

El derecho internacional en la Constitución: efectos de la legitimidad, el poder constituyente y el poder constituido*

Oscar Manuel Ariza Orozco^a ■ Riccardo Perona^b ■ Diego Enrique Cruz Mahecha^c

Resumen: Este ensayo plantea la revisión de teorías tales como la monista y la dualista, la *transcivili-zation perspective* y el concepto de interdependencia, para argumentar sobre lo siguiente: el derecho internacional está legitimado por el poder constituyente o por el poder constituido o legal, pero, ¿en manos de quién está el poder constituyente? Se intentará, en este ejercicio argumentativo-explicati-vo, demostrar que la legitimidad que confiere el ejercicio de estos poderes (constituyente o constitui-do) podría darse por fuera del marco constitucional en cuanto al reconocimiento del derecho inter-nacional, y en el marco del derecho nacional del Estado y su validez y consecuente responsabilidad jurídica internacional, de cara al derecho externo y bajo los efectos del principio *pacta sunt servanda*.

Palabras clave: derecho internacional; poder constituyente; legitimidad; teorías jurídicas; *pacta sunt servanda*

* Artículo de reflexión.

- a Doctor en Derecho, Universidad Sergio Arboleda; máster en estudios políticos, Pontificia Universidad Ja-veriana; especializado en gestión pública e instituciones administrativas, Universidad de Los Andes; abo-gado titulado, Universidad Militar Nueva Granada (UMNG). Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Políticas de la Universidad de Cartagena, líder del semillero ambiental sobre ecología, cambio climático y calentamiento global. Línea de investigación: conflictos internacionales. Investigación en curso sobre: conflictos internacionales y territoriales, ODS, Ablación, Fracking, CIDH, el juez convencional y Derecho internacional del agua. Email: oarizao@unicartagena.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2711-8730>
- b Doctor en ciencias jurídicas, Universidad de Pisa (Italia). Docente de planta, Área de Derecho Público, Fa-cultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Cartagena (Colombia). Director, Instituto Jurídico Internacional de Turín (Italia). Email: rperona@unicartagena.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3164-3554>
- c Doctor en derecho, Universidad Sergio Arboleda; magíster en derecho, Universidad de La Sabana; post-doctor en altos estudios del derecho, Universidad de Bolonia; docente de la Universidad Libre. Email: diecruz@unilibre.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8147-152X>

Recibido: 17/07/2023 **Aceptado:** 23/04/2024 **Disponible en línea:** 30/08/2024

Cómo citar: Ariza Orozco, O. M., Cruz Mahecha, D. E., & Perona, R. (2024). El derecho internacional en la constitución: Efectos de la legitimidad, poder constituyente y poder constituido. *Prolegómenos*, 27(54), 45–67. <https://doi.org/10.18359/prole.6843>

International Law in The Constitution: Effects of Legitimacy, The Constituent Power, and The Constituted Power

Abstract: This essay reviews theories such as the monist and dualist approaches, the *transcivilization perspective*, and the concept of interdependence to argue the following: international law is legitimized by either the constituent power or the constituted or legal power, but whose hands hold the constituent power? This argumentative-explanatory exercise will attempt to demonstrate that the legitimacy conferred by the exercise of these powers (constituent or constituted) could occur outside the constitutional framework regarding the recognition of international law, and within the framework of national law of the State and its validity and consequent international legal responsibility, in relation to external law and under the effects of the principle *pacta sunt servanda*.

Keywords: International Law; Constituent Power; Legitimacy; Legal Theories; *Pacta Sunt Servanda*

O direito internacional na Constituição: efeitos da legitimidade, o poder constituinte e o poder constituído

Resumo: Este ensaio propõe a revisão de teorias como a monista e a dualista, a perspectiva transcivilizacional e o conceito de interdependência, para argumentar sobre o seguinte: o direito internacional é legitimado pelo poder constituinte ou pelo constituído ou legal, mas, então, em mãos de quem está o poder constituinte? Tentar-se-á, neste exercício argumentativo-explicativo, demonstrar que a legitimidade conferida pelo exercício desses poderes (constituente ou constituído) pode ocorrer fora do marco constitucional em relação ao reconhecimento do direito internacional, no âmbito do direito nacional do Estado e sua validade e consequente responsabilidade jurídica internacional, diante do direito externo e sob os efeitos do princípio *pacta sunt servanda*.

Palavras-chave: direito internacional; poder constituinte; legitimidade; teorias jurídicas; *pacta sunt servanda*

“*Ubi societas, ibi ius*”

JURISTAS ROMANOS

Introducción

El derecho internacional no es un fenómeno jurídico ajeno al derecho interno. Las nuevas tendencias de estudio del derecho constitucional plantean un encuadramiento del derecho internacional en el derecho interno, especialmente a la luz de la Constitución. Así, podríamos entender al derecho internacional como de comportamiento centrífugo y al derecho interno, nacional o doméstico como derecho centrípeta (Truyol y Serra, 2004)¹.

En este ensayo pretendemos la revisión de algunas teorías tales como la monista y la dualista, como teorías clásicas del derecho internacional, en contraste con nuevas tendencias teóricas como la *transcivilization perspective* (Uribe Vargas y Cárdenas Castañeda, 2010) y el concepto de interdependencia (Naranjo Mesa, 2006), procurando argumentar y explicar, como hipótesis, que el derecho internacional está legitimado por el poder constituyente o poder constituido o legal, pero abarcando igualmente un interrogante central al respecto: ¿y en manos de quién está el poder constituyente?

Desde la hipótesis planteada, se asume no solo la importancia que juega el poder constituyente u originario tanto como el poder constituido o

derivado (estas tipologías varían de acuerdo a los ámbitos temporales y espaciales de los autores) en la formulación y validación de las relaciones de los Estados nacionales, el derecho internacional y la comunidad internacional; también se reconoce la necesidad de un *enlace* que valide la participación de esos poderes, el de la *legitimación* por la vía popular o a través de la célula parlamentaria o de quien haga sus veces en el sistema político imperante. *Legitimar* valida así la *costumbre* (*habitus*), al *ius cogens* y al *ius gentium* en el desarrollo del derecho internacional contemporáneo.

Se intentará entonces, en este ejercicio argumentativo-explicativo (Giraldo, 2006, p. 2), demostrar que la legitimidad que confiere el ejercicio del poder constituyente o del poder constituido podría darse por fuera del marco constitucional, en cuanto al reconocimiento del derecho internacional, y en el marco del derecho nacional del Estado y su validez y consecuente responsabilidad jurídica internacional, de cara al derecho externo y bajo los efectos del principio *pacta sunt servanda*².

Ahora bien, tratándose de un tema de tal complejidad, el esfuerzo para fundamentar la conjetura que se plantea está centrado en desarrollar el tema en el estudio frente a la Constitución Política de Colombia de 1991 y a los mecanismos contemplados para la expedición de una nueva Constitución, o para la reforma o modificación de la norma superior por el poder constituyente o el poder constituido (Matsón Figueroa, 1992)³.

1 Al respecto, el mencionado autor conceptualiza así el comportamiento centrífugo y el doméstico:
a) Una tendencia centrífuga (centrípeta para cada sociedad política o estatal particular): las sociedades políticas dotadas del poder de coerción legítima tienden a reforzar los vínculos internos, a hacerse autosuficientes, a no depender de nadie, en detrimento de las relaciones internacionales;
b) la tendencia centrípeta (centrífuga para cada sociedad política estatal particular): la innata sociabilidad humana que no se detiene ante obstáculos como las fronteras políticas, provoca el comercio internacional que en definitiva es fuente de enriquecimiento mutuo. (p. 20)

2 “Los pactos hay que guardarlos”, locución latina que proclama que los tratados y, en general, los contratos, deben ser respetados por las partes que los han concluido.

3 Cabe destacar al respecto lo que manifiesta este autor:
Constitución y Constituyente son dos palabras, dos vocablos que tienen la misma raíz etimológica y entre ellos existe una relación estrecha. De manera sencilla, elemental, señalo que Constitución es un conjunto de reglas de derecho, de normas jurídicas, adoptado por un grupo humano para vivir bajo su amparo tranquila y pacíficamente. Esas normas vienen a ser como las reglas del juego

Para la argumentación de la hipótesis también se tomará como referente, desde la teoría constitucional, el tema de los elementos constitutivos del Estado moderno, como lo son: la población, el territorio, la soberanía y el gobierno o poder político (Naranjo Mesa, 2006). Al participar de la propuesta teórica de que el derecho es una *producción social*, nos enfrentamos a retomar los elementos constitutivos del Estado para soportar la cuestión en torno a si puede existir para la comunidad internacional un Estado sin población. Y si la población puede requerir de una categoría de suma de experiencias, que se consolidan en una cultura, surge la pregunta: ¿qué es entonces la cultura y cómo nace? La población requiere igualmente de un ordenamiento jurídico que se consolide como regla que regulan las relaciones individuales y colectivas: ¿qué es entonces el derecho? Cuando el Estado soberano se consolida con sus elementos, se genera una diacronía entre el derecho centrípeto y el derecho centrífugo, en cuanto se regula la relación de las entidades políticas jurídicas superiores denominados Estados: ¿cuál es el origen del derecho interno y del derecho internacional? ¿Y cómo se pueden articular el derecho internacional y el derecho interno de los Estados soberanos (o nacionales), sin que se violen principios como el *pacta sunt servanda*, para no caer en responsabilidad jurídica frente a la sociedad y a la comunidad internacional?

de una comunidad. En el organismo constitucional se organiza y estructura, con lineamientos generales que posteriormente son desarrollados, todo el andamiaje jurídico político del Estado. Por eso algún viejo tratadista colombiano de derecho público decía ver una relación entre la anatomía y el derecho constitucional y el segundo la estatura del Estado. La Constitución es en el fondo, ni más ni menos, un pacto de convivencia, porque alrededor de ella, o mejor, bajo sus mandatos o prescripciones, se desarrolla o desenvuelve normalmente la vida común. Gilberto Álzate Avendaño, en afortunada y feliz expresión dijo que la Constitución “es un tratado de paz civil”. (Matson Figueroa, 1992, pp. 31-32)

Resolver estos interrogantes es el reto de esta indagación. Se convierten entonces la legitimidad⁴, el poder constituyente y el constituido, la soberanía, la Constitución, la legalidad, el derecho, la ley, las ideas (Touchard, 2006)⁵, la cultura, el pueblo, entre otros conceptos, en los hilos conductores para intentar resolver los interrogantes planteados.

Según lo anterior, la argumentación y defensa de la hipótesis se fundamentará: a) en el examen de los planteamientos teóricos de algunos pensadores como Naranjo Mesa, Montesquieu, Kant, Carré de Malberg, Siéyes, Schmitt, Rousseau, Ferdinand Lassalle, Gaviria Liévano, Kopela, Cicerón, Cleón, Adolf Merk, Álvaro Gómez Hurtado y Alfonso López Michelsen, entre otros, y en la revisión de los escritos del maestro Eloy García López; b) en conceptos fundamentales e ilustrativos como legitimidad, soberanía, poder, derecho constitucional, poder constituyente, poder constituido, pueblo, soberanía, referéndum, cultura y civilización, *ius cogens*, *ius gentium*.

-
- 4 Es importante señalar que, sobre *legitimidad* y *validez* de la Constitución los constitucionalistas plantean un doble problema, el primero de naturaleza primordialmente política, y el segundo esencialmente jurídico. Respecto de la legitimidad, afirman que se resuelve remontándola hasta la naturaleza del acto constituyente, pues requiere la presencia inequívoca de una voluntad política nacida de una determinación popular mayoritaria. Hay que hacer la salvedad en ese sentido de que no sería legítima una Constitución cuya expedición estuviera afectada de fraude, soborno o violencia. En cuanto a la validez, se sostiene que, como problema jurídico normal, depende de las condiciones en que se ejerce el poder constituyente, es decir, que en la etapa de primigenidad (entiéndase del constituyente primario) dicho ejercicio está incondicionado, mientras que en la de continuidad, la validez de una Constitución reside en la observancia de las condiciones establecidas y vigentes para su propia reforma.
 - 5 Este mismo autor relaciona la doctrina como “el conjunto de dogmas, bien religiosos, bien filosóficos, que dirigen a un hombre en la interpretación de los hechos y en la dirección de su conducta” (Touchard, 2006, p. 25).

Referentes

Constitución

Antecedente histórico

Si compartimos que Roma fue la cuna del derecho occidental, aceptemos también que fue la ley, y no la *constitutio*, lo que reguló la relación de los romanos con el ámbito exterior y con los extranjeros. Quien enseña a Roma la Constitución es Cicerón: “Las teorías del derecho natural fueron de inmenso beneficio para la humanidad. Tuvieron su origen en el *ius gentium* que los romanos invocaron —Cicerón lo explicita— en la *república* para darle un tratamiento más humanitario a los pueblos conquistados y que reemplazó con normas jurídicas lo que hasta entonces era solo la fuerza del dominador” (Naranjo, 2006, p. 9). No podemos desconocer que el derecho natural buscó responder a la noción de un natural reconocido como obligatorio para todos los hombres. Regresando al concepto de *constitutio*, en el lenguaje jurídico romano se usaba el término para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular, por ejemplo, refiriéndose a *Constitutionis principis* (actos normativos del emperador), *Constitutionis pontificie o sinodali* (ordenamiento canónico), *Constitutio republicae* (que expresa una estructura política fundamental) y *Constitutio populi*, expresión introducida por Cicerón para indicar la estructura jurídica de un pueblo. La palabra *Constitución*, en el sentido de “acto solemne determinante de la estructura fundamental del poder organizado en el ámbito de una sociedad estatal”, se usó por primera vez para designar la carta política norteamericana de 1786 (Caballero Sierra y Anzola Gil, 1995, p. 342). Pero fue Cicerón en Roma quien, con la *Constitutio populi*, incorporó la acción del pueblo como constituyente originario en lo que después se construyó como derecho constitucional y poder soberano del pueblo como legitimador de la norma superior. No perdamos de vista que Roma atendió por un largo periodo de su historia al gobierno del *Imperator* sobre la *lex*, ya que él la dictaba con su senadoconsulto, pero era una *lex* unipersonal, no nacida del *populus*, de donde deriva el aforismo

que reza que “la voz del pueblo es la voz de Dios”, o como aparece en nuestro recinto congresional, con más énfasis jurídico-político: *Vox Populi*.

Veamos entonces a continuación algunos conceptos de Constitución en el trasegar de la historia. En la Antigüedad, los helenos denominaban *politeia* a la constitución del Estado, aduciendo a la unidad corporativa de la totalidad de los ciudadanos, o al derecho del ciudadano para decidir en los asuntos de la *polis*. Aristóteles la asume como el principio según el cual se ordena la *autoritas* política y afirma que la constitución política o gobierno es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la ciudad; sin embargo, el estagirita en otro contexto incurre en la misma contradicción de Luis XIV cuando afirma que “el Estado soy yo”. El pensamiento aristotélico tiene el propósito de garantizar las magistraturas, la distribución de los poderes, los atributos de la soberanía y la determinación del fin específico de cada asociación política, hoy devenidas en unidades político-jurídicas independientes o Estados. Así, esto quiere decir que la Constitución equivale a “régimen o a estructura, a contextura. Es el modo de ser de la ciudad, su compostura o naturaleza total” (Bidart Campo, 1968, p. 99).

Según Ferrer *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (2014), la palabra Constitución tiene múltiples significados (es una palabra polifónica):

La palabra “Constitución” se utiliza en el lenguaje ordinario con distintos significados. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ofrece varias acepciones distintas del término, unas propiamente jurídicas, otras en sentido material vulgares en cambio. Por una parte, la define como la “esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás”. En este sentido es que se puede identificar con la Constitución material, porque refiere los elementos necesarios para poder considerar un texto jurídico como la norma fundamental de un Estado. (pp. 193-194)

En el texto *Ulises desatado* (Elster, 2009), se hace una metáfora de Ulises y la actividad constituyente, entendiendo que, como se mencionó anteriormente, el análisis de las colectividades a

partir de estudios para los individuos puede llevar a conclusiones erradas, ya que las constituciones pueden ser actos no solo para auto-restringirse, sino que también pueden atar a los demás o puede que no tengan poder para restringir⁶. Lo destacable del pensamiento de la obra de Ulises desatado y el Canto de las sirenas, del teórico social y político noruego, es que establece en la metáfora, un límite a la actuación del gobernante del Estado especial y los exhorta que la tripulación de Ulises se aten al mástil y se enceren sus oídos, para huir del canto de las sirenas y no deriven sus naves hacia los confines del mar y alcancen la singladura del buen navegante, bajo la guía de Poseidón (subrayado fuera del texto original), y la embriagues del poder no desborde los límites de la Constitución y deriven en gobiernos de fuerza que “no solo esgrimen la espada, sino que la usan”. Ulises se convierte en el paradigma de la sujeción a la Constitución.

En apoyo de su metáfora, Elster cita a pensadores como John Potter Stockton: “Las constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen”; a Friedrich Hayek: “La Constitución es una atadura que el Peter sobrio le impone al Peter bebido”; y a Cass Sunstein: “Las estrategias de precompromiso constitucional podrían servir para salvar la miopía y la debilidad de la voluntad de parte de la colectividad”, de modo que a tal efecto se establecen tribunales constitucionales.

6 De tan maravillosa obra, se resalta el siguiente apartado:

Cicerón, sugiere, no obstante, que Ulises se ató a sí mismo al mástil para continuar siendo ignorante; no porque el saber profesado por las sirenas fuera dañino para él. De ahí que la analogía que a menudo se traza entre el episodio de las sirenas de la Odisea y la caída del libro del Génesis sea algo confusa. La serpiente sedujo a Eva ofreciéndole su saber intrínsecamente corrupto, en tanto que las sirenas —en esta interpretación— usaron la promesa de conocimiento únicamente como un medio para atraer con mañas sus víctimas hacia el litoral rocoso. (p. 17)

Así las cosas, no basta con la *legitimidad* que se otorga al poder político del Estado a través del poder constituyente originario (el pueblo), sino que debe trascender el poder público, la práctica de la ética, la moral y el buen gobierno para el obrar gubernamental, parlamentario y sobre todo del operador jurídico, bajo la fuerza de la locución latina *ex aequo ex bono*.

El concepto moderno de Constitución

Jellinek hace coincidir el concepto de Constitución con el principio de ordenación conforme al cual el Estado se constituye y desarrolla. Hegel refiere este término a la idea del código supralegal que ordena coercitivamente la composición y las tendencias de desarrollo del poder, o sea el Estado.

En Hans Kelsen, “la Constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determina los organismos que legislan y los procedimientos, y que además establece las relaciones básicas entre gobernante y gobernado y las formas de aplicación del derecho”.

En igual forma, sobre el sentido moderno de este concepto se pronuncian juristas como el emérito maestro Eduardo García Enterría y Eduardo J. Couture, entre otros. Para García Enterría, se trata de “un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, crea preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder de la propia constitución establecidas como los ciudadanos”; por su parte, para Couture es el “cuerpo de normas jurídicas fundamentales del Estado, relativas a institución, organización, competencia y funcionamiento de las autoridades públicas, los deberes y garantías de los individuos”.

Una corriente de pensamiento conservadora, cuyos exponentes son Burke y De Maistre, ha sostenido que la Constitución no es otra cosa que la forma de ser tradicional de un pueblo y de sus instituciones políticas, que solo la historia, y no la razón ni la voluntad humana, puede moldear.

La corriente socialista ha sostenido que la Constitución no es sino el complejo de relaciones de poder resultantes del cuadro de fuerzas sociales,

políticas y económicas que existe en cada momento en una sociedad determinada.

Por otra parte, el tratadista austriaco Ferdinand Lasalle afirmó que:

[...] los problemas constitucionales no son primordialmente de derecho, sino de deber, la verdadera Constitución de un país solo reside en los verdaderos poderes reales que en ese país rigen; las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas, más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social, de otro modo, serían simplemente hojas de papel. (Lassalle, 1862, p. 59)

Distintos autores amplían el elemento conceptual al manifestar que las constituciones políticas son como medios de pre-compromisos o auto-restricciones, hechas por el cuerpo político con el objetivo de ampararse en contra de sus tendencias a tomar decisiones imprudentes; siendo acorde con esto, si todo dependiera de la voluntad del hombre nada sería estable.

Podemos preguntarnos primeramente si las disposiciones constitucionales existentes fueron establecidas con el propósito de restringir la libertad de acción de los individuos o si en realidad tienen efectos restrictivos, independientemente de las razones y de por quien fue aprobada en el momento inicial.

Ocasionalmente surgen restricciones accidentales que explican el mantenimiento de instituciones originalmente creadas por razones distintas; algunos mecanismos que son adecuados para la auto-restricción individual, no lo son para la colectiva y al contrario.

Variedades de Constitución

El derecho constitucional produce un espectro del estudio de la Constitución. Un ejercicio pedagógico (Gómez Roldan, 2009)⁷ nos muestra dos clases

de constituciones, acorde con su nacimiento: las constituciones originarias, como la de los Estados Unidos de Norteamérica, y las derivadas, como las que se implementaron en los procesos libertarios y en el periodo de descolonización en Hispanoamérica (v. gr. la Constitución de Cúcuta de 1821). Es necesario pues, para el estudio de este ámbito temporal-espacial, no perder de vista el trasegar histórico de América: el Descubrimiento, la Conquista, la Colonia y las independencias.

Otras categorías contemplan las Constituciones rígidas o firmes, aquellas cuyas disposiciones solo pueden ser modificadas mediante disposiciones especiales y con la intervención de un órgano calificado; de ellas surge la distinción entre el poder legislativo ordinario y el poder constituyente derivado. También, la rigidez puede provenir de una cláusula sostenida por un periodo de tiempo determinado.

Derecho internacional

Antecedente histórico

La ciudad de las siete colinas eternas (Roma) dio vida a la *lex*, a la *Constitutio populi*, con Cicerón y Catón, y al *ius gentium*, que junto a los planteamientos del holandés Hugo Grocio (1583-1645) y del gran dominico español Francisco De Vitoria (1483-1546), se disputan como los fundacionales del derecho de las naciones, bautizado por el jurista inglés Jeremías Bentham (1748-1832) como *international law*, y derivado en Francia como *droit international* y como *diritto internazionale* en Italia. Con todo, parece incontrovertible por los registros históricos y jurídicos que De Vitoria y Grocio son los autores fundacionales del derecho internacional occidental.

carácter moral y político, y las garantías. La parte orgánica es aquella donde se establece el diseño y las instituciones que le dan forma o estructura al Estado, las normas, los órganos, los organismos de control al poder. En la parte final se encuentra el poder de reforma, donde se establece la rigidez o flexibilidad para hacer cambios en el texto.

7 Es interesante abordar el interrogante sobre cómo se estructura la Constitución. La parte dogmática de esta se compone usualmente de unas declaraciones (preámbulo), donde se señala la filosofía y las definiciones de carácter moral y político, así como los derechos y deberes, las libertades de

Para explorar la inserción de los nacientes Estados soberanos postcoloniales al derecho internacional, con fundamento en la expedición de las cartas constitutivas, vale la pena traer a colación el análisis de Carlos Restrepo Piedrahita, quien en uno de sus estudios sobre constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX manifiesta: “En las colonias españolas, aunque también en Europa, la palabra y el concepto de *constitución* tenían acento y connotación de subversivos”. No es extraño que así fuera, ya que el Estado liberal —que era la materialización institucional del naciente constitucionalismo— fue el antagonista sobre todo del absolutismo monárquico. No es fácil precisar, ni siquiera con aproximación relativa, el momento histórico en que en el ámbito de lo que hoy integra el Estado colombiano se conoció el moderno vocablo *constitución*. Presumiblemente lo fue en 1787, desde la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos, o acaso antes, porque en las colonias británicas que devendrían el nuevo Estado (la Unión) la palabra tenía ya uso corriente con sentido más cercano al que luego, tras las revoluciones norteamericana y francesa, habría de denotar. Eran aquellos los años de lo que Carl Brent Swisher ha denominado “la Constitución en embrión” (Restrepo Piedrahita, 2011, p. 72).

Como disciplina de las ciencias sociales, el derecho internacional evolucionó como resultado de los cambios culturales y socioeconómicos en Europa occidental, dando paso al surgimiento de principios, fuentes, elementos, convenciones y teorías, entre otros. Cabe destacar aquí las teorías elaboradas para explicar la relación entre el derecho de las naciones-Estados y el derecho interno.

Teoría monista-moderada Wenzel y estricta o internacionalista de Kelsen, la teoría dualista de Trieppe y Anzilotti y la propuesta conciliadora en la que el internacionalista Gaviria Liévano como que “el derecho interno y el derecho internacional son interdependientes y no es dado la existencia de ordenes jurídicos separados e independientes” (Naranjo, 2003, p. 9). Uno de los principios del derecho internacional que articula la responsabilidad y la voluntad de las partes de *bona fide* es el *pacta sunt servanda*, que estipula que los tratados son para cumplirlos por las partes que los suscriben de buena fe.

El artículo 9 de la Constitución Política de Colombia atiende y reconoce los principios del derecho internacional, en el sentido de que en el ordenamiento constitucional es el Poder Constituyente quien reconoce el derecho internacional y no otro instrumento jurídico-político interno de la nación colombiana. Las demás ramas del poder público en un sistema tripartito concebido para el perfeccionamiento de los tratados públicos (ratificación) son derivadas y deben ajustarse a la Constitución y a la ley de los tratados públicos, consagradas en las convenciones internacionales, tales como la Convención de La Habana de 1928, la Convención de Viena I de 1968 y Convención de Viena II de 1986.

En su obra de derecho internacional, el tratadista Antonio Remiro Brotons (2007, p. 45) define el “derecho internacional como el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden”.

Legitimidad

Ignacio Carrillo Prieto, en su estudio *Legalidad y legitimidad: teoría del poder y teoría de la norma*, plantea que la legitimidad del poder presupone la validez de la norma dentro de la cual este es ejercido, puesto que: 1) la validez de la norma hace posible el juicio sobre la legalidad del poder; 2) la validez de la norma presupone la legalidad del poder, y solo son normas válidas las emanadas de un poder legítimo; y 3) la legalidad del poder presupone la justicia de las normas emanadas de aquel poder, y solo es poder legítimo, en última instancia, el que produce normas justas. El mismo autor invoca a Jürgen Habermas, en cuanto a que la legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos. Legitimidad significa pues el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. El concepto encuentra aplicación en situaciones en la que se discute la validez de un orden, esto es, cuando se presenten problemas de legitimación. Solo los órdenes políticos pueden tener y perder legitimidad y solo ellos requieren de

legitimación. En ese sentido, el citado autor señala a Norberto Bobbio: los problemas de legitimación tienen no solo el interés propio de uno de los capítulos más importantes de la ciencia política, sino que constituyen la abolición de los comportamientos estancos que separan a los juristas de los científicos de la política. En consecuencia, un primer planteamiento debe relacionar los conceptos de legitimidad y de legalidad. Ambos se refieren al poder, pero indican dos distintos requisitos de este: legitimidad como requisito de titularidad; legalidad como requisito de titularidad; legitimidad como requisito del ejercicio del poder. Que el poder sea legítimo es interés del soberano, pero que sea legal es interés del súbdito. Respecto del soberano, la legitimidad es lo que funda su derecho y la legalidad lo que establece su deber; por el contrario, respecto del súbdito, la legalidad es el fundamento de su deber de obediencia y la legitimación del poder es la principal garantía de su derecho para no ser oprimido.

La Constitución establece, en primer término, su legitimidad, la cual se traduce en el hecho de que el individuo o el grupo que gobierna cumpla su tarea en virtud de un título que emana de la propia Constitución. Sus decisiones no pueden legítimamente imponerse, sino en cuanto se presume que son decisiones de un órgano constitucional, y que valen como decisiones del Estado. De esta manera podríamos decir que poder legítimo dentro de un Estado de derecho es aquel que surge y se ejerce en los términos establecidos previamente por la Constitución, ya que esta instituye la autoridad de los gobernantes y debe ejercerse exclusivamente dentro de los términos previstos en la misma (Quintana, 2006, p. 161).

En el texto *El poder: los genios invisibles de la ciudad* de Guglielmo Ferrero, prologado por Eloy García, encontramos un atractivo significado de lo que debe entenderse por el poder, en tanto hecho de dominación de unos hombres por otros, y como objeto de estudio desde muy diferentes perspectivas. Simplificando al máximo, tres son las opciones que al respecto se ofrecen: la ontológica, que aspira a desentrañar su esencia; la fenomenológica, que atiende a sus manifestaciones existenciales; y una tercera que, por tomar como referente

las diferentes actitudes que los hombres mantienen frente al poder, cabría definir como patológica (Ferrero, 1988).

Diferentes tipos de legitimidad

El sociólogo alemán Max Weber distinguió tres tipos de legitimidad, según que el poder sea tradicional, carismático o racional, calificando con ello el gobierno de las dinastías, el gobierno de un jefe calificado por su prestigio personal y el gobierno de autoridades investidas de poder por la ley, respectivamente. La distinción revela que para los tres casos la legitimidad es la expresión de una calificación, puesto que la autoridad aparece calificada por el ejercicio de la función gubernamental en la sociedad moderna con vocación democrática en donde predomina la legitimidad racional. Burdeau manifiesta que en “toda sociedad política suficientemente unificada, para presentarse a la organización estatal, existe una representación dominante del orden social deseable; él llama a esta representación *idea de derecho*” (Matsón Figueroa, 1992, p. 28).

Democracia

De los griegos del s. V a. C. rescatamos la etimología del término *democracia*, en donde *demos* significa pueblo y *kratos* significa poder o gobierno. El concepto fue mejor expresado por Cleón de Atenas, quien en un discurso pronunciado en Atenas en 422 a. C. habló de un gobierno “del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Los griegos (Platón primero, y luego Aristóteles) también clasificaron tres tipos básicos de gobierno: monarquía (gobierno de uno), aristocracia (gobierno “de los mejores”, para Platón, o “de los menos”, para Aristóteles) y democracia (como gobierno “de la multitud”, para Platón, y “de los más”, para Aristóteles).

Tras el rastro de la arquitectura de las palabras, se cree comúnmente que Abraham Lincoln inventó la frase inmortal con que concluyó su discurso de Gettysburg, en 1863. A pesar de ello, uno de sus socios le había dado, algunos años antes, un ejemplar de la *Analogía del discurso* de Theodore Parker, en donde Lincoln leyó y subrayó las siguientes palabras: “La democracia es el autogobierno directo

sobre todo el pueblo, por todo el pueblo y para todo el pueblo”. A su vez, Theodore Parker tal vez haya sacado este pensamiento de Webster, quien cuatro años antes se había referido al “gobierno del pueblo, constituido por el pueblo y responsablemente ante el pueblo”, y Webster quizás se inspiró en una frase de James Monroe expresada treinta años antes. ¿Y de dónde la sacó Monroe? Quinientos años antes, ya Wyclif, en el prefacio de la traducción de las Sagradas Escrituras, escribió: “Esta Biblia es para el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Y mucho antes de la época de Wyclif, más de cuatrocientos años antes de Jesucristo, aparece en esta ruta el griego Cleón; qué antigua fuente inspiró al ateniense este pensamiento, es algo que queda perdido en la nebulosidad oscura de la Antigüedad.

Doctrina sobre el origen popular del poder

Según Vladimiro Naranjo Mesa, esta doctrina que indica que el poder viene del pueblo tuvo su origen en épocas en las cuales aún estaban muy arraigadas ideas anteriores, acendrados sentimientos religiosos de gobernantes y gobernados que se admitían como dogmas, a pesar de que el absolutismo imperante hacía sentir la necesidad de oponer al poder omnímodo de los monarcas ciertas barreras de compensación y contrapeso, basándose en la teoría del origen divino.

La doctrina del origen popular del poder surge en la filosofía aristotélica y se extiende hasta el Medioevo, planteando que el poder ha sido establecido para beneficio de toda la colectividad. Esta idea fue cobrando fuerza en el siglo XVIII, por obra de los enciclopedistas franceses, en especial de J. J. Rousseau, quien la expresó no solo con sentido filosófico, sino político, convirtiéndose en uno de los pilares del constitucionalismo liberal. Se reafirmó que el poder pertenece *inmediatamente* al pueblo (no *mediata*), que en él encuentra su origen y fundamento, y de modo superlativo que los gobernantes reciben ese poder única y exclusivamente del pueblo. Esta doctrina fue formalmente acogida en la declaración de independencia de los Estados Unidos en 1776, y plasmada en la constitución de

1778, fue bandera de la revolución francesa, y luego fue consagrada en las constituciones de las nuevas repúblicas hispanoamericanas a lo largo del siglo XIX. Hoy sigue siendo principio básico de la democracia representativa, reivindicado también por la democracia socialista (Naranjo Mesa, 2003).

Cultura y civilización

El énfasis dado por el doctor García López, al tratar el tema sobre el origen y construcción del derecho en Roma, de ser “el derecho una producción cultural”, obliga a investigar sobre la cultura.

Para ubicar el concepto de cultura, expone García López, qué mejor que recurrir a la etimología de la palabra. Desde el DRAE, en la definición amplia, se orienta hacia la específica, en cuanto tiene una relación más íntima con la sociología jurídica: “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”. Esta ubicación gramatical concita a explorar el estudio de Gómez Hurtado, en su obra *Cultura y civilización*. Sirve de excusa indicar que podríamos hablar de cultura teniendo como referente los ámbitos temporal y espacial. Así que desde el eurocentrismo los abordajes se realizan desde las épocas prehistórica, antigua, media, moderna y contemporánea con la consabida ubicación de temporalidad en cada periodo. Pero qué importante es abordar el estudio globalizado de la cultura por espacios geográficos continentales y no únicos de la cultura de occidente. Admite discusión en contrario nuestra afirmación que el fenómeno del derecho que nos ocupa es de origen occidental y en especial de la península itálica.

El pensamiento del humanista colombiano ayuda a entender que los grupos humanos aparecieron dispersos con invenciones primarias civilizadoras, y su primera organización se cohesionó en el Creciente Fértil, en la conjunción de los ríos Éufrates y Tigris que origina la civilización (Touchard, 2006) básica de Mesopotamia, Asiria y Caldea, así como en Egipto, en el delta del Nilo, y en otras que hacen el tránsito hacia las diversas culturas: la hebrea, la griega, la del Imperio romano, la cristiana que se injerta para darle fundamento imperecedero con la doctrina de Cristo, el Sacro Imperio Romano. En la sedimentación de todas viene a conformarse

lo que se ha llamado la *cultura de Occidente*, la más excelsa e insuperable que el hombre haya logrado, y a la cual pertenecemos, aportada por los españoles del descubrimiento, la conquista y la colonia. El hombre, pues, no vive solo; está en la compañía vital y perenne de la cultura, es su “compañera de viaje”. Cuando Ortega y Gasset afirmaba que el hombre era “él y sus circunstancias”, era eso lo que estaba significando: la cultura además de existir, es un componente de la propia personalidad.

Expresa el profesor Gómez que etimológicamente, la cultura viene del verbo *colere*, cultivar, en el sentido extenso de sembrar, regar, brotar, cosechar. El participio pasado de *colere* es *cultus*: la cultura viene de cultivar. Es una palabra realmente de origen latino. El primero que la utilizó, no como cultura sino referida a un hombre culto, fue Cicerón, quien denominaba a un individuo en tal estado como un cultor, en el sentido que le rendía tributo (culto) a los valores, como una manera de aproximarse a la sabiduría, tal como quien había podido abonar, sembrar, irrigar, podar y cosechar. Hay muchas definiciones de cultura: el diccionario de la Real Academia, que es uno de los grandes aciertos de nuestra lengua, dice que la cultura “es un conjunto de bienes morales o de conceptos acumulados por tradición o herencia” y, por lo tanto, con una referencia continua a la historia, el sujeto de la cultura es el hombre, pero generalmente es un sujeto colectivo, lo que tiene mucha importancia, porque la cultura aislada, individual, es casi imposible de concebir. La cultura es el ámbito en que uno vive, la cultura es una cantidad de pretérito condensado, lo cual es muy importante, porque uno se da cuenta de que la cultura tiene que ser una adicción, una captación acumulada y discriminada de conceptos. En cuanto a la democracia, afirmó: “De ahí que el estudio de la democracia sea una de las cosas importantes que influyen sobre la cultura, porque la democracia es el gran triunfo de este siglo que se está acabando. Todos los organismos que son demócratas se ponen un termómetro de democracia” (Gómez Hurtado, 2012).

Poder constituyente

El término *constituyente*, originalmente acuñado en el derecho público francés (*constituant*),

significa “lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza institucionalmente”. En derecho público, este término se aplica a la sociedad políticamente organizada, es decir al Estado.

De acuerdo con la definición de Linares Quintana, el poder constituyente “es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución, y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario”. Aparece en esta definición como característica esencial del concito del poder constituyente, en primer lugar, el que su titularidad está en cabeza de la comunidad soberana, es decir, del pueblo como titular de la soberanía nacional; en segundo lugar, que esa facultad consiste en darse su propio ordenamiento jurídico-político fundamental a través de una Constitución; en tercer lugar, que el poder constituyente puede ser originario o primario, cuando actúa para dar este ordenamiento por primera vez, o para cambiarlo por otro distinto, y derivado, cuando delega en un cuerpo específico, que puede ser un poder constituido, la facultad de reformar o modificar el ordenamiento, es decir, para hacer una reforma constitucional.

Deben entonces distinguirse los conceptos de poder constituyente originario, poder constituyente derivado y poder constituido, que son aquellos que el constituyente originario o derivado establece en el marco de una Constitución (Matsón Figueroa, 1992).

El maestro Eloy García López⁸ denomina estas clasificaciones simplemente como poder constituyente y poder constituido, en tratándose de la reforma o creación a iniciativa del pueblo cuando se trata de la intervención del poder congresional o parlamentario.

Xifra Heras señala que “el poder constituyente es la más genuina expresión de la actividad política. Se exterioriza en las decisiones fundamentales

8 Esta cita corresponde a los apuntes de la clase desarrollada por el doctor Eloy García López en el marco del Doctorado en Derecho, V cohorte, en la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, abril 16 a 18 de 2015).

aptas para crear e imponer originariamente un orden jurídico nuevo”, o como afirma Schmitt, “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia política como un todo” (Sánchez, 2006, p. 611).

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

Los alcances del concepto de poder constituyente primario hacen referencia a aquel poder con capacidad o atribución de establecer las bases de un ordenamiento político-jurídico y, posteriormente, de modificarlo. El poder constituyente primario es entonces la voluntad política creadora del orden social, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador. Ello implica una diferenciación entre el momento creador y los momentos de reforma de tal ordenamiento; en consecuencia, el poder constituyente derivado o instituido nace de una norma jurídica que le da vida, lo que no acontece con el constituyente primario. En este sentido se lee en José Vicente Barreto Rodríguez la actualidad, pues todos los momentos constituyentes serían de reforma, salvo el evento del surgimiento de un nuevo Estado.

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

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

Este proceso ha generado problemas de orden filosófico-político relacionados con su titularidad y eficacia, y otros de orden político-jurídico, especialmente relacionados con la naturaleza jurídica del constituyente y con sus alcances. El concepto es producto más de una investigación filosófica sobre el origen del poder político fundacional que de una investigación sociológica; su esfuerzo estuvo dominado básicamente por la intención de debilitar y delimitar el poder absoluto, haciendo un esfuerzo por fundar racionalmente los derechos de los súbditos frente a las pretensiones de dicho poder (Calzada, 1990).

Poder constituido o derivado

El poder constituido o derivado lo explicita el constitucionalista Rafael Oyarte Martínez como aquel que “tiene la facultad de reformar la Constitución elaborada por el poder constituyente originario, no de dictar una nueva. Es un poder que deriva de la Constitución, por lo que no es ilimitado positivamente como el poder constituyente originario” (Oyarte Martínez, 2007).

Adicionalmente, el ejercicio de esta facultad otorgada por la Constitución al poder constituyente derivado debe someterse a los procedimientos establecidos en la propia Carta Primera.

En definitiva, la potestad del poder constituyente derivado se limita a reformar la Constitución y lo hace en la forma y a través de los procedimientos señalados en el código político.

La teoría de la creación normativa

La llamada escuela francesa de derecho público tiene en el dogma de la primacía de la ley, expresión

de la voluntad general, una de sus señas de identidad. Esta singular posición de la ley suponía, de hecho, para los defensores de esta escuela, un rechazo del principio de la primacía normativa de la Constitución y de algunas de sus consecuencias. Esta doctrina se ha pretendido fundamental por algunos autores, como Carré de Malberg, en ciertos datos positivos y, más concretamente, en las “leyes constitucionales” de la Tercera República. En este artículo se intenta demostrar que el sistema de las “leyes constitucionales” de la Tercera República encuentra una explicación más coherente desde los postulados normativistas de la escuela de Viena que desde los de la escuela francesa, lo cual lleva a considerar que en tal sistema existía una efectiva distinción entre “Constitución” y “ley”, reconociéndose la supremacía de la primera sobre la segunda.

En Francia existen teorías opuestas acerca de la “jerarquía normativa”. La teoría mayoritaria se apoya oficialmente en la escuela de Viena, si bien sostiene una idea totalmente diferente de la que postula esta; una segunda orientación es de hecho más antigua y nace precisamente del razonado rechazo que formuló Raymond Carré de Malberg a esta escuela vienesa; una tercera aproximación también se construye a partir de una crítica de la posición vienesa para desembocar en una concepción realista. Dejaremos de lado esta tercera aproximación para centrarnos en el estudio de la segunda, lo cual nos permitirá comprender mejor los malentendidos sobre los que descansa la primera. Cuando la doctrina jurídica dominante o la jurisprudencia francesa hablan de “jerarquía normativa”, lo hacen apoyándose sobre una teoría articulada sobre las siguientes cuatro proposiciones fundamentales: 1) el orden jurídico es jerárquico, por cuanto una norma inferior debe ser conforme con la norma superior; 2) la Constitución de 4 de octubre de 1958 introduce una verdadera jerarquía normativa en el derecho francés; 3) los fundamentos de la teoría han sido elaborados por Hans Kelsen en la *Teoría pura del derecho*; 4) la jerarquía normativa es una relación lineal, es decir, cada norma se encuentra en una relación de inferioridad o de superioridad respecto a una categoría de normas y solamente a una: llamamos a esto la “teoría francesa de la jerarquía normativa”.

Las dos primeras proposiciones implican un presupuesto importante que no se encuentra desarrollado, pero que aparece inmediatamente si se analizan sus consecuencias. En primer lugar, se trataría de que si la Constitución no conllevara esa precisión, no habría jerarquía; no sería este el caso si una Constitución no implicara la posibilidad de hacer respetar esas relaciones de conformidad. La jerarquía sería así una propiedad contingente de los ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, esta teoría excluye de la “jerarquía” toda propiedad diferente a esa “conformidad” que es considerada así como constitutiva y única. La tercera proposición afecta a la validez y a la genealogía histórica de esta teoría: se desprende de ello que esta es considerada válida y definitiva solo en la formulación que hace de la misma Kelsen en esta obra en 1960 (Pfersmann, 2001).

Teilhard De Chardin afirmó que “el pasado revela la estructura del futuro”. Adolf Merkl propuso la jerarquía escalonada de la norma tan difundida por Hans Kelsen, de forma que hoy se cita la propuesta de su discípulo como propia. En el derecho internacional y el derecho interno en especial esta teoría es de adjetiva importancia, toda vez que en el ordenamiento jurídico interno la Constitución se ubica en el ápice de la pirámide normativa. En la propuesta contemporánea, los tratados públicos y en especial los del derecho internacional de los derechos humanos se ubican en el ápice de la pirámide, por encima de la Constitución. Esto explica desde el derecho constitucional español que los tratados hagan parte del ordenamiento interno del Estado (Balaguer, 2008)⁹. El tratadista de la teoría

9 De acuerdo con lo previsto en el artículo 96.1 CE: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Los tratados son, por lo tanto, fuente del derecho, dada su incorporación automática al ordenamiento español una vez se produce su publicación. A través de los tratados se integran en el ordenamiento normas peculiares que no son manifestación de la voluntad exclusiva de los poderes públicos internos sino de la negociación y el acuerdo con otros

constitucional Oscar José Dueñas Ruiz, en su texto *Lecciones de teoría constitucional*, clasifica *stricto sensu* y *lato sensu* los tratados del derecho internacional de los derechos humanos como desarrollo del artículo 93 del bloque de constitucionalidad (Pfersmann, 2001).

Del poder constituyente y el poder constituido

La reflexión que se plantea en este ensayo alrededor de los conceptos de poder constituyente y poder constituido parte del análisis propuesto por el dr. Eloy García López sobre el tema. Aunque el maestro García López no comparte las denominaciones de poder constituyente originario y poder constituyente derivado, en la literatura constitucional y de derecho público francesa, argentina y colombiana (Sánchez Viamonte, Siéyes y Matson) son abordadas en sus análisis constitucionales y del derecho público de forma reiterada.

Interesan por tanto para la sustentación a esta argumentación los aportes del maestro Eloy García¹⁰, en cuanto que el problema de este tema sustantivo del poder en el pueblo y el de la Constitución es la estructura del poder constituyente. El esfuerzo es cómo no usurpar el poder constituyente “el contenido del poder constituyente es la idea de legitimidad; la cultura política de que vinimos a generar una idea de derecho”, “el poder constituyente responde a una determinada cultura política” cuál es la voluntad del poder constituyente, “el poder constituyente tiene que responder a contenidos materiales: y de lo contrario, no sería un buen poder constituyente, si desconociera por ejemplo el derecho internacional o el tema de la CIDH de Costa Rica o estableciera la monarquía en Colombia, el poder constituyente incorpora los juicios

sobre contenidos de la Constitución, se hace desde el derecho de sus preceptos o el de incluir una fórmula u otra, pero debe hacerlo desde la legitimidad que informa el Estado derecho”; la democracia debe ser juzgada desde la legitimidad. Lo jurídico y lo político van junto, pero deben separarlo para su comprensión, lo jurídico trasciende: son conceptos arraigados en un *humus* en una tierra abonada de legitimidad.

La dificultad está en la relación con la Constitución, puesto que primero está el poder constituyente y el poder constituido, poder de revisión o derivado. El poder constituyente derivado es la denominación que se da en Francia y Colombia al poder de revisión de la Constitución. El poder constituyente, constituido, de revisión y derivado es el caballo de batalla.

Reitera García López que el juicio de los preceptos no debe hacerse desde la legalidad, sino desde la legitimidad. En la teoría del poder constituido en Colombia y Francia, se denomina poder derivado al poder que tiene el papel de revisión de la Constitución, no de reforma; es un papel de “semipoder” constituyente, pero no desde la Constitución, sino desde la posibilidad de hacer revisión desde el poder constituido o poder de revisión. Esta denominación es propia de la doctrina del poder constituyente en Italia, España y Alemania, en donde se denomina a ese poder de revisión como poder constituido. El poder constituyente derivado no es soberano, entonces se limita esa capacidad. En la Constitución colombiana se da el poder de reforma total tanto en el poder constituyente como en el poder derivado o constituido. El poder derivado en Colombia admite el cambio total y la revisión, pero dentro de la ley (Constitución, 1991, arts. 374 y 375).

En el poder de reforma la Constitución de 1991 subyace el poder constituyente y un semipoder constituido, el cual no es soberano, sino que está o fue legitimado en parte por la legitimidad de la séptima papeleta.

La Constitución del 91 fue un proceso revolucionario que acogió la Constitución del s. XIX, en una nueva Constitución que se preocupó por el desarrollo de la economía y la sociedad. Tiene actualmente la preocupación de la revisión y en

sujetos internacionales. Esta caracterización especial debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar a los tratados como fuente del derecho.

10 Apuntes de la clase desarrollada por el doctor Eloy García López, en el marco del Doctorado en Derecho, V cohorte, en la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, abril 16 a 18 de 2015).

algunos temas analogía con la Constitución española. Podría afinarse que la Constitución de 1886 era ilegítima, en tanto que la sociedad sobrepasó sus requerimientos.

En los Estados Unidos se tarda años en dictar sentencia, la corte no actúa sobre lo concreto, sino que marca tendencias. En las sentencias norteamericanas se observa debate entre la letra original de los fundacionales y la evolucionista, y la interpretación se realiza pegada a la literalidad.

En Colombia es lo contrario, pues la Corte permanente está desplazando al legislador y restringiendo la capacidad de decidir. La Corte va incluso más allá, y sustituye al poder legislativo, al no impulsarlo para que se regenere, prefiere perpetuarse, aunque no hay que olvidar que “el legislativo puede hacer lo que quiera por ser poder legislativo”. La corte es legislador negativo, el poder constituido lo conforman todos los órganos, y el precedente constitucional indica desde 1993 que si el juez no lo cumple prevarica. La Corte se convirtió así en constituyente permanente. Pero el derecho no está dentro del desarrollo de los artículos 374 o 375 (Sánchez, 1957) sino que el derecho se convierte en ley cuando está escrito, cuando se lee. En la medida en que se constitucionalizó, la Corte ultrapasa las funciones, sustituye al poder legislativo, a pesar de que, según el artículo 374, todos son poder constituido, aun el pueblo (Matsón Figueroa, 1992).

La esencia de la legitimidad es la verdad social, el problema de la legitimidad desde la actuación de la rama legislativa y de la rama judicial está en manos de la Corte Constitucional, de modo que, al sustituir el poder legislativo, la Corte se convierte en un legislador negativo.

La competencia legislativa es del Congreso, por más que el bloque de constitucionalidad está definido y no se respeta. La Corte de Oro del 91 al 98 desarrolló, con mayor énfasis que el legislativo, los derechos individuales tanto como los colectivos. La legitimidad anterior no me sirve, dicen los constituyentes, la esencia de la legitimidad es la verdad social, y hay cuestionamiento de legitimidad de la Corte en tanto que viene sustituyendo el poder legislativo.

El precedente para las autoridades administrativas, claramente definido en materia de derechos

humanos en *estricto sensu*, no se respeta, por ello se necesita de un mayor desarrollo del reconocimiento de los derechos individuales y colectivos.

Esos derechos constituyen un mínimo vital que no se quería reconocer, pero la Corte ha asumido el papel de legislador, plasmado en las decisiones y fallos judiciales. A *prima facie* se percibe déficit de democracia, ya que la Corte integrada por nueve magistrados ha asumido la legitimidad y remplace al Congreso. A manera de ejemplo están los autos de seguimiento a sentencia, para oír por parte de la sociedad civil, con función de naturaleza legislativa.

En vía de discusión, podemos preguntarnos: si el derecho nace de la cultura romana, si se desborda la fuerza, la voluntad, si un órgano interfiere con otro poder, si la ley de equilibrio origina otra reforma constitucional, entonces, ¿en manos de quien está el poder constituyente?

Se llena el vacío, la Constitución colombiana es Constitución programa, no solo reglas sino principios y requiere desarrollo legislativo, hay desajuste de equilibrio de poder. Se rompe toda la jerarquía normativa y desestabiliza la Constitución como punto central. La Constitución estabiliza la política. Hay intereses personales que se evidencian en las múltiples reformas.

La Corte ha ganado legitimidad con el viejo sistema, con el propósito de depurar las leyes del pasado a partir de la vigencia de la Constitución del 91. En esta materia, el Congreso ha sido inferior a sus competencias y a su responsabilidad constitucional. El problema es cómo se están construyendo las sentencias hoy, pues lo importante no es el fallo, sino la *ratio decidendi*, ya que al final la Corte no se pronuncia para nada sobre el legislativo.

En contraposición a esta dicotomía entre Corte y rama legislativa se pronunció la presidente de Chile Michel Bachelet, en la propuesta de la reforma de la Constitución de Pinochet de 1990. La mandataria convocó al poder constituyente para realizar la modificación o reforma de la Constitución como “pueblo soberano”. En igual sentido, el primer ministro inglés David Cameron se pronunció para manifestar que Inglaterra no tiene parlamento y promete un *referendum de permanencia* para 2017 en la Unión Europea.

En Colombia, se pretende convocar a un *referendo específico* (no es constitucional) para reformar la constitución en relación con la rama judicial del poder público.

Sustentación de la hipótesis

Teniendo presentados los conceptos medulares de este documento, adelantamos la sustentación de la hipótesis que la orienta: el derecho internacional está *legitimado* por el poder constituyente o poder constituido o legal, pero, ¿y en manos de quien está el poder constituyente?

El derecho internacional puede subsistir como un imperativo en la comunidad y de la sociedad internacional, sin la existencia de la Constitución positiva o consuetudinaria. Conocemos de la existencia de Estados *sui generis* como la Santa Sede, el micro Estado de Mónaco, el país de Liechtenstein y las colonias y los territorios autónomos, así como los beligerantes e insurrectos, junto con la de sujetos atípicos como la Soberana y Militar Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de las Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, que si bien no están sometidos a un *corpus contitutio*, son atendidos por la sociedad, la comunidad internacional y el derecho internacional a través de los organismos y organizaciones internacionales. Entre estos se cuentan en especial los surgidos posterior a la Carta de San Francisco de 1945, en los Estados Unidos de Norteamérica, que se convirtió hasta entonces en el más importante tratado multilateral suscrito y ratificado por los Estados civilizados no adscritos, pero partícipes del Eje.

El poder constituyente surte plenos efectos desde las tesis del poder originario, es decir, cuando la Constitución fundacional no tiene como referente otra Constitución, *v. gr.* la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787. Hasta aquí el pueblo, en la concepción contemporánea, es el depositario del poder constituyente hasta que culmine el proceso de expedición de la nueva Constitución, o con la reforma del ordenamiento constitucional a través de la participación del pueblo soberano.

La tesis del poder constituido o derivado apunta en su instrumentación a la modificación de la

Constitución por parte de la representación del pueblo en la rama legislativa del poder público. Actúa de manera restringida y solo mientras se produce la reforma parcial de la Carta Magna. En la reforma de la Constitución colombiana de 1886 se dio una situación especial, ya que en cuanto se cumplió el plazo concedido a la Asamblea Nacional Constituyente, se convocó a un “congresito”, y en tanto que no podían subsistir dos células congresionales, se suspendió el Congreso originario. Una vez el congresito cumplió con su función de poder constituido, se disolvió y se convocó a elecciones para la conformación del nuevo Congreso, que nació con la reforma de la Constitución de 1991. Se evidencia en este proceso la esencia del poder constituyente y del poder constituido en la expedición de una “nueva Constitución”. Hay claridad en el proceso, en tanto Colombia adoptó el sistema presidencial desde sus comienzos republicanos. Las fórmulas sacramentales de reconocimiento al derecho internacional discurren en la Carta del 91 para darle cierre a este primer argumento y así reclama el análisis del Título XIII de la reforma de la Constitución, en sus artículos 374 y 375.

La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. [...]

Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo periodo solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

Conforme al contenido del artículo 374 superior, el poder constituyente y el poder constituido se evidencian en los mecanismos de reforma de la Constitución. En tratándose de referendo, mediante la participación el pueblo opera como poder constituyente. En la conformación de la Asamblea Constituyente, obra en primera instancia el poder

constituyente (el pueblo), mientras que la Asamblea Constituyente ya constituida opera como poder constituido. En las reformas tramitadas por el Congreso, la operación legislativa se realiza como poder constituido con la participación de “los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”.

Desde el artículo 375, cabe decir que el poder constituyente opera en cuanto a reforma por *proyectos de acto legislativo*, en cuanto invoca la voluntad del pueblo soberano. La célula congresional, diputados y concejos municipales como expresión del poder constituido también pueden producir reformas al proponer actos legislativos de acuerdo con las expresas fórmulas reglamentarias.

Obedece este análisis a un sistema político democrático y a un régimen presidencialista concentrado, como el contenido en la Constitución Política colombiana de 1991.

El sistema constitucional colombiano sin duda que reconoce las fuentes y principios del derecho internacional, acogiendo en su aplicación a las teorías monistas moderadas o estrictas, que han sido soporte de múltiples *ratio desidendi* de sentencias de la Corte Constitucional (ver Sentencia C-400 de 1989 y Sentencia T-110/11). En efecto, el artículo 9 de la Constitución Política contempla:

Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en *el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe. (Cursivas fuera del texto original)

Se desprende de lo anterior que el poder constituyente soberano no se sustenta en los contenidos del derecho internacional de manera exclusiva; nuestra carta constitucional indica hasta la saciedad que es ella misma expresión del poder soberano del pueblo, el cual entiende a la Constitución como órgano de reglamentación política y jurídica, que expresa la función brindada a la organización que denominamos como Estado.

Para el derecho internacional, poco o nada interesan las fórmulas jurídicas del derecho interno

ni los procesos de perfeccionamiento y/o ratificación en el derecho interno o de la reglamentación constitucional, en cuanto a los trámites de los tratados públicos, convenciones, protocolos, pactos, estatutos o declaraciones. Estos procesos de perfeccionamiento constituyen un devenir del derecho interno distinto al de los contemplados en las leyes de los tratados internacionales, convenciones u organismos y organizaciones internacionales, con los cuales las entidades políticas soberanas negocian, firman, ratifican o adhieren *bona fide*, en ejercicio del principio *pacta sunt servanda* y de la libre voluntad.

El derecho internacional observa así el principio de la libre determinación de los pueblos y enuncia la relación de *primus inter pares* entre los Estados soberanos, donde no se practica la relación de *subordinación* de los sujetos del derecho interno de los Estados, sino una relación de *coordinación* entre entidades soberanas regidas por el *international law* o el *ius gentium*.

El derecho internacional

El derecho internacional es un derecho autónomo, que en su proceso evolutivo responde y se ha transformado atendiendo el devenir de los Estados nacionales, y antes de los Estados nacionales al *ius gentium*, como respuesta a la relación de los imperios y las monarquías con los pueblos por conquistar, los conquistados y los no sometidos.

El derecho internacional, distinto al derecho interno de los Estados, carece de jerarquización, en tanto que los Estados soberanos tienen iguales responsabilidades y derechos frente al derecho internacional, ante la sociedad y ante la comunidad internacional (relación de coordinación). Los sujetos son los Estados y los organismos u organizaciones internacionales. En el derecho interno, los sujetos son las personas naturales y jurídicas, la relación jurídica se establece entre personas y entre estas y el Estado (relación de subordinación); en tanto que en el derecho internacional, los sujetos son los Estados y las relaciones se dan entre estos, con las organizaciones internacionales y entre estas. La normatividad interna *contrario sensu* atiende en el derecho interno a la Constitución, a las leyes expedidas por la rama legislativa del poder

público y a decisiones del gobierno legítimo. Mientras que en la relación entre los sujetos del derecho interno el poder dominante lo tiene el Estado, en el derecho internacional la relación es simétrica entre las unidades políticas soberanas.

La normatividad que rige las relaciones estatales bilaterales y multilaterales surge de la voluntad de los Estados negociadores, firmantes y ratificadores de los instrumentos —tratados, convenios, protocolos, conferencias, etc.—, en tanto el poder de subordinación y de coordinación subyace a los dos sistemas jurídicos. La coordinación es propia de los sujetos en plano de igualdad. Entre personas naturales o entre personas jurídicas puede surgir esta relación de coordinación, pero no entre esas personas jurídicas y el Estado, donde se da explícitamente una relación de *subordinación*.

Onuma Yazuaki y la *transcivilizational perspective*

Con el fin de exponer y explicar la *transcivilizational perspective* en el derecho internacional, se retoma el texto de Uribe Vargas y Cárdenas Castañeda (2010). En el tratamiento coherente y completo se ha considerado como derecho internacional el sistema normativo de regulación entre organizaciones jurídico políticas independientes, hoy referenciadas principalmente como Estados y organizaciones internacionales, pero que inicialmente consistían en naciones, civilizaciones, culturas o, en general, grupos de gentes organizadas bajo una autoridad común. El estudio del derecho internacional público, entendido como el género al cual pertenece la rama específica del derecho internacional ambiental, esencialmente hace referencia al desarrollo de las culturas occidentales, ya que sus orígenes y principios fundamentales reposan en la construcción de los postulados de la historia occidental fundada por la especificidad de los acontecimientos que los construyeron, los cuales han sido transmitidos, no obstante, a culturas no occidentales. Sin embargo, desde perspectivas distantes de las occidentales, se ha propuesto una visión diferente. El profesor japonés Onuma Yasuaki, buscando explicaciones no occidentales a la formación del derecho internacional contemporáneo, ha planteado

la llamada *transcivilization perspective*, según la cual el derecho internacional debe fundarse en criterios mucho más amplios que aquellos formulados por la sociedad internacional westfaliana. La *perspectiva transcivilizacional* busca que el derecho internacional permita la inclusión de nuevos actores en su formación y explicación. Así, siendo el Estado el más importante de los sujetos, circunstancias internas contemporáneas —como aquellas planteadas por los temas ambientales— demandan la participación creciente de organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, multinacionales, empresas transnacionales, individuos, grupos étnicos, grupos lingüísticos, e incluso civilizaciones o comunidades con identidad propia. De acuerdo con la perspectiva transcivilizacional, solo con la inclusión universal de todos aquellos partícipes de la sociedad puede lograrse que el derecho internacional sea realmente de tal naturaleza, y no diseñado exclusivamente para sectores de intereses determinados. El profesor Onuma afirma que, en contraposición con dicha perspectiva, lamentablemente solo hemos llegado a alcanzar una *transnational perspective*, en la cual se ha logrado únicamente la participación de actores distintos al Estado —como las organizaciones internacionales— en el derecho internacional, lo cual no es suficiente para hacer de este tema una rama de estudio realmente universal. De acuerdo con el doctrinante japonés, la propuesta de *transcivilizational perspective* y la existente *transnational perspective* se distinguen de la originaria y precaria *international perspective*, en la medida en que superan los fundamentos westfalianos que tenían consideración únicamente de las relaciones Estado-Estado. Por las anteriores razones, podría afirmarse que el llamado derecho internacional no es verdaderamente internacional, sino un derecho occidental impuesto e incorporado en el mundo entero. Sin embargo, las necesidades que han surgido con el estudio de las nuevas ramas del derecho, como el derecho internacional ambiental, requieren la adopción de un nuevo enfoque más comprensivo que incluya los nuevos desarrollos y visiones presentes en la sociedad internacional. En esta medida, se impone la necesidad de que las reglas de protección ambiental tengan realmente

alcances internacionales, para cuyo fin deben actuar los sectores gubernamentales y académicos. Además, cualquier estudio de derecho internacional en la actualidad, considerando la integración de las instituciones vigentes que regulan la sociedad internacional, debe hacerse haciendo estricta referencia a los antecedentes occidentales; esta salvedad responde al hecho de considerar la existencia de culturas no occidentales cuyos antecedentes, dada la manera como trascurrieron los acontecimientos de formación de las instituciones jurídicas internacionales, son desconocidos o simplemente no constituyen fundamento de los lineamientos que rigen en la actualidad los destinos del derecho internacional. Todo análisis objetivo debe partir del reconocimiento de las instituciones jurídicas internacionales como el resultado de un proceso exclusivamente occidental al que recientemente se han aunado los demás sectores geográficos y políticos del planeta.

De los tratados públicos

Los tratados como instrumentos jurídicos esenciales del derecho internacional, que crean, modifican o extinguen obligaciones jurídicas internacionales, en nuestro parecer no deberían llevar tal denominación de internacionales, ya que redundan en esta calificación, por ser figuras propias del derecho internacional y no del derecho interno. En su obra *Derecho internacional contemporáneo. Lo público, lo privado y los derechos humanos*, el internacionalista colombiano German Cavelier sustenta dicha crítica sobre las imprecisiones en la redacción de la Constitución de 1991, en cuanto domina en esta la denominación de tratados internacionales, en los artículos 93, 101, 150, 224 y 286, entre otros.

Revive aquí la no separación del poder constituyente y el poder constituido en su defensa de no violentar la Constitución, sino de ordenarla y darle la relación con la política, algo que el poder constituyente tiene desde la perspectiva colombiana, y que se da en varios momentos, como en el poder constituyente reformativo de la Constitución por el pueblo, donde la técnica constitucional no separa un proceso del otro, sino que suma al proceso de reforma el poder constituyente y el poder constituido como de reforma de la Constitución en un

mismo artículo (artículos 374 y el 375). Al constitucionalizarse el derecho por la extralimitación de la Corte Constitucional y por el vacío del legislativo, la Corte asume el papel legislador y de revisar la Constitución de 1991, pero no se preocupa de enseñarle al Congreso la obligación que le asiste como poder constituido por voluntad del pueblo; la Corte lo que hace es que *reconstruye la Constitución en cada fallo*, coadyuvando con ello a la fuerza del poder presidencial que opaca la función legislativa, sobrepasando sus competencias cuando expide fallos que apuntan a una ordenación de derecho que no se aboca al legislativo. Valdría la pena investigar la *ratio decidendi* sobre pronunciamientos de la Corte en relación con temas que toquen la revisión de la Constitución, para ver si el fallo y la *ratio decidendi* son concordantes; de lo contrario, estaríamos *ad portas* de demandas de casación por incongruencias en sus pronunciamientos.

Hasta aquí asumimos que el centro de gravedad del poder constituido recae en el ejercicio un tanto espurio de la Corte Constitucional. Así, en materia de derecho internacional, ya la Corte se ha pronunciado en temas de su competencia por vía de los señalamientos de la Constitución, y por fuera de esta con motivo de llenar el vacío del poder constituido legítimo. No puede la Corte en ese ejercicio espurio ir en contra de los principios del derecho internacional ni de los tratados ratificados con Colombia previos a la Constitución del 91 o en el periodo de vigencia de la misma.

Eso demuestra, una vez más, que lo que prima en las instituciones colombianas es el poder constituyente o el poder constituido en un ejercicio de pérdida de legitimidad, dado que no puede modificar los compromisos internacionales que están en el ordenamiento internacional: tratados, pactos, convenios, protocolos, convenciones, declaraciones o acuerdos internacionales.

Con o sin Constitución, el derecho internacional somete, restringe y obliga por la voluntad de las partes a los Estados soberanos a observar la legislación internacional que han ratificado, como sucede con el derecho internacional de los derechos humanos *erga omnes*, que obliga a todos los Estados, aunque no hayan ratificado o adherido a los instrumentos del *ius gentium* o, en el caso del

derecho internacional humanitario, al *ius cogens*. Como lo dice el maestro García López, no se puede ir en contra del derecho internacional, pues tiene una especie de blindaje jurídico que garantiza a la libre determinación de los pueblos, pero a su vez los somete a los principios del derecho internacional, estén o no reconocidos en una carta política. Igual sucede con los Estados bajo regímenes religiosos, como algunos Estados árabes, Estados *sui generis* o los del derecho consuetudinario, que también respetan y acatan el derecho internacional, en especial desde el surgimiento de las Naciones Unidas. Es preciso recordar que Suiza, una de las democracias más antiguas del mundo, hasta entrado el siglo XX (2002) se acogió y adhirió a la Carta de las Naciones, no como miembro observador, sino para convertirse en miembro pleno, por más de que ya antes observaba el derecho internacional, con excepción de un autocontrol en relación con el principio de neutralidad¹¹.

Dos frases provocadoras nos permitieron avanzar en esta difícil tarea de soportar nuestra hipótesis de que el derecho internacional está *legitimado* por el poder originario, independientemente del poder constituido y/o derivado, pero que dicha legalidad no es responsabilidad exclusiva del poder constituido; estas son: “Todo no comienza de cero” y “donde hay sociedad hay derecho” (*ubi societas, ibi ius*).

Estas frases, de contenido sencillo, rescatan la idea de lo pretérito y lo pospretérito, así como la construcción del pensamiento y el debate de un tema de tanta complejidad como es el intento de comprender las esferas en las que se mueven el derecho internacional y el derecho constitucional y que los validan, para que las unidades políticas, como potencias soberanas, armonicen lo constitucional con el derecho internacional, sin “violentarse”

entre sí. Las teorías resuelven en parte esta situación de invasión, que se infiere del incumplimiento de los Estados soberanos de normas del *ius cogens* (imperativo), como el reconocido y estudiado caso del incumplimiento de los Estados Unidos, que fue demandado por lo menos tres veces por incumplir el artículo 36 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 1963 (Sellarés Serra, 2022), y que terminó con la pena de muerte de un ciudadano de origen mexicano (caso Medellín), dejando de manifiesto que la potencia norteamericana desconoce unilateralmente la convención consular de 1968, por todos los poderes públicos, asumiendo claramente la teoría dualista, que sostiene que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos independientes.

A manera de conclusiones

- Se ha creado un problema de ilegitimidad de los órganos, la sociedad colombiana demanda más y mejores servicios públicos, el ejecutivo no avanza, el fallo particular convierte en *nova interdicto*.
- La Constitución ha perdido legitimidad por las innumerables reformas, hay desconfianza en las instituciones, y en cuanto a la legitimidad de los servicios públicos, no se sabe cuándo las decisiones de la Corte son políticas o jurídicas.
- Se ha constitucionalizado el modelo de legalidad de la Constitución de 1991 y eso genera desconfianza.
- El poder creador de la jurisprudencia en Kelsen, lo tomamos en serio en Colombia. La sola jurisprudencia, cuando habla de constitucionalidad, si lo hace a todo tiempo deviene jurisprudencia constitucional, haciendo sentencias *reconstruye la Constitución en cada fallo*, y no se siente vinculada por sus propios fallos.
- La función de la Corte no está apoyada en derecho. La práctica de la sentencia desconoce los límites jurídicos.
- Hay que explicar los pronunciamientos de la Corte Constitucional desde los fallos, no desde los pronunciamientos.
- La esencia del poder constituyente es desconocer cualquier poder espurio.

11 La neutralidad, entendida como el compromiso de no participar en conflicto armado alguno (y de no tomar partido por ningún bando durante un conflicto), con excepción de la defensa contra una invasión, es una política de estado de Suiza con siglos de historia y una de las características distintivas de la idiosincrasia helvética.

- Hay mucha fe en el derecho y el derecho no lo puede solucionar todo, ni el derecho interno, ni el derecho internacional.
- En Colombia se incurre en un exceso de la magistratura, ya que con frecuencia las sentencias se anuncian por los medios. Se ha mediatizado la forma de notificar la sentencia y la validación de algunas pruebas.
- La Corte prefiere que el legislativo esté desacreditado, pues, con un sistema presidencial fuerte, el legislativo tendrá poca actuación en su agenda legislativa.
- Se puede hablar de un poder constituyente precario, por una baja cultura política y de participación ciudadana.
- Intereses particulares son atendidos con reformas o contrarreformas.
- La Corte de 1991 ganó legitimidad al principio del sistema, cuando fue muy importante para depurar las leyes del pasado, en especial de la Constitución de Núñez.
- La Constitución crea estabilidad de la política, por ser un estatuto del poder a “largo plazo”.
- La contradicción entre los fallos de la Corte y la *ratio decidendi* da lugar a una casación; la Corte se ha desbordado, no pretende reformar el legislativo, está más allá de su competencia, pero se puede hablar de poder constituyente derivado legislador.
- La sociedad colombiana está reclamando más al legislativo y al ejecutivo sobre los “servicios públicos”.
- Cambiar el órgano legislativo en cualquier Estado implica cambio social.
- El derecho internacional fue impulsado y reconocido por la Constitución de 1991, poniendo a tono la Constitución con los estándares del derecho internacional moderno.
- Colombia, por ser un Estado soberano que acata los tratados públicos, garantiza la estabilidad jurídica interna y externa del país.
- El sistema político de un Estado no incide en el derecho internacional. El sistema internacional no se afecta por el sistema o modelo político del Estado nacional. La comunidad internacional es una sociedad pluralista.
- El derecho internacional es un derecho que se fundamenta en coordinación con la entidad soberana y el derecho interno es de subordinación de los sujetos (personas) frente a la entidad soberana.
- No es solamente la Constitución la que determina la vida del derecho internacional y el derecho interno; es la existencia del Estado la que determina esa relación de *coordinación*.

Bibliografía

- Alfonso, S. (s. f.). Filosofía del derecho constitucional; perspectiva continental, publicado en la página web, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libros.htm?I=3876>
- Ámbito Jurídico. (2008). Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos, 245.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis.
- Bidart Campos, G. J. (1968). *Derecho constitucional: realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*. <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1964;000085775>
- Brotóns, A. R. (2007). *Derecho internacional*. Tirant lo Blanch.
- Bryce J. (2015). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Centro de Estudios Madrid.
- Caballero Sierra G. y Anzola Gil M. (1995). *Teoría Constitucional*. Temis, Bogotá.
- Carillo Prieto, I. (s. f.). *Legalidad y legitimidad: teoría del poder y teoría de la norma*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/16/pr/pr26.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. *Cartas de las Naciones Unidas*. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- Cavelier Gaviria, G. (1991). *El derecho internacional en la constitución colombiana*. Cavelier Abogados.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2009). Sentencia del 28 de enero, consejero ponente Enrique Gil Botero, Expediente 30340. Colombia.
- Contreras, S. (2014). Derecho natural, derecho de gentes y libertad de los mares en Fernando Vázquez de Menchaca. *International Law*, 24, 169.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2005). Sentencia C-979 del 26 de septiembre, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-5590. Colombia.
- Covello, P. J. (2011). El contrato administrativo: ¿ex interpones o variandi? *Derecho PUCP*, 66, 169-194.
- Elster J. (2009). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa.
- Eneriz Oleachea, F. (2003) *Instituciones Básicas de Derecho Constitucional*. Instituto Navarro de Administración Pública.
- Fernández Ferreres, G. (s.f.). Ensayo Tercer Seminario sobre Responsabilidad de las Administraciones Públicas. [Tesis de doctorado, Universidad Sergio Arboleda].
- Fernández Ferreres, G. (s.f.). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública y de otros poderes públicos en el ordenamiento jurídico español*. Universidad Complutense de Madrid.
- Fernández Ferreres, G. (2014). Los juristas y la lucha por el derecho: el legado del profesor Eduardo García de Enterría. *Revista de Administración Pública*, 195, 11-53.
- Fernández Ferreres, G. (2014). *Sistema de derecho administrativo*. Civitas.
- Ferrer, E., Martínez, F., y Figueroa, G. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>
- García de Enterría, E., y Ramón Fernández, T. (1982). *Curso de derecho administrativo II*. Civitas.
- García-Herreros, O. (1997). *Lecciones de derecho administrativo* (2ª ed.). Universidad Sergio Arboleda.
- Giraldo Dusan, A. (2006). *El Juicio de Igualdad. Creación, fortalezas y debilidades*. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/7be77194-41f9-4186-aca4-73c60c613b81/content>
- Gómez Hurtado, Á. (2012). *Cultura y Civilización*, Tomo I. Universidad Sergio Arboleda.
- Gómez Roldan, A. (2009). *Constitución Política de Colombia para todas y todos*. Ibáñez.
- Hincapié Jiménez, S. (2014). Estados débiles o conceptos fallidos: por una definición teórica del orden estatal. *Espiral*, 21(61), 51-83.
- Lasalle, F. (1862). *¿Qué es una Constitución?* 20 edición. Ediciones Coyoacán.
- Matsón Figueroa, A. (1992). *El porqué de una constituyente*. Universidad de Cartagena.
- Mejía Quintana, O. (2006). Poder constituyente, crisis política y autoritarismo en Colombia. *Jurídicas*, 3(2), 47-82. http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas3-2_3.pdf
- Moreno Vargas, D. C. (2010). *Semillero de Investigación Yamile Borja Martínez*. Universidad Autónoma de Colombia, Facultad de Derecho, Fondo de Publicaciones.
- Motta Castaño, D., y Baracaldo Amaya, D. (2010). *Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos*. Universidad Autónoma de Colombia, Facultad de Derecho, Fondo de Publicaciones.
- Naranjo Mesa, V. (2006). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Temis.
- Nieto-Navia, R. (1977). *El derecho imperativo (ius cogens) en el derecho internacional a la luz de la Convención de Viena de 1969*. El catolicismo.
- Oyarte Martínez, R. (2007). *Derecho Constitucional*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pfersmann, O. (2014). El recurso directo: entre protección jurídica y constitucionalidad objetiva. *Teoría y realidad constitucional*, (34), 319-332.
- Regina, I. (2013). Aplicación judicial en Chile del *ius cogens* como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho*, 40, 393.
- Restrepo Piedrahita, C. (2011). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Universidad Externado.
- Rodríguez, A. (2011). El Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés, aproximaciones y diferencias. *Revista Principia Iuris*, 15, 283-284.

- Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo: general y colombiano* (16ª ed.). Temis.
- Sellarés Serra, J. (2022). Reflexiones jurídicas actuales a partir de arbitrajes históricos. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 14(1). <https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n1a2265>
- Touchard, J. (2006). *Historia de las ideas políticas*. Tecnos Madrid.
- Truyol y Serra, A. (2004). *La sociedad internacional*, 4a. reimp. de la 2a. ed. Alianza Editorial.
- Uprimny Yepes, R., Uprimny Yépez, I. M., y Parra Vera, Ó. (2008). *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Fundación Social, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Uprimny Yepes, R., y Sánchez Duque LM. (2012). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después, *Cahiers des Amériques latines*, 71, 33-53. <https://doi.org/10.4000/cal.2663>
- Vidal Perdomo, J. (1994). *Derecho administrativo* (10ª ed.). Temis.

