilibrio, cuando existe una Constitución codificada que pretende regular los cambios sociales, es una pieza clave en la teoría interpretativa. Él sostiene que: “*Esta técnica de codificación por escrito de la religión o del derecho ha originado múltiples preguntas por el significado de los textos, la manera de descubrir nuevas respuestas en ellos que resuelvan cambiantes necesidades sociales. Frente a un texto escrito que contiene las normas a seguir el intérprete siente con frecuencia la ansiedad relacionada con mantener un adecuado balance entre fidelidad al texto y creatividad en la interpretación*”. Cfr. LÓPEZ MEDINA, D., “*Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional*”, en la obra colectiva: *Interpretación constitucional*, Ferrer MacGregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 781.

³⁶² Cfr. DWORKIN, R., *El imperio...*, op. cit., p. 90.

³⁶³ Ídem, p. 115.

adaptación del Derecho a las nuevas necesidades mediante la utilización de nuevas normas que tienen su fundamento en los principios de equidad, justicia y debido proceso. El Derecho como integridad se configura como un conjunto de juicios interpretativos donde se explica la práctica legal contemporánea como una narrativa política en constante desarrollo³⁶⁴.

En este sentido Dworkin, en desarrollo de su teoría del Derecho como integridad, sostiene que: *“Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de decisiones reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto. Este proceso es menos efectivo cuando existen desacuerdos (y estos es inevitable que suceda) sobre qué principios asumen de hecho las reglas explícitas y las otras normas de la comunidad. Sin embargo una comunidad que acepta la integridad posee un vehículo para un cambio orgánico, aun si no es del todo efectivo, que de otra forma no tendría”*.³⁶⁵

Así las cosas, lo primero es retomar la idea de que la interpretación de los derechos depende del concepto que de los de los mismos se tenga. Tomar partido por un determinado concepto, es un requisito indispensable para poder construir un concepto de “mutación de los derechos” apropiado a los tiempos actuales (como ya sea ha hecho), para realizar una justificación respecto de la viabilidad jurídica de unos derechos mutables, y para plantear una teoría de la interpretación adecuada. Por tanto, se parte de la idea de que el elemento histórico hace parte del concepto de los derechos³⁶⁶, esto es, el momento real en que se vive en un instante determinado³⁶⁷. Argumento que como se

³⁶⁴ Ídem, p. 164.

³⁶⁵ Ídem, p. 140.

³⁶⁶ Sobre el concepto de los derechos como categorías culturales e históricas puede consultarse a PECES-BARBA, G., *“Los derechos...”,* op. cit., p. 7; y a ASÍS, R. de, *Argumentación...,* op. cit., pp. 23 y 24.

³⁶⁷ Esta es la posición doctrinal, respecto de la interpretación constitucional, defendida por el profesor Manuel Aragón, él sostiene que el primer gran problema a resolver es del objetivismo en la interpretación, es decir, considera, sin lugar a dudas, que es la tesis más sostenida por la doctrina

describió en el capítulo primero de este trabajo, se encuentra plenamente respaldado por el Derecho constitucional colombiano, específicamente por la jurisprudencia³⁶⁸.

Se debe partir de una diferenciación. El elemento histórico es diferente de la doctrina del historicismo o movimiento historicista, aunque parten de la historia como elemento fundante, se diferencian porque el primero tiene una naturaleza dinámica y la segunda una estática, así mismo resulta pertinente explicar que se refieren a dos momentos históricos diferentes, en el primero no existe el Estado constitucional, mientras el elemento histórico es una idea que se desarrolla en él. Para aclarar y diferenciarlos, se puede hacer una breve descripción del historicismo.

Este movimiento se remonta a la época de la ilustración historicista (Hume, Vico, Burke, Montesquieu)³⁶⁹, de los siglos XVII y XVIII. El inicio de las ideas del individualismo permiten las primeras fundamentaciones sobre los derechos. No obstante, la naturaleza de los mismos no tiene su origen en el ser humano como tal, sino que está cimentada sobre la idea de grupo, en otras palabras, aunque hay reconocimiento de derechos su titularidad no está circunscrita al hombre, sino a unos individuos incorporados a ciertas esferas sociales o geográficas concretas. Por ejemplo, se reconocían los derechos de los ingleses y no los derechos del hombre, o se reconocían ciertos derechos a determinados grupos sociales como los derechos hereditarios para formar parte de la Cámara Alta.

Uno de los objetivos primordiales del movimiento historicista³⁷⁰ consistió en la búsqueda de una reforma del Antiguo Régimen sin alterar radicalmente las instituciones existentes, esto es, por un lado querían implantar las ideas de progreso e individualismo del pensamiento liberal ilustrado y, por otro lado,

autorizada, la que suscribe que hay que interpretar la norma con la *ratio legem* y no con la *ratio legislatoris*. En otras palabras, se opone a las tesis del textualismo y el originalismo. Cfr. ARAGÓN REYES, M., *La interpretación de la Constitución*, en la obra colectiva: *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005, p. 47.

³⁶⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

³⁶⁹ La concepción historicista alcanzó su máximo desarrollo en Inglaterra.

³⁷⁰ Sobre el modelo historicista se puede consultar a FIORAVANTI M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trad. Martínez Neira M., Trotta, Madrid, 2000, p. 26.

pretendían ser conservadores cuando perseguían el mantenimiento y respeto de las reglas de los ordenamientos preestatales. Por ejemplo, la idea de que la historia y la tradición son fuente de validez jurídica³⁷¹. El origen de la anterior situación, es decir, el mantenimiento de los elementos sustanciales del Estado por ser históricos, y el intento de introducir las ideas individualistas, se debe a que la burguesía quiere ocasionar cambios, pero entienden que deben hacerlo paulatinamente, esto es, de forma gradual. Para lograr tal fin, se implantó el concepto de “Constitución histórica” en la que se mezclaban normas consuetudinarias y leyes acordadas entre el monarca y los representantes de la comunidad. La idea de “Constitución histórica” acoge los componentes básicos de la sociedad y el Estado, que como tal, son intocables.

Tanto las costumbres como las normas pactadas contenían los derechos. En el primer caso, eran normas no escritas que por el uso continuado otorgaran libertades concretas y, en el segundo caso, se consolidan pactos entre el monarca y el parlamento, donde el primero reconoce esferas de libertad a los miembros de la comunidad. La mayor parte de los derechos se encontraban en el Derecho consuetudinario, ya que hasta las mismas leyes pactadas, en su mayor parte, reconocían libertades que previamente se encontraban en normas no escritas. Se presenta en este modelo la noción de que existen ciertas cosas fundamentales, que han sido cimentadas históricamente, y que, por tanto, se encuentran exentas de cualquier posibilidad de cambio. El argumento más poderoso se circunscribe o apunta a que los componentes fundamentales del Estado y de la sociedad, se han constituido con el paso del tiempo hasta petrificarse sin dar posibilidad alguna a cambios. Por ejemplo, el modelo monárquico era no transformable, pues así había sido la forma estatal a través de la historia y, por tanto, es un elemento no potestativo sino obligatorio que viene impuesto por ella.

De la misma manera que ocurre con la monarquía pasa con los derechos fundamentales, ellos se encuentran considerados como unidades básicas del ámbito social que deben ser considerados inmodificables y

³⁷¹ Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F., <<Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales>> en: *Teoría General de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 19.

permanentes, pues están incluidos en normas nacionales históricas que son consideradas validas por su antigüedad³⁷². Es decir, desde esta forma de entender los derechos fundamentales es imposible atribuirles algún grado de dinamismo o vocación de cambio, pues la fuente en que se sustentan, es la tradición, la historia. Se puede afirmar que nos es posible atribuirles a los derechos fundamentales, bajo este modelo, una vocación de cambio, ya que su validez jurídica se encuentra en el pasado, es previa al Estado, lo que significa también, que los derechos son el punto de llegada de las reivindicaciones humanas, y no el punto de partida y, por tal razón, deben entenderse como intocables e inmodificables.

Retomando la idea del elemento histórico (y no del movimiento historicista que se basa una teoría estática), esto es, el momento real en que se vive en un instante determinado (teoría dinámica)³⁷³, se hablará de los derechos fundamentales ya constitucionalizados³⁷⁴, es decir, contenidos en un texto (el caso continental europeo y, también, colombiano), o en unas normas de rango superior (el caso de Inglaterra) que necesariamente vinculan a los poderes públicos, y que tienen una proyección en todo el ámbito espacial y temporal del ordenamiento jurídico al que pertenecen.

Con el fin de demostrar la necesidad de vincular el elemento histórico dentro del concepto de los derechos y, por tanto, para sustentar una teoría dinámica-normativa de la interpretación, se puede hacer uso de la clasificación utilizada por el profesor Pietro Sanchís³⁷⁵ para diferenciar diferentes tipos de fundamentaciones de los derechos. Para él, en la dimensión abstracta los derechos son predicados de todos los seres humanos independientemente del

³⁷² *Ibidem.*

³⁷³ En el mismo sentido de la idea de la historia actual en el momento hermenéutico, Ronald Dworkin, refiriéndose a la interpretación de las prácticas sociales y de las obras de arte, sostiene que: “...*la interpretación creativa no es una conversación sino de construcción. Diré que la interpretación de las obras de arte y las prácticas sociales se interesa en el propósito y no en la causa. Pero los propósitos en juego no son (fundamentalmente) aquellos de algún autor sino del intérprete*”. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, op. cit., p. 46.

³⁷⁴ Vale recordar que la primera constitucionalización de las libertades se encuentra en el sistema constitucional de Estados Unidos en el siglo XVIII. Inicialmente en las constituciones de los Estados, y luego en la Constitución federal de 1887.

³⁷⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 21 y 22.

ámbito temporal o espacial en el que éstos se encuentren; y, en la dimensión histórica, los derechos significan exigencias ubicadas en un momento histórico y en un ámbito espacial determinados. Así las cosas, para la primera posición, el significado de un derecho, su descripción y justificación, pueden realizarse con independencia de cualquier contexto; mientras para la segunda, es indispensable, respecto del significado, descripción y justificación de un derecho, atender a la evolución histórica del derecho fundamental³⁷⁶.

Así las cosas, cabe sostener que lo que hace que una decisión judicial sea tenida como correcta, es que sea adoptada por un órgano competente, que no sea contraria a su tenor literal, a su sistema, a los textos internacionales³⁷⁷, a su espíritu y finalidad, y a la realidad social³⁷⁸. Vale aclarar que en la tesis que se defiende se parte de una posición positivista (teoría normativa). No obstante, como se ha señalado antes, no se pretende sustentar una teoría general, completa o definitiva de la interpretación, pues ello implicaría, por lo menos, someter a juicio la tesis de: la “neutralidad valorativa” (el Derecho es ajeno a cualquier justificación moral), la del “silogismo” (la actividad del juez es meramente mecanicista), la “legalista” (la ley ocupa el lugar de primacía en el sistema de fuentes), la “imperativista” (el Derecho consiste en mandatos del soberano respaldados por la fuerza), la de la “suficiencia de la ley” (la absoluta coherencia y plenitud del Derecho) y la de la “coactividad” (el Derecho esta respaldado por el uso de la fuerza). La meta es menos ambiciosa, por eso sólo se limitará a describir el elemento histórico, como una parte fundamental.

En la atribución de contenido a los derechos la historia desempeña un papel trascendental. No se puede olvidar que el Derecho es una obra humana que se expresa mediante el lenguaje, esto es, haciendo uso de convenciones que poseen un significado plural y variable. Al respecto el profesor Peces-

³⁷⁶ Esta forma dual en el análisis de los derechos fundamentales, ha sido descrita con otras denominaciones. Unos de los métodos más utilizados es el que diferencia entre “punto de vista externo e interno”. La utilización de este sistema clasificatorio se puede ver, por ejemplo, en BARRANCO AVILÉS, M., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 69.

³⁷⁷ como ocurre, por ejemplo, en el caso constitucional colombiano y español, donde los derechos deben ser interpretados de acuerdo con las normas y convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas por esos países.

³⁷⁸ En este sentido, ASÍS, R. de, *Argumentación...*, op. cit., pp. 23 y 24. El profesor de Asís, suscribe en su estudio estos elementos, no obstante él adiciona uno más: “su contenido esencial”.

Barba dice que: *“Las ideas surgen siempre en momentos históricos precisos, se repiten, se transforman, arraigan o desaparecen. Son como una semilla de razón que se formula, por unos hombres, que otros leen, meditan y trabajan sobre ese germen, desde su propio punto de vista en su propio tiempo y con su propia información, y que reconstruyen, con otras aportaciones y otros bagages culturales. Esa operación, que se repite a lo largo de la historia tantas veces, es signo de la comunicación y también de la capacidad de razonar y de construir conceptos generales, expresión de la dignidad humana y de nuestra diferencia con otras especies animales. En cada acto de creación intelectual, cuyo conjunto va constituyendo el depósito de la cultura, influyen otros elementos decisivos, de carácter cultural, físico, económico, social o político, que interfieren y matizan la pureza de la aportación racional. Por eso muchas ideas latentes o depositadas en el marco de la cultura, en este caso de la política y jurídica, aparecen con fuerza en un momento dado, lo que no puede explicarse desde las mismas ideas, sino desde el conjunto de condiciones que provocan esa incidencia y que son como catalizadores sociales de su eficacia”*³⁷⁹.

Ahora bien, con el fin de poner en contexto lo expuesto, es factible sostener que, sin perjuicio de que la decisión judicial tenida como “válida”, sobre los derechos, es la llevada a cabo por el órgano competente estatuido por la Constitución para tal fin, los elementos que deben ser tenidos en cuenta para que además, dicha decisión, sea tenida como “correcta” deben ser los relativos a la situación histórica en que los derechos se han desarrollado, y por tanto, es necesario que el proceso interpretativo pueda operar desde ella. Pero este proceso, que tiene en cuenta al momento histórico, no puede tomar como fuente absoluta dichos elementos, sino que el marco histórico debe obligatoriamente ser compatible con los rasgos racionales y abstractos del mismo concepto de los derechos³⁸⁰.

Sobre el análisis de la inclusión del elemento histórico como parte fundamental del concepto de los derechos, el profesor de Asís dice que: *“En lo*

³⁷⁹ Cfr. PECES-BARBA, G., *“Los derechos sociales económicos y culturales: apuntes para su formación histórica y su concepto”*, en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 11, Dykinson, Madrid, 1997, p. 7.

³⁸⁰ En este sentido ASÍS, R. de, *“Argumentación...”*, op. cit., p. 28.

que aquí me interesa destacar, supone expresar la necesidad de que la decisión interpretativa sujeta a los parámetros antes expuestos y enmarcada en el discurso histórico sobre los derechos sea aceptable en relación con los ciudadanos a los que se dirige y en los que puede en algún momento afectar. En esta exigencia es en la que se expresa de alguna manera la conjunción entre razón e historia que debe estar presente a la hora de configurar el resultado de los derechos. La exigencia de aceptabilidad obliga al juez a situarse en la posición de aquellos a los que se dirige y a plantearse si estos aceptarían su decisión³⁸¹.

Esta es la postura que se considera idónea y aplicable en el sistema interpretativo de los derechos fundamentales en Colombia, ya que permite sostener la presencia de unos derechos dinámicos³⁸². En síntesis, el integrar el elemento histórico, como parte del concepto de los derechos, ofrece la dinámica y flexibilidad necesaria para lograr unos derechos eficaces (teoría dinámica), no obstante, lo anterior es válido siempre que se brinde estabilidad y seguridad jurídica (teoría normativa), pues toda operación interpretativa sólo puede actuar dentro de los límites jurídicos. Con base en la teoría interpretativa dinámica-normativa, la idea de mutación presentada en este trabajo, es viable y positiva para el sistema de los derechos fundamentales en Colombia.

Esta teoría interpretativa se ve reflejada en la idea de los derechos como categorías históricas, lo que significa que no se constituyen como algo acabado, sino por el contrario representan un punto de partida³⁸³, se configuran

³⁸¹ Ídem, pág. 29.

³⁸² Aunque el profesor Días Revorio sostiene que el criterio de la “interpretación evolutiva” por sí sólo es insuficiente para una adecuada interpretación de la Constitución, es decir, necesita de ayuda de los demás (gramatical, histórico, sistemático y teleológico), es importante resaltar lo que afirma sobre el particular. Él sostiene que interpretar la Constitución en conexión con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicadas, es un elemento básico para lograr la pretensión de permanencia y estabilidad de la Norma, pues ésta no sería posible si no se interpretara de acuerdo con la realidad social que esta llamada a regular, lo que implica que, mediante el proceso hermenéutico, la Constitución se vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, etc., sin llegar a traspasar o violar el significado literal de sus preceptos. Cfr. DÍAZ REVORIO, F., *La Constitución abierta...*, op. cit. p. 248.

³⁸³ La tesis que se defiende, en este punto, se acerca bastante a la del Derecho como integridad de Dworkin, él dice que: “*El método de Hércules (...) Rechaza la suposición de un momento canónico en el que nace un estatuto y tiene todo y el único significado que siempre tendrá. Hércules no sólo interpreta el texto del estatuto sino también su vida, el proceso que comienza antes de que se convierta en ley y se extiende mucho más allá de dicho momento. Intenta hacer lo mejor que puede de esta historia continua, y*

como un sistema abierto a diferentes ideas y desarrollos, dentro de los límites constitucionales³⁸⁴. Así se podrá, en el proceso interpretativo, justificar el concepto de derechos siempre en conexión con su historia. Respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas que se producen por defender una teoría de estas características, el profesor Prieto Sanchís dice que: “...este enfoque autoriza el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, requeridos por el desarrollo tecnológico, por la creciente complejidad del entramado social o por una mayor sensibilidad hacia determinados problemas, sin necesidad de modificar el concepto de derechos humanos”³⁸⁵. Teniendo en cuenta la apertura y abstracción de las disposiciones de los derechos, los argumentos de la literalidad (teoría del textualismo) y de la intención de los constituyentes primarios (teoría del originalismo), al momento de interpretarlos, se deben entender como criterios insuficientes para atender a las exigencias modernas de las libertades en Colombia³⁸⁶. La teoría interpretativa dinámica-normativa se presenta como una vía idónea para lograr tal fin.

La tesis que se defiende en esta parte del trabajo, en la que propugnamos por una teoría de la interpretación que respete los límites constitucionales, pero que necesariamente sea dinámica, abierta, flexible, evolutiva, encuentra pleno respaldo en el Derecho constitucional colombiano, como el único procedimiento conciliable con la cláusula del Estado de Social de Derecho. Al respecto la Corte ha sostenido que: “Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme

por lo tanto, su interpretación cambia a medida que se desarrolla la historia”. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, op. cit., p. 246.

³⁸⁴ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios...*, op. cit., p. 91.

³⁸⁵ Ídem, p. 93.

³⁸⁶ El profesor Canosa Usera, para el caso español, sostiene al respecto que: “Acompasar la interpretación constitucional con la evolución social, atendiendo a la realidad social del momento, es condición del éxito y, en el ordenamiento español exigencia del artículo 3.2 del Código Civil. La evolutividad de toda interpretación jurídica, en especial de la constitucional, determina la buena aplicación de la norma interpretada. Esta conexión entre la norma y la realidad sobre la que esa norma se proyecta, defendida entre otros por Hesse, explica la insuficiencia de los métodos tradicionales a la hora de interpretar la Constitución, en especial sus normas de principio. Tales métodos se encierran en una lógica normativista que descarta la realidad y llega a producir magníficas argumentaciones carentes por completo de sentido común y fuera de la realidad. Sin cálculo de los efectos políticos esperables no hay interpretación constitucional aceptable”. Cfr. CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y voluntad democrática*, en la obra colectiva: *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005, p. 245.

*instauración de un orden justo, asentado en el **respeto** y **efectividad** de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el **estado social de derecho**. Como corolario del **principio de efectividad**, elemento esencial del **estado social de derecho**, el artículo 228 de la Constitución Política, ordena que en las decisiones judiciales **prevalecerá el derecho sustancial**. No existe derecho más **sustancial** que el consagrado en la propia Constitución cuando se ocupa de definir los diferentes derechos. Esa disposición debe por ello interpretarse como una de las más preciosas garantías de la protección de los derechos y brinda la prueba inconcusa de su pleno **valor normativo**".*

En esta misma jurisprudencia se sostiene que: *"El valor normativo de la Constitución y su pretensión normativa, reclaman una interpretación que propenda por la eficacia y actualización de sus disposiciones, de modo que la Constitución formal se convierta en Constitución real y vaya adaptándose a las cambiantes condiciones de la vida social"* ³⁸⁷. Se cree que una interpretación dinámica o evolutiva de los derechos, dentro de la cual las mutaciones iusfundamentales (en el sentido defendido en este trabajo) se configura como una pieza indispensable, es el camino idóneo a seguir en la batalla por quitarle espacio al problema más grave que padece el sistema de los derechos en Colombia, y que se ha venido resaltando desde el comienzo, como es la falta de conexión entre la realidad constitucional y las normas iusfundamentales explicitadas. La interpretación evolutiva o dinámica de los derechos es la tesis acogida y aplicada en Colombia, la cual tiende a solucionar el problema descrito, y es la que está acorde con la idea de mutación que se ha desarrollado. Si dicha idea de mutación encuentra concordancia en esta teoría interpretativa, se puede afirmar que en ciertos casos mutación e interpretación actúan conjuntamente. Esto permite sostener que cuando actúan juntas existe un único fenómeno que se puede denominar "interpretación mutativa de los derechos".

³⁸⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-006-92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. También puede verse la Sentencia de la Corte Constitucional, T-223-92, M. P., Ciro Angarita Barón.

CAPÍTULO QUINTO

LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN

En los tres primeros capítulos de este trabajo se desarrolló lo relacionado con la mutación de los derechos, y en el cuarto lo concerniente a la interpretación de los mismos (aunque cuando se habló de mutación se hicieron algunas referencias obligadas al tema de la interpretación y viceversa). La razón de esta separación ya se ha anunciado antes, se debe a que son temas o figuras jurídicas diferentes, las dos pueden coexistir en el ordenamiento jurídico sin tocarse. Sin embargo, lo más común en el actual Estado constitucional es que la mutación de un derecho se produzca por virtud de la interpretación, convirtiendo los dos ámbitos en uno sólo: la interpretación mutativa de los derechos. Se vera a continuación entonces qué se entiende por esta compleja y novedosa propuesta.

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, la interpretación es uno de los problemas más relevantes para la teoría constitucional. Lo es así, debido a la falta de acuerdo sobre la actividad hermenéutica, esto es, sobre la manera en que se puede hallar el sentido a los componentes lingüísticos de los enunciados de una disposición jurídica, y el sentido de la misma norma en relación con las demás que componen el sistema y, por su puesto, en su conexión con la realidad constitucional. De acuerdo con esta descripción problemática, y en relación con los derechos fundamentales, surge un interrogante: ¿es jurídicamente viable que la Corte constitucional como máximo guardián de la integridad y supremacía de la Constitución pueda, mediante la búsqueda del sentido de las palabras de las normas sobre derechos fundamentales, y en su conexión con otras normas y con la realidad constitucional, producir mutaciones?

Ahora bien, el problema no está sólo en encontrar la mejor manera de alcanzar esta meta, es decir, en el camino más adecuado para encontrar la norma que se encuentra dentro del marco del enunciado de la disposición, sino que también hay dificultades en la determinación de a qué órgano y con qué alcance corresponde llevar a cabo la acción interpretativa. Por tanto, y de

acuerdo con esto último, podemos afirmar que la interpretación jurídica tiene una directa relación con la idea de separación de poderes y, específicamente, con la posición constitucional que ocupan los órganos del Estado. Así las cosas, la mutación por la interpretación de los derechos es un tema relevante desde el cual es posible abordar las dos cuestiones planteadas, esto es, en la determinación de la actividad interpretativa y en la posición constitucional de los órganos del Estado llamados a realizar dicha actividad. Respecto de la primera cuestión, y con base en lo expuesto, fundamentado y justificado a lo largo de este trabajo, es viable sostener que es posible la inclusión de cambios intensos en los contenidos normativos de los derechos, por tanto, es importante determinar qué se entiende por dicha actividad interpretativa, cuáles cambios son posible y bajo qué condiciones o límites.

En relación con la segunda cuestión, el problema se plantea especialmente con la labor de concreción y desarrollo jurídico que llevan a cabo, sobre los derechos fundamentales, el legislador y el juez constitucional. La cuestión deviene más problemática al vincular a esta discusión el conflicto entre “principio democrático” y “principio constitucional”, o más específicamente en la diferencia entre la legitimidad política del legislador y la legitimidad jurídica del juez constitucional³⁸⁸. En este último punto, el tema de la mutación de los derechos es muy importante, pues en “estricto sentido” la ley es una concreción política de los derechos, es decir, la escogencia de una opción dentro del haz de opciones que permite la norma, y la función del juez es una concreción jurídica, esto es, éste se mueve dentro de un proceso netamente jurídico donde su actividad se centra en la comprensión jurídica del marco constitucional, razón por la cual debe fundamentar porqué esa decisión es una aplicación correcta del texto constitucional.

El problema es que en el actual sistema constitucional de los derechos fundamentales, la práctica se aparta mucho del “sentido estricto” que se ha expuesto, ya que no en pocas ocasiones el juez constitucional y el legislador se encuentran en una situación de rivalidad y, por ende, la diferenciación en las

³⁸⁸ Este tema será tratado, más adelante, en el epígrafe referente a la legitimidad de la Corte constitucional para producir mutación por vía de interpretación.

funciones se desnaturaliza. Es un ejemplo claro, que sirve para demostrar esta última afirmación, el control abstracto sobre leyes que delimitan los derechos, y que realiza el juez constitucional. En este proceso, y otra vez debido a la indeterminación de los enunciado de la normas, se corre el riesgo de que se pierda la diferenciación entre producción normativa y administración de justicia, es decir, existe la posibilidad de que el juez constitucional se convierta en un legislador *alternativo* cuando imponga desde su supremacía una concreción política (que puede ser mutativa) en oposición a la determinada por el legislador. De esta manera surge la pregunta: ¿puede considerarse que cuando el juez constitucional produce mutaciones a los derechos, por medio de la interpretación, estaría usurpando el espacio constitucional que corresponde al legislador?

En este orden de ideas, el fenómeno de la interpretación mutativa de los derechos fundamentales se presenta o encuentra un espacio propio dentro de algunos de los grandes problemas jurídicos del sistema constitucional colombiano. Por tal razón, es valioso, por un lado, dilucidar la manera como la actividad interpretativa de la Corte se relaciona con las mutaciones de los derechos y, por otro lado, plantear unos límites al resultado de dicha relación. Esto último lleva a la pregunta: ¿imponer unos límites a la interpretación mutativa de la Corte constitucional implica actuar en defensa o en detrimento de los derechos?. Aunque hay algún constitucionalista que afirma que los problemas sobre los límites al cambio constitucional son asuntos que *“no responden a preocupaciones políticas y constitucionales reales, sino a preocupaciones académicas que son legítimas pero mucho menos importantes”*³⁸⁹, en realidad este es un tema práctico y real, al que es necesario poner mucha atención, pues consideramos que es un problema de primer orden para la teoría y la praxis constitucional.

En síntesis, se quiere tratar dos asuntos de gran relevancia para entender y delimitar los cambios intensos en el contenido normativo de los derechos, sin que medie una alteración del texto. El primero se refiere a la

³⁸⁹ Cfr. PÉREZ ROYO, J., “Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución”, en *Revista de política comparada*, números 10 y 11, 1984, p. 450.

relación entre la interpretación (realizada por la Corte Constitucional) y la mutación de los derechos, tema que será tratado en éste capítulo; y el segundo se circunscribe a la determinación de los límites de dicha relación, el cual se desarrollará en el último capítulo. En otras palabras, se pretende dilucidar como pueden mutar los derechos por la interpretación de la Corte, y a su vez, se quieren describir los límites en que dicho proceso puede desarrollarse. Así las cosas, y como ya se mencionó antes, buscamos un punto de equilibrio, dentro del sistema constitucional, que permita, por un lado, contar con unos derechos dinámicos, es decir permeables a los cambios históricos y, por otro lado, contar con unos derechos dotados de seguridad y certeza, para poner a salvo su contenido normativo, esto es, para impedir su vaciamiento.

II. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN MUTATIVA

Las variaciones ocurridas en la realidad constitucional o en el criterio jurisprudencial, pueden ocasionar una transformación intensa o radical en el contenido normativo de un derecho (mutación), por mediación de la interpretación de la Corte Constitucional. Y esto es precisamente lo que ahora se quiere analizar, para ello se comenzará con una crítica. Böckenförde dice que con esta idea se borra del plano jurídico toda diferenciación entre interpretación y mutación constitucional, y que esta situación no es recomendable, pues el “programa normativo” (en los términos de la teoría de Müller) se mantiene inalterado, ya que el efecto ordenador del precepto no queda transformado por el cambio de la realidad, pues la variación se desarrolla en los términos contenidos y permitidos por el mismo “programa normativo”³⁹⁰.

La anterior crítica es válida desde una postura cercana al formalismo positivista, pero no desde la teoría dinámica-normativa (tanto de la interpretación como de la mutación de los derechos) que se venido defendiendo. El mismo Böckenförde sostiene que sólo es posible diferenciar mutación e interpretación, si se acepta una teoría de la mutación de la Constitución que implique una variación en el contenido de un derecho, a

³⁹⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios...*, op. cit., p. 194.

través de la interpretación, en el sentido de la función integradora de la Constitución como norma jurídica que pretende regular la vida cambiante del Estado (la teoría de Smend)³⁹¹. En este trabajo existe una mayor afinidad con la teoría de la integración que a con la formalista, sin perjuicio de las críticas que se han realizado, es decir, el intérprete de los derechos debe ser capaz de entender que se trata de normas vitales que ordenan a un objeto concreto que no es estático, y que la realidad constitucional no debe ser considerada de forma aislada, sino como un elemento que hace parte del concepto mismo de los derechos³⁹².

No obstante lo anterior, y con el fin de dar respuesta a la crítica de Böckenförde, y también para desechar los elementos de la teoría de la integración que no se aceptan, se puede comenzar por recordar que una cosa es la interpretación de los derechos y otra es la mutación de los derechos. Por tal razón, en este trabajo se ha realizado un estudio separado de cada figura, con el fin de analizar los elementos constitutivos de sus respectivos conceptos y, además, para tomar una posición al respecto (lo que se ha denominado la teoría dinámica-normativa de la interpretación y de la mutación de los derechos). Sin embargo, y sin perjuicio de sus espacios autónomos o propios dentro del entramado jurídico, son figuras que pueden actuar de forma conjunta o articulada, por tal razón, es viable analizarlas como un sólo fenómeno.

Así las cosas, por un lado, la interpretación de los derechos es un proceso orientado a la determinación del sentido de la norma, en su adecuación a un supuesto de hecho al que se supone debe aplicarse, es decir, mediante este mecanismo la Corte Constitucional debe extraer del contorno jurídico de un derecho o del sistema de derechos una norma aplicable al caso concreto. La clave de esta descripción se encuentra, en primer lugar, en saber qué se entiende por “el contorno jurídico de un derecho”. La respuesta, de acuerdo con la tesis que se presenta, es que “el contorno jurídico de un derecho” se refiere a su contenido normativo. El contenido normativo “en sentido estricto” es el elemento idóneo para la verificación, por confrontación,

³⁹¹ Ídem, p. 195.

³⁹² En un sentido semejante, SMEND, R., *Constitución...*, op. cit., p. 198.

de las mutaciones, es decir, el que se encuentra compuesto normalmente por los valores y principios constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular, por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad, por la ley de concreción, por las demás normas ya sean legales o infralegales, por las sentencias sobre el particular y, por su puesto, por la realidad constitucional.

Todos estos elementos representan las señas de identidad o los rasgos de la naturaleza de un derecho fundamental. No obstante, por ejemplo al momento de llevar a cabo el control de constitucionalidad de ley, el juez constitucional sólo se encuentra vinculado por la Constitución y no por otras normas de menor rango, es decir, en estos casos, debe acogerse a una especie de contenido normativo “en sentido amplio”, pero con grandes matices respecto del momento histórico de la realidad. Es decir, el juez constitucional al momento de enjuiciar una ley por control abstracto –control de la ley– o en concreto –tutela–, sólo puede estar vinculado por los valores y principios constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición del derecho en particular, por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad y por la realidad constitucional pero la del momento en que se va a decidir, y ya no la del momento constituyente, es decir, la situación histórica original acogida por la Constitución en el momento de su creación, sino por la existente al momento de tomar la medida judicial. Este es el parámetro de constitucionalidad al que se encuentra vinculado el juez constitucional al proteger y garantizar los derechos, en relación con las posibles violaciones por la ley u otras normas con fuerza de ley.

En síntesis, el intérprete de los derechos debe ocuparse de la comprensión de las normas constitucionales explicitadas sobre ellos, para luego acudir a los datos proporcionados por los hechos prácticos y la conciencia ideológica, todo esto en relación directa al caso concreto a solucionar. Para llevar a cabo este fin, el intérprete deberá hacer uso de los medios hermenéuticos con que cuente: los métodos, los criterios, los principios de la interpretación constitucional (estos últimos son, por ejemplo, la unidad de Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional, la eficacia

integradora, la fuerza normativa de la Constitución, entre otros). La utilización de este sistema, o en otras palabras, la utilización de la teoría dinámica-normativa de la interpretación de los derechos, por parte de la Corte Constitucional, desde lo que se ha defendido hasta aquí, permite afirmar que es la plasmación de un procedimiento que se puede calificar de sólido, racional, lógico y controlado de interpretación de los derechos.

Ahora bien, por otro lado, se ha también sostenido que, la mutación de un derecho fundamental, significa un cambio o transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen; así mismo, se dijo que normalmente dichos cambios son ocasionados y motivados por la evolución histórica de la sociedad donde los derechos despliegan sus efectos normativos o por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales (o sea, la teoría dinámica-normativa de la mutación de los derechos).

No obstante sus ámbitos de actuación diferente dentro del sistema jurídico de los derechos (mutación e interpretación), son materias que logran vincularse, es decir, pueden actuar de forma articulada o conjunta, lo que permite estudiarlas como una sola figura jurídica. Ahora bien, la interpretación puede ser fuente de la mutación y también puede ser receptora de una mutación de los derechos. En el primer caso, el proceso hermenéutico es la fuente jurídica que produce un cambio intenso en el contenido normativo; en el segundo, la interpretación es el proceso que constata y reconoce una mutación producida por otra fuente normativa³⁹³, por ejemplo, el Derecho consuetudinario que presiona por un cambio en el Derecho positivo.

En este contexto, una interpretación mutativa de un derecho fundamental, significa el proceso mediante el cual la Corte Constitucional, haciendo uso del mecanismo hermenéutico, es decir, cuando ha comprendido

³⁹³ Los diferentes tipos de fuentes normativas que pueden producir mutaciones, y que pueden ser acogidas mediante la interpretación, serán expuestos en el siguiente capítulo.

su contenido normativo (el sentido de las normas explicitadas y de la realidad constitucional), considera que debe adscribir una norma al caso concreto a resolver, en el que dicha norma adscrita produce un cambio intenso o radical en el contenido normativo del mismo derecho sin ninguna alteración de su tenor literal, por causa de la propia iniciativa interpretativa de la Corte o porque mediante su interpretación ha receptado o acogido dicho cambio intenso acaecido en otra fuente normativa, siempre dentro de los límites constitucionales. Esta es la idea de partida de lo que se puede denominar “la teoría dinámica-normativa de la interpretación mutativa de los derechos fundamentales”. Al respecto, y cuando se refiere al desacuerdo que existe, por parte de los jueces, sobre el fundamento del Derecho, Ronald Dworkin sostiene que: “*Esta norma de acuerdo y desacuerdo es temporaria. De repente, lo que parecía inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva **incluso radical** de una parte importante de la práctica legal (...). Los paradigmas se rompen y surgen nuevo (sic) paradigmas. Estos son los distintos elementos de nuestro cuadro de adjudicación en una parte representativa de la población y a través de paso de tiempo*³⁹⁴”.

Para ahondar un poco más en el significado de la teoría dinámica-normativa de la interpretación mutativa de los derechos fundamentales, hay que recordar que en el primer capítulo se sostuvo que la realidad constitucional hace parte del concepto de los derechos fundamentales en Colombia. Así las cosas, existe una conexión plena entre las normas explicitadas sobre un derecho fundamental y su realidad constitucional. Cuando esta realidad se transforma de manera intensa (interpretación que reconoce una mutación) o cuando el criterio jurisprudencial cambia de forma intensa (interpretación que crea una mutación), el contenido normativo muta, es decir, sufre una transformación intensa o radical siempre y cuando la nueva realidad o el nuevo criterio jurisprudencial sean constitucionales. Como se puede observar, el concepto de interpretación mutativa tiene dos facetas: la interpretación mutativa generadora y la interpretación mutativa receptora. Mediante la primera la interpretación mutativa es la fuente normativa que produce el cambio intenso,

³⁹⁴ Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, op., cit., p. 73.

mientras que en la segunda la interpretación mutativa reconoce el cambio intenso operado por otra fuente normativa.

Esta tesis ha sido descrita en Colombia, y dice que los datos sociales, que son cambiantes por naturaleza, informan el contenido de la norma y, por esta causa, la labor de concretización que se desarrolla por vía interpretación puede terminar en soluciones distintas, sin importar que el texto de la disposición no ha variado, esto es, sigue siendo el mismo³⁹⁵. Esto es llamado por la profesora Morelli como interpretación creativa, la cual se caracteriza por ser dinámica, pues la norma depende del contexto de la realidad y del tenor literal, es decir, depende del cambio de los valores fundamentales de una sociedad y de lo explicitado en la disposición, sin importar que este último sea el mismo, ella afirma que de lo que se trata “*es de realizar los derechos actuales*”³⁹⁶. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el juez constitucional debe realizar una labor creativa por que se encuentra vinculado con la realidad constitucional, surge la siguiente pregunta: ¿hasta dónde puede ir esa labor creativa³⁹⁷? La respuesta se ciñe al tema de los límites de la mutación, sobre el cual Marcela Monroy sostiene que: “*...la facultad del juez constitucional llega hasta donde termina la capacidad de mutación de la norma objeto de interpretación, determinando el límite del juez en esta materia*”³⁹⁸.

Sobre la interpretación mutativa el profesor Lucas Verdú hace una afirmación importante, él sostiene que cuando los órganos de jurisdicción constitucional, por causa de sus fallos, modifican indirectamente el texto constitucional es porque tienen presente la realidad constitucional, ya que advierten que la norma explicitada debe estar acorde con ésta, ya que dicha realidad tiene tanta fuerza que si la norma positivada no se acomoda se quebrantaría el texto fundamental³⁹⁹. La anterior afirmación debe ser matizada. Se ha sostenido que la interpretación constitucional debe entenderse como el desarrollo jurídico y el perfeccionamiento de algo jurídicamente establecido con

³⁹⁵ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 174

³⁹⁶ Cfr. MORELLI, S., *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 131 y 232.

³⁹⁷ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit, p. 176.

³⁹⁸ Cfr. Ídem, p. 178.

³⁹⁹ Este argumento lo encontramos en LUCAS VERDÚ, P., *Política...*, op. cit., p. 1548.

antelación. No obstante, no se puede perder de vista que por el alto grado de indeterminación de los derechos, la interpretación puede llegar a producir cambios intensos en sus contenidos normativos, esto último sólo es posible si respetan los límites. Ahora bien, si ese límite se supera o sobrepasa, la función de “intérprete supremo de la Constitución” que ostenta el Órgano de Justicia Constitucional, se convierte en función de reforma o modificación tácita de la norma superior⁴⁰⁰. Algo inadmisibles desde la perspectiva que se viene defendiendo. Es decir, no es posible suscribir la tesis de la fuerza normativa de los hechos sostenida por Lucas Verdú.

De acuerdo con lo expuesto, y especialmente teniendo en cuenta que la Corte Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, que sus sentencias son vinculantes para todos los miembros de la comunidad política, que lleva a cabo un control de constitucionalidad de las leyes, y que sobre sus decisiones no existe un control jurídico interno superior, cabe sostener que por causa de la interpretación que realiza la jurisdicción constitucional se pueden producir mutaciones de los derechos. Más aún, se puede afirmar que por las características expuestas, y debido al sistema constitucional actual, el Órgano de Justicia Constitucional es el ente más importante e idóneo en la producción de dichas mutaciones, es decir, en la promoción de la realización histórica de la Constitución⁴⁰¹.

En síntesis, y a manera de diferenciación entre proceso mutativo e interpretativo, se dirá que no toda interpretación de la Corte es mutativa, que sólo puede ser considerada como de este tipo aquella que produce cambios intensos o radicales en el contenido normativo de un derecho. La Corte constitucional está en la obligación de realizar una interpretación mutativa de los derechos, cuando sea pertinente, pues existe una vinculación del juez constitucional en la adecuación del contenido normativo con una realidad cambiante, o porque tiene que cambiar su criterio jurisprudencial, esto es parte de su obligación de “guardián de la Constitución”. Por tal razón, el juez se

⁴⁰⁰ En este sentido véase a BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios...*, op. cit., p. 193.

⁴⁰¹ En sentido favorable a la existencia de las mutaciones constitucionales por la interpretación en Colombia puede consultarse a MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...* op. cit., p. 178.

encuentra obligado a realizar tal adecuación o sea a producir mutaciones cuando sea necesario, razonable y justificado hacerlo. Existe un acuerdo en la doctrina colombiana sobre la vinculación de la Corte constitucional a la realidad constitucional y, también, sobre que este órgano es el más idóneo y el responsable de llevar a cabo la conexión entre los derechos fundamentales y dicha realidad. Por ejemplo, el Presidente de la república de la época en que se encontraba reunida la Asamblea constituyente (Cesar Gaviria), hablando de la creación de la Corte constitucional, pregunto a dicha Asamblea: “...¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y el que la adapte a la realidad dinámica de Colombia?...”⁴⁰². En este mismo sentido nos dice el profesor Cepeda Espinosa que para lograr el dialogo entre la Constitución y la realidad social: “el escenario privilegiado es el órgano responsable de ejercer el control de constitucionalidad...”⁴⁰³.

Igualmente, y vale la pena transcribirlo a pesar de su extensión, Marcela Monroy sostiene que: “En primer término, diremos que contrariamente a lo que sucede con el interprete ordinario, que sólo debe limitarse a efectuar un análisis de tipo lógico entre los hechos y la norma, para deducir de esta operación la solución al caso particular que se le ha planteado, en la interpretación constitucional, el juez debe ser ante todo la caja de resonancia de la experiencia social del texto constitucional: es decir, debe reflejar en la sentencia la realidad social relacionada con el caso planteado, puesto que la Constitución, lejos de ser un simple papel, debe resultar una vivencia en la conciencia ciudadana. De otro modo, si no se produce un permanente consenso respecto de su eficacia y de su conveniencia para la sociedad, el texto se irá deslegitimando, hasta cuando la sociedad reclame y actúe, a fin de recobrar para sí la institucionalidad perdida; corresponde por lo tanto al juez constitucional la misión de lograr una constitución vivida en la experiencia diaria de los ciudadanos, tarea que entraña una inusitada trascendencia en lo que toca con la llamada ‘fuerza normativa’ que debe poseer la Constitución”⁴⁰⁴.

⁴⁰² Intervención del 17 de abril de 1991.

⁴⁰³ Cfr. CEPEDA ESPINOSA, J.M., *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 6.

⁴⁰⁴ Cfr. MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...* op. cit., p. 172.

Ahora bien, realizada esta justificación, es decir, de que por vía de la interpretación las mutaciones a los derechos hacen presencia, y que la Corte Constitucional, para el caso colombiano, es el ente idóneo para producirlas, surgen dos preguntas: ¿en qué momento o a través de que conducto se pueden producir mutaciones en el proceso interpretativo? y ¿en qué ámbito o espacio del contenido normativo de un derecho se ubicarían dichos cambios intensos? Las respuestas a estos interrogantes son elementos básicos de la teoría dinámica-normativa de la interpretación mutativa. Sobre la primera cuestión, se ha afirmado antes (tomando como base la teoría de Alexy) que existen diferentes tipos de normas sobre derechos fundamentales: “el enunciado” que se refiera a lo que expresa el texto de un derecho y “la norma adscrita” que se circunscribe a la extracción del significado del enunciado al aplicarlo al caso concreto⁴⁰⁵. En este contexto, es viable afirmar que es la Corte Constitucional el órgano encargado de producir las normas adscritas de derecho fundamental, pues es éste quien debe dirimir jurisdiccionalmente los casos constitucionales.

Se ha sostenido a lo largo de este trabajo y para el caso colombiano que existe una vinculación del juez constitucional a la realidad constitucional, por virtud de la misma Constitución y por ratificación jurisprudencial y doctrinal. Por tal mandato, este juez se encuentra obligado a conectar la vivencia real constitucional del Estado y de la sociedad, o sea el momento histórico determinado, con las normas explicitadas (enunciados en la terminología de Alexy), y el momento procesal para ello no es otro que el de la creación de la norma adscrita de derechos fundamental al caso a resolver, es decir, la Corte Constitucional colombiana, al momento de realizar la extracción del significado del enunciado explicitado de un derecho fundamental (normas adscritas que se reflejan en las sentencias), encuentra el momento procesal y la habilitación jurídica para producir las mutaciones requeridas⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 50 y ss.

⁴⁰⁶ Esta tesis es defendida por Enrique Alonso García quien parte del concepto de norma subconstitucional como aquella que, al extraer el significado de una norma primaria (enunciado), aclara y hace funcional dicha norma primaria, es decir, es la interpretación la que permite la elaboración de normas subconstitucionales. Este autor sostiene que: “*Cobra así el fenómeno de la interpretación constitucional un significado especial: se constituye en el mecanismo racional y científico-jurídico por el que la vivencia popular de ‘lo fundamental’ llega a convertirse en una norma subconstitucional*”

Para atender el segundo interrogante, es posible valerse de la diferenciación que hace Dworkin sobre “conceptos” y “concepciones” en el Derecho, y trasladarla al contexto del sistema de los derechos fundamentales que se viene defendiendo hasta este momento. Para ello hay que exponer primero los rasgos de su teoría general. El “concepto” es la idea más abstracta del Derecho, donde hay un acuerdo colectivo; la “concepción se refiere a la parte discutible, es decir, a las diferentes posiciones que mantienen los operadores jurídicos (legislador, juez, etc.) sobre lo que el “concepto” requiere en realidad, son las subinterpretaciones de esa idea más abstracta. Pone el ejemplo de las normas de cortesía, donde existe el acuerdo de que el “concepto” (fundamento) de este tipo de reglas es el respeto, es decir, el respeto es la idea más abstracta en donde pueden confluir o tener cabida todas las “concepciones” o formas de entender lo que éste necesita en realidad.⁴⁰⁷

Dworkin hace uso de la metáfora del árbol, y dice que el “concepto” es el tronco, esto es, la idea más abstracta donde existe el acuerdo colectivo; y las “concepciones” son las ramas, aquellos discutible sobre lo que el tronco es en realidad⁴⁰⁸. En el ejemplo de las normas de cortesía, en el que el “concepto o tronco” es el respeto, las “concepciones o ramas” son las diferentes maneras de entender ese respeto. Para unos, las normas de cortesía cumplen su fundamento cuando se usan como respeto para personas que poseen cierta posición u honores y, por tanto, creen que hay que quitarse el sombrero o bajar la cabeza frente a los oficiales o nobles. Para otros, las normas de cortesía cumplen su objetivo cuando se usan como respeto a personas que han realizado ciertos actos que los hacen merecedores de tal condición y, por ende, piensan que hay que quitarse el sombrero o bajar la cabeza frente a los heridos de guerra. En las dos “concepciones o ramas” que son discutibles, yace el

equivalente a la Constitución misma”. Cfr. ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, op. cit., p. 5. Y respecto del proceso mutativo, bajo estos parámetros, él sostiene que: “*La Constitución va suponiendo cada vez más un conjunto de normas subconstitucionales que pueden hacer olvidar después de X tiempo el significado primitivo del texto, produciendo el fenómeno ya explicado de la concreción y actualización al crearse subnormas que se imponen a todo acto, normativo o no, de rango inferior*”. Cfr. Ídem, p. 13.

⁴⁰⁷ Cfr. DWORKIN, R., *El imperio...*, op. cit., p.61.

⁴⁰⁸ Ídem, p. 60.

“concepto o tronco” en el que existe el acuerdo, esto es, la idea de que las normas de cortesía descansan en la idea abstracta del respeto⁴⁰⁹.

Así las cosas, este autor traslada su teoría de la distinción de “concepto” y “concepción” de las prácticas de cortesía al ámbito del Derecho, y dice que una idea abstracta del Derecho, de su “concepto”, es que éste consiste en guiar y restringir el poder del gobierno, para que no pueda usar su fuerza coactiva, salvo cuando lo permitan o requieran los derechos y responsabilidades individuales, pues los derechos y responsabilidades son el producto de decisiones políticas anteriores. Ahora bien, este “concepto” depende de las “concepciones”, es decir, de la manera como se considere, por parte de los operadores jurídicos, que dicho “concepto” debe ser en realidad y, por tanto, su interpretación y aplicación dependerá de la óptica desde la que se mire. Son “concepciones” del Derecho, por ejemplo, el iusnaturalismo, el positivismo jurídico, el realismo jurídico, etc. Dworkin distingue tres concepciones: el Derecho como convencionalismo, el Derecho como pragmatismo y el Derecho como integridad⁴¹⁰.

Ahora bien esta diferenciación es útil y trasladable al sistema de los derechos fundamentales⁴¹¹. Por tanto, los “conceptos” se refieren a las ideas que el constituyente plasmó al redactar los derechos, allí se ubica la idea más abstracta, esto es, los enunciados, en los que existe un consenso general o

⁴⁰⁹ Ídem, p. 61

⁴¹⁰ El convencionalismo sostiene que la ley no es lo que los jueces creen que es, sino lo que ella es en realidad y, por tanto, ella debe ser aplicada y no cambiada por las convicciones personales de dicho juez. Es una tesis conservadora del Derecho. Éste depende de las distintas convenciones sociales que se designan como convenciones legales. Por ende, siempre hay una norma aplicable al caso, y en situaciones nuevas debe acudir a las decisiones del pasado, en caso de que no existan debe el juez ejercitar su poder discrecional, siempre basado en lo que hubiera decidido el legislador o el pueblo si hubiera podido prever tal situación. Sobre la pregunta por qué una decisión del pasado es decisiva en el futuro, el convencionalismo responde que su fundamento se encuentra en la seguridad jurídica, pues son aplicables para todos, y no permiten que el juez imponga sus valores morales personales, Cfr. Ídem, pp. 90-98. El pragmatismo niega que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación para usar o retener el poder coercitivo del Estado, pues la verdadera justificación se encuentra en la justicia, la eficacia o cualquier otra cualidad del Derecho y, por ende, los jueces deben desprenderse de las decisiones del pasado e imponer sus puntos de vista. Niega que las personas tengan derechos legales, sólo tendrán los que las cortes digan que son, Cfr. Ídem, p. 115. El derecho como integridad, se basa en las decisiones del pasado, pero con la vista puesta en el presente y futuro, por tal razón, permite una técnica interpretativa creativa para las situaciones nuevas bajo en un esquema de coherencia, es decir, donde se haga uso de los principios de equidad, justicia y debido proceso, Cfr. Ídem, pp. 164-198.

⁴¹¹ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 207 y ss.

acuerdo colectivo; mientras que las “las concepciones” se refieren a las ideas que deben configurar el contenido de las disposiciones iufundamentales, es decir, la concreción y el desarrollo jurídico de los derechos, donde puede existir debate o desacuerdos, pues este contenido normativo depende de la manera en que se crea lo que los enunciados requieren en realidad. Así las cosas, y en respuesta al segundo interrogante, cabe sostener que la interpretación de los derechos es mutativa cuando produce un cambio intenso o radical, en el “concepto” de los mismos.

Esta afirmación parece contradictoria, pues se ha afirmado que los “conceptos” son aquellas ideas abstractas donde existe un acuerdo colectivo o consenso generalizado, es decir, éstos deberían ser estables y permanentes, pero esto no es ni puede ser así, pues tanto “conceptos como “concepciones” hacen parte de los derechos (contenido normativo) y, por tanto, ambas son nociones fluctuantes al igual que el objeto sobre el que pretenden desplegar su fuerza normativa: el ser humano. Sobre el significado de “concepto”, el que puede ser más problemático de cara a aceptar su dinámica o vocación de cambio, Dworkin sostiene al respecto que: *“...Pero a pesar de ser indiscutible en este sentido, su reclamo es interpretativo y no semántico; no es un reclamo sobre reglas lingüísticas que todos deben seguir para lograr un sentido. Tampoco es un reclamo eterno: su validez depende de una norma de acuerdo y desacuerdo que podría desaparecer el día de mañana (...). Y cualquiera puede desafiar su reclamo en cualquier momento; el desafiante parecerá excéntrico pero será muy bien comprendido. Su desafío marcará una profundización en el desacuerdo....”*⁴¹².

Para aclarar mejor, se puede retomar uno de los ejemplos más importantes que se ha ido utilizando a lo largo de este trabajo, como es el derecho al matrimonio. Supóngase que existe un artículo en la Constitución vigente de un Estado en el que se establece que *“los hombre y las mujeres podrán contraer matrimonio”*, y la comunidad política de dicho Estado tiene el acuerdo colectivo o consenso generalizado (realidad constitucional originaria)

⁴¹² Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, op. cit., p. 61.

de que el “concepto” del derecho al matrimonio, dentro de esa Constitución vigente, es la procreación, es decir, esta es la idea abstracta que permite acoger todas las “concepciones”, desde las que defienden que sólo pueden contraer matrimonio las parejas naturales de ese mismo país que son de una misma raza, que es considerada superior a las demás de otros países, con el fin de conservar su pureza, pues eso es lo que requiere en realidad el “concepto” del derecho al matrimonio, esto es, la procreación, y por tanto, prohíben a sus nacionales que contraigan matrimonio con nacionales de otros países. Hasta las posturas que consideran que lo que requiere en realidad dicho “concepto” es el elemento afectivo, el amor entre una pareja, sin importar su origen étnico o su raza y que, por ende, permiten que sus nacionales contraigan matrimonio con ciudadanos de otros países. Una concepción se basa en la pureza y la otra en la afectividad, pero ambas pueden ser acogidas por la idea abstracta de la procreación, es decir, se unen para procrear.

Ahora bien, con el paso del tiempo los miembros de esa colectividad consideran por acuerdo colectivo o por consenso generalizado que el “concepto” del derecho al matrimonio, esto es, la idea abstracta, es la dignidad humana expresada en forma de igualdad entre los seres humanos. Así las cosas, el legislador de ese Estado expide una ley que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Esta ley es enjuiciada por la jurisdicción constitucional para corroborar su conformidad con la Constitución, y lo que hace el ente encargado (Corte Constitucional) es observar su parámetro de control: el enunciado explicitado y la realidad constitucional (el “concepto” del derecho al matrimonio). Observa que el artículo constitucional vigente dispone que: *“los hombre y las mujeres podrán contraer matrimonio”*; luego verifica que existe un consenso generalizado en que la idea abstracta del derecho al matrimonio es la dignidad humana expresada en forma de igualdad entre los seres humanos. En este orden de ideas la Corte Constitucional, en ejercicio de su labor de último intérprete de la Constitución, procede a declarar la constitucionalidad de la ley que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Con base en lo expuesto, podemos sostener que operó una interpretación mutativa en el derecho al matrimonio, es decir, por vía de interpretación la Corte Constitucional produjo en cambio intenso o radical en dicho derecho, pues ahora su “concepto” es la dignidad humana expresada en forma de igualdad entre los seres humanos, y no la procreación. Se puede decir que ha ocurrido una transformación intensa en el contenido normativo del derecho al matrimonio, por virtud de la interpretación de la Corte, sin que haya ocurrido ningún cambio en el tenor literal de la disposición constitucional que lo establece, con base en una alteración operada en la realidad constitucional.

III. LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE PARA EFECTUAR UNA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS

El constitucionalismo moderno, desde sus inicios, ha sido fruto de una tensión entre el principio democrático y el principio constitucional. Es decir, entre el poder del pueblo y el poder de la Constitución. Las primeras premisas constitucionales consistieron en la idea de limitación al poder. Aunque al observar la estructura de la división de poderes de la mayoría de los países, y la práctica constitucional, donde existe un órgano guardián de la Constitución, parece que no existe ninguna tensión entre los principios mencionados. No obstante, siempre han existido voces que claman por una menor intervención de ese guardián dentro del sistema constitucional. La tensión se presenta en la situación en la que se supone que la democracia es el mejor sistema para el diálogo, el desarrollo individual, la protección y ejercicio de los derechos y de la participación de todos en la toma de decisiones. Por tanto, las decisiones colectivas deben tomarse por la mayoría. Ahora bien, por su parte el principio constitucional postula que ciertas materias se encuentran excluidas de ese ámbito colectivo de decisión, y que además este principio dice qué puede y cómo debe decidirse.

A. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE

El tema adquiere una mayor relevancia desde la perspectiva del control de constitucionalidad de la ley. En muchos países (como Colombia) existe un

órgano o unos jueces encargados de expulsar o inaplicar las leyes del parlamento que sean consideradas como contrarias a la Constitución, basados en la primacía y la fuerza normativa de la Constitución. Así mismo, esos jueces deben velar por que los derechos, que están fuera del debate democrático, no sean vulnerados. Estos son dos postulados de lo que la doctrina ha denominado constitucionalismo fuerte. Lo que parece extraño, es que este sistema que, en principio, ha operado bien, por ejemplo en USA desde 1803 (Marbury Vs. Madison), sea objeto de fuertes críticas, especialmente en el entorno doctrinal norteamericano.

B. EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL: J. WALDRON

Como se mencionó antes, hay autores muy relevantes que pregonan por una mayor preponderancia del principio democrático. En materia de derechos fundamentales donde las normas se encuentran positivadas de una manera muy abstracta y abierta, el problema se presenta por lo menos en tres aspectos: en cuanto menor sea la autocontención de los jueces en dar el sentido a los derechos (como normas abstractas, o sea, discutibles) más se podrá afirmar que el límite al poder del legislativo se encuentra en la jurisdicción; los jueces tienen una legitimidad menor que la del parlamento para poder expulsar normas con origen democrático; y, finalmente, debido a la dificultad de hacer uso de los procedimientos agravados de reforma, el legislativo se encuentra en imposibilidad de llevar a cabo una reforma constitucional en relación con las decisiones de los jueces de la que discrepa⁴¹³. Tal vez el mejor exponente de esta doctrina del constitucionalismo débil, en la actualidad, sea Jeremy Waldron⁴¹⁴ y, por tal razón, se considera un buen camino, para adentrarse en este tema, seguir sus ideas. Su crítica fundamental va dirigida contra la figura de la revisión judicial de la ley (Judicial Review). Hace dos afirmaciones principales: entiende que los derechos no están mejor protegidos mediante

⁴¹³ Cfr. BAYÓN, J., “*Democracia y Derechos: Problemas de Fundamentación del Constitucionalismo*”, Constitución y Derechos Fundamentales, Betegón, Laporta y otros (Cords.), Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, p. 72.

⁴¹⁴ Cfr. WALDRON, J., “*The core of the Case Against Judicial Review*”, The Yale Law Journal, 2006, Pp. 1346- 1406. Existen unos trabajos anteriores sobre este tema: “*A right-Based Critique of Constitutional Rights*”, Oxford Journal of Legal Studies 13, 1993; “*Law and Disagreement*”, Clarendon Press, Oxford, 1999.

este procedimiento de revisión, ya que se encuentran suficientemente protegidos dentro de las legislaturas democráticas; y además, señala que la revisión judicial de la ley es democráticamente ilegítima.

El autor formula una pregunta: ¿los jueces deben tener autoridad para echar abajo una ley, al considerar que vulnera derechos individuales? Hay que dejar claro que su crítica es en relación con la revisión judicial de la legislación y no respecto a la revisión judicial sobre decisiones administrativas o ejecutivas. Dice Waldron que con la revisión judicial de la ley, existen varias dimensiones o tipos, entre ellas, señala que existe un sistema fuerte de revisión judicial (USA), en el que las cortes tienen autoridad para declarar la inaplicación de una ley, modificar sus efectos, o declarar que determinada materia de una ley no será aplicada. Otro es el sistema débil de revisión judicial (Reino Unido), en el que la revisión judicial es débil, por contraste con la fuerte, porque las cortes no pueden declarar la inaplicación de una ley, pueden declarar su incompatibilidad o inconformidad frente a el estatuto de derechos. Además puede encontrar una interpretación posible o alternativa para evitar la violación de derechos. Y finalmente existen unos sistemas intermedios (Canadá), donde es posible declarar la inaplicación de una ley, pero existe legislación protegida que no puede ser revisada. (Cláusula “Non obstante”).

Waldron afirma que la justicia constitucional es antidemocrática, es una desviación del principio democrático. Él está a favor de la “soberanía parlamentaria”. La pregunta es: ¿Por qué razón someter a revisión de un órgano no electivo, una ley que es producto de un proceso electivo (es decir que ha sido sometido a debate público y en condiciones de igualdad política)? Su teoría contra la revisión judicial de la ley es condicional, está basada en cuatro supuestos los cuales deben estar siempre presentes, según él si alguno de ellos falla, el argumento principal no puede mantenerse. Esos supuestos son:

a) la existencia de unas instituciones democráticas que implica la presencia de un legislativo representativo basado en el sufragio universal con

un sistema bicameral; un debate público en igualdad política; la intervención de los partidos políticos.

b) la participación de las instituciones judiciales que implica: un sistema judicial independiente en donde la actuación de los jueces sea siempre a petición de los particulares y no a iniciativa propia; los casos deben ser dentro del contexto binario, esto es, con la presencia de al menos dos partes.

c) el compromiso de la sociedad en relación con los derechos y el respeto por los derechos de las minorías, lo que implica el conocimiento, respeto y asunción del acuerdo internacional sobre los derechos humanos (declaraciones de derechos).

d) la discordancia o desacuerdo sobre los derechos: es la prerrogativa a discrepar sobre la base de la existencia de unos mínimos; esta discusión debe ser razonable y basada en la buena fe. Sobre este último requisito Waldron señala que es necesario fijar un procedimiento para resolver esas discordancias y tomar decisiones legítimas. Y la solución está en las “decisiones procedimiento”. Esto significa que dentro de las discusiones sobre los derechos, se deben tener en cuenta las opiniones de las personas en igualdad de trato, asegurando así la deliberación, según Waldron esto se da en el proceso legislativo y sólo allí.

C. UNA TESIS ADECUADA AL CASO COLOMBIANO

La tesis de Waldron, de acuerdo con los presupuestos defendidos en su construcción doctrinal están dirigidos a unos ámbitos territoriales donde existe deliberación e igualdad democrática, no es una tesis universal aplicable a todos los rincones del mundo. Por esta razón, él, que en sus primeros trabajos defendió la tesis de la universalidad de esta teoría (es decir, aplicable a todos los espacios geográficos), en su último trabajo reestructura su posición y acepta que el principio democrático debe ser preponderante en aquellos ámbitos donde se cumplan tales presupuestos. Ahora bien, unas páginas antes se sostuvo que el sistema de control constitucional en Colombia (de 1886) fue

sinónimo de unidad política formal y poco fluido, es decir, cerrado. Esto se debió a que la cultura política colombiana se movía bajo una perspectiva bipartidista, interesada y sin una suficiente participación de las minorías, por esto se puede sostener que fue un régimen político constitucional cuasidemocrático. Así las cosas, es evidente que en 1991 se hubiese optado por el establecimiento de la Corte Constitucional.

Como también se dijo antes, el argumento principal en la Asamblea Constituyente, después de observar que bajo el antiguo régimen se daba la falta de eficacia, de protección autónoma de los derechos constitucionales, y de un Estado democrático y social cada vez más legítimo y promotor de la justicia, fue el de optar por la implantación de un sistema concentrado de control de la leyes, donde el guardián último, o mejor, donde la última palabra sobre el significado de los derechos estuviera en el seno de la Corte Constitucional. Así mismo, se reafirmaron los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución. Así las cosas, y de cara a los que interesa, se dejaron fuera del debate político los derechos fundamentales, por lo menos lo que se refiere a su contenido esencial.

Ahora bien, a esta decisión se le pueden achacar legítimamente las críticas, de los defensores de las teorías mayoritarias, que se han esbozado antes: en cuanto menor sea la autocontención de los jueces en dar el sentido a los derechos (como normas abstractas, o sea, discutibles) más se podrá afirmar que el límite al poder del legislativo se encuentra en la jurisdicción; los jueces tienen una legitimidad menor que la del parlamento para poder expulsar normas con un origen democrático; y, finalmente, debido a la dificultad de hacer uso de los procedimientos agravados de reforma, el legislativo se encuentra en imposibilidad de llevar a cabo una reforma constitucional en relación con las decisiones de los jueces de la que discrepa.

No es posible en este trabajo dar respuesta a todas las críticas, pero por lo menos es obligatorio referirse a la tercera de ellas. Partiendo de la idea impuesta por el constituyente colombiano de que existen sectores constitucionales intocables para el legislador, de que existe una garantía

judicial de los derechos, en síntesis, de que existe una Constitución normativa, la cuestión se circunscribe, en relación con el tema de las mutaciones, a la pregunta: ¿si las generaciones pasadas en Colombia han impuesto unos límites constitucionales a la generaciones futuras, cómo pueden los nuevos cambios históricos ser acogidos? De acuerdo con lo expuesto hasta aquí se puede contestar con seguridad: mediante la interpretación mutativa que puede llevar a cabo la Corte Constitucional. Ahora bien, lo anterior lleva a otro estadio, es decir, a la pregunta: ¿Existe alguna justificación jurídica para que la Corte pueda hacer esto?⁴¹⁵

IV. UNA TESIS A FAVOR DE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto en este trabajo, especialmente lo que tiene que ver con el concepto de los derechos fundamentales, de la teoría de la interpretación y de la teoría de la mutación en Colombia, no resulta difícil sostener, con plena seguridad, que la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa. Es decir, existen serios e importantes presupuestos en favor de la necesidad de la interpretación mutativa de los derechos por parte de la Corte Constitucional Colombiana, por tanto ahora se pretenden esbozar algunas razones en favor de esta posibilidad.

A. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Los derechos fundamentales en Colombia son normas con fuerza vinculante, es decir, aplicables a los casos concretos, no obstante, al hacer una lectura de ellos se observa que tienen una estructura diferente a la de cualesquiera otras normas del ordenamiento jurídico. Estas disposiciones poseen la estructura de las normas principiales, es decir, son normas

⁴¹⁵ Hay quien en Colombia sostiene la tesis de que la Corte Constitucional es un legislador, en este caso complementario, pero al fin legislador, me refiero a la profesora Morelli quien afirma que por la existencia y aceptación de las sentencias interpretativas y manipulativas se encuentra justificada la función de legislador positivo de la Corte, véase MORELLI, S., *La Corte Constitucional...op. cit.*, pp. 43 y 71. Tesis de la que no se está de acuerdo en este trabajo, por ser contraria al principio de división de poderes y, por tanto, al ámbito de competencias constitucionales asignadas a los órganos del Estado. No es aceptable asignar a la Corte una función netamente legislativa.

abstractas e indeterminadas que tienen una gran apertura y flexibilidad. Por tal razón, ellos no se prestan a la interpretación silogística ni a los mecanismos del proceso hermenéutico tradicional, por tanto, la Corte Constitucional se encuentra en una nueva situación a la hora de interpretarlos, pues debe ahora llevar a cabo una labor diferente, debe introducirse en ámbitos que no eran comunes, como el tener que entrar a definir o delimitar conceptos que de la lectura directa de la Constitución no resultan claras. Al respecto el profesor Díaz Revorio dice que: *“Por su parte, la Jurisdicción Constitucional, cuya función esencial debe ser únicamente el establecimiento de los límites o el marco jurídico-constitucional de actuación de los poderes del Estado, tiende a realizar una labor creativa de Derecho Constitucional, ya que debe interpretar el contenido de preceptos constitucionales generales y ambiguos, adaptándolos a las cambiantes circunstancias sociales”*⁴¹⁶.

Por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución colombiana establece el derecho a la libertad de opinión, información y prensa, en el se dice que: *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”*. De esta disposición se desprenden varios interrogantes, pues como se ha afirmado los derechos fundamentales tiene la estructura de un principio, por ejemplo, cuál es la diferencia entre la libertad expresar y difundir, o entre pensamientos y opiniones; también se puede preguntar si dicha libertad acoge en su seno la posibilidad de quemar la bandera nacional, en un acto público, con el fin de expresar una inconformidad con el régimen institucional, o si por el contrario tal actividad excede los límites del derecho. Igualmente se puede preguntar qué significa información veraz, o si el publicar en un medio de amplia circulación unas fotos comprometedoras de una autoridad pública, mientras goza de sus vacaciones, significa realizar el ejercicio del derecho a la información, o si por el contrario es una violación del derecho a la intimidad de dicha autoridad.

⁴¹⁶ Cfr. DÍAZ REVORIO, F., *La Constitución abierta...*, op. cit., p. 232.

Como se puede observar no son fáciles las respuestas, pues el tenor literal no da muchas oportunidades de respuesta, lo que significa que la labor del juez constitucional no se limita a aplicar la norma al caso concreto, sino que debe realizar una labor activa con el fin de delimitar los diferentes conceptos. Este juez tiene un margen de discrecionalidad mayor al que puede tener otro juez de la jurisdicción ordinaria donde pueden acudir a unos códigos mas detallados y a leyes sobre materias especializadas. Es imposible utilizar la técnica del silogismo para solucionar casos concretos, pues no se puede deducir, al comparar la premisa mayor con la menor, una conclusión, pues no existe esa premisa mayor (por ejemplo cuando hay en juego colisión de derechos), debe el juez crearla.

¿Pero en qué se basa el juez para determinar el contenido de un derecho, pues éste no viene predeterminado en la Constitución? Hay que decir que debe acudir a los requisitos y criterios propios del concepto de los derechos. Dentro de los cuales se encuentran los principios constitucionales que son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. También debe tener en cuenta que la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, sino también de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución. Igualmente, debe tener presente que el método utilizado para reconocer un derecho es principalmente inductivo, es decir, los jueces deberán ir interconectando realidades constitucionales con las normas positivas. Así mismo, no podemos olvidar la dimensión histórica de los derechos, esto es, la historia es un criterio fundamental en búsqueda de la efectividad de los mismos, ella se refiere tanto al momento real como al concepto de derechos que tienen los ciudadanos.

Es por esto último que en Colombia, cuando se está en el proceso interpretativo, la Corte ha dejado que el significado de los derechos salga de los recintos jurídicos, para permitir una penetración popular. Con el fin de saber cuál es la visión ideológica del pueblo sobre ciertos temas, como para conocer el momento histórico en que se vive realmente se ha abierto, el proceso constitucional al diálogo nacional. Aunque la única interpretación válida

jurídicamente es la de la Corte, se ha permitido la intervención de las fuerzas vivas del país. Esta situación es el resultado, por parte del juez constitucional, de los mandatos constitucionales, como el de que es un fin del Estado hacer efectivos los derechos. Ahora bien, esto ha propiciado que, por virtud de la generalidad de las normas sobre derechos y por la vinculación del juez constitucional con la realidad constitucional, los derechos puedan recibir cambios intensos en sus contenidos normativos.

B. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El tema de la cláusula del Estado Social en relación con el sistema colombiano de los derechos fundamentales, fue tratado en el capítulo primero, no obstante ahora interesa resaltar su implicación de cara a la producción de mutaciones por parte de la Corte Constitucional. El artículo primero de la Constitución de 1991 dice que Colombia es un Estado Social de Derecho. La Corte constitucional ha dedicado sus esfuerzos a delimitar el alcance de esta cláusula, y con tal fin recurre a su origen histórico, esto es, a los esfuerzos de occidente por contrarrestar la pobreza en los más desfavorecidos⁴¹⁷. Así las cosas, es pertinente comenzar por describir lo que la doctrina occidental ha dicho sobre el alcance de esta cláusula por ser algo que acoge el Derecho constitucional colombiano, y que normalmente es analizada en contraposición con la concepción liberal, es decir, la concepción social es una superación de la concepción liberal de los derechos. Luego se quiere ir conectando esta descripción con el tema de las mutaciones y sus implicaciones jurídicas. Se puede iniciar con esta idea: la cláusula del Estado Social es un principio fundante de todo el entramado del sistema constitucional de los derechos, y también se convierte en un elemento base de las mutaciones.

Existe una relación de interdependencia entre el tipo de Estado de Derecho que se imponga y el contenido de los derechos fundamentales, es decir, de las características de éste dependerá la configuración de los

⁴¹⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-566/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mismos⁴¹⁸. De acuerdo con la teoría liberal, los derechos significan derechos de libertad del individuo frente al Estado⁴¹⁹. Esta concepción tiene una estrecha relación con el iusnaturalismo, donde los individuos poseen un espacio determinado de libertad negativa que es preestatal. El individuo por el hecho de pertenecer a la raza humana y, por tanto, de ostentar el principio de “dignidad humana”, tiene el derecho a que tal esfera de libertad este vedada para cualquier posible intervención por parte del Estado. ¿Qué implica que el Estado liberal sienta sus bases en la doctrina del Derecho natural?

Para responder a esta pregunta, se debe brevemente hacer alusión a las bases ideológicas de esta doctrina. Además, se considera que es necesario hacerlo por la importancia que esto conlleva en el paso del Estado liberal al Estado social en Colombia y las implicaciones de cara a la función de la Corte y a la creación de mutaciones. Así las cosas, se puede comenzar por decir que este Derecho natural es previo a la existencia del Estado, por tanto, debe ser considerado suprapositivo, ya que es inherente a la naturaleza humana, es decir, pertenece al hombre por el mero hecho de ser hombre⁴²⁰. El mecanismo idóneo para conocer este Derecho no es otro que la razón humana, es decir, que cualquier individuo podría llegar a determinarlo mediante una reflexión sobre su propio ser⁴²¹. El modelo del iusnaturalismo parte del concepto de “estado de naturaleza”. Este concepto personifica el estado originario del

⁴¹⁸ En este sentido, BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Trad. J. L. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 46.

⁴¹⁹ Ídem, p. 48.

⁴²⁰ El pensamiento de autores como Locke, Montesquieu, Voltaire o Rousseau, entre otros muchos, se propagó en occidente, y se insertó en documentos trascendentales como en la Declaración de los derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 (en el apartado I se dijo que: “*Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tiene ciertos derechos innatos...*”), y en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (el artículo 1 se estableció que: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...*”). Para los redactores de ambas declaraciones, el hombre posee unos derechos por el mero hecho de ser hombre.

⁴²¹ El modelo iusnaturalista fue predominante desde el comienzo de la filosofía del derecho hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. No obstante, durante tantos siglos no siempre ha sido el mismo, por lo menos, según una parte de la doctrina moderna, han existido tres corrientes: el iusnaturalismo clásico, el cristiano medieval y el racionalista o mecanicista. En este sentido, PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 208. En lo que respecta a este acápite, se hará referencia a los elementos ideológicos de la tercera corriente, o sea al iusnaturalismo racionalista. No obstante lo anterior, existen otras clasificaciones del modelo iusnaturalista, una muy relevante en la doctrina distingue entre iusnaturalismo ontológico y deontológico, el primero define al Derecho natural como el “ser” del Derecho, esto es, el Derecho es el Derecho natural; y, el segundo, establece que el Derecho natural es el “deber ser” del Derecho positivo, y que este “deber ser” se encuentra conformado por un conjunto universal e inmutable de valores.

hombre, esto es, una situación inicial y previa a todo, en la que los individuos ostentan las mismas libertades. En dicho entorno original, todos los hombres se encuentran en igualdad absoluta de derechos, con el fin de que estos los utilicen para su autorrealización; y al mismo tiempo, se hallan desprovistos de toda atadura social o estatal, es decir, en unas condiciones previas a la sociedad y al Estado.

El estado de naturaleza propicia incertidumbre e imperfección, pues el hecho de que todos los hombres sean titulares de los mismos derechos absolutos genera conflicto, es decir, los derechos de unos colisionarían con los derechos de los otros, debido a la falta de delimitación. Por tal razón, se entendió que los individuos preferirían una situación más segura, que le permitiera a un hombre que sus derechos coexistieran armónicamente con los derechos de los demás miembros de la comunidad. El concepto al que se alude para dar tal paso se denomina “pacto social”. El pacto social consiste en un acuerdo entre todos los miembros del estado de naturaleza, en el que cada hombre renuncia a parte de cada uno de sus derechos naturales absolutos, transfiriéndolos a la voluntad general.

A partir de esta transferencia, o mejor del pacto, los miembros de la comunidad dejan el estado de naturaleza y crean el Estado y la sociedad. La consecuencia derivada de esta traslación, es la conversión de los derechos absolutos en derechos limitados, y por tal razón, los derechos antes absolutos o naturales, pasan a denominarse derechos limitados o civiles. No obstante este cambio, la titularidad y el fundamento u origen de los derechos serán los mismos, esto es, los titulares siguen siendo los individuos y su origen sigue siendo el Derecho natural, pero ahora afectando al contenido del Derecho, pues por virtud del pacto social será un derecho que pasó de ser absoluto a convertirse en limitado.

La renuncia a los derechos absolutos por parte de los individuos en beneficio de unos derechos restringidos, es decir, en la aceptación del pacto social, supone una traslación de los derechos en abstracto, esto es, una transferencia imprecisa e indeterminada que requiere ser concretada. Por esto,

se encarga a la ley tal función, pues ella emana de la voluntad general que a su vez representa al conjunto de los individuos. Lo que significa que, en últimas, la sociedad es la que pone el límite a los derechos de sus propios miembros por mediación del Estado. Sintetizando, podemos decir que el paso del estado de naturaleza al pacto social implica la existencia del Estado y la Sociedad, el cambio del contenido de los derechos de absolutos (libertades) a limitados (derechos civiles) y, también, la existencia de un voluntad general que se traduce en la ley y que es la encargada de efectuar la limitación de dichos derechos.

Es menester recordar que en el modelo iusnaturalista también se originaron los derechos de participación política o libertades positivas, que permiten a los individuos participar en el Estado, como por ejemplo el derecho al sufragio; no obstante, el fundamento de estas libertades positivas es diferente a la de los derechos civiles, ya que el Estado no se encuentra presente en el estado de naturaleza y, por tal razón, su origen no está en el Derecho natural, sino que nacen o tienen su fundamento en el pacto social. Igual ocurre desde el punto de vista de la titularidad, ya que por ser creados *ex novo* los derechos de participación política no pertenecen a todos los miembros de la comunidad, sino sólo algunos: los ciudadanos⁴²². Así las cosas, en este modelo existen derechos del hombre y derechos del ciudadano, no obstante, los derechos de participación política están al servicio de los derechos civiles, pues los primeros son usados sólo con el fin de garantizar los segundos.

Desde el punto de vista de la relación entre la doctrina iusnaturalista y la aceptación de cambios o alteraciones intensos en los contenidos normativos de los derechos, que como se ha resaltado es el punto fundamental de análisis, se puede afirmar con certeza que no son posibles tales cambios intensos, pues los derechos son considerados como no transformables por parte del Estado. Su inmutabilidad es fruto de la idea misma de los derechos como naturales, es decir, como libertades preestatales que son inherentes al ser humano y que existen en el estado de naturaleza. Los derechos son inherentes al hombre por

⁴²² Dependiendo del concepto de ciudadano el derecho al sufragio será universal (soberanía popular) o restringido (soberanía nacional).

el hecho de serlo, por tanto, el derecho positivo lo único que hace es reconocerlos mediante la positivación, pero ellos son previos a este acto. Por tanto, el Derecho natural y el positivo son lo mismo. Los derechos pertenecen al hombre en virtud de su naturaleza con independencia de que le sean o no reconocidos por quien detenta el poder.⁴²³

El Derecho natural de donde emanan las libertades de los individuos es intocable, pues este es previo a la existencia misma del Estado y es fruto de la naturaleza humana, o sea suprapositivo⁴²⁴. El Derecho natural es el parámetro para la existencia del Derecho positivo, por tanto, si éste último vulnera los contenidos del primero será injusto, y, por tanto, debe ser considerado inválido, o sea no es Derecho. La validez del Derecho positivo depende de su adecuación a la moral, y como esa moral significa la existencia de un sistema universal e inmutable de valores, el Derecho y, por ende, los derechos fundamentales nunca podrán tener una vocación transformable, es decir, en este modelo es imposible pensar en la existencia de mutaciones jurídicas. Los derechos cumplen una función de libertades negativas frente a las interferencias del Estado, por tal motivo los individuos gozan de este ámbito privado del cual puede disponer de acuerdo con su querer, es decir, tienen una autonomía⁴²⁵ inviolable por parte de lo público. Las personas pueden decidir dentro de su esfera de libertad como pensar, expresarse, creer, etc., sin intervenciones extrañas. Estas son las ideas del individualismo.

El argumento para justificar esta afirmación está circunscrito a la aceptación del pacto social que lleva consigo la creación del Estado y la sociedad, donde en él se ubican los poderes públicos y en ella los derechos y libertades. Las libertades significan la separación de ambos ámbitos, es decir, al Estado no le es permitido intervenir en la esfera de las libertades

⁴²³ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 116.

⁴²⁴ El modelo iusnaturalista el Derecho natural es el único que confiere validez a las normas jurídicas, pues aunque en este modelo se quiere promover un superior dinamismo al ordenamiento, al incluir también la decisión como criterio de validez de las normas, esta sólo será aceptada como válida siempre que sea perfectamente acorde con el Derecho natural. Sobre el particular véase a BASTIDA FREIJEDO F., <<Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales>> en: *Teoría General de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 21.

⁴²⁵ Cfr. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 223.

individuales⁴²⁶, su única obligación es abstenerse de dicha intromisión, pues éstas hacen parte de la esfera de la sociedad que le es ajena. Esta situación impide que por la acción del Estado (jueces constitucionales) se pueda producir alguna transformación intensa en el contenido normativo de los derechos, pues su oficio consiste en no inmiscuirse en dichos ámbitos de libertad. Así las cosas, en la concepción liberal de los derechos la idea de interpretación mutativa es inoperante.

Ahora bien, en la doctrina del Estado Social de Derecho se da un giro a la forma de entender la relación entre el Estado y la sociedad, si antes la concepción liberal propugnaba por la separación entre Estado e individuo, ahora se busca la simbiosis entre el Estado y la sociedad⁴²⁷. Como consecuencia de esta nueva relación la idea del individuo frente al Estado cambia, pues ahora éste es considerado como un sujeto titular de ciertas necesidades básicas que deben ser atendidas. Estas nuevas necesidades a suplir, dan origen a nuevas relaciones de cooperación que se ubican dentro del principio de solidaridad. Este principio cumple la función de fundamentar la aparición de los nuevos derechos fundamentales denominados derechos sociales. Lo más relevante, de acuerdo con el tema de este trabajo, es lo relativo a las repercusiones que presenta esta nueva situación social sobre los derechos. En este sentido la función del Estado pasa de ser una función de no intervención (modelo liberal) a una de carácter prestacional o interventora. Por tanto, estas nuevas normas de derechos plasmadas en los textos constitucionales, vinculan objetivamente al legislador y a los jueces constitucionales a lograr tales fines (educación, salud, empleo, etc.). Esto significa una acción activa por parte del Estado en la búsqueda de la satisfacción de estos derechos que son intensamente cambiantes. En este contexto los derechos ya no pueden ser entendidos únicamente como derechos de defensa frente al poder, sino que las funciones del Estado están encaminadas a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del

⁴²⁶ Sobre el particular véase a LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 296.

⁴²⁷ Cfr. HELLER, H., *¿Estado de derecho o dictadura?*, en ÍD., *Escritos políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.

individuo, y de los grupos en que éste se integra, sean reales y efectivas, y también a remover todos los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud⁴²⁸.

Ahora bien, hay que precisar que no se puede olvidar que la evolución de los derechos en la forma presentada aquí, o sea el paso de la concepción liberal a la social, se refiere a mutaciones históricas, que son diferentes de las constitucionales, aunque existen varios puntos comunes: el cambio en las ideas, el paso del tiempo, la presentación de nuevas condiciones o la reivindicación de nuevas necesidades. No obstante, el mismo origen, estos fenómenos tienen diferencias desde la perspectiva de su punto de referencia, es decir, en el primer caso, el cambio será en la historia, y en el segundo, el cambio intenso será en el contenido normativo de los derechos fundamentales contenidos en una Constitución. Se puede afirmar que las mutaciones constitucionales de los derechos son una especie de las mutaciones históricas de los derechos. Por ejemplo, si se toma el derecho de propiedad y se analiza su concepto bajo las premisas del Estado liberal, se verá que éste encarnaba uno de los pilares del pensamiento burgués, y por tanto, era considerado como un derecho absoluto⁴²⁹; mientras que si se analiza ahora, veremos que ha sido sometido a múltiples limitaciones, como puede ser la función social. Este tipo de mutaciones, que también operan por la transformación en las ideas que sustentan el derecho de propiedad, ocurrieron con referencia a la historia, al modelo de estado de Derecho (liberal-social), y no con referencia a un tipo de Constitución en especial.

El paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho no sólo ha significado una extensión de la eficacia de los derechos fundamentales, sino que ha contribuido a un ensanchamiento de su contenido normativo⁴³⁰. Por esta razón, y especialmente por las repercusiones que implica esta concepción social de los derechos respecto del Estado, como es la vinculación objetiva de los jueces a interpretar los derechos en búsqueda de lograr cumplir los nuevos fines impuestos, este modelo del Estado social de Derecho es el más idóneo

⁴²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos...*, op. cit., pp. 22 y 23.

⁴²⁹ Cfr. LOCKE, J., *Dos ensayos...*, op. cit., p. 293.

⁴³⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos...*, op. cit., p. 24.

para la aplicación de la interpretación mutativa de los derechos fundamentales en el sentido defendido en este capítulo.

C. EL PROCEDIMIENTO PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se ha repetido en varias ocasiones, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el régimen constitucional colombiano adquirió otro sentido. Por tanto, el nuevo órgano de la jurisdicción constitucional y el procedimiento de control de constitucionalidad han sufrido grandes variaciones. Este último se encuentra recogido en el Decreto 2067 de 1991 que contiene, respecto del tema de la interpretación mutativa de los derechos, algunas características muy relevantes⁴³¹.

1. Participación en audiencias públicas de diferentes actores

El Decreto dispone que la Corte Constitucional, cuando lleva a cabo el control de constitucionalidad, puede convocar a una audiencia pública para que participen en ella, el ejecutivo, el legislativo, el demandante y un grupo de expertos sobre el tema objeto de la ley que se está enjuiciando. Todo esto con el fin de crear un debate que permita conocer de manera oral y en la deliberación pública la opinión que sobre el significado de la Constitución tienen dichos actores públicos y particulares.

Con este sistema se logra el aporte de muy enriquecedores argumentos y elementos, basados en la realidad de un momento histórico determinado, para que la Corte pueda tener en cuenta al momento de dictar el fallo correspondiente. Este procedimiento es una vía idónea para lograr articular o conectar la realidad constitucional con las disposiciones explicitadas sobre derechos. Piénsese por ejemplo en un caso donde se enjuicie una ley que regula el tema de la eutanasia, en el que participan en las audiencias los entes

⁴³¹ Estas características, desde la doctrina, se pueden consultar por ejemplo en CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1993, pp. 108 a 112; y del mismo autor *Derecho Constitucional...op. cit.*, pp. 27 a 31.

del Estado que llevaron a cabo tal normatividad, los demandantes (que podrían ser las asociaciones defensoras de una muerte digna), médicos, sicólogos, sociólogos, los representantes espirituales de las diferentes religiones, etc. Esta participación permitiría que para la sentencia se tuvieran en cuenta criterios de juicio reales que permitiera que el juez no dependiera sólo del texto de una disposición literal del derecho fundamental a la vida, o de su propia moral.

2. Interpretación abierta y flexible

En este Decreto también se reconoce que la interpretación de la Constitución no puede ser una simple comparación abstracta entre normas, sino que existen diferentes posibilidades de interpretación. Es decir, que ella puede tener otros significados distintos, pues ella se va construyendo con el transcurso y variabilidad de la interpretación.

3. No existen dogmas constitucionales absolutos

A esta característica el profesor Cepeda Espinosa la denomina “no hay verdades constitucionales eternas e inmutables”. Lo que ésta nos dice es que la Constitución depende en gran medida de lo que la Corte vaya aportándole, pues, como se ha dicho antes, este ente es el encargado de conectar la realidad con la normatividad. Esto depende de un lado del cambio de criterio o de las diferentes visiones de los magistrados y de las variaciones de la realidad constitucional.

4. Los derechos deben ser protegidos en su contexto fáctico

Esta peculiaridad tiene que ver con la relación entre el control abstracto y el control concreto. En síntesis el Decreto establece que una vez realizado un control en abstracto, reconociendo como constitucional la ley enjuiciada, existe la posibilidad de que un juez cuando decida otro caso en concreto pueda

aplicar la Constitución en lugar de la ley, por determinar que el caso en particular se configura como una situación de hecho o fáctica no prevista en la sentencia de constitucionalidad de la ley en abstracto hecha por la Corte. Esto siempre y cuando esté en peligro la violación de un derecho fundamental. Para ello el juez tiene la prerrogativa de hacer una consulta a la Corte, con el fin de que ésta diga definitivamente si dicha hipótesis de hecho estaba o no comprendida en la sentencia de inconstitucionalidad. Sobre esta característica Cepeda Espinosa dice que es una herramienta que quiere proteger los derechos fundamentales, y dar relevancia a la idea de que ellos se enriquecen en la práctica y logran mayor sentido cuando son valorados en un ámbito histórico.

CAPÍTULO SEXTO

LAS FUENTES NORMATIVAS PRODUCTORAS DE MUTACIONES

I. LA TIPOLOGÍA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Una de las ideas expuestas en la explicación de la interpretación mutativa del capítulo anterior, fue que los derechos fundamentales pueden mutar por virtud de la interpretación, y lo pueden hacer de dos maneras: de forma directa (interpretación generadora) o de forma indirecta (interpretación receptora). El primer caso se explicó a partir del cambio del criterio jurisprudencial, y el segundo se encuentra a espera de ser aclarado y desarrollado. Así las cosas, en este capítulo se pretende llevar a cabo una exposición de las vías o fuentes más importantes a través de las cuales la Corte Constitucional, haciendo uso de una interpretación receptora, puede acoger mutaciones en el ámbito de los derechos fundamentales. No se quiere realizar una tipología cerrada de ellas, sólo se aspira a presentar las causas más comunes y significativas por las que la realidad constitucional, que ha variado, hace presencia. Normalmente, y como se ha dicho, estas fuentes son asumidas, vía interpretación, por el órgano de justicia constitucional para producir transformaciones intensas o radicales en el contenido normativo de una o varias disposiciones de derechos fundamentales.

Para empezar, se debe precisar algo que ya se ha mencionado: hoy a diferencia del pasado, en la mayoría de los países del mundo se cuenta con una jurisdicción constitucional, y su función principal es la de proteger a la Constitución —entendida como la norma superior— de la posible violación por parte de las demás normas del sistema jurídico. Se hace esta salvedad, con el fin de contextualizar algunos de los tipos que se presentarán, pues fueron descritos en tiempos o en condiciones donde no existía o no existe esta jurisdicción. También es pertinente aclarar que este capítulo será analizado en la mayor medida con base en la doctrina europea, pues en Colombia no se ha desarrollado un estudio sobre la tipología de las mutaciones, sin embargo las tesis que se expondrán son plenamente aplicables en el contexto colombiano, salvo lo que tiene que ver con el Derecho comunitario como fuente normativa, pues en este país no existe esta vía, no obstante se ha incluido por dos cosas, la primera porque la existencia de la Unión Europea ha hecho que el tema de la

mutaciones haya tomado un mayor protagonismo, y la segunda porque existe la posibilidad de que en el futuro pueda crearse tal fuente para Colombia.

Ahora bien, para llevar acabo la descripción de los tipos de fuentes productoras de mutaciones, se hará una clasificación de las mismas agrupándolas bajo dos criterios. El primero, se refiere a los denominados hechos jurídicos o políticos: el Derecho consuetudinario y las convenciones constitucionales; y, el segundo, atiende a los llamados actos jurídicos: las leyes o normas con fuerza de ley, las normas internacionales o comunitarias y la jurisprudencia. Existen otros tipos de fuentes que no se incluyen en este trabajo, no porque sean menos importantes, sino porque se consideran que son menos frecuentes. La decisión de desarrollar este tema partiendo de una clasificación que distingue entre hechos jurídicos o políticos y actos jurídicos⁴³²,

⁴³² Existen diferentes criterios para clasificar a las mutaciones constitucionales. Un ejemplo, es la clasificación desarrollada por DAU-LIN: 1) Hay una mutación por la práctica estatal que no contradice formalmente el texto constitucional: se presenta cuando una realidad social nace y no tiene una norma específica en el ordenamiento superior que la regule, por eso, lo que muta no es una norma en particular, pues ella no existe, sino el sentido de varias normas o del sistema constitucional en general. En este caso existe una realidad pero no existe una norma. Una especie que pertenece a este tipo general, es la mutación como consecuencia de lagunas constitucionales: se refiere al conjunto de relaciones sociales que se presentan y aún no alcanzan una regulación en la norma, ocurre un cambio no previsto que provoca un vacío en el sistema jurídico. Para entender el fenómeno de las lagunas, es preciso aclarar, que existen dos clases de normas en una Constitución, las primeras se denominan normas legales auténticas: son aquellas que tienen su origen en la comunidad social, se han positivizado porque responden a valores sociales, por tanto, su validez depende del sentimiento jurídico; las segundas, se llaman normas legales técnicas: se refiere a aquellas reglas que tienden a mantener el orden, su validez depende de su normatividad, su naturaleza no se debe a valores sociales. Cuando una laguna se presenta en el campo de una norma legal auténtica, es posible, de todas maneras, una decisión, pues en este caso las disposiciones tienen origen en la convivencia jurídica preexistente a cada legislación, están contenidas por valoraciones humanas individuales y sociales. Se podría decir que el Derecho nunca tiene lagunas, sólo las leyes, por eso la decisión exigida siempre es posible, aunque falten los artículos. Cuando la laguna se presenta en el ámbito de las normas legales técnicas, la cosa es muy distinta, pues como mencionamos anteriormente deben su validez a su positivación, nos referimos a normas obligatorias por ser jurídicas, no porque tuvieran una existencia ideal antes de su concreción legal. En este caso, cuando se evidencia la laguna no es posible extraer una decisión del ordenamiento jurídico, aquí se presenta una coincidencia conceptual entre evidencia y existencia de una laguna constitucional. De acuerdo con esta diferencia, sólo pueden presentarse lagunas sobre las normas jurídicas técnicas. 2) Se presenta una mutación de la Norma Superior, cuando existen unas competencias atribuidas a ciertas instituciones del Estado que no se pueden ejercer por falta de realidad jurídica. En este caso, existe una norma pero no existe la realidad que permita aplicarla. En este sentido, es necesario hacer claridad en que existen dos clases de validez: formal y social. Sobre la segunda modalidad, se puede afirmar que una norma tiene validez social si es eficaz, si no lo es, deviene obsoleta —pero no por el desuso, pues las normas constitucionales son imprescriptibles— por la falta de realidad y la imposibilidad de aplicarla, de esta forma pierde su contenido normativo y aparece una mutación. 3) Otro tipo de mutación es aquel que se produce por una práctica estatal que contradice una norma constitucional, en este caso, la realidad contradice la regla, es una práctica opuesta al ordenamiento. En este tipo, coexisten la realidad y la norma, lo que pasa es que son opuestas. 4) El último caso en que se puede presentar una mutación, es por causa de un proceso de interpretación; es necesario interpretar las normas de acuerdo con las condiciones de la realidad en un determinado momento histórico, de esta forma se da a la disposición un sentido diferente del que originariamente el

tiene su influencia, en buena medida, en la presentada por Biscaretti Di Ruffia, según la cual la realidad constitucional realiza transformaciones fuertes o considerables: 1) Por la emanación de verdaderos actos de los órganos oficiales: a) de naturaleza normativa (leyes, reglamentos, etc.), o b) de naturaleza jurisdiccional (referente a lo que concierne al control de constitucionalidad de las leyes); 2) En virtud de hechos: a) de carácter jurídico (como la costumbre), o b) de naturaleza político-social (como las normas convencionales, o de corrección constitucional, y las simples prácticas)⁴³³.

II. MUTACIONES PRODUCIDAS POR HECHOS JURÍDICOS O POLÍTICOS

A. EL DERECHO CONSUECUDINARIO

Según la doctrina, se puede hablar de Derecho consuetudinario cuando una regla de conducta adquiere fuerza normativa, gracias a su observancia general, continuada y constante. Este Derecho carece de un origen cierto y preciso, pues no es posible detectarlo de antemano, ni precisar de donde proviene, ni determinar cual fue el procedimiento a través del cual surgió. Se trata de reglas de conducta que pueden provenir de acciones inconscientes de la sociedad, con fundamento en una necesidad social⁴³⁴. De acuerdo con González Trevijano, el concepto de costumbre es un muy controvertido, pues presenta innumerables problemas y dificultades. La gran mayoría de países del mundo no tienen incluido en sus legislaciones el concepto de costumbre jurídica, por lo tanto, hay que acudir a la doctrina para poder acercarse y observar sus características básicas. También existe polémica sobre los requisitos necesarios para considerar a la costumbre como una fuente del Derecho; las posturas de la doctrina son divergentes⁴³⁵.

Ahora bien, en lo que todos coinciden es en que entre los miembros de la colectividad de un Estado se producen relaciones dinámicas, a veces repetitivas y consideradas vinculantes, y que, por tanto, influyen sobre el

constituyente le otorgó. En este modelo existe realidad y norma, pero la primera tergiversa a la segunda. DAU-LIN, H., *Mutación...*, op. cit., pp. 31-48

⁴³³ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Les Changements...*, op. cit., p. 60.

⁴³⁴ Sobre el particular véase a GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 351.

⁴³⁵ Ídem, p. 32.

Derecho. Al respecto Pierandrei recuerda que el Derecho positivo, considerado en su conjunto, reposa sobre la idea de la justicia, y que ésta no desea convertirse en un criterio formal, sino, por el contrario, quiere hacer presencia sustancialmente; por esto, las reglas de Derecho deben responder a los valores, para satisfacer la exigencia concreta de la sociedad. Los actos y hechos de la colectividad son un fenómeno jurídico positivo⁴³⁶. No es necesario entrar en la discusión sobre los elementos constitutivos de la costumbre constitucional, pues no es objeto de éste trabajo. Por lo tanto, se presentarán resumidamente, con base en la doctrina, los requisitos que se consideran esenciales. Primero se describirán los que son comunes a la costumbre en general⁴³⁷, y luego se presentarán las características específicas de la costumbre constitucional.

1. Criterios de la costumbre en general

Ellos son de dos clases:

a. Criterios objetivos:

- 1) Se necesita la repetición y pluralidad de comportamientos que, en la práctica, pueden asumir cualquier forma; es difícil que sean idénticos, pues en el futuro serían irrepetibles.
- 2) Debe existir una uniformidad en los comportamientos; es decir, no pueden existir actos fundados en reglas contrarias, siempre deben ser situaciones correspondientes.
- 3) Debe ocurrir una continuidad, o lo que es lo mismo, debe existir constancia en los comportamientos; no pueden darse interrupciones de importancia.

⁴³⁶ Cfr. PIERANDREI, F., *Scritti...*, op. cit., pp. 105-107.

⁴³⁷ Cfr. GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., pp. 43-165.

4) Se necesita una pluralidad de agentes, esto es, deben tomar parte la mayoría de las personas que integran una comunidad; entendida ésta bajo un criterio geográfico: local, regional, nacional, etc.

5) Los actos deben ser públicos y notorios, es imposible que sean secretos.

6) Los comportamientos no pueden ser ilícitos, siempre deben estar acordes con las normas imperativas, y con el ordenamiento jurídico en general.

7) Para que los actos se puedan convertir en norma consuetudinaria, debe haber transcurrido un tiempo suficiente, pues no se adquiere esta calidad de manera espontánea.

b. Criterio psicológico:

Este criterio se refiere a la convicción, creencia o sentimiento de la colectividad o del individuo, de que esos actos son de obligatorio cumplimiento. Este elemento material se denomina *la opinio iuris et necessitatis*.

2. La costumbre como parte del Derecho Constitucional

La costumbre en el Derecho constitucional se diferencia de la costumbre en general por la posición de los sujetos que llevan a cabo las conductas repetitivas que se consideran obligatorias, es decir, su disparidad radica en que la primera existe por causa de la conducta o comportamiento de los órganos constitucionales de un Estado. Estos órganos se encuentran en la cúspide de la jerarquía estructural de un país (Gobierno, Parlamento, tribunales...). González Trevijano sostiene que la justificación del fenómeno consuetudinario constitucional radica en la especial posición de los órganos del Estado, pues se les atribuye la facultad de aplicar gran número de normas constitucionales, así como de orientar, en la práctica, la evolución al detalle de la vida política⁴³⁸.

⁴³⁸ Ídem, pp. 393-394.

Según lo anterior, los órganos superiores del Estado son los sujetos que pueden crear costumbres constitucionales, y lo hacen por causa de la aplicación de las normas de la Constitución. La pregunta que surge es la siguiente: ¿cómo lo hacen? La respuesta, según González Trevijano, se puede encontrar en algunas de las características de las que gozan dichos órganos, en relación con sus propias conductas: se ubican en la cúspide del sistema jurídico y, por tanto, poseen un concreto ámbito competencial; es difícil encontrar entre ellos situaciones de subordinación; la inexistencia de mecanismos de control externo, o la dificultad de aplicación cuando dichos mecanismos existen⁴³⁹. Al respecto Sánchez Urrutia dice que lo que permite explicar que las costumbres constitucionales sean jurídicas y, por tanto, obligatorias es el consenso unánime entre todos los operadores jurídicos, especialmente por aquellos encargados del funcionamiento del sistema jurídico. Este consenso no debe concebirse sólo como la aceptación de ciertas reglas consuetudinarias, sino que su violación es coercible⁴⁴⁰.

Otra característica que hace especial a la costumbre constitucional es el tipo de normas con las que se relaciona, esto es, a las normas de la Constitución. En este sentido Pierandrei sostiene que en el plano constitucional la costumbre tiene un tratamiento especial, diferente al que puede tener en el Derecho privado, pues en este caso las normas constitucionales regulan la vida del Estado y no de los individuos en sus relaciones particulares. La costumbre constitucional no sólo se distingue de las demás por su materia, también lo hace porque su origen no nace de las experiencias de la autonomía de la colectividad organizada que produce Derecho a través de la conducta espontánea de sus miembros, sino que deriva del comportamiento de los órganos fundamentales del Estado; no obstante, ambos tipos de costumbres se asemejan en lo fundamental, ya que son actos repetitivos que ocurren por el paso del tiempo y que se consideran obligatorios⁴⁴¹. Al respecto Sánchez Urrutia dice que lo determinante de la costumbre no es el adjetivo “constitucional” como resultado de la materia que regula, sino que lo importante

⁴³⁹ Ídem, pp. 395-396.

⁴⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., pp. 279-281.

⁴⁴¹ Cfr. PIERANDREI, F., *Scritti...*, op. cit., pp. 110-111.

es su calificativo jerárquico, esto es, que se refieren a conductas con un valor superior a las leyes ordinarias⁴⁴².

Según la doctrina, la costumbre constitucional puede ser: “*praeter constitutionem*”, “*secundum constitutionem*” o “*contra constitutionem*”. No obstante, y de acuerdo con los límites a las mutaciones constitucionales que se han venido marcando a lo largo de este trabajo, se podrá afirmar que la Constitución acepta y quiere a la costumbre como complemento o integración de sus normas. Es decir, la Constitución sólo consentiría una costumbre “*praeter constitutionem*” o “*secundum constitutionem*”. La costumbre “*contra constitutionem*” puede encontrar ciertas limitaciones para su incorporación como Derecho, pues la misma Constitución se opone a conductas que desborden las barreras impuestas por sus postulados. Por ejemplo, en el ordenamiento español la Constitución en su artículo 9.1 establece que: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico*”. Así las cosas, una costumbre “*contra constitutionem*” puede ser una realidad no querida por la Constitución, y, por tanto, para acogerla sería necesario adelantar una reforma formal que permita un acoplamiento entre la costumbre y la norma.

Existen ejemplos vigentes de la presencia de costumbres constitucionales en los ordenamientos jurídicos de los Estados. En el caso español existe la costumbre “del banco azul para el Gobierno” situado en un lugar preferente del Parlamento; también existe la tradición de un desarrollo de los turnos de los portavoces siguiendo un orden inverso al de la dimensión de los grupos parlamentarios respectivos⁴⁴³. Se recuerda, igualmente, algún ejemplo clásico: en Dinamarca la Constitución de 1849 dejaba al Rey la facultad de vetar las leyes, pero este derecho fue ejercido por última vez en 1865, lo que llevo a considerar que por virtud de una costumbre constitucional el Monarca perdió tal atribución⁴⁴⁴.

⁴⁴² Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., pp. 258-259.

⁴⁴³ Sobre el particular véase a GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 502.

⁴⁴⁴ Este ejemplo se encuentra recogido en SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., p. 255

Ahora bien, en relación con la tesis doctrinal de la costumbre constitucional, en relación específica con el sistema de derechos en Colombia, cabe decir que se está de acuerdo con que los órganos del Estado pueden crear costumbres iusfundamentales, como por ejemplo la creación de actos repetitivos que gozan de las características que se han expuesto antes para tener la calidad de costumbre, en materia del procedimiento para llevar a cabo el cumplimiento del derecho fundamental de petición, sin embargo no se está de acuerdo en que los órganos del Estado sean los únicos sujetos creadores de costumbres iusfundamentales, ya que los ciudadanos se encuentran en una posición capaz de producir los mismos efectos. Recuérdese que en Colombia la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es un hecho evidente⁴⁴⁵, por eso el sistema de garantías procesales (por ejemplo, la acción de tutela) permite accionar por una violación de un derecho de un particular u otro. Es decir, los derechos vinculan a todos los miembros de la colectividad, por tanto, todos pueden ser productores de costumbres constitucionales iusfundamentales.

3. Relación entre costumbre constitucional y mutación de la Constitución

De cara a clarificar la relación entre Derecho consuetudinario y mutación constitucional, es necesario advertir que existen dos posiciones sobre la idea de la costumbre como fuente del Derecho. La que entiende a la costumbre como una fuente de cognición del Derecho, y la que considera a la misma como una fuente de producción del Derecho. En el primer caso, la costumbre es considerada como un conjunto de materias y situaciones, y, por ende, el órgano del Estado competente para crear las normas jurídicas, la valora como una fuente del Derecho secundaria o indirecta; en el segundo caso, se considera que la costumbre es una forma idónea de producción de reglas de conducta, reglas que se aceptan como normas jurídicas.

En la primera postura —cuando se considera a la costumbre como una fuente secundaria—, la conexión entre mutación constitucional y costumbre

⁴⁴⁵ Sobre este tema puede consultarse a JULIO ESTRADA, A., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

constitucional presenta dificultades. El problema radica en que los creadores del elemento material de la costumbre son los titulares de los órganos y poderes del Estado, y es a ellos a quienes la Constitución pretende ordenar y controlar. Por lo tanto, otorgar valor jurídico autónomo a conductas políticas que se encuentran reguladas por la Norma Fundamental, es un contrasentido. En la teoría y en la práctica la costumbre constitucional carecería de contenido jurídico al intentar incorporarse al ordenamiento, pues, por ejemplo, los Órganos de Jurisdicción Constitucional sólo tienen como único referente a la Constitución. Por esto, es difícil reconocerle aplicabilidad. Los jueces constitucionales están sometidos al imperio de la Norma Superior, más no a la costumbre. De Vega es uno de los exponentes de esta postura, pues entiende que las mutaciones constitucionales no se pueden explicar a partir de las normas consuetudinarias, pues son reglas de conducta que carecen de significado y alcance en el Derecho constitucional. Sin desconocer que en otras ramas del Derecho, estas fuentes, adquieren un significado jurídico⁴⁴⁶. Desde esta perspectiva es imposible que la costumbre constitucional origine mutaciones.

Ahora bien, si se considera que las normas consuetudinarias son fuentes sobre la producción del Derecho, es evidente que las mutaciones constitucionales tienen su origen en el fenómeno consuetudinario constitucional. González Trevijano es uno de los representantes de esta postura, pues entiende que esta fuente del Derecho claramente viene a causar en la práctica, interrupciones y cambios profundos en la aplicación de la Constitución. Las mutaciones por causa del Derecho consuetudinario se presentarían, no sólo por la ausencia de una transformación formal del texto, sino porque en la práctica, los órganos del Estado despliegan su actividad modificadora, sobre la situación legal vigente, sin ser ellos los sujetos constitucionales que tendrían atribuida formalmente la facultad o poder de revisión constitucional⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ La tesis de la costumbre como una fuente del Derecho de carácter secundario, y, que por tanto, presenta problemas para entender que a partir de ella se originen mutaciones constitucionales, la podemos encontrar en DE VEGA, P., *La Reforma...*, op. cit., p. 198.

⁴⁴⁷ Sobre la idea de la costumbre como fuente primaria del ordenamiento ver a GONZALEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., pp. 387-388. Dice, además, que: “Por lo que respecta en este

También se encontraría dentro de esta última postura Pierandrei, quien sostiene que la Constitución puede ser tácitamente modificada por la costumbre constitucional, cuando los órganos fundamentales del Estado determinen, en un cierto sentido, el significado de sus preceptos (costumbre interpretativa), o cuando pongan en vida una nueva norma en el ámbito no contemplado, o no debidamente contemplado por tales preceptos (costumbre introductiva o integrativa), o cuando no aplican ciertos preceptos (costumbre abrogativa)⁴⁴⁸. Un ejemplo de una mutación producida por una costumbre constitucional se podría encontrar en el ordenamiento español. El artículo 56.1 de la Constitución establece que: *“El Rey es el jefe del Estado, símbolo de unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”*; no obstante, el Rey ejerce una función no atribuida expresamente por el ordenamiento español, y que tiene como fundamento una práctica o costumbre constitucional, como es la apertura de la legislatura. El monarca siempre pronuncia un mensaje en la inauguración de las sesiones de las Cortes Generales⁴⁴⁹.

Otro ejemplo, en este caso clásico, es el ocurrido en Bélgica donde el Rey no puede vetar las leyes del Parlamento. En este país aunque la Constitución ha sido reformada en varias ocasiones, los poderes del Monarca no han sido variados; esta norma establece en su artículo 69 que el Rey sanciona y promulga las leyes. En la época en que se redactó la Constitución, y debido al

sentido a la configuración de las mutaciones señaladas, éstas podrían ser objeto de la siguiente clasificación: de una parte, aquellas manifestaciones del derecho consuetudinario constitucional que, respetando la letra de las disposiciones constitucionales escritas, sin embargo, les atribuiría una <<ratio>> diferente a la que inspiró dichos principios y disposiciones normativas, o que valiéndose de la posible indeterminación de algunos preceptos constitucionales recibirían determinados contenidos, o que bien ante la ausencia de concreta especificación, sirve de instrumento para colmar las lagunas existentes al respecto, o para atribuir un significado diferente al originalmente interpretado; de otra parte, aquellas modificaciones que se presentarían no sólo como contrarias, sino formalmente incluso como absolutamente incompatibles con las formulaciones normativas recogidas en los documentos constitucionales”.

⁴⁴⁸ Cfr. PIERANDREI, F., *Scritti...*, op. cit., p. 119.

⁴⁴⁹ Sobre el particular véase a GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 500.

poder monárquico, se entendió que la facultad de sancionar y promulgar las leyes se extendía a la de vetarlas. En la actualidad este artículo ha sufrido variaciones en su contenido, pues se entiende que el rey está obligado, como acto debido, a sancionar todas las leyes aprobadas por el Parlamento belga. Cuando el Rey Baudino quiso oponerse a la sanción de la ley del aborto, debido a sus convicciones religiosas, no lo pudo hacer, el único camino que le quedó fue el de acogerse a la figura de incapacidad para gobernar del artículo 79 de la misma norma, y así dejar en manos del Primer Ministro dicha sanción⁴⁵⁰.

Ahora bien, desde la teoría dinámica-normativa de la mutación de los derechos que se ha venido defendido en este trabajo, la costumbre constitucional iusfundamental se presenta como una tercera postura al respecto, la cual se considera como la más idónea en el actual Estado Constitucional colombiano, pues en esta tesis esta costumbre toma el nombre de realidad constitucional y como se ha sostenido es un elemento que hace parte del contenido normativo de un derecho. No se trata entonces de una fuente secundaria o primaria como lo sostienen las dos posturas descritas, sino que la realidad constitucional se configura como un elemento constitutivo de los derechos, no es una fuente externa sino que está contenida en el sistema de los derechos, no es una fuente normativa extrajurídica que viene de afuera sino jurídica interna. Por tanto, la realidad constitucional se presenta como una vía indispensable y principal en la producción de mutaciones en los derechos fundamentales.

4. Costumbre y Órgano de Justicia Constitucional

La función principal del Órgano de Justicia Constitucional es proteger a la Constitución, y, para ello, tiene asignadas unas funciones específicas. Por ejemplo y como ya se había mencionado, en Colombia la Constitución en su artículo 241 establece que la Corte constitucional es la institución encargada de la guarda y supremacía de la Constitución, y que con este fin debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos

⁴⁵⁰ Este ejemplo se encuentra recogido en SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., pp. 256-257.

contra los actos reformativos de la Constitución; decidir, antes al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden nacional; decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes. También debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno; decidir sobre las excusas de quienes hayan sido citados por una comisión permanente del Congreso para que comparezcan y rindan declaraciones sobre asuntos que investigue dicha comisión; decidir sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno en “estados de excepción”; revisar las decisiones judiciales sobre la acción de tutela; y finalmente, decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las normas que los aprueben; y darse su propio reglamento.

De las funciones expuestas se observa que, en principio, el Órgano de Justicia Constitucional, en este caso la Corte Constitucional, no tiene competencia directa para enjuiciar costumbres constitucionales, y, por ende, para declarar si tales conductas son o no acordes con la Constitución. No obstante, en el caso de los derechos cabe recordar que éstos se mueven sobre la base de una teoría dinámica-normativa, y por tanto el momento histórico en que los derechos pretenden desplegar su fuerza normativa hace parte de los elementos esenciales para que tales derechos pueden ser considerados como fundamentales, así las cosas la Corte se encuentra obligada a darle a la realidad constitucional la preponderancia que ésta impone, como se ha recalcado en los capítulos anteriores, para producir, con base en los cambios en tal realidad, las mutaciones que sean necesarias. En este sentido, González Trevijano ha defendido que las costumbres constitucionales sirven para excluir toda idea que pretende entender al Derecho constitucional como sinónimo de lo exclusivamente normativizado; estas costumbres son Derecho constitucional

no escrito que modulan, transforman, completan y acomodan la Constitución a las verdaderas necesidades políticas del Estado⁴⁵¹.

De acuerdo con esto, y especialmente con la afirmación de considerar a la costumbre como Derecho constitucional no escrito, cabe afirmar que la forma en que las costumbres constitucionales se integran al ordenamiento, para modularlo o transformarlo, sería por conducto de la interpretación que hacen los jueces, especialmente la Corte Constitucional, de las normas en un contexto histórico determinado. Luego la determinación, en última instancia, a la ocurrencia de una mutación de los derechos por causa de una costumbre iusfundamental la establece dicha Corte. No obstante, según Sánchez Urrutia, esto no significa que la creación jurisprudencial y el reconocimiento de la costumbre sean los mismos, es decir, la costumbre tiene su propia existencia, sólo que debe ser reconocida por los jueces⁴⁵².

Finalmente, se puede observar un ejemplo ya mencionado de una violación de la Constitución por una costumbre *contra constitutionem* que permanece vigente. El mandato imperativo es una figura jurídica prohibida en la mayoría de los textos constitucionales. Se define como la imposibilidad de los parlamentarios de actuar de una manera espontánea y libre, ya que deben someterse a las órdenes de los partidos políticos a los que pertenecen⁴⁵³. España es uno de los países que cuenta expresamente con tal prohibición, ya que el artículo 67.2 de su Constitución establece que: “*Los miembros de las Cortes Generales no están ligados por mandato imperativo*”. No obstante, como consecuencia de un arreglo político, los miembros del parlamento español votan sus decisiones según la postura o disciplina del grupo político al que pertenecen.

B. LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

Para empezar, es necesario precisar que las convenciones constitucionales no son hechos jurídicos o políticos propiamente dichos, pues

⁴⁵¹ Cfr. GONZALEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 402.

⁴⁵² Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., p. 261.

⁴⁵³ Cfr. DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit., p. 183.

se trata de reglas de naturaleza político-social. No obstante, se ha preferido incluirlas dentro de la clasificación de este primer grupo, pues es imposible considerarlas como actos jurídicos (segundo grupo), ya que su existencia no depende de la voluntad del órgano competente para crear normas jurídicas.

1. Concepto de convención constitucional

La existencia de una regla convencional tiene su origen en la discrecionalidad que poseen los operadores constitucionales; es decir, en la capacidad que tienen de establecer pautas de conducta gracias al margen extenso de actuación conferido por la misma Constitución, pues sus normas pueden ser imprecisas, ambiguas o simplemente por la ausencia de previsión de determinadas actuaciones⁴⁵⁴. Ahora bien, no parece aceptable la idea de que las reglas convencionales sean simples prácticas, máximas de moral constitucional o de política, y, de esta forma, negarle todo valor jurídico; aún teniendo en cuenta que estas reglas no son susceptibles de recibir las correspondientes sanciones judiciales en los presupuestos de su violación o quebrantamiento.

Al respecto Wheare dice que las convenciones constitucionales son reglas de conducta que llevan a cabo los sujetos e instituciones del Estado, y que lo hacen a partir de acuerdos que tienen el objetivo de especificar y ordenar el ejercicio del poder; son reglas de obligatorio cumplimiento para los sujetos que los suscriben, sin embargo, no cuentan con la calidad de ser coactivas, es decir, no son justiciables ante los órganos jurisdiccionales. La convención constitucional es un acuerdo que se impone; una pauta de conducta reconocida como obligatoria por aquellos a quienes concierne la vigencia de la Constitución, que tiene como objetivo paralizar la ley, pues no se trata de enmendar o abolir la ley, sino de impedir que se use⁴⁵⁵. En el mismo sentido, Rescigno sostiene que el hecho de que las convenciones no sean jurídicas no significa que no sean obligatorias. Su obligatoriedad se encuentra en la necesidad de una relación recíproca entre los órganos del Estado para

⁴⁵⁴ Ídem, p. 199.

⁴⁵⁵ Véase a WHEARE, K.C, *Las Constituciones...*, op. cit., pp. 128-129.

obtener un equilibrio. Estas reglas se mantienen mientras haya que mantener dicho equilibrio, esto es, mientras las condiciones no cambien. Cuando esto sucede hay que buscar un nuevo sistema de armonía, es decir, un nuevo acuerdo⁴⁵⁶.

Una convención, según Wheare, en muchas ocasiones suspende los mandatos de la Constitución, impidiendo que las competencias por ella establecidas sean desarrolladas. Ocurre, también, a menudo que en la práctica los poderes concedidos por la norma, son realizados por otras personas o grupos, es decir, que la convención traspasa de una persona a otra los poderes que una Constitución otorga⁴⁵⁷. Una convención cambia la Constitución, le da otro sentido, busca completar la legislación, y puede también convertirse en norma mediante el reconocimiento judicial⁴⁵⁸, pero su función principal es proporcionar flexibilidad a la norma cuando sea prematuro, inoportuno, o incluso desastroso, recurrir al procedimiento de reforma formal, siempre respetando los límites⁴⁵⁹. Por ejemplo, en Italia existe una convención constitucional por la cual el Presidente antes de designar al Presidente del Consejo de Ministros, y a los mismo Ministros, realiza un procedimiento previo de consultas para formar gobierno; consulta al parlamento, partidos políticos, etc. Una vez producido dicho mecanismo de sugerencias, opera una aceptación tácita. Otro ejemplo puede ser el acuerdo expreso firmado entre Eisenhower y Nixon, referido a la manera como debía producirse la suplencia de la presidencia en la época en que el primero era el Presidente y el segundo era el Vicepresidente⁴⁶⁰.

2. Características de las convenciones constitucionales

Las convenciones constitucionales tienen su origen en el Derecho británico, sin desconocer la importancia que han adquirido en los Estados Unidos de América, y en el Derecho fundamental continental. Igual que la

⁴⁵⁶ Cfr. RESCIGNO, G., *Le Convenzioni Costituzionali*, Cedam, Padova, 1972, p. 24.

⁴⁵⁷ Cfr. WHEARE, K.C., *Las Constituciones...*, op. cit., p. 132.

⁴⁵⁸ Ídem, p. 135.

⁴⁵⁹ Ídem, p. 142.

⁴⁶⁰ Véase a SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., p., 198.

costumbre constitucional, el concepto de convención es muy controvertido. No obstante, para acercarnos a su naturaleza especial, podemos dar unos rasgos o lineamientos esenciales.

De acuerdo con la doctrina, son los siguientes:

- Son normas —no solamente prácticas— que tienen una pretensión de obligatoriedad para los órganos o sujetos constitucionales que las han creado⁴⁶¹.
- Las convenciones constitucionales no tienen la capacidad jurídica de convertirse en justiciables ante la jurisdicción.
- Estos acuerdos políticos no se circunscriben a una formalidad jurídica determinada, y pueden ser pactos expresos o tácitos.
- Aunque no son exigibles ante los jueces, su incumplimiento conlleva una sanción política.
- Su origen se encuentra en la práctica política, en el desarrollo cotidiano de las relaciones de poder en un Estado.
- Las convenciones constitucionales, a diferencia de la costumbre, no necesitan que sus actos sean repetitivos, pueden nacer de un único antecedente⁴⁶².
- Para existir, deben estar justificadas por la propia Constitución, es decir, se producen en relación con una ley escrita. Donde no existe ley no existe convención⁴⁶³.

⁴⁶¹ Cfr. ELVIRA PERALES, A., “Las convenciones constitucionales”, en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

⁴⁶² Ídem, p. 139.

⁴⁶³ Cfr. DE VEGA, P., *La Reforma...*, op. cit., p. 207.

- En su contenido las convenciones responden, por un lado, a la actualización de la Constitución y de la vida política y, por otro lado, a un respeto a la tradición, esto es, a un principio conservador⁴⁶⁴.
- Las normas convencionales se extinguen por el desuso, por un incumplimiento generalmente aceptado, o por un acuerdo en contrario. Así como su creación es informal, su extinción no necesita de un acto formal que lo declare.

3. Diferencia entre las convenciones constitucionales y la costumbre constitucional

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, las costumbres constitucionales y las convenciones constitucionales, consideradas como conductas llevadas a cabo por los órganos del Estado, comparten ciertas características, por ejemplo: son consideradas como obligatorias por los órganos constitucionales. No obstante, se pueden diferenciar en alguna medida. La característica de la fuerza obligatoria las diferencia, pues la costumbre goza de la garantía que le brindan los órganos jurisdiccionales; así mismo, las características de antigüedad y continuidad permiten diferenciarlas, ya que las convenciones pueden existir a partir de un único antecedente⁴⁶⁵. De acuerdo con lo último, esto es, que una convención puede surgir como consecuencia de un único antecedente, la doctrina ha entendido que estos acuerdos convencionales son los núcleos iniciales para la consecución de posteriores normas consuetudinarias. Dicho de otra manera, las convenciones pueden ser los precedentes que dan vida al reconocimiento de futuras costumbres constitucionales, una vez ellas han alcanzado un buen grado de estabilización e institucionalización. De esta forma, cabe afirmar que las normas consuetudinarias en el ámbito constitucional encontrarían su fundamento en antecedentes fruto de acuerdos convencionales⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Cfr. ELVIRA PERALES, A., *Las convenciones...*, op. cit., p. 134.

⁴⁶⁵ Ídem, p., 139.

⁴⁶⁶ Cfr. GONZALEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 622.

4. Convenciones constitucionales y mutación constitucional

Lo más importante, de cara a este trabajo, es observar el alcance y las vías a través de las cuales las convenciones provocan mutaciones de la Constitución; para ello, es necesario desarrollar las siguientes clasificaciones:

a. El sistema británico: Wheare⁴⁶⁷:

1) Existen convenciones que producen la anulación de un precepto de la Constitución, no con el fin de abolir la norma, sino para impedir su uso.

2) Las convenciones pueden causar que los poderes atribuidos constitucionalmente a determinados órganos del Estado, sean ejercidos por otros entes diferentes a los originariamente investidos de tales potestades.

3) Finalmente, existen convenciones que completan lo establecido en la Constitución.

b. El sistema italiano: Rescigno⁴⁶⁸

1) Aquellas convenciones que sustituyen el sentido de lo preceptuado en la norma, sin que ésta pierda su forma, así la regulación sustancial de la disposición estará en la convención.

2) Existen convenciones que se producen a causa de la apertura de las reglas de la Constitución; es decir, hay ocasiones en que la norma deja abierta la puerta para que, posteriormente, se presenten nuevos comportamientos de conducta; en este caso, las convenciones producen un complemento en los preceptos.

3) Hay reglas convencionales autónomas e independientes de las disposiciones constitucionales; es decir, aunque no desconocen la existencia

⁴⁶⁷ Ver a WHEARE, K.C, *Las Constituciones...*, op. cit., pp. 127-142.

⁴⁶⁸ Sobre el tema de las convenciones constitucionales en el ordenamiento Italiano, véase a RESCIGNO, G., *Le Convenzioni...*, op. cit., pp. 23-25.

de un sujeto u órgano y de sus prerrogativas, no se enlazan con ninguna norma específicamente.

4) Se presentan convenciones que sustituyen el significado político característico de un acto jurídico; esto es, el acto producirá los efectos que le ordena la propia normativa, pero se generan unos efectos políticos adicionales. Un ejemplo sería la desconfianza que se presentaría en el caso de un voto negativo del legislativo a un proyecto presentado por el Gobierno, pues jurídicamente los efectos van dirigidos a la caída del proyecto, pero los políticos, a través de un acuerdo convencional, generarían una desconfianza que podría obligar al Gobierno a dimitir.

Adicionalmente a lo anterior, y según De Vega⁴⁶⁹, vale la pena rescatar un tipo especial de convención constitucional que puede producir una mutación, y que se puede denominar como “convención reductora”, pues tiene un efecto inverso de aquella que actúa como complemento de la norma, ya que entre las diferentes posibilidades de conductas contemplados en una disposición fundamental, reduce las opciones de actuación solamente a una de las permitidas.

De acuerdo con lo expuesto, cabe sostener la posibilidad de que las convenciones puedan causar cambios intensos en los contenidos normativos de los derechos. Sobre el particular, González Trevijano dice que es posible que se presenten mutaciones por causa de las convenciones, pues estas reglas socio-políticas cumplen una función de dinámica vital en el Derecho constitucional, adaptando el Derecho viejo a las nuevas circunstancias reinantes en un momento determinado, permitiendo la existencia y la eficacia a largo plazo del ordenamiento. No es fácil erradicar del mundo del Derecho a las reglas convencionales —que son esenciales y primordiales para la propia configuración jurídica-política del régimen—, por el simple hecho de no poder ser accionadas ante los tribunales y órganos jurisdiccionales⁴⁷⁰. Con lo que no se está de acuerdo es en la posibilidad de que las convenciones puedan

⁴⁶⁹ Cfr. DE VEGA, P., *La Reforma...*, op. cit., p. 205.

⁴⁷⁰ Cfr. GONZALEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., p. 589.

causar los mismos efectos de una reforma, como lo sostiene la teoría moderna de las mutaciones, por ejemplo con las afirmaciones de Sánchez Urrutia quien sostiene que “*Aquí se parte de la idea de que al ser la convención una fuente extra ordinem que regula el comportamiento de los órganos constitucionales, completando, integrando o relativizando lo dicho por la Constitución, puede constituir una manera de modificar informalmente la Constitución*”⁴⁷¹. Pues recuérdese que las mutaciones son fruto de procesos interpretativos y como tales se encuentran sometidos a los límites constitucionales.

Se ha sostenido que las convenciones constitucionales tienen su origen el sistema británico, donde actúan y operan de manera constante. No obstante, ellas encontrarían algunas restricciones al momento de incorporarse al sistema de los derechos fundamentales colombiano, por causa de la presencia de un texto constitucional escrito (que restringen su ámbito de existencia); la inexistencia de una opinión pública tan consolidada como la británica; la concurrencia de múltiples partidos que impiden la aparición de un interés general de respetar las decisiones adquiridas; la implantación de un órgano autorizado para conocer del juicio de inconstitucionalidad de las leyes. También porque en Colombia no existe la devoción al precedente como en los regímenes británico o norteamericano. No obstante lo anterior, es cierto que se presentan algunos acuerdos expresos o tácitos creados por los órganos fundamentales del Estado, en el ejercicio de los poderes discrecionales atribuidos por la Constitución, lo que en la teoría dejaría abierta la posibilidad de la ocurrencia de una mutación⁴⁷².

5. Convenciones constitucionales y Órgano de Justicia Constitucional

Es teóricamente posible que una convención constitucional pueda producir un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho, o del sistema de los derechos fundamentales, en Colombia, ya que puede convertirse en una nueva realidad constitucional que induzca a que las normas iusfundamentales muten. Puestos en estas circunstancias, las convenciones

⁴⁷¹ Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., p., 226.

⁴⁷² Cfr. GONZALEZ TREVIJANO, P., *La Costumbre...*, op. cit., pp. 591-592.

constitucionales como aquellas reglas de conducta que llevan a cabo los sujetos e instituciones del Estado, y que lo hacen a partir de acuerdos que tienen el objetivo de especificar y ordenar el ejercicio del poder, se configuran en los mismos términos que la costumbre iusfundamental, es decir, las convenciones (siempre que sean lícitas) al hacer parte del concepto de realidad constitucional pueden ser acogidas, vía interpretación, por la Corte constitucional, generando mutaciones en los derechos.

III. MUTACIONES PRODUCIDAS POR ACTOS JURÍDICOS

A. LA LEY

1. Concepto de ley

La esencia del Legislativo está en la representación que hace de los intereses del pueblo, pues se pretende acoger a todos los sectores de la sociedad, a las distintas fuerzas políticas que quieren hacer sentir su opinión, y una de sus diferencias con el Gobierno es que no representan sólo a la mayoría. La ley es portadora de la legitimidad del Parlamento; éste es un órgano colegiado en el que coexisten los representantes de todas las ideas políticas, y en su interior se debaten, respetan y concilian todas las opiniones. Esta institución es el engranaje perfecto entre el Estado y la comunidad⁴⁷³. De acuerdo con García de Enterría y Rodríguez Fernández, la Ley y la Constitución tienen una relación de jerarquía normativa, donde la primera no es ejecución de la segunda; en otras palabras, la ley no es un desarrollo de la Constitución, como sí lo es el reglamento de la ley. El Parlamento lo que hace es escoger una, entre varias opciones políticas legislativas; por esto, la relación entre Norma Fundamental y ley, es de configuración. La Constitución da un margen amplio y abierto para ser configurada por el legislador; los partidos políticos a partir de la misma norma pueden optar por opiniones distintas, incluso contradictorias —siempre dentro de los parámetros permitidos por la misma norma—. Cuando las mayorías parlamentarias cambian, pueden crear

⁴⁷³ Sobre la representación, véase a GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984, pp. 169-205. Sobre las características del Parlamento se puede ver a SIERRA PORTO, H., *Conceptos y Tipos de Ley...*, op. cit., p. 144.

una ley que transforme intensamente el contenido normativo de una norma iusfundamental, la cual antes, con la presencia de otra mayoría, tenía una esencia diferente⁴⁷⁴. Así las cosas, el poder legislativo se convierte en el más directo órgano del Estado en la producción de mutaciones a los derechos (en el sentido defendido en este trabajo, no en el sostenido por la teoría moderna como sinónimo de reforma), pues como se ha dicho es el engranaje entre el pueblo y el Derecho, es el primer encargado de hacer eficaz el sistema iusfundamental, y por tanto es el primero en buscar la conexión entre las normas explicitadas y la realidad constitucional.

2. Relación de la ley con las mutaciones constitucionales

Según lo anterior, cabe sostener que el Parlamento al hacer la ley pueda causar mutaciones, pues tiene la facultad de concretar el sistema de derechos. Sobre el particular, De Vega sostiene que no debe causar extrañeza que la ley por su propia naturaleza, por ser la expresión del principio democrático, pueda crear mutaciones en la Constitución. Las características de la misma Norma Suprema, en alguna medida, colaboran para que las alteraciones se produzcan, por ejemplo cuando reenvía a la legislación posterior la configuración de sus propios contenidos, y que gran parte de estas prescripciones son enunciación de principios, que obligan al legislador a que intervenga, convirtiéndolas en normas con una aplicación concreta. Así mismo, influye el hecho de que estas normas sean fruto del consenso político, y en esa tensión de opiniones se producen acuerdos que dan lugar a normas con carácter diferente⁴⁷⁵.

Ahora bien, es necesario en este momento hacer una aclaración a las afirmaciones anteriores. Como es la diferencia entre concreción y mutación de la Constitución que puede llevar a cabo el Legislativo (tema que ya fue tratado antes). Se dijo que “concreción” se referir a la labor de especificación que lleva a cabo el legislador respecto de las normas constitucionales, al momento de hacer la ley. El legislador mediante la ley establece una entre varias

⁴⁷⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso...*, op. cit., p. 145.

⁴⁷⁵ Cfr. DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit., pp. 190-191.

políticas legislativas. La Constitución establece un sistema amplio, con un buen margen de apertura que permite concretar las diferentes opciones políticas. Lo que el legislador puede producir, a través de la “concreción normal”, es un cambio en el sentido de las normas de la Constitución, pero nunca una transformación en el contenido normativo, que sólo se podría conseguir mediante una “concreción intensa”.

Según la doctrina clásica de las mutaciones (Jellinek), se produjo una mutación en Alemania cuando se expidió la ley de finanzas del *Reich*, denominada *Cláusula Frankenstein*. Esta ley produjo una mutación del artículo 38 de la Constitución alemana de 1871. El artículo de la Constitución establecía que el producto de las aduanas y los impuestos debería ingresar en las cajas del tesoro nacional. Con esta ley de finanzas se estableció que el monto obtenido por las aduanas no iba para el tesoro del Imperio, sino que sólo pasaba a través de dicha caja⁴⁷⁶. Esto significó que la *Cláusula Frankenstein* fuera entendida como un caso de mutación de la Constitución por causa de la ley, pues causó una variación en el contenido normativo de la norma constitucional antes mencionada, al establecer que ahora los ingresos por aduanas e impuestos no iban a parar a las arcas del tesoro nacional, sino sólo que pasarían por allí, y luego tomarían un destino final diferente. Hay que recordar que en esta época no existía un concepto normativo de Constitución, ni un control de constitucionalidad de las leyes, por lo tanto, existía un amplio margen para el legislador. En la actualidad, este ejemplo podría configurarse como una violación de la Norma fundamental por la ley. Según De Vega, es posible que en el ordenamiento Español, mediante el desarrollo de las leyes orgánicas, se produzcan mutaciones. Se podría afirmar que es una vía idónea para ello, pues los contenidos reservados a dichas leyes tienen un carácter materialmente constitucional, y, por ello, se pueden realizar modificaciones de la Constitución sin seguir los procedimientos agravados⁴⁷⁷.

En Colombia, al igual que en la mayoría de Estados, se considera que en el Legislativo se encuentra la representación de la sociedad, en todos sus

⁴⁷⁶ Sobre el particular véase a DAU-LIN, H., *Mutación...*, op. cit., págs 41 y 42.

⁴⁷⁷ Cfr. DE VEGA, P., *La reforma...*, op. cit., pp. 192-194.

aspectos, esto es donde confluyen los distintos sectores de opinión e interés, con la pretensión de controlar los demás órganos estatales y de, entre otras cosas, concretar los derechos fundamentales mediante la elaboración de la Ley. Como base de los distintos sectores de opinión el Legislativo posee una base de legitimación más amplia que la de los demás entes públicos, y allí la Ley tiene como fundamento el debate político, en el que la minorías tienen su ámbito de actuación. Como vemos la ley es la norma por antonomasia tiene una vinculación directa con la realidad constitucional debido a su origen popular. Al respecto el profesor Sierra Porto dice que: *“La ley es la expresión de la voluntad del pueblo colombiano que se produce luego de que los representantes de éste ‘consulten a la justicia y el bien común”*⁴⁷⁸. Con base en esto, la función legislativa y la Ley como medio expresión popular se presentan como la primera vía idónea (en última instancia la palabra final la tiene la Corte Constitucional) en la producción de mutaciones al sistema de los derechos en Colombia,

B. LA LEGISLACIÓN DELEGADA

1. Concepto de legislación delegada

Para empezar se pueden ver algunos ejemplos de Constituciones que contienen un concepto de legislación delegada⁴⁷⁹. El artículo 150, numeral 10, de la Constitución de Colombia dice que el Congreso es el órgano que hace las leyes, y que por medio de ellas podrá: *“Revestir, hasta por seis meses, al presidente de la república de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje...”*. Por su parte la Constitución de España en su artículo 82.1 establece que: *“La Cortes Generales podrán delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas...”*. Es necesario aclarar que el Gobierno despliega esta actividad normativa dentro del marco impuestos por una ley de bases o de delegación. Como regla general

⁴⁷⁸ Cfr. SIERRA PORTO, H., *Conceptos...*, op. cit., p. 150.

⁴⁷⁹ Para efectos de evitar confusiones en la terminología, es pertinente aclarar que los actos producto de la delegación legislativa en Colombia se denominan *decretos ley*, y que su equivalente en España se denomina *decreto legislativo*.

esta ley debe ser expresa, y contener, por lo menos, una materia concreta y un plazo determinado.

En relación con esto, el Parlamento no es el único ente estatal que dicta normas con fuerza de ley, también lo hace el Gobierno, mediante lo que denominamos “legislación delegada”. De acuerdo con De Otto, la legislación delegada es un acto dispositivo, mediante el cual el Parlamento, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de la función legislativa, atribuye al Gobierno la potestad de dictar normas con la misma fuerza que las leyes, de modo tan legítimo y eficaz como él mismo, sobre materias determinadas, dentro de los límites y con arreglo a los criterios que constan en el acto de delegación⁴⁸⁰. El Gobierno no reemplaza al Parlamento en el encargo legislativo, simplemente cumple la función de dictar normas con fuerza de ley que le viene asignada constitucionalmente. La competencia del Gobierno para dictar este tipo de normas es admitida, como regla general, por los ordenamientos de los Estados como un acto del poder constituyente. Este es un fenómeno jurídico que transformó la clásica figura de la división de poderes, pues en el Estado constitucional moderno se hace alusión a la idea de colaboración entre poderes más que a la de desconfianza.

Generalmente en todos los países, con un régimen constitucional y democrático, la delegación viene dada de manera expresa y por un plazo determinado, mediante una ley. Según Gutiérrez Gutiérrez, esta ley actúa como norma **sobre** la producción jurídica, y como norma **de** producción jurídica, pues, por un lado, atribuye al Gobierno una competencia, dándole unos límites que debe respetar, y, por otro lado, sirve de parámetro al juicio de validez de otra norma (es decir, se convierte en punto de referencia para que el Órgano de Justicia Constitucional adelante el juicio de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley expedidas por el Gobierno)⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Cfr. DE OTTO, I., *Derecho...*, op. cit., p. 183.

⁴⁸¹ Cfr. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Los Controles de la Legislación Delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p., 149.

La ley de delegación, como se ha visto, no puede estar vaciada de contenido, o hacer una habilitación en blanco; el más claro ejemplo sobre este tipo de habilitación fue la ley alemana del 25 de marzo de 1933, en la que el Parlamento de la República concedía a Hitler absolutos poderes para legislar, aún contra lo establecido en la Constitución de Weimar⁴⁸². Por lo anterior, la ley de delegación debe contener unos requisitos mínimos para evitar la declaración de inconstitucionalidad. Por ejemplo, la Constitución Española exige que la delegación se haga de manera expresa, para materia concreta y por un plazo determinado (art. 82.3). Según la doctrina, el requisito de la materia concreta se refiere a la claridad que debe hacer la ley de delegación, para determinar con precisión la materia o materias que se han cedido, así como también los principios orientadores que se consideren pertinentes. Aunque el Parlamento puede llegar a regular hasta el detalle los aspectos relacionados con la materia cedida, no es conveniente, pues se desvirtúa la figura de la delegación. Dicho de otra manera, esta función de precisión sobre la materia no debe llegar a extremos, es decir, no debe señalar con detenimiento cada uno de los elementos a que debe referirse el decreto, pues carecería de sentido hacer la delegación⁴⁸³. Es conveniente dejar un margen de actuación al Gobierno.

2. Justificación de la legislación delegada

La delegación se encuentra justificada, por lo menos, por dos causas: por la sobrecarga de los órganos legislativos en el ejercicio de sus funciones, es decir, ven desbordada su capacidad para legislar; y por que en ciertos casos es necesario que la regulación sea llevada a cabo por un ente especializado, esto es, por la necesidad de ordenar una materia con un alto grado de dificultad técnica. De Otto sostiene que la delegación se encuentra justificada en la sobrecarga del parlamento por causa de las extensas áreas sujetas a reserva de ley, y en el progresivo aumento del intervencionismo estatal; y también en la necesidad de delegar una materia técnicamente compleja que presentaría dificultades en la deliberación en las Cámaras. Un ejemplo de delegación por causa de la complejidad de la materia es el Código Civil español (de 1889),

⁴⁸² Sobre este ejemplo se puede consultar a DE OTTO, I., *Derecho...*, op. cit., p. 183.

⁴⁸³ Cfr. SIERRA PORTO, H., *Conceptos...*, op. cit., p. 329.

pues se entendió que la redacción de un Código debía ser una función de juristas, y no de políticos, y que estos sólo debían dedicarse a delimitar sus directrices⁴⁸⁴.

3. Relación de la legislación delegada con las mutaciones constitucionales

Como se analizó, los decretos fruto de la legislación delegada vienen limitados por la ley de delegación, y, por lo tanto, desde el punto de vista de la libertad de configuración de la Constitución encuentran un camino muy restringido. No obstante, antes se ha descrito también que es conveniente que dicha ley otorgue un cierto espacio al Gobierno para llevar a cabo su función, y que las normas dictadas por éste órgano tienen fuerza de ley. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que los decretos fruto de la legislación delegada causen mutaciones, en menor magnitud que una ley del Parlamento debido a su margen de acción restringido. De todas maneras, tienen la capacidad de producir cambios intensos en el contenido normativo de una disposición constitucional.

4. Ley, Legislación delegada y Órgano de Justicia Constitucional

El tema del control de constitucionalidad que se expondrá a continuación, aplica tanto a la ley como a la legislación delegada. Con tal fin, es menester recordar lo descrito en el capítulo tercero de este trabajo, al tratar el tema de la fuerza normativa de la Constitución colombiana, allí se expuso que las normas constitucionales deben ser aplicadas por los tribunales, se pueden invocar en juicio, y son de forzoso cumplimiento para la rama judicial del poder público. También son obligatorias y deben ser aplicadas por todos los operadores jurídicos. Se presenta como la principal y primera norma del ordenamiento, como *lex superior*, pues definen las fuentes formales del Derecho, obligando a que toda norma de inferior jerarquía esté acorde con ella.

⁴⁸⁴ Cfr. DE OTTO, I., *Derecho...*, op. cit., p. 182.

Por esto, una norma inferior no puede ser contraria a la Constitución si pretende ser una norma válida.

La ley es una norma jerárquicamente inferior a la Constitución, por lo tanto, debe estar acorde con ella. La verificación de la adecuación de la ley a la Constitución la lleva a cabo el Órgano de Justicia Constitucional, y lo hace mediante el proceso de constitucionalidad de las leyes. Según la doctrina, la explicación de la existencia de un específico control de constitucionalidad de las leyes se debe a su privilegiada posición en el ordenamiento, es decir, por estar situadas en el segundo lugar de importancia en el sistema de fuentes, después de la Constitución⁴⁸⁵. La Corte Constitucional, como máximo protector de la Constitución, es el encargado de expulsar del ordenamiento las leyes que sean contrarias a la Constitución. Dicho de otra manera, este órgano debe verificar la adecuación formal y material de la ley a la Constitución, y así decidir si debe o no declararla nula.

En este contexto, las mutaciones constitucionales por causa de la ley encuentran su límite en el juicio de constitucionalidad, llevado a cabo por el Órgano de Jurisdicción Constitucional, pues es él quien en última instancia puede decidir si la ley creó una mutación, es decir, si actuó dentro de los límites permitidos por la misma Constitución y acogerla, o si, por el contrario, la ley produjo una violación de la misma, y, por tanto, debe declararla nula. Por ejemplo, en España el Tribunal Constitucional en el caso LOAPA⁴⁸⁶ (Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico), mediante el trámite de recurso previo de inconstitucionalidad (es decir, sobre el proyecto de ley), declaró que el legislador podía, en principio, legislar sobre todas las materias sin tener un título específico para ello, pero que esta facultad tenía unos límites derivados de la propia Constitución. También dijo que en todo caso lo que el legislador no podía hacer era colocarse en el mismo plano del poder constituyente. De acuerdo con esto, el Tribunal Constitucional argumentó que no era posible que el legislador estatal incidiera indirectamente en la

⁴⁸⁵ Sobre el particular véase a SIERRA PORTO, H., *Conceptos...*, op. cit., p. 215.

⁴⁸⁶ La sentencia sobre el caso LOAPA se puede ver en: www.boe.es/cgi-bin. La referencia es: sentencia 76 de 1983 del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE (Boletín Oficial del Estado) número 197 del 18 de agosto de 1983.

delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que servían de base a la misma. En otras palabras este órgano dijo que todo proceso de concreción normativa de la Constitución implicaba siempre una interpretación de los preceptos constitucionales; no obstante, el legislador ordinario no podía dictar normas meramente interpretativas cuyo objeto era precisar el único sentido, entre los varios posibles, que pudieran adjudicarse a un concepto o precepto constitucional, pues al reducir las diferentes posibilidades de interpretación a una sola estaba completando la labor del poder constituyente, y, por tanto, colocándose en su lugar, sobrepasando así la línea divisoria entre poder constituyente y poder constituido.

De acuerdo con este argumento el Tribunal español estimó parcialmente el recurso interpuesto, y declaró la inconstitucionalidad de gran parte del proyecto LOAPA, por considerar que el legislador pasó el límite previsto a la figura de la potestad legislativa. En este ejemplo se demuestra el poder del Órgano de Justicia Constitucional al momento de juzgar la ley, en este caso, impidió un quebrantamiento de la Constitución, pues consideró que por más flexibilidad que se pudiera predicar de las normas constitucionales sobre competencias autonómicas, no existía la posibilidad de entrar a legislar sobre materias propias de las Comunidades Autónomas.

En síntesis, el carácter privilegiado que tenía la ley como vía de creación de mutaciones se ha perdido por causa de la inclusión del control de constitucionalidad, al que se ve sometida. En el momento en que dicho control existe, la ley se convierte en una fuente secundaria de los cambios intensos en el sistema de derechos en Colombia. No obstante, esto no quiere decir que las mutaciones por causa de la ley hayan desaparecido, sólo que ahora la ley será fuente directa de una mutación cuando no se accione dicho control⁴⁸⁷, pues de lo contrario será la Corte Constitucional la que mediante una interpretación mutativa receptora ratifique tal situación de cambio, sin embargo pueden existir muchas leyes no demandadas ante la jurisdicción constitucional creadoras directas y principales de dichos fenómenos.

⁴⁸⁷ Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, A., *Mutaciones...*, op. cit., pp. 301-302.

C. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

1. Concepto de interpretación judicial

Este tema ya se tocó en los capítulos anteriores, pero circunscrito a la labor de la Corte Constitucional, sin embargo ahora se quiere de manera muy resumida poner el acento en la labor interpretativa de los demás jueces en Colombia que pueden producir mutaciones al sistema de los derechos fundamentales, y donde dicha Corte puede acoger esos fallos provenientes de esos otros jueces u otras jurisdicciones, ratificando así cambios intensos que tienen como fuente la interpretación judicial en otros ámbitos jurisdiccionales. Con tal objetivo cabe recordar que todos los operadores jurídicos se encuentran en la obligación de interpretar la Constitución⁴⁸⁸ en el que lógicamente se encuentran todos los jueces constitucionales diferentes de la Corte. La interpretación constitucional es un proceso orientado a la determinación del sentido de la norma, en su adecuación a un supuesto de hecho al que se supone debe aplicarse⁴⁸⁹. Esto significa que el intérprete constitucional diferente de la Corte debe también tratar de extraer del texto una norma aplicable a un caso concreto, y, para tal fin, debe utilizar diferentes métodos que le permitan tomar la decisión correcta. Como hemos recalado muchas veces, una de las funciones principales de la interpretación, consiste

⁴⁸⁸ Uno de los primeros autores en advertir que la interpretación es una vía por donde las mutaciones aparecen fue JELLINEK. Él sostuvo que la acción interpretativa del Parlamento consigue originar mutaciones cuando hacen falta garantías que puedan poner un límite a su función, pues en el ejercicio de crear leyes, basándose en la Constitución, se pueden contravenir alguno o varios de preceptos fundamentales. Él dijo que el problema es que muy difícil precisar un límite, ya que estas disposiciones son muy oscuras y sólo el legislador les da el sentido adecuado, pero esta interpretación puede ser errada o violatoria, por esto, es necesario que las resoluciones de este órgano, para que sean válidas, dependan de un acto del gobierno. Así mismo afirmó que no sólo el Parlamento interpreta las normas superiores, también la Administración lo hace; sin embargo, en este caso el régimen de garantías es más adecuado, puesto que la jurisdicción administrativa debe enjuiciar los casos donde las autoridades de la administración pública desconozcan o contradigan la Constitución; desdichadamente hay muchas situaciones donde se presentan mutaciones por causa de la interpretación de esta autoridad, donde los jueces no se percatan de lo sucedido, o no quieren actuar. Igualmente sostuvo que los tribunales como órganos de aplicación e interpretación de las leyes crean mutaciones. Cuando la Escuela Alemana de Derecho Público describe la mutación por causa de la interpretación de la rama jurisdiccional, toma como referencia al caso de Norteamérica, en donde los jueces ejecutan directamente el control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento. Se sostuvo en esta época, que este sistema es un ejemplo positivo de freno a los abusos del legislador, y lo denominaron el legislador constitucional. Sobre el particular véase a JELLINEK, G., *Reforma...*, op. cit. p. 26.

⁴⁸⁹ En este sentido ver a BALAGUER CALLEJÓN, M., *Interpretación...*, op. cit., p. 92.

en disciplinar flexiblemente la realidad constitucional⁴⁹⁰. Dicho de otra manera, la interpretación es un mecanismo a través del cual se puede conseguir la dinámica de la Constitución, esto es, interpretarla de acuerdo con los hechos de una época. La interpretación busca darles eficacia, pues las disposiciones iusfundamentales no se aplican por si mismas, necesitan de este proceso hermenéutico para ser realizadas. La interpretación vela por la existencia de la Constitución, pues la actualiza a las circunstancias socio-políticas del Estado y la comunidad, en un momento histórico determinado.

Recordando lo dicho por Hesse, la regla constitucional carece de existencia propia, si pretende funcionar sin conexión con la realidad. Su naturaleza radica en que procura tener presencia en el tiempo, y conseguir, en la realidad, lo por ella regulado. Esta pretensión de permanencia no puede desligarse de las condiciones históricas de su realización, pues es imposible desconocerlos, si quiere tener una presencia real. Debe operar una interdependencia múltiple entre realidad y norma. Entre estas condiciones vitales, se encuentran los aspectos naturales, técnicos, económicos y sociales de cada momento; la pretensión de vigencia de la norma jurídica sólo tiene éxito cuando los tiene en cuenta⁴⁹¹. La interpretación de los demás jueces constitucionales diferentes de la Corte también asegura la fuerza normativa de la Constitución, pues toma del texto una o varias de sus normas para luego aplicarlas en la solución de conflictos, siempre teniendo como referente a la realidad constitucional; de esta forma, la Norma Fundamental se mantiene actualizada. La Constitución de los Estados Unidos es el ejemplo más claro para respaldar este argumento, pues desde su creación, hace más de 200 años, hasta nuestros días no ha dejado de regir, gracias a una interpretación acorde con los cambios acaecidos.

Teniendo en cuenta que la Constitución necesita ser interpretada en relación con los hechos reales, y que en búsqueda de este fin los demás jueces constitucionales emiten sentencias vinculantes, cabe la posibilidad de afirmar que mediante la interpretación, en este caso la realizada por otros ámbitos

⁴⁹⁰ Cfr. CANOSA USERA, R., *Interpretación...*, op. cit., p. 272.

⁴⁹¹ Cfr. HESSE, K., *Escritos...*, op. cit., p. 66.

judiciales diferentes de la Corte se puede alterar de manera intensa el contenido normativo de una disposición constitucional sin alterar su texto, y esto puede ser acogido por la Corte Constitucional. No obstante, de acuerdo con Wheare hay que aclarar que estos órganos, no pueden enmendar o reformar literalmente la norma, sólo pueden hacer una transformación del contenido de la misma, mediante la interpretación, pues su función es jurisdiccional y no legislativa⁴⁹². En realidad no se puede olvidar que todos los jueces son el esquema formal mediante el cual la base del ordenamiento jurídico evoluciona, con relación a la exigencia de la colectividad, que se viene afirmando en el curso del tiempo⁴⁹³. En este orden de ideas, los jueces constitucionales diferentes de la Corte no pueden enmendar una constitución, ni modificar las palabras con las que está redactada, sólo pueden efectuar modificaciones a través de la interpretación del contenido de esas palabras. Dice Wheare que los jueces pueden ser inconsecuentes y volubles, o ser faltos de sentido común, sin embargo, su función se limita a interpretar y no a legislar⁴⁹⁴.

2. Interpretación judicial y órgano de Justicia constitucional

El artículo 230 de la Constitución consagra que todos los jueces se encuentran sometidos a imperio del Derecho, y por tanto obviamente a la Constitución, la cual según el artículo 4 es norma de normas y en caso de incompatibilidad con otras fuentes normativas ésta prevalecerá. Lo que queremos decir es que el hecho de que el sistema de los derechos vincule a todos los jueces en sus fallos, implica que otros jueces diferentes de la Corte tendrán que fallar asuntos iusfundamentales, y podrán producir mutaciones en dicho sistema. Esto se podrá llevar a cabo mediante el sistema de garantías procesales sobre derechos, específicamente en las instancias.

El artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 son las normas que han descrito y delimitado respectivamente, el procedimiento y los alcances de la acción de tutela. Interesa ahora una parte especial de las

⁴⁹² Cfr. WHEARE, K.C, *Las Constituciones...*, op. cit., p. 110.

⁴⁹³ Ídem, p. 138.

⁴⁹⁴ Ídem, p. 110.

características de dicha acción, como es que debe ser presentada y fallada ante cualquier juez o tribunal con jurisdicción en el lugar donde hubiera ocurrido la violación o amenaza de los derechos. Esto implica, como se dijo más atrás, la vinculación de todos y cada uno de los jueces del país, sin excepción alguna, para conocer y finiquitar los asuntos iusfundamentales. Esto de cara al tema que se analiza, esto es, las fuentes normativas de las que la Corte Constitucional se nutre como receptora de mutaciones, significa que esta Corporación podrá cumplir tal función, con base en la interpretación de judicial de otros jueces constitucionales, cuando el caso de tutela es admitido a trámite ante la Corte, pues allí se encuentra el camino por donde puede acoger o ratificar la mutación producida por esta fuente normativa judicial.

D. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS

1. El Derecho internacional

a) El bloque de constitucionalidad

Los Estados, situados en el contexto mundial, han tenido que cambiar la visión de sus políticas y normas; en otras palabras, el estado constitucional de nuestros tiempos tuvo que fijar sus intereses, no sólo en los aspectos jurídicos de los órganos del Estado y de los miembros de la sociedad, sino en las relaciones con otros Estados, o con otros sujetos de Derecho internacional. Por ejemplo, la Constitución de Colombia en su artículo 227 establece que: *“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano”*. Lo que se pretende es una apertura de los Estados y de su ordenamiento a relaciones de orden supranacional.

Es necesario recordar que los “tratados” son las normas jurídicas que regulan este tipo de relaciones, y que su objeto es plasmar la voluntad de los sujetos internacionales que se suscriben a ellos. Estas normas internacionales pueden ser de aplicación directa en el ordenamiento interno, o pueden necesitar de una norma nacional que los ratifique; me refiero a las teorías monista y dualista del Derecho internacional. Por ejemplo, en el artículo 96.1. de la Constitución Española se establece que: “*Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”. Esto significa, en principio, que no necesitan de una norma nacional que los ratifique; de todas formas, es importante aclarar que los tratados se encuentran subordinados a la Norma Fundamental, pues el artículo 95.1. del mismo ordenamiento dispone que: “*La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”. Siguiendo con el caso español —que nos sirve de ejemplo general, pues la mayoría de los Estados utilizan un sistema similar a la hora de incorporar el Derecho internacional en el Derecho interno—, y de acuerdo con De Otto, la Constitución establece tres tipos de tratados: 1) son aquellos tratados donde el Estado se despoja de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, y, para ello, se necesita la autorización por una ley orgánica (art. 93); 2) aquellos tratados que necesitan la previa autorización mediante un acuerdo de las Cámaras de las Cortes Generales (art. 94.1.); 3) todos los demás tratados que no impliquen cesión de soberanía, y que son suscritos por el Gobierno (art. 94.2.). Según este autor, los tratados se encuentran subordinados a la Constitución, pero su relación frente a las leyes es especial: los tratados de las dos primeras modalidades sería superiores a las leyes ordinarias, pero la tercera no, ya que los tratados suscritos únicamente por el Gobierno no tienen fuerza activa frente a ley, pues no son autorizados por las Cortes y, por tanto, no pueden derogar o modificar ninguna ley.

Ahora bien, para el caso colombiano ya en el capítulo primero cuando se analizó la naturaleza de las normas iusfundamentales se hizo alusión al alcance de los tratados en materia de derechos humanos, y allí se dijo entre otras cosas que el constituyente originario optó por reconocerles su

prevalencia, siempre que hayan sido ratificados por el Congreso, en cuanto a su contenido específico y también como parámetro para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991⁴⁹⁵. Tal afirmación encuentra sustento en el artículo 93 de la Constitución que establece que: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*

Esto ha sido denominado “el bloque de constitucionalidad”, y se caracteriza por ser un sistema de amplificación del sistema iusfundamental colombiano, por virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Recuérdese que este sistema no se limita al catálogo explicitado, ni siquiera al Derecho interno, sino que se encuentra abierto a las normas supranacionales o externas sobre derechos humanos. Lo cual implica que estas normas externas sirven como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto de las leyes y demás actos equiparables. Por tal razón, los casos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos y los desarrollos del sistema interamericano de derechos humanos y especialmente sus textos normativos, hacen parte del bloque de constitucionalidad. La justificación de este bloque, es decir de la apertura del ordenamiento interno constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra en el principio de la dignidad humana.

No obstante como se puede observar, la presencia de esta figura presenta problema respecto del sistema de la fuentes del Derecho colombiano, pues por un lado el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y por otro lado la misma Norma en su artículo 4 consagra el principio de su supremacía. Ahora bien, la Corte para resolver el inconveniente ha sostenido que los tratados de derechos humanos y de

⁴⁹⁵ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

derecho internacional humanitario son normas que se encuentran dentro del articulado propio del catálogo iusfundamental y, por ende, las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno deben respetar los contenidos de dichas normas internacionales⁴⁹⁶.

b) Bloque de constitucionalidad y Órgano de Justicia Constitucional

Con base en lo anterior, y de acuerdo con el mecanismo de incorporación del Derecho internacional expuesto, es decir, de la forma como los tratados internacionales obtienen validez y eficacia normativa dentro del Derecho interno, cabe la posibilidad de que estas normas supranacionales puedan causar mutaciones en el sistema de derechos. Las normas externas poseen fuerza normativa interna y, por tanto, pueden afectar el contenido normativo de las disposiciones constitucionales, sin alterar su texto. En este caso la Corte Constitucional debe reconocer por vía de interpretación la mutación ocasionada en esa fuente normativa que aunque su origen es externo (es decir, no proviene de las fuentes nacionales) tiene efectos de Derecho interno constitucional y, por ende, vinculante para todos los miembros de la colectividad.

2. Derecho comunitario

Al inicio de este capítulo se hizo una salvedad, se aclaró que el Derecho comunitario no existe como fuente normativa en Colombia, pues este país no se encuentra comprometido con ningún órgano supranacional del cual haya que respetar normas con las características especiales del Derecho comunitario. No obstante, también se expresó se ha incluido esta fuente normativa debido a que la existencia de la Unión Europea ha hecho que el tema de las mutaciones haya tomado un mayor protagonismo, y porque existe la posibilidad de que en el futuro pueda crearse tal fuente para Colombia. El artículo 227 de la Constitución de 1991 establece que este país debe promover la integración económica, social y política con las demás naciones inclusive

⁴⁹⁶ Ver también la Sentencia de la Corte constitucional C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

para conformar una comunidad latinoamericana de naciones, en donde la ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano.

Entrando ya en el asunto, hay que decir que existe una modalidad especial de normas externas que pueden influir en el Derecho nacional, como es el Derecho comunitario. Antes de desarrollar algunas de sus peculiaridades de cara a las mutaciones, es necesario aclarar que la relación entre este ordenamiento y el Derecho estatal se puede estudiar desde dos visiones distintas: la interna y la externa. En este trabajo se hará uso de la primera perspectiva, pues así podremos observar si en alguna medida el Derecho comunitario puede ocasionar alteraciones no formales en el interior del ordenamiento de un Estado miembro. El Derecho comunitario se diferencia del Derecho internacional, entre otras cosas, porque la Constitución transfiere algunos poderes del Estado, poderes que quedan en manos de un ente supranacional. La doctrina denomina a este fenómeno como “cesión de soberanía”, “cesión de poder”o “transferencia de competencias”, entre otros⁴⁹⁷.

Para acercarse al significado del Derecho comunitario se puede citar el artículo 93 de la Constitución española que establece que: *“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o la Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”*. Esto quiere decir que un órgano supranacional lleva a cabo el ejercicio de competencias normativas, ejecutivas y judiciales que antes eran ejercidas por un Estado miembro, y que ahora las ha cedido como consecuencia de la integración; este ente supraestatal es ahora el titular del poder cedido, y al poner en marcha tales competencias produce efectos en el contexto interno del Estado.

⁴⁹⁷ Cfr. PÉREZ TREMPES, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 38; también a DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 189.

La cesión de poder implica, también, la existencia de un ente supranacional (en este caso Comunidad Europea) que se encuentra sistemáticamente organizado, y que tiene la facultad de emitir normas autónomas e independientes de los Estados miembros. De acuerdo con Pérez Tremps, la autonomía del Derecho comunitario implica, por lo menos, la aceptación de: la estructura organizativa de la Comunidad Europea; las reglas de interrelación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, que significa también la aceptación de los principios de efecto directo y supremacía del primero sobre el segundo; el mecanismo de reparto de competencias entre el ente supranacional y los Estados, y, por supuesto, el sistema de solución de conflictos; el régimen de control de los actos y normas llevados a cabo por el ente supraestatal (es decir, la Comunidad tiene su propio sistema de autocontrol)⁴⁹⁸.

Ahora bien, el problema se plantea, de acuerdo con La Pergola, en hasta dónde el poder conferido al ente comunitario es capaz de influir con su funcionamiento en el sistema de las fuentes del Derecho interno, como en los principios y valores fundamentales e irrenunciables del ordenamiento estatal⁴⁹⁹. El punto de partida se encuentra en el Tratado Constitutivo de la Unión de los Estados, es allí de donde se deben encontrar las pautas de la aplicación y adecuación de las normas comunitarias en el Derecho interno. Lo que no se puede desconocer, es que la limitación a la soberanía exige que las normas que tienen origen en la competencia del Tratado, desplieguen sus efectos en el Derecho nacional. De acuerdo con los tratados hasta ahora suscritos por los Estados miembros de lo que hoy conocemos como Unión Europea, el Derecho comunitario goza de dos características fundamentales: es de aplicación directa y prima sobre los ordenamientos internos de los países miembros. El efecto de eficacia directa significa que el ordenamiento supranacional no necesita ningún proceso de ratificación interno, y, por tanto, los jueces deben aplicarlo; este efecto directo tiene su fuente específica en el artículo 189 del

⁴⁹⁸ Cfr. PÉREZ TREMP, P., *Constitución...*, op. cit., pp. 58-60.

⁴⁹⁹ Sobre este problema véase a LA PERGOLA, A., *La Articulación del Derecho Comunitario y del Derecho Interno: la Experiencia Italiana*, Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 21.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que lo reconoció sólo a los reglamentos; no obstante, éste se ha ido ampliando a otros tipos de normas comunitarias, por virtud de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, este reconocimiento lo tienen: las normas de los tratados constitutivos, las decisiones y directivas, y los acuerdos internacionales llevados a cabo por la Comunidad⁵⁰⁰.

Por su parte el principio de supremacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno significa, de manera resumida, que en caso de conflicto entre los dos, los jueces y tribunales deben dar preferencia al primero. Al respecto, el Tribunal de la Comunidad en la sentencia COSTA/ENEL (15-7-1964) declaró, entre otras cosas, que el proceso de integración, y el efecto directo del Derecho comunitario, perderían su razón de ser si cualquier Estado miembro pudiera desconocerlo o derogarlo mediante una ley posterior. Según la doctrina, de este fallo se pueden extractar algunas características: el principio de supremacía es una condición de existencia del Derecho comunitario; este principio viene dado por la propia naturaleza originaria de dicho Derecho; la supremacía opera sobre todo el Derecho interno, cualquiera sea su rango o materia; el Derecho comunitario prima sobre el Derecho interno, por tanto, no puede existir conflicto con ningún texto nacional. Con la sentencia SIMMENTHAL (9-3-1978) se reafirma el significado de este principio: teniendo en cuenta el efecto directo del Derecho comunitario, éste debe aplicarse desde que entra en vigor, sin que la existencia de una ley interna incompatible sea impedimento para el cumplimiento de tal efecto⁵⁰¹.

El problema de la relación entre el Derecho interno y el Derecho comunitario se complica cuando la norma del ordenamiento nacional que entra en juego es la Constitución, pues, como se expuso en el capítulo primero de este trabajo, el principio de supremacía de la Constitución es uno de los pilares sobre el que actual Estado constitucional se sostiene. Pérez Tremps dice que el hecho de que el poder de integración no se encuentre sometido a las disposiciones constitucionales instrumentales sobre atribución de competencias

⁵⁰⁰ Sobre el particular véase a PÉREZ TREMP, P., *Constitución...*, op. cit., p. 135.

⁵⁰¹ Los extractos de las sentencias se pueden consultar en DÍEZ MORENO, F., *Manual...*, pp. 184-186.

y potestades no significa que no se encuentre vinculado a los contenidos materiales o sustantivos de la Constitución. El límite para estos mandatos es el tenor literal de la Constitución. Esta situación fue lo que ocasionó la reforma del artículo 13 de la Norma Fundamental española para hacerlo compatible con las normas del Derecho comunitario⁵⁰².

Teniendo en cuenta que la Constitución autoriza la transferencia de poderes a la Comunidad, que el Tratado define tales poderes, que los actos normativos en que se desarrolla dicha transferencia tienen aplicación inmediata y directa y que el juez nacional está obligado a aplicar estas normas aún siendo contradictorias con la ley nacional, cabe sostener que el Derecho comunitario puede producir alteraciones intensas en el contenido normativo de las normas de la Constitución de un Estado miembro, pues puede ocasionar que el contenido de sus disposiciones se transformen de acuerdo con el sentido de los intereses de la Comunidad. Al respecto Pérez Tremps sostiene que: *“Ciertamente, desde el punto de vista de sus efectos, no cabe duda que la adhesión a una organización supranacional supone una modificación material de la Constitución porque, como se ha visto, sitúa fuera de las reglas estatales las materias cedidas”*⁵⁰³.

Con el fin de poner en el plano de la realidad la posible existencia de mutaciones por causa de las normas comunitarias, el profesor Pérez Tremps pone los siguientes ejemplos: *“los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas sí afectan en cierta forma a elementos estructurales de la configuración constitucional del Estado protegidos por la especial rigidez otorgada por el art. 168 de la C.E.; es el caso de la organización territorial del Estado, de la división de poderes o de sus bases institucionales puesto que muchas materias ya no se regulan ni por el Estado, ni por las Comunidades Autónomas, ni por normas del sistema interno de fuentes, ni por lo procedimiento de producción de normas, etc...”*⁵⁰⁴. Por su parte Ruipérez sostiene que las mutaciones que tienen como fuente el Derecho comunitario,

⁵⁰² Cfr. PÉREZ TREMP, P., *Constitución...*, op. cit., pp. 72 y 73.

⁵⁰³ Ídem, p. 61.

⁵⁰⁴ Ídem, pp. 68 y 69.

se han centrado en dos campos importantes del Derecho constitucional español: “*el reparte territorial y funcional, del poder político y los derechos fundamentales, sobre todo a los de carácter económico*”⁵⁰⁵. Ahora bien, no presentamos la relación entre Derecho comunitario y Órgano de Justicia Constitucional, pues como hemos advertido esta fuente normativa no existe en Colombia, por lo cual la Corte Constitucional no tiene ninguna vinculación por esta vía.

Finalmente, vale la pena recordar que con estos tipos presentados, no se pretende dar por cerrada la opción a otras vías, pues debido a la dinámica de la Constitución y, por ende, a la variabilidad de los sujetos de una colectividad, existen otros tipos, muy importantes, pero que son imposibles de incluir en este trabajo⁵⁰⁶. El objetivo perseguido en este capítulo es el de presentar y describir los caminos más comunes y trascendentes por donde la Corte Constitucional puede mediante una interpretación mutativa receptora

⁵⁰⁵ Cfr. RUIPÉREZ, J., Estudio preliminar, en: *La Reforma...*, op. cit., p. 33.

⁵⁰⁶ Un ejemplo de una tipología interesante, que no es posible debatir, es la que presenta García Pelayo: 1) La mutación se puede presentar como consecuencia de la necesidad que tiene toda norma de manifestarse por la lengua, es decir, por medio de palabras, pero las palabras con el paso del tiempo demuestran que no tienen un contenido fijo, por el contrario, su característica es que pueden extenderse o contraerse. Los nuevos pensamientos, sentimientos e ideas, se introducen transformando el sentido de la Constitución con arreglo a ellos. 2) Se desarrollan alteraciones no formales debido a que la Constitución sólo puede regular los aspectos fundamentales de la vida estatal, por lo tanto, no se dedica a regular situaciones particulares. La función de la Norma Fundamental, no es el desarrollo exhaustivo de regulación de todas las posibles situaciones que se puedan presentar en la vida de un Estado, es por esto, que pueden aparecer lagunas que deben ser superadas por decisiones, fruto de una voluntad o de un compromiso de voluntades que afectan a la esencia de la Constitución. 3) Pueden presentarse mutaciones debido a que las normas superiores son abiertas, estas representan una sistematización de las relaciones de poder existentes en un determinado momento, pero al ser abiertas se transforman a medida que esas relaciones de la acción política cambian. El mecanismo idóneo para que esta dinámica constitucional se produzca, es la interpretación. 4) Aunque se sostiene y defiende el principio de la supremacía de la Constitución sobre los demás modos de producción jurídica, ciertas modificaciones sufridas en otras partes del ordenamiento, pueden ocasionar transformaciones al interior de la Norma Suprema, es el caso de las leyes adjetivas y de las leyes de defensa del Estado. El mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las leyes, podría poner freno en buena medida a estos cambios por la legislación ordinaria, no obstante, sería a su vez otra vía a través de la cual se pueden producir mutaciones, pues las decisiones judiciales transforman el contenido de las normas. Para demostrar esto sólo hay que observar el caso de los Estados Unidos. Otro mecanismo por donde las mutaciones constitucionales se cuegan, es la costumbre, ella logra cambiar el contenido del sistema normativo cuando aparece una laguna, pues entra a colmarla, no obstante, es el proceso de interpretación el que permite llevar a cabo este procedimiento de adaptación a las nuevas circunstancias sociales. 5) Se pueden presentar cambios al interior de la Constitución, cuando se hace uso del proceso de normalización de medidas anormales, es decir, se produce una mutación cuando los detentadores del poder, haciendo uso del derecho de excepción, como consecuencia de una situación de urgencia, convierten lo excepcional en normal. Lo normal siempre tiende a convertirse en normativo. Cfr. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 133.

acoger las mutaciones operadas en otras fuentes normativas y no la exposición de todas y cada una de las vías posibles.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA DE LOS DERECHOS

Entre otras, en los tres capítulos anteriores se ha procurado dar respuesta a preguntas tales como: ¿son todas las teorías sobre la interpretación de los derechos susceptibles de aceptar la tesis actual de mutación?, ¿qué alcances y qué significado tiene la noción de “interpretación mutativa” de los derechos?, ¿a través de qué vías normativas los derechos pueden acoger mutaciones? Las respuestas que se han ido formulando son muy valiosas de cara a los grandes problemas que plantea el tema objeto de este trabajo, no obstante, no son suficientes para explicarlo en toda su complejidad. Por tanto, es un requisito indispensable de la tesis de la interpretación mutativa de los derechos fundamentales dar respuesta a las preguntas: ¿cuáles son sus límites?, ¿hasta dónde puede mutar un derecho?, ¿la mutación tiene unos límites específicos o son los mismos de la interpretación constitucional?

Lo anterior afirmación se torna más plausible si se tiene en cuenta que las actuaciones que resuelve la Corte Constitucional colombiana no son susceptibles de control jurídico alguno. Por tanto, ella debe ejercitar una acción de autocontrol en sus funciones, es decir, debe velar por cumplir los límites constitucionales impuestos, de lo contrario se producirá una ruptura del principio de Estado de Derecho, dando paso a una nueva situación que se podría denominar Estado Judicial, gobernado por la Corte.

I. APROXIMACIÓN A LOS LÍMITES

Hay que recordar que a lo largo de este trabajo se ha hecho mucho énfasis en que el tema de los límites a la mutación de los derechos, es un elemento clave para comprender y aceptar dicho fenómeno, es decir, el sistema de los límites hace parte de la teoría dinámica-normativa de la interpretación mutativa de los derechos, en este caso de su faceta normativa. Ahora bien, es necesario dejar claro, desde este momento, que los límites que se puedan adjudicar a la interpretación mutativa no son absolutos o categóricos, es decir, no sirven como un baremo perentorio, definitivo o concluyente, ya que ello dependerá del caso concreto. En otras palabras, la teoría de los límites debe ceñirse a marcar unos criterios generales que sirvan

como marco al juez constitucional para producir mutaciones a los derechos fundamentales por vía de interpretación, si se hiciera lo contrario la casuística los desbordaría hasta el punto de vaciar o dejar sin sentido cualquier límite que se intente imponer como categórico o definitivo. En este orden de ideas, es posible plantear criterios que sirvan de marco de actuación, es decir, es viable trazar límites en este contexto. La admisión o aceptación de la mutación, en el sentido expuesto y defendido en este trabajo, dota a los derechos fundamentales de dinamismo, y la imposición de límites produce certeza y seguridad jurídica. Entonces, ¿hasta dónde puede ir una mutación por la interpretación?

A. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE

Esta es la teoría de los límites a la mutación de los derechos fundamentales expuesta por Hesse. Este autor llega a la conclusión de que el límite a una mutación es la misma Constitución. Defender que la Constitución es el límite a la mutación de los derechos por la interpretación, es algo muy importante en relación con el reconocimiento del principio de supremacía constitucional, pero es insuficiente a la hora de intentar describir límites explícitos, pues por Constitución se pueden entender muchas cosas, y entonces el límite queda al arbitrio del juez. Así las cosas, esta teoría es un importante punto de partida, pero nunca la consecución de un límite específico.

B. LA NOCIÓN DE CONTENIDO ESENCIAL COMO LÍMITE

La noción de contenido esencial en Colombia ya fue expuesta en los capítulos primero y tercero de este trabajo, no obstante se debe recordar que para que un derecho pueda ser considerado como fundamental necesita que exista un ámbito necesario e irreductible de conducta que el mismo protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Esto significa que este núcleo no es susceptible de intervención alguna, es decir, el núcleo básico es un ámbito intocable para la interpretación constitucional y para la labor de concreción del legislador. Esta noción quiere distinguir lo que es obra del constituyente, o sea el ámbito intocable, y lo que se

deja al la labor del legislador histórico. Esto significa que el juez constitucional y el legislador sólo pueden actualizar los derechos, a las exigencias cotidianas, siempre y cuando no interfieran en el ámbito del núcleo esencial.

Este concepto de núcleo esencial es un esfuerzo más sofisticado de poner un límite a la mutación de los derechos, no obstante es indeterminado, pues el espacio “irreductible” no se puede comprobar. Recuérdese que las normas sobre derechos son abiertas y flexibles lo que impide precisar con certeza dicho núcleo. La noción de contenido esencial es una metáfora tomada de la biología molecular; el problema es que en esta ciencia es posible, mediante los métodos científicos, determinar plenamente los diferentes ámbitos de una célula, no obstante, en materia de derechos fundamentales esto es imposible, pues ellos no son entes sino conceptos, entonces el núcleo esencial dependerá del lenguaje de los operadores jurídicos. Por eso es fácil observar como desde la visión de un operador jurídico un cierto contenido normativo puede hacer parte de ese núcleo, y para otro no lo sea.

Por tal razón la Corte Constitucional ha suscrito la tesis de que el núcleo esencial en Colombia se acoge a la teoría relativa, al respecto ha dicho que: *“El núcleo esencial de un derecho fundamental, tal como lo ha señalado esta Corporación, es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. En otras palabras, se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales⁵⁰⁷”*. Es decir, el acoger una teoría relativa del núcleo esencial, implica que éste es el resultado del proceso de ponderación, por tanto éste núcleo no es algo que venga predeterminado por la disposición constitucional que recoge un determinado derecho, sino que este contenido es relativo, pues depende de la interacción con los otros bienes jurídicos. Así las cosas, este límite no presenta verdaderos

⁵⁰⁷ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional C- 142-01, M. P. Eduardo Montealegre Lynnett.

síntomas de objetividad, lo que dejaría al proceso de mutación con algunas incertidumbres e inseguridades debido a su relativismo.

C. EL CONSTITUYENTE ORIGINARIO COMO LÍMITE

Se expuso antes que para la teoría originalista los derechos fundamentales deben ser reglas seguras, y para ello sólo es válido el contenido normativo impuesto por los constituyentes originarios mediante su intención. Así las cosas es posible desentrañar un significado unívoco de la de los derechos que ha sido establecido por los constituyentes primarios mediante su intención. Y este método es el único válido en materia constitucional. Esto significa que la Constitución es sólo lo que los *framers* establecieron. Así las cosas, las disposiciones sobre derechos no pueden ser actualizadas por los jueces constitucionales, y esto es algo que ya se ha rechazado rotundamente, pues se ha sostenido que los jueces en Colombia crean derecho, pues se encuentran vinculados al momento histórico, a la realidad constitucional en que viven. Por tanto, desde la teoría que se defiende, el originalismo no puede ser considerado un límite válido jurídicamente.

II. LOS LÍMITES GENERALES Y ESPECÍFICOS A LA INTERPRETACIÓN MUTATIVA EN COLOMBIA

Es pertinente comenzar por dejar claro dos cosas. La primera se refiere a que la teoría de los límites a la reforma de la Constitución es inaplicable a la teoría de la mutación de los derechos, es decir, el tema de los límites implícitos, explícitos, formales o materiales como las cláusulas de intangibilidad que consagran sistemas constitucionales como el alemán, no son aplicables a éste tema por una situación obvia, y es que las interpretaciones mutativas de los derechos son procesos interpretativos y como tales se desarrollan dentro del ámbito permitido de por la Constitución. Por tal razón, se hizo la diferenciación entre reforma y mutación, pues aunque ambos procesos pertenecen al ámbito

general de los cambios constitucionales en orden a adaptar la Constitución a una realidad, el segundo tiene un margen de libertad reducido a lo dispuesto en la Constitución, mientras el primero tendrá un margen amplio de producir cambios, desde una reforma total (si se defiende una teoría de no límites materiales al poder de reforma), hasta algo más moderado (si se defiende una teoría que propone límites materiales al poder de reforma)⁵⁰⁸.

La segunda cuestión a tener presente es que la teoría de los límites a la interpretación constitucional es aplicable a la teoría de la interpretación mutativa de los derechos, y esto es así por otra razón obvia, y es que el tema de este trabajo es también un proceso interpretativo constitucional. Por tal razón, se hará una mención muy superficial a los límites que se consideran más relevantes de la interpretación constitucional en general, con el fin de presentar un marco de actuación. No obstante, el objetivo primordial es el análisis de los límites específicos de la interpretación mutativa de los derechos en los que se pretende profundizar en la exposición.

A. LOS LÍMITES GENERALES: LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Existe un buen número de límites a la interpretación constitucional que han sido expuestos por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, no obstante sólo se hará una mínima mención de los que se consideran más relevantes, sin profundizar en su análisis, pues como se ha subrayado el objetivo es puntual, es decir, se circunscribe al proceso hermenéutico mutativo en particular.

1. Tres pilares fundamentales de la Constitución

Estos tres pilares de la Constitución ya fueron descritos y analizados en el capítulo tercero de este trabajo. Ahora interesa resaltar su vocación de límites, pues sin ellos la Constitución y, por ende, los derechos no puede ser

⁵⁰⁸ Sobre este interesante tema se puede consultar en Colombia a RAMIREZ CLEVES, G., *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

considerados como tales. No puede existir una interpretación mutativa que sobrepase estos pilares, es decir, esta situación sería inadmisibles. La fuerza normativa, la supremacía y la rigidez de la Constitución son principios considerados barreras infranqueables, por tanto, una interpretación que tenga como consecuencia su desconocimiento o violación no puede ser considerada como jurídica.

Así las cosas, no puede considerarse válido un proceso hermenéutico mutativo que pretenda desconocer la fuerza normativa de los derechos, es decir, que busque que ellos no puedan ser aplicados por los tribunales, que no se puedan invocar en juicio, y que sean de forzoso cumplimiento para todos los operadores jurídicos y los ciudadanos. Igualmente es inaceptable una interpretación mutativa que pretenda atentar contra el efecto de irradiación (función objetiva) de los derechos sobre todas y cada una de las demás normas del ordenamiento jurídico de un Estado. Así mismo, no procede una mutación de los derechos por la interpretación que pretenda atentar contra la idea de que ellos se encuentran en la principal y primera norma del ordenamiento, como *lex superior* (principio de supremacía), lo que implicaría desconocer que toda norma de inferior jerarquía debe estar acorde con ellos. Es decir, no puede existir proceso hermenéutico que desconozca que no todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas de menor rango deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores, esto es a los derechos. Recuérdese que una norma no puede contradecir a su superior jerárquica, pues sería inválida y, por tanto, debe ser retirada o expulsada del ordenamiento jurídico.

Igualmente, es inviable una interpretación mutativa que pretenda ocupar el lugar de una reforma constitucional, es decir, no es posible una reforma de la Constitución encubierta en un proceso mutativo, pues las constituciones rígidas poseen una fuerza superior a la de las otras leyes del Estado, y deben ser modificadas por procedimientos diferentes, más agravados, de aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes, por eso, el principio de rigidez impide

aceptar cambios interpretativos intensos sin alteración del tenor literal con los mismos efectos de una reforma.

2. El texto de la disposición constitucional

El límite de la mutación constitucional está trazado por el texto de la norma, es decir, el tenor literal de una disposición de derecho fundamental es infranqueable por una interpretación mutativa⁵⁰⁹. Al respecto el profesor Manuel Aragón dice que: “*Lo que le está vedado al órgano judicial, o si se quiere, lo que está vedado al control jurisdiccional es enmendar el objeto en el sentido de ‘enmienda formal’ o ‘literal’, no en el sentido amplio que incluye ‘enmienda de significado’. Dicho de otras palabras, la literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad ‘innovadora’ del órgano judicial*”.⁵¹⁰ Cuando existe una evidente contradicción entre el texto constitucional y el resultado de una actividad hermenéutica no cabe hablar de mutación. En síntesis, cabe sostener que el ámbito de las mutaciones de los derechos se reduce a las consideradas *praeter* y *secundum constitutionem*, más nunca pueden ser aceptados cambios intensos en el contenido normativo producto de una mutación *contra constitutionem*⁵¹¹, y que el primer límite que debe ser tenido en cuenta debe ser éste⁵¹². Al decir que éste es el paso inicial en el análisis de los límites, se está diciendo que no es el único, y que si sólo se aplica este criterio, la teoría de los límites deviene incompleta si la contradicción entre literalidad e interpretación mutativa no es tan evidente, en caso de que si lo sea la aplicación de este criterio será suficiente para tildar dicho cambio intenso como algo no ajustado al Derecho⁵¹³.

⁵⁰⁹ Sobre el particular véase a ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, ob. cit., p. 96.

⁵¹⁰ Cfr. ARAGÓN REYES, M., *La interpretación...*, op. cit., p. 47.

⁵¹¹ En este sentido se puede consultar a FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J., “*Examen de urgencia entre la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea*”, en la obra colectiva: *Estudios de Derecho Público*, Vol. (I), Tecnos, Madrid, 1997, p. 306.

⁵¹² En esta línea doctrinal se puede ver en ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación...*, ob. cit., p. 26.

⁵¹³ En Colombia la doctrina ha recalado este límite a la interpretación como algo determinante, por ejemplo en ORTÍZ GUTIERREZ, J., *Las modernas tendencias del Derecho del Estado y la interpretación de la Constitución de 1991*, en la obra colectiva: *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 65.

Aunque a primera vista parezca que serían muy infrecuentes la presencia de estas situaciones de abierta y explícita contradicción, debido a su propia evidencia, la verdad es que ocurren. Este tipo de extralimitaciones, que deben denominarse quebrantamientos constitucionales⁵¹⁴, causan graves problemas a los cimientos básicos de la constitución y, por supuesto, al concepto mismo de interpretación mutativa que con justa razón es visto como un fenómeno negativo. Se ha dicho que las normas constitucionales son abiertas, para permitir el pluralismo político, pero cuando ellas expresamente dicen algo de manera muy explicativa debe entenderse que están poniendo límites expresos a todo operador jurídico. No obstante, ni siquiera este límite puede ser considerado como absoluto, pues el significado de los vocablos lingüísticos también cambia con el paso del tiempo, y lo que hoy significa una palabra determinada mañana puede haber cambiado.

3. Las alternativas políticas

El juez constitucional tiene una competencia jurisdiccional, es decir, su función es netamente jurídica. Esto sin desconocer que la labor de máximo interprete y guardián de la Constitución conlleve consecuencias políticas, ya que existe una relación fuerte entre dicha función y los efectos políticos. En otras palabras, debido a la naturaleza de las funciones de la Corte como son, por ejemplo, el control de constitucionalidad de la ley y la interpretación de la Constitución, ésta se encuentra en un estrecho vínculo con la política, pues como se ha expuesto antes la ley es el fruto de la acción política del legislativo en donde se encuentra representado el pueblo; y, por su parte, la Constitución es el resultado de un acuerdo político entre las fuerzas presentes en el momento constituyente.

No obstante dicha conexión entre la Corte y el proceso político, debido a su función y a las materias sometidas a su conocimiento, a ésta sólo le esta

⁵¹⁴ Para el caso colombiano, especialmente como límite a la mutación constitucional, puede consultarse a MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 179. Ella dice que el texto constitucional es el límite infranqueable de la interpretación, y que esta apreciación se encuentra estrechamente relacionada con el concepto de mutación cuyo alcance determina el límite a la interpretación, pues mientras el juez puede hacer mutar la disposición mediante la interpretación podrá proceder a concretarla y realizarla, de no ser posible es obligatorio reformar dicho texto.

permitido resolver los asuntos mediante un procedimiento netamente jurídico y no político⁵¹⁵, pues es un ente jurisdiccional. Por ejemplo, cuando tiene que enjuiciar la constitucionalidad de una ley, a la Corte le está prohibido proponer una alternativa política distinta a la indicada por el legislador, ella sólo puede confrontar la ley con la Constitución mediante un procedimiento jurídico⁵¹⁶. En síntesis, la Corte nunca podrá llevar a cabo una interpretación mutativa de los derechos fundamentales haciendo uso de una alternativa política diferente de la utilizada por el legislador.

4. La noción de sistema constitucional

No sólo por causa de un criterio como el del tenor literal, es decir, cuando existe una evidente contradicción con el texto de la disposición, se puede hablar de cambios intensos en el contenido normativo *contra constitutionem*, o sea inaceptables. El criterio del tenor literal es el punto de partida de los límites, es el que tiene en cuenta a la disposición de manera individual. Si una interpretación mutativa incumple este criterio debe ser considerada un quebrantamiento o violación constitucional, pues como se advirtió, existiría un claro y rotundo desconocimiento de la supremacía, rigidez y fuerza normativa de la Constitución, esto es, algo inadmisibles en el mundo jurídico. Ahora bien, pueden existir casos en que una interpretación mutativa, sin contradecir abiertamente el tenor literal de un derecho, pueda ser considerada como un acto *contra constitutionem*; como es el caso en que dicha actividad hermenéutica atente contra el sistema constitucional. Cuando se habla de sistema se está haciendo referencia a la idea de conjunto, o mejor al conjunto de relaciones recíprocas que tienen unas disposiciones con otras.

El concepto de sistema constitucional (muy especialmente el subsistema de derechos) se diferencia del concepto de sistema jurídico debido a las características de la estructura de los mismos. Recuérdense lo sostenido antes siguiendo a Alexy, esto es, que los derechos tienen la estructura de normas de

⁵¹⁵ Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob., cit., p. 176.

⁵¹⁶ En este sentido puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...* op. cit., pp. 175 y ss.; en Colombia, por ejemplo, MORELLI, S., *La corte constitucional...*, op. cit., p. 48.

principio y, que por tal razón, deben ser considerados como mandatos de optimización, es decir, que deben ser cumplidos en la mayor medida de lo posible, dependiendo de las circunstancias jurídicas y fácticas. También existe otra especificidad del sistema iusfundamental en relación con cualquier otro sistema jurídico, como es la interrelación armónica que deben llevar a cabo tres tipos que coexisten normativamente en la Constitución: los valores, los principios y las opciones constitucionales. Al respecto La fuente Balle dice que cada disposición tiene la obligación de ser interpretada dentro del contexto y en relación absoluta con el resto de las disposiciones existentes de manera coordinada y coherente.⁵¹⁷

En otras palabras, en el proceso de interpretación el juez se encuentra obligado a tener presente toda la Constitución, esto es, desde el preámbulo, los principios, los valores y demás disposiciones como un sistema integrado al contexto político, social, económico, etc. En este sentido Monroy Cabra sostiene que el juez al decidir un asunto debe buscar la armonía y coordinación en beneficio del sistema constitucional⁵¹⁸, es decir, la noción de sistema es un requisito indispensable en la interpretación, esto significa que vincula o limita al juez en el proceso hermenéutico. Es por esta razón que en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 46 se estableció que: *“En desarrollo del artículo 241 de la Constitución política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución”*. Esta noción de sistema constitucional ha sido denominada por la doctrina colombiana como principio de unidad de constitución⁵¹⁹.

La Corte Constitucional colombiana ha hecho énfasis en este límite a la interpretación constitucional en general, refiriéndose a la artículo 1 de la Constitución que dice: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado*

⁵¹⁷ Cfr. LA FUENTE BALLE, J., *La judicialización...*, op. cit. p. 110.

⁵¹⁸ Cfr. MONROY CABRA, M., *La interpretación...*, op. cit., p. 178.

⁵¹⁹ Véase a MORELLI, S., *La corte constitucional...*, op. cit., p. 49; o en ORTÍZ GUTIERREZ, J., *Las modernas tendencias...*, op. cit., p. 64. Este principio también ha sido denominado “integridad de la Constitución”, véase a CIFUENTES MUÑOZ, E., *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, en la obra colectiva: *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 26.

en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, este órgano jurisdiccional ha sostenido, entre otra cosas, que: “El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

“En síntesis, la Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”⁵²⁰.

5. El proceso de ponderación

Si se tiene en cuenta esta situación, los derechos dentro de ese conjunto de relaciones van a ser objeto obligado de colisiones o conflictos. Por tanto, una interpretación mutativa que no contradiga abiertamente el texto de una disposición de derechos fundamental, sólo será válida si ha llevado a cabo un

⁵²⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-406-1992. M. P. Ciro Angarita Barón

proceso de ponderación, es decir, si se ha sopesado los principios que entran en conflicto en la solución de un caso concreto, para determinar cuál de ellos debe ser aplicado, esto es, cuál de los dos tuvo más peso según las circunstancias particulares. Estos conflictos se presentan en muchos casos, pues los derechos en su mayoría tienen la forma de principios, y como tales, debe el juez buscar realizarlos en la mayor medida de lo posible⁵²¹.

Un ejemplo es el caso del joven estudiante expulsado del colegio por haber lanzado un preservativo en la secretaria de la institución educativa. La corte al respecto dijo que: *“El señor Juez considera, y la Sala comparte esa apreciación, que el comportamiento realizado por el joven Sánchez Rojas no es un acto inmoral y grave, dirigido contra la institución educativa o contra una persona determinada. Además la sanción es significativamente desproporcionada a la falta cometida, que apenas puede juzgarse como un trivial acto de indisciplina. Si se tiene en cuenta la edad del educando, más parece un comportamiento de autoafirmación del adolescente frente a sus compañeros, que no amerita privarlo del servicio público, sino que reclama la intervención formativa de los educadores para encauzarlo y permitirle superar los conflictos de personalidad propios de la etapa que está atravesando, ya que su comportamiento ni fue inmoral, ni hace impracticable la vida de relación con sus compañeros y superiores. Así como la ignorancia no es causal de expulsión aceptable, pues es de la esencia de un establecimiento educativo el instruir, tampoco lo puede ser la falta de formación, pues es precisamente para que la adquieran, correctamente orientados, para lo que se matricula a los niños y jóvenes en escuelas y colegios”*⁵²².

6. La armonización de las normas constitucionales

Este límite a la interpretación constitucional en general y, por tanto, a la mutativa de los derechos, obliga al intérprete a no jerarquizar normas constitucionales, es decir, en orden a salvaguardar la supremacía de la Constitución y, también, el de la efectividad de los derechos es necesario

⁵²¹ Sobre este tema se puede profundizar en BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 93 y ss..

⁵²² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-118/1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

armonizar o compatibilizar las normas fundamentales. Esto conlleva a que, en abstracto, ningún derecho puede prevalecer sobre otro, sólo es posible que, en un caso concreto y sólo para ese caso, un derecho se imponga sobre otro por su mayor peso y valor respecto de la situación fáctica a resolver.

La Corte ha aplicado este límite interpretivo en diferentes ocasiones, por ejemplo en el caso de los vendedores ambulantes de la ciudad de Ibagué, en el que se impartió la prohibición de instalar sus locales en el centro y se les revocaron sus licencias, todo con el fin de garantizar el espacio público. Al respecto ésta dijo que: *“Del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes. Sin embargo, su ocupación del espacio público no está legitimada por la Constitución. Se impone por lo tanto establecer una pauta de coexistencia entre los derechos e intereses en conflicto, que resulte proporcional y armoniosa en relación con los valores y principios consagrados en la Constitución y que permita al Estado dar cumplimiento a la obligación a su cargo de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común (CP art. 82), así como de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (CP art. 54).*

“Lo anterior supone, en consecuencia, que cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna”⁵²³.

7. La interpretación de la ley conforme a la Constitución

⁵²³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-225 a 400-1992.

El límite a la interpretación mutativa de los derechos fundamentales, al momento de hacer el juicio de constitucionalidad de una ley sometida a su conocimiento se encuentra en el principio de la conservación de la norma, esto es, donde el juez se encuentra obligado a crear la solución judicial menos traumática. Debe hacerlo así porque la ley goza de presunción de constitucionalidad. Este es uno de los argumentos más fuertes para justificar la presencia de sentencias de tipo interpretativo y manipulativo, pues el juez debe encontrar la interpretación de la ley conforme a la Constitución⁵²⁴.

Una mutación de los derechos por vía interpretativa sólo será admisible si respeta este principio. Al respecto, en un caso de doble nacionalidad, la Corte ha dicho que: *“Según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contraría éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4). En el caso que se estudia, la Corte advierte que la propia Constitución establece que la nacionalidad colombiana no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. De otra parte, la interpretación que hace el demandante de la disposición parcialmente acusada no es la única posible, ni la más razonable. En efecto, ni el texto de la propia norma, ni la lectura del expediente legislativo, ni el contexto en el que se encuentra ubicada permite afirmar que la norma en estudio prohíbe (sic) la doble nacionalidad. Repudia al ordenamiento jurídico el hecho de que la norma demandada sea interpretada en contra de su texto y finalidad. En otras palabras, la garantía del derecho a una nacionalidad no puede ser interpretada como la prohibición de tener más de una nacionalidad, sin que exista en el texto un fundamento claro para esta interpretación y existiendo en la Constitución norma exactamente opuesta”*.⁵²⁵

8. La exigencia de motivación: la racionalidad

⁵²⁴ Ídem, p. 50.

⁵²⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-273-1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esta obligación es un límite a la interpretación mutativa, ya que no se permite cualquier lectura del significado de un derecho que pretenda producir un cambio intenso en el contenido normativo, sólo es viable si es razonable y esto únicamente se puede determinar en la motivación expresada por el Juez constitucional. La racionalidad es una garantía del proceso hermenéutico, es decir, es un límite al arbitrio del juez constitucional. Es un límite que tiene dos facetas: debe siempre existir una motivación razonable y debe ser un proceso de búsqueda del significado de la disposición constitucional. Esto último significa que nunca el proceso de argumentación puede ser utilizado como medio de justificación *a posteriori* de las medidas judiciales tomadas.

Al respecto la Corte constitucional en el Auto A-13/97 ha dicho, refiriéndose al cambio de jurisprudencia, que: *“Si bien el juez está sometido ante todo a la Constitución y a la ley al adoptar sus decisiones, siendo la jurisprudencia apenas un criterio auxiliar que no por valioso resulta obligatorio, cuando ella se altera inopinadamente resultan creados factores de inestabilidad del Derecho, por lo cual el juez que razonada y fundadamente precisa introducir modificaciones jurisprudenciales, hallándose facultado para ello, resguarda mejor los derechos del conglomerado a la igualdad y a la justicia si hace explícitas las motivaciones de su nuevo criterio y advierte acerca de las implicaciones de la innovación acogida. De ahí que la propia Carta Política reconozca la autonomía interpretativa del juez y, por tanto, sus plenas atribuciones para modificar los criterios jurisprudenciales que lo han inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación del Derecho.*

“Pero los cambios de jurisprudencia no justificados o no advertidos de manera franca corresponden en el fondo a una arbitrariedad del juez, que entonces deja irrealizada la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a las mismas normas. En guarda de la seguridad jurídica y de la estabilidad que se espera de la aplicación del Derecho a los casos concretos por la vía judicial, tales modificaciones -que siempre serán posibles, salvo el obstáculo de la cosa juzgada- exigen del juez, en especial el de constitucionalidad, la verificación razonada de los motivos que lo llevan a variar

su entendimiento del orden jurídico y la expresión clara e indudable de que, al decidir como decide, según los nuevos enfoques que adopta, lo hace a plena conciencia y no solamente en razón del asunto singular objeto de su consideración, es decir, en virtud del sustento jurídico que lo convence, en el plano interpretativo, para introducir mutaciones al rumbo jurisprudencial”.

9. Las consecuencias políticas

Es obligación del juez constitucional tener presente los efectos jurídicos de sus decisiones, pues pueden producir grandes perjuicios a la comunidad⁵²⁶, ya que el juez se encuentra vinculado por la misma Constitución para limitar su interpretación en beneficio de los principios del bien común y del interés general. Por tal razón es una obligación de la jurisdicción constitucional prever las desventajas que pueda traer para la sociedad⁵²⁷. También esto es una constante en materia de principios y de derechos fundamentales, es decir el juez debe medir las implicaciones de los efectos y el impacto de sus decisiones respecto de otros bienes constitucionales protegidos que nos están en juego en el caso particular. Una herramienta, para lograr cumplir con este límite, el uso de las sentencias modulativas que condicionan la exequibilidad de una norma a cierta interpretación, o con efectos diferidos en el tiempo que logran que una disposición legal se siga aplicando por un cierto término, etc⁵²⁸. La obligación de medir las consecuencias políticas en la actividad jurisdiccional, es un efecto de la vinculación del juez a la realidad constitucional.

B. DOS PROPUESTAS DE LÍMITES ESPECÍFICOS

1. La propuesta de límites específicos de la teoría moderna de la mutación

⁵²⁶ Este límite ha sido expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...* op. cit., pp. 175 - 196.

⁵²⁷ En este sentido se puede ver a MONROY CABRA, M., *La interpretación...*, op. cit., p. 180. También puede consultarse a MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 176. Y a MONTROYA, A. M., <<*Constitución de 1991: peculiaridades en su interpretación y protagonismo judicial*>>, en la obra colectiva: *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 368.

⁵²⁸ En el sentido de esta tesis ver CEPEDA ESPINOSA, J. M., *Derecho Constitucional...*, op. cit. pp. 22 y 23.

Se dijo que la teoría moderna de las mutaciones, con la que se esta en ciertos puntos en desacuerdo, incurría en dos errores graves, el primero fue el extrapolar las tesis sobre la mutación del período de entre guerras al momento actual sin ningún matiz, y el segundo fue sostener que la mutación es un caso de reforma informal. Estos dos errores han propiciado que la teoría moderna, al momento de plantearse los límites a la mutación, tenga que preguntarse ¿De qué sirve la dificultad de los procesos agravados de reforma, si ellos no son atendidos por los medios informales (mutación) que son menos dificultosos, más rápidos, y con el menor coste político posible? ¿No será acaso la excesiva rigidez constitucional la que está fomentando tales prácticas informales? ¿Hay algún mecanismo objetivo capaz de limitar el ámbito sobre el que se proyectan las modificaciones informales?⁵²⁹

La teoría moderna responde afirmativamente a este último interrogante y, por tanto, sostiene que como límite hay dos vías: se debe convertir a la mutación en disposición constitucional mediante una reforma formal, o negarle a la reforma informal (mutación) todo valor jurídico⁵³⁰. En este trabajo se cree que estos límites son inoperantes y no validos, pues el primero acepta que las mutaciones son reformas a la Constitución, por eso las ratifica con una reforma formal; y el segundo, consiste en desconocerles valor jurídico, por eso las declara inexistentes, esto es, las mutaciones no obtendrían existencia en el mundo jurídico, argumento que se ha descartado siempre. Desde lo que se propone en esta investigación, estas dos alternativas no se configuran como límites reales al proceso mutativo, ni lo pueden ser debido a la confusión que existe en la teoría moderna sobre el significado contemporáneo de las mutaciones constitucionales.

Un esfuerzo más depurado en la consecución de límites objetivos, es expuesto por García-Atance, quien sostiene que dicho límite es lo que define la Constitución sustancial, es decir, el núcleo identificador de un determinado orden fundamental, ella dice que: “*Sólo sobre la base de subsistir indemne un esqueleto básico que vertebra el resto de la normativa constitucional, así como*

⁵²⁹ Cfr. GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia...*, ob. cit., p. 111.

⁵³⁰ Esta tesis es defendida por DE VEGA, P., *La reformal...*, ob. cit., pp. 214-215.

*su desarrollo posterior, se posibilita una directriz orientadora para que las transformaciones producidas por la propia dinámica evolutiva de la vida social, tiendan una confluencia integradora de la realidad constitucional (...), evitando así que el proceso evolutivo producido por vía de la mutación, huérfano de la directriz básica que definió el constituyente, desemboque en un caos, al perder el norte que le identifica esencialmente*⁵³¹. Esta tesis del núcleo identificador presenta un problema peligroso contenido en la pregunta: ¿qué significa esqueleto básico? La respuesta a esta pregunta es dudosa e indeterminada, por tanto, quedaría al arbitrio del juez constitucional decidir si en cada caso se respeta o no dicho núcleo o esqueleto, es decir, el límite es lo que diga el juez, y lo que diga éste dependerá de su parecer o de sus convicciones morales, dejando vía libre para quebrantar abierta y contrariamente cualquier disposición de la Constitución, incluso su tenor literal, siempre que se crea que no viola el esqueleto básico. Por tanto, no se encuentra fundamento en la tesis del núcleo identificador como límite a la mutación de los derechos, pues si no existe certeza sobre las partes que lo constituyen, es decir, sino se conoce a ciencia cierta su significado, no puede ser considerado como un límite, y mucho menos como un límite objetivo.

2. La propuesta de límites específicos de la teoría dinámica-normativa de la mutación

a. La verificación del cambio de los hechos prácticos y de la conciencia colectiva

Cuando se hace referencia a los hechos prácticos o la conciencia ideológica colectiva, se está dentro del ámbito de la modalidad de la interpretación mutativa denominada “receptora”, es decir, donde la interpretación es el proceso que reconoce una mutación producida por otra fuente normativa, por ejemplo, una nueva costumbre constitucional. Esta modalidad de interpretación mutativa es diferente de la “generadora” que lo que busca es producir una mutación en los derechos mediante el proceso

⁵³¹ Cfr. GARCÍA-ATANCE, M., *Reforma y permanencia...*, ob. cit., p. 116.

hermenéutico. En este orden, y como marco de actuación, en el análisis de la verificación de los hechos prácticos y de la conciencia colectiva de la realidad constitucional como límite a la interpretación mutativa, se debe llevar a cabo una breve mención al concepto de dicha realidad, expuesta en el tercer capítulo de este trabajo.

Allí se sostuvo que la realidad constitucional es un concepto jurídico, es decir, ésta hace parte del concepto de los derechos, pero no toda realidad social, esto es, no todo lo que se genera en una comunidad por el conjunto de relaciones existentes entre sus sujetos miembros, es acogida por los derechos fundamentales. Sólo es admitida aquella realidad que ha sido constitucionalmente predeterminada, así sea en abstracto, es decir, como una expectativa. Así las cosas, existe una realidad constitucional originaria y otra expectante, la primera se circunscribe a la que se encuentra presente en el momento constituyente y que se ha convertido en Derecho positivo, y la segunda se refiere a aquella parte de la realidad social que puede ser acogida jurídicamente en un futuro por estar acorde con los mandatos constitucionales.

También se afirmó que la realidad constitucional se compone de dos elementos: los hechos prácticos y los fundamentos ideológicos, los primeros se refieren a los sucesos o acontecimientos físicos que ocurren empírica o materialmente en la sociedad, y los segundos a la idea que tiene la sociedad sobre el significado de los derechos, esto es, su visión del mundo⁵³². Estos dos elementos conforman el conjunto del concepto de la realidad constitucional de un derecho fundamental y normalmente van unidos u ocurren simultáneamente. Por ejemplo, cuando en un Estado las parejas del mismo sexo conviven, desde hace décadas, en las mismas condiciones en las que lo hacen las parejas heterosexuales que han contraído matrimonio, y además la sociedad considera que la práctica llevada a cabo por los homosexuales es el ejercicio del derecho constitucional al matrimonio.

⁵³² Sobre los cambios intensos o radicales producidos en la conciencia ideológica de la colectividad, reconocidos por vía de interpretación, referidos a las prácticas de cortesía pero plenamente trasladables al ámbito jurídico que producen mutaciones, Ronald Dworkin sostiene que: “*La interpretación se pliega a la práctica, alterando su forma y la nueva forma alienta a una nueva reinterpretación, de modo que la práctica cambia en forma dramática, a pesar de que cada paso que se avanza es interpretativo de lo que el último logró.*”. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob., cit., p. 46.

Si la disposición constitucional que recoge dicho derecho es abierta, esto es, no se ve quebrantada en su tenor literal por dicha conducta, es decir, por los hechos prácticos (convivencia de personas homosexuales) y por la visión ideológica de la sociedad (al considerar que la conducta es lícita), el juez constitucional puede establecer que dicha realidad social es también una realidad que puede considerarse constitucional y, con base en ello, puede proceder a reconocer, mediante la interpretación, que dicha mutación ha operado en el contenido normativo del derecho al matrimonio, y proceder a reconocer todo lo que esto conlleva jurídicamente. Ahora bien, no siempre estos dos conceptos van unidos, existen casos en que sólo ha variado el fundamento ideológico o la visión del mundo que tiene la colectividad sobre el contenido de un derecho, por ejemplo, cuando la sociedad de un Estado considera que la práctica del aborto es un hecho que se encuentra acogido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, y no es una violación al derecho a la vida del feto, pero aún no se han realizado hechos prácticos, es decir, no se han llevado a cabo prácticas abortivas.

Ahora bien, es el momento justo para hacer una precisión importante: cuando se dice que la realidad constitucional (hechos prácticos y fundamento ideológico) puede transformarse y producir mutaciones en los derechos, no se está haciendo referencia a hechos o visiones del mundo de la mayoría y que por ser mayoritarios deben ser acogidos. Recuérdese que la realidad constitucional productora de mutaciones sólo puede operar dentro del marco del programa normativo, por tal razón, en un caso de mayorías, el juez se encuentra en la obligación de colocar dicha realidad en conexión directa con los postulados explicitados normativamente, pues la justicia constitucional no está sólo para proteger a los ciudadanos de los excesos del gobierno, sino a los ciudadanos de los excesos de los propios ciudadanos, por esto se encuentra en la obligación de proteger también a las minorías. No es correcto que el juez falle buscando exclusivamente la aceptación general, es decir no es suficiente que exista un gran consenso sobre cierta postura ideológica o que haya acuerdo mayoritario sobre el ejercicio de ciertos hechos prácticos, es necesario que la realidad constitucional opere dentro de los límites establecidos

por la Constitución. En caso de abierta oposición entre lo normado y el consenso, prevalece lo primero⁵³³.

Retomando el tema, aquí interesa resaltar esos dos elementos de esa realidad constitucional que se configuran como límites a la interpretación mutativa de los derechos⁵³⁴. Como son la verificación⁵³⁵ del cambio en la realidad constitucional, es decir, a la transformación de sus elementos esenciales: los cambios de los hechos prácticos y los cambios del fundamento ideológico. No sin antes recordar que se ha demostrado que por virtud de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia constitucional el juez se encuentra vinculado con la realidad constitucional en Colombia, y que por tal razón se encuentra en la obligación de producir cambios intensos en el contenido de los derechos, cuando dicha realidad se ha transformado.

Ahora bien, puede suceder que el juez constitucional en nombre de una ficticia transformación de la realidad constitucional (hechos prácticos y fundamento ideológico) pueda introducir cambios intensos en el contenido de un derecho, mediante la interpretación, cuando lo que realmente está pretendiendo es imponer una opción moral. Por tal razón, la vinculación que tiene el juez constitucional con la realidad no puede ser arbitraria, sino que él se encuentra en la obligación de justificar los cambios intensos producidos en conexión directa o en concordancia precisa con esa realidad que ha variado, la cual debe ser real, existente y comprobable, y nunca puede ser de naturaleza supuesta. En otras palabras, se puede sostener que una interpretación mutativa de los derechos, que tiene como fundamento una realidad constitucional cambiante, sólo es admisible jurídicamente cuando se produce con estricta referencia a esa realidad que se ha transformado y que, por tanto,

⁵³³ En este sentido ver a SAGÜÉS, N., *La interpretación judicial...*, op. cit., p. 155.

⁵³⁴ Sobre la realidad como límite a la interpretación, Ronald Dworkin sostiene que: “*La historia o forma de una práctica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe tener buenos fundamentos...*”. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob., cit., p. 49. En Colombia, sobre la idea de que la realidad es un límite a la interpretación constitucional, puede verse a MONTÓYA, A. M., *Constitución de 1991...*, op. cit., pp. 368 y 369.

⁵³⁵ Ronald Dworkin, cuando está desarrollando su doctrina del desacuerdo de los jueces y abogados sobre el Derecho, hace alusión a la parte de los hechos o de la realidad y dice que sobre este elemento no existe tanto problema, pues la realidad o los hechos son verificables por la evidencias, es decir, la búsqueda de las evidencias es el método de verificación de los hechos. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob., cit., p. 16.

es verificable. Ahora bien, ¿qué significa que una realidad constitucional sea verificable?

La verificación tiene dos pasos: la acción del juez constitucional de acercamiento a las transformaciones acaecidas y la comprobación de que dichas variaciones son auténticas. El primero se refiere a la obligación que tiene, en este caso, la Corte Constitucional de llevar a cabo una acción positiva, un procedimiento que le permita aproximarse a la sociedad y a sus fluctuaciones; el segundo conmina al juez a corroborar, confirmar y ratificar que esas transformaciones son de carácter fidedigno o cierto.

1) La verificación del cambio en los hechos prácticos

El procedimiento para la constatación o verificación del cambio en unos hechos prácticos, es diferente al que debe aplicarse para la comprobación de cambios en la conciencia ideológica de la colectividad, pues en el primer caso existe una aproximación a situaciones reales que se materializan en la práctica o vivencia diaria, y en el segundo caso a cuestiones internas del espíritu de los individuos, pues son asuntos de cognición y razón propias de la autonomía personal. Por tal circunstancia, la primera es de naturaleza práctica y la segunda de naturaleza ideológica, ideal o imaginativa.

Así las cosas, el método para verificar un cambio en los hechos prácticos es la observación física de los sucesos, esto significa conocer mediante los recursos utilizados por un buen observador los fenómenos materiales y reales que acaecen en el ámbito geográfico colombiano. En este caso la Corte se encuentra en la obligación de conocer de primera mano, por ejemplo, las ciencias estadísticas, las ciencias de la información o la aproximación en el lugar de los hechos, pues son ellas las que le permitirán justificar, a través de la argumentación jurídica, los cambios normativos intensos que pretende producir en el contenido de los derechos, haciendo uso de la interpretación, y con base en los cambios en los hechos prácticos producidos y corroborados.

Por ejemplo, cuando el legislador mediante una ley ha considerado que el consumo de drogas alucinógenas es un atentado contra la salud personal, contra la salud pública, y contra seguridad de los ciudadanos, por tanto, la actividad de consumir estas drogas no puede considerarse como una realidad acogida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Posteriormente llega un caso a la Corte en el que se solicita la despenalización de la dosis mínima, pues se arguye que el consumirla hace parte de la libertad de las personas. Así las cosas, este ente jurisdiccional se aproxima a los hechos prácticos y ha comprobado mediante las estadísticas que el índice de intoxicación y muerte por consumo es ínfimo, y que el que existe no influye de manera determinante ni negativa en la decisión de los jóvenes.

Se constata, a través de los medios de comunicación, que el Estado invierte cantidades irrisorias en la desintoxicación de drogodependientes; y se observa en las asociaciones de drogadictos que sus miembros son muy pocos, y que llevan un proceso de rehabilitación efectivo con un desarrollo de su vida en condiciones dignas. Con tales argumentos fácticos, la Corte puede justificar un cambio intenso en el contenido normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, al despenalizar el consumo de la dosis mínima, por considerar que esta actividad no significa un atentado contra la salud personal, contra la salud pública, ni contra seguridad de los ciudadanos, pues los hechos prácticos que motivaron la decisión del legislador han desaparecido, y esta nueva realidad social (la del consumo de la dosis mínima) puede ser acogida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues no existe ninguna contradicción con dicho precepto constitucional.

Recuérdese algo que se expuso en el tercer capítulo de este trabajo, esto es, que el contenido normativo nos indica lo que significa o lo que representa un derecho, éste expresa su naturaleza, nos enseña sus rasgos de identificación. Este contenido normalmente se encuentra integrado por el enunciado constitucional, la ley de concreción, las demás normas relacionadas (ya sean constitucionales, legales o infralegales), las sentencias sobre el particular (o sea la norma aplicada al caso, ya sea en abstracto –control de la ley– o en concreto –tutela–), y, por su puesto, la realidad constitucional o

momento histórico (compuesta por los hechos y la ideología como explicaremos más adelante). Estos elementos constituyen los rasgos genéticos de un derecho fundamental: su contenido normativo. Así las cosas, el contenido normativo va desde el tenor literal de la disposición constitucional hasta la sentencia que, por ejemplo, ratifica la constitucionalidad de la ley de concreción. Sobre este punto, y especialmente sobre cómo la misma Corte puede cambiar su jurisprudencia, en estricta relación con el cambio en los hechos prácticos, pudiendo producir una transformación intensa en el contenido normativo de un derecho fundamental, se puede traer a colación una sentencia donde esa Corporación sienta doctrina al respecto.

En un pasaje de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que merece la pena ser transcrito a pesar de su extensión, se dice que: *“...Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente (...). En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular”*.⁵³⁶

2) La verificación del cambio en el fundamento ideológico

⁵³⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Una vez verificada una situación de cambio de la conciencia ideológica, ésta debe ser susceptible de reconocimiento por el juez. No basta con que sean unos cambios evidentes y perceptibles para un juez o grupo de jueces constitucionales, sino que es necesario que exista una certeza social de la presencia de dichos cambios. Ahora bien, se ha dicho que el procedimiento para la constatación o verificación del cambio en la conciencia ideológica de la colectividad, es diferente al que debe aplicarse para la comprobación de cambios en los hechos prácticos, pues el cambio en la ideología se refiere a cuestiones internas del espíritu de los individuos, son asuntos de conciencia y razón, son maneras de ver el mundo y de entender el contenido de los derechos. Por ejemplo, los derechos de los homosexuales no son concebidos de la misma manera en España que en Colombia, aunque en ambos Estados se cuenta, en lo básico, con las mismas normas constitucionales, lo que existe es una visión del mundo o conciencia ideológica diferente sobre los derechos de dicho colectivo.

El fundamento se encuentra en que los seres humanos somos dinámicos, cambiantes, y podemos pensar cosas hoy que ayer no las pensábamos, o cambiar la forma de ver un fenómeno social, o también uno jurídico. Las maneras de pensar de una sociedad sobre el contenido de un derecho fundamental se mueven en el ámbito de la axiología, en la valoración de los factores morales, estas formas encuentran cabida en el ámbito jurídico por conducto de los principios y valores constitucionales. Los cambios ideológicos sociales son acogidos por estos tipos de normas abiertas y abstractas, pudiendo producir mutaciones en los derechos. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha sostenido que: *“la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión”*.⁵³⁷

⁵³⁷ *Ibíd.*

Así las cosas, el procedimiento para lograr verificar los cambios ideológicos de la sociedad consiste en sacar el debate de los derechos del ámbito estrictamente jurídico y técnico de los despachos y salas de la Corte, para darle cabida a las fuerzas vivas del país: asociaciones, gremios, autoridades religiosas, expertos especializados, grupos económicos, instituciones del Estado, particulares, personas interesadas, etc. Para ello, la Corte cuenta con las audiencias, recuérdese que en el procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes (recogido en el Decreto 2067 de 1991) se establece que ésta puede convocar a una audiencia pública para que participen en ella, el ejecutivo, el legislativo, el demandante y un grupo de expertos sobre el tema objeto de la ley que se está enjuiciando. El objetivo no es otro que de propiciar un debate para conocer de manera oral y en la deliberación pública la opinión que sobre el significado de la Constitución tienen dichos actores públicos y particulares⁵³⁸.

Este es el procedimiento idóneo para verificar un cambio en la conciencia ideológica de la colectividad, pues así se podrán conocer sus argumentos en el momento histórico determinado. Si este sistema no se lleva a cabo, y se produce una mutación por un cambio en la ideología social sobre los derechos, se ha traspasado el límite de la verificación, y por tanto, dicho proceso no podrá ser considerado una mutación sino un quebrantamiento del sistema iusfundamental y, por ende, de la Constitución. El mecanismo perfecto para justificar una mutación por causa del cambio ideológico es el consenso.

A manera de síntesis, se puede sostener que no puede convertirse una interpretación mutativa en el proceso jurídico idóneo para que los jueces constitucionales impongan una alternativa moral particular⁵³⁹, pues estos jueces se encuentran limitados en sus interpretaciones por el imperio del

⁵³⁸ Sobre la importancia de la opinión pública en la interpretación del Derecho Ronald Dworkin sostiene que: *“En este contexto, el hecho de que parezca la dirección de un importante político en televisión podría ser más importante que una buena impresión de un informe de comité”*. Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob. cit., p. 246.

⁵³⁹ La importancia de la realidad constitucional, como elemento constitutivo del concepto de la interpretación mutativa de los derechos, radica en la imposibilidad de que el juez imponga sus valores personales. Sobre la labor del juez al tener en cuenta a la historia, Dworkin dice que éste *“No enmienda estatutos anticuados para adaptarse a nuevas épocas, como lo sugiere la metafísica del significado del orador. Reconoce en qué se han convertido los viejos estatutos desde entonces”*. Ídem, p. 247.

Derecho, en este caso a la realidad constitucional existente y verificable que es un elemento integrante del ordenamiento jurídico constitucional como se ha querido demostrar a lo largo de este trabajo⁵⁴⁰. Sobrepasar esta limitación es sinónimo de violación de la constitución. La comunidad colombiana (el pueblo soberano, las fuerzas políticas) es el controlador más eficaz de la Corte, pues en caso de una incongruencia entre un proceso mutativo y la realidad constitucional que la sustenta, será la colectividad quien deslegitime dicha actividad, ya sea críticamente o procediendo a las reformas mediante la participación popular a que haya lugar.

b. La idoneidad y la justificación del cambio de criterio jurisprudencial

Ya se hizo antes mención, en el capítulo tercero, sobre el concepto de “cambio de criterio jurisprudencial”, y se dio algún ejemplo sobre el particular, sin embargo, se analizó desde la óptica de la segunda causa de mutaciones, es decir, se presentó como una parte del concepto actualizado de mutación de los derechos. Ahora se pretende explicarlo, con mayor profundidad, desde su condición de límite a la interpretación mutativa de los mismos. Así las cosas, se puede comenzar diciendo que el cambio de criterio jurisprudencial es la expresión jurídica del tipo de interpretación mutativa denominada “generadora”, donde el proceso hermenéutico es la fuente jurídica que produce un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho fundamental. En este caso la interpretación programa y lleva a cabo una mutación de las libertades, sin que se haya producido ninguna transformación o modificación en los hechos prácticos, esto significa que en el momento de producirse el cambio en el criterio jurisprudencial la situación real sigue siendo la misma, o sea, se mantiene una realidad fáctica ya existente o previamente dada. Lo que produce la mutación es la acción del juez que ha cambiado su jurisprudencia, más no dicha realidad que sigue siendo la misma. La interpretación de los derechos fundamentales, por la Corte Constitucional, funciona como agente productor de la mutación.

⁵⁴⁰ Refiriéndose al proceso interpretativo Marcela Monroy sostiene que lo que puede hacer el juez para lograr un procedimiento objetivo es dotarlo de unos mecanismos de prueba y verificación, para incorporar a la norma constitucional los elementos de la realidad vinculados a ésta. Véase MONROY TORRES, M., *Etapas de la interpretación...*, op. cit., p. 180.

Es factible que el juez constitucional pueda cambiar el criterio jurisprudencial que viene aplicando, teniendo en cuenta que el nuevo criterio es más idóneo para lograr la eficacia de los derechos inmersos en una realidad existente. Se considera que dicha realidad puede estar mejor satisfecha con la aplicación de este nuevo criterio o cambio de criterio. Su fundamento se encuentra en la obligación, que pesa sobre el juez constitucional, de lograr la realización de los derechos, y por tanto, él se encuentra conminado a encontrar los criterios más idóneos o capaces de lograr tal fin. Es viable que, en la búsqueda de tal objetivo, deba producir un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho para atender mejor unos hechos prácticos existentes, mediante un cambio de criterio, siempre y cuando éste sea un mecanismo que los dote de mayor eficacia, y así se logre satisfacer en una mayor medida una situación de hecho dada. No obstante, ahora se quieren analizar los diferentes elementos de éste concepto, pero desde su faceta de límite a la interpretación mutativa de los derechos.

Esta breve explicación no tiene sentido si no se conoce ¿cuál es el significado de “criterio jurisprudencial”?, ¿cómo puede ocurrir su cambio? y si tal cambio produce una mutación en los derechos ¿cuál es su límite? Con el fin de dar respuesta al primer interrogante, se puede comenzar por presentar un punto de partida: el criterio jurisprudencial significa la postura, el enfoque o la posición jurídica mantenida por un juez, en este caso por la Corte Constitucional, sobre cierta materia sometida a su juicio. Esta idea preliminar, permite afirmar que en materia constitucional la jurisprudencia de la Corte cumple dos funciones básicas: resuelve el litigio sometido a su juicio (tutela, control de constitucionalidad de las leyes, etc.) y sienta doctrina constitucional para todos los operadores jurídicos⁵⁴¹. La primera no interesa mucho de cara al tema de este trabajo, mientras que la segunda es de mayor provecho, pues se circunscribe a la función de desarrollo jurídico de los derechos por la interpretación de la Corte, es decir, cumple una función de conformación y de

⁵⁴¹ Este argumento, aunque en otros ámbitos del Derecho, se encuentra desarrollado en: BLASCO GASCÓ, F., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio de criterio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 1.

dar sentido al ordenamiento constitucional iusfundamental que trasciende a todos los ámbitos del entramado jurídico colombiano.

Esta segunda función produce la llamada creación de normas iusfundamentales de origen jurisprudencial, en concreto en su *ratio decidendi*. La interpretación llevada a cabo por la Corte Constitucional sobre un derecho fundamental es vinculante para los demás operadores jurídicos, por tanto, en un caso similar al fallado previamente los demás órganos del Estado deben interpretar dicho derecho en los mismos términos planteados o trazados por ésta. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional es una fuente del Derecho. Normalmente los términos defendidos y sostenidos sobre el significado y contenido de un derecho, son reiterados por la Corte en distintas ocasiones en que se ventilan casos de similares características. Ahora bien, ¿mediante qué mecanismo jurídico esta Corporación puede sentar doctrina constitucional?

1) La fuerza vinculante del precedente constitucional

El precedente constitucional se refiere a aquellas posturas o posiciones tomadas por la Corte Constitucional en sus sentencias, específicamente éstas se establecen en la *ratio decidendi* que son la base argumental de la decisión judicial, no en la parte resolutive, fallo o *decisum*, ni tampoco en los *obiter dicta* que son declaraciones de carácter general que no representan una parte básica de la sentencia sino sólo son argumentos de segundo nivel⁵⁴². El fundamento del precedente, según la Corte, se encuentra en la protección de los principios de seguridad jurídica, igualdad, adecuada motivación de las sentencias y unificación de la jurisprudencia, así se logrará una administración de justicia mas justa que asegure la efectividad de los derechos, la exactitud judicial, la confianza y credibilidad de la sociedad.⁵⁴³

⁵⁴² Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional SU- 1300 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre la naturaleza, el fundamento y el concepto del precedente constitucional en Colombia, se puede consultar a BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 149 a 191.

⁵⁴³ Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional C-252 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-569 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

El precedente constitucional (específicamente la *ratio decidendi*⁵⁴⁴) es plenamente vinculante para los operadores jurídicos, el legislador, el juez y la administración, entre otros, deben sujetarse a la interpretación que de la Constitución haya hecho la Corte. Por ejemplo, el funcionario judicial se encuentra sometido a la Constitución y en toda interpretación que éste haga deberá acogerse a la interpretación realizada por el supremo intérprete constitucional, esto es, a la doctrina de la Corte Constitucional. Por tal razón en caso de una incongruencia entre la interpretación llevada a cabo por un juez ordinario y la de la Corte, prevalecerá esta última⁵⁴⁵.

La jurisprudencia tiende a permanecer o a reiterarse con base en el principio de seguridad jurídica y con el fin de dar uniformidad a los criterios de interpretación de los derechos. La vinculación del precedente es obligatoria para los operadores jurídicos, pero no es absoluta ni para ellos ni para la misma Corte Constitucional, ésta se puede separar de su doctrina previamente plasmada, pues la flexibilidad en su interpretación no viene impuesta sólo por la propia evolución de la sociedad (transformación ideológica, cultural, ética, tecnológica, económica, etc.) sino es exigida constitucionalmente por el artículo 2 de la Constitución, donde se hace referencia a la vinculación del juez con la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales.

La existencia de un precedente en nada impide la función dinámica o evolutiva de la jurisprudencia constitucional, y es el cambio en el criterio jurisprudencial quien logra dicha evolución⁵⁴⁶. La función jurisprudencial atribuida a la Corte Constitucional lleva implícita la obligación de hacer evolucionar los criterios interpretativos en relación con los antecedentes históricos y la realidad constitucional del tiempo en que se han de aplicar los derechos, pudiendo así cambiar de orientación, siempre y cuando esta variación de criterio se encuentre fundada en un proceso hermenéutico

⁵⁴⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T-960 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, SU-1553 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.

⁵⁴⁶ Cfr. Sentencia 132/1997, dictada por el Tribunal Constitucional Español.

razonable y no arbitrario⁵⁴⁷. Incluso se puede considerar razonable la revisión constante de la propia doctrina constitucional, en concordancia con la evolución de la sociedad donde debe que aplicarse⁵⁴⁸. El cambio en el criterio jurisprudencial, es el medio de acercar el sentido de los derechos a la realidad del tiempo en que ellos deben desplegar su fuerza normativa⁵⁴⁹. La invariabilidad del precedente se opone, no sólo a la realidad constitucional, sino a la naturaleza jurídica de la administración de justicia⁵⁵⁰. No obstante, este cambio de criterio se mueve dentro de unos límites⁵⁵¹.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que el carácter dinámico del Derecho no hace presencia sólo en la actividad legislativa, sino también en el desarrollo de la función judicial, pues el fundamento de la interpretación se encuentra en el argumento de que ésta no se agota en el tenor literal del texto, sino que es necesario que se produzcan ajustes y desarrollos jurisprudenciales que renueven y hagan evolucionar los derechos fundamentales, eso sí, haciendo uso de interpretaciones razonadas. De lo contrario el sistema normativo constitucional permanecería estático, esto es, alejado o desconectado de la realidad social, propiciando su progresiva pérdida de vigencia, su petrificación y su involución. Pero no sólo existe un fundamento ideológico del juez para los cambios de criterio jurisprudencial, sino una obligación constitucional que lo conmina a llevarlos a cabo, cada vez que sea necesario⁵⁵². Sin embargo, ¿con fundamento en qué competencia, puede la Corte Constitucional cambiar de criterio jurisprudencial?

2) La autonomía interpretativa del juez constitucional

⁵⁴⁷ Este argumento ha sido tomado de la sentencia 145/1997, de 15 de septiembre, dictada por el Tribunal Constitucional Español. Ver también del mismo Tribunal ATC 321/1996, donde se establece la legitimidad del cambio del criterio jurisprudencial.

⁵⁴⁸ Cfr. Sentencia de 3 de enero de 1190, dictada por el Tribunal Supremo Español.

⁵⁴⁹ Este argumento ha sido tomado de la sentencia de 12 de junio de 1991, dictada por el Tribunal Supremo Español.

⁵⁵⁰ Este argumento ha sido tomado de la sentencia de 14 de junio de 1996, dictada por el Tribunal Supremo Español.

⁵⁵¹ Sobre los límites al cambio en el criterio jurisprudencial, véase la sentencia 79/1997, dictada por el Tribunal Constitucional Español.

⁵⁵² Cfr. Auto de la Corte Constitucional, A-013/97. También se puede consultar en este mismo sentido el Auto A-052/97.

El fundamento de la autonomía interpretativa del juez constitucional se encuentra en la idea de la interpretación abierta y dinámica de la Constitución y, por ende, del nuevo papel de éste para enfrentar los modernos retos impuestos. Los derechos fundamentales son normas que tienen una estructura diferente a las de la demás disposiciones del sistema normativo, pues ellas poseen la estructura de las normas de principios, ya que son abstractas e indeterminadas con una gran apertura y flexibilidad. Por tal razón, es imposible someterlas a una interpretación silogística o a los mecanismo del proceso hermenéutico tradicional, es por esto que la Corte Constitucional se encuentra en una nueva situación a la hora de interpretarlos, ella debe emprender una actividad distinta, tiene la obligación de inmiscuirse en terrenos que no eran comunes, necesita especificar conceptos que, de la lectura directa de la Constitución, no resultan claros.

Al respecto Dworkin sostiene que los jueces crean reglas cada vez que se encuentran ante un caso difícil, pues determinan una norma que nunca antes había sido impuesta de forma oficial, y lo hacen con el fin de mejorar lo que el Derecho ya es, es decir, la nueva declaración judicial es necesaria para una correcta percepción de los verdaderos fundamentos del Derecho, a pesar de que esto no haya sido declarado antes o incluso haya sido negado. Él sostiene que el hecho de que se haya decretado judicialmente que la segregación racial es contraria a la Constitución de los Estados Unidos, esto es, que se haya considerado como una práctica ilícita, cuando antes no se había reconocido tal calidad, es un caso demostrativo de su afirmación anterior, o sea de la creación de nuevas normas por lo jueces⁵⁵³. Dice Dworkin que esta situación de cambio jurisprudencial tiene su justificación en el desacuerdo teórico que existe sobre los fundamentos del Derecho, es decir, sobre lo que éste significa en realidad.⁵⁵⁴

Dar contenido a los derechos no es fácil, pues el tenor literal no da muchas luces al respecto, la función jurisdiccional constitucional no se puede limitar a la aplicación de la norma al caso concreto sin más, hay que llevar a

⁵⁵³ Cfr. DWORKIN, R., *El imperio de...*, ob. cit., pág 18.

⁵⁵⁴ *Ibidem*.

cabo una labor activa con el fin de delimitar los diferentes conceptos. Para la Corte Constitucional se presenta un margen de penumbra o discrecionalidad mayor al que se le puede presentar a otros jueces o tribunales, pues estos últimos pueden hacer uso de unos códigos mas detallados y de unas leyes sobre materias especializadas. En síntesis, en materia iusfundamental es inoperante la utilización de la técnica del silogismo para solucionar los casos sometidos a juicio, por eso la Corte necesita acudir a los requisitos y criterios propios del concepto de los derechos.

Lo anterior implica aceptar que el juez constitucional se mueve dentro del marco de una interpretación abierta de la Constitución⁵⁵⁵. Es decir, donde los valores y principios constitucionales, que son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo, deben operar como punto de referencia. Si el juez no tuviera autonomía interpretativa no podría llevar a cabo su función de determinación de un derecho como fundamental, pues la existencia de éste no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, sino también de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, y para ello puede utilizar un método principalmente inductivo, es decir, los jueces deberán ir interconectando realidades constitucionales con las normas positivas, siempre en la búsqueda de la efectividad de los derechos en su momento histórico.

La competencia de la autonomía interpretativa esta dada en el artículo 228 de la Constitución, en él se dice que: *“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”*. De acuerdo con esta norma, la Corte Constitucional colombiana tiene reconocida su independencia interpretativa, lo que implica que, de cara al objetivo de esta investigación (el proceso mutativo), en el momento de pronunciarse jurisdiccionalmente pueda ajustar el Derecho a

⁵⁵⁵ Sobre el particular se puede consultar a DÍAZ REVORIO, J., *La Constitución abierta...*, op. cit.

las circunstancias cambiantes del entorno social, es decir, se hace obligatorio la acomodación del ordenamiento a las exigencias de la realidad. La Corte Constitucional ha reconocido, con base en lo anterior, que la autonomía interpretativa del juez se materializa al atribuirle plenas atribuciones para modificar los criterios jurisprudenciales que la han inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación del Derecho⁵⁵⁶.

Ahora bien, para producir un cambio de criterio jurisprudencial, en el sentido que se pretende aquí, deben existir unos hechos prácticos existentes, como punto de referencia que permita desarrollar esta construcción teórica. Para analizar la idoneidad y la justificación del cambio criterio jurisprudencial, de la Corte Constitucional, como límites a la interpretación mutativa de los derechos, se debe partir de la idea de que este cambio se lleva a cabo en relación con una realidad fáctica constante y previa. Al respecto es pertinente dejar claro que una variación en la realidad constitucional (hechos prácticos y la conciencia ideológica de la colectividad), también puede producir un cambio en el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, sin embargo, esta transformación en el criterio es inducida o provocada por la variación de la realidad, donde este Órgano, mediante el proceso interpretativo, lo que hace es receptar y reconocer un cambio proveniente de otra fuente normativa (como puede ser la costumbre constitucional). La idea que se quiere desarrollar en este epígrafe, se refiere al cambio de criterio como agente inductor y no como agente inducido, es decir, a la variación en el criterio jurisprudencial efectuada por la Corte en virtud de su propia intención y no por causa de otra fuente normativa.

3) Unos hechos prácticos existentes

El análisis del cambio de criterio jurisprudencial que se pretende llevar a cabo aquí, se mueve en relación con una faceta estática del devenir cotidiano social, pues se toma como fundamento, para el desarrollo de esta figura jurídica, unos hechos prácticos existentes y constantes, esto es, que no han

⁵⁵⁶ Cfr. Auto de la Corte Constitucional, A-013/97. También se puede consultar en este mismo sentido el Auto A-052/97.

variado en lo básico. El ser humano es por naturaleza dinámico, cambiante, y más cuando está en relación con otros individuos, sin embargo existen ciertas situaciones en las que la sociedad tiende a no fluctuar, especialmente cuando existen ciertos intereses de individuos o grupos de personas poderosas que se esmeran por que tales situaciones no camben, sin importar que la Constitución quiera lo contrario.

Como por ejemplo, una sociedad de corte machista en la que los hombres, que son el colectivo con más poder (no el mayoritario), tienen el interés de seguir ocupando todos los lugares relevantes de la sociedad, como los cargos de decisión en los órganos del Estado, la empresa, la familia, la iglesia, etc. Son casos en los que las relaciones sociales han creado desigualdades y, por ende, una ineficacia de los derechos fundamentales en las mujeres. En un Estado moderno seguramente existirá la cláusula de la igualdad de género, en el caso colombiano el artículo 13 de la Constitución establece que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*. O el artículo 43 donde se va más allá y se establece que: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*.

En este caso, aunque el constituyente ha querido una igualdad entre hombres y mujeres, los hechos prácticos demuestran que las condiciones de las mujeres siempre han sido las mismas en lo básico, pues aunque se hayan variado ciertos matices (como por ejemplo, las estadísticas han variado ínfimamente en beneficio del colectivo femenino) la cuestión en el fondo es la misma: las mujeres se encuentran en desigualdad de condiciones fácticas ante los hombres. Es en este caso, cuando la situación real se ha mantenido en el tiempo, donde la Corte Constitucional debe proceder a cambiar su criterio jurisprudencial, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, pues los hechos prácticos han sido constantes e invariables en desventaja de las mujeres.

La Corte puede optar por introducir un concepto de igualdad material y, por ende, propender por medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres con el fin de equilibrar las injusticias. De esta manera, la Corte Constitucional habrá producido un cambio intenso en el contenido normativo del derecho a la igualdad de género, mediante el cambio de criterio jurisprudencial, con referencia a unos hechos prácticos existentes, reales, constantes e invariables. En este sentido, se quiere afrontar el estudio de este epígrafe.

Ahora bien, hecha esta descripción del cambio en el criterio jurisprudencial, se puede proceder a dar respuesta al tercer interrogante planteado, es decir, a ¿cuál es límite a dicho cambio? Así las cosas, cabe sostener que sólo es válido jurídicamente dicho cambio si ha respetado los límites, pues las variaciones en la jurisprudencia no justificadas o no advertidas de manera franca corresponden en el fondo a una arbitrariedad del juez, que entonces deja irrealizada la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a las mismas normas⁵⁵⁷.

4) El criterio de idoneidad del cambio como límite

Todo cambio de criterio jurisprudencial que produzca mutaciones en los derechos debe ser idóneo para lograr el objetivo constitucional. De esta afirmación emanan dos cuestiones: debe existir una habilitación constitucional para lograr el objetivo y debe existir idoneidad en la medida. Respecto del primer asunto, ya se ha dicho que el juez constitucional se encuentra en la obligación de hacer eficaces los derechos fundamentales por virtud del artículo 2 de la Constitución. Sobre el segundo asunto, cabe afirmar que el cambio de criterio debe ser una medida capaz de lograr una mejor satisfacción de un derecho o de los derechos en juego, es decir, un cambio de criterio no es idóneo cuando no favorece de ninguna manera a la consecución de su objetivo.

⁵⁵⁷ *Ibíd.*

Una variación de la jurisprudencia se constituye como idónea, apta o adecuada cuando existe una relación positiva entre el medio y el fin, esto es, cuando el medio (cambio de criterio jurisprudencial) facilita la obtención del fin (la eficacia de los derechos). Se ha dicho que la variación en el criterio debe “facilitar” la eficacia de los derechos, lo que significa que la idoneidad no implica la satisfacción absoluta del fin constitucional exigido, ni la de asegurar que será conseguido, sólo se pretende que la Corte Constitucional, con el cambio de su criterio, satisfaga en una mayor medida los derechos. Un medio idóneo no es el más idóneo, sino el que no carezca de idoneidad, por tal razón, el juez constitucional puede optar por uno de los diferentes cambios de criterios que puedan existir, aplicándolo al caso, sin que tenga que ser el más capaz o apto para lograr el objetivo o fin, sólo se exige que otorgue un mayor grado de eficacia a los derechos⁵⁵⁸. Es decir, no se está haciendo referencia a la única respuesta correcta, sólo es necesario que el nuevo criterio o postura jurisprudencial sea más eficiente que el anterior en la obtención de su meta constitucional.

En el ejemplo que se viene trabajando, esto es, el de la igualdad entre hombre y mujeres, el nuevo criterio jurisprudencial ha determinado, haciendo uso de medidas de discriminación positivas, que debe existir un sistema de cuotas, donde existan unos cupos en paridad y obligatorios dentro de los órganos de dirección y confianza de las instituciones del Estado que deben obligatoriamente ser ocupados por mujeres. Este nuevo argumento puede ser una medida que no logre la consecución absoluta del fin perseguido que es la eficacia de los derechos de las mujeres, específicamente la igualdad de género, pues consideran los especialistas (psicólogos, sociólogos, pedagogos, etc.) que una educación en igualdad dirigida a los niños y niñas en los colegios primarios y secundarios es una medida más idónea en relación con el fin que se persigue. No obstante, no se puede considerar que la medida tomada por la jurisdicción no es idónea, pues se ha dicho que el requisito es que con el

⁵⁵⁸ Estos argumentos han sido tomados del trabajo de Carlos Bernal Pulido, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional en el control de las leyes sobre derechos fundamentales. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 723.

cambio de criterio se otorgue una mayor eficacia a los derechos, en este caso sería el sistema de cuotas.

5) La justificación del cambio como límite

Ahora bien, delimitado el concepto de idoneidad del cambio de criterio como límite, es pertinente preguntarse y ¿cómo se sabe que dicha variación jurisprudencial fue idónea? Se puede pensar que un cambio en el criterio jurisprudencial es idóneo para satisfacer de una mejor manera un derecho fundamental, no obstante, ese criterio es insuficiente para aceptar una variación en la jurisprudencia que produzca un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho, pues es necesario que dicho cambio se encuentre suficientemente justificado por la Corte Constitucional. La técnica para las justificaciones es desarrollada en la motivación y argumentación de las sentencias de cambio de criterio.

Para llevar a cabo tal justificación, debe la Corte argumentar y desarrollar un análisis de la relación de causalidad positiva entre el medio (en el ejemplo, creación del sistema de cuotas) y el fin (la eficacia del derecho a la igualdad de género), es decir, el cambio de criterio tiene que crear una situación de hecho en que la realización del objetivo se vea aumentado. La manera de poder detectar si esta nueva situación es más beneficiosa, es tomando como punto de partida el estado de cosas anterior a la entrada en acción del nuevo criterio jurisprudencial, por eso la importancia de los hechos prácticos constantes e invariables que se han introducido en este análisis, como una realidad fáctica previa, pues sin la existencia de ésta es imposible demostrar la relación de causalidad positiva.

Si se amplía un poco el ejemplo hipotético del derecho a la igualdad de género, se podrá apreciar mejor la relación de causalidad positiva entre medio y fin perseguido. Hay que retomar los artículos de la Constitución de Colombia en donde se sustenta la igualdad entre hombre y mujeres. Con base en las normas que se transcribieron antes, se puede afirmar que el Estado tiene la obligación de garantizar dicha igualdad. No obstante, existen unos hechos

prácticos que dicen que las mujeres en Colombia no gozan de las mismas condiciones que los hombres en materia laboral, pues en las empresas y en los órganos del Estado no existen mujeres en los cargos de dirección y confianza. Hasta aquí todo es real, pero supóngase que en una primera respuesta la Corte Constitucional considera que esta norma constitucional, es decir, la que estipula que “el Estado garantizará la igualdad entre hombres y mujeres”, significa que los hombres y las mujeres son iguales ante la ley y que, por tanto, la ley nunca podrá poner trabas o favorecer a ningún colectivo en particular, para así lograr equilibrar las desigualdades presentes.

Unos años después, dicha Corte, debe pronunciarse nuevamente sobre el particular. Lo primero es la verificación de los hechos prácticos existentes, esto le permite concluir que las desigualdades siguen siendo las mismas y que, por tanto, no se ha logrado la eficacia del derecho a la igualdad de género. En este sentido, procede a cambiar de criterio jurídico, y sostiene ahora que el criterio anterior (que hombres y mujeres son iguales ante la ley) es inadecuado, y que el significado de ese derecho implica aplicar medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres, determinando un sistema de cuotas en paridad, pues resulta evidente que las mujeres pertenecen al grupo de los discriminados.

En búsqueda del análisis y justificación de la causalidad positiva entre medio y fin, es viable afirmar que el cambio de criterio jurisprudencial (el sistema de cuotas) ha producido un mejoramiento o aumento en el fin perseguido (la eficacia de los derechos de las mujeres), pues el criterio anterior (igualdad entre hombres y mujeres ante la ley) era menos beneficioso que este segundo criterio. Lo anterior, sin detrimento de que en este caso hipotético ha acontecido una mutación en el derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres, pues el contenido normativo de dicho derecho, que antes consagraba un concepto de igualdad en sentido formal, ahora defiende que la igualdad, en cuestión de género, es de naturaleza sustancial. Este derecho ha sufrido una mutación, ya que su contenido ha variado intensamente, sin la alteración del tenor literal que lo contiene. En síntesis, la Corte Constitucional no podrá llevar a cabo una mutación de un derecho fundamental, si no logra

justificar y demostrar que existe una relación de causalidad positiva entre el cambio del criterio jurisprudencial (medio) y una mayor eficacia de los derechos fundamentales (fin perseguido).

CONCLUSIONES

1. La falta de conexión entre la realidad constitucional y las normas explicitadas sobre derechos fundamentales, presente bajo el régimen de la Constitución de 1886, especialmente por causa de la Corte Suprema de Justicia, quien detentaba, en ese entonces, la competencia sobre el control de constitucionalidad de las leyes, ha provocado una nueva visión en el Orden constitucional colombiano, desde la cual se pretende superar esta deficiencia. Por tal motivo, el sistema normativo de los derechos consagrado en la Constitución de 1991 ha sido instaurado sobre la base de un modelo dinámico-normativo, es decir, las normas iusfundamentales han sido dotadas de eficacia, lo que significa la verdadera y efectiva proyección de su fuerza normativa en la realidad que pretenden regular, realidad que puede transformarse de una manera intensa provocando cambios radicales en los contenidos normativos de dichas normas (faceta dinámica), sin embargo dichos cambios sólo son admisibles siempre que se produzcan dentro de los límites constitucionales (faceta normativa).

La faceta dinámica de los derechos en Colombia, tiene su cimiento en el principio de “dignidad humana”. Los derechos son fundamentales por su vinculación con dicho principio y, por ende, no se agotan en el catálogo, ya que su fundamentalidad no depende sólo de su consagración explícita en la Constitución (tesis del textualismo), ni del mandato del constituyente originario (tesis del originalismo), sino depende en gran medida de una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva que propugne por la efectiva aplicación y satisfacción de la dignidad humana de los colombianos. Por tanto, el carácter de fundamental de un derecho se encuentra más allá de la catalogación taxativa, éste depende de la presencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho (tesis de la teoría dinámica-normativa), lo que le imprime al sistema de derechos una flexibilidad y apertura a las transformaciones en la realidad constitucional. Con

fundamento en esto, la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el momento histórico, en el que el sistema iusfundamental pretende desarrollar su fuerza normativa, hace parte del concepto mismo de los derechos, pues es trascendental la representación colectiva del pueblo sobre éstos, es decir, lo fundamental de un derecho depende de la visión que la sociedad tiene de ellos. Con base en esto, tanto las normas explicitadas sobre los derechos, como la realidad constitucional en la que éstas procuran desplegar su fuerza vinculante, conforman su contenido normativo.

Igualmente es importante para la faceta dinámica de los derechos la tesis relativa del núcleo esencial acogida por la jurisprudencia, pues este núcleo de los derechos se corresponde con el principio de proporcionalidad, lo que implica que no es algo que venga predeterminado por la disposición constitucional que recoge un determinado derecho, sino que este contenido es relativo, pues depende de la interacción con los otros bienes jurídicos. En dicha interacción, es imprescindible la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual significa, entre otras cosas, que la restricción a los derechos fundamentales constitucionales sólo es viable cuando es adecuada para obtener el fin perseguido, fin que sólo será legítimo cuando tiene una adecuación al momento histórico. El contenido esencial de un derecho fundamental en Colombia depende de la realidad constitucional presente.

También es vital para la faceta dinámica de los derechos en Colombia y, por ende, para la presencia de la mutación, la existencia de la cláusula del Estado social de Derecho, pues ésta implica, entre otras cosas, que los órganos del Estado tienen la obligación constitucional de lograr y mantener el bienestar de los colombianos, es decir, el Estado debe llevar a cabo una función activa, en la que la realidad se convierte en su parámetro, con el objetivo de debilitar las graves diferencias y deficiencias sociales existentes. Así las cosas, por ejemplo, la Corte Constitucional como uno de los órganos del Estado, se encuentra en la obligación (en ejercicio de su función como garante de la Constitución) de asegurarles a los ciudadanos unas condiciones materiales mínimas de existencia, lo que implica que, en los casos en que sea necesario, debe llevar a cabo cambios intensos en los contenidos normativos

de los derechos, siempre dentro de los límites constitucionales, en la búsqueda de este objetivo que le impone la cláusula del Estado Social de Derecho.

Los valores y los principios constitucionales son otros factores que coadyuvan a la faceta dinámica del sistema de derechos y a la presencia de las mutaciones. Los primeros porque son normas jurídicas que contienen las grandes directrices que inspiran a dicho sistema y, como inspiradoras que son, se presentan como disposiciones constitucionales abstractas, abiertas y flexibles, lo que le imprime una enorme generalidad y permite la aplicación de una interpretación de naturaleza evolutiva. Los segundos, son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial, no obstante, por tener más especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mejor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, no obstante siguen siendo normas de gran abstracción y apertura, que también otorgan flexibilidad y dinamismo al sistema de los derechos.

Finalmente, la faceta dinámica de los derechos en Colombia, y por tanto la posibilidad de mutaciones, se encuentra respaldada por el cambio de criterio jurisprudencial constitucional, pues de acuerdo con la Corte, el dinamismo del Derecho constitucional y, por ende, del sistema de derechos, impone al juez la obligación de entender que éste último no se agota en el frío texto de las normas y que, por tanto, se requiere de desarrollos jurisprudenciales que renueven y actualicen las normas mediante interpretaciones razonadas que lo hagan evolucionar, pues de lo contrario éste sistema permanecería inalterado y cada vez más lejano de la realidad, propiciando su progresiva pérdida de vigencia, su petrificación y su involución. Para evitar este problema, el juez goza de plena autonomía interpretativa, lo que implica que puede modificar los criterios jurisprudenciales que lo han inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación de las normas sobre derechos.

Por otra parte, el sistema iusfundamental en Colombia tiene una faceta normativa, lo que significa el respeto a todas las normas explicitadas y a los límites constitucionales impuestos. Ésta faceta encuentra su fundamento

normativo en primer lugar en el principio de fuerza normativa, pues la Constitución es una norma con carácter jurídico, de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos de un Estado, sus normas vinculan al proceso político, deben ser aplicadas por los tribunales, se pueden invocar en juicio, y son de forzoso cumplimiento para todos los operadores jurídicos. Para garantizar tal fin, existen unas garantías procesales, como es el caso de la acción de tutela en materia de derechos fundamentales. Igualmente el principio de supremacía es un factor determinante de la faceta normativa del sistema de derechos, pues al tener rango constitucional éstos obligan a que las restantes normas que integran el orden jurídico actúen acorde con su postulados, es decir, los derechos son criterios de validez de todo el ordenamiento jurídico. También el principio de rigidez aporta a dicha faceta normativa, ya que impone respeto a los procedimientos agravados para la reforma. Ahora bien, se ha demostrado a lo largo del trabajo que el sistema de derechos en Colombia se encuentra sustentado en una base dinámica, en la que estas normas se encuentran abiertas a los cambios del momento histórico, no obstante, dichos cambios sólo pueden admitirse si operan dentro de los límites constitucionales. Por tanto, el tema de los límites es otra de las vías por donde la faceta normativa de los derechos encuentra sustento.

2. Los derechos fundamentales, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, han sido estructurados con el propósito de conseguir que todos y cada uno de los colombianos puedan tener una convivencia pacífica y digna. No obstante, ese objetivo tiene un largo y extenso camino por recorrer, es decir, la propuesta que emana del modelo iusfundamental colombiano sólo se ha puesto en marcha, la mayoría de los problemas reales sociales se encuentra a espera de una solución, lo que significa que casi todo está por hacer, sin desconocer los grandes avances que hasta hoy se han logrado. Resulta evidente que toda esta tarea no se encuentra única y exclusivamente en cabeza de la jurisdicción constitucional, pero ésta puede cumplir una función sumamente importante, pues tiene los medios y mecanismos adecuados para contribuir en la consecución de una coexistencia digna y pacífica entre los colombianos. Desde el ámbito de actuación propio de esta jurisdicción, la mutación de los derechos,

desde una teoría dinámica normativa, se configura como un mecanismo idóneo para lograr la consecución de tal anhelado objetivo.

3. Las diferentes teorías sobre el concepto de mutación que describimos y criticamos en el debate doctrinal, no tienen una plena admisibilidad en nuestro actual Estado Constitucional. Todas han hecho grandes aportes al tema, pero presentan grandes fallos que les impiden ser aplicadas en el sistema iusfundamental colombiano como tales. La teoría formalista, aunque determina las bases de la materia, al diferenciar mutación de reforma, fracasa por su apuesta en la absoluta separación entre realidad y Derecho (Jellinek), pues impide pensar en unos derechos dinámicos y abiertos al cambio, esto es, eficaces. Las teorías del dinamismo (Smend, Dau-lin, Heller, Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia, Mortati, Tosi, entre otros), no obstante incluir a la realidad como parte fundamental del estudio de las mutaciones, es decir, propugnan por una conexión entre Derecho y realidad, encuentran resistencia en su aplicación, pues ponen el acento en la supremacía de los hechos sobre el Derecho, lo que conlleva una violación al principio de supremacía constitucional.

La teoría de Hesse, si bien aporta el argumento según el cual la realidad y las disposiciones explicitadas forman un solo conjunto: la norma de derechos fundamental (programa normativo y ámbito normativo), no resuelve el tema de los límites, permitiendo el ingreso de cambios ilícitos o inconstitucionales encubiertos en la figura de la mutación, lo que impide su plena aplicación. Las demás tesis, dentro de las que se encuentran autores como Häberle, Stern o Böckenförde que buscan una delimitación del concepto de mutación para despojarlo de los elementos que no le son propios, no logran deslindarlo del de interpretación, lo que impide que las mutaciones puedan tener su propia autonomía o espacio vital, despojándolas de cualquier opción de existencia, ya que siempre se encontrarán subsumidas en el proceso hermenéutico.

4. La tesis mayoritaria sobre la mutación en nuestro contexto actual, esto es, el concepto de mutación de los derechos fundamentales denominado la “teoría moderna”, debe mutar. Es decir, debe sufrir un cambio intenso y radical en los

rasgos básicos que lo identifican, pues en el actual Estado Constitucional colombiano, la mutación de los derechos no puede concebirse como un proceso alternativo de reforma, en detrimento de los principios básicos de fuerza normativa, supremacía y rigidez de la Constitución. No es adecuado sostener que las mutaciones son modificaciones informales del contenido normativo de una disposición, por virtud de la tensión entre permanencia-cambio, resolviendo la necesidad de adaptación de la Constitución a las variaciones originadas en el ámbito social, sin necesidad de recurrir a los mecanismos jurídicos formales consagrados en los textos constitucionales. Es decir, defender que paralelamente a las modificaciones formales se origina una praxis, con capacidad para producir los mismos efectos de los procedimientos de reforma formal, sólo que las alteraciones informales que transforman el contenido normativo del ordenamiento constitucional no quedan reflejadas en el texto fundamental, es un argumento que rompe, por lo menos, con los tres principios de el actual Estado constitucional colombiano que se han mencionado antes.

Este cambio intenso en los fundamentos de la noción de mutación defendida por la “teoría moderna”, debe circunscribirse a su adecuación a las bases principales del sistema de derechos en Colombia, es decir, el concepto de mutación admisible debe ser de carácter dinámico-normativo. En el vigente sistema establecido por la Constitución de 1991, sólo es admisible un concepto de mutación de los derechos que actúe única y exclusivamente dentro de los límites constitucionales. Por tanto, en primer lugar, es viable una tesis que se funde en la idea de que los derechos se constituyen como la conexión entre sus normas explicitadas y la realidad constitucional, es decir, los dos elementos deben ser considerados como entes jurídicos que conforman los derechos, así es posible borrar de plano la posibilidad de que lo fáctico se imponga al Derecho. Este fundamento de las mutaciones es idóneo para el caso colombiano, pues tiende a solucionar el problema de la falta de conexión entre la disposición explicitada en el texto y la realidad constitucional.

En segundo lugar, esta tesis sólo es admisible si respeta los límites constitucionales, nunca puede considerarse a una mutación de los derechos

como una reforma de los mismos, es decir, la mutación y la reforma no pueden tener los mismos efectos jurídicos. La mutación es un proceso que como regla general se mueve dentro del ámbito de la interpretación y, como tal, sólo puede actuar dentro de los límites constitucionales, eso la diferencia del proceso de reforma y de compartir sus mismos efectos al momento de producir cambios, por tanto no pueden proceder mutaciones *contra constitutionem*, los cambios de este tipo deben ser llamados quebrantamientos de la Constitución y no mutaciones. Estamos ante un quebrantamiento de la Constitución cuando los cambios de la realidad operan por fuera del ordenamiento, es decir que las transformaciones producidas por el constante movimiento en las relaciones de los sujetos de un Estado existen y se mantienen al margen de las normas. Serían variaciones no queridas ni permitidas por la Constitución, es decir, extrajurídicas, y la única forma de subsanar tal situación sería efectuar una reforma formal, pues el ámbito normativo de la disposición constitucional, o de la Constitución, no acoge a dicha realidad.

Así las cosas, para el caso colombiano es viable una teoría con dos facetas, una que pretenda ser dinámica por acoger en su seno la presencia de la evolución histórica de los derechos, pero que a su vez propugne por la seguridad jurídica, pues sólo acepta dichos cambios dentro de los límites constitucionales. No obstante, para que esta tesis no se confunda con la idea de interpretación constitucional, es pertinente resaltar que la mutación se refiere única y exclusivamente a los cambios intensos y radicales que se producen en el contenido normativo de los derechos fundamentales. Estos elementos se pueden sintetizar en la idea de que la mutación de un derecho fundamental (o del sistema de derechos), significa una transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen, donde dichos cambios son ocasionados o motivados por la evolución histórica de la sociedad donde los derechos despliegan sus efectos normativos o, también, por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales.

5. La teoría de la interpretación de los derechos en Colombia ha sido delimitada también en el mismo sentido del sistema de los derechos, esto es, como un método dinámico-normativo, es decir, abierto al cambio, pero sólo a los cambios constitucionales, a los que ocurren dentro de los límites de la Constitución. La teoría de la interpretación iusfundamental depende del concepto de los derechos. El concepto de los derechos en Colombia es de carácter dinámico-normativo, esto es, abierto y flexible a los cambios dentro de los límites, por tal razón el proceso interpretativo es de naturaleza evolutiva. Así mismo, la interpretación evolutiva de los derechos es el camino más idóneo para intentar subsanar las grandes desigualdades e injusticias sociales que existen. La doctrina que se sostiene hoy en el Derecho constitucional colombiano, mediante la que se propugna por un sistema de interpretación iusfundamental evolutivo, es la vía idónea por donde la figura de la interpretación mutativa de los derechos hace presencia, es eficaz y aplicable. La jurisprudencia constitucional entiende que la interpretación evolutiva permite que el sistema de los derechos se encuentre abierto al cambio, al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas de Colombia, es decir, pretende resaltar la necesidad de estimular la instauración de un orden justo que propugne por el respeto y la efectividad de los derechos.

La interpretación evolutiva, desde la cual es posible llegar a producir cambios intensos en los contenidos normativos de los derechos, sin que se advierta ninguna transformación en el tenor literal de las normas explícitas que los contienen, es la única que se admite como ajustada a la cláusula de Estado Social de Derecho y del principio de eficacia, pues en las decisiones judiciales se debe desarrollar una interpretación que propenda por la actualización de dichas normas, de modo que los derechos trasciendan de una esfera formal a una real, mediante la adaptación a las cambiantes condiciones de la vida social. Por tanto, una interpretación evolutiva depende categóricamente del momento histórico en el que se quiere aplicar las normas sobre derechos, pues la realidad constitucional que se desarrolla en dicho momento histórico desempeña un papel trascendental en la interpretación, ya que el Derecho es una obra humana que se expresa mediante el lenguaje, esto es, haciendo uso de convenciones que poseen un significado plural y variable. Las ideas surgen,

se repiten, se transforman, se arraigan o desaparecen, pues dependen de circunstancias culturales de cada tiempo.

Una interpretación evolutiva, en la que las mutaciones encuentran su mejor ámbito de existencia y aplicación, implica que una decisión judicial aparte de ser emitida por el órgano competente, y de partir de las normas explicitadas sobre derechos, debe acudir a los elementos relativos de la situación histórica en que los derechos se han desarrollado y, por tanto, es necesario que el proceso interpretativo pueda operar desde dicha situación. Esta teoría interpretativa se ve reflejada en la idea de los derechos como categorías históricas, lo que significa que no se constituyen como algo acabado, sino por el contrario representan un punto de partida, se configuran como un sistema abierto a diferentes ideas y desarrollos, para el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, requeridos, por ejemplo, por el desarrollo tecnológico, por la creciente complejidad del entramado social o por una mayor sensibilidad hacia determinados problemas. Por tal razón, y teniendo en cuenta la apertura y abstracción de las disposiciones sobre derechos, las teorías del textualismo (que atiende a la literalidad) y la del originalismo (que atiende a la intención del constituyente), se deben entender como criterios insuficientes para enfrentar los grandes retos que plantean los derechos en la actualidad colombiana, así las cosas, es la teoría interpretativa dinámica-normativa la que presenta mayores razones de peso para la atención de esas nuevas exigencias, desde la cual las mutaciones pueden aportar importantes progresos.

6. La mutación y la interpretación de los derechos son fenómenos jurídicos diferentes, cada uno mantiene un ámbito propio de actuación dentro del entramado jurídico constitucional, pues no todo proceso de interpretación produce una mutación, ni toda mutación tiene origen en un proceso interpretativo. La mutación de un derecho fundamental, significa un cambio o transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen, habitualmente dichos cambios son motivados por los cambios en la realidad constitucional o por la variación del criterio jurisprudencial, siempre dentro de los límites constitucionales. Mientras que la interpretación de los

derechos es un proceso orientado a la determinación del sentido de la norma, en su adecuación a un supuesto de hecho al que se supone debe aplicarse, es decir, mediante este mecanismo por ejemplo la Corte Constitucional debe extraer del contenido normativo de un derecho o del sistema de derechos una norma aplicable al caso concreto. De esta manera podemos deslindar los dos ámbitos.

No obstante, en ciertos casos los dos ámbitos confluyen, pueden actuar de manera conjunta o fusionada, es decir, la mutación ocurrida en un derecho fundamental puede tener origen en la interpretación, y en este caso específico el fenómeno acaecido se denomina “interpretación mutativa de un derecho fundamental”. Ahora bien, la interpretación puede ser productora de la mutación y también puede ser receptora de una mutación. Como productora, la interpretación es la fuente jurídica directa que produce un cambio intenso; mientras que como receptora, la interpretación reconoce una mutación producida por otra fuente normativa, es decir, en este último caso el proceso hermenéutico es el mecanismo que constata y reconoce una mutación producida por otra fuente normativa. Así las cosas, la interpretación mutativa se presenta como un fenómeno jurídico muy beneficioso para el sistema de los derechos en Colombia, pues les otorga dinamismo dentro de los límites. Los derechos son así trasladados del plano formal al real y efectivo.

7. La realidad constitucional es una de las piezas más importantes de todo el análisis la mutación de los derechos, pues hace parte de su fundamento y a su vez se configura como su límite. Como fundamento de la mutación, la realidad constitucional se refiere a la parte de la norma que contiene los hechos reales sociales, es decir, la conducta humana, pero hay que tener en cuenta que no toda realidad social, no todo lo que se genera en una comunidad por el conjunto de relaciones existentes entre sus sujetos, puede ser receptada por el sistema de derechos fundamentales, pues sólo puede acoger aquella realidad que ha sido constitucionalmente predeterminada, así sea en abstracto, es decir, como una expectativa. En síntesis, no toda realidad es constitucional, sólo es constitucional aquella realidad querida y acogida por la Constitución. La realidad constitucional se encuentra integrada por dos elementos: los hechos

prácticos (lo que ocurre y que se puede percibir como algo físico) y los componentes ideológicos que sustentan dichos hechos (la idea que se tiene sobre el particular).

Detrás de las disposiciones explicitadas en el sistema de los derechos se encuentra una ideología fundante que representa la visión del mundo que tiene la sociedad, y que se encuentra expresada en unos hechos fácticos que podemos percibir. Ahora bien, la realidad constitucional tiene dos modalidades, una originaria y otra expectante. La originaria es la que se encuentra presente en el momento constituyente, es decir, la realidad social que ha dado origen a la positivación y existencia de un determinado derecho fundamental. La expectante se refiere a aquella parte de la realidad social que puede ser acogida jurídicamente en un futuro por estar conforme con la Constitución, y por tanto puede ser reconocida en el futuro como parte del contenido normativo de un derecho, aunque no se conoce hoy, ya que sólo existe la expectativa de que pueda presentarse más adelante por causa de la naturaleza fluctuante de las relaciones entre los individuos, entre los órganos del Estado, o entre los individuos y los órganos de Estado.

La realidad constitucional también cumple la función de límite específico a la mutación de los derechos fundamentales, desde dos puntos de vista, el primero porque obliga a que sólo son aceptables las mutaciones en las que se haya podido verificar la existencia de los cambios en los hechos prácticos o en el fundamento ideológico de la sociedad, pues no puede convertirse una interpretación mutativa en el proceso jurídico idóneo para que los jueces constitucionales impongan una alternativa moral personal, ya que los jueces se encuentran limitados en sus interpretaciones por el imperio del Derecho, en este caso a la realidad constitucional existente y verificable que es un elemento integrante del ordenamiento jurídico constitucional. Traspasar ese límite significa quebrantar o violar la Constitución. Y en segundo lugar, puesto que obliga al juez constitucional a demostrar y justificar que todo cambio de criterio jurisprudencial, que produzca mutaciones en los derechos, debe ser idóneo para lograr el objetivo constitucional propuesto.

8. La actual Constitución colombiana de 1991 no es fruto de una mutación de la Constitución de 1886, causada por la interpretación del juez constitucional, sino de un quebrantamiento de la misma. El artículo 218 de la Constitución de 1886 establecía que sólo era posible su reforma por un acto legislativo del Congreso, y la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el Decreto Legislativo 1926 de 1990 en el que Gobierno estableció la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional por parte de los ciudadanos, con el fin de reformar la Constitución de 1886. La Corte Suprema de Justicia argumentó que era necesario interpretar el artículo 218 mencionado antes, en conexión con el artículo 2 de la misma norma que establecía que la soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, es decir, en el pueblo colombiano. Esta interpretación de la Constitución de 1886, por parte de la Corte, produjo que el contenido normativo del artículo 218 incluyera un nuevo mecanismo de reforma, es decir, la convocatoria por el pueblo de una Asamblea Constitucional.

Desde la teoría dinámica-normativa de la mutación de los derechos, la cual sostiene que la mutación de un derecho fundamental, significa un cambio o transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen, donde habitualmente dichos cambios son motivados por los cambios en la realidad constitucional o por la variación del criterio jurisprudencial, siempre dentro de los límites constitucionales, se puede decir que efectivamente existía una realidad en forma de fundamento de ideológico que reclamaba un cambio, que realmente se produjo un cambio intenso en el contenido normativo del artículo 218 por causa de la interpretación del juez constitucional, y que no se advirtió ninguna alteración en el tenor literal de dicha norma. Es decir, hasta aquí este proceso constitucional supera el examen de los primeros elementos constitutivos de la noción de mutación.

No obstante, desde el punto de vista de los límites, cabe sostener que este proceso, se configura como un típico caso de desconocimiento de los límites constitucionales, es decir, ocurrió un quebrantamiento o violación de la Constitución de 1886, pues por más flexibilidad o apertura que se predicará del

artículo 218 era imposible extraer como una de las opciones de su contenido normativo el permitir un mecanismo de reforma diferente, es decir, otro distinto al establecido para el Congreso Nacional, ya que dicho artículo era categórico y tajante al establecer “**sólo** podrá ser reformada por un acto legislativo”. Aunque es claro que en este proceso se quiso ampliar los derechos de participación política en beneficio del pueblo, debemos decir que esto no se puede llevar a cabo sólo con la justificación de que es útil, destruyendo las bases constitucionales. En este caso, sólo procedía llevar a cabo un proceso de reforma del dicho artículo 218, y si esto no fuera posible por falta de voluntad política, era necesario que el pueblo eligiera otros representantes que tuvieran dicha voluntad, pero fue un error violar la Constitución bajo el ropaje de una interpretación mutativa. Lo anterior significa también que la convocatoria por el pueblo de una Asamblea Constitucional como un mecanismo de reforma era una realidad social, pero nunca una realidad constitucional, en otras palabras dicha realidad no era acogida, ni querida, ni permitida por la Constitución vigente en ese momento.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., "Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?", Giappichelli, Torino, 1995.

AA.VV., "Establecimiento y reforma de las constituciones. Evolución constitucional colombiana", en: Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, No. 89, Medellín, 1990.

AA.VV., Una constituyente para la Colombia del futuro, 2ª ed., Fescol, Bogotá, 1990.

ALÁEZ CORRAL, B., Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

- <<la eficacia de los derechos fundamentales>> en: Teoría General de los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2004.

ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

- Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Trad. C. Bernal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ALONSO GARCÍA, E., La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ARAGON REYES, M., Estudios de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

- La interpretación de la Constitución, en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005

ARAÚJO RENTERÍA, J., Principios de Derecho constitucional, McGrawHill, Bogotá, 1999.

BALAGUER CALLEJÓN, M., Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997.

BARRANCO AVILÉS, M., La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2000.

- Derechos y decisiones interpretativas, Marcial Pons, Madrid, 2004.

BASTIDA FREIJEDO F., <<Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales>> en: Teoría General de los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2004.

BAYÓN, J., "Democracia y Derechos: Problemas de Fundamentación del Constitucionalismo", Constitución y Derechos Fundamentales, Betegón, Laporta y otros (Cords.), Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004.

BERNAL PULIDO, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

- El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BIDART CAMPOS, G., Derecho constitucional comparado (Tomo I), Ediar, Buenos Aires, 1998.

BISCARETTI DI RUFFIA, P., <<Les Changements <non formels> de la Réalité Constitutionnelle>>, en La Constitution Comme Loi Fondamentale dans les États de L'Europe Occidentale et dans les États Socialistes, L'Institut Universitaire D'Études Européennes de Turín, Tome VI, Turín, 1966.

- Introducción al derecho constitucional comparado, Trad. H. Fix Zamudio, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

BOBBIO, N., El tiempo de los derechos, Trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

- Positivismo jurídico, Trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

- El problema del positivismo jurídico”, Trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992.

BÖCKENFÖRDE, E., Escritos sobre Derechos Fundamentales, Trad. J. L. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993.

- Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

BORK, R., “Neutral principles and some First Amendment problems”, Indiana Law journal, Vol 47, 1971, págs. 1 y ss.

- “The impossibility of finding welfare rights in the Constitution”, Washington University Law Quaterly, núm 3, 1979, págs. 695 yss.

BOTERO, J. H., << Nueva Constitución: ¿nuevo Derecho?>>, en la obra colectiva: grandes temas del Derecho constitucional colombiano, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994.

BLASCO GASCÓ, F., La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio de criterio, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

BRYCE, J., Constituciones flexibles y constituciones rígidas (1884), [no consta traductor], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

BRYDE, B., Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Nomos, Baden-Baden, 1982.

BUTTÁ, G., John Marshall. 'Judicial Review' e stato federale, Giufrè, Milano, 1998.

CANOSA USERA, R., Interpretación constitucional y fórmula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

- Interpretación constitucional y voluntad democrática, en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005.

CARPIO MARCOS, E., La interpretación de los derechos fundamentales, en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005.

CEPEDA ESPINOSA, J. M., Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo. Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1993.

- Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, 2ª (ed), Temis, Bogotá, 1997.

- Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001.

CIFUENTES MUÑOZ, E., Derechos fundamentales e interpretación constitucional, en la obra colectiva: Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

CORREA HENAO, M., La limitación de los derechos fundamentales, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.

CORREA HENAO, N., “El proceso constituyente. El caso colombiano”, en: Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, No. 91, Medellín, 1990.

CRUZ VILLALÓN, P., La formación del sistema europeo del control de la constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

DAU-LIN, H., Mutación de la Constitución (1932), Trad. Christian Fórster y Pablo Lucas Verdú, Instituto Vasco de Administración Publica, Bilbao, 1998.

DE ASÍS, R., Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista, Dykinson, Madrid, 2001.

- “Argumentación y derechos fundamentales”, en Revista de Estudios Jurídicos, núm. 2, 1999.

- “Sobre el razonamiento jurídico correcto”, en Revista de Ciencias Sociales, núm. 45, 2000.

DE DOMINGO, T., ¿Conflicto entre derechos fundamentales?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

DE OTTO, I., Derecho Constitucional, sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987.

- La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, en: Derechos fundamentales y Constitución, Civitas, 1988.

DE VEGA, P., La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985.

DÍAZ, E., Sociología y filosofía del derecho, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1980.

DÍAZ REVORIO, F., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid, 2001.

- La "Constitución abierta" y su interpretación, Palestra, Lima, 2004.

DÍAZ RICCI, S., Introducción a las mutaciones constitucionales, Revista jurídica de la facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad de Tucumán, número extraordinario 28, Tomo III, San Miguel de Tucumán, 1992.

DÍEZ MORENO, F., Manual de Derecho de la Unión Europea, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

DORADO, J., Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo, Dykinson, Madrid, 2004.

- El debate sobre el control de constitucional en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional, Dykinson, Madrid, 1997.

DUGAS, J., La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?, Departamento de ciencia política, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993.

DWORKIN, R., Los derechos en serio, Trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

- El imperio de la justicia, Trad. C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

ELVIRA PERALES, A., Las convenciones constitucionales, en: Revista de Estudios Políticos, No. 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J., "Examen de urgencia entre la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea", en la obra colectiva: Estudios de Derecho Público, Vol. (I), Tecnos, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., Teoría de la justicia y Derechos Humanos, Debate, Madrid, 2002.

FERRAJOLI, L., Los fundamentos de los Derechos Fundamentales, Trad. P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

FIORAVANTI, M., Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

- Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones, Trad. Martínez Neira M., Trotta, Madrid, 2000.

GARCÍA-ATANCE, M., Reforma y permanencia constitucional, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho administrativo, 5ª ed., Civitas, 1989.

GARCÍA PELAYO, M., Derecho constitucional comparado, Alianza, Madrid, 1984.

GARRORENA MORALES, A., El lugar de la Ley en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA, F., "Las fuentes del derecho en la Constitución española", en AA. VV. La Constitución española y las fuentes del derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1979.

GAVARA DE CARA, J., Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GAVIRIA DÍAZ, C., La interpretación constitucional, en la obra colectiva: Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P., La costumbre en Derecho Constitucional, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

GUASTINI, R., Estudios de teoría constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001.

- ¿peculiaridades de la interpretación constitucional?, (Trad. Miguel Carbonell), en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., Los controles de la legislación delegada, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

HÄBERLE, P., Verfassung Öffentlicher Prozeß, Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

- Retos actuales del Estado Constitucional, Trad. Xavier Arzoz Santiesteban, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1996.

- Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, 2ª ed., Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000.

- Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania, Pensamiento constitucional N°. 7, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000.

- El Estado constitucional, Trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

- La garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales, Trad. J. Brage, Dykinson, Madrid, 2003.

- Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas, (Trad. Héctor Fix-Fierro), en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo I, Porrúa, México, 2005.

HART, H.L.A., El concepto de Derecho, 2ª ed., Trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1977.

HELLER, H., Teoría del Estado (1934), Trad. Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

HESSE, K., Escritos de Derecho Constitucional, Trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

- <Constitución y Derecho constitucional>, en la obra colectiva: Manual de Derecho Constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2001.

HOERSTER, N., En defensa del positivismo jurídico, Trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1992.

ISAAC, G., Manual de derecho comunitario general, Trad. Ruano Campos, 2ª ed., Ariel, Madrid, 1992.

JELLINEK, G., Reforma y mutación de la Constitución (1906), Trad. Christian Förster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- Teoría general del Estado, 2ª ed. (1911), Trad. Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

JIMÉNEZ CAMPO, J., Derechos Fundamentales concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ MEZA, M., La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional, Mundo Grafico, San José, 1997.

JULIO ESTRADA, A., La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

KANT, I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ariel, Barcelona, 1996.

KAVANAGH, A., Fidelity and change in constitutional adjudication, (Tesis doctoral), Oxford University, Oxford, 2000.

KELSEN, H., Teoría general del Estado(1925), Trad. L. Legaz Lacambra, Nacional, México, 1983.

- Teoría pura del Derecho, 7ª Ed., Trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1993.

LABAND, P., Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden, 1895.

- Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, en Jahrbuch der Oeffentlichen Rechts, Vol. I, Verlag von J.C.B. Mohr, Tubinga, 1907.

LARENZ, K., Metodología de la ciencia del derecho (1966), Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2001.

LA FUENTE BALLE, J., La judicialización de la interpretación constitucional, Colex, Madrid, 2000.

LA PERGOLA, A., La articulación del Derecho Comunitario y del Derecho Interno: la experiencia Italiana, Universidad de Granada, Granada, 1996.

LEIBHOLZ, G., Problemas fundamentales de la Democracia moderna, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

LOEWENSTEIN, K., Teoría de la Constitución (1957), 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986.

LÓPEZ GUERRA, L., Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

LÓPEZ MEDINA, D., "Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional", en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005.

LÓPEZ ULLA, J., Los orígenes constitucionales del control judicial de las leyes, Tecnos, Madrid, 1999.

LORENZO, M., Análisis del contenido esencial de los Derechos Fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española, Comares, Granada, 1996.

LUCAS VERDÚ, P., Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional, en AA. VV. El Tribunal Constitucional, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

- Curso de Derecho Político, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.

LUHMANN, N., << La Costituzione come acquisizione evolutiva>>, en: Il futuro della costituzione, Trad. It. F. Fiore, Einaudi, Torino, 1996.

MONROY CABRA, M., La interpretación constitucional, 2ª (ed), Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005.

MONROY TORRES, M., Etapas de la interpretación constitucional, en la obra colectiva: Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

MONTOYA, A., <<Constitución de 1991: peculiaridades en su interpretación y protagonismo judicial>>, en la obra colectiva: II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

MORA OSEJO, H., Estudios Constitucionales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.

MORELLI, S., Interpretación Constitucional e ideología (la neutralidad del juez), en la obra colectiva: Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

- La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

MORTATI, C., Costituzione dello Stato, en Enciclopedia del Diritto, Milano, 1962.

MÜLLER F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídica", Trad. Luís Villacorta, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre de 1989.

- Métodos de trabajo del Derecho constitucional, Trad. Salvador Gómez, Marcial Pons, Barcelona, 2006

MUÑOZ MACAHADO, S., La Unión europea y las mutaciones del Estado, Alianza, Madrid, 1993.

NAVA GOMAR, S., Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana, Porrúa, México, 2003.

- "interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos", en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005.

NINO, C., Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, 2001.

ORTÍZ GUTIERREZ, J., Las modernas tendencias del Derecho del Estado y la interpretación de la Constitución de 1991, en la obra colectiva: Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

PAREJO, L., El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol 1, No. 3, 1981.

PECES-BARBA, G., Curso de Derechos Fundamentales (I), Eudema, Madrid, 1991.

- Introducción a la filosofía del Derecho, Debate, Madrid, 1983.

- Ética, poder y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, A., Los derechos fundamentales, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

PÉREZ ROYO, J., La reforma de la Constitución, Congreso de los Diputados. Serie IV. Monografías núm. 9, Madrid, 1987.

- Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución, en Revista de política comparada, números 10 y 11, 1984.

PÉREZ TREMPES, P., Tribunal Constitucional y poder judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

- Constitución Española y Comunidad Europea, Civitas. Madrid, 1994.

- La interpretación de los derechos fundamentales, en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005.

PIERANDREI, F., Scritti di Diritto Costituzionale, Vol. I, G. Giappichelli, Torino, 1965.

PRADA, J. L., <<examen de urgencia de la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea>>, en la obra colectiva Estudios de Derecho Público, homenaje a Juan José Ruiz-Rico (Vol. 1), Tecnos, Madrid, 1997.

PRIETO SANCHÍS, L., Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

RAMÍREZ CLEVES, G., Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

REHNQUIST, W., "The notion of a living Constitution", Texas Law Review, Vol. 54, 1976, págs. 693 y ss.

RESCIGNO, G., Le Convenzioni Costituzionali, Cedam, Padova, 1972

ROMANO, S., Fragmentos de un diccionario jurídico, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1964.

ROSS, A., Sobre el derecho y la justicia, 5ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994.

RUBIO LLORENTE, F., La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

RUIPÉREZ, J., Estudio preliminar, en: La Reforma Constitucional, Roura S. y Tajadura J. [Dirs.], Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

SAGÜÉS, N., El concepto y la legitimidad de la interpretación constitucional mutativa, El Derecho (88-869), Buenos Aires.

- La interpretación judicial de la Constitución, Depalma, Buenos Aires, 1998.

- Interpretación constitucional y "constitución viviente" (Living constitution), en la obra colectiva: Interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor (coord.), Tomo II, Porrúa, México, 2005.

SÁNCHEZ, C. A., Mecanismo de Protección de los Derechos Fundamentales, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1995.

SÁNCHEZ URRUTIA, A., Mutaciones constitucionales (Tesis Doctoral), Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996.

- Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, en: Revista Española de Derecho Constitucional, No. 58, enero-abril de 2000.

SANTOLAYA MACHETTI, P., El régimen constitucional de los Decretos-Leyes, Tecnos, Madrid, 1988.

SCALIA, A., Originalism: The Lesser Evil, *Cincinnati Law Review* (No.57), 1989, pp. 849-865.

- A Matter of Interpretation, *Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Trad. Francisco Ayala, Tercera reimpresión, Alianza, Madrid, 2001.

SIERRA PORTO, H., *Conceptos y tipos de ley en la Constitución Colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- *La reforma de la Constitución*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998.

SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional* (1928), Trad. José María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

STERN, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Traducción parcial del tomo I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

TOSI, S., *Modificazioni Tacite della Costituzione Attraverso il Diritto Parlamentare*, Dott. A. Giufrè, Milano, 1959.

VARELA SUANZES, J., *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

VIDAL PERDOMO, J., *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, 7ª ed., Legis, Bogotá, 1998.

VILA CASADO, I., *Nuevo Derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002.

WALDRON, J., "The core of the Case Against Judicial Review", The yale law journal, 2006, Págs. 1346- 1406.

- "A right-Based Critique of Constitutional Rights", Oxford Journal of Legal Studies 13, 1993.

- "Law and Disagreement", Clarendon Press, Oxford, 1999.

WALUCHOW, W., "Constitutionalism", The Stanford Enciclopedia of Philosophy, [en linea]. Edición. 2004, [Stanford, USA]: Edward N. Zalta (ed.), Febrero 2004 [Actualizada: 11 de febrero de 2004], [Consulta: 30 de abril de 2005]. Disponible en Web: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2004/entries/constitutionalism/>

WHEARE, K.C, Las constituciones modernas (1966), 2ª ed., Trad. Fernando Morera y Angel Alandi, Labor, Barcelona, 1975.

WRÓBLESKY, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Trad. Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1988.

YARCE MAYA, W., "Frustración constitucional", en: Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, No. 91, Medellín, 1990

YEPES ARCILA, H., La sentencia C-221 de 1994: ¿Delimitación ontológica del derecho o mutación constitucional?, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Díké – Fundación Konrad Adenauer, 1995.

YOUNES MORENO, D., Derecho constitucional colombiano, 3ª Ed., Legis, Bogotá, 1997.

ZAGREBELSKY, G., Il diritto mitte, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992.

- <<Storia e Costituzione>>, en: Il futuro della costituzione, Trad. It. F. Fiore, Einaudi, Torino, 1996.