

## Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos\*

### SUMARIO

Introducción. I. Los rasgos de la teoría moderna de la mutación. A. El ámbito de la mutación. B. El contenido normativo. C. La realidad constitucional. D. La clase de cambio en el contenido normativo. II. La teoría moderna y los fundamentos de la Constitución. A. Fuerza normativa. B. supremacía. C. Rigidez. III. La teoría dinámica-normativa de la mutación. A. El ámbito de la mutación. B. El contenido normativo. C. La realidad constitucional. 1. Realidad constitucional originaria. 2. Realidad constitucional expectante. D. La variación del criterio jurisprudencial. E. El cambio intenso en el contenido normativo. IV. Conclusión

### RESUMEN

La teoría moderna sostiene que la mutación de los derechos tiene los mismos efectos jurídicos que una reforma constitucional. Esta teoría atenta contra las bases fundamentales del sistema constitucional colombiano, pues permite que los cambios en la realidad superen los límites constitucionales. Por tanto, resulta necesario construir una teoría diferente que respete esos límites.

### PALABRAS CLAVES

Derechos, mutación constitucional, interpretación.

\* Fecha de recepción: 5 de marzo de 2009. Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2009.

\*\* Docente-investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en derechos fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. [carlos.lopez@uexternado.edu.co]

## ABSTRACT

The modern theory says that the mutation of the rights has the same juridical effects that constitutional reformation does. This theory is against the fundamental bases of Colombian constitutional system, because it allows social changes overcome the constitutional limits. Therefore, it is necessary to build a different theory that respects the constitutional limits.

## KEY WORDS

Rights, constitutional mutation, interpretation.

## INTRODUCCIÓN

La noción de mutación constitucional, desde sus orígenes, ha sido entendida como un cambio en el contenido normativo de una disposición sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal; este fenómeno habitualmente es ocasionado por una transformación en la realidad en la que dicha disposición pretende desplegar su fuerza normativa. Las mutaciones son consideradas como reformas informales de la Constitución<sup>1</sup>. De acuerdo con esta noción, cabe pensar que existen ciertas tensiones con algunos fundamentos del actual Estado constitucional colombiano, como pueden ser el desconocimiento del principio de supremacía de la Constitución, pues la realidad sería de mayor peso que la norma; de la violación al principio de fuerza normativa, ya que la norma se podría diluir en la realidad; o también el quebrantamiento del principio de rigidez, puesto que los cambios pueden venir por conducto de otros procedimientos diferentes de los agravados consagrados en la propia Constitución para su reforma.

La hipótesis de trabajo se circunscribe a que la idea de mutación expuesta, que es la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina, y que es posible llamar la “teoría moderna”, desborda los límites del sistema constitucional, y, por tanto, resulta necesario esbozar los lineamientos de una nueva teoría, que puede ser denominada “dinámica-normativa”, la cual toma como punto de partida la idea de que el tema de la mutación debe ser abordado desde la conexión entre dos facetas: la dinámica, que se refiere a la realidad constitucional, y la normativa, que se refiere al respeto a lo explicitado en el texto

1. Sobre la evolución del concepto de mutación constitucional, desde autores como LABAND y JELLINEK, pasando por SMEND, DAU LIN, HELLER, PIERANDREI, BISCARETTI DI RUFFIA, MORTATI, TOSI y HESSE, hasta autores contemporáneos como MÜLLER, HÄBERLE, STERN y BÖCKENFÖRDE, se puede consultar mi trabajo “Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites”, Archivo Abierto Institucional, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007, pp. 90 a 141. Se puede ver en [<http://hdl.handle.net/10016/2534>].

de las disposiciones. Esta nueva teoría defiende la idea de que los cambios producidos sólo pueden ser admisibles si respetan los límites constitucionales y, por ende, una mutación de un derecho no puede jurídicamente generar los mismos efectos de una reforma constitucional.

Con el objetivo de desarrollar esta hipótesis, referida especialmente a los derechos y a la labor de interpretación de la Corte Constitucional, se trazarán los lineamientos básicos de la teoría moderna de la mutación (II), confrontándolos con tres pilares fundamentales de la Constitución (supremacía, fuerza normativa y rigidez) (III), para luego describir las características de la teoría dinámica-normativa en conexión con esos mismos pilares fundamentales, como una tesis adecuada al sistema constitucional colombiano (IV).

## I. LOS RASGOS DE LA TEORÍA MODERNA DE LA MUTACIÓN

La “teoría moderna” es la tesis defendida por la doctrina de manera mayoritaria, sus defensores se encuentran especialmente en España, Italia, Argentina, México y, por supuesto, Colombia. El principal argumento que los une es entender que la mutación constitucional y la reforma constitucional tienen los mismos efectos jurídicos, es decir, el fenómeno de la mutación es considerado como un proceso de reforma informal<sup>2</sup>. Desde este momento, cabe decir que en este trabajo se está en abierto desacuerdo con esta tesis.

2. En este argumento confluyen los autores que se mencionan de España, Italia, Argentina, México y, por supuesto, Colombia. En España nos referimos a la “escuela de Salamanca” que comenzó, en los años cincuenta del siglo pasado, a plantear el tema de la estática y la dinámica constitucional, encabezada por el profesor ENRIQUE TIERNO GALVÁN. A partir de allí se gestaron los trabajos de P. DE VEGA: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; P. LUCAS VERDÚ: *Curso de derecho político*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 1984; R. CALZADA CONDE: *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 1987; M. GARCÍA-ATANCE: *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, entre otros. De Italia: F. PIERANDREI: *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Turín, Giappichelli, 1965; P. BISCARETTI DI RUFFIA: “Les changements ‘non formels’ de la réalité constitutionnelle”, en *La Constitution comme loi fondamentale dans les états de L’Europe Occidentale et dans les états socialistes*, Turín, L’Institut Universitaire D’Études Européennes de Turin, t. VI, 1966; S. TOSI: *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milán, Giuffrè, 1959; C. MORTATI: *Costituzione dello Stato*, Milán, Enciclopedia del Diritto, 1962. En Argentina se encuentra en autores como G. BIDART CAMPOS: *Derecho constitucional comparado* (tomo I), Buenos Aires, Ediar, 1998; N. SAGÜÉS: *El concepto y la legitimidad de la interpretación constitucional mutativa*, Buenos Aires, El Derecho (88-869); del mismo autor: *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998; S. DÍAZ RICCI: “Introducción a las mutaciones constitucionales”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán*, número extraordinario 28, tomo III, San Miguel de Tucumán, 1992. En México, el mayor representante de la teoría moderna es S. NAVA GOMAR: *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, Porrúa, 2003; también en “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos”, en la obra colectiva *Interpretación constitucional* (FERRER MAC-GREGOR, coord.), tomo II, México,

La mayoría de los defensores de la teoría moderna pueden ser agrupados bajo la siguiente idea de mutación: las mutaciones son modificaciones informales del contenido normativo de una disposición, por virtud de la tensión entre permanencia-cambio, resolviendo la necesidad de adaptación de la Constitución a las variaciones originadas en el ámbito social, sin necesidad de recurrir a los mecanismos jurídicos formales consagrados en los textos constitucionales<sup>3</sup>. Es decir, paralelamente a las modificaciones formales se origina una praxis, con capacidad para producir los mismos efectos de los procedimientos de reforma formal, sólo que las alteraciones informales (mutaciones) que transforman el contenido normativo del ordenamiento constitucional no quedan reflejadas en el texto fundamental<sup>4</sup>.

#### A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN

El primer elemento para analizar de la idea de mutación de la teoría moderna es el de su ámbito, esto es, el espacio dentro del entramado jurídico en el que las mutaciones actúan. Para esta teoría, las mutaciones son un mecanismo de cambio que produce los mismos efectos de la reforma constitucional, pero sin hacer uso de los procedimientos agravados establecidos para tal fin, como pueden ser las mayorías parlamentarias o la intervención directa del pueblo. Por ejemplo, el profesor LUCAS VERDÚ sostiene que las reformas formales de la Constitución exigen que se supere una serie de obstáculos técnicos por causa de la rigidez constitucional, lo que impide que las realidades políticas se abran camino cuando su necesidad es urgente, ya sea porque dichos obstáculos (por ejemplo las mayorías cualificadas) le cierran el paso o porque éstos son muy lentos y retrasan las imperiosas y apremiantes incorporaciones que proponen dichas realidades. Por el contrario, las mutaciones abrevian la inclusión de dichas realidades, y por tanto logran las modificaciones requeridas sin hacer uso de los procesos de reforma, es decir, las mutaciones resuelven más eficaz y rápidamente las exigencias político-sociales del tiempo<sup>5</sup>.

En Colombia impera la teoría moderna de la mutación, pues se considera que mutación y reforma son lo mismo, sólo se diferencian porque la segunda debe cumplir con los procedimientos agravados impuestos por la Constitución. Por ejemplo, el profesor HUMBERTO SIERRA PORTO sostiene que “La mutación constitucional, en términos generales se refiere a la transformación

Porrúa, 2005, pp. 795-817. En Colombia, M. MONROY TORRES: “Etapas de la interpretación constitucional”, en la obra colectiva *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994; y H. SIERRA PORTO: *La reforma de la Constitución*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 1998.

3. Cfr. GARCÍA-ATANCE. *Reforma y permanencia constitucional*, cit., p. 97; y LUCAS VERDÚ. *Curso de derecho político*, cit., p. 145.

4. Cfr. GARCÍA-ATANCE. *Reforma y permanencia constitucional*, cit., p. 98.

5. Cfr. LUCAS VERDÚ. *Curso de derecho político*, cit., p. 145.

o modificación de un principio o precepto constitucional que ocurre sin la realización del procedimiento de reforma [...]. A efectos de esta exposición, sólo nos interesa destacar a la mutación como un mecanismo alternativo a la vía de la reforma constitucional”<sup>6</sup>.

Así las cosas, se puede comenzar por analizar los posibles problemas que genera esta postura. El primero se refiere a la falta de certeza que genera para el sistema de derechos, es decir, el hecho de que principalmente los jueces constitucionales, mediante la interpretación, pueden llevar a cabo reformas, pero bajo el ropaje de mutaciones, genera inseguridad y falta de certeza jurídica, pues lo que hoy contiene un derecho puede que mañana sea reformado por un juez mediante su decisión, incluso sin que nadie se entere, ocasionando que la Constitución pierda su poder regulador, para pasarlo a los operadores jurídicos, primordialmente al juez constitucional, por ser considerado el intérprete último de dicha norma, convirtiendo al Estado constitucional en un Estado jurisdiccional<sup>7</sup>.

Un segundo problema se refiere a la falta de justificación en relación con la tesis de que el juez constitucional tiene competencia para llevar a cabo reformas en el sistema de derechos, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución. Por el contrario, de conformidad con el título VIII, capítulo segundo de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional hace parte de la rama judicial de Colombia, y como tal, de acuerdo con el artículo 230 de la misma norma, todos los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley. La ley a la que se encuentran sometidos los jueces, en este caso la Constitución, en su artículo 374 establece que dicha norma podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo. En ninguna parte del derecho colombiano encontramos que el juez constitucional tiene la competencia para reformar la Constitución. Más aún: de conformidad con el artículo 241 de esta norma a la Corte Constitucional le corresponde garantizar la guarda, la integridad y la supremacía de la Carta; por tanto, si la Corte tiene la obligación jurídica de proteger tales cualidades, sería un contrasentido pensar que la Corte puede ocasionar reformas en contraposición con lo establecido por la misma Constitución, específicamente sobre los entes que pueden reformar la Carta, pues estaría dejando de garantizar su guarda, su integridad y su supremacía.

Un tercer problema que genera la afirmación de que una mutación tiene los mismos efectos jurídicos de una reforma, es que pone en grave riesgo al principio democrático, entendido como la prerrogativa del pueblo, en cuanto

6. Cfr. SIERRA PORTO. *La reforma...*, cit., p. 33.

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

titular de la soberanía (artículo 3.º de la Constitución), de ejercer el poder constituyente<sup>8</sup>. El artículo 374 que se citó, en el que se establece que la Constitución podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo, es una de las máximas expresiones del principio democrático, pues el pueblo a través de sus representantes como un poder constituido (el Congreso), o como un poder constituyente (la asamblea constituyente), o directamente (mediante referendo), es quien tiene la competencia para llevar a cabo reformas de la Constitución.

El inconveniente es que la teoría moderna no indica cuál es la justificación para defender la tesis según la cual por la interpretación de la Corte se pueden reformar los derechos, haciendo uso de los procesos mutativos, sin incurrir en una extralimitación de lo reglado por la Constitución. Tampoco da respuesta a los problemas que se han planteado antes.

#### B. EL CONTENIDO NORMATIVO

Otro elemento que se puede extraer de la idea inicial de mutación defendida por la teoría moderna es el referente al cambio en el contenido normativo de un derecho, como se ha visto las variaciones se hacen visibles en dicho contenido. Por tal razón, surge la pregunta: ¿Qué entiende la teoría moderna por el contenido normativo de un derecho? Los defensores de la tesis moderna no han dado una respuesta satisfactoria, es decir, no se ofrece una explicación suficiente sobre el particular<sup>9</sup>.

En Colombia no existe una profundización sobre el tema, simplemente se dice que contenido normativo es sinónimo de significado, es decir, lo que muta es el significado del derecho. Por ejemplo, el profesor SIERRA PORTO, cuando hace alusión a que la mutación modifica los principios o preceptos sostiene que: “Los términos constitucionales (el texto), permanecen, pero con un sentido diferente o con ausencia del mismo. Existe mutación constitucional cuando por el mecanismo que sea, se cambia el sentido u otorga uno distinto que se había (sic) atribuido originariamente a la Constitución [...] la mutación constitucional hace que los términos constitucionales adquieran un sentido diferente, distinto del que pretendía el constituyente o del que se utiliza de ordinario”<sup>10</sup>.

La teoría moderna de la mutación, y dentro de ella especialmente el profesor LUCAS VERDÚ<sup>11</sup>, ha tomado como base la tesis de HESSE sobre los elementos constitutivos de la noción de contenido normativo de un derecho,

8. En sentido puede consultarse a DE VEGA. *La reforma...*, cit., p. 15.

9. El cambio en el contenido normativo hace parte de la noción de mutación expuesta por PEDRO DE VEGA. Cfr. *ibíd.*, p. 182.

10. Cfr. SIERRA PORTO. *La reforma...*, cit., p. 35.

11. Cfr. LUCAS VERDÚ. *Curso de derecho político*, cit., p. 74.

en la que se sostiene que las normas que integran el derecho constitucional no son sólo mandatos abstractos que se desconectan de la realidad, pues si fuera así, estas normas quedarían en letra muerta, sólo se evitará esta situación si se entiende que la norma alcanza a la realidad histórica, es decir, donde lo explicitado en el texto normativo y aquello que está en la realidad constitucional se encuentran en armónica conexión. Dice HESSE que esta idea es plausible, si se entiende que la norma (el contenido normativo) se encuentra compuesta por esos dos elementos<sup>12</sup>.

Ahora bien: la teoría moderna no responde a la pregunta: ¿El contenido normativo es sólo lo explicitado en su texto más la realidad constitucional, sin importar que sobre él existan, por ejemplo, leyes de concreción o sentencias que lo hayan delimitado en mayor medida, o estos últimos datos no hacen parte de dicho contenido? El dar respuesta a este problema es crucial para el tema de las mutaciones, pues el contenido normativo debe ser reconocido para ser usado como punto de referencia, si se pretende corroborar la presencia de cambios o transformaciones.

### C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

Los defensores de la teoría moderna sostienen que el fundamento de la mutación es la tensión entre realidad y texto normativo, y que para solucionar tal tensión es menester entender que un derecho se encuentra compuesto por lo normativamente explicitado y por la realidad constitucional<sup>13</sup>. Ahora bien, y con el fin de poder dilucidar cuál es el concepto de mutación que ampara la teoría moderna, se debe formular la pregunta: ¿Qué se entiende por realidad constitucional? Se puede partir de una premisa, la teoría moderna no ha desarrollado tal noción con detalle (salvo en los trabajos del profesor LUCAS VERDÚ), no obstante, siempre se ha hecho referencia a la realidad constitucional como un elemento crucial para entender el fenómeno de la mutación de los derechos<sup>14</sup>.

12. Cfr. K. HESSE. *Escritos de derecho constitucional* (trad. PEDRO CRUZ VILLALÓN), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 107.

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

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

En Colombia, la cuestión de la realidad constitucional se encuentra en espera de desarrollo doctrinal, pues sólo se ha resaltado su importancia en relación con la mutación, y especialmente con la nueva función del juez constitucional, pues se considera que dicho juez es el punto de recepción de las vivencias sociales cotidianas (realidad constitucional)<sup>15</sup>, los valores presentes en una sociedad deben ser incorporados en la creación del derecho como aspiraciones e intereses culturalmente prevalecientes<sup>16</sup>.

Esto indica que hoy en Colombia no existe precisión sobre el significado de la realidad constitucional como elemento constitutivo del concepto de mutación, aunque es viable extractar algunos rasgos: se encuentra compuesta por datos sociales que se configuran como valores presentes en una sociedad y que deben ser incorporados en la creación del derecho como aspiraciones e intereses culturalmente prevalecientes. Estas pistas dadas por la doctrina colombiana no permiten tener claridad sobre dicho concepto, así que es pertinente acudir a otros defensores de la teoría moderna, con el fin de conocer si aportan más luces sobre el particular.

Como se mencionó antes, el profesor LUCAS VERDÚ ha dedicado en sus trabajos varias páginas al estudio del concepto de realidad constitucional. Este autor sostiene que dicha realidad es “un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad. Dicho de otro modo, consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola”<sup>17</sup>. También dice que la realidad constitucional se compone de elementos como los partidos políticos, los sindicatos, los grupos ecologistas, la Iglesia, los movimientos feministas, el Ejército, entre otros<sup>18</sup>.

La idea de que en caso de contradicción entre dicha realidad y el texto normativo prevalecerá ésta, produciéndose una mutación, es algo problemático. También es inconveniente sostener que realidad constitucional y realidad social representan lo mismo. Antes de pasar a lo que más interesa ahora, esto es, poner de relieve los problemas que deja sin resolver la teoría moderna sobre el significado de realidad constitucional, se debe señalar que es inadecuado afirmar que una realidad constitucional contraria a la Constitución prevalece sobre esta última; es decir, en el constitucionalismo contemporáneo es inaceptable la idea de que los hechos se imponen al derecho y que por tal

15. Cfr. MONROY TORRES. *Etapas de la interpretación...*, cit., p. 172.

16. Cfr. S. MORELLI. “Interpretación constitucional e ideología (la neutralidad del juez)”, en la obra colectiva *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 217.

17. Cfr. LUCAS VERDÚ. *Curso de derecho político*, cit., p. 78. Sobre la idea de que la realidad puede sustituir a la Constitución, puede verse NAVA GOMAR. *Interpretación, mutación...*, cit., p. 805.

18. Cfr. LUCAS VERDÚ. *Curso de derecho político*, cit., p. 79.



causa se producen mutaciones, pues entonces el concepto de mutación tendría como fundamento un elemento antijurídico, o sea contrario a derecho, como sería la realidad incompatible con la Constitución.

En relación con los problemas que presenta o deja sin resolver la teoría moderna, sobre el significado de realidad constitucional, cabe afirmar que son de diversa índole. Para comenzar, no existe claridad sobre los elementos constitutivos de dicha realidad, es decir, no se sabe si ésta se refiere a hechos reales ocurridos en la sociedad, como por ejemplo la aparición y el uso de sistemas avanzados de información como Internet, o si dicha realidad se refiere a la ideología reinante en un momento determinado, por ejemplo cuando se cree que la segregación racial se encuentra ajustada a derecho. Por ende, tampoco se sabe si se refiere a estos dos tipos de realidades (hechos e ideologías) o si incorpora otros tipos diferentes.

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

Igualmente existen dudas de cómo darle tratamiento a la realidad constitucional vista desde un punto de vista temporal, es decir, si se le puede dar el nombre de realidad constitucional al momento histórico que dio origen a la norma al instante de la intervención del constituyente, y si los hechos que existen cuarenta años después de la promulgación de dicha disposición, y que son diferentes de los que le dieron origen, también se pueden arropar bajo la figura de la realidad constitucional, lo que implicaría la existencia de varias clases de realidades, todas constitucionales. Sobre este punto tampoco se da ninguna respuesta.

#### D. LA CLASE DE CAMBIO EN EL CONTENIDO NORMATIVO

El último elemento que hace parte de la idea de mutación suscrita por la teoría moderna, y que se pretende analizar, hace referencia a la noción del cambio en dicho contenido normativo. Sobre el particular, se puede afirmar que dicha teoría tampoco dice nada al respecto. El problema es que si se

deja el elemento *cambio* en el contenido normativo en un sentido general, el concepto de mutación pierde toda autonomía, pues un cambio en el contenido de un derecho también se produce por causa de una interpretación constitucional, lo cual conduce a afirmar que mutación e interpretación se confunden, actúan en el mismo espacio o ámbito<sup>19</sup>.

Un ejemplo aclara mejor el problema que subyace, y sería el caso en el que existe una disposición que establece que el publicar fotos comprometedoras, tomadas dentro del domicilio de personas no consideradas públicas sin su autorización, en los periódicos y en las revistas, se configura como una violación a su derecho a la intimidad. Y veinte años después, el mismo juez, en un caso de idénticas características, resuelve que se configura una violación al derecho a la intimidad, de las personas no públicas, el publicar fotos comprometedoras tomadas en su domicilio sin su autorización, no sólo en los periódicos y en las revistas, sino también en Internet.

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

Finalmente, en adición a los problemas que deja sin resolver la teoría moderna, se considera que, en principio, existe una posible incompatibilidad entre dicha teoría y tres de las bases esenciales del Estado constitucional: los postulados de supremacía, rigidez y fuerza normativa de la Constitución. De comprobarse tal incompatibilidad, el concepto de mutación defendido por la teoría moderna será inadmisibles en el plano del derecho constitucional colombiano. Para conocer si tal afirmación es cierta, o si por el contrario dicha incompatibilidad es aparente, es necesario someter a crítica el concepto de mutación descrito aquí, bajo los parámetros de estos postulados básicos. Es decir, se quiere seguir ahora un argumento expuesto por BÖCKENFÖRDE, donde sostiene que en el actual Estado constitucional, el significado de la

19. Este error es evidente en NAVA GOMAR. *Interpretación, mutación...*, cit., p. 810.

mutación no se puede quedar sólo en su delimitación, sino que debe atender a su auténtico problema: el de su admisibilidad<sup>20</sup>.

## II. LA TEORÍA MODERNA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN

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

### A. FUERZA NORMATIVA

Hoy la Constitución es una norma con carácter jurídico, de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos de un estado, y, por ello, el proceso político queda así sometido a sus reglas. Al respecto, HESSE sostiene que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta cuando la tarea que plantea es asumida por las autoridades, cuando regula o determina la conducta humana, cuando se decide a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o agresión, cuando en la conciencia de los responsables de la vida del Estado se encuentra viva. Tiene fuerza normativa cuando los titulares del poder actúan bajo la voluntad de la Constitución y no bajo la voluntad de poder<sup>21</sup>.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que “Ninguna autoridad pública puede desconocer el valor normativo y la efectividad de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas. Todas las

20. Cfr. E. BÖCKENFÖRDE. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (trad. RAFAEL DE AGAPITO SERRANO), Madrid, Trotta, 2000, p. 193.

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

autoridades, sin excepción, deben proteger y promover su cumplimiento y respeto [...]”<sup>22</sup>. El fundamento constitucional del principio de la fuerza normativa se encuentra en varios artículos de la Constitución; por ejemplo, en su artículo 4.º se establece que “[...] En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes [...]”.

Ahora bien: descrito el significado de fuerza normativa, es pertinente ver su relación con el concepto de mutación de la teoría moderna. Como se ha señalado antes, el problema se circunscribe a que mutación y reforma tienen los mismos efectos. Bajo esta premisa un juez constitucional tiene ahora la competencia para llevar a cabo reformas en el sistema de derechos, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución. Por tanto, la tesis de la teoría moderna pone en peligro el principio de la fuerza normativa, ya que procura que se actúe bajo la voluntad del poder y no bajo la voluntad de la Constitución, pues recuérdese que lo que la Carta de 1991 consagra es que el poder de reforma resida en el pueblo. Así las cosas, la teoría moderna de la mutación en la explicación del ámbito de la mismas, esto es al darles el mismo efecto de una reforma, fracasa, pues intenta que el proceso de reforma quede por fuera las reglas de la Constitución. Es decir, dicha teoría impide que la Constitución se proyecte sobre la tarea de las autoridades, o más bien obstaculiza que el orden superior se imponga, trasladando tal poder a los operadores jurídicos, especialmente al juez constitucional, como intérprete último de los derechos.

## B. SUPREMACÍA

La idea de supremacía constitucional implica que las restantes normas que integran el orden jurídico deben actuar acorde con la Norma Superior, pues ésta determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos por medio de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y los litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Corte Constitucional ha dicho al respecto:

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos –Congreso, ejecutivo y jueces– se identifica

22. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-006-92 (MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, “norma normarum” [...]”<sup>23</sup>.

Con base en el significado jurídico del principio de supremacía, es posible entender, de manera sintetizada, que la Constitución es la norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento de un estado; por lo tanto, todas las demás normas estarían sometidas a su poder, y se encontrarían en un rango inferior: la ley, los reglamentos y demás normas que conforman el sistema de fuentes formales del derecho. De la norma superior emana la regulación sobre quién, cómo y mediante cuál procedimiento se crea el derecho. También es la fuente superior del ordenamiento jurídico; todas las normas subordinadas deben estar acordes con los parámetros impuestos por la Constitución. Una norma de rango inferior que contradiga sus postulados debe considerarse inconstitucional<sup>24</sup>.

Ahora bien: retomando la idea de la teoría moderna que sostiene que reforma y mutación tienen los mismos alcances, la cuestión deviene problemática. Si se acepta que los operadores jurídicos pueden reformar el sistema constitucional, se estará permitiendo que la supremacía se predique de los operadores y no de la Carta de 1991, la cual consagra que el poder de reforma reside en el pueblo. Es decir, tomando como referencia al juez constitucional como uno de los más importantes operadores jurídicos, su función de reforma (encubierta en el ropaje de mutación) se erigirá en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos (Congreso, ejecutivo y jueces) se identificaría con referencia a la actividad jurisprudencial de la Corte, y no se reconocerían dichos actos como derecho si desconocen criterios de validez impuestos sólo por esta jurisdicción. Por tanto, la labor de la Corte sería la *norma normarum*, lo que significa que la tesis de la teoría moderna de la mutación borraría de plano el principio de supremacía de la Constitución.

### C. RIGIDEZ

En la Sentencia C-222 de 1997 la Corte Constitucional recuerda que la Constitución de 1991 no impide las modificaciones ni los ajustes por los

23. Ídem.

24. Cfr. I. DE OTTO. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 86 y ss.

cambios en la realidad que se pueden presentar, pues en la Carta se ampliaron las posibilidades de introducirlos, consignando expresamente, además de la del Congreso, dos vías que no se hallaban previstas en el artículo 218 de la Constitución de 1886. No obstante, dice la Corte que con independencia del procedimiento que se utilice, lo cierto es que la Constitución, al establecer requisitos y trámites más complejos que los previstos para la modificación de las leyes, preserva una estabilidad constitucional mínima, que resulta incompatible con los cambios improvisados o meramente coyunturales que generan constante incertidumbre en la vigencia del ordenamiento básico del Estado<sup>25</sup>.

Según BRYCE, a diferencia de las constituciones flexibles, las constituciones rígidas poseen una fuerza superior a la de las otras leyes del Estado, y deben ser modificadas por procedimientos diferentes, más agravados, de aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes<sup>26</sup>, para dar seguridad a la forma de gobierno preexistente, a los derechos fundamentales de los ciudadanos y, también, para limitar la acción de los gobernantes<sup>27</sup>.

Ahora bien: la Constitución rígida es elástica o flexible cuando tiene la capacidad de adecuarse, mediante la interpretación, a los cambios históricos y a la diversidad de situaciones sociales; es decir, las reglas constitucionales no son cerradas, sino, por el contrario, abiertas, para que el intérprete las haga funcionales. En otras palabras, se podría sostener que el concepto de elasticidad de la Constitución se refiere a que las mismas normas, creadas para regular un momento histórico determinado, pueden ordenar situaciones futuras sin necesidad de ser sustituidas por otras nuevas, pues ellas, mediante la interpretación, poseen la virtud de ajustarse a las nuevas circunstancias. Las normas constitucionales son flexibles cuando su contenido normativo se puede poner en relación con los condicionamientos sociales. Según HESSE, “La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa”<sup>28</sup>.

La flexibilidad o apertura de las normas constitucionales no afecta al concepto de rigidez, pues la Constitución debe poseer la virtud de adaptación a los cambios históricos, a las variaciones en las relaciones de los sujetos vitales del Estado. La regulación de los incesantes cambios le da posibilidad de preservar la vida de la comunidad, sin encontrarse con espacios incontrolables o impenetrables. Por el contrario, una Constitución que no goza de amplitud o flexibilidad tiene dos opciones para estar acorde con los

25. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-222-97 (MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

26. Cfr. J. BRYCE. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (1884) [no consta traductor], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 64.

27. Ídem, p. 69.

28. Cfr. HESSE. *Escritos...*, cit., p. 74.

cambios: ser reformada constantemente o sufrir variaciones al margen de la norma (como es el caso de la tesis sobre la mutación que defiende la teoría moderna). El primer caso se refiere al procedimiento de “revisión constitucional”; el segundo caso, al fenómeno denominado “quebrantamiento de la Constitución”<sup>29</sup>.

De todo ello, cabe sostener que una Constitución puede ser rígida sin dejar de ser elástica. Para ser reformada puede contener requisitos: mayorías cualificadas en el Parlamento, o intervención del pueblo para ratificar los cambios mediante el referendo; pero estas garantías no necesariamente deben afectar la posibilidad, que tiene la norma, de regular los constantes cambios. Una característica fundamental de la Constitución es su apertura o flexibilidad, pues gracias a ella puede regular situaciones futuras. En suma, una Constitución cumple su objetivo, como orden jurídico supremo de la vida del Estado y la comunidad, cuando deja espacios abiertos para poder operar, siempre, de acuerdo con el dinamismo de la historia, y, a su vez, contiene obstáculos, en forma de procedimientos agravados, para su reforma.

El complemento armónico y simultáneo entre elasticidad y estabilidad permite a la Constitución estar vigente, ser vinculante, dinámica y eficaz. No obstante, no se debe olvidar que la elasticidad o flexibilidad de una norma constitucional tiene unos límites. Es decir, una norma de la Constitución puede, mediante la interpretación, estar coordinada con una nueva situación que antes no existía, generando una mutación, pero siempre y cuando el proceso hermenéutico haya respetado los límites constitucionales. Al respecto HESSE afirma: “Ello implica el que, con el cambio de las relaciones de hecho, la interpretación de la Constitución también pueda cambiar, tenga incluso que cambiar. Pero al mismo tiempo en la vinculación de toda interpretación constitucional al sentido de la regla normativa radica el límite [...]”<sup>30</sup>.

La única forma posible de aceptar que una mutación no atenta contra el principio de rigidez constitucional se encuentra en la idea de rechazo a toda tesis que pretenda asemejar una mutación a un proceso de reforma. Por tal razón, la tesis de la teoría moderna de la mutación que les asigna a las normas constitucionales los mismos efectos jurídicos que a la reforma supone una violación al principio de rigidez constitucional.

### III. LA TEORÍA DINÁMICA-NORMATIVA DE LA MUTACIÓN

Antes de comenzar con su respectivo análisis, es pertinente decir que esta teoría es una tesis minoritariamente representada en la doctrina; sin embargo, es la

29. Una clasificación de los conceptos derivados de la Constitución se encuentran en: C. SCHMITT. *Teoría de la Constitución* (1928) (trad. FRANCISCO AYALA), tercera reimpression, Madrid, Alianza, 2001, pp. 115-134.

30. Cfr. HESSE. *Escritos...*, cit., p. 74.

postura que aquí se quiere defender, ya que se considera como la propuesta que puede dar respuesta a los problemas que presenta la teoría moderna, y la que mejor relación tiene con los postulados fundamentales del actual Estado constitucional colombiano, y para ello es necesario desechar algunas ideas que antes se han criticado y replantear otras. Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto y valorado de la teoría moderna de la mutación, es posible partir de algunas premisas que permiten presentar un punto de partida.

Lo primero es decir que se está de acuerdo con el fundamento de la mutación expuesto por la teoría moderna, esto es, se suscribe que el estudio jurídico del concepto de mutación de los derechos debe ser emprendido bajo una conexión entre derecho constitucional explicitado en el texto (faceta normativa del concepto de mutación) y realidad constitucional (faceta dinámica del concepto de mutación); no obstante, se rechaza la posibilidad de que lo fáctico se imponga al derecho, y para ello es básico considerar que dicha realidad hace parte constitutiva del derecho mismo, es decir, los cambios en la realidad constitucional que provocan mutaciones no son extrajurídicos, sino que dicha realidad hace parte de la norma y, por tanto, debe ser considerada como jurídica.

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

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



## A. EL ÁMBITO DE LA MUTACIÓN

Se considera que elaborar un estudio de las mutaciones, a partir de la idea de que éstas son un mecanismo de reforma informal, es decir, un procedimiento que no cumple los procedimientos agravados de reforma establecidos en la Constitución, es un error. La Constitución única y exclusivamente puede ser reformada por los sujetos y por los procedimientos establecidos por ésta para tal fin. Si se admitiera que esta norma puede ser reformada por otros procesos distintos de los ya mencionados, se estarían desconociendo las bases fundamentales del orden fundamental de un estado, como son las ideas esenciales de fuerza normativa, rigidez y supremacía de la Constitución, y por tanto se vaciaría de todo sentido y contenido normativo.

Lo anterior se puede explicar bajo la teoría de los límites. Esto significa sostener que un acto de reforma, llevado a cabo bajo los términos establecidos normativamente, debe introducir cambios que normalmente se encuentran fuera de los límites constitucionales normales, pues ese es su objetivo. Se habla de límites normales con el fin de diferenciarlos de los límites especiales, es decir, el mismo procedimiento de reforma tiene unas zonas vedadas, como son, por ejemplo, las cláusulas de intangibilidad<sup>31</sup>, entre otras. Estas materias son intocables por los procesos de reforma; no obstante, “todo lo demás” podría ser reformado por los órganos competentes y con la debida observancia de los sistemas agravados. Esto último también depende de la teoría de los límites de la reforma constitucional que se mantenga, ya sean límites explícitos, implícitos, etc.

Por su parte, las mutaciones sólo operan para producir cambios materiales pero siempre dentro de un límite: la Constitución. Este sistema de producción de cambios sólo puede desarrollarse dentro de estos límites impuestos, y lo que se haga más allá debe ser considerado como un caso de violación o quebrantamiento de la norma. Para diferenciar a los procesos mutables de los procesos de reforma debe aclararse que una mutación nunca puede ubicarse o disponer del campo o del espacio que antes se ha denominado “todo lo demás”, pues esa zona está fuera de los límites establecidos para las mutaciones, es un ámbito en el que sólo pueden operar los procedimientos de reforma, por tanto, el lugar de las mutaciones es el marco constitucional.

La mutación es un mecanismo jurídico y no extrajurídico, pues se produce dentro del contexto y ámbito constitucional. Las reformas sólo pueden proceder de acuerdo con los procedimientos agravados establecidos por la Constitución. El problema es que para la teoría moderna esto no resulta claro; por ejemplo, GARCÍA-ATANCE sostiene que las reformas a la Constitución que se llevan a cabo por medios diferentes de los agravados establecidos por la Constitución no son violatorios de ésta, sino que sólo son actos arriesgados<sup>32</sup>.

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

32. Cfr. GARCÍA-ATANCE. *Reforma y permanencia constitucional*, cit., p. 110.

Afirmación que de acuerdo con lo expuesto y demostrado en este trabajo, se torna inadmisibile en el sistema colombiano.

Ahora bien: lo importante ahora es determinar si con esta postura diferente sobre el ámbito de las mutaciones se logran superar los problemas que la teoría moderna dejó sin resolver. El primer problema, como se dijo, se refiere a la falta de certeza que genera para el sistema la posibilidad de que los operadores jurídicos reformen. El segundo se ciñe a la falta de justificación en relación con la tesis de que, por ejemplo, el juez constitucional, tenga competencia para desarrollar reformas en el sistema, sin estar dicha competencia consagrada en la Constitución. El tercero se circunscribe a que pone en grave riesgo el principio democrático, entendido éste como la prerrogativa del pueblo, en cuanto titular de la soberanía de ejercer el poder constituyente.

Estos tres problemas en conjunto, se presentan como resueltos desde la tesis de la teoría dinámica-normativa, pues al considerarse que la mutación es un proceso que se mueve dentro del ámbito de los límites constitucionales, la inseguridad o falta de certeza desaparece, pues el juez se encuentra sometido al derecho y sólo tiene competencia para actuar dentro de ese marco, no puede reformar el sistema, así que no es necesario justificar su competencia para reformar, pues no la posee. Así mismo, no atenta contra el principio democrático, ya que el pueblo y no otro (los operadores jurídicos) sigue teniendo el poder constituyente.

## B. EL CONTENIDO NORMATIVO

El problema que dejó sin resolver la teoría moderna de la mutación, en relación con la noción de contenido normativo, se refiere a su falta de delimitación en dos sentidos: no explica en qué consiste y no establece cuáles son sus elementos constitutivos. Entonces es viable comenzar por sostener que la noción de contenido normativo representa todo aquello que hace parte de un derecho en su esfera jurídica, es decir, éste se encuentra constituido por todos sus elementos jurídicos; en otras palabras, el contenido normativo está integrado por todas las piezas jurídicas que componen un derecho. Por tal razón, la idea de contenido normativo representa la naturaleza y la esencia de los derechos y, por ende, permite determinar lo que jurídicamente hace parte y lo que no hace parte de ellos.

Esta primera aproximación al significado del contenido normativo no dice mucho sobre lo que realmente éste representa; no obstante, permite, por lo menos, formular una pregunta: ¿Cuáles son los elementos que componen un derecho? La respuesta no puede ser categórica, pues esto depende de varias facetas evolutivas de la norma, es decir, depende del grado de desarrollo o concreción al que haya sido sometida.

En una etapa avanzada de desarrollo de un derecho, su contenido normativo normalmente se encuentra integrado por los valores y principios

constitucionales, por lo que expresa el texto de la disposición en particular (el enunciado), por las otras disposiciones constitucionales relacionadas, por el bloque de constitucionalidad, por la ley de concreción, por las demás normas relacionadas ya sean legales o infralegales, por las sentencias sobre el particular y, por supuesto, por la realidad constitucional.

Cualquier operador jurídico que pretenda conocer dicho contenido obtendrá respuesta en la unión de los elementos desarrollados<sup>33</sup>. En una etapa avanzada de desarrollo o concreción de la norma constitucional, es mucho más perceptible la presencia de mutaciones, pues existe un contenido normativo previo y explicitado que sirve de referente para contraponerle la descripción de una nueva situación constitucional que puede producir un cambio intenso en este contenido previamente existente. Lo que se pretende resaltar con la descripción de algunos de los elementos que constituyen el contenido normativo de un derecho es la necesidad de la existencia de una referencia normativa explícita, para confrontar la presencia de un cambio intenso o radical en dicho contenido (es decir, lo que existía antes y lo que existe ahora).

Ahora bien: la noción de contenido normativo aquí expuesta permite afirmar que un derecho está compuesto por dos grandes elementos: lo jurídicamente positivado (el enunciado normativo constitucional, ley de concreción, otras normas relacionadas, las sentencias en particular, entre otros) y la realidad constitucional (hechos prácticos e ideología<sup>34</sup>). Tal vez el primer componente no presenta mayores inconvenientes a la hora de ser aceptado por la doctrina, pues todo operador jurídico se encuentra vinculado por el imperio del derecho. Ahora bien: el segundo elemento es más problemático y, por ende, merece ser estudiado con más detenimiento.

### C. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

La teoría moderna de la mutación dejó varios problemas sin resolver, en relación con la figura de la realidad constitucional. El primero es que no existe claridad sobre los elementos que la constituyen, es decir, no se sabe si ésta se refiere a hechos reales o a la ideología reinante en un momento determinado.

33. El contenido normativo de una norma constitucional se nutre de las diferentes fuentes del derecho que se hayan puesto en marcha en relación con dicha norma. Sobre las fuentes del derecho en Colombia, se puede consultar a SIERRA PORTO. *Conceptos y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 43 a 69.

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

El segundo problema se refiere a que no se encuentra bien delimitada, ya que no se conoce si se acepta una realidad constitucional *contra constitutionem*<sup>35</sup>. El tercero se ciñe a que no se sabe si la realidad constitucional se refiere al momento histórico que dio origen a la norma, o si también acoge los momentos posteriores.

En este trabajo se ha defendido que debe existir una conexión entre la realidad y lo normativamente explicitado, y que esta realidad se encuentra acogida por el derecho. En Colombia resulta fundada y justificada la imperiosa necesidad de dicha conexión, especialmente en el proceso interpretativo. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que “Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme instauración de un orden justo, fundado en el respeto y efectividad de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el estado social de derecho”<sup>36</sup>. De lo expuesto en este epígrafe, surgen algunas preguntas: ¿A qué realidad se está refiriendo: a cualquier realidad o a una específica? ¿Los derechos predeterminan ciertas realidades, o todas ellas son bienvenidas?

La realidad social es todo aquello que acontece, ocurre o se realiza dentro de un grupo de personas, en un tiempo y espacio geográfico determinado; se puede decir, por ejemplo, que es todo lo que sucede en un Estado. Dicha realidad se nutre del conjunto de relaciones interpersonales que surgen de manera espontánea entre los seres humanos en relación con otros seres humanos o en relación con la naturaleza. Es un concepto que tiene implicaciones sociológicas, políticas, económicas, jurídicas, etc. Es decir, se mueve en un contexto muy amplio. Se habla así del desempleo, de la violencia, del bajo índice de natalidad, como realidades sociales.

Ahora bien: el derecho constitucional no es sólo lo que dicen las normas en el texto<sup>37</sup>, sino que también está compuesto por los hechos sociales reales que operan en una colectividad; es decir, la disposición constitucional está compuesta por dos elementos: uno literal normativo y otro fáctico normativo. Estos dos elementos se complementan armónicamente para conseguir la eficacia del derecho, pues pretenden evitar un conflicto entre el “deber ser” y el “ser”. Una norma constitucional cumple su función de orden del Estado cuando regula las situaciones vitales que en él se presentan, esto es, cuando lo positivado logra una conexión con su realidad. El elemento textual atiende a lo reglado por la disposición, y el elemento fáctico se refiere a la realidad constitucional, pero aunque ambos representan cualidades diferentes, los

35. NÉSTOR SAGÜES, desde la teoría moderna, justifica las realidades *contra constitutionem* como fuentes de la mutación. Cfr. SAGÜÉS. *La interpretación judicial...*, cit., p. 77.

36. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-223-92 (MP: CIRO ANGARITA BARÓN).

37. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-479/92 (MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

dos conforman una sola sustancia: la norma constitucional. Es decir, ambos son normativos.

Según lo anterior, la realidad constitucional se refiere a la parte de la norma que contiene los hechos reales sociales, es decir, la conducta humana. Si el derecho constitucional resulta desvinculado de tales conductas, será irrealizable. La realidad que una norma constitucional debe incorporar se llama “realidad constitucional”, y está contenida en el “ámbito normativo” de la misma norma<sup>38</sup>. En la teoría de HESSE (basada en la de su discípulo F. MÜLLER<sup>39</sup>), el contenido normativo de un derecho está conformado por el “programa normativo” que es el texto de la norma, y por el “ámbito normativo” que contiene la realidad constitucional.

En este orden de ideas, cabe sostener que al interpretar y tener en cuenta sólo lo dicho textualmente por la norma no se logra la efectividad y la realización del derecho constitucional, por tanto, es necesario acudir a los datos del “ámbito normativo”, es decir, a los datos reales del caso concreto y del contexto histórico. No obstante, estos datos o hechos (la realidad constitucional) deben estar acordes con los contenidos del “programa normativo” (lo reglado en el texto de la norma), pues de lo contrario se llegaría al error de incorporar una realidad inconstitucional<sup>40</sup>. HESSE sostiene que el intérprete debe encontrar el contenido de una norma partiendo del momento histórico en el que vive, el cual le ha dado una precomprensión que le condiciona su mentalidad, sus conocimientos y prejuicios<sup>41</sup>. La norma, para definir sus conceptos, parte del sentido real (social) de los mismos.

Retomando la idea de HESSE de que la norma constitucional está conformada indisolublemente por el “programa normativo” (lo regulado por el texto de la norma) y por el “ámbito normativo” (los hechos reales sociales), se obtiene la idea de que la realidad constitucional debería encontrarse ubicada estructuralmente en la parte que respecta al “ámbito normativo” de la norma, pues es allí donde la faceta dinámica del Estado y de la colectividad encontrarían cabida. En otras palabras, se puede sostener que la realidad constitucional hace parte del ordenamiento supremo del Estado, pues es un elemento constitutivo de la estructura de las normas constitucionales y se encuentra contenida específicamente en el denominado “ámbito normativo”<sup>42</sup>.

La idea de realidad social como sinónimo de realidad constitucional no es correcta, pues no toda realidad social, es decir, no todo lo que se genera

38. Sobre el particular véase HESSE. *Escritos...*, cit., pp. 28-30.

39. Cfr. F. MÜLLER. “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídica” (trad. LUIS VILLACORTA), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n.º 27, septiembre-diciembre de 1989.

40. Ver HESSE. *Escritos...*, cit., p. 47.

41. Ídem. p. 44.

42. La tesis de HESSE sobre el concepto de mutación, en la cual se basa gran parte de la postura que aquí se sostiene, ha sido defendida en Colombia por la doctrina; puede consultarse en especial a MONROY TORRES. *Etapas de la interpretación...*, cit., pp. 170 a 182.

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

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

Al respecto, GONZÁLEZ TREVIJANO sostiene que mediante la introducción y afirmación del concepto de realidad constitucional es posible entender correctamente el tema de la mutación como intérprete, complemento, modulación o alteración de lo preceptuado en el texto de las normas, posibilitando en la mayoría de las ocasiones la deseada adecuación de la Norma Superior a las nuevas exigencias políticas y sociales que todo acontecer histórico impone sin remedio<sup>43</sup>. Hasta aquí se ha realizado un análisis que se puede

43. Cfr. P. GONZÁLEZ TREVIJANO. *La costumbre en derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989, pp. 403-405.

denominar formal, pues se ha intentado deslindar ámbitos espaciales entre los conceptos de realidad social y constitucional, y se han realizado algunas mínimas apreciaciones a cuestiones materiales de este último concepto, sin ir al fondo del asunto en su faceta sustancial. Por tanto, es pertinente preguntarse qué elementos o situaciones están detrás de esos cambios históricos, o qué circunstancias provocan transformaciones en la realidad constitucional que inducen a la producción de mutaciones.

Como se ha visto, en el derecho constitucional colombiano la noción de realidad constitucional y específicamente sus elementos constitutivos se circunscriben al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país<sup>44</sup>. No obstante, esta tesis es muy general para darla como una solución idónea a la pregunta que se plantea. En este orden de ideas, se puede comenzar por recordar que los derechos son el fruto de un proceso social y político, en el que se consolidan, mediante la positivación, los valores e ideas predominantes de un grupo específico y en un momento histórico determinado, con el fin de lograr una convivencia pacífica y digna.

Así las cosas, detrás de las disposiciones explicitadas en un texto constitucional se encuentra una ideología fundante que representa una visión del mundo de la colectividad. Por ejemplo, cuando se opta en un estado por defender, desde la normatividad, la judicatura y la doctrina, un sistema jurídico en el que la neutralidad del juez es un elemento preponderante, o que el derecho no debe contaminarse de otras disciplinas sociales, en beneficio de la certeza y de la seguridad jurídica, porque así se logrará una convivencia pacífica y digna, ello no es otra cosa que la escogencia de una ideología jurídica basada en los valores e ideas relevantes y comunes del grupo social donde dicho sistema va a desplegar sus efectos jurídicos<sup>45</sup>.

Teniendo en cuenta esta afirmación, cabe sostener que las normas constitucionales desde un punto de vista formal se encuentran ubicadas en la cúspide del ordenamiento jurídico, por virtud de su estatus constitucional, pero desde un punto de vista axiológico éstas representan el conjunto de valores y aspiraciones comunes y consolidados de la sociedad que son considerados idóneos para la organización del sistema en paz y dignidad. Por ejemplo, sobre la dignidad humana como un valor básico, la Corte ha dicho que: “[...] El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es, en consecuencia, un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales [...]”<sup>46</sup>.

44. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-223-92 (MP: CIRO ANGARITA BARÓN).

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

46. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-465/96 (MP: FABIO MORÓN DÍAZ).

Por esta razón, cabe decir, en respuesta a la pregunta planteada, que detrás de los cambios históricos (cambios en la realidad constitucional) se encuentran los cambios en la ideología fundante, es decir, la transformación de los valores y las ideas del grupo social. Esta idea de que las normas constitucionales tienen un fundamento axiológico, especialmente los derechos, se encuentra avalada por la Corte Constitucional, la cual considera, desde el análisis del principio de supremacía, que dicho fundamento se hace presente. Al respecto dice que “La supremacía de la Constitución, esto es, la posición de privilegio que ese texto ocupa en el ordenamiento jurídico del Estado, obedece no sólo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen y de los cuales derivan su validez las demás normas positivas, sino también, a la circunstancia de proyectar la ideología y filosofía política, social y económica que finalmente dirige y orienta las relaciones internas de los gobernantes y gobernados como integrantes activos de la comunidad estatal”<sup>47</sup>.

Desde la lectura de los enunciados de un derecho y del momento histórico, es plausible extraer una realidad constitucional predeterminada, ya sea la originaria o la que se tiene como expectativa, esto es, como una posibilidad. Lo anterior, si se entiende que esta realidad constitucional debe ser verificable, es decir, comprobable como cierta. Entonces, el concepto de realidad constitucional tiene dos perspectivas: la originaria y la expectante, que deben ser analizadas.

### *1. Realidad constitucional originaria*

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

### *2. Realidad constitucional expectante*

Se refiere a aquella parte de la realidad social que puede ser acogida jurídicamente en un futuro por estar acorde con los mandatos constitucionales, es

47. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-562-00 (MP: VLADIMIRO NARANJO MESA).



decir, puede ser reconocida como parte del contenido normativo, pero que no se conoce hoy, sino que existe una expectativa de que pueda presentarse debido a la naturaleza dinámica y cambiante de las relaciones sociales. En este caso también operan los dos elementos de la realidad constitucional que se mencionaron anteriormente, esto es, los hechos prácticos y el fundamento ideológico<sup>48</sup>.

La realidad constitucional expectante presenta el espacio idóneo para la presencia de mutaciones, pues debido a la dinámica social, el fundamento ideológico de una norma puede cambiar, produciendo nuevos hechos prácticos y por tanto una transformación en la realidad constitucional que a su vez generaría un cambio intenso o radical en el contenido normativo<sup>49</sup>. Puede también suceder que el fenómeno mutacional se origine por el cambio en los hechos prácticos de una sociedad, y que ella considere ideológicamente que dichos hechos son jurídicamente correctos. No obstante, se considera en este escrito que el elemento determinante de cara a las mutaciones es el ideológico, pues cuando éste cambia puede producir cambios en los hechos prácticos, o cuando los hechos prácticos han cambiado éste los puede avalar.

Por ejemplo, en España, el derecho al matrimonio se predicaba de la unión entre un hombre y una mujer (fundamento ideológico originario); no obstante, por una transformación en la realidad constitucional, ahora la comunidad encuentra que es jurídicamente correcto que dicho derecho se extienda también entre las personas del mismo sexo (fundamento ideológico nuevo)<sup>50</sup>, lo que generó una mutación del derecho al matrimonio, el cual permitía esta nueva realidad por estar acogida, de manera expectante, en la Constitución.

#### D. LA VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Este acápite tiene su fundamento en un cuarto problema que presenta la tesis de la realidad constitucional, defendida por la teoría moderna. Éste se circunscribe a la idea de que sólo el cambio en la realidad constitucional es promotora de mutaciones. Desde la teoría dinámica-normativa, a diferencia de la teoría moderna, se considera que existen dos causas de mutaciones: el cambio en la realidad constitucional y el cambio en el criterio jurisprudencial. Se indicó que la primera causa de producción de mutaciones es la variación de la realidad constitucional. Ahora se quiere analizar la segunda causa de

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

49. La profesora MORELLI denomina estos cambios como cambio de los valores que conforman la visión del mundo. Cfr. MORELLI. *Interpretación constitucional...*, cit., p. 227.

50. En este sentido, ver la Ley 13/2005 sobre la reforma del matrimonio en España.

producción de mutaciones. Ésta se refiere a la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, esto es, una realidad en sentido fáctico que no ha cambiado, una realidad que sigue siendo la misma.

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

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

Pasados diez años, llega un nuevo caso a dicha corte, en el que ésta se ve obligada a retomar el tema de la igualdad de género. Lo primero es dar una mirada a la situación social, lo que le permite concluir que las desigualdades siguen siendo las mismas y, por tanto, no se ha cumplido de manera correcta el mandato constitucional. Así las cosas, se ve en la necesidad de cambiar de criterio jurídico, pues la desafortunada realidad se impone. Esta corporación considera ahora que el criterio utilizado para definir el derecho de igualdad de género, como que hombres y mujeres son iguales ante la ley, es insuficiente,

así que decide cambiarlo. Ahora la jurisprudencia constitucional sostiene que esa disposición constitucional significa que hombres y mujeres son iguales ante la ley, pero que el legislador debe tomar medidas para aplicar leyes que logren una discriminación positiva en favor de las mujeres, pues la mayor desigualdad es tratar a los dos como iguales, cuando no lo son, pues las mujeres pertenecen al grupo de los discriminados laboralmente.

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

La tesis que se defiende encuentra pleno respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ésta ha establecido que la autonomía interpretativa del juez se materializa al atribuirle plenas atribuciones para modificar los criterios jurisprudenciales que la han inspirado anteriormente, con el fin de obtener progresos efectivos en la aplicación del derecho<sup>51</sup>.

#### E. EL CAMBIO INTENSO EN EL CONTENIDO NORMATIVO

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

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

mutación como un cambio intenso o radical en el contenido normativo de un derecho y no se debe plantear desde la óptica de cambio en general.

Así las cosas, el concepto de cambio intenso o radical hace parte de la misma noción de mutación de los derechos. Sostener que una mutación de los derechos significa un cambio en el contenido normativo de una disposición, sin que ésta sufra cambios en su literalidad, es algo incompleto y por tanto incorrecto. Es incorrecto este concepto, debido a que por esta vía se pueden introducir y aceptar, como acordes con el derecho, todo tipo de cambios, esto es, transformaciones tanto lícitas como ilícitas (violaciones o quebrantamientos); en este último caso nos referimos a situaciones inaceptables. Y es incompleto también porque no todo cambio lícito en el contenido normativo de un derecho es una mutación, sólo pueden tener esta calidad los cambios de carácter intenso o radical, pues de lo contrario mutación e interpretación creativa, evolutiva o extensiva serán lo mismo.

Esto ya de entrada pone en evidencia el hecho de que existen cambios normales y cambios intensos o radicales. Las mutaciones de los derechos son casos donde se presenta una fuerte intensidad, o mejor, son aquellas situaciones de la aplicación del derecho a casos en que los derechos sufren cambios radicales en su contenido normativo, normalmente producidos por causa de las variaciones en la realidad constitucional expectante, y que generan nuevas e inesperadas posiciones iusfundamentales, siempre dentro del marco constitucional.

Este análisis lleva al punto que más interesa ahora, esto es, a la idea de “intensidad” como factor diferenciador, es decir, la noción de “intensidad” permite dotar al concepto de mutación de un espacio y una identidad propia; si no se hiciera uso de ella, el concepto se difuminaría dentro del concepto de interpretación. Cuando se hace referencia a “procesos normales” o a “procesos intensos o radicales” se está haciendo una diferenciación de grado; es decir, se marca la línea divisoria a partir de una mayor o menor fuerza o efecto en la realización del cambio en el contenido normativo de un derecho fundamental.

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

no un cambio en la ideología o forma de comprender el significado jurídico del derecho a la intimidad.

Ahora bien: un caso que ya se puso de manifiesto anteriormente de mutación de un derecho, es decir, donde se observa un cambio intenso en su contenido normativo, por virtud del reconocimiento de una realidad constitucional que era expectante, es el caso español en el que mediante la Ley 13/2005 se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, con base en el artículo 32 de la Constitución que establece que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Esta situación es un caso típico de mutación y, por tanto, de un cambio intenso o radical en el contenido normativo del derecho a contraer matrimonio, ya que dicho derecho reposaba antes en una realidad originaria, previa a la misma positivación, que atendía a principios morales influenciados por la Iglesia católica, en donde se considera que el matrimonio es sólo predicable entre un hombre y una mujer; es decir, era una institución que había perdurado por siglos con este significado.

La nueva situación cumple con los dos requisitos de la mutación, pues por un lado tiene en cuenta que los derechos viven el momento histórico, esto es, las reivindicaciones de los colectivos de homosexuales cada vez cobran mayor fuerza, con apoyo de la mayoría de la sociedad, y por el otro lado, hay que decir que el derecho al matrimonio entre homosexuales respeta los límites constitucionales, pues de la lectura del artículo 32 mencionado se observa esa posibilidad como una realidad constitucional expectante, es decir, no existe ninguna contradicción entre la nueva situación y el texto de la disposición.

De acuerdo con los lineamientos expuestos, la teoría dinámica-normativa de la mutación de los derechos en Colombia no encuentra ninguna oposición con los tres fundamentos del actual Estado constitucional colombiano, esto es, con los principios de fuerza normativa, supremacía y rigidez de la Constitución; por el contrario: es plenamente compatible con esos tres postulados constitucionales y, por ende, es admisible en el plano del derecho constitucional de Colombia.

Esta afirmación encuentra sustento en la idea de que una mutación se mueve dentro del marco de la Constitución, como un proceso dentro de ese límite (y no como sinónimo de reforma), pues así la Constitución mantiene su fuerza normativa, ya que su sistema de reforma se mantiene en los términos descritos por ella misma y no en la fuerza de la interpretación de los operadores jurídicos. Igualmente, esta teoría es respetuosa del principio de supremacía, pues por encima de la Constitución no existe ninguna otra norma, ya que el proceso mutativo se desarrolla dentro de sus límites, es decir, la respeta y acata, y no como pretende la teoría moderna al colocar por encima de la Constitución y de su procedimiento de reforma la supremacía de la interpretación de los operadores jurídicos. Y finalmente, frente al principio

de rigidez, la compatibilidad es más clara aún que con los demás principios, pues al no ser considerada la mutación como reforma, no altera en lo más mínimo los procedimientos agravados que la Constitución consagra para su revisión formal.

#### IV. CONCLUSIÓN

La tesis mayoritariamente defendida por la doctrina, sobre la mutación de los derechos, es decir, la que se ha denominado la “teoría moderna”, es inadmisibles en el actual Estado constitucional colombiano. La mutación constitucional no puede concebirse como un proceso alternativo de reforma, en detrimento de los principios básicos de fuerza normativa, supremacía y rigidez de la Constitución. No es adecuado sostener que las mutaciones son modificaciones informales del contenido normativo de una disposición, por virtud de la tensión entre permanencia-cambio, resolviendo la necesidad de adaptación de la Constitución a las variaciones originadas en el ámbito social, sin necesidad de recurrir a los mecanismos jurídicos formales consagrados en los textos constitucionales.

El concepto de mutación admisible debe ser de carácter dinámico-normativo, es decir, una teoría con dos facetas que, por un lado, pretenda ser dinámica por acoger en su seno la presencia de la evolución histórica de los derechos, pero que, por otro lado, propugne por la seguridad jurídica desde la que sólo se aceptan dichos cambios dentro de los límites constitucionales. En el vigente sistema establecido por la Constitución de 1991, sólo es admisible un concepto de mutación de los derechos que actúe única y exclusivamente dentro de los límites constitucionales y que por tanto respete los pilares fundamentales del Estado constitucional.