

# **El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376\*\***

## **The Power of a Constituent Assembly: Reflections on the Constitution of 1991 and its Article 376**

### RESUMEN

Para la teoría constitucional hay dos preguntas claves que surgen en cualquier discusión acerca de la creación de nuevas constituciones. Primero, ¿qué mecanismo debe utilizarse para el ejercicio del poder constituyente? La respuesta que la práctica del constitucionalismo contemporáneo le ha dado a esa pregunta es clara: la Asamblea Constituyente. La segunda pregunta, en la cual se centra este escrito, es: ¿qué tipo de poder posee (o puede poseer) una Asamblea Constituyente? La respuesta que la práctica del constitucionalismo contemporáneo ha ofrecido a esa pregunta es que dicho poder es un poder *soberano*. Mi propósito es demostrar que esa respuesta debe rechazarse. Para ello, utilizaré como ejemplo principal el caso colombiano y el artículo 376 de la Constitución de 1991.

### PALABRAS CLAVE

Poder constituyente, Asamblea Constituyente, soberanía, Constitución de 1991, creación constitucional, reforma constitucional, mandato imperativo.

### ABSTRACT

From the perspective of constitutional theory, there are two key questions that emerge in discussions about constitution-making. First, what mechanism

\* Profesor de Derecho de la Victoria University of Wellington (Nueva Zelanda); director del Centro de Derecho Público de Nueva Zelanda. Contacto: joel.colon-rios@vuw.ac.nz ORCID: 0000-0003-2733-3246

\*\* Recibido el 31 de enero de 2021, aprobado el 4 de junio de 2021.

Para citar el artículo: COLÓN-RÍOS, J. *El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 50, septiembre-diciembre de 2021, 77-98.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.04>

should be used for the exercise of constituent power? The answer that the practice of contemporary constitutionalism has given to that question is clear: a Constituent Assembly. The second question, the question in which this article is focused, is what is (or should be) the nature of the power of a Constituent Assembly? The answer that the practice of contemporary constitutionalism has given to that question is that such a power has a *sovereign* nature. My purpose is to show that that answer should be rejected. In advancing that argument, I will use as my main example the Colombian case and Article 376 of the Constitution of 1991.

#### KEYWORDS

Constituent power, constituent assembly, sovereignty, Constitution of 1991, constitution-making, constitutional reform, imperative mandate.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Entre la soberanía y el poder constituyente. 1.1. Las asambleas constituyentes y sus límites. 1.2. Soberanía y creación de la Constitución de 1991. 2. La Asamblea Constituyente y el artículo 376. Conclusión. Referencias.

#### INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de poder constituyente en nuestros tiempos, tiempos en los cuales el ‘poder constituyente’ se le atribuye al pueblo, se habla de un poder que viene legitimado de antemano. Es decir, el poder constituyente no se refiere meramente a una fuerza política capaz de imponer una Constitución, sino a una autoridad siempre legítima y cuya legitimidad descansa en un principio como el siguiente: un pueblo, o una comunidad política, siempre tiene el derecho a darse a sí mismo una Constitución. A ese derecho yo le llamaría un ‘derecho natural’, no porque tenga una existencia objetiva, sino porque su reconocimiento no se deriva de ninguna forma de derecho positivo, es un derecho originario. El pueblo, se asume, posee el derecho a darse una Constitución por el mero hecho de existir<sup>1</sup>. En el ejercicio de ese derecho no solamente se reconocen más derechos, sino que se crean una serie de órganos llamados a ejercer otros poderes. En la tradición constitucional dominante dichos poderes incluyen el poder legislativo (que a veces juega un

1 Si pensamos en el poder constituyente desde la perspectiva del derecho internacional, hablaríamos del derecho de un pueblo a constituirse como un Estado independiente; si uno piensa en el poder constituyente desde el punto de vista del derecho doméstico, hablaríamos entonces del derecho a crear una Constitución.

rol importante en la reforma de la Constitución), el poder ejecutivo (el cual frecuentemente participa en el ejercicio del poder legislativo, a través de la iniciativa legislativa o del ejercicio de un poder de veto) y el poder judicial (el cual normalmente es llamado a controlar al poder legislativo y ejecutivo y, en ocasiones, al poder de reforma constitucional).

A diferencia del poder constituyente, los poderes regulados por el texto constitucional ni son originarios (pues se derivan de la propia Constitución) ni vienen legitimados de antemano: solamente son legítimos en virtud de haber sido creados a través del ejercicio del poder constituyente. En el contexto de un orden constitucional ya establecido y que más o menos funciona de manera efectiva, todo lo anterior es usualmente relevante solo desde una perspectiva teórica, excepto en el momento en que se plantea la creación de una nueva Constitución. En ese momento surgen al menos dos preguntas principales. Primero, ¿qué mecanismo debe utilizarse para el ejercicio del poder constituyente? La respuesta que la práctica del constitucionalismo contemporáneo le ha dado a esa pregunta es clara: la Asamblea Constituyente. La segunda pregunta, en la cual se centra este escrito, es: ¿qué tipo de poder posee (o puede poseer) una Asamblea Constituyente? La respuesta que la práctica del constitucionalismo contemporáneo ha ofrecido a esa pregunta es que dicho poder es un poder *soberano*. El propósito de este escrito es demostrar que esa respuesta debe rechazarse. Para ello, utilizaré como ejemplo principal el caso colombiano y el artículo 376 de la Constitución de 1991.

## 1. ENTRE LA SOBERANÍA Y EL PODER CONSTITUYENTE

Hay dos mecanismos que, en el pasado, solían asociarse con el ejercicio del poder constituyente a pesar de que hoy han sido más o menos olvidados. Primero, las asambleas primarias o parroquiales, o las asambleas de vecinos. Durante los procesos de creación constitucional en Francia, España y algunos países en América Latina, a finales del siglo XVIII y a comienzos del XIX<sup>2</sup>, las entidades que redactaban textos constitucionales eran usualmente electas a través de un sistema piramidal en donde asambleas abiertas a los vecinos con derecho al voto se reunían y elegían delegados a asambleas regionales, que a su vez elegían a los delegados a la entidad finalmente llamada a redactar el texto constitucional. Segundo, el mandato imperativo, el cual estaba directamente vinculado al sistema piramidal<sup>3</sup>. Es decir, los ciudadanos que participaban en las asambleas primarias o regionales no solamente ejercían

2 Véase COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020. Véase, además, VERGARA, C. *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*. Princeton, 2020.

3 Véase COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020. Véase, asimismo, RAMÍREZ CLEVES, G. *Mandato imperativo y mandato representativo. Una perspectiva diversa. El caso colombiano*. En *Revista de Derecho del Estado*. 8, 2000, 159.

una función electoral, sino que les entregaban a esos delegados instrucciones legalmente vinculantes acerca de cómo votar en sus respectivas asambleas. Para algunos, sobre todo en Francia a finales del siglo XVIII, el mandato imperativo era necesario durante un proceso de creación constitucional, pues era la manera en que el verdadero titular del poder constituyente, el pueblo, podía controlar a los delegados que en su momento redactarían el texto de la nueva Constitución<sup>4</sup>.

No obstante, una de las primeras resoluciones adoptadas por la Asamblea Constituyente francesa en 1791 fue precisamente la abolición del mandato imperativo. Lo mismo ocurrió en España en 1812, así como unos meses antes en Venezuela. Dicha abolición se basó en el rechazo de la idea rousseauiana de que la soberanía le pertenece al ‘pueblo’, y en el triunfo de la idea sieyèsiana de la soberanía de ‘la Nación’ (entendida como un ente abstracto con una voluntad propia que puede ser distinta, y en ese caso prevalecer, sobre las mayorías populares). Lo que quedó de esos procesos fue únicamente la asamblea representativa que redacta (y en ocasiones adopta) la nueva Constitución, es decir, la Asamblea Constituyente. Sus miembros no son seleccionados a través de un sistema piramidal ni están sujetos a un mandato imperativo. Lo más cercano a esto último son los referéndums presentes en algunos procesos de creación constitucional, en donde el electorado ratifica o rechaza el texto constitucional redactado por sus representantes. Así, en nuestros tiempos, las asambleas constituyentes se componen de representantes directamente electos llamados a redactar una nueva Constitución, cuya entrada en vigor a veces dependerá de la ratificación del electorado. El requisito de ratificación referendaria, sin embargo, no ha sido obstáculo para que se caracterice a las asambleas constituyentes como mecanismos para el ejercicio de la soberanía.

### *1.1. Las asambleas constituyentes y sus límites*

La perspectiva tradicional mantiene que una vez una Asamblea Constituyente es convocada y electa, se convierte en una entidad soberana, una entidad capaz de actuar *como si fuera* el pueblo. Esta concepción tiene mucha fuerza, principalmente porque parece estar basada en un principio democrático básico. Es decir, el pueblo es soberano y, por lo tanto, una asamblea por él electa y llamada a transformar de maneras fundamentales el ordenamiento constitucional no puede verse sujeta al derecho positivo, tiene que ser una asamblea soberana. Esa es la concepción que está reflejada, por ejemplo,

4 Véase, por ejemplo, M. LE COMTE D’ANTRAIQUES. *Mémoire sur les Etats-généraux, leurs Droits, et la manière de les convoquer* (1788), quien argumentaba que el mandato imperativo era necesario para la protección de la soberanía popular. Citado en FRIEDLAND, P. *Political Actors: Representative Bodies & Theatricality in the Age of the French Revolution*. Cornell University Press, 2002, 101.

en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno a los poderes de la Asamblea Constituyente de 1990 (sentencia que examinaré más adelante), así como en la jurisprudencia venezolana sobre el mismo tema y en el discurso jurídico y político latinoamericano en general<sup>5</sup>. Esa concepción parece estar basada en una confusión entre dos conceptos: el concepto de soberanía y el concepto de poder constituyente. Estos no solo son conceptos distintos, sino que el respeto por la propia idea de soberanía popular requiere que los distingamos. La distinción entre soberanía y poder constituyente ya estaba presente en Emmanuel Sieyès (quien solamente utilizaba el concepto ‘soberanía’ de forma despectiva) y en cierto modo en el trabajo de Carl Schmitt, pero es una distinción que se ha obviado casi totalmente en el constitucionalismo moderno<sup>6</sup>.

La soberanía, en el contexto de creación constitucional, generalmente se entiende como el poder de transformar cualquier voluntad en derecho. Una entidad soberana puede transformar en derecho una voluntad legislativa, judicial o ejecutiva, es decir, no está sujeta a la separación de poderes. *El poder constituyente es un elemento de la soberanía, pero no es la soberanía*. La soberanía siempre le pertenece al soberano (al pueblo soberano), pero como el pueblo no puede reunirse y ejercerla, lo hace a través de determinadas instituciones. Por ejemplo, delega en una asamblea legislativa el poder de crear leyes y en la rama judicial el poder de adjudicar controversias entre ciudadanos. Y, cuando hay necesidad de adoptar una nueva Constitución o de alterar la existente de manera fundamental, el pueblo delega el ejercicio del poder constituyente en una asamblea especial, en una Asamblea *Constituyente*. Pero, de la misma manera que por ejercer el poder legislativo una legislatura no se convierte en soberana (no se convierte en una entidad con la autoridad de transformar cualquier voluntad en derecho), una Asamblea Constituyente, por el hecho de ser llamada a ejercer el poder constituyente, no deviene capaz de ejercer la soberanía. Esto tiene varias consecuencias, la primera de las cuales es que, a menos que haya sido autorizada para ello, una Asamblea Constituyente no tiene el poder de adoptar leyes ordinarias o de

5 Véase COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020, caps. 9 y 10.

6 En Schmitt, esta distinción está reflejada en la figura del “dictador soberano”, el cual para él es llamado a ejercer el poder constituyente. El dictador soberano de Schmitt, a pesar de llevar el adjetivo “soberano”, siempre actúa bajo un mandato: el mandato de adoptar una Constitución. Véase SCHMITT, C. *Dictatorship*. Polity Press, 2013; y McCormick, J. *The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Emergency Powers*. En *Law as Politics*. DYZENHAUS, D. (ed.). Duke University Press, 1998. El verdadero “soberano”, para Schmitt, es el soberano que actúa en el Estado de Excepción, el soberano que (a diferencia del dictador ‘soberano’ o de la dictadura comisarial) no actúa bajo un mandato y puede tomar cualquier medida, incluyendo la adopción de una nueva Constitución, para ‘salvar’ a la sociedad de una crisis. Ese verdadero soberano es el que Schmitt asocia al trabajo de Juan Donoso Cortés. Para una discusión, véase COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020, cap. 9.

ejercer o intervenir con los poderes constituidos. La segunda, que explicaré en más detalle, es que una Asamblea Constituyente debe entenderse sujeta a un mandato imperativo.

En nuestros tiempos, las asambleas constituyentes frecuentemente se convocan mediante referéndum. El referéndum normalmente presenta ante el electorado una pregunta como la siguiente: ¿Desea usted convocar una Asamblea Constituyente para la adopción de una nueva Constitución? De ser respondida con un ‘sí’ por la mayoría de los votantes, este tipo de pregunta tiene (o debería tener) el efecto de un mandato del pueblo soberano. Es decir, el pueblo, actuando a través del electorado, instruye a una asamblea para que redacte una *Constitución*, es decir, un documento que cumpla con los elementos necesarios de lo que se entiende como una ‘Constitución’ en la sociedad de la que se trate. Por ejemplo, un documento que reconozca derechos, que separe los poderes y que establezca un sistema de gobierno democrático. A la misma vez, y como ya mencioné, el mandato destinado a crear una Constitución no incluye una autorización a ejercer los poderes constituidos bajo el ordenamiento constitucional existente. Quizás la única excepción son situaciones en las cuales los poderes constituidos, los órganos ordinarios del Estado, deciden impedir u obstaculizar las funciones de la Asamblea Constituyente. En esos casos, podría uno decir que el mandato de adoptar una Constitución incluye una autorización implícita de actuar en contra de cualquier poder constituido que intente imposibilitar la adopción de un nuevo texto constitucional<sup>7</sup>.

Ahora bien, la pregunta de un referéndum puede ser aún más específica. Por ejemplo, la pregunta del referéndum del 27 de mayo de 1990 en Colombia no solamente cuestionaba al electorado sobre la convocatoria a una asamblea, sino que identificaba como el propósito de dicha convocatoria el fortalecimiento de la “democracia participativa”. Ese tipo de pregunta acarrea un mandato más específico, un mandato para crear cierto tipo de contenido constitucional, y ese mandato, en virtud de poder atribuírsele al pueblo soberano (actuando a través del electorado), también debe ser entendido como vinculante. Es decir, una decisión de una Asamblea Constituyente abiertamente contraria al mismo debería poder ser cuestionada por los ciudadanos ante una Corte Constitucional: después de todo, las cortes constitucionales no hacen otra cosa que proteger otro mandato del pueblo, es decir, la Constitución misma. Como veremos en la próxima sección, la Corte Suprema de Justicia de Colombia tuvo la oportunidad de adoptar una concepción como esta, pero determinó no hacerlo. Por el contrario, concluyó que la Asamblea Constitucional de 1990, por estar llamada a ejercer el poder constituyente, era soberana. Y esa visión, aunque a primera vista parece ser un reflejo de

7 Véase, por ejemplo, JAMESON, J. A. *Constitutional Conventions*. Chicago: Callaghan and Co., 1887, 302.

un principio democrático fundamental, es en realidad una continuación del *poder constituyente de la nación* según fue entendido por Sieyès: un poder constituyente ejercido por una asamblea que, una vez electa, puede formar una voluntad independiente de aquellos que la eligieron<sup>8</sup>.

### *1.2. Soberanía y creación de la Constitución de 1991*

La asamblea que adoptó la Constitución de 1991 fue convocada bajo el Estado de Sitio declarado en 1984 a causa del clima de violencia entonces imperante en el país<sup>9</sup>. En el ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 1038 (así como por el artículo 121 de la Constitución de 1886)<sup>10</sup>, el 3 de mayo de 1990 el presidente Virgilio Barco ordenó que en las elecciones presidenciales que tendrían lugar unas semanas después, se incluyera la siguiente pregunta en la tarjeta electoral: “Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?”<sup>11</sup>. Cuando la constitucionalidad de esa decisión fue examinada en la Corte, se argumentó que la misma violentaba la regla de enmienda de la Constitución de 1886 y que las disposiciones que regulan el Estado de Sitio tenían únicamente el propósito de proteger el ordenamiento constitucional, no el de alterarlo<sup>12</sup>. La Corte estuvo de acuerdo en que las disposiciones constitucionales referentes al Estado de Sitio no le atribuían al presidente poderes absolutos: la Constitución de 1886 “no acepta la teoría del estado de necesidad que supone poderes implícitos en la función del gobierno [...], rechaza la afirmación de Carl Schmitt según la cual ‘soberano es el que decide el Estado de Excepción’”<sup>13</sup>.

8 Véase RUBINELLI, L. *How to Think beyond Sovereignty: On Sieyès and Constituent Power*. En *European Journal of Political Theory*. 18(1), 2019, 47-57.

9 Decreto 1038 del 1 de mayo de 1984.

10 “Artículo 121: “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

11 Decreto 927 del 3 de mayo de 1990.

12 Nótese que la pregunta del referéndum no se refiere a una Asamblea Constituyente, sino a una “Asamblea Constitucional”, y a la “reforma” de la Constitución existente, no a su reemplazo, detalles a los que regresaré más adelante.

13 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990, Parte v, para. 2.

No obstante, según la Corte, dichas disposiciones no solamente autorizan al ejecutivo a tomar medidas represivas (por ejemplo, adoptar nuevas normas que limiten derechos) en el intento de proteger el orden constitucional, sino también a “tomar medidas de rehabilitación política, económica y social inequívocamente encaminadas a superar la crisis”<sup>14</sup>. Consultar al electorado sobre la convocatoria a una “Asamblea Constitucional” y contar los votos emitidos a favor y en contra de esa convocatoria constituía una medida de este último tipo, es decir, un acto político dirigido al restablecimiento del orden público que, por sí mismo, no acarrea la violación de ninguna norma. Luego del voto mayoritario a favor de la convocatoria de la asamblea, el recién electo presidente Cesar Gaviria emitió el Decreto 1926 de 1990 (una vez más, bajo los poderes especiales conferidos por el Estado de Sitio), en donde se expresó que “la Nación, depositaria de la soberanía, ha manifestado en ejercicio de la función constitucional del sufragio su voluntad de que sea convocada una Asamblea Constitucional para [...] reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa”<sup>15</sup>. Una nueva elección, en donde la asamblea sería formalmente convocada y sus miembros electos, fue ordenada.

La premisa del Decreto 1926 del presidente Gaviria era la existencia de un “mandato popular” a favor de la reforma constitucional, expresado a través de la llamada “séptima papeleta” depositada por millones de ciudadanos en las elecciones del 11 de marzo de 1990<sup>16</sup>. Además de referirse al fortalecimiento de la democracia participativa como el objetivo principal de la convocatoria a la Asamblea Constituyente, el decreto incluyó una larga lista de temas previamente acordados por diferentes grupos sociales y políticos que limitaba el poder de creación constitucional de dicha asamblea<sup>17</sup>. Tales temas fueron precedidos por la siguiente expresión: “Para fortalecer la democracia participativa, acordamos los siguientes temas, que después de ser aprobados por el pueblo, determinarán el ámbito de competencia de la Asamblea y, por consiguiente, el contenido de la Reforma”. El decreto también estableció: “La Asamblea no podrá estudiar asuntos diferentes a los mencionados en el temario aprobado por el pueblo y particularmente no podrá modificar el período de los elegidos este año, las materias que afecten los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud de tratados internacionales y el sistema republicano de gobierno”<sup>18</sup>. La asamblea fue además autorizada

14 *Ibid.*

15 Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990.

16 Decreto 927 del 3 de mayo de 1990.

17 La lista incluía, por ejemplo, ciertos tipos de cambios a las funciones de las cámaras legislativas, cambios relacionados con la democratización de la Administración Pública, el reconocimiento de nuevos derechos, el establecimiento del referéndum como parte del proceso de reforma constitucional, modificaciones al artículo 121 (Estado de Sitio), etc.

18 Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, artículo 4 del Acuerdo del 23 de agosto de 1990.



a “dictar disposiciones transitorias cuando lo considere necesario sólo para garantizar la aplicación de la reforma”<sup>19</sup>, así como a adoptar su propio reglamento interno<sup>20</sup>. Su periodo de sesiones fue fijado en un máximo de 150 días.

Conforme al decreto, el “texto de Reforma Constitucional” aprobado por la asamblea sería enviado a la Corte Suprema de Justicia, para que determinara si la reforma fue “expedida conforme al temario aprobado por los ciudadanos en la votación del 9 de diciembre de 1990”<sup>21</sup>. En la sentencia que examinó la legalidad de este proceso, la Corte removió esos límites. Temprano en la parte sustantiva de la sentencia, la Corte llevó a cabo un análisis del artículo 2 de la Constitución de 1886, el cual establecía que “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos...”<sup>22</sup>. Refiriéndose con aprobación a las ideas de José María Samper, la Corte expresó que, conforme a dicha disposición, la soberanía es “una e indivisible” y únicamente su ejercicio es susceptible de ser dividido<sup>23</sup>. Conforme a esa concepción, quienquiera que sea llamado a ejercer un poder dividido no es soberano. Al mismo tiempo, la Corte determinó que la “nación colombiana es el constituyente primario, [y] puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba”<sup>24</sup>. La Corte también expresó, citando una importante sentencia de 1957<sup>25</sup>, que el derecho de la nación a actuar así se deriva del “poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente”<sup>26</sup>.

El poder constituyente primario, añadió la Corte (nuevamente citando de una sentencia anterior)<sup>27</sup>, “escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden”<sup>28</sup>. Más arriba sugerí que el poder constituyente debe ser entendido como un elemento de la soberanía, y que cuando una asamblea especial es autorizada a llevar a cabo actos constituyentes, no se convierte en soberana (tampoco se convierte en el verdadero titular del poder constituyente, el cual siempre le pertenece al pueblo). En la sentencia en cuestión, la Corte determinó precisamente lo opuesto:

19 *Ibid.*, artículo 20.

20 *Ibid.*, artículo 14.

21 *Ibid.*, artículo 15.

22 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Parte v, para. 5.

23 Véase SAMPER, J. M. *Derecho Público Interno*. Biblioteca Popular de la Cultura Colombiana. Bogotá: Ministerio de Educación, 1951.

24 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Parte v, para. 5.

25 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de noviembre de 1957.

26 *Ibid.*

27 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 54 del 9 de junio de 1987.

28 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Parte v, para. 6.

... por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía<sup>29</sup>.

Este punto de vista, en cierto modo, ya venía reflejado en un aspecto del proceso mismo. La Asamblea Constitucional no fue solamente autorizada a redactar una Constitución sino a adoptarla: la nueva Constitución entraría en vigor sin necesidad de ratificación referendaria<sup>30</sup>.

Dicho de otra manera, una vez convocada, la asamblea (con una excepción, discutida a continuación) podría actuar como un ente soberano, independientemente del pueblo que la comisionó. Los límites contenidos en el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990 (esto es, las cláusulas que solamente autorizaban a la asamblea a deliberar sobre determinados temas y la obligaban a respetar los tratados internacionales ratificados por Colombia y el sistema republicano de gobierno, así como la jurisdicción de la Corte para revisar la consistencia entre las decisiones de la asamblea y esos límites) fueron declarados inexecutable<sup>31</sup>. Sin embargo, el fortalecimiento de la “democracia participativa” se concibió como un límite sustantivo válido a su poder de creación constitucional. Ese límite, determinó la Corte, era parte de la razón por la cual el sujeto constituyente había decidido convocar a dicha entidad<sup>32</sup>. Por supuesto, el concepto de democracia participativa era quizás demasiado general para actuar como un verdadero límite y, más importante aún, no fue entendido como un límite justiciable. El límite de 150 días también sobrevivió,

29 *Ibid.*, Parte v, para. 8.

30 La necesidad de un referéndum para ratificar el texto constitucional, así como las demás actuaciones de la asamblea, fue especialmente subrayada por el ex presidente Misael Pastrana Borrero en su calidad de delegado conservador de la Asamblea Nacional Constituyente. Para Pastrana, quien eventualmente renunció a su asiento en la asamblea, “la simple lógica señala que el acto más importante que cualquier grupo de voceros del pueblo pueda realizar en este siglo, es decir, la elaboración de una nueva Constitución Nacional, tendría que ser –dentro del espíritu de una democracia participativa– lo primero en someterse a ratificación del voto popular. Los más interesados deberían ser los propios constituyentes, pues querían demostrar que han respondido a los anhelos de sus electores. Lo contrario le restaría legitimidad a todo el proceso, ya que podría ser interpretado como temor a no poder cumplir, a no poder satisfacer el mandato para el cual fueron elegidos”. La baja participación en el referéndum mediante el cual la asamblea fue convocada, para Pastrana, acentuaba más aun el problema. Citado en ZULUAGA Gil, R. *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, 94-95. Al final, la idea de que la asamblea había sido autorizada a adoptar una Constitución sin mención de la necesidad de un nuevo referéndum, combinada a la dificultad práctica de llevarlo a cabo, prevaleció. *Ibid.*, 95.

31 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Parte V, para. 8.

32 *Ibid.*, Parte v, para. 6.

sin discusión, al examen de la Corte. Una vez convocada, la asamblea interfirió de manera importante con el poder legislativo y judicial, es decir, actuó como una entidad soberana. En este sentido, aunque la Corte parece haber entendido a la asamblea como sujeta a un mandato (el fortalecimiento de la democracia participativa), esto no supuso un rechazo a su estatus de entidad “soberana”, en el sentido de no quedar sometida a la separación de poderes existente bajo la Constitución de 1886.

No obstante, podría argumentarse que, en el contexto de una crisis nacional, una jurisdicción ilimitada era necesaria. Es decir, que era necesario atribuir a la asamblea la autoridad soberana que conservadores como Juan Donoso Cortés<sup>33</sup> y Carl Schmitt pensaban indispensable para garantizar el orden social en una situación de emergencia extrema<sup>34</sup>. De hecho, aunque el decreto que autorizó la convocatoria de la asamblea solo se refirió a la “reforma” de la Constitución de 1886, la asamblea no solo adoptó una Constitución enteramente nueva (un modo de actuar que quedó más que justificado por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de identificar a la asamblea como un ente soberano), sino que se colocó a sí misma sobre los poderes constituidos ya establecidos como parte de un esfuerzo de garantizar una transición estable hacia el nuevo ordenamiento jurídico. Este curso de acción fue en cierto modo anticipado en la primera resolución de la asamblea. En dicho documento, en el cual la asamblea se refirió a sí misma como la “Asamblea Nacional Constituyente” (abandonando el término “Asamblea Constitucional”, utilizado tanto en el referéndum como en los decretos presidenciales)<sup>35</sup> se señaló: “Los actos que sancione y promulgue la Asamblea Nacional Cons-

33 DONOSO CORTÉS, J. *Obras*. Madrid: Imprenta de Tejado, 1954.

34 Véase COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020, cap. 9. Véase, además, VILLAR BORDA, L. *Donoso Cortés y Carl Schmitt*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

35 Temprano en el proceso, algunos grupos insistieron en que la asamblea debería ser identificada como “Asamblea Constituyente”. Véase ZULUAGA GIL, R. *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, 123, y DE LA CALLE, H. *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta, 2004, 88. Durante su primera sesión, algunos delegados se referían a la asamblea como una “Asamblea Constitucional”. Véase “Informe de Sesión Plenaria del día 5 de febrero de 1999”. No obstante, cuando el reglamento interno de la asamblea fue debatido, se adoptó formalmente el nombre de “Asamblea Nacional Constituyente”. En la segunda sesión de la asamblea, el delegado Zalamea expresó haber sido “electo a una Asamblea Constitucional” que se había convertido en Asamblea Constituyente. El delegado Nieto, por su parte, expresó que los términos “constitucional” y “constituyente” habían estado utilizándose como intercambiables, y que lo correcto era utilizar el término “constituyente”, pues era el que había quedado reflejado en el reglamento interno. “Informe de Sesión Plenaria del día 6 de febrero de 1999”, 16. Estas intervenciones, sin embargo, parecían dirigirse más a una preocupación con el uso consistente del lenguaje que a un asunto sustantivo. Pero la Corte Suprema, en su sentencia acerca de la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, parece haberle atribuido una importancia mayor a esta terminología: “Hay quienes se muestran partidarios de la convocatoria de una Asamblea Nacional que tenga el carácter de constituyente y no

tituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno”<sup>36</sup>. Esos actos no serían actos “administrativos” revisables por los poderes constituidos sino actos “constituyentes”<sup>37</sup>.

De ese modo, la asamblea confirmó su estatus de entidad soberana: sus expresiones en esa primera resolución eran lo suficientemente amplias como para permitir decisiones más allá de la adopción de una nueva Constitución. En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Nacional Constituyente decidió, por ejemplo, “revocar el mandato” de los congresistas ya electos y llamar a elecciones anticipadas<sup>38</sup>. El Congreso objetó ese curso de acción, emitiendo una resolución en donde se expresó que la asamblea carecía de autoridad para interferir con el ciclo electoral ordinario<sup>39</sup>. Eventualmente, la asamblea determinó que hasta que las nuevas elecciones legislativas tuvieran lugar, “el actual [Congreso] y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República”<sup>40</sup>. Durante ese periodo, el Congreso fue sustituido por una comisión especial popularmente conocida como el *Congresito*, compuesta por 36 miembros electos por la propia asamblea. La mitad de estos podían además ser miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. El Presidente de la República también fue atribuido con el poder de adoptar leyes que estarían sujetas al veto del *Congresito*. En este sentido, durante el periodo transicional, la Asamblea Nacional Constituyente (actuando a través del *Congresito*) y el poder ejecutivo se transformaron en legisladores no sujetos a un órgano revisor.

La (auto) atribución de jurisdicción ilimitada a la asamblea (expresada nuevamente en el artículo transitorio 59 de la Constitución de 1991) fue cuestionada por la entonces recientemente creada Corte Constitucional. Se argumentó, por ejemplo, que lo que había sido convocado en 1990 había sido “una asamblea constitucional para reformar la constitución”, no una Asamblea Constituyente para abolirla<sup>41</sup>. Se planteó además la inconstitucionalidad del antes mencionado artículo transitorio 59, pues “los límites de la Asamblea están dados por el constituyente primario en la expresión de la papeleta que dice: ‘para fortalecer la democracia participativa...’”, lo que implicaba que “la Asamblea no tenía facultades para dictar ninguna norma” contraria a la

de meramente constitucional como se pretende”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, 58.

36 Acto Constituyente n.º 1 del 9 de mayo de 1991, artículo 2.

37 *Ibid.*, preámbulo.

38 Véase *Congreso: la nuez del Revolucion*. En *El Tiempo*, 9 de junio de 1991.

39 *Ibid.* Para una discusión, véase Zuluaga Gil, R. *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, 100-112.

40 Véase artículo transitorio 3 de la Constitución de 1991.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-544/92, Parte I, para. 3.1.

democracia<sup>42</sup>. La Corte rechazó esos argumentos. La sentencia se refirió directamente a la definición del concepto de poder constituyente ofrecida por Carl Schmitt<sup>43</sup> y describió a la asamblea como “un poder comisionado del pueblo soberano”<sup>44</sup>. Pero, lejos de derivar de esa concepción una separación clara entre la asamblea y el pueblo soberano, la Corte determinó que “el Poder Constituyente primario se puede expresar directamente a través de un plebiscito o de una Asamblea Nacional Constituyente democrática”<sup>45</sup>. Aunque la comisión de la asamblea incluía el fortalecimiento de la democracia participativa<sup>46</sup>, esto no implicaba una restricción a su poder de adoptar normas adicionales a la creación de una nueva Constitución.

## 2. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y EL ARTÍCULO 376

En el proceso constituyente actualmente en curso en Chile se ha evitado, en la ley y en los documentos que lo regulan, utilizar los términos poder constituyente y Asamblea Constituyente. La asamblea que va a redactar la Constitución lleva el nombre de Convención Constitucional. Más aun, el artículo 135<sup>47</sup> de la actual Constitución chilena (según fue reformada en diciembre de 2019), el cual regula la convocatoria a la Convención Constituyente, dice lo siguiente: “Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución”. La idea es evitar que la asamblea, una vez convocada, asuma poderes que nunca se le atribuyeron y, por ejemplo, decida adoptar

42 *Ibid.*, Parte I, para. 4.3.

43 El poder constituyente como “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”. Véase SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Duke University Press, 2008.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-544/92, Parte II, para. 10.

45 *Ibid.*

46 La Corte también se refirió al límite temporal de 150 días, establecido en el Decreto 1926 de 1990.

47 Artículo 135 de la Ley 21.200 del 24 de diciembre de 2019: “Disposiciones especiales: La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes. Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla. En conformidad al artículo 5.º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución. El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

leyes ordinarias o interferir con la función judicial. El referido artículo 135, en su inciso final, también establece una serie de límites de tipo sustantivo: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A su vez, el artículo 136 establece que “se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención”, pero “[e]n ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración” y “no podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo al respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución”.

Como vimos en la sección anterior, en 1990 la Corte Suprema de Justicia de Colombia no solamente determinó (como el artículo 136 de la Constitución de Chile) que esos tipos de límites no son justiciables, sino que son inconstitucionales. A su vez, la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 reguló la convocatoria a una Asamblea Constituyente futura de la siguiente manera:

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

Artículo 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.

La referencia a la “competencia” de la Asamblea Constituyente en el primer inciso del artículo 376 parece aceptar como válido lo que se determinó inadmisibles en 1990: la imposición de límites sustantivos a una asamblea llamada a transformar la Constitución. Sin embargo, a primera vista parecería existir una diferencia fundamental entre la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 y una asamblea convocada conforme al artículo 376: mientras la primera sería un organismo llamado a ejercer el poder constituyente primario, la segunda, al estar regulada por la Constitución, no es otra cosa que un poder constituido, un mecanismo especial para el ejercicio del poder de reforma (como de hecho señala expresamente el antes citado artículo 374). A mi juicio, este argumento no se sostiene. El hecho de que la convocatoria de una asamblea esté de algún modo regulada por el derecho no necesaria-

mente niega la posibilidad de que la misma sea autorizada a ejercer el poder constituyente (primario). De hecho, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 y la elección de sus miembros, así como la totalidad de las asambleas constituyentes convocadas en América Latina, ha sido regulada de antemano, ya sea por un decreto presidencial, por una ley, o por una disposición constitucional. Y las constituciones de países como Ecuador y Venezuela contienen disposiciones que expresan con claridad la intención de facilitar el ejercicio del poder constituyente primario a través de un mecanismo indistinguible del utilizado para crear la Constitución originalmente<sup>48</sup>.

La pregunta interesante, entonces, no es el efecto de la mera regulación de la convocatoria a una Asamblea Constituyente por el artículo 376, sino qué podemos aprender acerca de la posibilidad de que su competencia pueda ser regulada de antemano<sup>49</sup>. La Corte Constitucional naturalmente no ha tenido oportunidad de discutir en detalle este tema (pues desde la adopción de la Constitución de 1991 no se ha convocado a otra asamblea), pero sí ha hecho algunas afirmaciones (siempre en sede de *obiter dicta*) sobre la naturaleza de una Asamblea Constituyente regulada por el artículo 376. Por ejemplo, en la Sentencia C-551 de 2003, en el contexto de una discusión acerca de la doctrina de la sustitución, la Corte pareció sugerir que el artículo 376 provee un mecanismo para la expresión del poder constituyente originario y, potencialmente, para la sustitución de la Constitución de 1991:

[E]l poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario [...] Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar [...] la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente

48 El artículo 347 de la Constitución de Venezuela de 1999 establece: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. El artículo 444 de la Constitución de Ecuador de 2008 dispone: “La asamblea constituyente [la cual no está sujeta a los límites sustantivos a las enmiendas y las reformas identificados en los artículos 441 y 442] sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos”.

49 Agradezco a Vicente Benítez por sus valiosos comentarios y recomendaciones sobre este tema.

originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente. La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es “rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias”, y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales<sup>50</sup>.

En el fondo, el problema de esas expresiones es que descansan en una premisa (el poder de reforma constitucional regulado por la Constitución es un poder constituido y por lo tanto no puede sustituir la Constitución) que es necesario rechazar para poder aceptar la conclusión de la Corte (el procedimiento de reforma establecido en la Constitución de 1991 provee una apertura al poder constituyente originario que podría permitir una sustitución jurídicamente válida)<sup>51</sup>. Por ello, no es sorprendente que un año más tarde la Corte determinara que el poder de una Asamblea Constituyente convocada bajo el artículo 376 no es de naturaleza ilimitada. “El artículo citado”, expresó la Corte, “señala que el texto de la ley mediante la cual se dispone que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente, debe determinar la competencia que tendrá la asamblea, esto es, las materias sobre las cuales habrá de versar la reforma”. Por lo tanto, “si la asamblea excede ese ámbito competencial incurriría en un vicio susceptible de control por la Corte Constitucional”, y lo mismo aplica con respecto al periodo fijado por ley para que la asamblea cumpla sus funciones<sup>52</sup>. Conforme a esta interpretación, una asamblea convocada a través del artículo 376 sería fundamentalmente distinta a la Asamblea Nacional Constituyente que adoptó la Constitución

50 *Ibid.*

51 Este problema se evitaría si se adoptara la distinción entre soberanía y poder constituyente elaborada en la sección anterior de este escrito.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004, para. 1.3.3. Véase, además, Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003, para. 2: “Esa interpretación contradice el tenor literal de la Constitución. Así, el artículo 374 de la Carta señala que ‘*la Constitución podrá ser reformada...*’. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el Título XIII habla de la ‘reforma’ de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario”.



de 1991. Es decir, el tipo de límite competencial admisible en el contexto de la primera (que probablemente tomaría la forma de un temario contenido en el texto de una ley)<sup>53</sup> simplemente no es aplicable a la segunda conforme a lo decidido en 1990 por la Corte Suprema de Justicia<sup>54</sup>.

Además, parecería que, inclusive en la ausencia de límites competenciales establecidos por legislación, una asamblea convocada bajo el artículo 376 no podría sustituir la Constitución de 1991 por otra nueva:

La Corte ha encontrado que, a partir de las disposiciones del Título XIII de la Constitución [las cuales incluyen al artículo 376], y dentro de una interpretación integral de la Carta, es posible identificar la limitación competencial para el poder de reforma, conforme a la cual, tal como se expresó en la Sentencia C-551 de 2003, el poder de reforma no puede sustituir la Constitución de la cual deriva su competencia<sup>55</sup>.

Pero dos años más tarde la Corte pareció nuevamente modificar su punto de vista sobre este asunto. En la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte reiteró que “el poder reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991”<sup>56</sup>. Dicha competencia limitada quedó expresada en el artículo 374 de la Constitución de 1991, el cual establece que “la Constitución puede ser ‘reformada’ por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida”<sup>57</sup>. No obstante, la sentencia señala que, a pesar de que “el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano”, el pueblo “puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta”<sup>58</sup>. Así, a través del mecanismo provisto por el artículo 376, “puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”<sup>59</sup>.

Más recientemente, en la Sentencia C-699 de 2016, la Corte expresó que no es posible sustituir la Constitución a través de una Asamblea Constituyente “con competencia limitada”, pero que “[l]a jurisprudencia ha señalado que [...] una asamblea nacional constituyente expresamente convocada para ello, sin otros límites de competencia, puede canalizar el ejercicio del poder constituyente, y dar origen a una nueva Constitución”<sup>60</sup>. Esta perspectiva, si

53 A diferencia de, por ejemplo, un límite que se derive de la propia pregunta del referéndum.

54 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990.

55 *Ibid.*

56 Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005, para. 7.10.2.

57 *Ibid.* (énfasis en el original).

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

60 Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016, paras. 35.1 y 38. Véase, además, Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011, para 4.43: “Teniendo en cuenta esta diferenciación, la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la

bien contrasta con algunas de las expresiones anteriores de la Corte, es, a mi juicio, la correcta. Es decir, una Asamblea Constituyente convocada conforme al artículo 376 puede utilizarse para el ejercicio del poder constituyente originario, pero nunca se convierte en una entidad soberana. Por eso, como señala el propio artículo, puede ser sujeta a límites competenciales. Esos límites pueden requerirle a la asamblea solamente reformar la Constitución en torno a temas particulares (por ejemplo, modificar las funciones de una de las cámaras legislativas) o sustituirla únicamente en relación con algún asunto (por ejemplo, reemplazar el sistema bicameral por uno unicameral)<sup>61</sup>. No obstante, lo que no debe perderse de vista es que el mismo principio debe aplicarse a cualquier Asamblea Constituyente, inclusive a una que haya sido convocada extra-constitucionalmente, como la de 1990. Es decir, una Asamblea Constituyente, independientemente de su modo de convocatoria, nunca debe concebirse como una entidad soberana.

Lo anterior no significa que no existan diferencias entre una Asamblea Constituyente convocada extra-constitucionalmente y una convocada conforme a la Constitución. Por ejemplo, los límites aplicables a una Asamblea Constituyente como la de 1990 deberían poder atribuírsele a un mandato directo del pueblo (y no a una decisión de la legislatura). Es decir, cualquier límite debería quedar expresamente reflejado en la propia pregunta del referéndum y ser directamente ratificado por el electorado, como lo fue el referente a “fortalecer la democracia participativa” en el 1990<sup>62</sup>. En este sentido, y a pesar de sus

Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P., ‘... *siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta...*’. Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto, ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Sieyès en el Capítulo v de *Qué es el tercer Estado* y que se refieren a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los precompromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *Ius Cogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Constitucional tendrá que evaluar en su momento”. Véase SIEYÈS, E. *Political Writings*. Hackett, 2003.

61 Véase Corte Constitucional. Sentencia C-757 de 2008.

62 Aquí el caso de Ecuador en el año 2007 es interesante porque de algún modo representa el extremo opuesto. En el referéndum que convocó a la Asamblea Constituyente, la pregunta fue la siguiente: “¿Aprueba usted, que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?”. La referencia a los “plenos poderes” parece incluir una autorización a ejercer un poder ‘soberano’, y así fue interpretado por la asamblea, la cual, una vez electa, determinó que no solamente podía proponer una Constitución, sino emitir lo que se llamó ‘mandatos constituyentes’ y leyes ordinarias, y así lo hizo. Conforme al Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente (12 de diciembre de 2007), “[l]a Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y por su propia naturaleza” (art. 1). En el ejercicio de esos poderes, no solamente propuso un proyecto de Constitución, sino que emitió una serie de “mandatos constituyentes”.

expresiones en torno al carácter “soberano” de la Asamblea Constituyente, la Corte probablemente tomó la decisión correcta en 1990 al determinar que la Asamblea Nacional Constituyente tendría la obligación de crear instituciones que fortalecieran la democracia participativa pero no quedaría vinculada a ningún otro límite sustantivo. A pesar de que en el referéndum de 1990 (según las disposiciones eventualmente declaradas inexecutable) se le hubiese preguntado al electorado si deseaba convocar a una asamblea limitada por el acuerdo expresado en el Decreto 1926 de 1990<sup>63</sup> (y el temario contenido en dicho acuerdo), quizás el mismo era demasiado extenso y complejo para razonablemente concebirse como un mandato del pueblo. Otra diferencia importante es la referente a la justiciabilidad de cualquier límite. En el caso de una Asamblea Constituyente convocada conforme al artículo 376, parece claro que la Corte Constitucional tendrá jurisdicción para hacerlos valer y, como ya vimos, así lo ha expresado la Corte.

Pero el caso de una Asamblea Constituyente como la de 1990 parecería ser distinto. La propia Corte Suprema de Justicia así lo determinó, cuando declaró inconstitucional las disposiciones del Decreto 1926 de 1990 que le atribuían el poder de revisar si la asamblea había actuado conforme al temario allí contenido. Esto tiene sentido a primera vista, pues de lo contrario parecería que nos encontramos frente a una situación en la cual un poder constituido procede a invalidar los actos del poder constituyente. Pero aquí es importante notar lo que sigue. Una Asamblea Constituyente, aun cuando es convocada extra-constitucionalmente (como en el 1990), *no es el titular poder constituyente*, sino un mecanismo para ejercerlo. Por eso, el mero hecho de que sus actos sean susceptibles de ser revisados por una institución que a su vez está regulada por el derecho (por ejemplo, una Corte) no debe rechazarse de plano. Lo que sucede es que en el contexto de una Asamblea Constituyente convocada extra-constitucionalmente, la intervención de una Corte no encontrará justificación en el texto constitucional. No obstante,

En su primer mandato constituyente, la asamblea ratificó a Rafael Correa como Presidente de la República y asumió “las atribuciones y deberes de la Función Legislativa” (Mandato Constituyente n.º 1, 29 de noviembre de 2007, arts. 6-7). Ahora bien, inclusive en un caso como ese, en donde el mandato del pueblo soberano en el referéndum parece ser lo más amplio posible, yo insistiría en que, al votar ‘sí’ en esa pregunta, el pueblo no renunció a su soberanía, pues en última instancia la asamblea estaba actuando bajo un mandato (por definición revocable) y estaba en última instancia requerida a adoptar una Constitución. No podía, por ejemplo, constituirse en un gobierno permanente.

63 Conforme al Decreto 1926 de 1990, artículo 2, el texto del voto afirmativo en el referéndum sería: “Sí convoco una Asamblea Constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional...”. La parte del texto que se refiere a los límites fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 138 de 1990.

podrían existir situaciones en las cuales, frente a una Asamblea Constituyente convocada extra-constitucionalmente que claramente ha decidido actuar más allá de su mandato, los ciudadanos recurren a la Corte y esta, actuando también extra-constitucionalmente (es decir, sin encontrar justificación expresa en la Constitución), intenta hacer valer ese mandato. El éxito o fracaso de una intervención como esa probablemente dependerá del balance de fuerzas políticas existentes en la sociedad en cuestión.

#### CONCLUSIÓN

El poder de una Asamblea Constituyente, he argumentado, no debe concebirse como un poder soberano. Las asambleas constituyentes son mecanismos para el ejercicio del poder constituyente en nombre del verdadero titular de la soberanía, el pueblo. Por ello, su poder es siempre susceptible de quedar sujeto a límites sustantivos, a un mandato imperativo del pueblo requiriendo la creación de determinado tipo de derecho constitucional. Esos límites normalmente quedarán expresados en la pregunta de un referéndum y, dada la naturaleza no soberana de la asamblea (y su rol de mecanismo para el ejercicio del poder constituyente, no de titular del poder constituyente), los mismos pueden ser justiciables. La Constitución de 1991, así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante el proceso de su creación, y las posteriores sentencias de la Corte Constitucional acerca de los límites al poder de reforma, ofrecen pistas importantes acerca de este tema. A pesar de que en momentos tanto la Corte Suprema de Justicia (en sus sentencias acerca de la validez de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990) como la Corte Constitucional (en su interpretación del artículo 376) parecieron apartarse de la tesis aquí defendida, la jurisprudencia colombiana es en última instancia consistente con la idea de que, al actuar como comisionada del pueblo soberano, una Asamblea Constituyente, independientemente de cómo haya sido convocada, carece del poder de transformar cualquier voluntad en derecho.

#### REFERENCIAS

- COLÓN-RÍOS, J. I. *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press, 2020.
- DE LA CALLE, HUMBERTO *Contra todas las apuestas: historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta, 2004.
- DONOSO CORTÉS, J. *Obras*. Madrid: Imprenta de Tejado, 1954.
- FRIEDLAND, P. *Political Actors: Representative Bodies & Theatricality in the Age of the French Revolution*. Cornell University Press, 2002.
- JAMESON, J. A. *Constitutional Conventions*. Chicago: Callaghan and Co., 1887.

- MCCORMICK, J. *The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Emergency Powers*. En *Law as Politics*. DYZENHAUS, D. (ed.). Duke University Press, 1998.
- RAMÍREZ CLEVES, G. *Mandato imperativo y mandato representativo. Una Perspectiva diversa. El caso colombiano*. En *Revista de Derecho del Estado*. 8, 2000.
- RUBINELLI, L. *How to Think beyond Sovereignty: On Sieyès and Constituent Power*. En *European Journal of Political Theory*. 18(1), 2019, 47-57.
- SAMPER, J. M. *Derecho Público Interno*. Biblioteca Popular de la Cultura Colombiana. Bogotá: Ministerio de Educación, 1951.
- SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, C. *Dictatorship*. Polity Press, 2013.
- VERGARA, C. *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*. Princeton, 2020.
- VILLAR BORDA, L. *Donoso Cortés y Carl Schmitt*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- ZULUAGA GIL, R. *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

### *Decretos colombianos*

- Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990.
- Decreto 927 del 3 de mayo de 1990.
- Decreto 1038 del 1 de mayo de 1984.

### *Jurisprudencia colombiana*

- Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016.
- Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-757 de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1992.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 54 del 9 de junio de 1987.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de noviembre de 1957.

### *Constituciones, decretos y leyes extranjeros*

Ley 21.200 del 24 de diciembre de 2019 (Chile).

Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente (12 de diciembre de 2007)  
(Ecuador).

Mandato Constituyente n.º 1, 29 de noviembre de 2007 (Ecuador).

Constitución de Venezuela de 1999.

Constitución del Ecuador de 2008.