

Una ruta para desmitificar la teoría del poder constituyente colombiano de 1991

A route to the theory demystifying Colombian constitutional power in 1991

Alejandro Matta Herrera*
Luz Ángela Doncel Burgos**

Resumen

El propósito del artículo es proponer una ruta para comprender los fenómenos constituyentes y específicamente, el acto constituyente Colombiano de 1991. Para ello, explicará los aportes que podría ofrecer el enfoque analítico como actitud filosófica y el realismo jurídico tributario de dicha corriente en la comprensión de los "hechos jurídicos" constituyentes. En este camino, se resaltarán algunas explicaciones tradicionales del poder constituyente y luego se realizará un análisis desde las sugerencias analíticas. Finalmente, se abordará el fenómeno constituyente colombiano, tratando de resaltar la importancia de determinar la influencia de los grupos de poder en la construcción y eficacia de las normas constitucionales.

Palabras Claves: Enfoque analítico, realismo jurídico, poder constituyente, límites del lenguaje, competencia.

Abstract

The purpose of the article is to propose a way to understand the constituent phenomena and specifically, the Colombian constituent act of 1991. To do this, will be explained the contributions that could provide the analytical approach as philosophical attitude and the juridic realism of the tax law of the mentioned current in the understanding of the "constituent legal facts". In this way, will be highlighted some traditional explanations of the constituent power and then it will do an analysis from the analytical suggestions. Finally, it will approach to the Colombian constituent phenomenon, trying to highlight the importance of determining the influence of the powerful groups in the construction and effectiveness of constitutional norms.

KeyWords: Analytical approach, legal realism, constituent power, limits of language competence

Comentario preliminar

El presente artículo es el resultado del intercambio de ideas e investigaciones entre los/as autores/as sobre las diferentes perspectivas que suelen presentarse para explicar el fenómeno constituyente. Las perplejidades y críticas que desde la filosofía del derecho de orientación analítica se ciernen sobre las teorías tradicionales constitucionales que pretenden explicar o justificar el fundamento de las Constituciones, nos invitó a dejar plasmadas las ideas en el presente escrito.

* Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional (Universidad del Rosario), Candidato a Magíster en Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Candidato a Magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: alejonito77@hotmail.com

** Abogada de la Universidad Gran Colombia (UGC) Estudiante Especialización Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires – Argentina.



Recibido:
14 de Octubre de
2013

Aprobado:
12 de Noviembre
de 2013

Introducción

Como si no fueran suficientes las problemáticas pedagógicas propias que giran en torno a la correlación entre estudiante y profesor, la docencia universitaria del derecho le agrega una que no sólo afecta la confianza hacia el docente, sino que trastoca la comprensión del fenómeno normativo de una forma tan nociva que torna el conocimiento de los juristas en una saber sacerdotal que está lejos de lograr algún tipo de ribete científico.

Sin sonrojarnos, quienes hemos compartido con una audiencia estudiantil el deseo por comprender los fenómenos constituyentes, ofrecemos como perspectiva de comprensión del mismo, teorías jurídicas tan inverosímiles que deberían invitar a pensar sobre el saber de los abogados. Teorías que transmitidas por la tradición académica en la que fuimos formados, no reflejan ni explican de forma empírica el fenómeno constituyente. Las teorías tradicionalmente difundidas en los espacios académicos que pretenden dar cuenta sobre el origen de las constituciones, no ofrecen modelos descriptivos útiles que nos permita comprender y predecir cuándo es probable que se presente un tránsito constitucional, pues simplemente funcionan como herramientas de legitimación o discusión abstracta sobre la justicia del cambio constitucional.

De acuerdo con lo anterior, el fin específico del presente escrito, es proponer desde los aportes del *enfoque analítico*, una visión alternativa para la comprensión del acto constituyente que dio origen a la Constitución de 1991 en Colombia. Es una visión alternativa al marco teórico jurídico¹ preponderante, que adoptando el modelo tradicional de la filosofía jurídica del siglo XVIII, ofrece como explicación de citado acto constitucional, que fue el ejercicio de la expresión del poder constituyen-

¹ En líneas posteriores se explicará la posición de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, quien sostuvo, al declarar la constitucionalidad de la convocatoria de la Asamblea Constituyente, que ella era la expresión del poder constituyente primario.

te primario, quien en su soberanía, decidió concederse un nuevo pacto constitucional.

Para realizar la anterior tarea, reflexionaremos, previamente, sobre como el *enfoque analítico* ha constituido un aporte para ayudar en la desmitificación de algunos atavismos que lleva consigo el Derecho Constitucional.

Procederemos de la siguiente forma: Intentaremos realizar una breve síntesis de la propuesta filosófica analítica; posteriormente realizaremos una aproximación a las teorías tradicionales sobre el poder constituyente; luego sumergiéndonos en el mundo del *enfoque analítico* y de paso en el de un realismo jurídico depositario de dicha línea, compararemos, desde sus aportes, la comprensión de la teoría de *poder constituyente colombiano de 1991*.

Enfoque analítico y realismo jurídico

El reto de aportar una síntesis de la escuela analítica y sus influencias en el derecho público es quizá no solo una tarea atrevida, sino también una idea que redundaría en un trabajo que supera los propósitos del presente escrito. Por ello, apelamos a la comprensión del lector, si la brevedad obliga a la reducción de ciertos postulados.

Se conoce como escuela analítica un conjunto de propuestas y actitudes que tienen como fin, liberar al pensamiento y la reflexión científica de las perplejidades metafísicas del conocimiento, el lenguaje y los métodos de investigación. Sin embargo, la denominación *filosofía analítica*, sufre de la misma enfermedad que pretende curar, esto es, de alta ambigüedad y vaguedad en el lenguaje que es usado para caracterizarla, generando ello, una serie de imputaciones que superan sus postulados.

Ahora, aunque es cierto que muchas de las tendencias filosóficas contemporáneas dirigen su atención a la desmitificación de la metafísica presente en las reflexiones epistemológicas, también lo es que previamente se centraban en la supuesta "verdadera" naturaleza, mientras que la corriente analítica pone su acento en lo que se puede de-

cir sobre la realidad por medio del lenguaje. Como diría Wittgenstein (2007), "Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo"

Entre las corrientes analíticas, siguiendo la tesis doctoral del profesor Félix Morales sobre Uberto Scarpelli (Morales, 2008), se agrupan diferentes tendencias, muchas veces concurrentes. Entre ellas, de forma enunciativa, se pueden ofrecer las siguientes:

- Las que se preocupan por la construcción de lenguajes ideales lógicos, previa la eliminación de la metafísica en el lenguaje, con el propósito de describir la realidad por medio de esquemas formales (Carnap, 1993);
- Aquellas que se preocupan por un análisis del sentido común del lenguaje (G.E. Moore, 1972);
- La tendencia que centra su preocupación en clarificar los fundamentos de la ciencia, esto es, la epistemología (Russell, 1985);
- Las que sostiene que la filosofía analítica es un método para analizar críticamente las confusiones lingüísticas que dan origen a los problemas filosóficos (Wittgenstein, 2007)

La estrategia propuesta por Wittgenstein (2007) es la que se adopta en el presente escrito, pues teniendo como objetivo esclarecer los distintos usos del lenguaje en la práctica jurídica, se procurará resolver las perplejidades especulativas y metafísicas que subyacen al *lenguaje iusfilosófico* usado para explicar y justificar los fenómenos constituyentes.

En este contexto, siguiendo las reflexiones de Wittgenstein en el *Tractatus lógico philosophicus* (2007), el profesor Argentino, Genaro Carrió (2008), en un breve pero profundo análisis sobre los límites del lenguaje normativo, desnuda el sinsentido y en consecuencia, el carácter metafísico que envuelven las teorías tradicionales que explican el poder constituyente.

Explica el profesor Argentino que según los *límites internos y externos del lenguaje que se propone emitir ordenes, justificar o criticar acciones, es decir, el lenguaje normativo*, puede concluirse que las expresiones

lingüísticas usadas en las teorías tradicionales del *poder constituyente bien sea originario o derivado* rebasan los precitados límites, llegando así, a proposiciones sinsentido, que ocultan el carácter coercitivo del mismo.

Desde un abordaje que se postula como "*realismo jurídico*" o "*aproximación empirista al derecho*", que sigue el propósito trazado por la corriente analítica, específicamente, el *realismo jurídico escandinavo* (Ross, 2005), se propone un acercamiento al Derecho, de una forma tal que se centre la atención no en las discusiones dogmáticas o en las ideas "iusnaturalistas" que proponen un deber ser del Derecho, sino que propone un acercamiento a lo que acontece en torno a la construcción de las normas jurídicas tanto en su faceta legislativa, práctica (costumbre) y judicial.

En un línea que podría postularse como tributaria, con sus propios matices, del acercamiento empirista al "fenómeno jurídico" y que sigue decididamente la misma metodología analítica, se encuentran los profesores *Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg*², quienes en su libro "*La odisea Constitucional*" (Mendonca & Guibourg, 2004), dejan entrever que los actos constituyentes están asociados a la efectividad de un grupo que tiene un grado de influencia mayor que otros en la construcción del significado del conjunto de signos que integra el texto constitucional.

Finalmente, una vez postuladas, brevemente, las ideas sugeridas por la citada corriente filosófica y su aporte a un área del derecho público, como lo es el derecho constitucional y más específicamente, *las transformaciones constitucionales*, nos permitiremos, antes de proceder a explicitar cuáles son aquellos límites internos y externos que sugiere la filosofía analítica, recordar un poco las teorías tradicionales que explican el poder constituyente.

² Sobre otros libros en lo que se postula, bajo sus matices, una aproximación realista, por parte del profesor Argentino Guibourg, Ricardo, ver: "Derecho, sistema y realidad" Editorial Astrea. 2010; "Saber Derecho". Editorial Abeledo Perrot. 2013

Teoría tradicional del poder constituyente

Una vez esbozadas unas breves ideas sobre los propósitos y actitudes que subyacen a la corriente analítica, describiremos, concisamente, la consolidación del uso de la teoría del poder constituyente primario en los albores de la Revolución Francesa. Posteriormente, estudiaremos la recepción de la misma como marco teórico para explicar las transformaciones constitucionales de 1991 en la República de Colombia.

La teoría del poder constituyente es una denominación propia del concepto moderno de Estado de Derecho. El triunfo de la revolución francesa, es un evento relevante en su afianzamiento. Es sabido que una vez se convocó la Asamblea de Estados Generales³ integrada por la nobleza, el clero y el pueblo, por parte del acorralado Rey Luis XVI y meses después de que se presentó la toma de la Bastilla, se consolidó la idea según la cual el tercer estado - pueblo, era el depositario de la soberanía y tenía la "competencia" para establecer una nueva Constitución.

El levantamiento popular pretendía, en principio, solo el reconocimiento de unas cuantas reivindicaciones⁴ sin pretender socavar totalmente la autoridad anterior, por ello, durante un tiempo se estuvo a gusto con la búsqueda de la denominada Monarquía Constitucional. Sin embargo por detalles que escapan al propósito del artículo, se torna en una reivindicación popular más fuerte, hasta conseguir la instauración de una República.

Durante este camino, reclamaron la posibilidad de consolidar una Constitución que contuviera

³ La Asamblea es convocada por Luis XVI debido a la tensión suscitada entre los tres estamentos que la integran. Dicha convocatoria estuvo precedida por el reconocimiento del Consejo de Estado Francés de una de las pretensiones del tercer estado, esto es, garantizar igual número de integrantes que los demás estamentos.

⁴ En síntesis, puede afirmarse que solicitaban elección directa del tercer estado como parte de la Asamblea de Estados Generales; voto individual al interior de la citada Asamblea; y finalmente el reconocimiento legal, a título de derechos, de sus demandas.

un modelo de organización estatal diferente al del antiguo régimen. En consecuencia, solicitaban se establecieran parámetros de organización que reconociera la soberanía del pueblo, por medio del Parlamento. Para darle sustento a estas reclamaciones, se acudió, entre otras obras, a la teoría de Sieyés (1988) contenida en su obra denominada "¿Que es el Tercer Estado?". Allí se apela al término poder constituyente el cual es usado hasta nuestros días, a pesar de ciertas modificaciones teóricas que le han sido agregadas.

Teoría del poder constituyente

Remontarse al origen y descripción detallada de las teorías y reclamaciones del ejercicio y control del poder público por parte del pueblo, nos llevaría, probablemente, a épocas incomunicables en este trozo de texto. Brevemente se recuerda que desde Grecia se hablaba de la politeia, como expresión del control poder público por el pueblo; en Roma, se hablaba de la Constitutio; en la edad Media de Leyes fundamentales; hasta que finalmente llegamos al concepto de Constitución moderna⁵.

Ahora, respecto al concepto moderno de Constitución y su relación con la noción de poder constituyente, es preciso contextualizar un poco una de las obras que, en su origen, impulsó con mayor fuerza la consolidación de dicha relación. Me refiero a la obra mencionada de Emmanuel Sieyés, titulada: *¿Que es el tercer estado?* (Sieyés, 1988.)

La obra de Sieyés puede entenderse como una crítica y una respuesta a la obra "El Contrato Social" de Rousseau (2000). Pues bien, puede encontrarse que previa a la Revolución Francesa, por medio de su tesis contractualista, el profesor oriundo de Suiza, hacía referencia a la voluntad general, como fuente del contrato social que daría origen al Estado. Anotaba que: "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la

⁵ Al respecto, ver: RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. (2005). Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de constitución como fundamento de la restricción, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

voluntad general, y recibimos en cuerpo cada parte indivisible del todo". Esta teoría planteaba la soberanía popular como inalienable e inajenable. De igual forma, proponía un modelo según el cual entre las personas se acordaría transferir a la voluntad general, por medio de un mandato, la facultad para realizar el bien general.

El Abate Sieyés reaccionó fuertemente contra tales postulados y señaló que, a su juicio, existe un impedimento práctico para el ejercicio real de la voluntad general, ya que ella sólo propone un marco teórico para una democracia ejercida por el pueblo directamente. Siguiendo con la reflexión crítica sobre dicha postulación, propuso que el concepto de voluntad general debe situarse en el poder del tercer Estado –pueblo- representado en la Asamblea de los Estados Generales y no el pueblo en su totalidad. Por este camino, formuló que era el tercer estado, la entidad facultada o con competencia para dictar una Constitución no de forma directa sino por medio de un órgano representativo.

Insiste en que es: "...una idea en extremo peligrosa suponer la existencia de un contrato entre el pueblo y su Estado. La nación no contrata en modo alguno con sus mandatarios, sino que les delega el ejercicio de sus poderes" (Sieyés, 1988.)

De tal forma que, es Emanuel Sieyés a finales del siglo XVIII, en la época de la revolución francesa quien al escribir la citada obra, realiza uno de los mayores "aportes" a la teoría del poder constituyente, pues hace viable el ejercicio del poder pero con una estrategia discursiva que socava la voluntad general por una voluntad representativa.

De esta manera desarrolla la teoría de la representación y la soberanía nacional.

El citado autor sostenía que para lograr tener una Constitución se hacía necesario que la Nación tomara dicha decisión soberana, mediante la reunión de los representantes designados para expresar la voluntad nacional. Así, postula su idea sobre el Poder Constituyente, estableciendo quien lo ostenta y cuáles son las condiciones de su ejercicio.

Postuló que el poder constituyente no está vinculado por una norma jurídica preexistente, pues es soberano y tiene la facultad de establecer lo que considere adecuado estipular en la Constitución, por esto el poder constituyente es un poder previo que opera con autonomía de toda forma y control.

Como se mencionó anteriormente, para el autor francés, la soberanía está en cabeza del tercer estado, que representa al pueblo en la Asamblea y es este el que ejerce el poder constituyente que crea y le da la aprobación a la Constitución: que contendría en sus disposiciones, las competencias y límites de los poderes constituidos como lo son el ejecutivo, judicial y legislativo.

Esta noción tiene claramente diferenciados los términos de "poder constituyente" y "poder constituido". Lo establecido en la norma constitucional adquiere fuerza y legalidad del primer poder que es el que la crea, o sea el *poder constituyente*. Este último crea límites y bases al poder constituido para no transgredir el marco jurídico fijado por la constitución.

En síntesis, Sieyés sostenía que el poder *constituyente primario* es la facultad que poseen los pueblos, representados por medio de una Asamblea, de procurar obtener una organización estatal y darse su propia Constitución. Sin embargo estas características señaladas no deben sugerir que el concepto es unívoco pues las definiciones que se le han dado al poder constituyente son diversas.

Distinción de poder constituyente primario y derivado

Para precisar el punto sugerido en el párrafo y capítulo anterior, intentaremos una explicación más concreta sobre la distinción de estos dos poderes. En síntesis, Sieyés manifestó que el poder constituyente primario tiene por objeto principal instaurar una nueva Constitución por medio de actos fundacionales, siendo estos los que establecen un nuevo orden jurídico. Es un poder que radica esencialmente en el pueblo representado en una Asamblea y comporta un ejercicio pleno del poder político.

En el mismo sentido, muchos años después se pronunció *Burdeau*, quien citado por el profesor *Carrió*, sostuvo que "El poder constituyente originario es inicial y autónomo e incondicionado porque por encima de él no hay, ni en los hechos ni en el derecho ningún otro poder. Su autonomía no es sino el corolario de su carácter inicial. Es incondicionado pues en su cometido no se subordina a ninguna regla de fondo ni de forma" (*Carrió*, 2008, p. 35).

Siguiendo el camino trazado por los teóricos enunciados, se puede encontrar la siguiente definición: El "poder constituyente puede sostenerse que es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez". (*Sánchez*, 1957, p. 564).

En el mismo sentido, *Bidart Campos* expresó que el "Poder Constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir para originarlo, para establecer su estructura jurídico - política". (*Bidart*, 2000, p. 477).

En contraposición a este poder omnipotente, los teóricos constitucionales tradicionales hablan del poder constituyente derivado, el cual establece la capacidad que se le da a determinados órganos del Estatales para lograr una reforma constitucional con sujeción a los límites establecidos en la misma, por consiguiente, aunque es un poder constituyente, no es un poder absoluto, es derivado y limitado: regido por la Constitución y sujeto a los controles en ella establecidos.⁶

El citado profesor *Bidart Campos*, en este sentido asegura que: "el poder constituyente derivado es ejercido válidamente por el poder estatal constituido" (*Bidart*, 1972, p. 525).

⁶ Sobre el control jurisdiccional al poder derivado en la República Argentina pueden consultarse los fallos *Soria de Guerrero* en relación a la reforma de 1957 (Fallos 256:558) y el fallo *Fayt* con relación a la Reforma de 1994 (Fallos 322:1609). Sobre el control jurisdiccional

Es por esta razón que el poder legislativo por medio de un procedimiento específico contenido en la Constitución tiene potestad reformadora o de revisión.

Dentro de la teoría del poder constituyente, una muy aclaradora visión se ofrece en la obra "La Constitución de los Argentinos". Allí se diferencian claramente estas dos posturas al expresar que "el poder constituyente derivado se ejerce dentro de un estado ya organizado constitucionalmente y su finalidad consiste en modificar disposiciones de la Constitución vigente", mientras que el poder constituyente originario puede: "fundar un nuevo estado y otorgarle su texto constitucional primigenio" (*Sabsay & Onaindia*, 1998, p. 82).

En conclusión, se puede sostener que el poder de reforma de la constitución lo contiene el poder constituyente derivado, que obtiene su competencia de una norma positiva superior, esto es, la misma Constitución; a diferencia del poder constituyente originario que puede crear una nueva constitución y que es una facultad, según estas teorías, deducidas de una norma, facultad o competencia extrajurídica.

El acto constituyente colombiano: la constitución de 1991

Breve resumen histórico

Como es sostenido por algunos, la República de Colombia afronta un conflicto armado que dura ya más de 60 años. Puede interpretarse⁷ que el origen social y político del conflicto, fue eclosionado por

⁷ La historia como ciencia, cuenta al igual que las ciencias sociales, con fuertes debates epistemológicos respecto a su capacidad para dar cuenta de hechos ocurridos en el pasado y la (im)posibilidad de su construcción presente. Por ello, es un lugar común entender que sus resultados son relativos, provisionales y refutables. Dichas ideas toman notable trascendencia cuando se intentar dar cuenta sobre situaciones históricas relacionadas con la política y por ende, en el Derecho. En este sentido, las propuestas sobre las razones, hechos o motivos que dieron origen al conflicto armado, político y social colombiano, cualquiera que ellas sean, al igual que la presente, están sometidas al juicio permanente, pero nunca podrá afirmarse con total certeza o carácter absoluto cual de ella es la verdadera en desmedro de otras, salvo que se asuma un ingenuo realismo histórico.

el magnicidio de líder Jorge Eliecer Gaitán, el cual provocó la conformación de grupos guerrilleros de diversas ideologías que procuraban, entre otras muchas pretensiones, una reforma agraria, acceso a la educación, salud pública y gratuita, así como una descentralización de la administración de los recursos del Estado.

De conformidad con lo anterior, suele afirmarse que el conflicto armado se consolidó en su faceta reciente en 1948, debido al citado magnicidio. Los grupos guerrilleros conformados desde ese momento histórico fueron de corte liberal y comunista. Mientras que los de carácter liberal reclamaban reformas sociales, los de línea comunista pretendían la instauración de un nuevo orden constitucional. Las guerrillas liberales poco a poco fueron retornando a la vida civil y legal luego de algunos acuerdos de paz; y los otros, continúan con su lucha armada.

Lo descrito anteriormente, es de vital importancia pues las pretensiones que dieron origen a la constitución de 1991, están ligadas con la corriente liberal, que durante finales de la década del ochenta, celebraron varios acuerdos de Paz.

En efecto, Colombia venía gestando negociaciones de paz con los grupos guerrilleros M-19, EPL, Quintín Lame y PRT (Partido Revolucionario de los Trabajadores), quienes solicitaban la creación de una asamblea constituyente para que por medio de la expedición de una nueva Constitución se garantizara la creación de nuevos partidos políticos, diferentes a los dos tradicionales (Liberal y Conservador), que garantizara la finalización del "Frente Nacional"⁸ que consolidó el Bipartidismo, para así dar vía libre a la existencia y funcionamiento de las minorías políticas.

De forma paralela, estudiantes universitarios deci-

⁸ El Frente Nacional fue un Acuerdo entre el Partido Conservador y Liberal como estrategia para reducir la denominada "Época de la violencia" entre los citados partidos. Los acuerdos son denominados comúnmente como pactos de Sitges y Benidorm. Allí acordaron alternarse cada 4 años la dirección de la rama ejecutiva y de las demás ramas y órganos del poder público.

dieron crear un movimiento a nivel nacional para que la población incluyera durante el acto electoral una "Séptima Papeleta"⁹. En consecuencia, en las elecciones del 11 de marzo de 1990 se agregó por parte de los votantes un séptimo tarjetón que solicitaba una Constituyente. La denominación del movimiento político se debe a que en aquellas elecciones se elegirían (6) seis clases de funcionarios: Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados, miembros de las Juntas Administradoras Locales, Consejos Municipales y Alcaldes. La séptima papeleta, aducía, contener la voluntad autónoma del pueblo para que la Constitución Política de 1886 fuera reformada por medio de una Asamblea Constituyente.

Posterior a las elecciones de la fecha antes mencionada, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la Sentencia número 59 de 1990, declarando la constitucionalidad del decreto legislativo 927 de mayo 3 del mismo año, expedido por el entonces presidente Virgilio Barco. El Decreto, expedido bajo el amparo de la figura del Estado de sitio dispuesta artículo 121 de la Constitución de 1886, pretendía darle al pueblo la oportunidad de acercarse a las urnas el siguiente 27 de mayo, para que decidiera sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

El decreto disponía, en síntesis que, siguiendo el deseo expresado en la "Séptima papeleta" del 11 de marzo, se facilitarían los medios a la organización electoral para que los electores, como expresión del poder constituyente, decidieran si deseaban convocar a una Asamblea para reformar la Constitución. En el citado acto electoral del 27 de mayo, en el que fue elegido el ex Presidente Cesar Gaviria Trujillo, los votantes aprobaron la convocatoria de una Asamblea Constitucional.

⁹ El movimiento Estudiantil propuso incluir un séptimo voto en que se solicitaría una reforma constitucional mediante la convocatoria de Asamblea Constituyente. La papeleta no fue aceptada legalmente, pero se contó extraoficialmente, la aceptación de la misma por el pueblo hizo que finalmente, la Corte Suprema reconociera la voluntad popular mayoritaria y de esta manera validara el voto

De tal forma que el Presidente elegido, expidió un nuevo Decreto Legislativo (1926 de 1990), facultado por el precitado artículo 121 de la Constitución de 1886, con el propósito de convocar el acto electoral de elección de los integrantes de la Asamblea Constitucional, establecer el temario que sería estudiado por la Asamblea, disponiendo los mecanismos de elección y los escaños especiales para los grupos armados.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia número 138 de 9 de octubre de 1990, declaró constitucional la convocatoria del acto electoral, pero consideró inconstitucional lo relacionado con el temario por las razones que en el capítulo siguiente serán descritas.

En resumen, puede sostenerse que las reclamaciones o pretensiones que los movimientos ciudadanos, grupos insurgentes y la clase política acordaron fueron: la creación de mecanismo de justicia transicional para el regreso a la vida civil y legal de los grupos armados al margen de la Ley, supresión del bipartidismo ampliando y facilitando la constitución de movimientos y partidos políticos, régimen electoral para las comunidades negras e indígenas, fortalecer la descentralización administrativa, refundar los principios rectores de la convivencia pacífica, fortalecer el régimen de derechos y garantías individuales, ampliación del catálogo de derechos, reconociendo los Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como los de tercera generación, esto es, los colectivos o difusos.

Descripción normativa y jurisprudencial

La Constitución de 1886, vigente al momento de convocarse la Asamblea Constituyente disponía que la misma sólo podía ser reformada por un acto aprobado por medio del Congreso Nacional.

En efecto, su artículo disponía:

"Artículo 218. La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y

aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso." (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior fue afianzado por medio del mal llamado Plebiscito¹⁰ del 1° de diciembre de 1957, que estableció en su artículo 13 que:

"En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución."

No obstante lo dispuesto en el anterior marco normativo transcrito, jurisprudencialmente suele afirmarse que para la creación de la Constitución de Colombia en 1991, operó el poder constituyente primario. Sin embargo tal afirmación requiere al menos de algunas muy precisas advertencias.

Como quiera que la convocatoria de una Asamblea Constituyente y la creación de una nueva constitución no estaban establecidas en la Constitución de 1886, lo que vivió Colombia según la Corte Suprema de Justicia, fue una manifestación del poder constituyente primario, pues consideró que ella no tenía ningún límite jurídico para expedir una nueva Constitución.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia núm. 138 de 9 de octubre de 1990, declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990 que convocaba a la celebración del acto electoral del 9 de diciembre en el que se elegirían los integrantes de la Asamblea Constitucional y declaró inconstitucional el límite normativo establecido en el mismo, pues recordó que según la teoría del poder constituyente, el pueblo no tiene ninguna restricción normativa.

¹⁰ Aunque es un uso instaurado en Colombia sostener que la convocatoria al pueblo para la aprobación de la reforma constitucional en 1957 fue un plebiscito, es sabido que dentro de la doctrina constitucional el mecanismo que se usa para realizar reformas a normas jurídicas es realizado por medio de Referendos.

Para tomar las dos decisiones anteriores utilizó el mismo argumento y marco teórico descrito en el capítulo 2. Sostuvo que lo que estaba operando en los actos electorales era el poder constituyente primario, y que en consecuencia, no era posible que se le estableciera un límite normativo.

En el mismo sentido sostuvo que las pretensiones plasmadas en los pactos del Gobierno Nacional con los grupos insurgentes, así como las de la ciudadanía estaban dirigidas a refundar el régimen constitucional por lo que la Asamblea Constitucional que disponía el Decreto no era un poder de revisión o derivado, sino que encarnaba al mismísimo poder constituyente primario.

Una propuesta para desmitificar el acto constituyente colombiano de 1991.

Enfoque analítico

Una vez esbozado el recuento fáctico y normativo colombiano, retomemos las sendas que se trazaron al inicio del presente artículo y sometamos al rigor de un enfoque analítico, la teoría del poder constituyente para luego trazar una ruta que permita postular ciertas hipótesis que faciliten la desmitificación del acto constituyente colombiano.

Recordemos que Ludwig Wittgenstein (2007), sostiene en el *Tractatus Lógico Philosophicus* que en los diversos usos del lenguaje suele imponerse, por vía diacrónica e incluso sincrónica, limitaciones al uso de expresión lingüísticas. En este sentido, nos señala que podría considerarse la existencia de límites internos y externos para el uso de los mismos.

Explica el profesor Austriaco que cuando se usan expresiones lingüísticas que tienen como propósito describir o informar sobre una realidad, ellas suelen tener un límite trazado en la verificación o contrastación empírica. Por su parte, cuando se usan expresiones normativas o prescriptivas, suele sostenerse que las mismas también tienen límites pero que son diversos a los que se predicen del lenguaje descriptivo, pues se justifican no con

base en la comparación con la realidad, sino con el establecimiento del análisis de las condiciones y contextos que permiten su uso.

Explica Carrió (2008) que uno de los casos en los que se comprueba la superación de los límites del lenguaje normativo, se ve con claridad en el uso del lenguaje de los teóricos tradicionales del poder constituyente pues se confunden los usos del lenguaje y adicional a ello se superan los límites de cada uno de ellos. En efecto, al reflexionar sobre las premisas de estas visiones tradicionales se encuentra que la palabra de análisis central es la de competencia, pues desde ella es que se define al poder constituyente primario: como la facultad que posee el pueblo para concederse una nueva Constitución.

La palabra competencia tiene muchas acepciones y adicional a ello, son confusas las condiciones en que su uso conserva un papel significativo. La palabra competencia al estar relacionada con una facultad para realizar un acto jurídico, se asocia con dos situaciones específicas: i) Se relaciona con la existencia de una entidad -desconocida- que delega en otra -pueblo- la facultad para realizar dicho acto, caso en el cual su uso se acerca al papel descriptivo del lenguaje pues al usarse se tiene la idea de estar describiendo dicha entidad; y ii) la postulación de un sistema normativo que contiene dicha competencia, caso en el cual estaríamos en una faceta del lenguaje normativo.

En caso que el uso de la palabra se asocie a la afirmación empírica -uso descriptivo- de la existencia de una entidad superior que le de la facultad al pueblo para crear la Constitución es preciso probar mediante la observación la existencia de la misma, pero: ¿Existe tal entidad?, ¿Es posible conocerla?, ¿Cómo la conocemos?

Si el uso de la palabra competencia se relaciona con la existencia de un sistema normativo, como podríamos saber que al apelar a tal denominación estamos usando con sentido la mencionada palabra. Tendríamos que preguntarnos no solo quién creó ese sistema normativo, sino sobre si tiene al-

gún sentido, en espacios de fuerza, coacción, imposición o persuasión utilizar la palabra facultad o competencia.

En el libro que se viene señalando del profesor Argentino Genaro Carrió, se ejemplifica con mucha fortuna esta situación. Al respecto ofrece el ejemplo del ladrón que ingresa a una casa a robar y luego de que por medio de su fuerza e intimidación, logra doblegar a los habitantes les pregunta si es posible usar el teléfono para hacer una llamada, ¿sería posible que ellos, con sentido, se opusieran al uso del teléfono?. En este sentido, ¿Acaso es posible argumentarle a un grupo que tiene el poder o influencia para crear una Constitución que no tiene competencia para expedirla?

Como se puede concluir de los interrogantes anteriores, parece ser que la teoría tradicional del poder constituyente se encuentra al interior de una paradoja insalvable: la postulación de un ente superior insondable, o el uso de la palabra *competencia o facultad* en un espacio donde no opera significativamente, pues ante la presencia de la fuerza no se dan las condiciones para usar el lenguaje normativo.

Ahora, siguiendo las aclaraciones anteriores, para señalar como el uso de la palabra competencia supera los límites sugeridos por los profesores mencionados, efectuaré un paralelo con los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema de Justicia Colombiana (CSJC) en aras de esclarecer su sentido.

Cuando la CSJC, sostiene que el poder constituyente es ilimitado y tiene la competencia para darse una Constitución, supera los límites del lenguaje descriptivo y normativo pues no nos informa nada sobre la realidad que pueda ser verificado empíricamente y no usa, de acuerdo con el contexto, la denominación competencia, esto es, indicándonos de que sistema normativo se concluye la citada facultad de expedir una nueva Constitución.

De tal forma que al analizar la estudiada expresión bajo un uso del lenguaje descriptivo encontramos

que pretende indicar una entidad que no es posible conocer o acceder, lo que evidencia que se supera un límite del lenguaje descriptivo, incurriendo en un obstáculo epistemológico al hablar de algo incognoscible y por ello incomunicable. En consecuencia, tal como lo hizo la CSJC, las teorías tradicionales suelen dar cuenta del poder constituyente usando el lenguaje descriptivo para evocar e informar sobre la supuesta existencia de un grupo homogéneo pueblo de personas que apelando a una competencia o facultad derivada de una entidad superior, se encuentra en la situación legítima de crear una nueva constitución.

Descontado el uso descriptivo, también puede entenderse que se usa la palabra competencia en su contexto normativo. Sin embargo para que la misma conserve un sentido significativo, implica el reconocimiento de ese sistema normativo que establece tal competencia, pero como se señaló anteriormente, ante la presencia de la fuerza y la inexistencia de un ente superior, la teoría del poder constituyente está lejos de comprobarse y ser explicativa del fenómeno constituyente.

Retomando de nuevo los aportes del profesor Wittgenstein y que Carrió extiende al análisis de las teorías del poder constituyente usadas por la CSJC, puede sostenerse que el uso de dichas expresiones lingüísticas son unos "sinsentido", debido a que, además de confundirse dos usos distintos del lenguaje, uno descriptivo y otro prescriptivo, se transponen las condiciones del primero con el segundo.

En las precitadas teorías se pretende hablar normativa o prescriptivamente desde una situación que acontece de la realidad, logrando llevar el lenguaje a lugares donde ya no pueden operar significativamente. Ello ocurre cuando so pretexto de estar describiendo una realidad, se pasa a la justificación de las transformaciones constitucionales bajo el amparo de normas, competencias o facultades derivadas de supuestas normas naturales o divinas inasibles al intelecto humano.

Como se enunció brevemente en párrafos ante-

riores, en los lenguajes normativos, para operar significativamente, suele sostenerse que las facultades o competencias normativas derivan de un sistema o conjunto normativo que le preceden, por ello cuando se llega a la *última ratio* del precitado lenguaje normativo, se explica en términos de eficacia del mismo, pragmatismo lingüístico o en el mejor de los casos, como convenciones sincrónicas y diacrónicas, pero no como derivadas de una naturaleza superior o un hecho divino que nos concedió el "don" de la comunicación.

Contrario a lo anterior, las teorías tradicionales del poder constituyente mencionadas, pretenden por medio de las alegorías utilizadas, explicar que el pueblo tiene la facultad para fundar una Constitución, pero en ese camino, contrario a ofrecer una explicación, descriptiva de la realidad, con base en la observación empírica de ella, pasan a una faceta justificativa, que oculta lo que en efecto sucede y es que los actos constituyentes parecen ser el resultado de la influencia de un(os) grupo(s) determinados que puede imponer sus condiciones.

Al sostener que el pueblo tiene competencia para expedir una nueva constitución, se usa el concepto de competencia o facultad más allá de sus límites internos y externos, por lo cual deja de operar como una expresión normativa significativa y pasa a expresiones comunicativas sinsentido. Al hablar de dichas competencias se invocan sistemas normativos que no pueden ser conocidos, descritos y muchos menos justificados, por lo que las expresiones pierden sentido, descriptivo y normativo.

De acuerdo con lo anterior, cuando la CSJC, sostiene en sus distintas sentencias que lo que operó al momento de transformarse la Constitución de 1991 fue expresión del poder constituyente primario –pueblo-, que derivó su competencia de normas que le asignan la capacidad para darse una nueva constitución, traspasó los límites del lenguaje descriptivo y normativo, incurriendo en un sinsentido.

En este orden de ideas, pesa sobre las citadas sentencias, la carga de apelar a una competencia na-

tural o histórica para expedir una nueva constitución, sin que ello sirva para explicar cómo ocurren las transformaciones constitucionales, pues no nos puede ofrecer significativamente, una explicación de donde surge dicha competencia o facultad. No nos ofrece una explicación verificable y que nos permita predecir en un futuro, porqué y cómo operan las transformaciones constitucionales.

De igual forma, al pretender justificar la creación, apela a ideas que no encuentran ningún sustento comunicativo, pues como se dijo, en el lenguaje normativo, la palabra competencia, se usa para significar la existencia de una norma previa que le asigna la posibilidad de realizar una acción, pero ello no acontece en el poder constituyente, salvo que se acude a justificaciones iusnaturalistas o divinas.

Queda claro entonces que desnudado el sinsentido que tiene el uso de expresiones lingüísticas normativas que se confunden con las descriptivas, en un espacio donde ellas dejan ser significativas debido a la superación de los límites internos y externos, se abre una ruta de reflexión distinta si se pretende dar cuenta de las transformaciones constitucionales.

Realismo jurídico en el acto constituyente de 1991

Las siguientes reflexiones no pretenden ofrecer una verdad indiscutible sobre la transformación constitucional de 1991 en Colombia. Ellas tienen propósitos más modestos: En primer lugar, continuar resaltando el aporte de la filosofía analítica al derecho constitucional; y de paso, trazar ciertas hipótesis –refutables- que permitan explicar el porqué de los cambios constitucionales, sin acudir a ideas metafísicas que trasciendan los límites del lenguaje para evitar confusiones, es decir, procurando, no pasar del uso de un lenguaje descriptivo al prescriptivo y evitando superar los límites de los usos del lenguaje.

Ahora, si se pretende hablar de aquella perspectiva que aboga por un realismo jurídico, tributa-

rio de la corriente analítica, es imperioso retomar unas breves reflexiones epistemológicas sobre la ciencia jurídica¹¹. Al respecto, es preciso iniciar con el derrotero esencial: la preocupación por el lenguaje. La actividad científica analítica señala con insistencia que el lenguaje descriptivo es la herramienta principal para, de alguna forma comprensible, se comunique la observación de la realidad en la que se encuentra inmerso el sujeto. Por medio del lenguaje descriptivo se informa sobre los aspectos que el sujeto que observa considera relevantes para entender esa realidad.

De acuerdo con lo anterior, la definición estipulativa del concepto de ciencia que suele postular la corriente analítica asume unos criterios de designación que apelan a la observación empírica, la construcción de un modelo teórico que registre hechos particulares y regulares que luego lleven a la generalización, la comunicación y posibilidad de verificación o refutación de esas hipótesis generales, así como la predicción más o menos certera de ciertos hechos o acontecimientos.

En síntesis, consideran que las ciencias empíricas son un conjunto de enunciados descriptivos e hipótesis que tienen como finalidad explicar una porción de la realidad que el sujeto considera relevantes y útiles para su experiencia. En ese sentido, sostienen que las hipótesis generales que se postulan son falseables y para nada son absolutas. Advierten que la infalibilidad de las "leyes generales" era una afirmación metafísica de cierta corriente de pensamiento que exageró en los alcances del conocimiento científico. (Geymonat, 1994)

En este contexto, proponen que el estudio del fenómeno normativo debe dirigirse a la observación de las conductas de las personas frente a las prescripciones contenidas en las normas jurídicas. En este sentido el realismo jurídico del cual se trata en este escrito, no renuncia al estudio del aspecto normativo, pero lo ubica como una fuente de mo-

tivación del comportamiento humano, evitando caer en el idealismo del positivismo normativista o el realismo profundo que prescinde de la norma como aspecto de análisis científico. (Ross, 2005)

Se insiste en que siguiendo los aportes de la filosofía analítica, es posible sostener que la ciencia del derecho debe inclinarse hacia el estudio de las conductas desplegadas con ocasión de las órdenes impartidas por las normas. Una ciencia del derecho debe reflexionar sobre las relaciones entre la influencia de algunos grupos de poder (desde lo individual y colectivo, desde lo hegemónico y contra-hegemónico, desde su creación, hasta su aplicación) y las normas. Una ciencia que renuncie a la descripción de estas relaciones estaría ahondando en un camino teórico o meta-teórico que no tendría la utilidad de comprender una porción del mundo, que en este caso, está fuertemente influenciado por el lenguaje dispuesto en las normas jurídicas.

Desde esta perspectiva se consideraría que un conocimiento útil sería realizar una observación de las relaciones que se presentan entre el poder, lo que dispone el Derecho y la aplicación del mismo, esto es, observar el poder de grupos hegemónicos y contra-hegemónicos, y su influencia en la creación, formación y aplicación de los enunciados del Derecho. Buscando establecer, entre otras cosas, la forma como el Derecho motiva ciertas conductas de acuerdo con su contenido lingüístico.

Una aproximación realista, como la que propone Alf Ross (2005), ofrecería una interesante perspectiva para trazar una ruta de análisis del poder constituyente, pues invitándonos a realizar un estudio sobre el derecho vigente y la ideología jurídica, se podría desmitificar la apelación por medio del lenguaje a ideas vagas y cargadas de alto valor emotivo pero que en nada ayudan a comprender las transformaciones constitucionales. Por ese camino, podría advertirse que tras las normas existen grupos con ideologías políticas y jurídicas que influyen en la construcción de sentido que se le asigna a las mismas.

¹¹ Para una visión más explícita sobre la ciencia del derecho ver: Matta H, Alejandro. (2012). La ciencia del derecho en el Estado Constitucional. Disponible en <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2534>

Concretamente una visión empírica, permitiría entender cuáles grupos dieron origen a la Constitución de 1991, cuales ideas fueron las que mayor influencia ejercieron en su texto y de paso, la construcción de sentido del que se impregnó y se permea en la práctica constitucional.

Por ese camino, podría entenderse la relación entre los grupos de poder y la redacción de las normas referentes al modelo político y electoral, para dar cuenta de su eficacia. También podría comprenderse la relación entre los sectores religiosos y el concepto de familia plasmado en el texto constitucional y la apuesta por una determinada concepción de la misma, en desmedro de las diversas concepciones de familia; podría comprenderse la influencia de los sectores jurídicos influyentes y la promoción de una ideología normativa que otorga mayor actividad judicial a los jueces en los asuntos que ante ellos se presenta, en desmedro del poder legislativo.

También podría rastrearse la influencia de las ideas de los grupos guerrilleros en el texto constitucional y averiguar sobre su eficacia. En este sentido, los grupos guerrilleros, como se sostuvo anteriormente, centraron su preocupación en la educación pública, en la reforma agraria, en la prestación del servicio de salud, en la protección de los pequeños productores mineros y agrícolas y la descentralización administrativa. Situación que a primera vista goza de nula o poca eficacia.

De igual forma, podría establecerse cuál fue la participación de los grupos económicos empresariales nacionales e internacionales en las normas colombianas. En este sentido, la Constitución de 1991, establece como base fundamental del sistema económico la propiedad privada, la economía de mercado y por ese camino, la promoción de la competencia privada. Este tópico, parece tener mucha eficacia.

Una vez expuesto lo anterior, es posible concluir que es conveniente realizar un estudio profundo sobre las motivaciones reales que llevaron a realizar la transformación constitucional de 1991,

desembarazándose del uso alegórico del lenguaje normativo para explicar el origen de la misma. A ello llegamos, gracias a los aportes del análisis del lenguaje ofrecido por la filosofía analítica y a cierto realismo jurídico tributario de la misma, que ofrece una metodología y una apuesta sobre lo que hipotéticamente pudo haber sucedido y podría suceder en posteriores transformaciones constitucionales.

Referencias

- Alchourrón, C E. y Bulygin, E. (1975). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Versión en español de los autores, Buenos Aires: Astrea. Título original: Normative Systems, Wien-New York, Springer Verlag. Edición de 1971.
- Bidart, G. (2000). Tratado elemental del Derecho Constitucional Argentino, tomo I, Ed. Buenos aires: EDIAR.
- (1972). Derecho político. 4to. ed., Buenos Aires: Editorial Aguilar Argentina. Página 525.
- Carnap, R. (1993). La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje. En Ayer, A. J. "El positivismo lógico". Madrid: FCE.
- Carrió, G. (2008). Sobre los límites del lenguaje normativo. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2ª reimpresión. 1ª Edición en 1973
- Geymonat, L. (1994). El pensamiento científico. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. -EUDEBA- Décimo cuarta edición.
- Guibourg, Ricardo. (2010) Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- (2013) "Saber Derecho". Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2013
- Guibourg, R y Ghigliani, A y Guarinoni, R. (1985) Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: EUDEBA.
- Matta H, Alejandro. (2012). La ciencia del derecho en el Estado Constitucional. En: Revista CES Derecho. Volumen 4, No. 1. Julio - diciembre de 2013. Versión digital disponible en Revista CES- Derecho.



<http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2534>

Mendonca, Daniel & Guibourg, Ricardo. (2004). *La odisea Constitucional*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Moore, G. E. (1972). *Defensa del sentido Común y Otros Ensayos*. Madrid: Taurus. Versión castellana de C. Solís.

Morales, F. (Julio de 2008). *La Filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli: Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Alicante: Universidad de Alicante. Tesis doctoral.

Ramírez, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia* (Segunda

Edición, Edición Original de 1953 ed.). (T. d. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Editorial EUDEBA.

Rousseau, J. J. (2000). *El contrato social*. Buenos Aires: Editorial Porrúa

Russel, B. (1985). *La perspectiva científica*. Madrid: Editorial Sarpe.

Sabsay, D. A., & Onaindia, J. (1998). *La constitucion de los argentinos*. Buenos Aires: Errepar

Sanchez, C. (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Sieyés, E. (1988.). *¿Qué es el tercer estado?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Wittgenstein, L. (2007) *Tractatus lógico philosophicus*. Madrid: Editorial Tecnos.



UNIVERSIDAD CES

Un Compromiso con la Excelencia

Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 1971 del 25 de marzo de 2009