



COLECCIÓN DE ESTUDIOS
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

César Augusto Molina-Saldarriaga y
Verónica Cadavid-González
(compiladores)

Grupo de Investigaciones en Derecho -GRID
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



320.07
M722

Molina Saldarriaga, César Augusto, compilador
Estudios en investigación jurídica y sociojurídica / Diana Sofía
Zuluaga-Vivas y otros 6 –. Medellín: UPB, 2019.
136 p., 17 x 24 cm.
ISBN: 978-958-764-683-2 / 978-958-764-684-9 (versión web)

1. Investigaciones jurídicas – 2. Universidad Pontificia Bolivariana
– Investigaciones -- I. Cadavid González, Verónica, compilador –
II. Título

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

■ Tabla de contenido

Prólogo7

Capítulo 1. La Corte Constitucional
y su manejo discursivo del poder constituyente:
anotaciones sobre la teoría de la sustitución
de la Constitución 11
Diana Sofía Zuluaga-Vivas

Capítulo 2. La necesidad de la intervención
estatal en la formación jurídica.
Una mirada histórica a los estudios jurídicos
en la época republicana 43
Cathalina Sánchez-Escobar

Capítulo 3. La cara oculta del derecho
a la especial protección en Colombia..... 67
Holmedo Peláez-Grisales

Capítulo 4. ¿Trabajo o función natural?
Diferencias de género en el cuidado
de niños y niñas 95
*Lina Marcela Estrada-Jaramillo, Johanna Jazmín
Zapata-Posada y Margarita Rosa Moreno-Roldán*

© Diana Sofía Zuluaga-Vivas
© Cathalina Sánchez-Escobar
© Holmedo Peláez-Grisales
© Lina Marcela Estrada-Jaramillo
© Johanna Jazmín Zapata-Posada
© Margarita Rosa Moreno-Roldán
© Carlos Andrés Gómez-García
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

ISBN: 978-958-764-683-2
ISBN: 978-958-764-684-9 (versión web)
Primera edición, 2019
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo: Investigaciones en Derecho
Proyecto: Enseñanza y Aprendizaje Clínico del Derecho en la UPB. Radicado: 46C-03/18-37

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo
Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda
Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández
Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Editor: Juan Carlos Rodas Montoya
Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa
Diseño y Diagramación: Geovany Snehider Serna Velásquez
Corrección de Estilo: Santiago Gallego Franco
Imagen de portada: Freepik

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2019
e-mail: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1819-05-03-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

tribución, e identifican conciliaciones entre lo laboral y lo familiar. Las autoras concluyen que reconocer el cuidado como trabajo integra los ámbitos social, político, económico y jurídico, lo cual demanda corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

Finalmente, en el capítulo 5, “Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS). Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, el profesor Carlos Andrés Gómez-García busca dar una mirada desde la bioética y el bioderecho a la responsabilidad institucional por las infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS), tesis que se ha desarrollado en los últimos años a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y con la cual se ha condenado a los prestadores de servicios de salud al pago de indemnizaciones bajo el argumento de la responsabilidad objetiva. El profesor Gómez-García sostiene que esta tesis, además de poner en riesgo la economía de las entidades de salud, supone un debate bioético en torno al principio de la responsabilidad.

Con este primer número de la Colección de Estudios en Derecho, Sociedad y Mercado se pretende abrir el camino para la publicación periódica de los resultados de las investigaciones que se adelantan dentro del Grupo y de la comunidad científica en general. Así, comprometidos con la generación de conocimiento y su transferencia, el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana le apuesta a la transformación social y al mejoramiento de las condiciones de vida de la región y el país.

César Augusto Molina-Saldarriaga
Verónica Cadavid-González
Coordinadores académicos

■ Capítulo 1.

La Corte Constitucional y su manejo discursivo del poder constituyente: anotaciones sobre la teoría de la sustitución de la Constitución*

*Diana Sofía Zuluaga-Vivas***

—Cuando yo uso una palabra, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique... ni más ni menos.

—La cuestión es si uno puede hacer que las palabras signifiquen cosas tan diferentes.

—La cuestión es simplemente quién manda aquí.

Lewis Carroll, Alicia a través del espejo

Introducción

La pragmática es aquella parte de la lingüística que estudia el uso del lenguaje en un contexto determinado; en

* Producto de una investigación actualmente radicada en el CIDI: “La paz: un análisis del discurso de las sentencias de la Corte Constitucional durante el *Fast Track*”, 2018.

** Abogada y magíster en Derecho. Docente del Consultorio Pío XII e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: dianasofia.zuluaga@upb.edu.co.

este texto, se hará uso de ella para estudiar un concepto jurídico fundacional como lo es el de “poder constituyente”, y se estudiará cómo es usado este por la Corte Constitucional en dos sentencias hito que dan lugar a la teoría de la sustitución de la Constitución.

Para ello, se abordará el significado convencional y no convencional de las palabras: el primero se refiere al significado que normalmente es asignado por todos los usuarios, mientras que el segundo se refiere a ese significado alternativo que en razón al contexto puede dársele en determinados casos a una palabra. Esta variación en el lenguaje puede o no resultar intencional y está muy ligada al entorno que permea la situación comunicativa concreta¹.

En Colombia, la Corte Constitucional es la creadora del discurso constitucional, es la emisora autorizada para definir los conceptos constitucionales y sus contenidos; por ello, en este texto se aborda el uso que ella hizo del concepto “poder constituyente” en dos momentos distintos y que dieron lugar a dos pronunciamientos distintos.

Primero se hablará de la doble significación del poder constituyente, luego se abordará la Sentencia C-551 de 2003 y la C-141 de 2010, para luego proceder con unas conclusiones. Este trabajo tiene un enfoque hermenéutico y busca, a través de la interdisciplinariedad, arrojar luces sobre un concepto jurídico legitimador de las dinámicas del orden normativo.

El poder constituyente y sus significados

El concepto de “poder constituyente” surgió en el siglo XVIII, en pleno fulgor de la Revolución francesa, y fue empleado por primera vez por el clérigo Sieyès, que lo usó para reconocer el poder que ostenta la nación cuando se agrupa con la intención de determinar autónomamente su forma política, la forma en que desea constituirse. Desde entonces, el discurso dominante sobre el poder constituyente ha sido fiel a sus orígenes y lo ha asumido como

¹ Escandell-Vidal (1996), Blum-Kulka (2000), Frías-Conde (2001), Gil (2001) y Rodríguez y Malaver Rodríguez (2013) fueron usados para definir el dilema pragmático del significado no convencional de las palabras.

esa potestad que ostenta una determinada comunidad para darse su propia Constitución. Son muchísimos los autores que han elaborado discursos sobre esta categoría y que la asocian con su significado convencional².

Existe otra acepción sobre esta figura de tinte antiliberal propuesta por Schmitt (1970), para quien el poder constituyente será “[...] la voluntad política cuya fuerza es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (pp. 86-87).

Aunque se trata de otra visión sobre el poder constituyente, es posible indicar que ambas tienen un elemento común: en las dos se trata de una fuerza política que *define* la forma político-jurídica que adoptará una colectividad determinada. Solo que, en el caso de Schmitt, podrán existir otros titulares de esta voluntad política diferentes a la nación, fiel protagonista de estas reformas en los discursos de tinte liberal. Así las cosas, los discursos anteriores comparten una similitud en la medida que le asignan al poder constituyente ese papel de *reformista*, de precursor del cambio político en una determinada sociedad.

A esta forma de entender el término, a este significado en concreto, le asignaremos el nombre de “significado convencional del poder constituyente”, porque es el significado empleado de manera mayoritaria por sus usuarios, que suele ser emitido con la intencionalidad de evocar ideas de cambio, reforma y revolución, y al ser recibido por los destinatarios suele suscitar en ellos tales ideales. Pero este no es el único significado posible ni existente al respecto. Nos ocuparemos, a continuación, de aquel que denominaremos “significado no convencional del poder constituyente”, que también es empleado por los usuarios del lenguaje y, en general, del sistema jurídico; este, a pesar de usar exactamente el mismo código lingüístico, terminará por evocar y significar algo completamente diferente.

Para ello partimos de Carrió (1973), quien en *Sobre los límites del lenguaje normativo* advierte la ambigüedad lingüística de la cual adolece el poder constituyente: afirma que este no es más que una simbología vacía y lo caricaturiza al rotularlo como un concepto Jekyll-Hyde: “el poder constituyente no tiene el

² Entre ellos, Böckenforde, Preuss, Bidart Campos, Naranjo Mesa y Linares Quintana.

‘rostro único’ que las recordadas letanías describen y exaltan, sino que tiene por lo menos dos: uno que se asemeja a la fisonomía noble y animosa del doctor Jekyll y otro que recuerda la faz torva y amenazadora de mister Hyde” (p. 42).

De acuerdo con esto, no resulta difícil inferir cómo la parte noble y animosa, esa esencia revolucionaria y reformista con la que se adjetiva al poder constituyente, hace referencia al significado convencional ya expuesto, en el cual este no es más que aquella “potestad creadora, necesaria a la hora de constituir y fundamentar todo orden jurídico” (Carrió, 1973: 36).

Luego de que un régimen es instaurado en una sociedad, lo que sigue es la lucha por su permanencia, su continuidad, su perpetuación. La Constitución es a la vez cambio y permanencia, pues después de instaurada se propenderá por su perpetración, su estatización, con el fin de prolongar en el tiempo sus preceptos, sus normas y, principalmente, la forma de estar constituida la política. Esta es la otra manera de concebir el poder constituyente: como ese poder que busca preservar lo ya instaurado a través de unas dinámicas e instituciones que buscan la inmortalidad de sus postulados.

Así las cosas, el significado no convencional del poder constituyente está relacionado con el carácter conservador que trae consigo la imposición de todo orden político-normativo, con esa otra cara de la moneda en la que lo más importante no es cambiar las condiciones de una sociedad, sino fijarlas y asentarlas para la posteridad.

Esto nos lleva a la dualidad propuesta por Zagrebelsky (2005), quien denuncia que el poder constituyente tiene una doble significación, dado que aspira tanto a la estabilidad como al cambio político, pero a la vez termina por imponer una determinada forma que será fijada hacia el futuro y delegará su espíritu en una variedad de instituciones que terminan por ser las guardianas de ese orden ya establecido, fijando y encauzando todos los procesos de ese ordenamiento (p. 36).

Esta situación, que en principio resulta un problema teórico de poca relevancia, tiene sus implicaciones —pues es ineludible la simbiótica relación existente entre lo jurídico y lo político, y aún más en el campo del derecho constitucional, por ser la disciplina límite entre ambas—, en tanto su uso descuidado puede dar lugar a que esta ambigüedad defina asuntos políti-

cos. Esto es fundamental en el caso del abordaje que, del concepto, haga la Corte Constitucional, emisor por excelencia creador de los preceptos constitucionales que rigen al Estado colombiano.

El referendo constitucional y la reforma política

Este artículo contrasta la decisión de la Corte Constitucional frente a dos proyectos de referendo, uno de ellos incentivado por el gobierno de turno en 2003 y otro de iniciativa popular en 2009. La obligación de la Corte de decidir sobre su exequibilidad deriva del numeral segundo del artículo 241, el cual le concede la facultad de definir, frente a estas leyes —convocantes a referendo—, si las mismas se encuentran conformes con el paradigma constitucional vigente.

El referendo es uno de los mecanismos de participación ciudadana que consiste en la convocatoria al pueblo para que decida sobre la aprobación o desaprobación de una ley o sobre temas que conciernen al interés general. Cabría entonces preguntarse cuál es la relación que tiene este tema con el poder constituyente, el cual nos ocupa. Aquí entramos a referenciar el título XIII de la Carta Política, último título de la Constitución, que trata justamente el tema de la reforma de la Constitución (1991).

Toda reforma implica un cambio político; no un cambio vertiginoso y radical, como las revoluciones (que fueron la forma de transformación política y social propia de los albores del constitucionalismo clásico y que además pretendieron influir y volcar el sistema vigente al margen del mismo y a través de métodos bajo los cuales, inclusive, la violencia resultaba legitimada). Los procesos de reforma suelen ser más limitados y tener un ritmo mucho menos intenso; es difícil que se gesten al margen del sistema institucional y de sus reglas ya establecidas, y además terminan por dar lugar a transiciones políticas, es decir, a cambios en el sistema vigente, pero de manera gradual y mesurada.

En el título ya referido, el XIII de la Constitución, se estipula que “el pueblo” (a través del referendo) y “el Congreso” (a través del acto legislativo o la

conformación de una Asamblea Constituyente) son entes válidos y legítimos para reformar la Constitución. El referendo, pues, es declarado el “mecanismo de reforma constitucional *del pueblo*” (Sentencia C-551, 2003:).

Pero resulta importante advertir que no se está frente a cualquier tipo de consulta al pueblo, sino frente a una *sui generis*, dado que los temas sometidos para su decisión resultan ser transversales a la conformación y estructura política del Estado, susceptibles de transformar el *statu quo*. A través del referendo, el pueblo termina ejerciendo un poder que a primera vista podría señalarse como constituyente³, dado que tiene la posibilidad de modificar el *statu quo* en cuanto a lo jurídico.

Así las cosas, el referendo se proyecta en el panorama constitucional como un mecanismo de reforma que resulta, a todas luces, consecuente con los preceptos que el establecimiento de aquella Constitución que lo consagra ha traído consigo, sin restringir —al menos desde el papel— la posibilidad de modificar el *statu quo*. También resulta importante resaltar el carácter argumentativo de las sentencias que emite la Corte Constitucional y que terminan siendo otro reflejo más del constitucionalismo, donde la pretensión de racionalidad impregna cada una de las decisiones, al tratar de encontrarse en estas unas pautas que puedan llegar a ser universalmente aceptadas por todos los sujetos racionales, quienes sabrán entender que los argumentos de la Corte se encuentran ligados a las normas vigentes, al interés general y que pueden enmarcarse en un ambiente democrático.

Pautas para el análisis de las sentencias

Después de estas anotaciones, previas al análisis que procedemos a iniciar sobre las dos sentencias objeto de estudio (C-551 de 2003 y C-141 de 2010), recordamos que el emisor de las mismas es la Corte Constitucional colombiana

³ Esto lo digo pensando en las palabras de Pisarello (2014: 12), quien afirma acertadamente, siguiendo la historiografía constitucional: “En términos históricos un proceso constituyente es todo menos un fenómeno esquemático”; así pues, en vista de que, a través del referendo es posible modificar el *statu quo*, aunque la ley no lo contemple, este puede ser tomado como un fenómeno constituyente.

y que los destinatarios son indeterminados, a pesar de que cuentan con una característica en común, que es la pertenencia al sistema jurídico colombiano.

El enunciado que entraremos a analizar es el de “poder constituyente”, que en su acepción tradicional hace referencia a esa potestad del pueblo para constituirse políticamente de la forma deseada, sin importar los cauces vigentes implantados por el ordenamiento jurídico-político de turno. Este significado convencional se tomará como aquella información que se presupone como común, y que comprenden y manejan los usuarios del sistema. Indicamos que el significado del poder constituyente hace parte de esa información presuntamente compartida.

Sobre el contexto general de estas decisiones judiciales, cabe anotar que la elección de estas dos sentencias, y no de otras, no fue producto del azar, sino que se tomaron en cuenta porque están ligadas a un contexto político nacional similar: el Ejecutivo estaba a la cabeza del mismo gobernante, que contaba con firmes aspiraciones de perpetuarse en el poder (a pesar de que uno de los pilares de la democracia moderna es la temporalidad del mismo); un gobernante que en su discurso hablaba del “Estado de opinión” como la “fase superior del Estado de derecho”, donde, por encima de los cauces dictaminados por la institucionalidad, debía primar la opinión popular. Dicho discurso, que podría entrar a justificar los dos referendos que se gestaron durante su gobierno, dieron lugar a las decisiones judiciales que acá nos ocupan.

En este contexto, también es posible ubicar a una Corte Constitucional que, como órgano constituido defensor de la Constitución, fue testigo de las arbitrariedades que iban despuntando frente al sistema democrático institucional, en manos de un avasallador proyecto político que parecía encajar con los términos de un proceso constituyente, bajo la ya mencionada acepción de Pisarello (2014: 11) —proceso que no es necesariamente democrático, así se arroje discursivamente bajo sus palabras⁴—. Esta Corte tenía en sus manos el poder de decisión final sobre la viabilidad de someter a la opinión pública algunos temas transversales a este proceso político, y es en este contexto que sentó sus opiniones.

⁴ También es posible encontrar esta reflexión en Pisarello (2011).

Sentencia C-551 de 2003

Contexto

2003 fue el segundo año⁵ de mandato del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. Desde que era tan solo un aspirante a la Presidencia de la República, Uribe ya había manifestado su firme intención de llevar a cabo una convocatoria nacional de referendo. Así que, para entonces, el clima político se desarrollaba en torno al suscitado proyecto, que había sido presentado al Congreso de turno por el Ejecutivo y que fue avalado mediante la Ley 796 de 2003.

Los asuntos susceptibles de votación popular que este referendo consagraba trataban temas de fondo sobre la estructura política del Estado. Había preguntas concernientes a temas como la pérdida de derechos políticos a funcionarios corruptos, la eliminación de las suplencias nominales, los nuevos requisitos para la personería jurídica de partidos y movimientos políticos, los nuevos recursos para la educación y el saneamiento básico, y la limitación de pensiones y salarios superiores a 25 salarios mínimos: asuntos, pues, que terminaban por transformar la composición orgánica del Estado.

La misión que tenía entonces la Corte Constitucional, en razón a sus funciones —en este caso estipuladas en el artículo constitucional 241 en su numeral segundo—, era decidir, antes de que el pueblo se pronunciara en las urnas, sobre la constitucionalidad de la convocatoria para votar un referendo que consagraba diversidad de temas (Colombia, Constitución Política, 1991).

Para entonces, la Corte estaba conformada por juristas con buenas relaciones con el Partido Liberal, y aunque posteriormente muchos de ellos terminarían siendo acérrimos detractores del gobernante de turno, impulsor de este referendo, en ese momento tales posturas detractoras apenas comenzaban a forjarse, por lo cual no existía una férrea prevención institucional

⁵ Cabe resaltar que era *apenas* el segundo de ocho años continuos de mandato presidencial.

frente a las propuestas del Gobierno, aunque existían algunas posturas individuales que ya eran consideradas radicales⁶.

La decisión de la Corte Constitucional fue publicada en inicios de julio, en la Sentencia C-551 de 2003. En ella, de una parte, se declararon inexecutable algunas de las propuestas que se contemplaban, como la prórroga del período de alcaldes y gobernadores, el voto en bloque que permitía aprobar todo el referendo mediante una sola pregunta y la relacionada con la penalización de la dosis mínima; pero esta decisión, a su vez —aun a pesar de las declaratorias de inexecutable de algunos de sus numerales—, avaló que el referendo se llevara a cabo y fuera votado en las urnas por el pueblo colombiano, lo que dio vía libre a la democracia participativa y a la libre expresión del pueblo soberano.

El pueblo, efectivamente, fue convocado y acudió a las urnas para decidir sobre la propuesta, pero, como dice Amézquita-Quintana (2008),

[e]l referendo de 2003 no tuvo los resultados esperados por el gobierno de turno. Este finalmente fue llevado a las urnas el 25 de octubre, propuesto por el entonces líder del ejecutivo: Álvaro Uribe, quien desde que era aspirante a tal cargo, lo había promovido. Este referendo canalizaba una de sus preocupaciones centrales “*la lucha contra la corrupción y la politiquería*”, promoviendo entonces una reforma al Estado colombiano (p. 2).

Solo una de las preguntas —la relacionada con la pérdida de derechos políticos— alcanzó el umbral de votación dispuesto por las normas electorales (que consistía en el 25% del censo electoral) y todas las otras quedaron por debajo del mismo, lo que hizo que las demás propuestas susceptibles de votación quedaran sin eficacia alguna y se convirtieran en meras intenciones. Así las cosas, este referendo fue tomado como un gran fracaso del Gobierno, que efectivamente convocó al pueblo para que decidiera, pero que se manifestó negativamente mediante la abstención a la hora de votar.

⁶ Tal es el caso de Jaime Araújo, juez constitucional que llegó a abandonar la sala en una de las plenarias en las que se discutía el tema.

Los postulados teóricos de la Sentencia C- 551 de 2003: el origen de la teoría de la sustitución de la Constitución

En primer lugar, resulta importante anotar que la sentencia tuvo lugar gracias a la competencia de la Corte Constitucional —consagrada en la Constitución en su artículo 241— para decidir si la ley convocante a referendo (en este caso impulsado por el Gobierno) se encontraba conforme a los parámetros consignados en las normas de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico colombiano.

Conforme a estas normas, ese juicio de constitucionalidad que realizó la Corte solamente podía versar sobre los posibles vicios relacionados con la forma, es decir, con el procedimiento de formación y expedición de la ley que convocaba al referendo, dado que analizar los asuntos de fondo —aquellos relacionados con los contenidos de tal referendo— implicaría un control material que la Corte no tenía la potestad de realizar; de hacerlo, incurriría en una extralimitación de sus funciones a la luz de los artículos constitucionales 241, 378 y 379 (Colombia, Constitución Política, 1991).

Con estos precedentes y el articulado más importante que la Corte debía tener en cuenta a la hora de realizar su análisis, la sentencia comienza asentando su postura al respecto. En primer lugar, la Corte invoca el respectivo articulado y afirma que el control que realiza en este caso es un control posterior —en la medida que se ejerce luego de que la ley ya ha sido sancionada— e indica que el alcance de ese control versa únicamente sobre vicios de procedimiento en su formación. Sin embargo, luego, después de que se dice que la Constitución es —y debe ser asumida en todo momento— como un texto armónico, que ha de interpretarse en forma sistemática, la Corte concluye que frente a la revisión de constitucionalidad de la ley convocante a referendo, el análisis no debe agotarse en la revisión del respectivo articulado⁷ ni en el procedimiento de formación del mismo en el Congreso de

⁷ Artículo 378: “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger

la República, sino que el proceso de revisión deberá ejercerse a la luz de las demás disposiciones constitucionales que resultaren afines al procedimiento de la convocatoria a referendo.

En esta sentencia, la Corte asume la teoría de la validez —pues a fin de cuentas un juicio de constitucionalidad no es más que un juicio de validez de una norma respecto a un sistema jurídico determinado—, según la cual una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior (Alexy, 1994: 89).

Seguir esta teoría de la validez implica que la Corte puede entrar a examinar los vicios de competencia, que son aquellos que surgen cuando un determinado órgano se pronuncia sobre una materia o asunto sin ser el competente para hacerlo, es decir, sin que la Constitución ni ninguna otra norma jurídica le hayan otorgado previamente la potestad para pronunciarse al respecto. En el caso concreto de esta ley, los vicios de competencia pueden existir porque es posible que el Congreso o el Ejecutivo, que son órganos *constituidos*, a la hora de la creación o durante el trámite de la ley hayan incurrido en una extralimitación de sus funciones constituidas, arrojándose a sí mismas unas potestades *constituyentes* que, en este caso, no les corresponden.

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad estuvo encaminado a definir si frente a la expedición de la ley se incurrió en algún vicio de competencia y si la ley convocante a referendo sustituyó a la Constitución entonces vigente. Por ello, resulta necesario ahondar en un par de discursos que usa la Corte en su análisis y cabe anotar que ambos son comunes a las dos decisiones que acá se estudian. Estos son: el poder de reforma y la teoría de sustitución de la Constitución.

libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral” (Constitución Política, 1991).

El discurso del poder de reforma

Para entrar a definir este uso discursivo de la Corte, vale la pena recordar la clásica diferencia de la teoría constitucional entre el poder constituyente —que también es denominado “poder constituyente originario” o “primario”— y el poder constituido —que se suele denominar “poder constituyente secundario”—. Así las cosas, mientras los actos del poder constituyente resultan fundacionales del orden jurídico y, por ello, están exentos de todo cauce o control, los actos del poder constituido están sujetos a los límites impuestos por el poder constituyente.

En la teoría constitucional se diferencian ambos poderes y el primero de ellos es origen del otro: mientras la voluntad del poder constituyente es creadora de todo un orden normativo y no se encuentra supeditada a ningún tipo de control por parte de otros organismos, el poder constituido es secundario y sus actos están sujetos a límites y controles.

Teóricamente, esta diferenciación cumple una función esencial porque permite reconocer que en la conformación de todo orden normativo existe un componente político esencial, el cual escapa a todas las formas previamente establecidas, pero que, a pesar de ello, el mismo instituye un orden, unos cauces y fija unas pautas y límites a seguir para la efectiva conformación de un ordenamiento jurídico.

En el panorama constitucional de tinte democrático expuesto en este trabajo, es posible afirmar que la titularidad de este poder constituyente recae sobre el pueblo soberano y que cuando este se manifiesta para modificar la estructura jurídico-política vigente, su voluntad es inapelable y no es posible hacer ningún tipo de juicio jurídico respecto a ello.

Así las cosas, en esta sentencia la Corte reconoce la existencia y legitimidad del poder constituyente del pueblo soberano⁸, para luego diferenciarlo de un

⁸ Para ello, hace referencia a la Sentencia C-544 de 1992, cuyo ponente fue el magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la cual se reconoce que el poder constituyente es el pueblo, que el mismo posee un poder soberano absoluto y que sus actos son político-fundacionales y no jurídicos; y a la Sentencia del 9 de junio de 1987 de la Corte Suprema —aún no existía la Constitución del 91 ni

poder que denomina “poder de reforma”. En esta sentencia el poder de reforma es el mismo poder constituyente derivado⁹. Ese poder de reforma expresa, entonces, “[...] la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero en los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 30).

En esta definición encontramos, pues, varios componentes que vale la pena resaltar y que hacen de ese poder de reforma una figura distinta al poder constituyente. El primero está relacionado con el titular de esta potestad: tratándose del poder de reforma, ya no será el pueblo soberano su detentador, sino que serán “ciertos órganos del Estado”, por lo cual se trata de una potestad que detentan varios organismos que, además, podrán contar en ciertas ocasiones con la opinión ciudadana para el ejercicio de este poder.

El segundo toca lo relacionado con el contenido de este poder: el detentarlo implica la posibilidad de modificar una Constitución que ya existe. Aunque aquí podría afirmarse una similitud con el poder constituyente, esta otra potestad tiene una condición especial de aplicación que consiste en que, para llevar a cabo tal modificación, han de seguirse unas pautas que se encuentran estipuladas en la Constitución. De allí su diferencia con el poder constituyente, que no está supeditado a ningún tipo de pautas o límites preestablecidos.

Entonces resulta posible indicar que ese poder de reforma se encuentra sometido a controles y que tendrá trazados unos límites por los que ha de discurrir para que pueda ser tomado como legítimo o, en términos jurídicos, como válido. En la sentencia se indica:

el Tribunal Constitucional—, cuyo magistrado ponente fue Hernando Gómez Otálora, en la que se afirma que cuando se apela a la nación —entendiendo que la nación es el pueblo agrupado en términos políticos—, la decisión que esta adopte es de carácter político, lo que hace que la misma sea inapelable y no susceptible de revisión jurídica.

⁹ Asunto susceptible de discusión, pues no todo órgano constituido tiene la potestad de reformar.

Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen a ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y [los] procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte [de] que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y por lo mismo, limitado por la propia Constitución (Sentencia C-551, 2003: párrafo 31).

Lo que pretende la Corte con este discurso es delimitar, por una parte, la potestad constituyente como magnitud política libre y sin ningún tipo de límites a la hora de su ejercicio, y, por otra, el poder de reforma, que también es un poder capaz de modificar el orden vigente, pero que solo podrá hacerlo en cierta medida y de cierta manera, mediante la institucionalidad y los límites que esta trae consigo.

Pese a la intención de la Corte de separar radicalmente estos dos poderes, ella misma incurre en contradicciones, como cuando indica —refiriéndose al poder de reforma— que “[...] se trata, por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente y es por ello derivado y limitado” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 30)¹⁰.

Queda entonces la inquietud de si ambas teorías son tan diferentes como la Corte pretende mostrarlas; de si en realidad se está hablando de un poder diferente al constituyente, instaurador de la Constitución y del orden jurídico, que pretende la continuidad de su obra (y que solo podrá verse asegurada por medio de la fijación de unos cauces que él mismo establece para procurar esa perpetuidad). Es entonces cuando surge la inquietud de si se trata de un discurso usado por la Corte con la intención de incluir la esfera de aquello sobre lo que sí puede decidir, un asunto que en principio parecía vedado a sus potestades.

¹⁰ Es allí donde cabe la pregunta sobre la congruencia de esta teoría, pues teniendo en cuenta que una cosa no puede ser y no ser a la vez, resulta confusa la naturaleza de ese poder de reforma, que parece ajustarse más a una necesidad de la Corte de separar al omnipotente poder constituyente de este poder, frente al cual sí encuentra la legitimidad y el poder para hacerle frente.

La sustitución de la Constitución

Otro de los discursos que usa la Corte —y que resulta común a las sentencias acá analizadas, las cuales, a pesar de tratar temas similares, dan lugar a que el juicio sobre las mismas sea opuesto—, está relacionado con la teoría de sustitución de la Constitución, que se encuentra intrínsecamente ligada a la teoría ya expuesta sobre el poder de reforma.

La teoría de sustitución de la Constitución se basa en el postulado de que no es lo mismo sustituir la Constitución que reformarla. Siguiendo esta teoría acogida por la Corte en esta sentencia, es posible afirmar que la Carta Política autoriza su reforma —de allí su relación con la teoría del poder de reforma, la cual es avalada y acogida por la Corte —: “[...] en eso consiste el poder de reforma, cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33).

Aun así, resulta ser diferente y por lo tanto no es avalado por ningún organismo del ordenamiento jurídico ni por la propia Constitución, que, haciendo uso de este poder de reforma o de cualquier otro poder, se sustituya por *otra* la Constitución vigente. Así las cosas, son válidas las reformas dentro de la Constitución siempre y cuando ninguna de estas implique su eliminación, supresión o sustitución. El poder de reforma cuenta con unos límites formales y competenciales que no permiten que bajo su ejercicio haya lugar a esa sustitución.

Justamente, debido a esos límites vale la pena retomar el siguiente razonamiento de la Corte:

Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución pueda ser reformado, —lo cual está autorizado de manera expresa, como es el caso de la colombiana— y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución, en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente —lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder— (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33).

Así las cosas, la teoría de la sustitución de la Constitución es un parámetro para analizar si en un determinado momento y frente a una determinada

situación de reforma constitucional resulta posible que la supuesta reforma, en lugar de modificar la Constitución, tienda a sustituirla (es decir, a cambiarla transversalmente).

Mediante esta explicación es posible indicar que la teoría de sustitución de la Constitución resulta ser, principalmente, una herramienta interpretativa que sirve para establecer los límites del poder de reforma. Es por ello que la Corte, al usar este par de discursos, afirmó de manera vehemente: “La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33). Así, en este caso puntual, la metodología de la Corte para tomar su decisión implicó analizar si el poder de reforma incurrió o no en un vicio de competencia, definiendo si la Constitución fue o no sustituida por otra, es decir, observando si el poder de reforma transgredió o no aquellos límites competenciales.

Esta metodología es la que llevó a la decisión final, fallo que resulta paradójico dado que, a pesar de la decisión que tomó la Corte finalmente —y luego de restringir el articulado de las preguntas, al suprimir algunas catalogadas como inconstitucionales—, se inclinó por promover la democracia participativa a través de la libre expresión del pueblo soberano, avaló la ley y dio vía libre para que fueran los ciudadanos, en las urnas, quienes dijieran la última palabra sobre el referendo propuesto por el gobierno de turno.

Sin embargo, durante toda la parte motiva de la sentencia la Corte se esmera en resaltar y ensalzar las virtudes y la importancia de la democracia representativa; en esta decisión no se le restringe al pueblo su poder de expresión política, pero, a la par —y quizás de forma incongruente con su decisión—, la Corte se esmera en construir un marco teórico bajo el cual ese pueblo soberano sea asumido como un ente supeditado y ligado al entramado institucional establecido.

Retomando el contexto planteado, cabe subrayar que la Corte es el organismo constituido guardián y garante por excelencia de la Constitución, y que la decisión que tenía en sus manos era dictaminar la viabilidad de un referendo sobre temas políticos, este había sido propuesto por un Gobierno incipiente —cuyos acérrimos detractores recién comenzaban a aparecer en el panorama político— y no existían férreos antecedentes contra ese Ejecutivo.

Esta anotación es posible tenerla en cuenta al pensar en el fallo de la Corte, dado que se trata de una sentencia en la que una cosa es lo estipulado en la parte motiva y otra lo prescrito en la parte resolutive. A pesar de resaltarse la democracia representativa y la imposibilidad de sustituir la Constitución por parte de ningún organismo constituido, se termina por permitir que se lleve a cabo un referendo¹¹ que tocaba temas estructurales del Estado.

Volviendo a los argumentos de la Corte, es posible percibir que el enfoque de esta corporación estuvo articulado, en esta sentencia, con individualizar y apartar al poder de reforma del poder constituyente. Desde el uso discursivo de la Corte, la diferencia principal entre ambos proviene del hecho de que, aunque ambos impulsen un cambio político, ese cambio se manifiesta de formas diferentes, pues mientras el poder constituyente puede ejercer libremente su potestad, al margen de todo tipo de pautas preestablecidas, el poder de reforma necesita, para ejercerse, cumplir con las pautas ya establecidas para su ejercicio. Caben entonces dos reflexiones al respecto.

En primer lugar, puede pensarse en la limitación de la democracia participativa y de la soberanía del pueblo, en razón de la existencia de unos cauces institucionales que terminan por sustraer la democracia a sus verdaderos titulares (cauces que, siguiendo esta crítica, parecen definir la forma idónea bajo la cual el gobierno del pueblo debe ser ejercido por el mismo). Esto es así pues, según la Corte, el poder de reforma “[...] no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 40). Mediante esta expresión, la Corte reafirma su postura teórica, según la cual el poder de reforma es un poder limitado sin posibilidades reales de transformación de la Constitución, como si de verdad fuera posible hablar de un poder de cambio diferente al originario poder constituyente.

¹¹ Es de anotar, además, que en esta sentencia fue declarado inexecutable el numeral 17, que prolongaba el período de las autoridades territoriales locales, pero curiosamente no fue declarado inexecutable porque el aumento de este período sustituyera a la Constitución, lo que sí sucedería con la ley convocante a referendo de 2009, que pretendía una prolongación del período presidencial, ley

La Corte se ve envuelta en el dilema que implica su misión de proteger la Constitución, porque debe a la vez salvaguardar la supremacía de la Constitución y propiciar tanto el principio democrático como la soberanía popular; al final, inclina la balanza hacia la supremacía constitucional y los cauces institucionales que la misma trae consigo: “la Carta, al establecer el referendo como mecanismo de reforma constitucional, no pretendió consagrar un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 44). Pero, a pesar de ello, no es posible afirmar que el principio democrático queda desprotegido, pues en su sentencia la decisión final termina avalando la ley que convoca a referendo y permite la expresión ciudadana de la democracia participativa, y asegura que ni este mecanismo de participación ciudadana ni las preguntas que trae consigo sustituyen en ningún momento a la Constitución.

En segundo lugar, surge una pregunta sobre la que vale la pena reflexionar, pues da lugar a la paradoja que interesa dejar planteada en este trabajo: ¿realmente es posible afirmar que el “poder de reforma”, ese poder estático, institucional y perpetuador del *statu quo* vigente es realmente “otro poder” diferente al “poder constituyente”, que la Corte asume en su significado convencional, colmado de su carga emancipadora, revolucionaria y alejada de todo cauce normativo y con visos democráticos?

Sentencia C-141 de 2010

Contexto

La ley que pretende analizarse en este caso es la 1354 de 2009, ley que también convocó a un referendo. Para entonces, Álvaro Uribe Vélez iba a terminar su segundo e ininterrumpido período como presidente de Colombia:

declarada inexecutable porque sí sustituía a la Constitución. En este caso, frente a las autoridades locales, la razón de inexecutable iba ligada a que el tema ya había sido tratado mediante acto legislativo, lo que individualizaba la situación frente a los gobernantes de turno, por lo cual se trataba de un acto electoral encubierto y no de una decisión abstracta.

en total estuvo 8 años en el poder. Debido a su prolongación como máxima autoridad política del Estado colombiano¹², muchos canales democráticos comenzaron a verse afectados por el monopolio del mismo y la pluralidad política del país se vio cada vez más reducida.

Las altas cortes —de forma protagónica la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional— cumplían en esta época una función contramayoritaria, dado que en el panorama político de entonces parecían ser los únicos organismos vigentes y revestidos de autoridad que aún contaban con un poco de poder e independencia frente al cada vez más avasallador Gobierno, que nuevamente buscaba prolongar su tiempo detentando el poder¹³.

Esta vez, el mecanismo usado por el Gobierno para prolongarse en el poder —a lo mejor confiando en ese “Estado de opinión”— fue nuevamente el referendo. Pero la iniciativa del mismo ya no provenía directamente del Ejecutivo, sino que venía de una iniciativa ciudadana¹⁴ (“Si bien a Uribe parece no ‘molestarle’ la iniciativa, es indiscutible que también hay un movimiento social sincero en pro del impulso de esa medida, y es poco probable que ésta sólo sea consecuencia de los deseos presidenciales” —Altman, 2010: 14—).

Así las cosas, la Corte debía tomar una decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, mediante la cual el Congreso de la República había avalado aquella iniciativa ciudadana que promovía un referendo reeleccionista —y que promovía un tercer período presiden-

¹² Colombia tiene un modelo presidencialista, lo cual hace que el presidente tenga más atribuciones que en otros modelos de gobierno, como en un modelo parlamentarista. Hay una mayor profundidad al respecto en Naranjo Mesa (2000).

¹³ Se dice “nuevamente” porque mediante el acto legislativo 02 de 2004 ya se había dado lugar a la posibilidad de una primera reelección.

¹⁴ El trámite de esta iniciativa podría resumirse de la siguiente manera: en un primer momento, se debe inscribir el documento en el que consta la iniciativa ante las autoridades electorales y para esta inscripción se requiere un comité promotor integrado por nueve miembros que elegirán, de entre ellos, un vocero. Luego será necesario que la iniciativa cuente con el 5% del apoyo ciudadano, siguiendo el censo electoral, y, finalmente, después de comprobada la veracidad de las firmas, el vocero del comité promotor deberá hacer efectiva la inscripción de solicitud del referendo.

cial—; se convocaba al pueblo a movilizarse a las urnas y pronunciarse sobre la viabilidad de una segunda reelección presidencial. A diferencia de la decisión estudiada antes, que también versaba sobre la exequibilidad de una ley que convocaba al pueblo a que decidiera sobre algunos temas, varios de los cuales tocaban de fondo con la estructura vigente en el Estado colombiano, esta vez la ley que convocaba al pueblo y que había sido aprobada por el Congreso se limitaba a un único tema: la posibilidad de reelección del presidente de turno para un tercer mandato.

El fallo de la Corte, en este caso, resultó controversial, pues, contrario a la postura que había adoptado siete años atrás —en la Sentencia C-551 de 2003, donde la Corte había declarado exequible la ley que convocaba a referendo—, en esta ocasión se adoptó la postura contraria: se declaró inexecutable la ley convocante a referendo, lo que impidió que el mismo pudiera ser votado por el pueblo en las urnas y clausuró de antemano la posibilidad de una segunda reelección.

Se trató de una sentencia controversial, no solo por la decisión de inexecutable, sino también porque en la misma se probó que la iniciativa ciudadana convocante a tal referendo había sobrepasado los topes legales de financiación¹⁵, además de que había otras irregularidades como la violación a la ley de bancadas y el exceso de facultades por parte del Congreso al modificar la pregunta del referendo. De estos temas, sin embargo, no nos ocuparemos en esta sentencia porque exceden el ámbito de estudio que nos convoca.

Los postulados teóricos de la Sentencia C-141 de 2010

Para tratar esta segunda sentencia resulta importante, en primer lugar, diferenciar el origen de ambas iniciativas convocantes a referendo. Mientras que en la primera sentencia analizada la propuesta —que también consistía en el análisis de una ley convocante a referendo, que resultó aprobado y fue

¹⁵ Según la resolución 067 de 2008 del cne, el monto máximo que se puede gastar en mecanismos de participación popular de orden nacional es de \$334.974.338 y, según el comité promotor del referendo, los gastos en los que se incurrió en el proceso de recolección de firmas ascendieron a los \$2.046.000.000, además de otros dineros aportados por otras entidades a través de otras figuras (Clavijo Romero y Morera-Montaña, 2010: 5).

votado por los ciudadanos del Estado colombiano— provenía del Gobierno nacional, en este caso nos encontramos frente a una convocatoria a referendo que contó con un origen popular, al tratarse de una iniciativa ciudadana.

Debido a ello, el análisis de la Corte no puede ser exactamente el mismo al contemplado en la sentencia anterior, pues aparecen otros factores que resulta necesario considerar. El primer dilema que la Corte se propuso resolver fue definir si esta participación democrática —la iniciativa ciudadana— constituía en sí misma una manifestación del pueblo en ejercicio de una soberanía no sometida a límites jurídicos o si, por el contrario, era un procedimiento ciudadano que se encontraba sometido a los cauces contemplados en el ordenamiento jurídico. Para ello la Corte retomó y profundizó en su discurso el asunto del poder constituyente, al cual diferenció del poder de reforma —que también denominó “poder derivado” o “secundario”—.

La Corte se refiere a este último como “la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una constitución existente pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma” (Sentencia C-141, 2010: 94). De allí se desprende “que se trata de un poder establecido por la Constitución¹⁶ y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, es derivado y limitado, así como sujeto a controles” (Sentencia C-141, 2010: 1).

Frente a este dilema, la Corte terminó por concluir que el referendo siempre es una manifestación de ese poder de reforma y que, en esa medida, el hecho de votar o proponer un referendo no le otorga al pueblo ni poderes constituyentes¹⁷ ni implica una aceptación tácita de aquellas propuestas so-

¹⁶ En estricto sentido, no lo establece la Constitución, sino el poder constituyente (este lo establece en la Constitución).

¹⁷ “Cuando la ciudadanía participa en la convocatoria de un referendo actúa como órgano constituido y, por ende, con poder limitado, porque ‘una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo decide reformar la Constitución o darse una nueva’ y otra distinta ‘aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente’ o para que ‘expresé su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución’, pues ‘en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario’ y en el segundo ‘obra en el ámbito de los poderes constituidos’” (Sentencia C-141 de 2010: 98).

metidas a votación por ninguna instancia social o jurídica. Así las cosas, ni la propuesta de referendo por parte de la ciudadanía implica que la misma actúe como pueblo soberano, ni el hecho de votar un referendo implicará que la ciudadanía manifieste su poder constituyente¹⁸.

Es posible afirmar que esta sentencia reitera los discursos planteados por la misma Corte en la Sentencia C-551 de 2003 en lo relativo al análisis de los límites competenciales (poder de reforma y juicio de sustitución de la Constitución), pero se aparta de esta jurisprudencia en lo referente a aquellas subreglas específicas del trámite, por tratarse de un referendo de índole popular y no gubernamental (como fue el caso de la ley que convocaba al referendo de 2003).

Además de ello, y con el fin de reforzar los discursos sobre el poder de reforma y sobre la teoría de la sustitución de la Constitución, la Corte promueve dos nuevos discursos que refuerzan la teoría ya asentada. Estos discursos versan sobre el pluralismo político y la democracia.

El discurso del pluralismo constitucional

Siguiendo los lineamientos constitucionales y democráticos que deben guiar el actuar de la Corte Constitucional, la cual se desempeña como guardiana de la Constitución, ella aplica en el análisis de esta sentencia el discurso del pluralismo constitucional, afirmando que el mismo es propio del modelo democrático establecido en la Constitución vigente. La Corte indica acertadamente que muchos discursos constitucionales ahora vigen-

¹⁸ Esta última afirmación de la Corte nos remite a una de las reflexiones planteadas en el análisis de la sentencia anterior, pues indicar que el referendo está condenado a ser un mero poder de reforma y que el mismo no tiene ninguna relación con el poder constituyente, no siendo más que un poder limitado sin posibilidades reales de transformar la Constitución, implica la existencia de unos cauces institucionales minuciosamente preestablecidos, los cuales parecen sustraer la democracia a sus verdaderos titulares. Es posible recordar la crítica de Sanín Restrepo: “Un juez determina desde su autoridad cómo, cuándo y dónde se debe y puede ejercer el poder constituyente, esto no es otra cosa que el secuestro de la Constitución política” (2011: 117).

tes provienen del siglo XVIII y están relacionados con los discursos de soberanía y democracia liberal y constitucional. Pero, para ese entonces, la nación era entendida como un todo homogéneo, concepción que se fue transformando y que, a juicio de esta corporación, evolucionó luego de la Segunda Guerra Mundial, al orientarse de una manera más pluralista, conforme a la cual no solamente resulta necesario garantizar la posición y los derechos de las mayorías, siempre visibles, sino también las voces de las minorías. De este modo, la Corte indica que “ya no es posible que un único grupo de ciudadanos, por numeroso y respetable que sea, se atribuya la voz de pueblo soberano” (Sentencia C-141: 99).

La Corte, entonces, establece la necesidad de que en los tiempos actuales se conjuguen las nociones de pueblo y la visión de pluralismo, lo que implicará una “coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales” (Sentencia C-141, 2010: 99). En esta sentencia, la Corte promueve un discurso bajo el cual el pluralismo resulta determinante para concebir la democracia constitucional, modelo bajo el que debe establecerse el pueblo soberano y que instituye unos cauces para que este se pueda expandir junto con su diversidad.

Según este modelo de democracia, no resulta posible que una sola persona o una sola colectividad logren representar la totalidad de intereses de una sociedad y, en esa medida, resulta necesario el implante de mecanismos que garanticen que, al tomar decisiones que afecten a todos, sean tenidos en cuenta diferentes visiones e intereses y no los de unos cuantos: “Por ello en los Estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad” (Sentencia C-141, 2010: 100).

Ese pluralismo institucional se encuentra garantizado por mecanismos como la separación de poderes, pues la existencia de una gran variedad de organismos y poderes realizan ese pluralismo al interior del sistema institucional. Así como el desbalance entre los poderes incide, para la Corte, de manera negativa en el pluralismo —como sucedía en este caso concreto con la rama ejecutiva, que venía tornándose hegemónica—, pensar en una segunda reelección atentaba contra ese pluralismo porque “la afectación de las posibilidades de minorías y opositores para acceder al poder a causa de

una segunda reelección frustra las oportunidades de quienes, legítimamente, pertenecen a tendencias contrarias a la dominante y defienden ideas diferentes sobre la gestión gubernamental” (Sentencia C-141, 2010: 496-497).

Mediante este discurso vemos que se le resta importancia a la mayoría política —esencia del principio democrático— y, por el contrario, cobran valor aquellas minorías políticas que solo pueden ver garantizado su bienestar a través de los cauces establecidos (a ellas se les puede garantizar su derecho a no ser apabulladas por los arrastres de las mayorías mediante la seguridad jurídica que implantan los procedimientos).

El discurso sobre la democracia constitucional

La democracia¹⁹, aquel régimen igualitario de atribución del poder, que cuenta con dos formas de manifestación (participativa y representativa²⁰), en el análisis de la Corte y a la luz del modelo constitucional actual cobra un matiz no tan ligado a su definición tradicional. Bajo este, que está fundado en la Carta Política del 91, se trata del régimen político imperante en el ordenamiento colombiano. Siguiendo el análisis de la Corte, este régimen se encuentra presente desde los orígenes del texto constitucional, dado que la Constitución fue adoptada por un poder constituyente democráticamente elegido y que, según la Corte, ejecutó su labor constituyente a través de procedimientos democráticos.

Así las cosas, además de la institucionalidad que parece caracterizar al discurso democrático de la Corte, también resulta necesario resaltar que esta

¹⁹ Cabe advertir que esta definición fue tomada de Pisarello, quien además específica: “la palabra *demokratía* aparece con los griegos como una concepción de la política y como una forma igualitaria de atribución y del ejercicio del poder” (2011: 23).

²⁰ Bien afirma la Sentencia C-141 de 2010 que mediante la participación “los afectados se involucran directamente en la adopción de las decisiones, y ejercen su voz no para elegir a un representante que hablará por ellos, sino para participar directamente en la toma de la decisión” (nota al final 87) y a través de la representación “las personas afectadas eligen representantes para hablar por ellos en el ámbito de los organismos decisorios representativos” (nota al final 87).

institución la asume no solo como la forma política que adopta el Estado colombiano, sino también como un “valor fundante del nuevo orden social establecido” (Sentencia C-141, 2010: 134).

Por último, se le asigna otro valor a este discurso, del cual deriva su influencia a la hora de definirse el problema jurídico que acontece en esta sentencia: la democracia no solo será asumida como un régimen político o como un valor fundante del orden jurídico vigente, sino que además esta debe servir como elemento hermenéutico a la hora de entender el ordenamiento, lo que implica que las disposiciones normativas deben encontrarse en todo momento conforme con sus postulados.

Curiosamente, en este análisis la Corte, para reafirmar la noción instrumental de la democracia, se recurre al principio mayoritario al afirmarse que resulta “[...] posible constatar que la mayoría de los autores contemporáneos son partidarios de una noción mínima de democracia, según la cual esta consiste simplemente en un conjunto de reglas de procedimiento para la adopción de decisiones colectivas que no dice nada sobre el contenido o resultado de las mismas” (Sentencia C-141, 2010: 9-10).

De allí concluye la Corte que las reglas son inherentes a la democracia y que las reglas de la mayoría y de la voluntad popular no pueden estar por encima de los procedimientos diseñados para que estas se manifiesten, y enfatiza, en todo momento, que “los procedimientos constituyen una buena parte de la sustancia de la democracia moderna” (Sentencia C-141, 2010: 2-3).

También resulta interesante preguntarse por el titular, que continúa siendo el pueblo y que ejerce la soberanía en los términos establecidos por la Constitución. La Corte afirma de manera tajante:

El constituyente de 1991 produjo, entonces, una institucionalización del pueblo en cuanto titular de la soberanía, pues organizó el poder que le corresponde en una multiplicidad de competencias y sometió el ejercicio de esas competencias a los cauces constitucionalmente diseñados, lo que, en su prístino sentido, significa que, si bien el pueblo soberano puede actuar, debe hacerlo en las condiciones y dentro de los límites establecidos en la Constitución y en las restantes normas del ordenamiento jurídico fundado en la Constitución, que lo instituye como titular de la soberanía. (Sentencia C-141, 2010: 426).

Con este discurso, las manifestaciones políticas del pueblo quedan reducidas al seguimiento de unos límites institucionales previstos con anterioridad. Esta “institucionalización del pueblo” —así es llamado por la Corte este fenómeno— coincide a la perfección con las teorías del poder de reforma y sustitución de la Constitución, que niegan un poder absoluto pero estimulan la reforma.

Así, sigue rondando la inquietud de si esa imposibilidad de cambio que la Corte pretende sepultar en su análisis es real o si solo constituye otro engranaje discursivo que reafirma la separación entre el poder constituyente y el poder de reforma. Una vez más, notamos que el discurso de la Corte pasa por alto que todo poder instaurador pretende la perpetuidad de su obra, que todo cambio implica luego estatismo y que ese poder de reforma se asimila cada vez más a esa otra cara del constituyente en la que, luego de instaurado el orden, ese mismo poder pretende la continuidad de sus postulados.

Es de anotar que esta sentencia de la Corte se dio luego de que la teoría de los vicios de competencia y de la sustitución de la Constitución se habían ensanchado en cuanto a su desarrollo jurisprudencial, al indicarse unas reglas y subreglas para su aplicación²¹. “Ahora” —se afirmó—, si bien el ordenamiento jurídico colombiano no consagraba cláusulas pétreas, era posible encontrar unos “elementos definitorios identificadores de la Constitución” que la hacían tener la identidad y las dinámicas que la configuraban.

A la hora de tomar esta decisión, el análisis de la Corte tomó en cuenta los discursos ya mencionados en relación con los temas objeto de análisis: retomó su teoría planteada en la Sentencia C-551 de 2003, donde se explicitó que el referendo, a pesar de ser un mecanismo constitucional, era una mera derivación del poder de reforma.

Acá se analiza si, frente a una segunda reelección, se da lugar o no a una sustitución de la Constitución y, para ello, se asumen dos premisas: 1) de un lado, se adopta una visión institucional y representativa de la democracia, bajo la cual los procedimientos y las reglas preestablecidas son la mejor

²¹ Al respecto, la Sentencia C-1040 de 2005, que trae siete subreglas para definir si estamos o no frente a una tajante sustitución de la Constitución vigente.

hermenéutica para entender el fenómeno democrático; y 2) se adopta una visión diferente del poder constituyente, donde el mismo ya no busca generar un cambio político sino que por el contrario busca perpetuar el orden normativo ya establecido, reforzando la estabilidad de esa Constitución que sufre la amenaza de ser sustituida (en este caso concreto, por la posibilidad de una segunda reelección presidencial).

Así las cosas, en su hermenéutica la Corte dice que ese pueblo que ahora trae un proyecto de iniciativa ciudadana también debe someterse a los cauces implantados por el constituyente primario, lo que hace posible afirmar que, en esta sentencia, la Corte “institucionalizó al pueblo”: “La institucionalización del pueblo impide que la soberanía que en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control” (Sentencia C-141, 2010: 426). De este modo se restringen sus facultades para el caso concreto.

De modo que la metodología del juicio de sustitución empleado por la Corte implica demostrar que un elemento esencial de la identidad constitucional vigente fue suplantado. Nótese que en la Sentencia C-551 de 2003 aún no se había definido esto de los elementos definitorios. Esta corporación afirma, pues, que aunque en decisión previa²² había considerado que una reelección no suplantaba a la Constitución ni sus preceptos, de forma muy diferente ahora estima que una segunda reelección sí la sustituiría, en tanto se vulnerarían los pilares ya mencionados en el análisis de esta sentencia: de un lado, el funcionamiento de la democracia constitucional, y de otro, el pluralismo constitucional.

Al final, la Corte decidió que esa ley convocante a referendo iba en contra de la Constitución del 91, en vista de que efectivamente la sustituía y de que ponía en peligro la diversidad política colombiana, por propulsar una mayor concentración de poder en un ejecutivo que ya resultaba avasalladoramente poderoso. De este modo, negó la posibilidad de que el pueblo colombiano acudiera a las urnas a votar el referendo.

²² Se refiere a la Sentencia C-1040 de 2005, sentencia de inconstitucionalidad que demandaba el acto legislativo 02 de 2004, el cual contemplaba una reelección presidencial inmediata. En ella se consagran las siete subreglas para definir cuándo está siendo sustituido un elemento identificador de la Constitución.

Es innegable que el contexto político atravesó fuertemente la decisión — que iba en contravía de decisiones anteriores—, y más a sabiendas de que la Corte hacía parte de aquellos pocos órganos contramayoritarios que aún conservaban la potestad de decidir con independencia del Gobierno. Teniendo presente que se estaba frente a una imperiosa rama ejecutiva que parecía tomar lentamente todas las instituciones del Estado, la Corte se vio en la necesidad de ejercer su poder, contemplado por la Constitución, para inclinarse por una interpretación bajo la cual una segunda reelección presidencial sustituía la Constitución y, debido a ello, esa norma que convocó al referendo fue declarada inexecutable.

La otra cara del poder constituyente

Cuando la Corte comenzó a discernir entre el poder constituyente y el poder de reforma, parecía pasar por alto que ese poder constituyente, esa magnitud política que alguna vez se reunió para dictar un nuevo orden estatal, tiene otra cara de la moneda, en la que no se cambia de sujeto: se sigue hablando de poder constituyente cuando hablamos de sus instituciones, de sus normas y de su orden establecido. Y aunque ese significado resulte diferente al convencionalmente asignado, no deja de definirlo, no deja de referirse a esos cambios que ya no son tan nuevos, a ese andamiaje que ya resulta un poco más desgastado, pero que no es más que la perpetuación de su obra.

Es a esa otra cara del poder constituyente —la que instaura y perpetúa el cambio inicialmente impulsado— a la que nos referimos en este trabajo cuando hablamos de “significado no convencional del poder constituyente”: ya no se trata de ese conglomerado social que en su momento logró estatuir un determinado cambio político, trocando así la forma en que se hallaba hasta entonces constituido el Estado, sino de aquellos cauces o límites que el mismo dejó en pie y que intentan perpetuar su legado.

Es posible afirmar que la Corte hace uso del término “poder constituyente” con su significado convencional, pero pasa por alto la otra acepción que el mismo conlleva: ese significado no convencional bajo el cual ese mismo poder constituyente no muestra esa cara benévola y transgresora del régimen estatuido, sino que, por el contrario, termina estatizando el proceso político existente con miras a su prolongación.

Esta división entre las dos caras de una misma moneda termina siendo el pretexto perfecto para justificar así la limitación de una de sus acepciones, frente a la imposibilidad de restringir la otra. De allí que, del análisis realizado en la segunda sentencia, resaltemos la institucionalización que la Corte la asigna al pueblo. Al hablar de “institucionalización del pueblo” se refiere a ese significado no convencional del poder constituyente, pues implica que el mismo, aunque cuenta con esa potencia constituyente y transformadora del orden jurídico, debe de encauzarse, limitarse, con el fin de continuar y perpetuar su legado.

No obstante, en el uso discursivo de la Corte ambos significados son usados indistintamente; de allí la necesidad de elaborar otros discursos en los que de manera ambigua separa al constituyente de la reforma, al cambio de su esencia, como si un cambio no condujera, luego, a una estatización, a una desaceleración. Esto encuentra, en su contexto, una mejor explicación: al remitirnos a la teoría pragmática que nos ocupa —la decisión de la Corte—, esta legitimación de la democracia participativa tiene su razón de ser.

En un primer momento, en la Sentencia C-551 de 2003, existía un proyecto de referendo impulsado por el Gobierno y avalado por el Congreso, que contaba con varios ítems en el articulado sujetos a votación, los cuales dejaban un mal sabor frente a los cambios que se pretendían implantar en la estructura política vigente; pero dado que se trataba de un Gobierno incipiente —nada podía preverse del manejo que se le daría a aquel mencionado “Estado de opinión” durante lo que terminaron siendo ocho años de gobierno en los que mediante la vía del consenso y la dominación carismática²³ se pretendió apabullar las vías jurídicas y los procedimientos estipulados—, sin muchos antecedentes, no existían razones de peso histórico-políticas que predispusieran a la Corte a restringirle al pueblo su poder de decisión.

Pero luego, en un segundo momento, a la hora del segundo referendo propuesto —tema que ocupa a la otra sentencia analizada, la C-141 de 2010—, ya se tenía otra concepción del Gobierno, según la cual el mismo contaba con una posición hegemónica que aún continuaba en plena expansión. Por ello, los organismos contramayoritarios pretendieron contrarrestar este poder y la prohibición de otra reelección era una excelente opción al respecto

²³ Siguiendo a Amézquita-Quintana (2008).

Conclusiones

Lo anterior tuvo el fin de mostrar la versatilidad del concepto “poder constituyente”, que en estas dos sentencias sirve para legitimar una determinada forma de concebir el sistema político y para asentar sus bases teóricas sobre el álgido tema de la reforma a la Constitución en el sistema jurídico colombiano.

La forma de entender el poder constituyente por parte de la Corte muestra que esta, más que preocuparse por la congruencia de sus conceptualizaciones, se preocupa por la racionalidad de las mismas. Usa el concepto de “democracia” como elemento hermenéutico, porque la forma política refiere al modo en que se organiza el ejercicio del poder en un Estado.

Además de esto, y de manera central, la Corte se esfuerza en todo su discurso por separar, tajantemente, el poder de reforma del poder constituyente, así como en indicar que el juicio de sustitución de la Constitución es idóneo a la hora de identificar los límites de ese poder de reforma.

En este trabajo se expusieron dos decisiones frente a una misma temática: en la primera de ellas se avala el referendo a pesar de que sus argumentos parecen inclinarse por la prohibición del mismo. Quizás en el contexto pueda evidenciarse más claro tanto la permisividad de la Corte en la primera sentencia como la prohibición que implicó la segunda, cuando ese poder de reforma parecía manifestarse de forma distinta. Mientras en la Sentencia C-551 de 2003 ese poder no sustituía a la Constitución, a juicio de la Corte, en la Sentencia C-141 de 2010 sí lo hacía.

Así las cosas, es posible afirmar que el contexto influye en la decisión que toma esta institución. Aunque teóricamente el poder constituyente resalta por su potencia e imposibilidad de encauzamiento, frente a aquellos espacios en que resulta amenazada la democracia la Corte prefiere restringir la potestad constituyente. A esa cara del constituyente, que no pretende el cambio sino el estatismo, la Corte le asigna otros nombres y lo separa de su cara convencional, quizás con el fin de ocultar la enorme ambigüedad que este término trae implícitamente.

Es posible afirmar, entonces, que el discurso manejado por la Corte sobre el poder constituyente es ambivalente, porque en un primer momento y

para una gran variedad de situaciones se trata de un poder de cambio, en manos del pueblo, que no debe ser limitado, pero en otros casos —como en la segunda sentencia— ese poder que tiene al pueblo como titular debe someterse al ejercicio de unas competencias y límites.

Por ello, frente a esta paradoja en su significado, es posible afirmar que la Corte se limita a tratar la cara transformadora del poder constituyente, evitando la reflexión sobre la ambigüedad de significados que el mismo implica, lo que la lleva a establecer los *otros* discursos acá planteados. Es una paradoja que sin embargo, al mirar la forma en que se han establecido las constituciones modernas, no resulta tan novedosa. Según Gargarella (2014), en todas estas existe una contradicción “constitucional fundamental” que se da entre su parte orgánica y su parte dogmática, la cual se deriva de los compromisos que suelen estipularse en la parte de los procedimientos y en la conformación institucional frente a los compromisos e ideales proyectados en la consagración de los derechos: “La existencia de esta primera y fundamental tensión marca, desde su mismo nacimiento, el carácter de cualquier constitución” (p. 299).

Esta paradoja se puede ver reflejada en otros aspectos del orden constitucional; el poder constituyente también hace parte de ella, debido a la ambigüedad que lo atraviesa. Por ello, este concepto ha sido expuesto en este trabajo como un caso concreto de las imprecisiones lingüísticas y jurídicas que atraviesan al sistema jurídico-constitucional.

Así las cosas, es posible afirmar que la Corte usa el término “poder constituyente” de forma exclusiva en su significado convencional, y que este uso condiciona al sistema jurídico colombiano al implicar la aceptación de la doctrina de la teoría de la sustitución y el poder de reforma a la hora de resolver los dilemas que se planteen sobre la reforma a la Constitución.

Referencias

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Altman, D. (2010). Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados? *Perfiles latinoamericanos*, 18(35), 9-35.

- Amézquita-Quintana, C. (2008). Fuerzas políticas movilizadas ante referendo de 2003. *Análisis político*, 21(63), 78-102.
- Blum-Kulka, S. (2000). Pragmática del discurso. En: T. A. Van Dijk, *El discurso como interacción social* (pp. 67-97). Barcelona: Gedisa.
- Carrió, G. R. (1973). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Clavijo-Romero, B. y Morera-Montaño, L. (2010). *Elecciones presidenciales en Colombia 2010*. Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.
- Colombia. Constitución Política. (1991).
- Escandell-Vidal, M. V. (1996). *Introducción a la pragmática* (vol. 2). Barcelona: Ariel.
- Frías-Conde, X. (2001). Introducción a la pragmática. *Ianua. Revista Philologica Romanica*, 1-35. Disponible en: http://w3.salemstate.edu/~jaske/courses/readings/Introduccion_a_la_pragmatica_Xavier_Frias_Conde.pdf.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Gil, J. M. (2001). *Introducción a las teorías lingüísticas del siglo xx*. Tenerife: Melusina.
- Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.
- ___ (2011). *Un largo termidor*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez, H. A. y Malaver Rodríguez, R. (2013). El análisis del discurso como estrategia de investigación. En: P. Páramo (ed.), *La investigación en ciencias sociales: estrategias de investigación* (pp. 225-245). Ciudad: Editorial.
- Sanín-Restrepo, R. (2011). *Teoría crítica constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Schmitt, C. (1970). *Teoría de la Constitución*. Mexico: Editora Nacional.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-551, Expediente No. CRF-001 (Sala Plena, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 9 de julio de 2003).
- ___ (2010). Sentencia C-141, Expediente No. CRF-003 (Sala Plena, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de febrero de 2010).
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.

■ Capítulo 2.

La necesidad de la intervención estatal en la formación jurídica. Una mirada histórica a los estudios jurídicos en la época republicana*

Cathalina Sánchez-Escobar**

Introducción

En América Latina, así como en Europa y Estados Unidos, las profesiones jurídicas han dominado la burocracia y la política. Durante la época colonial, la mayoría de los cargos oficiales, especialmente lo más altos (oidores y procuradores), exigían un diploma en derecho para quienes los ejercían. La profesión jurídica constituía entonces una “élite” que gozaba de una posición estratégica en el Estado y algunos segmentos de la sociedad, y fue esencial en el proceso de construcción de los Es-

* Producto de la investigación “El papel del juez en América Latina en el siglo XIX. Entre tradición latinoamericana e influencias extranjeras”, realizada por la investigadora como parte de su formación doctoral, iniciada en enero de 2006 y finalizada en marzo de 2012.

** Abogada, magíster en Historia de las ideas y de las instituciones políticas y doctora en Derecho. Docente de la Facultad de Derecho e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: cathalina.sanchez@upb.edu.co.