

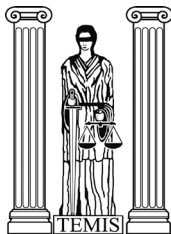
FRANCISCO JOSÉ CHAUX DONADO

# ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

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

*Segunda edición*

Prólogo de  
John Ferejohn



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Bogotá - Colombia  
2020

# ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Advertencia del autor.....	VII
Prólogo.....	IX
Presentación.....	XVII

## INTRODUCCIÓN

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

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

## CAPÍTULO I

### EL PAISAJE DEL DESACUERDO

*Descripción sustancial de la Constitución Política Colombiana de 1991*

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

## CAPÍTULO II

### TOMANDO LOS PRINCIPIOS EN SERIO

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

1. Introducción.....	53
----------------------	----

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

### CAPÍTULO III

#### EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

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

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

### CAPÍTULO IV

#### DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

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

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

## CAPÍTULO V

## EN FAVOR DE LA REPÚBLICA

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

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

## CAPÍTULO VI

## EN LA CONSTITUCIÓN DEL PUEBLO

*La legitimidad del pueblo y sus representantes para realizar reformas constitucionales*

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

## CAPÍTULO VII

## EL OCASO DE LA DEMOCRACIA

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

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

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

### CAPÍTULO VIII

#### ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

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

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

### CAPÍTULO IX

#### “¿QUO VADIS CONSTITVTIONIS”?

1. Introducción .....	277
2. La calidad democrática del texto constitucional y sus efectos.....	288
3. La interpretación constitucional en una democracia constitucional ....	294
4. El papel de la interpretación judicial de la Constitución.....	303
5. La interpretación filosófica de la Constitución.....	308
6. ¿Quo Vadis Constitvtionis? .....	316
Índice de autores .....	323

## CAPÍTULO VIII

### ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN

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

“[L]os inventores de fábulas que todo lo creemos, nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”.

GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, *La Soledad de América Latina* (1982).

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las constituciones son textos de esperanza. En ellas se reúnen las promesas que el pueblo hace a sí mismo y a su posteridad. Son el primer universo normativo donde se dan las ideas fundamentales para determinar qué es correcto y qué es incorrecto, lo legal y lo ilegal. Constantemente cambiamos el universo constitucional. No se trata de una construcción estática o inmutable, pues existe en una condición imperfecta que necesita mejorarse, de tal manera que el programa continuo que representa la Constitución, merecerá respeto cuando corresponda a los ideales y creencias que el pueblo tiene como su compromiso fundamental.

Las personas debaten sobre las interpretaciones de la norma suprema y en respuesta a este entendimiento se formulan otras, y como resultado de ellas surgen nuevas maneras de comprender la Carta Política, con lo cual

el pueblo reclama como suya la Constitución. Pero este proceso, aun si no conduce a una transformación formal de la Constitución, es guiado por el texto mismo de la Carta Fundamental: “[E]s imposible creer que alguien en nuestra cultura jurídica (o en otras con constituciones escritas) crea que el texto es en verdad irrelevante”<sup>1</sup>.

De tal manera que el cambio de la norma fundamental empieza y termina con su texto. Las personas debaten sobre su significado y composición; sobre la necesidad de agregar, modificar o remover ciertas normas constitucionales, pero más allá de su existencia como norma positiva, la Constitución nos habla de una historia, de un relato que explica por qué se han incluido ciertas disposiciones. Ningún conjunto de instituciones jurídicas existe aparte de la narrativa que las establece y da significado; en cada Constitución hay una saga, así como para cada decálogo hay unas escrituras. Una vez entendido el contexto de la narrativa que le da significado, el derecho constitucional se convierte en algo más que un sistema de reglas que deben ser observadas, se presenta como el mundo político en el cual vivimos<sup>2</sup>.

En este sentido, el derecho, la política y la historia están inescindiblemente relacionados en el universo constitucional. Todas las normas constitucionales tienen un discurso que da cuenta de su explicación y su propósito. Pero este discurso constitucional necesita de un destino, un futuro que debe ser encontrado en las expresiones de la democracia<sup>3</sup>. La narrativa constitucional nunca está terminada, el reclamo que hacen las personas respecto del significado de la Constitución, así como las propuestas de cambio, ejerce influencia sobre los ciudadanos para determinar el camino que debe seguir la evolución constitucional. Después de todo se trata de un texto que pertenece al pueblo.

En esta situación, la imaginación constitucional se muestra relevante. La actual forma de interpretar la Constitución, tal y como ha sido establecida por la Corte Constitucional<sup>4</sup>, puede no ser la mejor y las personas son libres de imaginar un futuro diferente, con una mejor Constitución, bien en su interpretación o como texto positivo.

<sup>1</sup> SANFORD LEVINSON, “Designing an Amendment Process” en *Constitutional Culture and Democratic Rule*, John Ferejohn, Jack N. Rakove and Jonathan Riley ed., 2001, págs. 271, 275.

<sup>2</sup> ROBERT M. COVER, “The Supreme Court”, 1982. Term - Foreword: Nomos and Narrative. Faculty Scholarship Series. Paper 2705, 1983, en [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2705](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705)

<sup>3</sup> COVER, *supra* nota 2.

<sup>4</sup> O el tribunal que ejerce en última instancia el control de constitucionalidad.

La habilidad para reclamar una alternativa diferente a la determinada por la Corte Constitucional, sirve como instrumento de conexión entre la Constitución y el pueblo<sup>5</sup>, donde la voluntad popular es la principal fuerza para determinar qué forma parte de la Constitución y qué puede ser cambiado o no.

En la posibilidad de imaginar una mejor Constitución se realiza un elemento crucial de la democracia constitucional, la posibilidad de vivir conforme a reglas propias, en un sistema que pueda ser transformado de manera democrática y pacífica, y reorganizarse de acuerdo con la voluntad del pueblo<sup>6</sup>.

Esta noción responde a una forma de constitucionalismo protestante, en la cual cada ciudadano tiene derecho a dar a conocer su propia interpretación del documento fundamental y a rebatir interpretaciones que no lo persuadan o que considera erradas, así provengan de la Corte Constitucional<sup>7</sup>. No obstante, mi argumento va aún más lejos, en el sentido que las personas no solo tienen la posibilidad para reclamar la Constitución, sino que son los autores —originales o derivados— de la norma fundamental, y tienen un derecho inherente para determinar el camino que deben seguir el texto o su interpretación, la cual se revela por medio de los mecanismos de reforma constitucional.

Lo anterior no quiere invitar a descartar o desobedecer las opiniones de la Corte. Su importancia se defendió en el capítulo II. Se trata de la habilidad política de cada ciudadano para apoyar o contradecir las modificaciones constitucionales formales o informales, el derecho de establecer por sí mismos la norma suprema y el futuro de la misma, pues es un documento con promesas que hace el pueblo a su posteridad.

En este sentido, los poderes constituidos creados por el pueblo cumplen las promesas que se hacen en la Constitución y, para tal efecto, cada generación tiene el derecho de interpretar esos compromisos y si así lo desea, de reescribirlos y darse unos nuevos, de manera que sean capaces de crear una Constitución que responda a las promesas esperadas por el pueblo en su norma fundamental.

<sup>5</sup> COVER, *supra* nota 2.

<sup>6</sup> JACK M. BALKIN, *Constitutional Redemption*, 2011, págs. 23-25, 43 y 237 y JACK M. BALKIN, *Living Originalism*, 2011, págs. 76-77, 320-330.

<sup>7</sup> PAUL BREST, SANFORD LEVINSON, JACK M. BALKIN, AKHIL REED AMAR & REVA B. SIEGEL, *The Processes of Constitutional Decisionmaking*, 5<sup>th</sup> ed., 2006, pág. 122.