

¿Es viable el Estado social de derecho en la sociedad colombiana?

AVANCE DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA A LOS DIEZ AÑOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

ERNESTO PINILLA CAMPOS

Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales,
Universidad Nacional de Colombia

RESUMEN

La posibilidad de materializar los valores y principios del proyecto jurídico político que constituyó la Carta de 1991 es el interrogante a partir del cual se desarrolla el siguiente escrito. El análisis propone como ejercicio inicial la caracterización del tipo de Estado Social que consagró la Carta Política. También son objeto de observación, en el plano relacional, las circunstancias del proceso material de la sociedad colombiana, específicamente en los ámbitos tecnológico-científico, cultural y de desarrollo económico.

ABSTRACT

The possibility of carrying out the political legal project values and principles of 1991 Constitution is the starting question for the following text. The analysis proposes, as initial task, the description of the kind of social State that the Constitution established. At the same time, at a relational level, the circumstances of the Colombian society material process, especificaly in the technological-scientific, cultural and economic settings are also the observation subject.

Introducción

El pensador de *El malestar en la cultura*, en una de sus reflexiones más profundamente sugestivas, señalaba las tres fuentes del sufrimiento humano: "La supremacía de la naturaleza, la caducidad de nuestro propio cuerpo y la insuficiencia de nuestros métodos para regular las relaciones humanas en la familia, el Estado y la sociedad". Las dos primeras parecen inevitables y nos damos por vencidos. La tercera nos produce una fuerte resistencia y nos negamos a aceptarla, "no atinamos a comprender por qué, las instituciones que nosotros mismos hemos creado no habrían de representar más bien protección y bienestar para todos"¹. La realidad que nos brinda la historia parece enseñarnos que el resultado de este propósito, es decir, regular las relaciones humanas, ha sido "pésimo" según la valoración textual del creador del Psicoanálisis. Es posible, entonces, imaginar que el proceso cultural más arduo y contradictorio que ha vivido el ser humano es aquel mediante el cual trata de construir las normas para regular sus relaciones sociales. Seguramente, si esta reflexión es acertada, nada nos podrá sorprender cuando abordemos las evidentes contradicciones entre las fuentes del derecho.

La lucha entre la fuentes materiales y las fuentes formales del derecho está signada trágicamente por su propio origen. La existencia misma de la sociedad y de los individuos en conflicto dependerá de las reglas de juego que la dinámica de los procesos logre ir construyendo. Caracterizar unas y otras será siempre necesario para la comprensión de las dinámicas sociales. En las sociedades modernas la fuente formal por excelencia y jerarquía es la Carta Política de los pueblos. Hay naciones que intentan frecuentemente crear o modificar la Carta Magna, expresando con ello la contradictoria esperanza de que las normas jurídicas logren las transformaciones que el trabajo, la investigación científica y la organización político-económica, cimentada sobre consensos mínimos, no han podido conquistar. En algunas circunstancias históricas muy particulares, la colombiana, por ejemplo, las fuentes materiales son profundamente complejas y contradictorias y las expectativas constitucionales demasiado ambiciosas, produciéndose un desfase radical entre ellas. Esta notoria contradicción agregará un

ingrediente adicional a las conflictivas relaciones sociedad-derecho, ya que la justicia material, inherente al Estado social, no se percibirá como un proyecto realizable, originado en el consenso, sino, más bien, como producto de una transacción política que en últimas se aviene con el *statu quo*. Al cumplirse los 10 años de la Carta Política de 1991, las condiciones generales del país, de manera particular la justicia social, podrían estar en niveles muy inferiores a los existentes en el momento en que se convocó la Asamblea Constitucional a finales de 1990. Evidente debilidad del Estado, preferencia del acto violento sobre la actitud dialogante en la solución de los conflictos, mayor pobreza, desempleo y corrupción serían ejemplos elocuentes. A pesar de todo, en ese contexto, rico en contradicciones, la interpretación de las fuentes formales del derecho ha ido adquiriendo una dinámica insospechada. Nunca antes habíamos vivido un período de tan notable avance formal en la interpretación de la Carta Política. La acción de tutela, por tardía que haya llegado a nuestro derecho público, ha logrado que descendan los principios y valores de la norma superior a la vida cotidiana, con notables tropiezos y visibles limitaciones culturales, pero con eficacia no comparable de ninguna manera con los miles de conflictos jurídicos que se añejan en la jurisdicción ordinaria sin solución alguna. Este amparo constitucional ha hecho un aporte de significación mayor en la cultura jurídica, al haber evidenciado que las formas procesales pueden ser superadas con el razonable entendimiento de los fenómenos fácticos y haciendo prevalecer lo sustancial, es decir, la interpretación del orden jurídico a partir de principios constitucionales.

En este ensayo se analizará, a los 10 años de vigencia de la Constitución colombiana de 1991, la viabilidad del Estado social de derecho en las condiciones concretas de la sociedad colombiana en el ámbito jurídico, cultural, político y económico. Para ello, se pretende recurrir tanto a las fuentes materiales como formales del derecho con el propósito de caracterizar el tipo de Estado que consagra la Carta Política, con sus principios y valores, así como los procedimientos para la realización de los mismos, recurriendo a la jurisprudencia constitucional. Para no escindir las fuentes del derecho, al mismo tiempo que se caracte-

1. Sigmund Freud, "El malestar en la cultura", *Obras completas*, T. III, p. 3031.

za el Estado, se irá precisando la situación del proceso material de la sociedad colombiana en cuanto a nivel tecnológico-científico y grado de desarrollo económico, e igualmente las condiciones culturales que permitan entender si existen posibilidades para la realización de los valores y principios del proyecto jurídico-político.

Caracterización de la Carta Política de 1991

Se ha dicho que la Carta Política de un pueblo se va haciendo y que una Constitución es sustancialmente un proceso de interpretación. La Constitución colombiana de 1991, *en sentido estrictamente formal*, ha venido siendo construida, esencialmente, por la interpretación que de ella hacen los jueces, y en particular por la jurisprudencia que ha ido burilando lentamente la Corte Constitucional. El poder legislativo, inmerso en la crisis del Estado y de la clase política, parece distante, y hasta ausente, en la producción del derecho acorde con los postulados constitucionales y las necesidades del país. *En sentido estrictamente sustancial*, la dinámica de los conflictos sociales aún no permite vislumbrar el nuevo Estado que inequívocamente se diseña en las palabras del artículo 10. del estatuto superior. La caracterización de la Carta Política en su sentido formal se precisará, brevemente, con las propias enseñanzas de la jurisprudencia constitucional, las cuales podrían ser leídas en juegos de contextos que van evolucionando en busca de su propia unidad. En cuanto a la caracterización de la Carta Política en sentido sustancial, la inteligencia del intérprete tiene que volcarse sobre la cruda realidad del país, por exigencia de la misma norma superior, que consagra en su artículo segundo la "legitimidad por eficacia" aceptando así el inmenso reto de los más avanzados Estados sociales de derecho que adquieren su legitimidad, en la vida concreta de los pueblos, cuando su confrontación con la justicia material en la satisfacción de las necesidades básicas y en el respeto por los derechos humanos resulta acorde con sus principios y valores. La compleja y contradictoria relación del ser y el deber ser adquiere su propia dinámica en el Estado social de derecho.

Ningún reparo podría formularse a los principios y valores consagrados en la Constitución. Hay que lu-

char por la conquista de condiciones que posibiliten la vigencia de los derechos humanos y la realización de la democracia participativa. El debido proceso sustantivo, en su dimensión total, es decir, jurídico-política, social, debe ser un propósito de todos, a pesar de tradiciones culturales profundamente arraigadas que han formado mentalidades demasiado formalistas e intrascendentes. El derecho fundamental a la integridad de la Constitución demanda reflexiones críticas, sin reservas ni limitaciones consecuencialistas.

Fuentes materiales de la Constitución de 1991

La crisis del Estado colombiano

Para 1990, año en que se convocó la Asamblea Constituyente, había pasado más de medio siglo de la reforma constitucional de 1936 y cuatro décadas desde abril de 1948, cuando fue asesinado el caudillo popular Jorge Eliécer Gaitán. El acto legislativo de 1936 era la fuente formal más importante del siglo XX, y "El Bogotazo"² el punto de partida ineludible para descifrar la evolución de las fuentes materiales del derecho en el último medio siglo de nuestra historia, ya que era sin duda la expresión más auténtica de las frustraciones de un pueblo que, para aquel año de 1948, hacía poco que había cumplido la primera década de un nuevo intento constitucional por encontrar el proyecto jurídico-político que le señalara un camino transitable hacia la igualdad y la democracia. La violencia que tomó un impulso sin precedentes a partir de abril de 1948, es la fuente indiscutible de las crisis políticas, que durante medio siglo fueron minando la precaria legitimidad del Estado, que tuvo su máxima expresión en el Decreto de Estado de sitio No.1926 de 1990, por medio del cual se convocó la Asamblea Constitucional que finalmente derogó la Constitución de 1886 con todas sus reformas.

La crisis de legitimidad del Estado colombiano había llegado a un punto crítico que desbordaba con creces la anormalidad de otros países del llamado Tercer Mundo. Por una parte, en los últimos cincuenta años, se fue evidenciando que la estructura político-económica no permitía el desarrollo de condiciones culturales adecuadas para la solución pacífica de los conflictos, recurriendo al acuerdo consensual, valorando las razones del contradictor o haciendo

2. Título de la obra de Arturo Alape, Bogotá, Editorial Pluma, 1983.

aproximaciones para compartir principios mínimos fundamentales. Una de las causas determinantes era la inexistencia de partidos políticos organizados democráticamente, actuantes, capaces de construir opinión pública bien informada y vigilante del ejercicio del poder³. El Frente Nacional durante un cuarto de siglo anuló la competencia política democrática, excluyó a sus oponentes, profundizó el clientelismo en la administración pública y demeritó la controversia ideológica⁴. Los grupos armados que durante los últimos 40 años han luchado contra el Estado, se gestaron y fortalecieron durante el mismo período histórico que dio nacimiento y desarrollo al Frente Nacional. Por otra parte, la guerrilla, el narcotráfico, los paramilitares... tenían en entredicho la capacidad militar y administrativa del Estado para mantener el orden público y la integridad misma del territorio nacional. Y, además, existía de tiempo atrás una situación de elevada gravedad: la violación de los derechos humanos por parte de agentes del Estado; circunstancia que se convertirá en una de las fuentes materiales más contradictorias y adversas a la legitimidad del nuevo proyecto jurídico-político que surgiría de la Asamblea Constituyente. ¿Cómo legitimar el compromiso ético de un Estado social de derecho en un país en donde la violación de los derechos humanos es parte de su propia funcionalidad?

La pobreza, la economía informal y el desempleo se encontraban en niveles que podrían situarse en el grado medio dentro de los países de América Latina. El desarrollo científico y tecnológico discurría de manera lenta y muy precaria. El país iniciaba el proceso de apertura económica con previsibles y evidentes limitaciones. Los diálogos con grupos insurgentes resultaban aparentemente exitosos en algunas ocasiones y en otras se vislumbraba un desastre de propor-

ciones mayores. Algunos testimonios de la historia nos permitirán sintetizar las características esenciales de las fuentes materiales más inmediatas a la Carta Política de 1991. Las fuentes formales irán fluyendo de labios del máximo juez constitucional.

Desde diferentes disciplinas, los más diversos pensadores de tendencias ideológicas distantes, han coincidido en caracterizar al Estado colombiano por su precaria existencia, irracionalidad o marcada debilidad. Alain Touraine⁵, ajeno a cualquier interés nacional, se inclina por decir que no hemos tenido Estado. Antonio García⁶, en un lúcido análisis sobre la reforma constitucional de 1936, advertía que todos aquellos grandes principios que se habían introducido en la Carta Política estaban destinados al fracaso por la no existencia de un Estado que los aplicase. "Escrita la Carta -sobre el mismo papel y la misma horma de la antigua- los principios de reforma se quedan secos en el papel, quizá no tanto por la falta de coherencia ideológica como por la falta de una premisa: El Estado nuevo para aplicar esos principios (...) Todos estos eran 'grandes principios' pero no existiendo un Estado que los aplicase -tanto por su organización racional como por la superación de los intereses de clase- se convertía en un engaño al pueblo...". En *Dialéctica de la democracia*, fluye con evidencia en el pensamiento de García, la misma percepción a nivel continental, ya que atribuye el atraso latinoamericano a la carencia de un verdadero Estado de representación popular. Zuleta⁷, precisa que el Estado colombiano "aún después del viraje centralista de 1886, no ha logrado funcionar nunca como el garante de un consenso social capaz de contener en los límites de su propia legalidad el conjunto de los conflictos civiles". Desde una orilla opuesta, hace cerca de cuatro décadas, Mario Laserna, al pensar en los temores de muchos en cuanto a la existencia de un Estado fuerte, pensaba que la arbitrariedad y el abuso entre nosotros "no provienen de que el Estado sea fuerte sino de que es muy débil"⁸. Desde una perspectiva muy diferente pero que lo conduce a conclusiones similares, Reyes Posada⁹, en su ensayo sobre el paramilitarismo, piensa que una de las condiciones para el surgimiento de estas fuerzas es "la debilidad estructural del Estado colombiano para imponer a las

3. Ver Antonio García, *Dialéctica de la democracia*, Bogotá, Editorial Cruz del Sur, 1971, p.321.

4. Consúltese Francisco Leal Buitrago, *Estado y política en Colombia*, Bogotá, Siglo XXI Editores, 1984; Jorge Orlando Melo, "Los paramilitares y su impacto sobre la política", en *Al filo del caos*, Bogotá, Tercer Mundo Editores y Universidad Nacional de Colombia, 1990, p. 482.

5. Lecturas Dominicales, de *El Tiempo*, octubre 29 de 1995.

6. Antonio García, obra citada, p.104.

7. Estanislao Zuleta, *Colombia: Violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991, pp.117-8.

8. Mario Laserna, *Estado fuerte o caudillo*, Bogotá, Populibros, 1968, p. 60.

9. Alejandro Reyes Posada, en *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Bogotá, Cerec, 1995, p. 428.

plares regionales un marco de conductas democráticas para la resolución del conflicto social. Esta debilidad se traduce en las relaciones de cooperación con la violencia directa por parte de las elites regionales, cuyo apoyo es indispensable para la conservación del régimen político". Iniciando la década de los 90 los análisis del Iepri eran coincidentes en señalar la precariedad del Estado colombiano. Así, por ejemplo, el director de entonces precisaba como raíces de la violencia: "La existencia de un Estado en construcción, la débil legitimación de las instituciones, el proceso de formación nacional inconcluso, los desequilibrios sociales y regionales"¹⁰. La Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia que decidió la constitucionalidad del Decreto por medio del cual el gobierno convocó la Asamblea Constituyente, decía: "...No es que las instituciones se hayan constituido *per se* en factor de perturbación sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria"¹¹.

Pesadores de las disciplinas económicas, han llegado a similares conclusiones. Kalmanovitz, al estudiar los fenómenos de "modernidad y competencia", precisa: "La legitimidad de este tipo de Estado es de todas maneras bastante precaria: las capas dominantes confían más en la seguridad privada que en la pública, en los paramilitares que en los militares y en la juntas de ornato de los barrios ricos que en los alcaldes. El Estado es así económicamente pequeño y lo debilitan aún más la irracionalidad con que lo hacen actuar sus bases patrimoniales y clientelares..."¹²

Hernando de Soto, empresario peruano, economista de notable experiencia en el sector público y privado, en excepcional investigación de campo sobre la economía informal en su país -investigación aplicable en sus líneas básicas al caso colombiano-, ha hecho precisiones imprescindibles para quien pretenda entender en concreto la ilegitimidad, los vicios, la estructura clientelar, la irracionalidad y la absoluta precariedad de la democracia y del Estado en países en desarrollo. Cada uno de los capítulos de su excelente obra *El otro sendero* (1986) conduce al lector colombiano, inevitablemente, a trasladar sus con-

clusiones al caso nuestro. "A veces, los economistas cuentan mejores historias que los novelistas", advierte Vargas Llosa en el prólogo. Una historia que analiza las experiencias de la realidad peruana pero que permite alumbrar, según el prologuista, "con una luz nueva un aspecto de los países del Tercer Mundo al que tenaces estereotipos y prejuicios ideológicos mantienen generalmente soterrado"¹³. Tocar cuidadosamente la realidad de nuestros pueblos, lo que sucede en sus calles y plazas de mercado, en sus transportes, en sus viviendas ilegales; la ausencia de condiciones para construir consensos, las actividades de empresarios y políticos negociando con el "Estado" las leyes... son enseñanzas que el lector atento puede inferir de esta historia que, con creces, nos permite avanzar en el análisis de las fuentes materiales del derecho.

En países como los nuestros, advierte Vargas Llosa, "el problema no es la economía informal sino el Estado. Aquella es, más bien, una respuesta popular espontánea y creativa ante la incapacidad estatal para satisfacer las aspiraciones más elementales de los pobres. No deja de ser una paradoja que este libro, escrito por un defensor de la libertad económica, constituya una requisitoria contra la ineptitud y la naturaleza discriminatoria del Estado que en su severidad y contundencia no tiene acaso parangón..."¹⁴. De Soto precisa cómo los gobiernos subastan privilegios y destruyen la seguridad del Derecho. Piensa que la competencia por obtener privilegios a través de la producción del derecho ha conducido a una democracia de grupos de presión. Se infiere de su estudio que no existen condiciones de posibilidad para la libre competencia ni para debates electorales transparentes.

La reciente investigación *Colombia un país por construir*¹⁵ realizada por la Universidad Nacional de Colombia, acogiendo la iniciativa de Colciencias, identifica los problemas esenciales de la sociedad colombiana, y al des-

11. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 9 de 1990.

12. Salamón Kalmanovitz, "Modernidad y competencia", en *Colombia el despertar de la modernidad*, Foro Nacional por Colombia, Bogotá, Carvajal S.A., 1993, p. 323.

13. Mario Vargas Llosa, prólogo al libro *El otro sendero*, de Hernando de Soto, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 1987, p. XVII.

14. *Ibid.*, p. XVIII.

15. Autores varios, Pedro José Amaya P., director del proyecto, *Colombia un país por construir*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

10. Eduardo Pizarro, "La Revolución Pacífica, Plan de desarrollo económico y social 1990-1994", en *Apuntes críticos a la Constitución de 1991*, Medellín, APUN, 1992, p. 27.

cribir los subsistemas que la conforman, los concreta así: conocimiento natural, económico, social y político. El subsistema político estaría compuesto por los siguientes problemas: concentración del poder, ausencia de una verdadera democracia, falta de visión a largo plazo, debilidad del Estado, situación crítica de la política exterior e impunidad. En el capítulo correspondiente a "La debilidad del Estado", el grupo de investigadores recaba su análisis sobre la crisis de legitimidad y gobernabilidad, eficacia y presencia de las instituciones del Estado, y ubica sus causas en la falta de consenso ciudadano y de visión a largo plazo, ineficacia de los poderes legales o institucionales y presencia de más de una fuerza en el territorio nacional. Se trata de un plausible esfuerzo investigativo tendiente a caracterizar cada problema, identificar sus causas y hacer propuestas para "un país por construir".

Consuelo Corredor, profesora de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional, hacía severas críticas a "la revolución pacífica" (1991-1992) o Plan de Desarrollo del presidente Gaviria, concebido cuando precisamente se diseñaba el nuevo Estado, y advierte cómo el citado plan incurre en un notable error al caracterizar las relaciones Estado-economía, haciendo estas oportunas precisiones, que corroboran, desde una óptica diferente, la debilidad del Estado colombiano:

La revolución pacífica (Plan de Desarrollo de Gaviria 1991-1992) partía de un diagnóstico que no corresponde con la historia reciente de Colombia. Según él, la excesiva intervención del Estado no habría sido provechosa para el desarrollo económico; más bien habría creado enormes distorsiones en la asignación de recursos y habría contribuido al desempeño ineficiente de las mismas tareas estatales. Pero en realidad, muy por el contrario de lo se-

Los diferentes ensayos del capítulo IV de esta obra ilustran muy bien el conflicto armado y la crisis política en las tres décadas anteriores a la Asamblea Constitucional de 1990.

19. *Ibid.*, p. 461.

ñalado por el plan, el problema de Colombia no radica en la existencia de un gran Estado omnipotente y todopoderoso, sino, por el contrario, en la debilidad, la pobreza e incluso ausencia de las instituciones estatales...¹⁶

En el campo político el ambiente que existía en los meses anteriores a la convocatoria de la constituyente permitía cierto grado de optimismo por los acuerdos logrados con algunos grupos insurgentes. Pero el más antiguo, beligerante y experimentado de todos ellos había puesto condiciones imposibles de atender por ese Estado débil e ineficaz que aquí se ha pretendido caracterizar. Entre las fuentes materiales más sobresalientes del proceso que condujo a la Constitución de 1991, sin duda, que un lugar de preferencia tiene que ocuparlo la situación de orden público¹⁷. El último estado de sitio, formalmente vigente, se había originado en el Decreto 1038 de 1984 en el cual se invocaron factores de perturbación como la violencia proveniente de grupos armados que atentaban contra el orden constitucional. Con fundamento en la citada disposición se profirió el Decreto 1926 de agosto 24 de 1990 por el cual se convocaba la Asamblea Constituyente.

La situación político-social era excesivamente crítica por los actos violentos y las actitudes, ya radicalmente irreconciliables, de sus dos más fuertes actores. En agosto de 1990, antes de la posesión de Gaviria como presidente, las Farc manifestaron franco pesimismo en relación con el proceso de paz de Virgilio Barco y advirtieron que las esperanzas en el nuevo gobierno "pueden convertirse en realidad si se cumple lo que ha dicho el ministro de manera clara y contundente, comenzando por la participación de los armados en la Constituyente"¹⁸. Recuérdese que entre febrero 28 de 1989 y febrero 13 de 1990 "se habían declarado cuatro ceses unilaterales al fuego y, en ese mismo lapso, la guerrilla tenía a su haber 112 acciones armadas con un saldo de 30 militares muertos, 30 secuestros y 114 asesinatos de civiles"¹⁹. Las posibilidades de diálogo y acuerdos con el grupo armado más fuerte que haya representado a fuerzas insurgentes en el país, eran prácticamente nulas. En esas difíciles circunstancias de orden público se hizo la transición hacia el nuevo gobierno. Ya cercanos a la convocato-

16. Consuelo Corredor, en *Colombia un país por construir*, p. 613.

17. Los aspectos básicos de la situación política y social del país para 1990, año en que se convocó la Asamblea Constitucional, pueden consultarse en: Francisco Leal Buitrago y León Zamosc, editores de *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los 80*, Bogotá, Tercer Mundo Editores y Universidad Nacional de Colombia, 1990.

18. William Ramírez Tobón, "Las nuevas ceremonias por la paz", en Gonzalo Sánchez y Ricardo Peñaranda (compiladores), *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Bogotá, Cerec, 1995, p. 460.

... de la Constituyente, la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar exigió que se consultase con ella la fecha, el temario y el procedimiento de dicha Asamblea. En los últimos meses de 1990 la insurgencia había iniciado "una ofensiva bélica que de modo progresivo y brutal llegó a convertirse en la mayor escalada de violencia hecha por la subversión desde sus comienzos"²¹. Eran acciones de fuerza para tomar el pulso al adversario. Si el Estado procedía a crear un nuevo orden de derecho, estaba advertido de los riesgos de fracasar en ese propósito si no contaba con un amplio consenso de todos los actores del conflicto.

La dinámica y el entrelazamiento de las fuentes materiales y las fuentes formales del derecho, ascendió a un espacio de especialísima importancia histórica en el momento mismo en que el constituyente primario depositaba sus votos para escoger los delegados a la Asamblea Constituyente. Aquel día el ejército sorprendió a la nación con el asalto a "Casa Verde", lugar sagrado del comando de las Farc. Podría leerse el mensaje de aquel asalto, en un momento escrupulosamente escogido, como: ¿la fuente formal vencerá?, es decir, ¿será la nueva Constitución Política la que finalmente logre la realización de los principios y valores que ella postule y, por tanto, la eficacia del Estado social de derecho hará por fin prevalecer el derecho sobre el acto violento para la solución de los conflictos? El día en que se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, febrero 5 de 1991, la dinámica del conflicto entre las fuentes del derecho se enriqueció de manera notable, ya que la ilusión de una nueva Carta Política recibió respuesta inmediata: "12 atentados contra la red de oleoductos, 15 vehículos incendiados, 10 torres de energía voladas, 17 miembros de las fuerzas armadas muertos y 10 secuestrados como saldo de ataques en 22 sitios de 6 departamentos y, por si fuera poco, presencia de las Farc en los límites de Bogotá, sobre seis sitios diferentes en la vía a Villavicencio, en uno de los cuales montaron un retén donde fueron entrevistados, con toda tranquilidad, por un noticiero de televisión"²². La respuesta se había colocado sobre la mesa. ¿Vencerá esta fuente material?

A las acciones de la guerrilla habría que agregar la existencia de los grupos paramilitares, cuya historia se remonta al siglo XIX y que tuvieron incidencia

muy marcada a mediados del siglo XX, "cuando el gobierno organizó grupos de 'contrachusmas' o 'guerrillas de paz' para reforzar la acción militar en zonas de notable implantación guerrillera (Llanos; sur del Tolima). Se trató en ese caso de grupos civiles armados por el Estado, con funciones relativamente precisas y condiciones que suponían al menos cierto nivel de disciplina"²³. Resulta conveniente recordar que el Decreto 1823 de junio 13 de 1954 fue concebido reconociendo la realidad de estos grupos y de los delitos en que tanto guerrilleros como paramilitares habían incurrido. El ámbito de aplicación de este decreto cubría a "todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al gobierno, o 'que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo político'"²⁴.

Esta breve referencia permite refrescar la memoria para evaluar las raíces de la violencia propiciada por el Estado y poder tomar adecuadamente el pulso histórico a la situación que se vivía en los años inmediatamente anteriores a la convocatoria de la Asamblea Constituyente.

En la década anterior a la Constitución de 1991 la actividad paramilitar se constituyó en uno de los protagonistas más violentos y fue factor determinante para el repliegue de algunos grupos guerrilleros y para la desaparición sistemática de dirigentes políticos de izquierda. Bastaría con recordar que para las elecciones de 1986 la UP logró el 5% de los votos, lo que significó una voz de alerta a los sectores políticos del otro extremo. Entre 1986 y 1988 casi el 30% de los candidatos de la UP fueron asesinados antes de las elecciones²⁵. En 1987 los grupos paramilitares fueron calculados por el ministro de gobierno César Gaviria en 140, haciendo la salvedad de que "muchos de ellos eran solo nombres distintos para las mismas organizaciones"²⁶. La vía política escogida por algunos de los opositores del Estado había recibido contundente respuesta: la eliminación selectiva de sus miembros más representativos. Se percibían las profundas raíces de una cultura de intolerancia que se había adueñado del país.

Para 1987 se evidenció la acción de grupos paramilitares financiados por el narcotráfico cuyos intereses se expresaron en el asesinato de defensores

20. *Ibid.*, p. 461.

21. *Ibid.*, p. 463.

22. *Ibid.*, p. 465.

23. Francisco Leal Buitrago y León Zamosc, obra citada, p. 480.

24. *Ibid.*, p. 481.

25. *Ibid.*, p. 497.

26. Jorge Orlando Melo, "Los paramilitares y su impacto sobre la política", en Francisco Leal Buitrago y León Zamosc, obra citada, p. 432.

de los derechos humanos y dirigentes políticos de izquierda²⁷ (Héctor Abad y Jaime Pardo Leal, agosto y octubre de 1987), o altos funcionarios del Estado como el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Hernando Baquero (julio de 1987) o el procurador Carlos Mauro Hoyos (enero de 1988), o la masacre sobre un grupo de investigadores judiciales (enero de 1989). En agosto de 1989 es asesinado el candidato liberal a la presidencia Luis Carlos Galán S., circunstancia trágica que permitiría a César Gaviria convertirse en presidente para el período 1990-1994.

La evidente debilidad, ineficacia y corrupción del Estado demandaban con urgencia buscar un medio que lo legitimara, la crueldad de la guerra que se acentuó en la década anterior (1980-1990), evidenciando que el Estado no podía controlar el orden público y que el monopolio de la fuerza lo había acabado de perder; la necesidad, más no la convicción, de abrir espacios políticos a otros actores sociales que el establecimiento había mantenido marginados —cuya exclusión explica la permanente estabilidad institucional—, y la acumulación histórica de demandas mínimas insatisfechas que niegan cualquier principio de igualdad, permiten entender las causas que condujeron a la convocatoria de la Constituyente²⁸.

Otras fuentes materiales de especial importancia como serían el nivel de desarrollo científico y tecnológico, las condiciones culturales en cuanto permitan entender la posibilidad de interiorizar principios y valores inherentes al Estado social de derecho, la experiencia jurídica de la nación después de haber intentado durante dos siglos una abundante producción constitucional y legislativa, la situación del movimiento obrero o las posibilidades para ingresar con fuerza en el proceso de apertura económica, irán siendo objeto de análisis en la medida en que escuchemos las autorizadas palabras de los jueces encargados de velar por la integridad de la Constitución y, por tanto, de ir construyendo la fuente formal por excelencia.

Legitimidad y consenso

Estudiar las condiciones indispensables para la realización de procedimientos democráticos en la formación de las fuentes formales de derecho es uno de los puntos más neurálgicos del constitucionalismo

moderno. Sugestivos interrogantes podrían plantearse: ¿Toda la problemática sobre la transparencia de la manifestación de la voluntad popular podría quedar inmersa en un asunto eminentemente procesal? Si los procedimientos que conducen a la formación de la ley son impecablemente democráticos, ¿el contenido material de aquella no admitiría discusión? ¿Qué relación existe entre legitimidad y opinión pública libre y debidamente informada? ¿Es posible, en el contexto de la economía de mercado, la existencia de opinión pública verazmente informada? ¿Tiene el Congreso permanente comunicación con los diferentes actores sociales para tomar el pulso a las necesidades y soluciones que aquellos demandan? ¿Son realmente democráticos los Tribunales constitucionales en cuanto a los procedimientos que utilizan para tomar sus decisiones? ¿Cuál sería la relación entre razón pública, consensos, constituyente primario, Carta Política y legitimidad de un cierto orden jurídico?

En *Facticidad y validez* Habermas ha explicado de manera detallada su pensamiento acerca de los problemas esenciales de la racionalidad del proceso legislativo y de la administración de justicia. De las reflexiones del filósofo alemán podrían extractarse dos tesis fundamentales pertinentes para lo que ahora nos ocupa: (i) "El procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático"²⁹ y (ii) "Sólo las condiciones procedimentales de génesis democrática de la leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido"³⁰. Ahora bien, podemos plantearnos este interrogante: ¿Los procedimientos ideales para la deliberación y toma de decisiones que presupuestos mínimos requieren para su realización? No en toda sociedad ni en todo momento histórico se hacen viables los procedimientos deliberatorios. A nuestro entender podrían mencionarse, entre otros, estos tres presupuestos: (i) libertad de conciencia y de expresar y difundir el pensamiento, derechos que deben estar en armonía con la información veraz, que a su vez debe conducir a la existencia de una opinión pública debidamente informada; (ii) los derechos de reunión y asociación, y (iii) derecho a participar en la conformación y ejercicio del poder político.

Toda sociedad que aspire a construir un sistema político-jurídico democrático debe tener la capacidad

27. *Ibid.*, p. 505.

28. Luis Alberto Restrepo, "Asamblea Nacional Constituyente en Colombia: ¿Concluirá por fin el Frente Nacional?", en revista *Análisis Político*, No. 12, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, enero-abril 1991.

29. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 372.

30. *Ibid.*, p. 336.

crítica de ir analizando sus momentos históricos más sobresalientes y tipificar cuáles han sido, en concreto, sus procesos deliberativos y, por tanto, en qué medida se ha logrado conocer el estado de la opinión pública y su relación con la actividad legislativa y judicial, de manera particular cuando se consulta al constituyente primario con el propósito de auscultar la posibilidad de poner fin a una carta política y construir un nuevo orden jurídico. La Corte Constitucional, en una de sus más tempranas decisiones (T-403/92), dirá que la opinión pública libre está indisolublemente ligada con el pluralismo político y sin ella quedarían vaciados de contenido real otros derechos constitucionales y "absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática". Habermas, al analizar el pensamiento de J. H. Ely, advierte la preocupación por la irracionalidad "de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las opiniones y los cambios de estados de ánimo"³¹.

¿Cómo se desarrolló el proceso deliberativo que condujo a la Constitución de 1991?

La Asamblea Constitucional de 1990

El 9 de octubre de 1990 la Corte Suprema de Justicia estudió la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990 "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público", y por ese camino, el del estado de sitio, se convocó la Asamblea Constitucional. La decisión de la Corte Suprema fue favorable a la inexecutable del citado decreto. El escollo jurídico más difícil de superar era el artículo 218 de la Constitución por cuanto consagraba de manera inequívoca los procedimientos para la reforma de la Carta Superior. El argumento sustancial expuesto por la Corte Suprema de Justicia —discutible al máximo— se orientó hacia el constituyente primario. "...para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional, no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 10. de diciembre de 1957, sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad". La Corte recurriría a las enseñanzas de don José María Samper para lograr la interpreta-

ción del artículo 2º. de la Constitución entonces vigente. "Si la soberanía colombiana reside esencial y exclusivamente en la nación, en toda ella, y de ella emanan los poderes públicos, es patente la unidad nacional: la soberanía es así única, indivisible, tan absoluta cuanto es o puede serlo la existencia de la nación; ninguna otra soberanía puede serle contrapuesta, dentro de la nación; ella es el todo y lo contiene todo para Colombia, y ningún poder público será legítimo ni reconocido, si no emana de esa única soberanía. Su consecuencia necesaria es la unidad de esos poderes públicos, no obstante su separación de formas y modos de obrar". De allí la Corte podría llegar a esta conclusión: "Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos, que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los dificultísimos procedimientos previstos por la Constitución de Rionegro (1863) para modificarla". (CSJ Sent. oct. 9/90). Aquella decisión fue fruto de una mayoría mínima, ya que, de los 26 magistrados 12 salvaron el voto. En opinión de los disidentes, "...la sentencia que declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de este año es un golpe de Estado propiciado por la misma Corte (...)" Además, consideraron que era una falacia aquello del voto de 5 millones de colombianos en pro de la convocatoria del Constituyente primario, porque se desconoce la opinión de los 25 millones de colombianos restantes "Esa opinión es efímera, dijo un magistrado, en cambio —agregó— la trascendencia del fallo es perenne"³². La prensa comentó que la decisión se había recibido con sorpresa ya que se consideraba muy difícil que fuera derrotada la sentencia de inexecutable que había aprobado por unanimidad la Sala Constitucional de la Corte Suprema³³. Los disidentes llegaron a pensar en renunciar masivamente pero desistieron de su propósito a última hora para no causar mayor malestar al país³⁴.

Las elecciones del 9 de diciembre de 1990

En septiembre de 1990 un estudio de la Registraduría precisó que, según el DANE, para 1989 el número de habitantes era de 30.062.196 de los cuales

31. *Ibid.*, p. 339.

32. Registraduría Nacional del Estado Civil, *La 7ª papeleta*, Bogotá, 1990, p. 71.

33. *Ibid.*, p. 83.

34. *Ibid.*, p. 71.

el 52% eran personas mayores de 18 años. Hasta el 27 de mayo de 1990 se calculó que aproximadamente 14 millones de ciudadanos estaban incorporados al censo y 600 ingresaron a él al recibir la cédula de ciudadanía por primera vez, todo lo cual indicaba que el número de ciudadanos aptos para votar ascendía a 14.500.000³⁵. La votación para integrar la Asamblea Constituyente, puso en dificultades mayores a los partidarios de la legitimidad por consenso. El constituyente primario solo se hizo presente con un escaso 25%. La lucha en que se hallaban las más diversas y encontradas fuentes materiales, adquirió su punto de máxima ebullición cuando se conocieron los resultados del 9 de diciembre de 1990. Escuchar las voces de los candidatos a la magna Asamblea y testigos vivientes de aquella jornada, permitirá contextualizar adecuadamente el estado de la opinión pública como indiscutible fuente de la norma superior.

Antonio Navarro Wolff: "No soy el único ganador. Lo son los 70 miembros elegidos hoy. Esencialmente los resultados son el reconocimiento del deseo de cambio. Es el agotamiento de la vieja manera de hacer política y la búsqueda de nuevos caminos y alternativas para el país.

El abstencionismo es el reflejo del voto amarrado, que estaba acostumbrado a recibir algo a cambio, pero en esta oportunidad no se expresó. Eso fue lo que sucedió.

La abstención también se presentó por la temporada vacacional, las dificultades en el manejo del tarjetón y la falta de inscripción para cerca de tres millones de votantes.

De todas maneras estaban en la mesa todos los partidos, todas las opciones, tanto del país político como del país nacional, y el resultado por lo tanto es válido"³⁶.

Alvaro Gómez Hurtado: "La abstención es una manifestación de escepticismo del pueblo. El gobierno seguramente no la calculó. El procedimiento adoptado para reformar la Constitución fue tan excepcional que no logró ser entendido.

Ahora lo que sigue es saber en qué consiste lo que el presidente Gaviria ha llamado "el revolcón" para ver si se justifica la convocación de la Asamblea Constituyente... La Asamblea Constituyente es for-

malmente legítima, y lo que se cuestionará en adelante es la capacidad política que pueda tener. Nosotros de todas maneras trataremos de encauzar las labores de la Asamblea Constituyente de manera que sus resultados sean considerados legítimos por la opinión pública"³⁷.

Carlos Lemos: "La abstención se debe a que, como lo dije varias veces, no hubo una campaña didáctica que le permitiera al país darse cuenta de la importancia de la elección de ayer"³⁸.

Jaime Castro: "Con sus decisiones la Asamblea Constituyente debe lograr la fuerza y la autoridad políticas que no obtuvo en las urnas dado el preocupante abstencionismo que se registró. Esas decisiones tienen que mostrarle a la opinión la importancia y la necesidad del cambio institucional que la Nación requiere"³⁹.

Alfonso López M.: "Contrariamente a lo que se pretendía, atribuyéndole a una necesidad pública la convocatoria de la Constituyente, toda la agitación y la propaganda alrededor del tema daban una impresión artificial y artificiosa sobre los sentimientos de la mayoría de los colombianos.

Frente a una minoría que sobrestimó las dimensiones de lo que podía ser el resultado de la Constituyente, se negó a creer que era una panacea y ha castigado a sus promotores con el mayor desdén electoral que haya registrado la historia política de este siglo que termina"⁴⁰.

Misael Pastrana B.: "Ha sido quizás la de hoy la votación más costosa que conoce la historia electoral de Colombia, y la verdad es que el balance en cuanto a presencia participativa es muy pobre... interés oficial, respaldo de las directivas de los partidos, dinero a rudo, medios de comunicación exclusivos para la tesis de la Constituyente, y resultado tan magro, tiene que llamar a la reflexión de lo acontecido y a la convicción de que el país necesita cambios, pero no es cierta la fatiga con nuestras formas democráticas que nos rigen"⁴¹.

Todos los declarantes son testigos de condiciones excepcionales. Vivieron intensamente las ondulantes y complejas facetas y etapas del proceso que terminó con la elección de los constituyentes. Representaban sectores importantes de la opinión pública. Eran conscien-

35. *Ibid.*, p. 102.

36. *Ibid.*, p. 145.

37. *Ibid.*, p. 146.

38. *Ibid.*, p. 146.

39. *Ibid.*, p. 146.

40. *Ibid.*, p. 147.

41. *Ibid.*, p. 145.

los de la desintegración del país y de la irreversible necesidad de transformar las instituciones. Han estado vinculados a la política y han ejercido el poder durante muchísimos años. Representaban y siguen representando tendencias políticas muy diversas. Consecuencialmente, la percepción de aquellos actores y testigos de la jornada del 9 de diciembre, permite valorar en medida bastante justa el descalabro de los consensos en un momento sin precedentes para que el constituyente primario hubiera manifestado su poder decisorio. La fuente material por excelencia para legitimar la Carta Política había estado ausente según los fríos números electorales y la percepción, cualificada, en altísimo grado, de los voceros del establecimiento. Son páginas de la historia política y jurídica de excepcional significado para valorar en concreto, en las condiciones de una determinada sociedad, las teorías consensuales discursivas de quienes estudian con dedicación y rigor intelectual el pensamiento de Rawls, Habermas, Alexy, Bobbio o Dahl.

La reacción que produjo en el Congreso de la República el resultado electoral del 9 de diciembre, contribuye de manera notable al análisis de las fuentes del derecho. Al fin y al cabo allí se hacen las leyes. Sus miembros, de acuerdo con la Constitución, son elegidos por el voto popular, por tanto lo que ellos digan debe tener un valor cualificado para auscultar el sentir de diversos sectores sociales y políticos. La prensa del día 12 de diciembre comentó: "La mayoría de los legisladores argumentaron que el Congreso tiene más poder y legitimidad que la Constitucional, por cuanto 7.654.150 ciudadanos votaron en las elecciones para corporaciones el 11 de marzo pasado y en cambio el domingo solo 3.479.396 ciudadanos sufragaron. Expresaron que por lo antes citado 'tenemos plena autonomía para la reforma de las instituciones colombianas'"⁴². En la Comisión I del Senado se originó la discusión sobre la legitimidad de la Constitucional cuando varios parlamentarios calificaron de exigua la votación y en la plenaria de la Cámara alta liberales y conservadores enjuiciaron abiertamente la Constituyente⁴³.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia y las elecciones del 9 de diciembre del mismo año, constituyen ejemplos elocuentes de la flexibilidad que adquiere el derecho para desbordar su propia ración

nalidad —si es que en nuestro caso la ha llegado ha tener— y, como siempre ha sucedido en los últimos dos siglos, pasar por encima de la última normatividad existente con la esperanza, hasta ahora fallida, de que el derecho si logrará legitimarse y ocupar los espacios que ha usurpado la violencia.

El Estado social de derecho como fórmula política en la Constitución de 1991

Como en todo proceso constituyente, los actores sociales olvidan el pasado y renace el optimismo por la producción del derecho, aún en las situaciones más adversas y contradictorias. Es comprensible que los constituyentes de 1990, obnubilados por la inmensa tarea que se impusieron y por las expectativas creadas, hubieran recurrido a una fórmula política totalmente desproporcionada frente a las condiciones concretas de la sociedad colombiana.

Podría decirse que un Estado social de derecho no es la formulación de un deber ser, sino, por el contrario, la formalización jurídica de un prolongado proceso histórico-cultural cuyo resultado es un ser social que ha interiorizado valores y principios mínimos esenciales de convivencia y cuyo desarrollo material ha logrado construir las condiciones necesarias para satisfacer las demandas básicas de una nación. Un Estado social de derecho —concebido en los términos que lo consagra el artículo 10. de la Constitución de 1991—, para ser viable requiere por lo menos de estos pilares esenciales: (1) un avanzado nivel de cultura científica que garantice el desarrollo material de la sociedad con alto grado de autonomía y (2) que la relación sociedad-derecho esté enriquecida históricamente por la experiencia de gobernantes y gobernados de haber vivido el Estado de derecho en sus manifestaciones esenciales: (a) expresión libre de la voluntad popular (en un contexto de condiciones culturales que así la garanticen), (b) principio de legalidad, (c) división de poderes y (d) control de constitucionalidad.

1. Cultura científica y desarrollo material de la sociedad. Como lo hemos precisado en otra ocasión⁴⁴, no debemos olvidar que nuestra sociedad ha tenido relaciones muy distantes y efímeras con la investigación y la ciencia. El proceso científico que se dinamizó

42. *Ibid.*, p. 147.
 43. *Ibid.*, p. 147.
 44. Ernesto Pinilla Campos, "Estado social de derecho, investigación científica y tradición jurídica", en revista *Politeia*, No. 13., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

en el siglo XVI, y que algunos consideran la más grande revolución del pensamiento humano desde el descubrimiento del cosmos por el pensamiento griego⁴⁵, nos fue tan extraño como el proceso y desarrollo de la revolución industrial que apenas pudimos importar de manera tangencial y siempre con notorio retraso histórico. Dos informes de singular importancia nos permitirán dar soporte a estas reflexiones. En el mismo año en que se estaba convocando la Asamblea Constituyente (1990), el informe de la Misión de Ciencia y Tecnología precisaba que el país ha permanecido hasta ahora sin ninguna política adecuada y sistemática habiendo tenido la actividad científica y técnica un carácter simplemente episódico, sin visión de largo plazo. El sistema educativo, dice el informe, constituye uno de los pilares fundamentales para formar una cultura científica. En el caso colombiano, cuantitativamente, se han hecho logros significativos, pero cualitativamente ha sucedido todo lo contrario. Y textualmente advierte: "El costo de volver a comenzar se ha impuesto como una fatalidad en la historia de la ciencia en Colombia. Pareciera como si el síndrome del fin dramático y prematuro de la primera generación de científicos, la de Caldas y Zea, se extendiera en el tiempo. Si no la muerte política, los científicos e innovadores técnicos de tiempos posteriores han experimentado una muerte simbólica, por indiferencia social"⁴⁶.

En julio de 1994 se conocieron las conclusiones de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo propuesta por el científico colombiano Rodolfo Llinás y conformada por Eduardo Aldana, Luis F. Chaparro, Gabriel García Márquez, Rodrigo Gutiérrez, Marco Palacios, Manuel Elkin Patarroyo, Eduardo Posada, Ángela Restrepo y Carlos E. Vasco. El informe precisa que "Colombia reconoce por fin la crisis en que se encuentra su sistema de ciencia, tecnología y educación, y busca como garantía de un futuro mejor, la reestructuración de tales sistemas. Las carencias en capital humano capacitado, sistemas educativos de calidad con amplia cobertura y la inadecuada educación científica para el desarrollo, no permiten actualmente asumir los retos organizativos y culturales del presente y del futuro en Colombia. Esta situación, conjugada con ciertas estructuras internacionales,

constituyen serios obstáculos para el desarrollo actual del país"⁴⁷.

En el contexto internacional la situación científica de nuestro país era para 1990 —y continúa siendo— significativamente precaria. Piénsese que el 94% del número total de científicos pertenecen al llamado Primer Mundo. Mientras que los países del Tercer Mundo, que tienen el 77% de la población mundial, poseen sólo el 6% de aquellos científicos y contribuyen con el modesto 15% del PIB. Latinoamérica aporta el 1% de los científicos del mundo y de éstos sólo el 1% son colombianos. Nuestro país contaba para 1994 con 5.000 científicos de los cuales la mitad no han realizado estudios de Maestría o Doctorado. Según las normas internacionales, precisa el mismo informe, sólo el 10% de ese 1% de científicos colombianos calificarían. Si se aspira a participar con un nivel adecuado de competencia deberíamos tener al menos 36.000 científicos e ingenieros.

Compárese nuestra situación con la de otros países a fin de tener plena conciencia sobre nuestras posibilidades reales de lograr por lo menos una aproximación al verdadero Estado social de derecho. Contamos con 180 científicos por millón de habitantes, mientras que el Japón posee entre 3.548 y 9.483 científicos e ingenieros por igual número de habitantes y Estados Unidos, dentro de las mismas proporciones, tiene 2.685 y 3.265. El promedio de científicos en los países industrializados es aproximadamente del 1 por mil habitantes. "Para tener una masa crítica que impulse el desarrollo, Colombia requeriría actualmente cerca de 36.000 científicos e ingenieros altamente entrenados y calificados"⁴⁸. Es indispensable poseer clara conciencia sobre la bajísima inversión que en ciencia y tecnología tiene el país.

Para 1994, fecha en que se realizó el informe de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo, Colombia invertía menos del 0.4% de su PIB en investigación y desarrollo⁴⁹. Dos sugerencias básicas de la Misión permitirían tomar el pulso a las condiciones concretas del país en los primeros años de "vigencia" del "Estado Social de Derecho": (1) Planear un aumento masivo de los recursos financieros destinados al fortalecimiento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico del país. Se plantea como meta mínima que en los

45. Alexandre Koire, *Estudios de historia del pensamiento científico*, México, Siglo XXI Editores, p. 150.

46. Misión de Ciencia y Tecnología.

47. Autores varios, Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo, *Colombia: Al filo de la oportunidad*, Bogotá, Cooperativa Editorial Magisterio, 1995, p. 29.

48. *Ibid.*, pp. 35-36.

49. *Ibid.*, p. 38.

cinco años que nos separan del 2000 se pase del actual 4% del PIB al 2% del PIB dedicado a apoyar investigación y programas de desarrollo científico y tecnológico. (2) Se propone aumentar el número de personas dedicadas a la investigación en ciencias naturales y sociales, y en aspectos relacionados con el desarrollo tecnológico, por lo menos a una por cada 1.000 habitantes, o sea 36.000⁵⁰.

El estudio a que se ha hecho referencia es un invaluable aporte para el análisis que ahora nos ocupa. Las conclusiones esenciales de la Misión no eran sorpresivas e inesperadas. Las carencias a que alude el informe en lo pertinente a "capital humano capacitado, sistemas educativos de calidad con amplia cobertura y la inadecuada educación científica para el desarrollo" eran de conocimiento común desde hacía mucho tiempo y, por tanto, cuando se afirma que aquellas concretas circunstancias "no permiten actualmente asumir los retos organizativos y culturales del presente y del futuro en Colombia", deberían haber hecho parte de las reflexiones de la Asamblea Constitucional para saber qué tipo de proyecto político era realmente viable, aun como deber ser, máxime si las condiciones de orden público que habían determinado su convocatoria permitían visualizar un prolongado conflicto armado. Además, era evidente para 1990 que el proceso de globalización de la economía demandaba un alto nivel científico y tecnológico que pudiese garantizar, a países poco desarrollados, su participación en el mercado mundial en condiciones por lo menos decorosas de competitividad. De no ser así era manifiestamente irresponsable plasmar en la nueva Carta Política un proyecto como el consagrado en el artículo 1º. de la Constitución de 1991.

2. El estado de la relación sociedad-derecho para 1990 había llegado a un punto crítico que requería un proceso de relegitimación. Los múltiples intentos que se han hecho para organizar el país recurriendo a la creación de Cartas Constitucionales, sin éxito hasta ahora, han dejado una densa huella cultural en cuanto a la confiabilidad que pueda producir la eficacia del derecho. En contraste, el extraordinario avance técnico-científico de la sociedad moderna transmite un mensaje inequívoco de eficacia. A su vez, la economía de mercado exige eficiencia. La pregunta surge en el

inconsciente colectivo: ¿Y una nueva Constitución que garantiza? Cuando las necesidades básicas de una nación están siendo satisfechas, resulta razonable atribuir al orden jurídico-político parte de aquellos resultados. Ahí logra el Estado social de derecho un espacio significativo en la historia. En esas circunstancias la relación sociedad-derecho resulta más cercana al principio de congruencia. El derecho adquiere respetabilidad y logrará un lugar de importancia entre los demás bienes culturales. Pero, puede haber sucedido todo lo contrario: que el entorno material, es decir, el externo al derecho, no haya logrado un cierto nivel de desarrollo y que éste, a su vez, en su propia dinámica interna, resulte ineficaz por la violación que de él hacen las propias autoridades encargadas de su guarda e integridad. Entre nosotros, como ya se precisó, el nivel científico y tecnológico es muy precario y, consecuentemente, el entorno material en su conjunto —en una economía altamente competitiva— no posibilita el desarrollo sostenido ni permite la satisfacción de necesidades básicas para la mayoría de la población. En lo que compete al derecho, éste no ha logrado históricamente demostrar su eficacia en la sociedad colombiana. Dan testimonio de ello, las guerras civiles del siglo XIX, la violencia ininterrumpida de los últimos 50 años, los índices de pobreza y, desde luego, la permanente reforma y creación de Cartas Políticas, lo que constituye el reconocimiento de no haber encontrado la forma adecuada de regular las relaciones sociales. El último testimonio que nos brinda la historia es precisamente la Asamblea Constitucional de 1990, la cual se convocó, quién lo creyera, al amparo de un decreto de "estado de sitio" que fue la institución más sobresaliente del siglo XX y la prueba reina del fracaso del orden jurídico. El estudio comparado y minucioso de las sentencias de la Corte Constitucional C-004/92 (especialmente el salvamento de voto), T 006/92, SU 090/00 y la de octubre 9 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, permite con creces respaldar estas afirmaciones, antes y después de la vigencia de la Constitución de 1991.

La comunicación sociedad-derecho, en formaciones sociales altamente desarrolladas, ha ido construyéndose con fundamento en un avanzado proceso de industrialización que lentamente fue consolidando

50. *Ibid.*, p. 100.

una cultura técnico-científica que dinamizó la racionalización de la economía y facilitó un amplio desarrollo de las ciencias sociales. La revolución industrial, por ejemplo, fue mucho más que un simple fenómeno técnico-económico de mecanización y aumento de la capacidad productiva, ya que, bien entendida, fue parte sustancial "de un vasto proceso de racionalización de la cultura, de la economía, del sistema capitalista de mercado, de la estructura empresarial, de la organización política, de la vida social"⁵¹. Por otra parte, cuando las sociedades han logrado ser sujetos activos de esos procesos, sus condiciones culturales y su desarrollo material configuran el ambiente adecuado que viabiliza la satisfacción mínima de necesidades básicas, la eficiente prestación de servicios públicos y particularmente la seguridad social para todas las personas. En caso contrario, la dinámica económica será siempre frágil, la dinámica técnico-científica limitará los espacios de la soberanía y la racionalización puramente instrumental marcará la evolución cultural.

Los dos pilares mínimos que posibilitan el Estado social de derecho deberán estar siempre presentes cuando pretendamos hacer el análisis de las fuentes del derecho en las sociedades modernas.

La Fórmula Política en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El Estado social de derecho como Fórmula Política⁵² ha sido objeto, por parte de la Corte Constitucional, de un amplio y permanente estudio y a propósito de los más diversos temas. Su correcta caracterización permitirá entender el proyecto que orienta de manera integral la norma de normas. La solución del caso más difícil de todos podrá resolverse, en última instancia, recurriendo a la fórmula política. Con razón se ha dicho que toda interpretación jurídica es siempre una interpretación política. En el entendimiento de Raúl Canosa, la fórmula política "constituye un dato preconstitucional que se complementa y plasma mediante la Carta Fundamental, elaborada conforme a la misma". En su estado preconstitucional, la fórmula política, dice Canosa, "podría identificarse con la Constitución en sentido material funcionando como fuente primigenia del

Derecho estatal"⁵³. Cuando una Constitución tiene variados techos ideológicos —que suele ser lo propio de la sociedad pluralista— la interpretación demanda una cuidadosa labor sistemática, que metodológicamente deberá recurrir al principio de la "totalidad hermenéutica" y de todas maneras estará siempre irrigada por la fórmula política, que en el caso colombiano quedó plasmada en el artículo 10. de la Constitución, cuando se dijo: "Colombia es un Estado social de derecho..."

Las palabras de la Corte Constitucional permitirán conocer el sentido y alcance del enunciado jurídico más importante de la Norma superior y, por tanto, del orden jurídico en su conjunto:

La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano... Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

(...)

Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo primero:

- a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado colombiano *es tal*, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.
- b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no sólo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentranado plenamente a partir de una

51. Antonio García, *Atraso y dependencia en América Latina*, Buenos Aires, Ateneo, 1972, p. 104.

52. Según Raúl Canosa Usera, el término se debe a Lucas Verdú. Ver capítulo IV, *Interpretación constitucional y Fórmula Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 249 y ss.

53. *Ibid.*, p. 25.

interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. (...)

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. (...) No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (T- 406/92).

La sentencia citada es, seguramente, la que mejor ha explicado la fórmula política consagrada en el artículo 10., la cual resulta inescindible del principio de efectividad (art. 20.) inherente al Estado social de derecho. Con razón se ha pretendido diferenciar radicalmente al Estado liberal del Estado social exigiendo de este último resultados concretos en cuanto debe garantizar y hacer efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política. En una de las decisiones más completas hechas por la Corte Constitucional, y que ocasionó el primer gran enfrentamiento con la Corte Suprema de Justicia, se estudió, entre otros, el valor normativo de la Constitución y el principio de efectividad habiéndose enriquecido la caracterización de la fórmula política al precisar:

Tanto el contenido "orgánico" como el nuevo contenido "material" de la Constitución, tienen *valor normativo*. La Constitución en esta parte no pretende tener sentido puramente exhortatorio o de proclama. Su pretensión es eminentemente preceptiva...

(...)

No cabe duda del *valor normativo* acentuado que la Constitución le asigna a las normas sobre derechos, garantías y deberes. *Valor normativo*⁵⁴ que se acompaña con el *principio de efectividad* que se eleva a fin esencial del Estado y a compromiso ineludible de todas las autoridades públicas.

(...)

El principio de efectividad de los derechos y garantías es consustancial al concepto de *Estado social de derecho* que se propone como *misión de Estado y justificación de la autoridad pública* convertir los derechos formales en derechos reales. Entre las varias proyecciones de este principio, especialmente aplicables a la función de la Corte Suprema de Justicia y de todos los jueces en su función de amparar los derechos de los ciudadanos, cabe destacar lo señalado en el artículo 13 de la Constitución Política: "El estado —la Corte Suprema de Justicia y los jueces son órganos de una rama del estado— promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados". De esta forma han quedado plasmados en la Constitución los anhelos de amplios sectores de la población y que en su momento tuvieron expresión en la Comisión V de la Asamblea Nacional Constituyente, cuando afirmó: "Un principio fundamental orienta esta exposición: la concepción de los ciudadanos como iguales ante la vida y no únicamente ante la ley..."

Con este propósito estaremos vigilantes para que en la Constitución no queden solamente enunciados múltiples derechos que, de suyo, no garantizan unas condiciones de vida dignas y decorosas y abogaremos por unas fórmulas constitucionales con capacidad suficiente para normar y transformar la realidad social (T-06/92).

Nótese la trascendencia del principio de efectividad que, como bien lo dice la Corte Constitucional, es inherente al Estado social de derecho. ¿Tendrían los constituyentes plena conciencia de la fórmula política que estaban consagrando y de las consecuencias que emanan del artículo 2º., cuando las condiciones reales del país eran las que se han descrito brevemente? Diez años de vigencia de la Constitución permiten dar respuesta y entender la demoledora fuerza ideológica que en algunas sociedades adquiere la creación de nuevas cartas políticas y las esperanzas en "fórmulas constitucionales con capacidad suficiente para normar y transformar la realidad social", según las palabras finales de la sentencia transcrita.

En la sentencia C-037/94 la Corte Constitucional abordó el estudio del Estado social de derecho en re-

54. Sobre el valor normativo de la Constitución, ver el salvamento de voto en la sentencia T-321/99.

lación con temas económico-sociales, como la democracia industrial y económica y la democracia en la administración y en la propiedad de las empresas, habiendo caracterizado en este sentido la fórmula política, precisando:

La Constitución Política de 1991, aun cuando garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (art. 58), amplía significativamente su visión económica de las obligaciones del Estado, hasta el punto de imponerle el deber de proteger y promover "las formas asociativas y solidarias de propiedad", de crear condiciones favorables para el acceso a los medios de producción de ciertos sectores de la sociedad (arts. 6º, inc. 1º. y 64) lo cual responde al perfil constitucional del país como Estado social de derecho, encargado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, ...y facilitar la participación de todos en la vida económica y política de la nación (arts. 1º. y 2º)...

El calificativo de social aplicado al Estado, le señala como línea especial en el ejercicio del poder, el cumplimiento de unas finalidades sociales, que tienen que ver con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y, de manera particular, con la solución de necesidades insatisfechas...

Un cometido específico del Estado social de derecho, consiste en hacer realidad la función social de la propiedad, con su inherente función ecológica, y de la empresa, protegiendo, fortaleciendo y promoviendo las formas asociativas y solidarias de propiedad (arts. 58, inciso 3º. y 333, inciso 3º. de la C.P.), en las cuales, la base de la unión asociativa no la constituyen únicamente los aportes de capital con fines exclusivamente especulativos o de utilidad, sino primordialmente el trabajo personal y el esfuerzo conjunto, todo ello encaminado a lograr unos propósitos de interés común que se reflejan en la mejora de las condiciones económicas de sus miembros, mediante la distribución equitativa y democrática de los excedentes económicos y en la satisfacción de urgentes y apremiantes necesidades colectivas de los asociados, en lo familiar, social y cultural (C-037/94).

La Asamblea Constituyente tenía clara conciencia de la Fórmula Política que estaba consagrando, y concebía al Estado como un agente de la justicia social, cual se convertía en fuente de la paz y la democracia. El constituyente manifestó así el espíritu de la Fórmula Política:

Nuestra opción es por un Estado social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social. La Finalidad Social deberá ser permanente, anticipatoria y prioritaria y no, como hoy, esporádica, reactiva y discrecional. El gasto social en Colombia debe ser prioritario por mandato constitucional, primando el concepto de rentabilidad social sobre el de fríos rendimientos económicos. La gestión social debe ser la piedra angular sobre la cual se construyan los ideales de la paz y de la democracia (Gaceta Constitucional, No. 76, mayo 1991, citada en T-533/92).

Al consagrar el principio de solidaridad social y el sistema de protección y asistencia a los desvalidos la Asamblea Constituyente era consciente de la magnitud del problema social y del compromiso que a través de la fórmula política adquiriría el Estado. Estas son las palabras textuales del constituyente:

La suerte feliz o desafortunada de la Nación es la de todos. Por eso tenemos que hacer causa común. Este es el grito del 88% de gentes sin amparo ante un 12% que, por lo menos, tiene aún el privilegio de que se le remunere el esfuerzo de sus brazos.

Esa ingente muchedumbre sobrante por la inequidad, producto del sistema, yace sumida en la desesperanza y deambula por las calles buscando un porvenir cada día más lejano, anhelando las sobras que una minoría afortunada consume y disfruta con avidez ofensiva de toda austeridad. No sólo hay que dar, sino acertar a compartir. Pero es todo. Y la integridad es eso. Un todo (Gaceta Constitucional, No. 46, abril 1991, p. 13, citada en sentencia T-533/92).

Después de 10 años, palabras como las transcritas son las que hay que recordar. Serían los constituyentes

... parte integral del sistema al que se refieren y ori-
gen de la desesperanza a que hacían alusión? En todo
caso, la fórmula política quedó consagrada en el ar-
tículo 10. de la nueva Constitución y su espíritu, en
síntesis, es el que hemos tratado de registrar recu-
riendo al mismo constituyente y a la Corte Consti-
tucional, su intérprete más autorizado y, según ella
misma lo ha indicado, el único interprete auténtico
de la Carta Política.

Primeros tropiezos de la Corte Constitucional

La norma superior exige a su intérprete auténtico, la Corte Constitucional, ser tan democrático como la Constitución misma, una de cuyas vértebras esenciales es la democracia participativa. El 17 de febrero de 1992, día en el cual se instaló formalmente la Corte Constitucional, se presentó un tropiezo de notable trascendencia cuando el magistrado Ciro Angarita B. expresó con especial lucidez su inconformidad con el Acuerdo No. 2, aprobatorio del reglamento de la misma Corporación, el cual, en sentir del magistrado que aclaró el voto, podría estar diseñando procedimientos de decisión contrarios a los propios principios de la nueva Carta Política. Este punto será objeto, más adelante, de especial análisis por la significación que adquiere en el contexto de la democracia participativa, que inequívocamente emana del artículo 10. de la C.P., e igualmente por cuanto el derecho fundamental al debido proceso sustantivo posee una insospechada dinámica dentro del "sistema jurídico" del Estado social de derecho.

El Auto de marzo 3 de 1992 y la validez formal de la Constitución

Resulta de especial interés reseñar que en el Auto No. 3 de marzo de 1992, proferido por la Corte Constitucional, se rechazaron las demandas que pretendían la inconstitucionalidad de la nueva Carta Política. En la citada providencia se hizo esta afirmación histórica para la comprensión de la norma superior de 1991: "En este orden de ideas, la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza jurídica era fáctica, pues provino de un hecho político fundacional, mas no jurídico. Ella actuó no por orden de

la Constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera de ella, contra ella, por disposición directa del pueblo en un período de anormalidad constitucional". Esta decisión del máximo juez de la Carta Política descalifica la juridicidad de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sent. No. 138 de oct. 9/90) que consideró ajustado a la Constitución de 1886 el Decreto por medio del cual se convocaba a una Asamblea Constituyente. Y de paso se desnudan las ironías de la historia: la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, acabada de citar, y que viabilizó la convocatoria de la Asamblea Constituyente se convetiría en una vía de hecho retrospectiva.

En el mismo auto de marzo 3/92 se plasmó esta reseña igualmente histórica: "La Constitución tiene como etiología la expresión del Constituyente primario del 9 de diciembre de 1991, donde todos los colombianos tuvimos oportunidad de decir sí o no a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y además elegir a los setenta Constituyentes comisionados. La nueva Carta, pues, se basa en un amplio consenso pero su legitimidad se concentra en el cumplimiento de la comisión, esto es, la búsqueda de la convivencia nacional. La ejecución del mandato para fortalecer la democracia participativa no fue forma pura. Fue también contenido, el cual se plasmó en la nueva Constitución Política". El amplio consenso, a que se refiere la providencia, sería objeto de arduo debate. Y lo debía ser, igualmente, la relación entre legitimidad y convivencia nacional, a la hora de ahora, es decir, a los diez años de aquella romántica percepción.

Muy discutible resulta, igualmente, esta otra afirmación del Auto comentado: "Queda así en firme la Constitución Política de Colombia de 1991 como expresión de la voluntad política del pueblo colombiano y su texto actual no es susceptible de ser demandado". ¿Será jurídicamente riguroso declarar en firme la Constitución por medio de un auto o de providencia alguna? Inmediatamente después de la insólita tesis, se recurrirá a un principio —la seguridad jurídica— ondulante y esquivo de acuerdo con las circunstancias, que tendrá una accidentada vida jurídica y que irá evolucionando de las alturas de lo sustancial hasta la periferia de lo formalista. "De esta manera se

recoge la voluntad del Constituyente y se sienta un principio de seguridad jurídica indispensable para el orden normativo de la República". La seguridad jurídica será objeto de intrincados debates, en el mismo año 92, de manera especial en las sentencias T-006 y C-543. Y posteriormente tendrá un dramático momento en la sentencia T-047/99, cuando estaba en juego la competencia para juzgar penalmente a los congresistas. En el auto No. 3 que se comenta, la cosa juzgada adquiere un carácter muy sustancial dentro del orden jurídico; luego, ondulantemente irá, en algunas ocasiones, desplazándose hacia lo formal y en otras regresando a su posición inicial.

La Constitución se independiza del querer de sus autores

En su primera sentencia de tutela (abril 3 de 1992) la Corte Constitucional precisará un criterio de interpretación, sustancial para el correcto entendimiento de la Carta, al independizar el texto constitucional del querer de sus autores. Será un primer paso definitivo en contra de la tendencia jurisprudencial denominada "originalismo"; dice la Corte: "En efecto, por una parte, las normas jurídicas y con mayor razón la Constitución se independizan del querer de sus autores y adquieren vida propia y sentido autónomo desde el momento en que empiezan a regir, siendo el subjetivo apenas uno de los criterios existentes para buscar ese sentido, complementario mas no único ni decisivo, sin que resulte pertinente su utilización cuando la claridad del texto que se examina, los criterios sistemático, teleológico y contextual de interpretación arrojan suficiente luz sobre el significado de aquél"⁵⁵. Dirá igualmente la Corte Constitucional en esta primera sentencia que "con la Constitución Política de 1991 se inició una nueva era en el Derecho Público Colombiano y se dejó atrás de modo expreso el conjunto normativo de la Carta de 1886". No será fácil desentrañar el querer de los auto-

desconfianza, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997, p. 23.

55. Ver igualmente sentencia T-409/92.

56. El punto básico para Ely es el control constitucional, respecto del cual dice: "un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean...". John Hart Ely, *Democracia y*

res de la nueva Carta Superior. Es posible que en estricto sentido no pueda hablarse de una Constitución de consenso, me inclino por afirmar que es más bien una Constitución de transacción entre muy disímiles fuerzas que no tenían, dentro de su pluralidad, derrotos para construir una fórmula política adecuada a las fuentes materiales dominadas, en aquel momento, por la irracionalidad de la muerte y, por tanto, haciendo culturalmente nugatorio el proceso deliberativo y consensual. En todo caso, separar el texto de la Carta Superior de lo que pudieron querer sus autores permite la evolución del derecho y su adecuada interpretación para aproximarlos permanentemente al logro de la justicia material.

Procesos deliberativos y Corte Constitucional

El debido proceso —en su acepción más amplia— ha venido adquiriendo insospechada importancia en el constitucionalismo moderno, en la teoría general del proceso y en la ciencia política. A veces, en el ámbito estrictamente técnico-jurídico, de manera justificada, pero con notoria ligereza e imprecisión, se menosprecia "lo procedimental" sin percatarse de que los procedimientos debidamente entendidos son inseparables de lo que aceptamos como "lo sustancial". Olvidemos por ahora los procedimientos intrascendentes y formalistas de nuestros códigos —incrustados en la mentalidad de la mayoría de nuestros operadores jurídicos— y pensemos en términos del constituyente primario, opinión y razón pública, control constitucional y debido proceso sustantivo.

Para resaltar la trascendencia de los procedimientos en el sentido antes indicado, recordemos, desde diferentes enfoques y matices, los enunciados que nos permitan ubicarnos en el núcleo del problema con una perspectiva constitucional. Habíamos citado a Habermas: "El procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático". La obra de J. H. Ely⁵⁶, *Democracia y desconfianza*, ha sido caracterizada por ser ante todo una reflexión procedimental de la democracia y resaltar el papel del Juez Constitucional, lo que, en nuestro entender, permite ir vislumbrando un cierto relativismo en torno a la idea de lo sustancial. José A. Estévez tituló su obra *La Constitución como proceso*

la *desobediencia civil*, corroborando la importancia de analizar con mayor cuidado la trascendencia de todos los procedimientos y las reglas que deben regirlos. Haberle avanza mucho más que Ely y trasciende el texto mismo de la Carta Política para llegar hasta los procesos políticos y sociales⁵⁷. Los consensos entrecruzados que imagina y respalda Rawls hacen parte de la misma problemática.

Recuérdese que para Bobbio la definición mínima de régimen democrático es "un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados". Es de entidad mayor afirmar, por ejemplo, que la Carta Política de 1991 es una Constitución de transacción, mas no de consenso, ya que tal afirmación conduce a señalar una insalvable falla en los procedimientos que condujeron a su creación y por tanto a poner en duda su propia legitimidad.

Cuando se trata de analizar el control constitucional, como garante del funcionamiento democrático de una nación, los procedimientos deliberativos adquieren una insospechada importancia. La razón pública pugna por encontrar un lugar de preferencia; derecho y argumentación resultan inseparables; lo sustantivo y lo procesal se hacen inescindibles... Por todo ello, el estudio de las normas que regulan los procedimientos del juez constitucional en sus deliberaciones, no son aspectos puramente adjetivos. Por el contrario, son inescindibles del contenido material de cualquiera de sus decisiones.

El Reglamento de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, como debería ser, aprobó su propio reglamento por medio del Acuerdo número 01 de enero 31 de 1992. La primera aclaración de un voto en la historia de la Constitución de 1991 se produjo aun antes de que ésta se instalara de manera formal, precisamente, a propósito de la aprobación del reglamento. El magistrado Ciro Angarita, quien aclaró el voto, expresó su justa preocupación por omisiones evidentes "no sólo de carácter procedimental, sino, lo que es más grave, de carácter analógico y filosófico que menguan la aptitud para interpretar eficazmente el espíritu de la Carta de 1991".

Estas oportunísimas observaciones del magistrado Angarita, quizá permitan entender, por una parte, no sólo algunas inconsistencias de la Corte, sino, además, auscultar las posibilidades culturales para que a partir del más alto tribunal de justicia se pueda viabilizar aquel ambicioso proyecto jurídico-político cuya filosofía emana del artículo 10. de la CP, cuando pregonaba la democracia participativa y pluralista. Si a partir de la cúspide no es posible tomar el pulso real a la opinión pública y tener clara conciencia de los consensos sociales, toda reflexión restante sobre los valores que deben informar la interpretación de la norma superior del orden jurídico sobraría o simplemente iría profundizando las distancias entre la "jurisprudencia", como expresión de lo que piensan los jueces y el pulso real de las necesidades y contradicciones que tienen en su más alto grado de ebullición los conflictos de la sociedad colombiana. Con razón, en el escrito del magistrado que aclaró el voto también se lee: "Tampoco se estimuló decididamente el discurso racional colectivo hacia el consenso como intento fructífero de auscultar la complejidad de nuestro ser nacional. Se le sustituyó por la avasallante y seca decisión numérica de la mayoría absoluta. De este modo, una vez más, lo instrumental terminó por prevalecer en desmedro de lo axiológico".

Si se aceptan las razones del magistrado que aclaró el voto, será posible pensar que desde aquel momento en que se aprueba el reglamento de la Corte Constitucional, se advierten grietas geológicas en cuanto al futuro del "discurso racional colectivo hacia el consenso", que de no realizarse a plenitud en las deliberaciones del más autorizado juez constitucional, mucho menos será exigible a los ciudadanos cuando adelanten sus discusiones políticas y en ellas construyan los límites de la razón pública. Esta no es una observación marginal sino de la más pura esencia de los principios de las Constituciones democráticas modernas⁵⁸. Téngase presente que la Carta Política de

de Ely, la idea de la Constitución es fundamentalmente una serie de procedimientos: la Constitución no contiene una ideología de gobierno, sino un proceso de gobierno. En el caso de Haberle, significa que la Constitución *consiste* en una serie de procesos institucionales y sociales. Ely mantiene, pues, a la Constitución dentro de los límites de las "cuatro esquinas del texto constitucional" —aunque a veces atisbe afuera—, mientras que Haberle conecta la Constitución con los procesos políticos y sociales sin solución de continuidad". José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Ed. Trotta, 1994, pp. 88-89.

57. José A. Estévez precisa estas diferencias entre Haberle y Ely al estudiar lo pertinente a la Constitución como proceso: "...En el caso

58. Se puede consultar sobre el particular a John Rawls.

1991, no sólo consagra la democracia participativa, sino que, consecuentemente garantiza "la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación". Se comprende el alcance de las palabras del magistrado Angarita cuando dice: "Es por eso que debo expresar mi justa preocupación, porque en el texto del mencionado reglamento no aparezcan procedimientos adecuados para la toma de decisiones que garanticen eficazmente el carácter participativo y pluralista propio de una República unitaria (art. 10.), la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7º), y el pleno respeto a los derechos de las minorías (arts. 176 y 265)".

De suma importancia resultan las reflexiones de Óscar Mejía Q. y José A. Rivas C., quienes han hecho un serio y ponderado análisis tomando como referencia de estudio el reglamento de la Corte Constitucional, en el cual recurren al marco teórico consensual discursivo que se infiere de Rawls y Habermas y que les permite, con fundamento en sentencias de la misma Corte, concluir, por ejemplo, que "los procedimientos de decisión de la Corte, tal como se encuentran plasmados en ese reglamento, incluso estarían por debajo de mínimos de argumentación como los sugeridos por Alexy, con sus principios de argumentación jurídica. Es decir, las pretensiones de universalidad y autonomía de sus decisiones quedan, peligrosa y delicadamente, en entredicho por la carencia absoluta de constricciones (en sentido kantiano) normativas y normativo-procedimentales para orientar la discusión interior"⁵⁹. Este sería uno de los varios motivos que inducen a reflexionar acerca de las condiciones de posibilidad para la realización del debido proceso sustantivo. Si el control constitucional pudiere estar incurso en fallas como las que advierten los citados estudiosos, ¿cómo aspirar al disfrute del derecho fundamental a la integridad de la Constitución?

El derrotero jurídico que emana del preámbulo de la Constitución al precisar que los fines allí consagrados deberán realizarse "dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo" debe conducir a la configuración de principios "que guíen el procedi-

miento argumentativo", de manera especial cuando se están creando las leyes por el poder legislativo y cuando el juez constitucional ejerce sus competencias. Los procedimientos que orientan las deliberaciones de los jueces colegiados, pero ante todo, cuando se ejerce el control constitucional, son de vital trascendencia para la formación de la opinión pública libre, garantía que ha sido objeto de varias sentencias de la Corte Constitucional, que desafortunadamente se encuentra inmersa en una paradoja que debe superarse: filosofar sobre la opinión pública libre y la libertad de expresión en un marco reglamentario que no siempre garantiza eficazmente el consenso en sus propias decisiones.

Sobre el punto, objeto de análisis, los lectores acuciosos podrían comparar, por ejemplo, la sentencia T-403/92 y contrastarla con el salvamento de voto de la SU 067/93. En la primera providencia la Corte reflexiona acerca de la opinión pública libre y su relación con el Estado democrático; en la segunda, uno de los magistrados advierte los efectos adversos que la providencia producirá precisamente sobre la opinión pública. Dice en sus motivaciones la sentencia T-403/92:

Aunque la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento y opiniones es un derecho de toda persona, no es sólo un derecho individual, sino también garantía de una institución política fundamental: 'la opinión pública libre'. Una opinión pública libre está indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático. Sin una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y participativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática.

Todos estaríamos de acuerdo con la reflexión filosófica que se acaba de transcribir; pero... de otra parte, el salvamento de voto a la sentencia SU-067/93 hace severas críticas que permiten apreciar notorias fallas en los procedimientos deliberativos de la Corte y su incidencia, precisamente, en la opinión pública. En lo pertinente a este último aspecto, señala el salvamento de voto:

59. José A. Rivas Ocampo y Óscar Mejía Quintana, "Consenso y opinión pública o regla de mayoría", en *Pensamiento Jurídico* No. 8, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1997, pp. 85 y ss.

De otra parte, por cuanto sólo se reprodujo integralmente una de las diversas sentencias revisadas y las demás merecieron apenas mención incidental, es apenas natural que en estas circunstancias el fallo final sea desequilibrado y exhiba un sesgo que ha llevado a la opinión pública a interpretarlo apresuradamente como aprobatorio del uso del glifosato. (...) A lo anterior debe agregarse que el contenido mismo de su mensaje para los jueces de la República no está exento de ambigüedad por cuanto que las visiones, los énfasis y los contextos de la sentencia que se reprodujo en las primeras 23 páginas iniciales no son exactamente los mismos que aparecen en el proyecto de unificación... (SU-067/93).

Para dar mayor respaldo e ilustración a estas reflexiones, podrían citarse otras providencias de diferentes jueces colegiados, que por su importancia permiten comprender algunos tropiezos en las decisiones de las altas cortes y tribunales. La sentencia C-543/92 es un ejemplo de los más significativos, en cuanto que conduce a identificar, con las propias palabras de los jueces, las deficiencias en los procesos de decisión de la Corte Constitucional. El salvamento de voto es muy crítico y en uno de sus apartes precisa:

Si al momento de tomar la decisión se hubiera sometido el agregado tardío que se introdujo después al redactar la versión definitiva, los suscritos Magistrados, por lo menos habríamos manifestado nuestro acuerdo con la mayoría en lo que respecta a la procedencia de la tutela contra sentencias como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable, como lo establece la Constitución y la ley. Trátase de un aspecto fundamental del fallo que no ha debido librarse a una simple adición circunstancial sino que merecía ser objeto expreso de debate y votación. La adición de última hora, como ineluctablemente ocurre con los suplementos de su género, introduce contradicciones insalvables con el resto del texto y, particularmente, con la parte resolutive. En efecto, de ser consecuente la mayoría luego de su inesperado viraje ha debido también modificar la parte resolutive, declarando la inexecutable parcial o condicional de los preceptos acusados, dado que ella misma re-

conoce, así sea tardíamente, la constitucionalidad de la acción de tutela contra sentencias y demás decisiones judiciales como mecanismo transitorio y a fin de evitar un perjuicio irremediable. La ubicación de la morosa reflexión de la mayoría en la parte motiva –y no en la resolutive que es la que resulta decisiva– muestra que es un gesto irresoluto y desesperado de cara a la tribuna que instintivamente rechazó la sentencia por contrariar la esencia democrática de la nueva Constitución y los derechos fundamentales que en ella son su nervio vital...

Otro ejemplo de singular valor en las decisiones de nuestras cortes se encuentra en “la aclaración especial de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-239 de 1997”, que dice textualmente:

1. Con todo respeto procedo a aclarar mi voto.

Lo hago porque la parte resolutive de la sentencia no corresponde al texto de la moción sustitutiva que presenté, la cual fue aprobada por seis votos a favor y tres en contra. En otras palabras, la propuesta contenida en la ponencia original fue desechada y, en su lugar, se votó y aprobó la proposición que yo me permití someter a consideración de la Sala Plena. Tampoco, los fundamentos de la sentencia, son congruentes con la decisión adoptada por la Sala Plena. El texto de la sentencia, a mi juicio, ha debido reflejar los argumentos que en la deliberación fueron acogidos por el mayor número de magistrados. Creo que estos argumentos fueron los que expresé y que, lejos de ser refutados por ninguno de los presentes, fueron los que más eco tuvieron en la sesión, hasta el punto de que sobre esa base, al término del debate, propuse una fórmula sustitutiva distinta de la contenida en la ponencia original, y ella fue la que en últimas resultó aprobada.

(...)

Es claro que ahora me encuentro en la posición paradójica de ser una minoría dentro de la mayoría. Entiendo que se ha producido un accidente histórico que no puede ser explicado en los estrechos linderos de una aclaración de voto, sino en los más amplios de la acrisolada conciencia de mis colegas. En todo caso, no puedo atenerme a otra cosa diferente de todo aquello que dije, vi, y escuché en la

Sala Plena de la Corporación. En fin de cuentas, en ningún otro lugar, momento o instancia, puede adoptarse una sentencia que sea la sentencia. Habría sido más cómodo para mí —también menos doloroso—, adherir a la mayoría; en esta ocasión me lo impiden mi espíritu firme y mi convicción profunda sobre el contenido y alcance de mis deberes como magistrado de la Corte Constitucional, que me obligan a proferir la soledad de mi voto siempre que a ella le acompañe la verdad.

No encuentro, personalmente, que la sentencia exprese el genuino sentido de la decisión, todo lo cual trasciende la mera inconformidad circunstancial de un magistrado y lesiona a la institución a la cual se debe lealtad, sólo demostrable con un comportamiento ceñido a la más estricta verdad. Sobre este particular juzgo indispensable transcribir tres comunicaciones que explican el carácter 'especial' de esta aclaración...

Los jueces colegidos en nuestro medio parece que no han logrado interiorizar debidamente la importancia de la cultura democrática en sus deliberaciones. En muchos casos, ni siquiera hay una mínima controversia. El punto que se analiza sería objeto de interés sumo, y quizá de juicio crítico muy severo, en lo atinente al procedimiento deliberativo que pudo haber conducido a la decisión del Consejo de Estado que originó la sentencia SU-640/98, por cuanto se trata de un tema directamente relacionado con una de las manifestaciones más importantes de la opinión pública y las normas que la rigen. Se trata del desconocimiento de la interpretación dada por la Corte Constitucional a la disposición de la Carta Política sobre el período de los alcaldes elegidos popularmente. En lo pertinente dice la sentencia SU-640/98: "Lo que se censura al Consejo de Estado es su decisión de ignorar la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Constitucional que sustentaban, independientemente de la decisión del Consejo Nacional Electoral, la extensión del período del alcalde del municipio de Fresno... La sentencia del Consejo de Estado, al separarse de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Constitucional, viola la Constitución Política, suprema fuente del ordenamiento jurídico y, por contera desconoce los derechos a la participación política del

actor y de sus electores... La violación de la cosa juzgada constitucional no puede ser más patente". El caso termina en una vía de hecho por parte del más ponderado juez de lo contencioso administrativo. ¿Qué dirá la opinión pública?

Otro ejemplo de especial importancia emana de la sentencia T-568/99, por cuanto en los hechos que dieron lugar a la acción de tutela estaban involucrados el Ministerio de Relaciones Exteriores, el del Trabajo y los jueces de instancia, y en palabras de la Corte Constitucional, "en todos los casos las autoridades desconocieron las normas internacionales que reconocen derechos a los trabajadores". ¿En qué consistiría la deliberación de esas autoridades cuando todas ellas se apartan de la leyes internacionales desconociendo los derechos de los trabajadores?

Democracia participativa y medios de información

La democracia participativa, el derecho de toda persona a recibir información veraz e imparcial, la libertad de pensamiento y expresión están indisolublemente ligadas con los medios de información, que se constituyen en una de las fuentes materiales decisivas, para entender las tendencias en la opinión pública y las decisiones que emanan de la voluntad popular.

María Teresa Herrán, al reflexionar sobre la industria de los medios masivos de comunicación en Colombia, ha dicho cómo en el país existe un reparto político de los noticieros con notoria influencia del bipartidismo gobernante. Precisa de igual manera que la evolución concentrada de los medios de comunicación ha borrado las fronteras entre la parte comercial y la periodística,

que están ahora entremezcladas al punto de que la redacción depende cada vez más de la parte comercial de la empresa. Esto se refleja, en el caso de los medios audiovisuales, en la emisión de noticias que afectan al grupo dueño de la cadena radial, en entrevistas a personalidades 'afines' a problemas que tenga el grupo, etc. (...) En el caso de la prensa escrita, se ha producido un notorio crecimiento de las separatas comerciales de los periódicos en los cuales las 'noticias', por supuesto desprovistas de toda

actitud crítica frente al anunciador, llegan a veces a ser redactadas por él y entregadas por éste en el mismo paquete con las 'artes' de las comerciales. Tanto o temprano y teniendo en cuenta el paralelismo entre profesionalismo y ética, los periódicos y revistas que sucumben a estas dependencias comerciales pierden, sin duda alguna, un valioso y decisivo elemento: la credibilidad. Pero a la vez, el impacto antidemocrático es también enorme, porque el poder económico que se expresa a través de los medios influye sobre la manera de informar⁶⁰.

La existencia de opinión pública bien informada, como condición necesaria para viabilizar la democracia participativa y de ir cimentando bases culturales que conduzcan a consensos mínimos en las grandes decisiones políticas, está aún muy distante de nosotros. Economía de mercado, verdad, medios de comunicación y opinión pública debidamente informada son realidades que se contradicen, frente a las garantías y derechos constitucionales, y que al estar acompañadas de pobreza y analfabetismo limitan, cuando no anulan, derechos básicos de toda sociedad democrática. El testimonio que ahora se cita, enriquece de manera notable el estudio sobre la opinión pública y las condiciones concretas en que ésta percibe los mensajes de los medios de comunicación y, en consecuencia, las posibilidades de lograr la comprensión de los hechos sociales. Javier Darío Restrepo, experimentado periodista, conocedor de la crisis de su profesión y de las incidencias de los intereses económicos en los medios de comunicación, advierte:

Los periódicos hemos dejado de ser observadores y nos hemos distanciado de nuestro papel esencial: el de informar sobre un hecho y aportar los suficientes elementos de juicio que contribuyan a la comprensión de lo social. En ese frenesí de informar primero, de anticiparse a la competencia por subir unos puntos en el *rating* de radio o televisión, hemos entregado la principal ventaja de la prensa, la cual es la de suscitar a través del contexto, del análisis y la interpretación una mejor comprensión de los acontecimientos.

Mucho de este dramático cuadro se explica en la crisis misma de la profesión. Ajenos a los proce-

sos de investigación tanto periodística como sociopolítica, los medios vivimos todos los días la tragedia que significa informar sin profundizar en el análisis de la información. Tragedia que es mucho más costosa para la opinión que se ve expuesta a la confusión que generan las informaciones aparentemente objetivas pero en realidad subjetivas, contradictorias, incompletas y muchas veces fuera de contexto. La falta de 'investigación' se refuerza permanentemente por el afán de obtener 'la chiva', la primicia, de la misma manera que el afán por obtener la exclusiva le supone fuertes restricciones a la investigación (...)

Este círculo vicioso ha ocasionado que los medios seamos en ocasiones víctimas ingenuas de intereses particulares. Pero sobre todo que hayamos renunciado a la profundidad en aras de la inmediatez. Y esta especie de claudicación resulta terriblemente perjudicial para la formación de una opinión crítica, como base para la formación de una cultura política, que se moviliza para crear hechos políticos y sociales de incuestionable importancia⁶¹.

Los testimonios de calificados periodistas, además de las evidencias que diariamente viven los ciudadanos sobre el manejo de la información, conducen de manera inevitable a preguntarnos por la viabilidad de materializar el derecho a recibir información veraz e imparcial, como uno de los presupuestos necesarios para la existencia de procesos deliberativos realmente democráticos que conduzcan a tomar decisiones por consenso.

La influencia del poder político y económico, con altísimo grado de concentración en los medios de comunicación, ha sido una característica bastante sospechosa de la historia del periodismo en Colombia, como bien lo advierte María T. Herrán. Tomando como extremos temporales dos fechas de nuestra historia constitucional, 1886 y 1991, tendríamos que por lo menos 22 presidentes de la República, en ese periodo, han estado vinculados de una u otra manera "a los periódicos más importantes, bien como propietarios, directores o responsables de su orientación editorial: Rafael Núñez, Carlos Holguín, Miguel Antonio Caro, Carlos E. Restrepo, José Vicente Concha, Marco Fidel Suárez, Pedro Nel Ospina, Miguel Aba-

60. María Teresa Herrán, *La industria de los medios masivos de comunicación en Colombia*, CID-Fescol-Colciencias, Bogotá, octubre, 1990. Citado en *Colombia un país por construir*, obra citada, p. 36.

61. Javier Darío Restrepo, "Pantalla y sangre: modos de mirar", en *Lecturas Dominicales de El Tiempo*, junio 28 de 1998, citado en *Colombia un país por construir*, p. 37.

de Arceles, Enrique Utrera Herrera, Eduardo Santos, Mariano Ospina Restrepo, Leonidas Cárdenas, Roberto Cárdenas Leizaola, Alberto Lleras Camargo, Guillermo León Valencia, Gustavo Rojas Pinilla, Carlos Lleras Restrepo, Misael Pastrana Borrero, Alfonso López Michelson, Belisario Betancur, César Gaviria y Andrés Bello.¹⁰

Hernández de Soto, al comentar los procesos electorales, califica de pura ilusión la actitud de los votantes en que en el inicio de la valoración política a la hora de las decisiones no tienen nunca origen plural que sea fruto de un debate transparente. "En el

pero el estilo de las normas y decisiones del gobierno central - que son el núcleo a través del cual se redistribuyen - proviene del Poder Ejecutivo que decide sobre ellas con consulta al control político, y en virtud de su capacidad de mantener la redistribución sin necesidad de debate alguno en el Parlamento o otros mecanismos que las modificaciones redistributivas intervengan en la producción del Estado."¹¹

En lo dicho hasta aquí se visualizan las condiciones marcadamente adversas para que una sociedad como la colombiana pueda lograr la realización de la fórmula política del Estado social de derecho.

10. Véase: Carlos Gaviria, *El Estado social de derecho*, Bogotá, 1987, p. 100.
11. Véase: Carlos Gaviria, *El Estado social de derecho*, Bogotá, 1987, p. 100.