
LA INCIDENCIA SOCIAL DE LA CONSTITUCION

Por: MAURICIO GARCIA VILLEGAS

LA INCIDENCIA SOCIAL DE LA CONSTITUCION

A. Introducción.

Con la promulgación de una nueva constitución se establece un “campo de batalla” en el que participan distintas fuerzas depositarias de intereses encontrados y que luchan por una interpretación de los textos jurídicos. La lucha por la fijación del sentido de los textos constitucionales, es la lucha que finalmente determina el contenido real y específico del texto constitucional (0).

La historia constitucional colombiana ha demostrado que los intereses depositarios de la interpretación constitucional que regía durante la vigencia del texto anterior, poseen una enorme capacidad y fuerza para detener el impulso inicial de cambio que produce la reforma. Si bien cambian los textos y las formas del Derecho, la realidad jurídica resulta similar a la anterior: con las modificaciones mínimas para que la reforma no sea un escándalo y sin los cambios suficientes para que se convierta en un verdadero cambio. Sin embargo, esto no quiere decir que todo esté perdido de antemano para una interpretación progresista que quiere hacer realidad la reforma ni tampoco que los poderes tradicionales no tengan que dar la batalla para imponer sus postulados.

Este texto trata de mostrar cómo, tanto la creación como la aplicación de una constitución están involucradas en una serie de estrategias puntuales y complejas, en las cuales suele primar la disociación y la dispersión, de tal manera que los análisis tradicionales de tipo liberal, según los cuales la constitución es el instrumento de transformación social que el mismo texto relata, o marxistas, según los cuales la constitución es un instrumento de dominación política apropiado por una clase social, resultan esquemáticos e insuficientes. El tema será tratado en tres partes: la primera de ellas se ocupa de la incidencia social de la constitución. En un segundo punto se analizan algunos casos concretos de aplicación de la Constitución del 91 y finalmente, se establecen algunas conclusiones sobre la función constitucional en Colombia.

B. Constitución y transformación social.

Las teorías sobre la incidencia social del Derecho constitucional, a semejanza de las teorías sobre la incidencia social del Derecho, forman un espectro de variaciones (1) en cuyos extremos visibles se encuentra, por un lado, aquella teoría que considera el texto

(0) En este sentido ilustra bien el texto de Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*. Universidad Nacional CEREC. Bogotá, 1987.

(1) Sobre las diferentes teorías que relacionan derecho y sociedad, Cfr Renato Treves, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Taurus, Madrid, 1958.

constitucional como una variable dependiente de la sociedad, sin alcance diferente del que consiste en ser un reflejo de las condiciones sociales existentes y, del otro, la teoría que ve en la constitución una variable dependiente de la sociedad, con toda la fuerza transformadora que ella misma se propone.

Ahora bien, para poder entender la función social de un fenómeno constitucional específico, es necesario, en primer lugar, desenrañar el sentido y alcance con el cual fue concebida. Esta comprende el tema del objetivo social implícito en la voluntad constituyente, así como también el estudio de la concepción constitucional dominante en el órgano creador. Una vez despejado este interrogante, es necesario analizar los casos específicos de aplicación a través de la jurisprudencia constitucional. Solo entonces se está en capacidad de establecer una confrontación entre objetivos y resultados y, en consecuencia, se puede emitir un juicio sobre la incidencia social del texto constitucional. **Siguiendo este procedimiento**, se trata a continuación el tema teórico de los diferentes conceptos de constitución, para luego abordar el caso específico de la Constitución colombiana de 1991.

1. Tipología constitucional

La delimitación del concepto de constitución siempre ha sido problemática, incluso dentro del contexto dogmático delimitado por el constitucionalismo. Una manera simple de explicar esta dificultad -y escamoteando lo fundamental del debate dogmático- consiste en decir que ella resulta del carácter bifronte, jurídico y político, de los textos constitucionales: al estar referidas a

la organización fundamental de la sociedad, ellas ponen en juego diferentes concepciones y perspectivas sobre el Derecho y sobre el poder cuya delimitación no es explícita. Esta peculiaridad, que puede parecer una limitación desee un punto de vista normativo, puede convertirse en una ventaja desde un punto de vista político, al permitir que los textos constitucionales obren en la práctica como instrumentos multifuncionales, susceptibles de ser utilizados para el logro de diferentes propósitos.

Desde un punto de vista jurídico, por ejemplo, se pueden diferenciar por lo menos dos visiones sobre el texto constitucional. La primera de ellas considera que la constitución es, como cualquier otro conjunto de normas del Derecho ordinario, un código jurídico fundamental de obligatorio e inmediato cumplimiento, del cual se desprenden derechos y deberes entre gobernantes y gobernados. Según esta opinión, todo texto escrito en la constitución que no pueda ser considerado en los estrictos términos de derecho-deber, es simplemente un postulado político, o ético, o sociológico, o de cualquier otra índole, pero en todo caso no es norma (2). Esta opinión puede ser descrita como **positivista** (3).

Otra concepción, en cambio, considera que la constitución, a diferencia del Derecho ordinario, es un texto jurídico especial, "suígeneris", en el cual se plasman no solo derechos y deberes, sino también fines, valores, principios, pretensiones, postulados etc., cuyo cumplimiento en ocasiones es obligatorio a la manera positivista, esto es imponiendo derechos y deberes recíprocos, y en otras es obligatorio de manera indirecta, a través de la realización paulatina de sus

principios y valores constitucionales (4). Según este segundo orden de ideas, la constitución no siempre es un deber-ser respaldado instrumentalmente para ser efectivo en el presente, también es un postulado programático, concebido para ser realizado en el futuro, cuando las condiciones lo permitan. La constitución es también "normativa" en la medida en que crea objetivos, fines, valores, en la medida en que jalona la

sociedad actual hacia un futuro deseado. En ella, además de derechos, en sentido estricto, también se encuentran textos en los cuales se establecen promesas, expectativas, derechos potenciales, principios y valores, que tienen "carácter normativo". Esta concepción, fundada en un sentido amplio de norma constitucional, es defendida por los partidarios del concepto de Estado Social de Derecho, especialmente en Alemania (5) y

(2) Un texto clásico que plantea esta posición es el de Ferdinand Lassalle, *Qué es una Constitución*, tr. Wroces, siglo XXI. Buenos Aires, 1964. Desde una perspectiva política opuesta, F.A. Hayek considera que la verdadera constitución, es decir aquella en la cual se definen el derecho y la justicia, se encuentra en la legislación y no en el texto constitucional: *Droit, Législation et Liberté*. trad. Raoul Audouin, Puf, Paris, 1985, p. 162. En esta misma tradición neoliberal Laurent Cohent-Tamugi, *Le droit sans L'Etat*. PUF, Paris, 1985. Ajeno a las posiciones neoliberales, Norberto Bobbio se pregunta qué tipo de normas son aquellas que no comandan, o prohíben, o permiten "hic et nunc" (aquí y ahora): "Un derecho -comenta Bobbio- cuyo reconocimiento y cuya afectiva protección se encuentran reenviadas "sine die" (sin fecha) y se encuentran confiados a la voluntad de personas cuya obligación de seguir el "programa" es solamente una obligación moral o, en el mejor caso, política?" "Diritti dell'uomo e società", en *Sociología del derecho*, XVI, 1989 I, Milán p. 23. En la actualidad el debate se plantea como una polémica entre quienes tienen un concepto de constitución fundado en la idea del Estado liberal y quienes defienden el concepto de Estado social de derecho". Los defensores de la primera posición solo aceptan una idea normativista de constitución en el sentido clásico de la relación derecho-obligación. Uno de los más importantes representantes de este punto de vista es Ernest Forsthoff: "Concepto y esencia del Estado social de derecho", en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp 71-106. Según su opinión los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el Congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario, se dice, el juez estaría ocupando terrenos que no le corresponden, de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes. "El Estado moderno de derecho -dice Forsthoff- es sustancialmente estado social a través de su función impositiva", la cual es realizada por el legislador: *Op. cit.* 104. En términos similares, Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1980, p. 32.

(3) Según Hans Kelsen, quizás el jurista más representativo del positivismo jurídico en el siglo XX, las normas del sistema jurídico son solo aquellas en las cuales se impone una sanción. Los textos jurídicos que establecen potestades son normas "no independientes" que llegan a ser plenas normas cuando, unidas a otras, vinculan a un funcionario público que puede imponer una sanción: *Teoría Pura del Derecho*. (Edición de 1960) trad. Roberto J. Vernengo, Unam, 1986, p. 70. Sobre la aplicación de esta perspectiva al ámbito constitucional ver, Rolando Tamayo Salmoran, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Unam, México, 1986, pp. 251-302.

(4) "La constitución - dice Hans Peter Schneider - logra su validez real no solo por la aplicación directa, sino también por la eficacia indirecta del derecho constitucional": *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 71.

(5) El debate en Alemania gira en torno al alcance de la Ley Fundamental de la República Federal, en sus artículos 20-1 y 28-1, en los cuales se consagra el Estado de Derecho democrático y social. Para una historia de este concepto en Alemania, Wolfgang Abendroth, "El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político", en *El Estado Social*. *Op. cit.* pp 11-42. Sobre el carácter normativo del Estado social de derecho, Otto Bachof, dice: "Los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de los derechos fundamentales", *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 41; en igual sentido Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 61 y ss., Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 71-117.

en España (6). Este punto de vista puede ser denominado como **programático**, por la connotación finalista que entraña.

Esta clasificación normativa puede ser comparada con otra clasificación, derivada esta vez de un punto de vista político. También aquí sobresalen dos concepciones: la primera de ellas sostiene que la constitución es un reflejo de las condiciones de poder existentes y que por lo tanto ella debe limitarse al aseguramiento de un cierto orden ya implantado en el cuerpo social (7). A esta perspectiva se le puede denominar **conservadora**, por la idea de permanencia social que inspira. La segunda tendencia, en cambio, afirma que la constitución es una especie de pacto social que sirve para transformar, en un futuro indeterminado, las condiciones sociopolíticas existentes (8). Esta visión se puede denominar **progresista**, por la idea de cambio que lleva implícita.

Saltar a la vista una cierta empatía entre la concepción positivista y la conservadora y entre la idealista y la progresista. El primer binomio es tributario de los valores de la seguridad jurídica y, en ocasiones, de la legitimación tradicional o histórica (9), mientras que el segundo lo es de los valores propios del derecho natural, la legitimación axiológica y la acción política. El primero puede ser denominado **normativista** y el segundo **finalista**. Estos son los dos extremos visibles de la polémica sobre el concepto de constitución (10) y son, además, los casos propiamente dogmáticos, es decir, casos en los cuales el Derecho constitucional es concebido como un valor autónomo, válido en sí mismo.

De los dos casos intermedios que resultan de la combinación de las variables derecho y política. el primero surge de la unión conservadora con el idealismo programático, mien-

(6) Al respecto la obra clásica de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 50 y ss.; También Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 80 y ss.; Luciano Parejo Alfonso, "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje a Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991, pp. 30-133. José Luis Cascajo Castro, y Otros, *Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979.; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 277-404.; M. Herrero de Muñoz, *En torno a la aplicación de la Constitución*, en *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, p. 123-4.; José Ramón Cossío Díaz, *Estado Social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 121-169. Para una explicación mas detallada del tema, ver José Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988; en especial pp. 67-75.

(7) Esta es, por ejemplo, la posición de F.H. Hayek, quien sostiene que la constitución solo tiene la función de fortalecer las normas preexistentes de tipo legal. "El derecho público pasa, pero el derecho privado permanece", dice en *Droit, légistaion et liberté*. Op. cit. p. 162.

(8) La norma constitucional - dice Konrad Hesse- puede ser operante cuando trata de construir de cara al futuro las circunstancias radicadas en la estructura individual del presente; *Escritos de derecho constitucional* Op. cit. p. 70.

(9) La combinación de conservatismo y positivismo jurídico se acerca a la tradición historicista por el espectro político conservador de este corriente, pero también se aleja de ella por su confianza en las normas jurídicas como elementos de transformación social.

tras el segundo provienen de la unión del progresismo político con el positivismo jurídico. El primero puede ser denominado **ideológico** y el segundo puede llamarse **crítico**. A diferencia de los dos casos anteriores, estos últimos miran el Derecho desde un punto de vista externo, por fuera de la dogmática jurídica (11). En estas dos últimas perspectivas, el Derecho constitucional pierde su autonomía y pasa a ser un instrumento, un medio al servicio del poder político para mantener un estado de cosas, en el primer caso, o para transformarlas, en el segundo. De una manera esquemática, se puede decir que de los cuatro casos, los dos primeros, normativista y finalista, subestiman el valor de lo político en beneficio del derecho, mientras que los dos segundos, ideológico y crítico, subestiman el valor del derecho en beneficio de la política.

La concepción ideológica hace énfasis en la constitución como instrumento de legitimación en beneficio de la estabilidad del sistema. Los valores, los principios y la carta de derechos se convierten, de esta manera, en una herramienta al servicio de dominación hegemónica, en beneficio del *statu quo*. La concepción crítica también mira la constitución desde el punto de vista

externo, para hacer de ella un instrumento de desenmascaramiento de la realidad social. Sin embargo, en este caso, a diferencia de la visión ideológica, al postular una idea de constitución normativista, la posición crítica intenta mostrar cómo el derecho no es otra cosa que la reproducción normativa de las relaciones de dominación social y, en consecuencia, postula su eliminación y superación. En la visión ideológica la constitución es un elemento de conservación, mientras que en la visión crítica la constitución es un elemento de denuncia para el cambio.

Ahora bien, los casos planteados resultan de una visión analítica estática de la combinación de las variables. En la dinámica social, en cambio, que va de la promulgación a la aplicación, se presenta una combinación, o mejor aún, un desplazamiento de estos modelos ideales. Así por ejemplo, una constitución concebida bajo la perspectiva finalista, puede ser luego aprovechada por el poder político para hacer de ella una constitución aplicada a partir de una visión ideológica. De manera similar una constitución normativista, puede ser utilizada luego como instrumento de denuncia social para la postulación de un cambio.

(10) Es importante señalar que el debate sobre el concepto de constitución abarca posiciones de gran importancia tales como el historicismo y el sociologismo los cuales también pueden ser combinados con posiciones conservadoras y progresistas. Sin embargo, para los propósitos descriptivos del presente texto se ha limitado la exposición a las posiciones de mayor relevancia en el debate actual. Sobre el concepto histórico de constitución, es conocido el texto de Edmundo Burke, *Reflections on the Revolution in France*. Oxford, 1912 y Liberal Art Press, N.Y. 1955; ver también Alexander Von Humbolt, *Ideas sobre el régimen constitucional*, en *Escritos Políticos*. Trad de W. Rocés, México, 1943. A propósito del concepto sociológico de constitución es famosa la obra de Ferdinand Lasalle, *Qué es una Constitución?*. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1964. Trad., W. Rocés. También Lorenzo Von Stein.....

(11) Según la clasificación de H.L. Hart, *El Concepto del Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 110-113.

En el siguiente cuadro muestra el resumen de las combinaciones entre las variables anotadas, desde el punto de vista analítico o estático:

| poder derecho | conservadora | progresista |
|------------------|------------------------------|--------------------------|
| | positivista | normativa (seguridad) |
| programática | ideológica (legitimación) | finalista (acción) |

2. La Constitución de 1991.

a. El sentido de la creación.

Tres intentos fallidos de reforma constitucional por la vía parlamentaria, el asesinato de dos candidatos presidenciales, el surgimiento de movimientos estudiantiles en favor de la reforma y de agitados debates jurídicos acerca de la viabilidad de la Asamblea Nacional Constituyente, enmarcaron el ambiente político previo a la iniciación de labores de la Asamblea Nacional Constituyente (12). Estas circunstancias favorecieron la confirmación de una asamblea con una mayoría liderada por la alianza entre el movimiento M-19, las minorías y los independientes del partido Liberal (13).

La mayoría dominante en la Asamblea, determinó la redacción de un texto inspirado en los parámetros teóricos y los propósitos políticos del concepto finalista de constitución. Así lo demuestra no solo la redacción de sus principios y valores, sino también de su carta de derechos. Como ejemplo de lo primero está la definición central del Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general (art. 1), todo ello complementado con la prevalencia de los derechos inalienables de la persona (art. 5 y 94), la obligación de protección de los débiles, la promoción de la igualdad material (art. 13), la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos (228) y la prioridad del gasto público social (350), entre otras normas.

En relación con la carta de derechos su carácter finalista no es menos evidente. En el capítulo primero de la carta sobre los derechos fundamentales algunos artículos sobresalen por su contenido ético-social. Así por ejemplo, allí se establece que “el derecho a la vida es inviolable” (art. 11); que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles...” (art. 12); que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (art. 22); que entre los derechos de los niños están el de recibir cuidado y amor (...) el de poder expresar sus opiniones, e incluso, “los dere-

(12) *crf. José Manuel Cepeda, “Estudios Constitucionales que sirvieron de base para la expedición del Decreto Ley 1926 de 1990”, “Derecho Público I” Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 1991.*

(13) *La Asamblea quedó conformada de la siguiente manera: Liberales 25; Alianza Democrática M-19 19; Movimiento de Salvación Nacional (conservadores) 11; Partido Social Conservador 5; Conservadores independientes 4; Movimiento Cristiano 2; Movimientos indígenas 2; Unión Patriótica 2. Al respecto Cfr. Carlos Lleras de la Fuente, “Estudio Preliminar”, en Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Cámara de comercio, Bogotá 1992, pp 13-72*

chos consagrados en la Constitución” (Art. 44); que “toda persona debe respetar los derechos ajenos, no abusar de los propios”, “apoyar a las autoridades legítimamente constituidas”, “defender y difundir los derechos humanos”, “propender al logro y mantenimiento de la paz” (Art. 95), etc.

De otra parte la Constitución es especialmente generosa y finalista en lo que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales, consagrados en el capítulo segundo del título segundo. Allí tiene lugar no solo la clásica protección al trabajo, a la educación, a la salud y a la vivienda, sino también la defensa y promoción de los derechos de las minorías étnicas y culturales, de la mujer, de los niños, de los consumidores, el derecho al medio ambiente sano, a la propiedad de la tierra por parte de los campesinos, etc.

Para referirse a estos derechos, la Constitución colombiana utiliza expresiones tales como “el Estado adelantará políticas para...”, “o el Estado apoyará...” (Arts. 46, 47, 48, 49, 51, 52, 54, 60, 64, 65, 69); o “la ley podrá establecer estímulos...” (Art. 57); o “el Estado garantizará...” o “es obligación del Estado,...” (Arts. 42, 68, 69, 74, 79) o “los colombianos tienen derecho a...” (arts. 51, 67). Este tipo de enunciados jurídicos, a diferencia de aquellos en los cuales se consagran los derechos de libertad e igualdad formal, no parecen determinar plenos derechos subjetivos, ya que la idea de obligación por parte del Estado y la posibilidad de ser exigida no está claramente definida. La discusión sobre la naturaleza, jurídica o no, de estos enunciados, se origina en vista de que tales derechos requieren para su aplicación y plena eficacia de una erogación económica

a favor de un individuo o de una comunidad, la cual, por lo general, depende de una decisión política del parlamento. Por eso, algunos hablan de estos textos como derechos de prestación o programáticos, a diferencia de los derechos “tout court”, de libertad o de garantía.

b. El sentido de la aplicación.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante su primer año de labores, muestra una delimitación del sentido de los textos constitucionales que resulta de una interpretación pragmática y restrictiva en relación con los objetivos de la Asamblea Nacional constituyente. Este hecho se pone en evidencia a través del estudio de aquellas sentencias en las cuales se definen temas claves del debate constitucional, tales como los estados de excepción, la tutela y los derechos fundamentales.

1) Los estados de excepción

La utilización abusiva que durante los últimos cuarenta años tuvo la figura del estado de sitio en Colombia, influyó en la redacción restrictiva que la Asamblea Nacional Constituyente hizo de los estados de excepción en la Constitución de 1991. La Corte reconoce este hecho cuando dice que “el relativo detalle de la regulación constitucional de los estados de excepción, la diferenciación de los mismos, y la distinción de las figuras de guerra exterior, orden público y económico, social y ecológico, se inspira en el rechazo que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se manifestó contra el abuso del estado de sitio... Por esta razón, la Corte Constitucional interpreta el conjunto de normas que el Estatuto Fundamental dedica a

los estados de excepción, en el sentido de límite y freno al abuso de la discrecionalidad” (14).

En la Asamblea Nacional Constituyente se trató de limitar al máximo las posibilidades del Ejecutivo en materia de estados de excepción. Para ello, se establecieron limitaciones de carácter temporal, se ampliaron los requisitos formales, y se consagró la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Una simple confrontación textual entre los artículos 121 y 122 de la Constitución anterior, y el actual capítulo dedicado a los estados de excepción, revela el aumento de controles y restricciones que la Asamblea quiso ponerle a estos mecanismos. En primer lugar, se dividió la antigua figura de estado de sitio en dos instituciones diferenciadas. El estado de guerra exterior y el estado de conmoción interior. En segundo lugar, se delimitó de manera estricta el concepto de conmoción interior, que sustituyó la vieja noción de “perturbación del orden público”. La Carta de 1991, se refiere, entonces, a la existencia de una “grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”. Esta precisión restringe las situaciones fácticas que podrían dar lugar a la declaratoria de este estado de excepción, al limitar considerablemente el espacio de la interpretación abierta. En tercer lugar, la nueva

Constitución estableció un límite temporal de 90 días anuales para dictar la conmoción interior, del que carecía la norma constitucional anterior. En cuarto lugar, se estableció que “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

Además de estas limitaciones y restricciones propias de la figura de la conmoción interior, la Constitución consagró unas normas generales para todos los estados excepción. Entre ellas se encuentra la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, la orden dada al Congreso de expedir una ley estatutaria de los estados de excepción, la consagración del principio de proporcionalidad entre las medidas que se tomen y la gravedad de los hechos, la obligatoriedad del normal funcionamiento de las ramas del poder público y la consagración de la responsabilidad política y del control constitucional.

✓ Ahora bien, estas restricciones no impidieron que el Gobierno Nacional hiciera uso de los estados de excepción en cuatro oportunidades durante el primer año de vigencia de la Constitución, sin que la Corte viera en ello una violación del texto jurídico fundamental.

La primera declaración tuvo lugar en febrero de 1992, a raíz de la agitación laboral propia de aquel principio de año. La falta de un aumento oportuno de salarios por parte del Congreso, sirvió de motivación al Gobierno para decretar el estado de conmoción interior, bajo la idea de una amenaza de

(14) Sentencia C-004 de mayo 7 de 1992. *Gaceta Constitucional*. Tomo I, Imprenta Nacional, Bogotá, p. 107.

perturbación del orden público, ocasionada por una posible suspensión de actividades en la policía nacional.

El decreto de declaratoria de este primer estado de conmoción interior llegó al conocimiento de la Corte. Luego de reconocer el rechazo que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo al abuso del estado de sitio y de aceptar la necesidad de un control material de los decretos de declaratoria de los estados de excepción, la Corte reconoce la existencia de un amplio margen de discrecionalidad por parte del Presidente en la evaluación de los motivos del estado de excepción. El control constitucional, dice la sentencia, no puede "tornar anodino el instrumento de excepción". Según la Corte, el control del ejercicio concreto de la discrecionalidad del Presidente, corresponde principalmente al Congreso de la República, que es el llamado a hacer el contrapeso de los poderes ampliados del Presidente en este tipo de situaciones. El control jurídico, propio de la Corte, debe limitarse a constatar, en los casos de emergencia, que los hechos sean distintos a los de conmoción interior o guerra exterior que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico social o ecológico del país, y que tales hechos constituyan grave calamidad pública.

La decisión plasmada en esta sentencia de la Corte no fue acogida por el magistrado Ciro Angarita. En su salvamento de voto, sostiene el magistrado que no tiene sentido asumir el control material de los decretos, si al mismo tiempo se le otorga un margen de discrecionalidad tan amplio al Gobierno. Además, dice Angarita, el decreto de declaratoria de la conmoción es inconstitucional

por el hecho de no reunir los requisitos exigidos por la Constitución, esto es, el carácter sobreviniente de los hechos, su gravedad, y su diferenciación con los hechos contemplados en los demás estados de excepción. Todo lo cual se agrava, dice el salvamento, con la circunstancia de que la perturbación en el clima laboral fue producto de una demora en el alza salarial, perfectamente preconcebida en las políticas antiinflacionarias del Gobierno. La Corte, dice el magistrado Angarita, confunde una crisis gubernamental con una crisis institucional; se vale de un problema que amenaza al Gobierno para justificar, con otros términos, la existencia de una amenaza contra el Estado.

✓ El Gobierno hizo uso de los estados de excepción en una segunda ocasión, al declarar el estado de emergencia económica con el objeto de solucionar la crisis que se generó por el racionamiento eléctrico, ocasionado por la falta de agua en los embalses de las electrificadoras. La Corte consideró constitucional esta declaratoria, en sentencia firmada por todos los magistrados de la Corte.

✗ La más polémica de las declaratorias tuvo lugar a mediados del mes de julio de 1992. En esta ocasión, el Gobierno, hizo uso del estado de ;conmoción interior con el objeto de evitar que la interpretación de una norma legal pudiera dar lugar a la salida de la cárcel de algunos narcotraficantes. Al entrar a regir un nuevo código de procedimiento penal, el artículo correspondiente a las causales de libertad provisional, fue objeto de diversas interpretaciones por parte de abogados defensores, jueces y sindicados. Una de esas interpretaciones, conducía a la posibilidad de que varios procesados, a órdenes de la

jurisdicción de orden público, recobraran su libertad. El Gobierno consideró que esta posibilidad constituía una grave perturbación del orden público, y en consecuencia, declaró la conmoción interior, para ordenar una interpretación que impidiera esa posibilidad.

La Corte declaró constitucional el decreto. Para ello siguió, en términos generales, la idea establecida en la emergencia de febrero del mismo año, según la cual, en estos casos el Gobierno tiene un amplio margen de discrecionalidad. La Corte hizo un análisis de las normas de procedimiento penal, para concluir que la interpretación que el Gobierno imponía a través de los decretos de conmoción interior era la única válida. Consideró, además que, el exceso de celo en la explicitación de los avatares de ese tipo de decisiones judiciales, obedece a particulares circunstancias de orden público que imponen la necesidad de agotar todos los esfuerzos de claridad a fin de controlar cierto tipo de conductas punibles...” Tras estas líneas se reconoce claramente la referencia al narcoterrorismo.

“El Gobierno Nacional -dice la sentencia de la Corte- como responsable del orden público, tenía la obligación de expedir el Decreto 1156\92, en ejercicio de su facultad excepcional, teniendo en cuenta la dificultad existente, por el cambio legislativo en el procedimiento penal, para precisar su aplicabilidad; lo que se pone de presente en la multiplicidad de interpretaciones que se presentaron el los distintos estamentos sociales, todos de buena fe, incluso los equivocados, que permitió por parte de estos últimos la formulación de más de un millar de soli-

citudes de libertad provisional para los detenidos a órdenes de la Jurisdicción de Orden Público, con base en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal”.

La Corte consideró, además, que no se violaba el principio de la separación de poderes, por cuanto las decisiones procedimentales que en los decretos se tomaban, no eran de carácter particular, sino, por el contrario, generales y abstractas, pues el número de solicitudes de libertad era elevado. Consideró igualmente que no existían atribuciones ordinarias de policía que permitieran solucionar el problema.

En esta oportunidad dos magistrados salvaron el voto: Ciro Angarita y Alejandro Martínez. En su escrito, los magistrados consideran inconstitucionales los decretos, por el hecho de restringir la libertad de las personas y, de esta manera, suspender un derecho fundamental, lo cual está claramente prohibido, no solo en la Carta de derechos, sino en diversos tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte. Para los magistrados disidentes, el nuevo Código de Procedimiento Penal había derogado todas las normas procedimentales penales distintas, y por lo tanto no eran de aplicación las normas que, según el Gobierno, impedían la libertad de los sindicatos a órdenes de la jurisdicción especial de orden público. Además, la interpretación que el Gobierno impidió mediante los decretos de conmoción era, según los dos magistrados, la mas acorde con la Constitución, en la medida en que evitaba la existencia de dilaciones injustificadas en los procesos y, por lo tanto, era compatible con el principio de la favorabilidad.

Pero el argumento central del salvamento está en la idea de que no puede ser causal de una "perturbación del orden público" el hecho de que los jueces ejerzan, en el cumplimiento autónomo de sus funciones, la tarea de interpretar la ley. Se trata, entonces, de una burda violación al principio de la separación de poderes y de un desconocimiento de la función jurisdiccional por parte del Gobierno y, mas grave aun, por parte de la Corte Constitucional.

En noviembre de 1992, el gobierno acudió por cuarta vez en menos de un año, a la declaratoria de un estado de excepción. Se trató nuevamente de una conmoción interior, como consecuencia de la violencia guerrillera y narcoterrorista, muy parecida en sus motivaciones a las muchas que se declararon bajo la vigencia de la Constitución anterior. Según el Gobierno, los secuestros, las extorsiones, las tomas de pueblos y los atentados a la infraestructura económica nacional, habían proliferado de tal manera, que era necesario tomar medidas extraordinarias para contrarrestar esta situación.

Luego de ser derrotada la ponencia inicial presentada por el magistrado Angarita, la sala plena decidió declarar ajustadas a la Constitución todas la motivaciones del decreto. Con base en esta declaratoria, el Gobierno dictó mas de 20 decretos, que abarcan un amplio espectro de materias, todas ellas muy cercanas al limite en el cual se suspenden los derechos fundamentales: censuras a la prensa sobre ciertos temas, otorgamiento de funciones judiciales a los militares, facultades al fiscal para rebaja de penas, supresión de las facultades autónomas de los gobernadores y alcaldes en el manejo de los problemas de su

respectiva jurisdicción, etc.

En su salvamento de voto el magistrado Angarita afirma lo siguiente:

"En Colombia nos hemos acostumbrado a aceptar la estrategia gubernamental que consiste en, por un lado, proclamar a todas voces la existencia de un estado de derecho constitucional recogiendo los frutos políticos de esta retórica y, por el otro, mantener el ordenamiento jurídico en situación de excepción, recogiendo los frutos militares de esta situación. De esta manera, los presidentes han hecho compatible las necesidades de legitimación política de gobiernos des-acreditados, con las necesidades militares de fuerzas armadas impotentes ante las múltiples manifestaciones de violencia, todo ello sin renunciar a los beneficios discursivos del estado de derecho y a las ventajas prácticas del acrecentamiento del poder ejecutivo."

"El fenómeno de la banalización del estado de excepción ha permitido que los gobiernos dispongan de una estrategia que consiste en mantener intactos el discurso sobre el estado de derecho y la práctica de concentración del poder, utilizando estratégicamente la una y/o la otra dependiendo de las conveniencias y de las necesidades políticas o militares. Ello se ha logrado, además, con la bendición de los jueces constitucionales, quienes se han limitado, de una manera formalista, a reconocer la constitucionalidad de cada declaratoria, sin entrar en el problema, que consideran extrajurídico, de la banalización de la figura del estado de excepción y del deterioro de la estruc-

tura institucional de normalidad” (15).

Esta tendencia ha sido respaldada y consolidada por la sentencia 090 de febrero de 1993 de la Corte Constitucional, por medio de la cual esta corporación judicial consideró constitucional el decreto 2271, con el cual se incorpora como legislación permanente toda una normatividad penal creada bajo el estado de excepción de la Constitución de 1886. De esta manera, se llega a la extraña situación de una legislación promulgada como legislación excepcional baja la vigencia de una primera constitución, que luego, durante la vigencia de una segunda constitución, mas restrictiva en materia de estados de excepción, es aceptada como legislación permanente (16).

2) La acción de tutela.

a) La tutela contra sentencias

La Constitución de 1991 consagró el mecanismo procesal de la acción de tutela - conocida en otros países como derecho de amparo - por medio el cual, con un procedimiento preferente y sumario, cualquier persona puede reclamar, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales ante un juez, cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autori-

dad pública.

Entre las controversias que ha suscitado este mecanismo de protección de derechos, la mas álgida ha sido la relativa a su procedencia frente a sentencias judiciales. Si bien el artículo 86 de la Constitución dice que la acción tiene lugar contra los actos de todas las autoridades públicas, una importante corriente de opinión, liderada por los principales medios de comunicación, ha sostenido que los jueces no quedan comprendidos dentro de las autoridades susceptibles de ser tuteladas.

Durante los primeros meses de funcionamiento de la Corte, las diferentes salas de revisión de tutelas (17) tomaron decisiones encontradas en relación con este asunto: mientras las salas primera, segunda y séptima aceptaron conocer de tutelas interpuestas contra sentencias, las demás salas se negaron a revisar este tipo de fallos.

Al ser demandados algunos artículos del decreto 2591 de 1991 por medio del cual se reglamentaba el artículo 86 de la Constitución, el tema de la tutela contra sentencias llegó a la sala plena. Luego de acaloradas y extensas discusiones, el primero de octubre de 1992 la Corte se pronunció en la sentencia C-543. En este fallo se niega la posibilidad de que la acción sea interpuesta contra

(15) *Salvamento de voto Sentencia N. C-031 de 1993.*

(16) *Hay que destacar el salvamento a la sentencia 090/93 de los magistrados Ciro Angarita Baron y Alejandro Martínez Caballero.*

(17) *Para las decisiones relacionadas con tutelas, la Corte Constitucional está dividida en siete salas, cada una de ellas integrada por tres magistrados. Cada sala se encarga periódicamente de la selección de las tutelas, que luego son repartidas entre todas las salas para su revisión. Cuando la solución de un problema sobre derechos fundamentales no produce acuerdo entre las diferentes salas, el conflicto se resuelve en la sala plena, compuesta por todos los magistrados de la Corte.*

decisiones judiciales. La tutela, dice la sentencia, tiene un carácter esencialmente subsidiario e inmediato, esto es, fue “concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho”. Por lo tanto, “la tutela no puede converger con vías judiciales diversas”, pues no es ni medio alternativo, ni adicional, ni complementario.

Según la Corte, la Constitución de 1991 no derogó la legislación preexistente, y en consecuencia la antigua atribución de competencias de los códigos procesales, continúa vigente. La tutela no puede crear un “sistema de justicia paralelo”. Esto atenta, dice el fallo, contra el principio universal de la cosa juzgada, contra la independencia judicial y contra el valor de la seguridad jurídica, supuestos básicos para la existencia de un orden justo.

Tres de los siete magistrados de la corte se retiraron de la decisión mayoritaria y redactaron un extenso salvamento de voto, en el cual exponen argumentos en beneficio de la protección de los derechos fundamentales y en contra de la primacía, en este caso, del valor de la seguridad jurídica. Si los medios judiciales ordinarios no han demostrado su eficacia para proteger los derechos fundamentales, dice el salvamento, debe proceder la tutela. Esta se ejerce contra el juez que vulnera derechos, no contra el proceso, luego no hay tercera instancia, ni paralelismo de ninguna índole. El fin de un proceso judicial es la sentencia justa, no la cosa

juzgada. Solo cuando una sentencia tiene un mínimo de justicia material, puede hacer tránsito a cosa juzgada. La tutela puede ser un mecanismo que garantice ese mínimo de justicia material. Según el salvamento, la sentencia proviene de una lectura autoritaria de la Constitución, hace énfasis en los conceptos de poder, autoridad, seguridad y orden, en detrimento del concepto de justicia.

Además - dicen los magistrados que salvan el voto- la intención del “Constituyente, era la de que la tutela procediera contra sentencias judiciales. Así lo demuestran los debates que dieron lugar al artículo 86 de la Constitución y que se manifiestan en la misma redacción del texto aprobado. Los jueces son autoridades públicas, y el artículo 86 no distingue ante cuales autoridades procede la figura y ante cuales no. A esto se agrega el hecho de que las competencias de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativo no pueden prevalecer sobre las de la jurisdicción constitucional, como parece deducirse de la sentencia de mayoría, dice el salvamento.

Esta tendencia restrictiva en materia de jurisdicción constitucional, y de control por parte de la Corte, fue ratificada por la sentencia por medio de la cual se elimina el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional.

b) La tutela de los derechos.

En materia de aplicación de la acción de tutela, la Corte ha presentado desde su inicio una división entre, por un lado, la tendencia “conservadora” mayoritaria, conformada por los magistrados Fabio Morón, Jaime Sanín, José Gregorio Hernández y Simón

Rodríguez, defensores de los valores de la seguridad jurídica y de la tradición y el orden constitucional y, del otro, la tendencia progresista, integrada por Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez, defensores de la idea de justicia social y de una protección extensa y generosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos (18).

Estas diferencias de criterio y sus implicaciones en el carácter político y estratégico de la aplicación de las normas constitucionales relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales, pueden ser apreciada a partir del análisis estadístico de las tutelas concedidas y negadas por cada magistrado, que se presenta en el siguiente cuadro.

| Magistrado | Número de | | |
|--------------|-----------|------------|---------|
| | tutelas | concedidas | negadas |
| Angarita | 26 | 22 | 4 |
| Cifuentes | 26 | 22 | 4 |
| Hernández | 28 | 7 | 21 |
| Martínez (*) | 23 | 6 | 17 |
| Morón | 23 | 6 | 17 |
| Rodríguez | 15 | 6 | 9 |
| Sanín | 14 | 8 | 6 |

(*) El bajo número de sentencias concedidas por A. Martínez se debe, en parte, a que conforma sala de revisión de tutela con magistrados de tendencia conservadora.

3. Función constituyente y eficacia simbólica.

Como se dijo mas arriba, el texto de la Constitución de 1991 fue concebido y redactado con el liderazgo de la tendencia progresista mayoritaria en la Asamblea Nacional Constituyente, bajo los supuestos de una concepción finalista, según la cual, la creación de derechos, fines y valores constitucionales cuya efectividad es incierta, y en ocasiones imposible, es, por lo menos, un primer paso hacia la consecución de los mismos. De acuerdo con este pensamiento, la existencia de normas constitucionales incumplidas, es algo mejor que el vacío total de normas. El mero anuncio del derecho que no se realiza es mejor que el silencio. Esta idea resulta de la confianza depositada por los constituyentes en el texto jurídico, entendido como elemento jalonador de un cambio social a partir de la creación de la toma de conciencia de tales derechos. La Constitución, según esto, cambia la sociedad no solamente por la capacidad compulsiva de sus ordenes, sino por la fuerza representativa de sus postulados.

Esta confianza de los constituyentes en el poder del Derecho explica, en buena medida, el hecho de que, a pesar de las enormes dificultades para lograr una aplicación efectiva de las normas, -o tal vez precisamente por ello?- el catálogo de derechos que consagra la Constitución colombiana de 1991, sea especialmente generoso y celoso del respeto de los derechos de los ciudadanos, en comparación con las demás constituciones de las

(18) Esta división no puede ser trasladada directamente a los asuntos de inconstitucionalidad.

democracias occidentales (19).

Ahora bien, el carácter finalista o programático de la Constitución es el resultado de una decisión política estratégica vencedora en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Esto no impidió que durante los debates de la Asamblea, y luego de ellos, se levantaron voces en contra de la estrategia dominante. Dichas protestas no solo provinieron de posiciones políticas conservadoras que consideraban peligroso el populismo retórico del texto constitucional, sino también de posiciones políticas de izquierda, según las cuales una constitución de este tipo favorece menos a los ciudadanos, con la posibilidad que ofrece de presionar a las autoridades competentes para que aplique dichas normas y más al Estado, con la posibilidad de legitimación que surge de la institucionalización de dichos símbolos (20). Si bien es cierto que la mayor parte de los movimientos políticos de izquierda respaldaron el texto finalmente promulgado, mientras la posición conservadora se opuso a la profundización de la tendencia programática, en ambas tendencias políticas puede presentarse, como de hecho sucedió, personas que apoyen una u otra de las dos concepciones mencionadas.

A la pregunta sobre cuáles fueron los vencedores en este debate sólo podrá responderse con el paso del tiempo y en relación con cada

una de las instituciones constitucionales consagradas, en la medida en que ellas sean aplicadas. De todos modos, la respuesta seguirá siendo difícil si se tiene en cuenta el hecho de que la realización efectiva de los postulados programáticos daría razón a la posición mayoritaria y dejaría descontentos a los partidarios del conservatismo normativista e ideológico por los riesgos de desestabilización que ello conllevaría. Si, en cambio, los postulados programáticos no pasan de crear meras expectativas, de ello sacará partido no solo la posición ideológica, al comprobar que la constitución es un derecho reducido a su eficacia simbólica, sino también la posición normativista, por la desnaturalización del Derecho constitucional y la posición crítica por la desviación del sentido de los textos.

Una vez más, el tema de los estados de excepción es un ejemplo que ilustra bien esta disociación entre textos constitucionales creados y textos aplicados. La gran mayoría de las constituciones establecen la posibilidad de suspender algunos derechos fundamentales cuando circunstancias de extrema gravedad pongan en peligro la vida institucional. La Constitución colombiana de 1991 también prevé dicha posibilidad, pero su consagración prohíbe la suspensión de cualquier derecho fundamental (21). Así, de una situación en la cual el estado de excepción - aplicado de manera casi ininte-

(19) Así quedó demostrado durante las sesiones del "Seminario Internacional Sobre la Carta de Derechos, su Interpretación y sus Implicaciones". Organizado por la Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, en el mes de noviembre de 1991. Cfr. Humberto Quiroga Lavie, *Derecho Constitucional Latinoamericano*. Unam, México, 1991, pp. 77 y ss.

(20) Para una visión del texto constitucional desde diferentes perspectivas, ver el libro "Doce ensayos sobre la nueva Constitución". (Señal Editora, Medellín, 1991, pp. 7-33) entre los cuales de destacan los textos de Jesús Vallejo Mejía, "El estatuto del revolcón" (pp. 7-32) y de Luis Fernando Álvarez, "Principios estructurales de la nueva Constitución" (pp. 75-105).

trumpida durante cuarenta años - permita la promulgación de estatutos claramente represivos, se pretende pasar, con la nueva Constitución, a una situación en la cual la posibilidad de la suspensión de los derechos queda eliminada. Lo primero que sorprende es el tremendo salto que va de la realidad a los textos jurídicos; de la degradación se quiere llegar a la excelencia sin pasar por la normalidad.

Teniendo presente que la necesidad de suspender los derechos hace parte de la naturaleza misma de la figura del estado de excepción, y que Colombia no está en mejores condiciones que otros países para permitirse un estado de sitio con plenas garantías, hay que llegar a la conclusión de que la necesidad de defender el Estado de Derecho en Colombia, dará lugar a decisiones que efectivamente suspenderán derechos, sólo que de manera velada o subrepticia. El lenguaje es un juego que tiene sus trampas: con el prurito de establecer reglas para evitar todos los males posibles, se abre la puerta para que los males inevitables entren al escenario público desprovistos de toda regla.

De esta manera se pone en evidencia la disociación entre la práctica del decir y la

práctica del hacer en el Derecho (22): si bien es probable que el a votación del artículo 214 haya primado la buena voluntad y la ingenuidad de las mayorías sobre la pretensión perversa de imponer el ejercicio ilegal del poder, es probable también que no se pueda evitar el hecho de que los gobiernos futuros, sometidos a la presión de circunstancias atentadoras contra el orden institucional, se inclinen más por soluciones pragmáticas, en las cuales los beneficios políticos resulten más recibidos que la buena voluntad constituyente y que el Derecho mismo.

En estas circunstancias, es posible que la creación de un Derecho concebido con independencia de la categorías de lo posible y lo no posible, propicie justamente lo que quiere evitar: estableciendo normas depositarias de una voluntad ideal y desconociendo la posibilidad de que el ejercicio del Derecho tenga limitaciones, no solo no se lograría la realización de dicha voluntad, sino que se favorecería el abuso del poder, al desterrar al campo de la ilegalidad el conjunto de prácticas políticamente necesarias. Hay que tener presente que, en ocasiones, la lógica del deber ser, de la sociedad ideal, del deseo, se convierte en una variable dependiente de la lógica del poder, de la conservación, de la fuerza.

(21) *“Las constituciones de la gran mayoría de los países americanos - dice Daniel O’Donnell - reconocen que, durante periodos de grave crisis que afectan el orden público, los derechos y libertades fundamentales pueden ser sujetos a limitaciones mas severas que las permitidas por el orden constitucional en tiempos normales”*. **Protección internacional de los derechos humanos**. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 396. El derecho interamericano también resulta menos permisivo: el artículo 4 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Politicos, establece la posibilidad de adoptar medidas que *“suspendan las obligaciones contraídas por los Estados”* en materia de derechos. Todo parece indicar que la norma constitucional colombiana será aplicada, de tal manera que se haga una diferencia entre limitación y suspensión, con el objeto de atenuar la idea implícita de intangibilidad de los derechos fundamentales que aparece en el artículo 214 y, de esta manera, permitir su afectación.

(22) H. Quiroga Lavie, sostiene que los catálogos constitucionales en América Latina, sirven *“no solo como testimonio de ilusiones incumplidas, sino como metro o medida entre lo que debe ser y los que tristemente es”*. Así, los pueblos -continúa el autor- a la hora del control democrático, están en condiciones de constatar *“en qué medida sus gobiernos han cumplido con el programa constitucional”*. *Op. Cit.* p. 103-104.

C. Recapitulación: estrategia constitucional y hegemonía

La probabilidad de que las normas constitucionales determinen la realidad social en el sentido previsto en sus textos, no debe ser analizada con independencia de la estrategia del Estado, en relación con la creación y la aplicación de este tipo de normas; en esta perspectiva surge la siguiente pregunta: Quién resulta más beneficiado con la creación de normas simbólicas'' los ciudadanos con la posibilidad de presionar frente a las autoridades competentes la puesta en obra de dichas normas, o el Estado con la posibilidad de legitimación que surge de la comunicación simbólica entre gobernantes y gobernados?. Mientras que la perspectiva finalista cree que los ciudadanos saldrán finalmente beneficiados en este proceso de consagración de normas, aquellos que se sitúan en una perspectiva crítica consideran que los beneficios de esta estrategia son mayores para el Estado que para los individuos (23).

A continuación se enumeran algunos elementos de juicio, provenientes del análisis hecho en este trabajo, que pueden ser tenidos en cuenta al momento de plantearse el interrogante formulado más arriba:

1. Las distintas áreas de regulación jurídica no se encuentran afectadas por la misma

intensidad reformadora: mientras más públicas sean las relaciones objeto de regulación, más se utiliza la reforma como un instrumento político independiente de la aplicación. Según Murray Edelman, existe "una relación inversamente proporcional entre el carácter ideológico de las normas y su eficacia, o lo que es igual, entre la importancia de la propaganda que rodea la promulgación de una norma y la importancia de su puesta en obra" (24).

2. Esta relación inversamente proporcional entre publicidad y eficacia, es posible gracias a la existencia de una disociación entre la práctica creadora y la práctica aplicadora del Derecho constitucional. También puede explicarse tal disociación como una diferencia de concepción entre el Derecho que se crea y el Derecho que se aplica. De acuerdo con esto, y teniendo presente la tipología explicada al inicio de este trabajo, el fenómeno de la función social del Derecho constitucional puede ser explicado a partir de una separación entre fines retóricos y medios pragmáticos: mientras los textos constitucionales son redactados y promulgados con fundamento en una perspectiva finalista, el paso del tiempo y las dificultades propias de la puesta en obra, limitan los propósitos explícitos en los textos creados y determinan una perspectiva ideológica en su aplicación. Las constituciones son creadas para lograr el

(23) En todo caso una respuesta a este interrogante, debe estar circunscrita al análisis de un caso específico y debe tener en consideración lo siguiente: las condiciones de aplicación de los derechos sociales, están caracterizadas, al menos en Colombia, por circunstancias que benefician la posibilidad de apropiación política de los textos jurídicos por parte del Estado: en primer lugar, la debilidad de las presiones sociales frente al Estado; segundo, la falta de una doctrina constitucional dotada de criterios de interpretación autónomos que permitan oponer al poder político del Gobierno el poder jurisdiccional de los tribunales, y finalmente, las enormes dificultades materiales, técnicas y administrativas para llevar a la realidad las promesas inscritas en los enunciados constitucionales de derechos sociales. Por eso, en Colombia, el terreno se encuentra abonado para que prospere la eficacia simbólica de los enunciados en cuestión.

(24) Murray Edelman, *The symbolic uses of politics*, University of Illinois Press, 1977, p. 26.

cambio social y son aplicadas para lograr la estabilidad social, siendo lo primero una condición necesaria para la existencia de lo segundo. La idea de mejorar el texto de la constitución es una condición indispensable para mejorar una serie de problemas que no dependen de la eficacia instrumental de los textos constitucionales mismos. La difusión de la idea en la cual, cambiando las formas jurídicas cambia la realidad del país, es una estrategia para lograr un cambio que finalmente no se debe a las normas jurídicas. La eficacia de la constitución, entonces, se encuentra en su capacidad para crear una representación de cambio en la realidad social, mas que en su capacidad para imponer, como norma, dicho cambio.

3. La historia jurídica colombiana muestra un contraste entre la volubilidad del discurso constitucional, con algo mas de 80 cambios desde la independencia (25) y la persistencia del Código Civil- tomado del código chileno y este del código napoleónico de 1804 - permanecido casi invariable en el último siglo. Como ya fue señalado por Portalis, los hombre cambian mas fácilmente de dominación que de leyes (26). La estabilidad de las relaciones económicas reguladas por el Código Civil, contrasta con la movilidad de la regulación política. Esto indica un claro contraste entre dos tipos de prácticas: una pública, caracterizada por una

amplia incidencia de la retórica, en relación con el cambio en las relaciones sociales y económicas, y otra privada, caracterizada por la efectividad, en relación con la permanencia de estas mismas relaciones sociales y económicas.

Entre ambos fenómenos existe una funcionalidad que permite el hecho de que los términos de la relación retórica del discurso jurídico-político sean invertidos en la práctica: el Derecho constitucional no determina el Derecho civil, mas bien es éste el que impone sus exigencias al Derecho constitucional. De acuerdo con esto: "Cada orden jurídico - dice De Sousa Santos - reposa sobre un hecho fundamental, un super-hecho o una super-metáfora (...) que determina el punto de vista o la perspectiva interpretativa específica que caracteriza el punto de vista adoptado. Las relaciones económicas privadas en el mercado son el super-hecho subyacente a la legalidad burguesa moderna..."(27).

Así como la lucha partidista es altamente conflictiva pero con pocos riesgos de ruptura, debido al carácter político de los conflictos, en el sistema jurídico, la actividad reformadora del material normativo posee una gran intensidad, pero las posibilidades de cambio son mínimas (28).

(25) Al respecto ver Hernando Valencia Villa: *La constitución: íde la quimera*, Caja de herramientas, Bogotá. 1982.

(26) J.E.M. Portalis, *Conferéce du Code Civil*. Paris 1805, vol I, p. 14.

(27) B. De Sousa Santos, "Droit: une carte de lecture déformée. Pur une conception post-moderne du droit", en *Droit et Société* No. 10, 1988, p. 376.

(28) Al respecto, H. Valencia Villa señala que el reformismo jurídico ha sido "una de las estrategias favoritas de los partidos gobernantes y las castas dominantes para prevenir el cambio social y generar el consenso político". "Vida, pasión y muerte del Tribunal Especial de Instrucción", en *Análisis político* No. 2, 1987, p. 92.

A manera de síntesis: un análisis de la historia constitucional colombiana permite desentrañar una correlación funcional entre la movilidad del discurso jurídico-político - que se manifiesta, de un lado, en la conflictividad del discurso político, por el otro - Y la permanencia de las relaciones jurídico políticas tradicionales - que se manifiestan, de un lado en la estabilidad institucional y del otro, en la inalterabilidad de las relaciones jurídicas de tipo civil, económico y comercial.

4. La aplicación de las reformas constitucionales en Colombia ha sido fruto de una estrategia que ha resultado victoriosa en el campo de juego abierto por el Derecho creado y aplicado. En consecuencia, dicha victoria debe ser entendida como un hecho que proporciona elementos de juicio para el análisis del futuro, que permite encontrar indicios de una tendencia, y de ninguna manera como una ley o como una necesidad ineluctable. La lucha por la fijación del sentido del Derecho no se encuentra definida del antemano; si así fuese no se trataría de una lucha. Tampoco es el fruto de una confrontación entre iguales: existe una estructura de dominación que favorece la posición de unas fuerzas sobre otras, pero que no siempre es una ventaja suficiente para asegurar el triunfo.

Por lo tanto, no toda introducción de reformas democráticas se encuentra determinada por un sujeto inspirado en el engaño y la dominación de clase. La introducción de

reformas democráticas, y de manera mas específica, las reformas constitucionales que introducen nuevos derechos o amplían los ya existentes, no solo no significan, en sí mismas, una garantía suficiente para la realización de dichos derechos, sino que, en ocasiones pueden convertirse en una circunstancia que contribuye a la ineficacia de los mismos. Una reforma constitucional también puede servir como instrumento políticamente conveniente para el gobierno que la propone y como norma jurídicamente ineficaz para el gobierno que la aplica. Sin embargo, esto no significa que en el futuro otras fuerzas puedan resultar vencedoras en el campo de batalla abierto por el nuevo texto constitucional.

La confianza que los gobiernos tienen en la posibilidad de salir victoriosos en la lucha por la interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y, además, los beneficios políticos que se obtienen del hecho de la promulgación del nuevo texto, son razones suficientes para que los gobiernos se vean frecuentemente tentados a emprender la estrategia de la reforma y a asumir los riesgos que acarrea el hecho de consagrar normas cada vez más protectoras de los derechos ciudadanos y cada vez más difíciles de cumplir. La estrategia ha funcionado en el pasado; pero no se excluye la posibilidad de que, en adelante, resulte contraproducente para el Gobierno, como consecuencia de una saturación del mecanismo impuesto por la eficacia simbólica, o como consecuencia de los nuevos derechos consagrados.

5. Los regímenes militares de América Latina han desestimado la legitimación por medio del Estado de Derecho en beneficio de la legitimación por medio del discurso político nacionalista, la seguridad nacional y la represión contra los promotores de la guerra interna; las democracias formales, en cambio, favorecen la legitimación por medio del Estado de Derecho y de la retórica jurídica y subestiman la legitimación por medio de la seguridad y el orden. He aquí dos estrategias que las élites políticas aplican en un momento u otro, según las circunstancias.

