

# LA ASAMBLEA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE REFORMA POLÍTICA EN COLOMBIA

ÓSCAR MEJÍA QUINTANA\*  
MARITZA FORMISANO PRADA\*\*

## Resumen

**N**uevos vientos de reforma de ventilan en Colombia a raíz de las propuestas orientadas a reformar la Carta del 91. En torno a ello, el presente artículo propone la necesidad de apelar a una Asamblea Constitucional como mecanismo de reforma de la actual carta de 1991, en contraposición a mecanismos más radicales como la Asamblea Nacional Constituyente y demás mecanismos de participación ciudadana. La necesidad de ampliar el pacto social se ve reflejada en la búsqueda actual e inminente por lograr el consenso constitucional que integre a los actores en conflicto y a todo sujeto

colectivo periférico que no pudieron estar representados en nuestra Constitución. Tal proyecto de reforma deberá estar justificado desde un mecanismo participativo y ampliamente representativo, lo cual hace imperativa la Asamblea Constitucional y anula toda posibilidad de reformar desde el Congreso de la República, dada su composición poco representativa y los mecanismos poco deliberativos en su interior. A título de reflexión, este artículo propone algunos de los puntos que tal proyecto podría considerar en orden a consolidar un modelo de democracia deliberativa alternativo al actual.

## 1. Democracia participativa restringida

A la sombra del "Consenso de Washington"<sup>1</sup> bajo el cual se puso en marcha la reestructuración neoliberal de las sociedades latinoamericanas, en el área andina se han adelantado, durante el último lustro, una serie de profundas reformas al aparato estatal y a

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Filósofo (U. Nacional), Diplomado en Estudios Humanísticos (U. del Rosario), Especialista en Filosofía Contemporánea (Georgetwon University, Washington D.C.), Maestría en Filosofía Política y Social y Doctorado en Teoría y Filosofía del Derecho (Pacific University, Los Angeles).

\*\* Abogada de la Universidad de Los Andes, Profesora instructora de los cursos de Filosofía del Derecho y de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Coordinadora de la Especialización de Legislación Financiera de la misma Facultad.

---

1. Ver Williamson, John, "What Washington Means by Policy Reform", en Williamson, John (ed.), *Latin American Adjustment*, Institute for International Economics, abril, 1990, para una discusión de las políticas contenidas en lo que el autor denomina el Consenso de Washington.



las estructuras económicas, políticas y sociales con el objeto de insertar a los diferentes países en el contexto global y la economía internacional, en lo que se ha designado internamente como el "proceso de apertura económica" de la región.

La "democracia participativa" con que se han legitimado estos procesos se presenta como la nueva etiqueta para convalidar tales transformaciones, sin que sea evidente hasta dónde son verdaderamente participativos los nuevos esquemas democráticos y si los cambios responden realmente a los intereses populares o son, una vez más, el disfraz de las élites andinas para mimetizar su centenario dominio sobre sus respectivas sociedades.

En nuestro medio, la discusión sobre la democracia ha girado en torno a asuntos meramente funcionales, sin plantearse jamás modelos normativos contrafácticos desde donde se puedan enriquecer las debilidades empíricas detectadas. Derivación de lo anterior ha sido la limitación de paradigmas alternativos desde los cuales, primero, abordar críticamente el problema de la democracia y, segundo, la participación ciudadana que permitiera resolver las tensiones sociales y el conflicto armado en nuestro país.

Colombia se ha polarizado en torno a unas dicotomías dilemáticas que no pueden ser resueltas con el instrumental conceptual que estamos manejando. La primera, sin duda, es la de democracia repre-

*El objetivo que parecería imponerse es el de plantear una estrategia de paz a través de un modelo de participación ciudadana (incluyendo la desobediencia civil, como forma de subsunción legal de la disidencia y la subversión), materializado por medio de una Asamblea Constitucional que amplíe los canales participativos del esquema restringido de democracia impuesto por el neoliberalismo a la Constitución del 91*

sentativa-democracia participativa (de corte neoliberal); la segunda, la de guerra-negociación y la tercera, finalmente, la de subversión-Constitución. Los tres se expresan como dilemas sin puntos intermedios de solución y son defendidas con igual pretensión de validez por las partes comprometidas.

Estas dicotomías se expresan como: o asumimos el modelo de democracia representativa, históricamente agotado y sin posibilidades efectivas de solucionar el conflicto —de hecho siendo él el causante, en buena medida, de la situación actual— o asumimos el modelo de democracia participativa planteado por el neoliberalismo (pese a ser políticamente excluyente). O asumimos la guerra como alternativa de vida colectiva o asumimos la negociación en medio de la gue-

rra, pese a que ésta se plantea desde posiciones de fuerza que suponen mantener la guerra; o asumimos el marco constitucional, tal como quedó planteado, sin posibilidad de reforma e, incluso, crítica, o asumimos la alternativa confrontacional y/o subversiva poniéndonos en contra del establecimiento. Esa es la nueva lógica polarizada y recíprocamente excluyente de la ideología neoliberal.

Pero el estado del arte muestra otras posibilidades. La sociedad contemporánea explora nuevos tipos de participación —una participación deliberativa de la ciudadanía— con el objetivo de rehacer el tejido social



desintegrado por el proceso de racionalización capitalista y poscapitalista. Una participación no restringida que permita a la totalidad de sujetos colectivos periféricos y marginales reintegrarse al manejo de la sociedad, desde esquemas consensuales y de simetría discursiva donde la opinión pública pueda tener una figuración estructural en la orientación del Estado, es decir, de la concepción de las leyes, las políticas públicas y las decisiones judiciales<sup>2</sup>.

De ahí la importancia de definir los términos precisos de la discusión del arte, es decir, los diferentes modelos de participación democrática que hoy en día se problematizan a nivel de la filosofía política y la teoría del derecho, para así, consecuentemente, considerar su viabilidad frente a la problemática colombiana. Exploración cuyo objetivo es desarrollar un marco normativo contrafáctico de democracia deliberativa, adaptada a nuestro medio, desde el cual inferir elementos de análisis, pautas de diagnóstico y estrategias de democratización de la sociedad colombiana, con el fin de superar los estudios empiricistas de la ciencia política, que se han ocupado, casi exclusivamente, de inventariar deficiencias y sugerir correctivos meramente funcionales<sup>3</sup>. Estudios que se han revelado como constatativos y con sugerencias solamente instrumentales, sin ningún compromiso normativo, todo en aras de preservar una supuesta "distancia objetiva", no sólo irrealizable sino ya imposible de

<sup>2</sup> Ver Vilas, Carlos, "Cultura de la sociedad civil", en *Análisis Político*, No. 21, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1994.

<sup>3</sup> Ver Ragin, Charles C., *The Comparative Method*, Berkeley, University of California Press, 1987, para una actualización sobre el estado del arte en torno a métodos cualitativos. En nuestro medio ver Bonilla, Elsy y Rodríguez, Penélope, *Más allá del dilema de los métodos*, Bogotá, Ediciones Uniandes/Norma, 1997.

justificar en el ámbito de las ciencias de la sociedad e, incluso, de las ciencias empírico-analíticas<sup>4</sup>.

Un análisis comparativo de tales modelos apenas comienza a darse en las sociedades postindustriales, donde se centra hoy en día el vórtice de la discusión iusfilosófica y teórico-política. Discusión que tiene, para ellos como para nosotros, un imperativo práctico inmediato en la medida en que la pluralidad social y cultural de sus correspondientes naciones comienza a cuestionar la imparcialidad de las instituciones y se toma conciencia, a nivel de la academia básicamente, de las limitaciones estructurales del modelo representativo liberal<sup>5</sup>.

En este marco, el objetivo que parecería imponerse es el de plantear una estrategia de paz a través de un modelo de participación ciudadana (incluyendo la desobediencia civil, como forma de subsunción legal de la disidencia y la subversión), materializado por medio de una Asamblea Constitucional que amplíe los canales participativos del esquema restringido de democracia impuesto por el neoliberalismo a la Constitución del 91, con el propósito de superar las dicotomías dilemáticas planteadas.

<sup>4</sup> Para disipar esos espejismos objetivistas y cuantitativos en las ciencias sociales ver Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI, 1979; Gadamer, H. G., *Verdad y método*, Salamanca, Editorial Sígueme, 1984; así como Habermas, Jürgen, "La filosofía como vigilante e intérprete", en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1991. Y en la misma dirección, en las ciencias empírico-analíticas, Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, F.C.E., 1992; así como Feysabend, P. K., *Contra el método*, Barcelona, Ariel, 1981.

<sup>5</sup> Ver Ely, John H., "La vigilancia del proceso de representación", en *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1997; así como Fraser, Nancy, "Redistribución y reconocimiento", en *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1997.



## 2. El nuevo pacto de interesados

En los contextos de las sociedades tradicionales en transición estructural como la colombiana y, en general, la latinoamericana, la racionalización capitalista, catalizada por las reformas neoliberales de apertura económica, ha generado un proceso de descomposición socio-económica acelerada cuyo resultado inmediato ha sido la desintegración de los estratos y sujetos colectivos tradicionales y su reconversión en clases sociales en el marco de una economía capitalista global endogenizada<sup>6</sup>.

Este proceso origina una eclosión de sujetos colectivos cuya reacción inmediata es su oposición generalizada a las medidas de racionalización capitalista, no importa de dónde provengan ni qué tan adecuadas pudieran ser. Lo cierto es que, tras esa reacción, se descubre una compleja totalidad de sujetos colectivos (sindicatos, campesinos, sectores informales marginados, sectores medios en proceso de desaparición, etc.) provenientes de una sociedad tradicional herida de muerte, con símbolos, valores y tradiciones culturales, sociales y políticas divergentes, expresión de un cuadro incompatible de racionalidades prácticas que no logran encontrar en el derecho formal ni en la democracia liberal "a la criolla", el instrumento de conciliación e integración posconvencional necesario para rehacer el lazo social desinte-

6. Sobre el impacto de la globalización en los sistemas jurídico-políticos ver Dezalay, Yves y Trubek, David, "La reestructuración global del derecho", en *Pensamiento Jurídico*, No. 1, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 1994; así como De Sousa Santos, Boaventura, "Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación", en *Conflicto y contexto*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1997, pp. 63-78; y "Los tribunales en las sociedades contemporáneas", en *Pensamiento Jurídico*, No. 4, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 1995.

grado y sentar las bases de una democracia participativa simétrica donde todos tengan las mismas oportunidades y posibilidades de injerencia y, sobre tales condiciones, poder replantear un nuevo contrato social más amplio y plural<sup>7</sup>.

La Constitución del 91 surge como respuesta a una profunda y generalizada crisis nacional que no había logrado superarse a través de los canales institucionales concebidos por la Constitución del 86, cuyos intentos de reforma y adaptación a las nuevas circunstancias (las fallidas reformas de los gobiernos de López Michelsen, Turbay Ayala y Barco) habían sido truncados por las disposiciones formalistas del mismo sistema jurídico colombiano<sup>8</sup>.

En el fondo se trataba de ampliar el "pacto de interesados" de la Constitución del 86 para subsumir en él las clases marginadas no sólo por aquélla sino por el esquema excluyente introducido por el Frente Nacional desde 1957 hasta entonces. La idea sustancial que animó todo el proceso, desde el momento mismo en que la Corte Suprema de Justicia avala la convocatoria hasta que la Asamblea Constituyente inicia sus deliberaciones, fue la de crear un ordenamiento institucional que concretara un modelo de democracia participativa donde los sujetos colectivos marginados del manejo del Estado y la sociedad encontraran por fin los medios institucionales para hacerlo<sup>9</sup>.

7. Ver Pizarro, Eduardo, "Hacia un sistema multipartidista", en *Análisis Político*, No. 31, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1997.

8. Murillo, Gabriel y Sánchez, Rubén, "Procesos y factores determinantes de la recurrencia de la crisis gubernativa en Colombia", en *Hacia la consolidación democrática andina*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.

9. Dugas, John, "El desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente", en *La Constitución de 1991: ¿un pacto político*



Pero la autonomía deliberativa y la participación amplia de los sujetos colectivos que se pretendía integrar con ella fueron violadas por tres hechos: primero, el ataque militar a "Casa Verde", símbolo de los anteriores procesos de paz con las FARC, el día mismo en que se votaba la convocatoria a la Asamblea Constitucional, lo que marginó desde el comienzo su participación en la misma; segundo, el "Acuerdo de la Casa de Nariño", apadrinado por el presidente Gaviria, a través del cual los tres grupos mayoritarios, el liberalismo, el Movimiento de Salvación Nacional y el M-19, impusieron un proyecto general de articulado concertado por los tres, sin la participación de los grupos minoritarios; y, tercero, las presiones subterráneas del narcotráfico para que se consagrara constitucionalmente la prohibición de la extradición<sup>10</sup>.

Estos tres hechos constituyeron un serio cuestionamiento a la participación amplia, autónoma y simétrica de la Asamblea Constituyente y esto se evidenció en el articulado final del texto constitucional: pese a los innegables avances que se produjeron en cuanto a la definición de derechos fundamentales y garantías constitucionales, el modelo de democracia participativa que se impuso en la Constitución del 91 fue el del esquema restringido propio del neoliberalismo que

*Al no existir una participación amplia y democrática que garantice el protagonismo, no sólo de los sujetos colectivos en conflicto, sino de la población en general en los asuntos de interés público, la crisis económica, política y social no encuentra más alternativas de solución que la guerra.*

pretendía mantener un control sesgado en sectores claves del ordenamiento institucional<sup>11</sup>.

Esto se manifiesta en numerosos artículos constitucionales donde, en la primera parte, se enuncia el ideal participativo para, enseguida, recortar la participación efectiva del constituyente primario a través de procedimientos formalistas que la invalidaban o, simplemente, restringiendo su participación a una mera vocería sin capacidad de voto<sup>12</sup>.

Lo anterior se ha puesto en evidencia, específicamente, en tres ámbitos particulares donde esa participación popular se ha visto restringida: en primer lugar, en el Congreso, donde pese a las reformas introducidas, el presidencialismo y las prácticas tradicionales parlamentarias no permitieron que prosperara una participación activa y estructural de la opinión pública en asuntos de interés general donde

11. *Ibíd.*

12. A título de ejemplo para ilustrar la forma en que la participación quedó amarrada a procedimientos, formalismos y disposiciones legales que a la postre la restringieron sustancialmente pueden enumerarse, en especial, los concernientes a la participación popular (40), las iniciativas populares (103, 105, 106), el derecho de oposición (112), el derogamiento popular de leyes (170), la participación comunitaria en la planeación económica (340, 341, 372), así como los que disponen los mecanismos populares para la reforma de la Constitución (375, 376, 377, 378), entre muchos otros, incluyendo la obviedad y/o vaguedad de muchos de los Principios y Derechos Fundamentales.

*viabile?*, Bogotá, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Los Andes, 1993.

10. Ver el detallado y explicativo estudio de Ahumada, Consuelo, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Áncora Editores, 1997.



es imprescindible su presencia, lo que ha llevado a profundizar la falta de legitimidad del parlamento en Colombia. En segundo lugar, el Consejo Nacional de Planeación donde, desde el mismo articulado del texto constitucional, se le quitó a la comunidad la posibilidad de participar simétricamente con los tecnócratas en la definición del modelo macroeconómico de desarrollo. Y, en tercer lugar, en la propia Corte Constitucional que, pese al gran paso que significó, terminó reflejando en su interior la ambivalencia misma de la Constitución y el sistema jurídico colombiano, sin lograr interpretar –en su reglamento y su dinámica interna– la participación como principio hermenéutico-procedimental fundamental del nuevo ordenamiento institucional<sup>13</sup>.

### 3. Asamblea Constitucional y reforma política

La crisis de legitimidad que se vive en Colombia es, pues, la crisis de legitimidad de la nueva Constitución que no ha logrado consolidarse entre los sujetos colectivos en conflicto por la dicotomía no superada entre el anhelo de participación del constituyente primario del 91 y el esquema restringido de corte neoliberal que se consolidó en su interior, el cual se complementó, además, con el formalismo jurídico<sup>14</sup> que históricamente ha caracterizado a nuestro país y

que conjuntamente dejó la posibilidad efectiva de la participación en un limbo total<sup>15</sup>.

Esta situación es la que ha agudizado el conflicto armado en Colombia. Al no existir una participación amplia y democrática que garantice el protagonismo, no sólo de los sujetos colectivos en conflicto, sino de la población en general en los asuntos de interés público, la crisis económica, política y social no encuentra más alternativas de solución que la guerra<sup>16</sup>.

Esta crisis de legitimidad sólo puede ser superada radicalizando la participación popular que la misma Constitución propicia, pero que su propia letra amarró a procedimientos que la dificultan y obstaculizan, cuando no la hacen imposible. Y la única alternativa viable parece ser, hasta el momento, la convocatoria de una Asamblea Constitucional, y no de una Asamblea Constituyente<sup>17</sup>, que comience introduciendo reformas a la Carta del 91 que desentrapen la participación, es decir, que permitan superar el sesgo excluyente y restringido que el modelo neoliberal le impuso a la democracia participativa en Colombia<sup>18</sup>.

La causa última de esta situación reside en que Colombia carece de modelos alternativos de demo-

13. Ver Ungar, Elizabeth, "La reforma al Congreso: realidad o utopía?", en Dugas, John, *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Los Andes, 1993; así como Tickner, Arlene, "Informe sobre el Congreso", en Tickner, Arlene y Mejía Quintana, Óscar, *Congreso y democracia en los países de la región andina*, Bogotá, Ediciones Uniandes-OEA, 1997. Igualmente, Barragán, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, Caracas, Planeta, 1994.

14. Sobre este rasgo ver Henao, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 3-124.

15. Dugas, John, "La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?", en *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Los Andes, 1993.

16. Ver el clásico y anticipatorio estudio de Wilde, Alexander, *La quiebra de la democracia en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1982.

17. Ver Cardona, Jorge, "Menú de la guerrilla para Constituyente", en *El Espectador*, Bogotá, domingo 16 de noviembre, 1997.

18. Calderón, Fernando y Dos Santos, Mario, *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina*, Santiago de Chile, F.C.E., 1991; y Bejarano, Ana María, "Recuperar el Estado para fortalecer la democracia" en *Análisis Político*, No. 22, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1994.



cracia y participación ciudadana desde los cuales alimentar un proceso de paz con propuestas contra-fácticas que permitan diseñar estrategias normativas que contrasten la estrategia de "negociación en medio de la guerra" que sólo puede polarizar el conflicto. De allí la necesidad urgente de explorar tales modelos -ya planteados en la discusión del arte de la teoría política- y adaptarlos a nuestras particulares circunstancias, con el fin de posibilitar la superación de la crisis institucional que el país está viviendo y que no logró resolverse con la convocatoria a la Constituyente del 91, por el carácter restringido que a la participación le impuso el neoliberalismo<sup>19</sup>.

Adicionalmente, es necesario concebir una salida jurídica para que la subversión pueda integrarse institucionalmente a ese proceso participativo. Esto requiere que su actividad subversiva pueda ser justificada -desde la teoría jurídica y la teoría política- como una justa actividad disidente. Lo cual obliga a explorar, paralelamente, el sentido y proyección que puede tener en Colombia la desobediencia civil como instrumento válido -jurídica, moral y políticamente- para oponerse a la "dictadura de las mayorías" y hacer valer los derechos de las minorías a través de la resistencia y beligerancia ciudadanas.

#### 4. Modelos de democracia y participación ciudadana

El futuro proceso de paz, cuya necesidad imperativa parece ir consolidándose en Colombia -tarde o temprano tendrá que serlo, como en El Salvador o Guatemala-, depende de la ampliación efectiva del

esquema de participación restringida que se impuso en la Constituyente del 91<sup>20</sup>. Esto requeriría la convocatoria de una Asamblea Constitucional que reforme la Constitución del 91 en los puntos donde esa concepción restringida de participación se impuso o de un proyecto de reforma constitucional, por uno de los mecanismos de consulta popular, con el mismo objetivo.

En cualquier caso, es necesario dilucidar, en un primer momento, los modelos de democracia y participación ciudadana planteados en el marco de la teoría política y jurídica contemporáneas, así como el papel que la desobediencia civil juega en cada uno de ellos, para poder así, en un segundo momento, desarrollar el marco que una eventual Asamblea Constitucional debe proponer para hacer realidad un modelo de participación amplia e incluyente<sup>21</sup>.

En un país como Colombia, polarizado por múltiples concepciones de legitimidad, por "preformas" jurídicas, mentalidades políticas y racionalidades y tradiciones socio-culturales antagónicas<sup>22</sup>, cuyo conflicto ha desbordado los parámetros civilizados, que quizás nunca logró alcanzar, para intentar resolverlos por la fuerza irracional y desatada de las armas, la dilucidación de tales modelos no es una cuestión de

20. Ver Gómez, Juan Gabriel, "Justicia y democracia en Colombia: ¿en entredicho?", en *Análisis Político*, No. 28, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1996.

21. Consultar, a título de ejemplos, Palacios, Marco, "La gobernabilidad en Colombia", en *Análisis Político*, No. 29, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1996; así como Nogueira, Marco, "La gobernabilidad democrática progresiva", en *Análisis Político*, No. 25, Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1995.

22. Ver, a este respecto, Mejía, Óscar, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en Rawls, John, *El derecho de los pueblos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1996.

19. Ver López, Fabio, "Tradiciones de la cultura política en el siglo XX", y Santana, Pedro, "Las bases del pensamiento político moderno y democrático", en *Modernidad y sociedad política en Colombia*, Bogotá, FESCOL, 1993.



interés académico sino, por el contrario, de supervivencia nacional e institucional definitiva.

La Constitución del 91, que pretendió tal conciliación, se revela hoy como el producto de un contrato parcial que debe ser ampliado. Ampliación tanto de la letra misma de la Constitución como de la adecuación de su espíritu a unas circunstancias que exigen que se le de cabida en el manejo del Estado y las estructuras básicas de la sociedad a sujetos colectivos que quedaron por fuera del contrato del 91.

Tal ampliación pasa por determinar un modelo de democracia y participación ciudadana que debe entrar a decidir entre el comunitarista y su concepción de moralización de la vida pública desde una perspectiva dominante, ya sea ultraconservadora o ultraradical (guerrilla, paramilitares, grupos de justicia privada, etc.); el postutilitarista y su concepción maximizadora del bienestar común, arrastrando la sospecha de una nueva dictadura de las mayorías —o de las elites minoritarias, en nuestro caso— rodeada de todas las pseudogarantías formales de la democracia liberal (neoliberalismo, liberalismo clásico, neoestructuralismo); la concepción híbrida a la que tan susceptible podemos ser, pero que en la medida en que pretende conciliar lo irreconciliable, puede prolongar las soluciones dilemáticas que nos han desgarrado y nos desgarran (movimientos espontaneístas y/o posmodernos simbólico-políticos o estético-anarquistas); y, finalmente, la concepción consensual-discursiva que, pese a parecer la más adecuada, puede constituir otra

*‘Es necesario concebir una salida jurídica para que la subversión pueda integrarse institucionalmente a ese proceso participativo. Esto requiere que su actividad subversiva pueda ser justificada —desde la teoría jurídica y la teoría política— como una justa actividad disidente’*

entelequia impracticable para nuestras circunstancias y cuya generación vana de esperanzas llegaría a ser un remedio letal para un pueblo ávido de paz y estabilidad.

La ampliación de la democracia sólo puede darse radicalizando la participación popular que la misma Constitución propicia pero que su propia letra amarró a procedimientos que la entran y obstaculizan. Lo cual es expresión del conflicto de paradigmas jurídico-políticos subyacentes a nuestra cultura política, que se hace imperativo explicitar para poder plantear los

paradigmas alternativos que posibiliten concebir un modelo incluyente de participación democrática como instrumento de consolidación de un proceso de paz en Colombia<sup>23</sup>.

La paz en Colombia depende de la superación del esquema de guerra que el conflicto ha asumido, un esquema netamente prehobbesiano que no ha permitido considerar otros modelos teóricos desde donde proponer vías alternas que desborden la dinámica confrontacional que se ha apoderado de nuestra reflexión teórico-política y iusfilosófica. De ahí la necesidad de buscar nuevos esquemas que, desde un modelo de democracia deliberativa que interprete a cabalidad el espíritu del constituyente del 91, pueda ofrecer salidas institucionales, plausibles jurídicamen-

23. Ver Habermas, Jürgen, "La soberanía popular como procedimiento", en *Revista Foro*, No. 12, Bogotá, Foro por Colombia, 1990.



te y razonables políticamente, que recuperen la legitimidad que ha tenido la subversión en Colombia como desobediencia civil y la posibilidad de radicalizar la participación popular a través de una Asamblea Constitucional que se constituya, en su dinámica participativa inherente, como herramienta de paz dialogada en el país<sup>24</sup>.

## 5. Modelos normativos en conflicto

La teoría del contrato social va a establecer los términos de la dicotomía entre moral y derecho, comunidad y democracia, libertades públicas y libertades individuales, derechos de las minorías y derechos de las mayorías propias de la problemática moderna<sup>25</sup>. Dicotomía que se bosqueja desde la obra de Hobbes para afianzarse con Locke y Rousseau y tratar de encontrar en Kant una salida que, sin embargo, el paradigma monológico de su filosofía no permite alcanzar<sup>26</sup>. Pero el mérito del contractualismo, en especial de Kant, como lo verá Rawls, es dejar planteada esta tensión que desgarrar, no sólo a la teoría política de la modernidad, sino a la modernidad misma y a la democracia liberal, como el sistema

político más representativo de la misma<sup>27</sup>. Dilema que versa, precisamente, sobre el paradigma jurídico y el modelo político que mejor se adecúa a una determinada concepción de participación ciudadana o, en palabras de Habermas, sobre la manera de definir los principios de legitimidad, legalidad y democracia en una sociedad dada.

Ese interrogante pretenderá ser resuelto desde otras instancias, sin mucha fortuna. La sociología del derecho de Max Weber mostrará, con su paradójica fórmula de "fe en la legalidad", lo difícil que era resolver el conflicto moderno entre orden legal positivo y legitimidad<sup>28</sup>. Hans Kelsen con su teoría pura del derecho y su concepción del sistema legal como sistema lógico-deductivo del que toda consideración moral había sido desterrada, caerá en contradicciones similares cuando se ve obligado a recurrir a una "norma fundamental", con connotaciones sustantivo-normativas, que desde el vórtice le dé consistencia ética a toda la pirámide legal. Contradicción que H. L. A. Hart no logrará superar tampoco con su "regla de reconocimiento" empírica que, igualmente, debe recurrir a un programa mínimo de derecho natural para fundamentar la legitimidad del orden positivo<sup>29</sup>.

Esta dicotomía es ahondada en la perspectiva sistémica de Niklas Luhmann, quien la radicaliza —de manera harto paradójica— haciendo desaparecer toda relación entre legalidad y legitimidad, al concebir el

24. Perspectivas que contrastan nuestra parroquial visión del conflicto pueden encontrarse en Woldenberg, J., "Violencia y democracia" y Garretón, M. A., "Las nuevas relaciones entre Estado y sociedad y el desafío democrático en América Latina", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 4, Madrid, UAM-UNED, 1994.

25. Ver, en general, Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Londres, Penguin Classics, 1985; Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990; Rousseau, Jean Jacques, *Del contrato social*, Madrid, Alianza Editorial, 1992; y Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Editorial Porrúa, 1986.

26. Colom González, Francisco, "Dilemas de regulación moral en las sociedades democráticas", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 4, Madrid, UAM-UNED, 1994.

27. Sobre la teoría clásica del contrato social ver, en detalle, Mejía, Óscar, *Justicia y democracia consensual*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1997.

28. Serrano, Enrique, *Legitimación y racionalización*, México/Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 88-110.

29. Ver Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, F.C.E., 1987; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1994; Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.



sistema jurídico como un sistema autorreferente cuya dinámica normativizadora se autolegitima por sí sola, sin requerir justificaciones de ninguna índole provenientes de la política o de la moral<sup>30</sup>. Diagnóstico que se identifica con el que, en la misma dirección, hace Lyotard sobre la autolegitimación por performatividad de la sociedad posmoderna<sup>31</sup>.

Después de la imposibilidad de la teoría jurídica por lograr una solución plausible a esta dicotomía moderna, la discusión volvió, momentáneamente, al terreno de la teoría política sólo para mostrar la necesidad de una perspectiva dual en la consideración de la misma. El conflicto de interpretaciones jurídico-políticas contemporáneas de cualquier manera mostrará que la eventual solución debe pasar por un

30. Sobre la concepción autopoietica del derecho y la legitimidad ver, en general, Büllesbach, Alfred, "Enfoques de teoría de sistemas", en Kaufmann, Arthur (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 322-328; Treves, Renato, "T. Parsons y el estructural-funcionalismo", en *La sociología del derecho*, Madrid, 1988, pp. 205-209; Martínez, Jesús, "Teoría de sistemas: la autorreferencia", en *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, pp. 82-94; Izuzquiza, Ignacio, "El sistema del derecho", en *La sociedad sin hombres*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 292-298; García Amado, Juan, "Un sistema prototípico: el sistema jurídico", en *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Serie Teoría Jurídica, No. 5), 1997, pp. 168-184; Beriain, Josetxo, "Sistema vs. entorno", en *La integración en las sociedades complejas*, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 85-106; Giménez Alcover, Pilar "Las funciones de la dogmática jurídica", en *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, Bosch Editor, 1993, pp. 319-327; y, específicamente, de Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 53-59, 103-110; "Tesis sobre la dogmática", en *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1974, pp. 25-42.

31. Ver Lyotard, Jean François, *La condición posmoderna*, México, REI, 1993, pp. 79-88.

replanteamiento de los paradigmas jurídicos, modelos de democracia y participación ciudadana, como está implícito en la disputa entre liberales y comunitaristas y como quedará explícito en la propuesta de conciliación de Dworkin y las de superación de Rawls y Habermas, lo cual tiene significativas repercusiones en el desarrollo institucional de los sistemas políticos de las sociedades tradicionales o en transición estructural como la colombiana.

En ese marco son claras dos posiciones divergentes, así como intentos de conciliación, por un lado, y de superación, por otro, con sus respectivos modelos ético-morales de fundamentación. A nivel de la teoría política las primeras se expresan, por ejemplo, en el comunitarismo de Michael Sandel, de una parte, y en la versión liberal-utilitarista de Amy Gutmann, de otra, y sus correspondientes análogos en la filosofía moral: MacIntyre en el primer caso y Gauthier en el segundo<sup>32</sup>. Un intento de conciliación entre estas dos posturas se manifiesta en la obra de Ronald Dworkin, así como las propuestas de Rawls y Habermas tienen que interpretarse como esfuerzos, no de conciliación, sino de superación definitiva de las tres posturas anteriores a través de la fundamentación de un paradigma consensual-discursivo del derecho y un modelo de democracia deliberativa, estableciendo, de paso, una nueva relación entre moral, derecho y política, así como un nuevo principio de legitimidad y legalidad fundamentado en un esquema consensual de participación ciudadana.

El "modelo de democracia comunitarista" se ha puesto de manifiesto en el libro *Democracy's Discon-*

32. Ver MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987; y *¿Whose Justice? ¿Which Rationality?*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1988; y Gauthier, David, *La moral por acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994.



comunitaristas que ya había enfilado contra Rawls y el liberalismo en su primer libro<sup>34</sup>. Pero aquí el problema ya no se plantea como una crítica académica a los presupuestos de lo que denomina la teoría liberal de la justicia sino que se interpreta a un nivel del desarrollo social que, en el contexto de los Estados Unidos, pone en peligro la estabilidad institucional y la cohesión misma de la sociedad norteamericana.

Muchas de las críticas presentes en el primer libro adquieren aquí una proyección social que explica el sentido de su propuesta básica: la necesidad de encontrar una nueva filosofía pública que, desde una perspectiva comunitarista, le dé una nueva unidad a la vida pública norteamericana. El debate entre comunitaristas y liberales adquiere con ello un nuevo escenario: el de la opinión pública y lo que ésta desearía que fuera la nueva cultura política de una nación. El campo deja de ser el terreno académico de la filosofía moral, como en la primera etapa de la disputa (1975-1990), o el del terreno de la teoría jurídica y constitucional de la segunda (1990-1995), y pasa al de la teoría política concibiendo a la opinión pública como el ámbito donde, en últimas, debe decidirse la filosofía pública que una comunidad quiere tener.

El "modelo de democracia utilitarista" se ha evidenciado en el libro *Democracy and Disagreement*<sup>35</sup>, donde Gutmann y Thompson han propuesto un esquema alternativo de democracia frente a lo que ellos

denominan los modelos procedimental y constitucional, cuya principal debilidad es la imposibilidad de conciliar las disputas morales sobre las que ambos, eventualmente, se basan.

Las discrepancias morales son inevitables en las sociedades avanzadas por la multiplicidad de visiones omnicomprendivas o concepciones de vida buena coexistentes. Gutmann desarrolla —en una línea similar a la de Gauthier— una propuesta que busca conciliar estas posturas en términos políticos para que sean aceptables por los diversos flancos a través de un modelo de democracia deliberativa, de corte postutilitarista, fundamentada en una serie de principios básicos. Tales principios no son sustanciales sino más bien, en la línea del utilitarismo clásico, principios pragmáticos de convivencia civil que permitan —sin abjurar de las respectivas posiciones morales— un punto de conciliación y acuerdo que satisfaga los intereses de cada sujeto colectivo.

El "modelo de conciliación" de las anteriores posiciones se concreta a través de la obra de Ronald Dworkin. Desde muy temprano, enmarcándose en el constructivismo rawlsiano<sup>36</sup>, Dworkin buscará conciliar dos dimensiones de la problemática ética y política contemporánea: la de la moral individual con los principios políticos del liberalismo. Pero no es sino hasta su libro *Ética privada e igualitarismo político*<sup>37</sup> y, anteriormente, con su escrito sobre la comunidad liberal<sup>38</sup> cuando concreta su compleja propuesta, donde plantea explícitamente la necesidad de superar la dicotomía que

33. Sandel, Michael, *Democracy's Discontent*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1996.

34. Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

35. Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Londres, Harvard University Press, 1996.

36. Ver Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

37. Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993.

38. Dworkin, Ronald, *La comunidad liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de Los Andes, 1996.



desgarra a la filosofía moral y a la teoría política y jurídica de finales de siglo entre comunitaristas y liberales, es decir, entre universalismo y contextualismo, dándole una fundamentación ético-contextual a los principios universales del liberalismo.

Se trata de superar la imposición de los esquemas universales de corte kantiano, implícitos en el liberalismo decimonónico, por una subsunción ético-individual de los mismos, confiriéndole al liberalismo una fundamentación moral que no tenía en el esquema clásico. La idea principal de Dworkin es que concibiendo al liberalismo, ante todo, como igualitarismo liberal, el individuo logra encontrarse más a gusto en su doctrina en cuanto ésta parte de un principio moral fundamental —el de la igualdad—, más cercano y menos abstracto al contexto ético del individuo que el que usualmente se ha pretendido aplicar desde el esquema universal libertad-igualdad-fraternidad.

El "modelo de democracia consensual-discursiva" —que busca superar esta dicotomía— va a tener dos exponentes. De una parte Rawls<sup>39</sup>, quien va a tratar de superar el conflicto de interpretaciones jurídico-políticas contemporáneas recurriendo a tres constructos desde los cuales fundamentar una teoría de la democracia consensual que, primero, establezca un procedimiento de consensualización ciudadana sobre los principios de justicia social que rijan la estructura básica de la sociedad, fundamentando desde ello, segundo, un acuerdo político entre los diversos sujetos colectivos ciudadanos que permita definir, de nuevo consensualmente, el contenido de las reformas constitucionales, las leyes y regulaciones legales y las políticas públicas, respetando siempre, tercero, el

39. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971; y *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.

derecho de disidencia de las minorías, lo cual compele estructuralmente al orden institucional a integrar, antes que desconocer o ignorar, las perspectivas políticas discordantes en la construcción de un sistema social ampliamente participativo.

En ese contexto, Rawls desarrolla tres figuras particularmente importantes para un país como Colombia: el principio de igual participación para todos los sujetos colectivos que apoyen un pluralismo razonable en su sociedad; las figuras, constitucionalmente garantizadas, de la objeción de conciencia y la desobediencia civil, con las cuales puedan las minorías discriminadas oponerse a las medidas arbitrarias de las mayorías, en el marco del orden institucional; y el consenso entrecruzado, base de los consensos constitucionales que definan esenciales constitucionales de razonabilidad, así como parámetros de interpretación para el juez constitucional, a los cuales quedan supeditados los manejos puntuales del Estado y la sociedad, en últimas, de la estructura básica social<sup>40</sup>.

De otra parte, Habermas, en su último libro *Facticidad y validez: apuntes para una teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho democrático*<sup>41</sup>,

40. Ver Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 176-182; así como Barry, Brian, "La construcción rawlsiana", en *Justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 85-97; Mejía Quintana, Óscar, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls" (estudio preliminar), en Rawls, John, *El derecho de los pueblos*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1996; y Da Silveira, P. y Norman, W., "Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 5, Madrid, UAM-UNED, 1996.
41. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1992; traducción al inglés de William Rehg, *Between Facts and Norms. Contributions to a*



ha planteado un nuevo paradigma discursivo-procedimental del derecho, así como un modelo normativo de democracia deliberativa<sup>42</sup>, en contraste con los modelos empíricos que han primado, por ejemplo, en los estudios sobre América Latina, y que complementa en muchos aspectos el paradigma jurídico y el modelo de democracia consensual de Rawls<sup>43</sup>.

Habermas problematiza la relación moral-derecho-democracia mostrando de qué manera el divorcio entre estas tres instancias, establecida por el contractualismo clásico y mantenida por el conflicto de modelos políticos contemporáneos y los intentos frustrados de conciliación y solución propuestos, sólo pueden superarse a través de una teoría discursiva de la democracia donde la opinión pública —es decir, el poder comunicativo de la sociedad civil— determina el contenido de un consenso normativo mínimo que se traduce en poder administrativo a través de los procedimientos jurídicos, logrando así rehacer el lazo social desintegrado y propiciando con ello la reintegración de la sociedad<sup>44</sup>.

---

*Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996. Igualmente, Mejía Quintana, Óscar, "La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a *Faktizität und Geltung*", en *Ideas y Valores*, Bogotá, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia, 1997.

42. Derivaciones puntuales del modelo se encuentran ya en Bohman, James, "Complexity, pluralism, and the constitutional state" en *Law and Society Review*, volumen 28, No. 4, 1994; y *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge/London; MIT Press, 1996; así como en Chambers, Simone, *Reasonable Democracy*, Londres, Cornell University Press, 1996.

43. Sobre el desarrollo teórico de Habermas ver, entre otros, Hoyos, Guillermo, "Jürgen Habermas, filósofo de la modernidad", en *Humanidades*, Bucaramanga, Revista de la Universidad Industrial de Santander, 1993, pp. 67-75; así como "Ética discursiva, derecho y democracia", en Motta, Cristina (ed.), *Ética y conflicto*, Bogotá, Tercer Mundo Editores/Ediciones Uniandes, 1995, pp. 49-80.

En ese marco, un primer objetivo teórico<sup>45</sup> será el intento de reconstrucción discursiva del derecho y de fundamentación normativa del Estado constitucional a través de un sistema universal de derechos, discursivamente concebidos. Se trata de superar la construcción monológica del derecho por medio de una reconstrucción dialógica en la cual el principio discursivo pueda proveer un criterio procedimental-argumentativo de validez normativa, en cuyo intento han fracasado varias de las más relevantes teorías filosóficas, jurídicas y sociológicas contemporáneas del derecho, las cuales no han logrado concebir la *dualidad estructural* que posee la validez del derecho y sobre la que se fundamenta la tensión interna entre legalidad y legitimidad<sup>46</sup>.

Un segundo objetivo teórico<sup>47</sup> estará dedicado a desarrollar una "teoría normativa de la democracia" por medio de un modelo discursivo-procedimental del proceso democrático que articule las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida. La teoría del discurso busca mediar e integrar, en un nivel más amplio, las dos visiones antagónicas de la democracia contemporánea: de una parte, la *perspectiva liberal*, que reduce el proceso democrático a una negociación de intereses en el marco de procedimientos de voto y representatividad legislativa regu-

---

44. Estévez Araújo, José, "El pueblo como opinión pública", en *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 119-137.

45. Ver, específicamente, Habermas, J., "A Reconstructive Approach to Law I: the System of Rights" y "A Reconstructive Approach to Law II: the Principles of the Constitutional State", en *Between Facts and Norms.*, Cambridge: MIT Press, 1996, pp. 82-131 y 132-193.

46. *Ibíd.*, pp. 83-84.

47. Ver "Deliberative Politics: a Procedural Concept of Democracy" y "Civil Society and the Political Public Sphere", en *Ibíd.*, pp. 287-328 y 329-387.



lados por un catálogo de derechos individuales; y, de otra, la *perspectiva republicana*, que le confiere al proceso de formación de la opinión pública un carácter ético-político particular, delimitando la deliberación ciudadana a un marco cultural compartido.

Lo anterior es la expresión de un conflicto de paradigmas del derecho que Habermas desarrolla como tercer objetivo teórico<sup>48</sup>. Los paradigmas jurídicos subyacentes a concepciones y prácticas legales definen una perspectiva de abordaje particular de todo sistema jurídico-legal<sup>49</sup>. Los paradigmas legales convencionales no ofrecen nuevos horizontes a la sociedad en cuanto no permiten la mediación del poder comunicativo de la esfera de la opinión pública. El paradigma procedimental alternativo que Habermas presenta no predetermina ningún contenido sino que define el marco de legitimidad discursivo-procedimental de toda ley.

## 6. Disidencia ciudadana y desobediencia civil

Cada uno de estos modelos desarrolla un concepto de desobediencia civil concomitante a su concepción jurídico-política y moral que tiene que ser explorado. La teoría contemporánea de la desobediencia civil, que habría que contrastar con sus orígenes contractualistas clásicos, la plantea como un "test de constitucionalidad" desde donde reconstruir la legitimidad en cuestión del juez constitucional en las democracias liberales y a través de la cual se establecen sensores de la opinión pública de cuyas propues-

48. Ver "The Indeterminacy of Law and the Rationality of Adjudication", "Judiciary and Legislature: on the Role and Legitimacy of Constitutional Adjudication" y "Paradigms of Law", en *Ibid.*, pp. 194-237, 238-286 y 388-446.

49. *Ibid.*, pp. 194-195.

tas se puedan derivar contenidos normativos mínimos para el derecho y la democracia<sup>50</sup>.

El problema de la desobediencia civil tiene implicaciones trascendentales para el contexto colombiano. En un país donde el "pacto de interesados" weberiano ya no es el de las mayorías y se encuentra sitiado por minorías que quedaron al margen de él y que no lograron ser incorporadas por el más amplio de la Constitución del 91, con concepciones de legitimidad y preformas jurídicas en conflicto con el ordenamiento legal dominante, la inexistencia de formas alternativas de disidencia ciudadana coloca a nuestro sistema jurídico en una singular paradoja: o persiste en una estrategia perversa de autolegitimación (a la manera luhmaniana) sin considerar al entorno, o se abre a la realidad social para subsumir su complejidad a riesgo de desaparecer como sistema por el eventual exceso de información recibido.

En principio, esta paradoja podría ser conciliada a través de lo que Habermas denomina "procedimentalización de la soberanía popular". Pero, ¿cómo se procedimentaliza la soberanía popular en un sistema en crisis como el nuestro? A través, en principio, del juez constitucional que concilie la Constitución con los requerimientos de la ciudadanía. Sin embargo, en nuestro medio se presenta un obstáculo estructural a esta pretensión: el texto de la Constitución está, en muchos puntos, en contravía de su espíritu participativo y la soberanía popular fue restringida y maniatada —en la ambigüedad de muchos de sus artículos— estableciendo formalismos que la cercenan y la hacen

50. Ver Malem Seña, Jorge, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1990; Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1991; y Estévez, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.



imposible. El juez constitucional se ve, pues, imposibilitado para poder conciliar Constitución y soberanía popular al quedar preso de esas dicotomías que su propio reglamento interno no logra equilibrar<sup>51</sup>.

La Corte Constitucional no posee más que su propio criterio —en veces arbitrario, por la pluralidad de concepciones dominantes en su interior— para decidir en derecho, no cuenta con sensores adecuados para medir la opinión pública de la ciudadanía y sólo puede orientarse monológicamente —siguiendo el modelo del juez Hércules dworkiniano— para tomar decisiones sobre las cuales la sociedad civil no puede pronunciarse, como primera afectada por sus decisiones. La guarda de la Constitución queda garantizada al precio mismo de la soberanía popular cuya perspectiva deliberativa no es tenida en cuenta plenamente por el encargado de velar el proceso de adecuación entre ambas instancias<sup>52</sup>.

Al no contemplar espacios estructurales desde donde incorporar el punto de vista de la ciudadanía en sus decisiones, al interpretar la Constitución monológicamente sin establecer diálogos con la sociedad civil, al hacerlo desde la letra ambigua de una Carta que, en muchos puntos, restringió la participación misma, el juez constitucional no logra traducir el espíritu participativo de la Constitución a los requerimientos mundo-vitales de la ciudadanía, constituyéndose así en un apuntalador del cierre autopoietico del sistema jurídico.

Ante esto, la única opción es ver en la desobediencia civil y en otras formas de disidencia ciudadana, canales válidos de expresión de la soberanía popular que permitan medir el grado de aceptación de los derechos fundamentales y las normas consignadas por el texto constitucional y que, desde esa actitud contestataria, puedan ser leídas e interpretadas por el juez constitucional como argumentos relevantes en su propósito de conciliación entre Constitución y soberanía, o, lo que es lo mismo, entre el espíritu y la letra de la Constitución del 91<sup>53</sup>.

Tal pretensión supone explorar, de nuevo, en los paradigmas jurídicos vigentes, así como en los modelos políticos y morales complementarios, el papel que juega la desobediencia civil para poder fundamentar plenamente, desde ello, esta alternativa en nuestro medio con el propósito de mostrar la validez no sólo moral y política sino jurídica de la misma en un sistema jurídico-político cercado como el nuestro<sup>54</sup>.

## 7. Nueva reforma y consenso constitucional

El objetivo que debe animar una eventual reforma de la Constitución es llamar a todos los sujetos colectivos ausentes del pacto del 91 para insertarlos en la sociedad civil, que se han constituido en los principales actores del conflicto armado en Colombia. Reforma constitucional y participación deliberativa de la ciudadanía son las condiciones de posibilidad de

---

53. Todo esto responde al proceso de constitucionalización del derecho que caracteriza el fin de siglo, tal como lo presenta Zagrebelsky, Gustavo, "Los caracteres generales del derecho constitucional actual", en *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

54. Ver Velasco, J. C., "Tomarse en serio la desobediencia civil", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 7, Madrid, UAM-UNED, 1996.

---

51. Sobre el papel del juez constitucional en una democracia deliberativa ver Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

52. Rivas, José Antonio, *El principio de participación como legitimante del sistema legal* (monografía de grado), Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1996.



un nuevo esquema democrático que garantice efectivamente un proceso de paz en el país.

De ahí que las reformas a considerar por una eventual Asamblea Constitucional estén orientadas a concretar un modelo de democracia deliberativa que del mismo proceso se desprende, constituyéndose en un espacio de participación ciudadana que permita articular y conciliar las diversas expectativas de los sujetos colectivos en conflicto, permitiendo a través de un gran consenso constitucional reiniciar la reconstrucción del lazo social desintegrado.

En lo que sigue, se esbozarán algunas de las reformas que permitirían ampliar el marco democrático y participativo introducido en la Constitución de 1991, sentando las bases de un nuevo esquema de democracia deliberativa en Colombia<sup>55</sup>.

### **7.1. Propuesta de reforma a derechos, garantías y deberes**

#### *a) Derechos fundamentales*

Desde el artículo 5 de la Constitución Política se reconoce la "primacía de los derechos inalienables de la persona" como principio fundamental, el cual debe aplicarse de manera inmediata y preferencial. Más adelante se enumeran una serie de derechos que podrían ser replanteados. El artículo 11 de la Carta, prescribe que "el derecho a la vida es inviolable": la obviedad de este derecho hace inoperante su enunciación, ya que el derecho a la vida no puede ser objeto de ponderaciones, por lo tanto debe ser de aplicación forzosa, inmediata y preferencial siempre que surja un conflicto frente a otro de los derechos

55. Estas sugerencias son fruto de las investigaciones y propuestas realizadas por los estudiantes del curso de Filosofía del Derecho del que los autores fueron profesor e instructora.

fundamentales. Este principio del respeto a la vida es uno de los contenidos mínimos dentro de cualquier forma de organización humana.

El art. 13 podría replantearse en el sentido de proclamar una igualdad de oportunidades que garantice las condiciones políticas, económicas y sociales para su desarrollo, y no a la manera de una igualdad simple ante la ley, sin tener en cuenta las condiciones específicas del sujeto receptor de la acción afirmativa del Estado.

#### *b) Propuesta de reforma a derechos sociales, económicos y culturales*

Es impostergable plantear la necesidad de integrar los derechos del niño dentro del acápite de los derechos fundamentales y ser congruentes con el artículo 44 de la Carta, que prescribe la "prevalencia" de sus derechos frente a los demás consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales. Lo anterior debe estar acompañado de una reubicación y categorización de los artículos 42, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 67 como derechos fundamentales. Es indispensable una identificación clara de los derechos que gozan de esta calidad, para evitar así posibles inexactitudes sobre qué derechos pueden ser tutelados y no dejar esta labor al libre arbitrio de los jueces, evitando así inconsistencias jurídicas.

#### *c) Propuesta de reforma a derechos colectivos y del ambiente*

Éstos, en principio, deberían funcionar como garantías constitucionales. Pese a esto, se prevén suspensiones a estos derechos y/o se establecen rígidos procedimientos que impiden su desarrollo. Ejemplo de ello, son los artículos 78, 79 y 81 del capítulo 3 de la Carta, que están redactados en forma de definición (primer párrafo) y condiciones para su



ejercicio (segundo párrafo), lo que supedita su desarrollo a una voluntad futura del legislador.

#### *d) La tutela: protección y aplicación de los derechos*

Este mecanismo buscaba hacer triunfar la realidad de los hechos frente a la formalidad, y ser, por lo tanto, un motor de efectividad de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad jurídica demuestra que existe un desbordamiento y una sensación generalizada de que se lo ha querido convertir en la panacea de solución del problema de ilegitimidad que padece nuestro sistema jurídico-político.

Adicionalmente, se hace indispensable una unificación de criterios por parte de la Corte Constitucional en cuanto a la definición de los derechos susceptibles de ser tutelados gracias a este recurso; la admisibilidad de las "tutelas contra sentencias", ya que es plausible y frecuente la expedición de fallos violatorios de derechos fundamentales; y, por último, una simplificación del mecanismo de la tutela contra particulares, pues existe un universo de particulares que prestan funciones públicas y afectan en menor o mayor grado intereses y derechos varios, cuya protección no puede supeditarse al lleno de requisitos como la violación de un interés colectivo o la existencia de una subordinación e indefensión.

*Es necesario buscar nuevos esquemas que, desde un modelo de democracia deliberativa que interprete a cabalidad el espíritu del constituyente del 91, pueda ofrecer salidas institucionales, plausibles jurídicamente y razonables políticamente, que recuperen la legitimidad que ha tenido la subversión en Colombia como desobediencia civil y la posibilidad de radicalizar la participación popular a través de una Asamblea Constitucional que se constituya, en su dinámica participativa inherente, como herramienta de paz dialogada en el país*

Es necesario que se introduzca el criterio de especialidad en materia de tutelas para que sean los jueces expertos los que conozcan del mecanismo y tutelen el derecho.

#### **7.2. Reforma a las ramas del poder**

##### *a) Rama ejecutiva: superación del régimen presidencialista*

Una reforma constitucional debería asumir el reto de desmontar el régimen presidencialista en Colombia de una manera frontal. La Constitución del 91 falló en ese intento, pese a todos los controles que buscó imprimirle, por el temor a lo que, en un país en crisis, podría generar la ausencia de un poder fuerte, sin tener en cuenta que, precisamente, es este rasgo de nuestro sistema político el que la ha puesto en cuestión peligrosamente, como lo demostró el juicio al presidente Ernesto Samper, la arquitectura entera del Estado de derecho y la separación efectiva de poderes en Colombia.

##### *Estados de excepción*

La Carta del 91 racionalizó los estados de excepción al adoptar una triple distinción propia de sistemas no democráticos, pues presupone la toma de medidas represivas, amplía el margen de discrecionalidad del Ejecutivo y reduce el control, quedando el jefe de Estado investido de potestades extraordinarias perpe-



tuas. Los supuestos límites temporales que se introducen a éstas no pasan de ser un simple juego semántico, pues la propia Carta contiene prórrogas a su vigencia que pueden llegar al establecimiento de un estado de excepción a lo largo de gran parte del año (art. 213). Se tergiversa así el fin de asegurar una convivencia pacífica al no introducir procedimiento democrático-deliberativo alguno, ni posibilidad de discusión que ponga freno a la acción del Ejecutivo.

*b) Reforma a la rama legislativa. Sistema electoral y representatividad del Congreso*

Numerosos cambios fueron introducidos por la Carta de 1991 al Congreso, que se erigió como el centro de las críticas en cuanto a su representatividad, ya que concentró el poder en la misma maquinaria política tan cuestionada a lo largo de los últimos años, sin permitir concretar un sistema multipartidista y polisectorial. Centrando el análisis en la elección de sus integrantes, se tendría que:

*Senado de la República:* elegidos por circunscripción nacional, al número de cien senadores se le adicionan dos más de la circunscripción especial de las comunidades indígenas, cifra que es irrisoria frente al número total que conforma este cuerpo. No existe representatividad alguna de las demás comunidades establecidas en el territorio colombiano, como lo son las comunidades negras. Las circunscripciones especiales tendrían que ser ampliadas para darle cabida a sujetos colectivos que no han tenido ni pueden tener una representación adecuada en el Congreso y sin la cual cualquier proceso de pacificación es una farsa;

*Cámara de Representantes:* elegida por circunscripción departamental, es relativa la participación de los grupos étnicos y minorías políticas en ella, ya que se supedita su participación a la expedición de una ley posterior; además de esto, el número no puede

ser superior a cinco miembros, cantidad cuestionable teniendo en cuenta que este número incluye tanto a las minorías como a los colombianos residentes en el exterior.

De manera similar, es necesario replantear la concepción de los partidos políticos, pues la actual cierra la puerta para que grupos informales puedan llegar a ser protagonistas del proceso democrático. Ello supondría la realización sin cortapisas del artículo 155 de la Carta, cuya redacción conduce a pensar en su aplicación inmediata y no en la necesidad de requisitos y procedimientos introducidos por la ley estatutaria de participación ciudadana, que peca de ser extremadamente procedimental.

*c) Reforma a la rama judicial*

El objetivo cardinal es que el sistema judicial sea más eficaz y operativo. Es necesaria una unificación real de criterios y un tratamiento no diferenciado en los fallos judiciales. La Corte Constitucional debería funcionar lejos de toda presión política, respetando la separación entre las ramas del poder.

Por otra parte, sería indispensable que se simplificara el procedimiento para interponer la acción pública de inconstitucionalidad, con el fin de evitar que el ejercicio de esta acción quede supeditado a un grupo determinado de personas, con conocimientos jurídicos, lo que invalida su naturaleza política.

*d) Otras reformas: la planeación macroeconómica*

Al tener el Consejo Nacional de Planeación un carácter consultivo (art. 340) y ser muy restringida la participación de las comunidades, la planeación macroeconómica quedó en manos, exclusivamente, de los tecnócratas encargados de adelantar el proceso de concertación y en un Congreso no representativo sometido a la imposición del poder ejecutivo. Un



modelo macroeconómico como el actual, que tanto sacrificio exige de sectores desfavorecidos sin capacidad de cuestionamiento ni resistencia efectivo a tales programas, requeriría mecanismos de concertación más amplios que permitieran amortiguar su impacto con procedimientos de consensualización popular más expeditos y flexibles.

### 7.3. Mecanismos de control ciudadano

Una de las innovaciones de la Carta en esta materia fue la moción de censura como mecanismo de control político. Esta figura, que es propia de un régimen parlamentario, fue insertada para el régimen presidencialista colombiano, lo que creó una contradicción institucional ya que el mecanismo resultó inoperante al demandar la reunión del Congreso en un solo cuerpo, lo que la imposibilitó prácticamente.

Pero el control ciudadano no puede restringirse a tales mecanismos parlamentarios. En una democracia deliberativa se tiene que hacer extensivo a todas las ramas del Estado, institucionalizando espacios de participación y deliberación que le permitan a la ciudadanía confrontar las decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales de manera directa y ágil, garantizadas constitucionalmente sin necesidad de ser mediadas por la ley.

Figuras como la resistencia ciudadana, la objeción de conciencia y la desobediencia civil tienen que

*• Reforma constitucional y participación deliberativa de la ciudadanía son las condiciones de posibilidad de un nuevo esquema democrático que garantice efectivamente un proceso de paz en el país •*

ser integradas estructuralmente al ordenamiento constitucional y convertirse en instrumentos directos del control ciudadano sobre el Estado.

La Constitución Política en su afán de fortalecer la democracia y la participación logró, tan sólo, su institucionalización formal. Para evitar esta desviación, es menester redefinir los mecanismos mismos de reforma constitucional: el acto legislativo, la convocatoria a una Asamblea

Nacional Constituyente o a una Asamblea Constitucional, el mecanismo del referendo, y el del plebiscito no fueron diferenciados claramente y no son, por lo tanto, comprendidos de manera adecuada por la ciudadanía colombiana, lo que ha llevado a su casi absoluta inoperancia. A ello se suman los procedimientos y formalidades que se les impusieron desde el mismo texto constitucional y que la ley reglamentó en la misma dirección haciendo casi imposible la participación popular en la actualización permanente del texto constitucional.

Una Asamblea Constitucional permitiría ampliar el pacto del 91, involucrando a los actores y democratizando los mecanismos de participación ciudadana: su objetivo estaría dirigido a involucrar a quienes hoy son fuente de propuestas, lo que permitiría avanzar firmemente en la consolidación de una base democrática común, legítima y resocializadora.