

# LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES A LOS ACTOS LEGISLATIVOS

## Una revisión constitucional

---

*-Editores académicos-*

Alejandro Venegas Franco  
María Lucía Torres Villarreal

*-Autores-*

Oscar Alarcón Núñez  
Fernando Carrillo Flórez  
Manuel José Cepeda  
Alfonso Gómez Méndez  
Gustavo de Greiff Restrepo  
Viviane Morales Hoyos  
Sandra Morelli Rico  
Manuel F. Quinche Ramírez  
Manuel A. Restrepo Medina  
Augusto Trujillo Muñoz







**UR**



**Las objeciones presidenciales  
a los actos legislativos**  
Una revisión constitucional

---

Las objeciones presidenciales a los actos legislativos. Una revisión constitucional / Alejandro Venegas Franco y María Lucía Torres Villarreal, editores académicos. –Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

250 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN 978-958-738-322-5 (rústico)

ISBN 978-958-738-323-2 (digital)

Derecho constitucional - Colombia / Teoría constitucional / Poder legislativo - Colombia / Reforma judicial - Colombia - 2012 / I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Venegas Franco, Alejandro / III. Torres Villarreal, María Lucía / IV. Título. / V. Serie.

342.05 SCDD 20

Catalogación en la fuente - Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Febrero 15 de 2013

---

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

# Las objeciones presidenciales a los actos legislativos

## Una revisión constitucional

Alejandro Venegas Franco  
María Lucía Torres Villarreal  
*—Editores académicos—*



Colección de Textos de Jurisprudencia

© 2013 Editorial Universidad del Rosario  
© 2013 Alejandro Venegas Franco, María Lucía Torres  
Villarreal, Oscar Alarcón Núñez, Juan José Cepeda,  
Fernando Carrillo Florez, Alfonso Gómez Méndez,  
Gustavo de Greiff Restrepo, Viviane Morales Hoyos,  
Sandra Morelli Rico, Manuel F. Quinche Ramírez,  
Manuel A. Restrepo Medina, Augusto Trujillo Muñoz

Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00  
<http://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá D.C., febrero 2013

ISBN 978-958-738-322-5 (rústico)  
ISBN 978-958-738-323-2 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: Gabriela de la Parra  
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas  
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes

Fecha de evaluación: 28 de enero de 2013 | Fecha de aprobación: 29 de enero de 2013

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.



# Contenido

|  |     |
|--|-----|
| Presentación.....  | ix  |
| <i>Alejandro Venegas Franco</i>  |     |
| La Constitución Política, las objeciones presidenciales<br>a su reforma y la realidad social .....                       | 1   |
| <i>Augusto Trujillo Muñoz</i>  |     |
| ¿Sainete o drama? El entierro del Acto Legislativo<br>de reforma a la justicia.....                                      | 35  |
| <i>Gustavo de Greiff Restrepo</i>  |     |
| Objeciones presidenciales a las reformas constitucionales.....   | 51  |
| <i>Óscar Alarcón Núñez</i>   |     |
| El desplazamiento del poder constituyente del pueblo<br>hacia el poder del presidente.....                               | 65  |
| <i>Manuel Fernando Quinche Ramírez</i>   |     |
| Alternativas jurídicas presidenciales frente<br>a actos legislativos inconstitucionales.....                             | 87  |
| <i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>  |     |
| Las objeciones presidenciales a los actos legislativos en Colombia.....  | 95  |
| <i>Viviane Morales</i>   |     |
| Consideraciones sobre el trámite de objeciones presidenciales<br>al Acto Legislativo de reforma a la justicia 2012 ..... | 121 |
| <i>Fernando Carrillo Flórez</i>  |     |

|   |            |
|---|------------|
| <b>El Congreso y las objeciones a la reforma constitucional.....</b>  | <b>135</b> |
| <i>Sandra Morelli Rico</i>  |            |
| <b>Exmagistrado analiza alcances de los ‘micos’ en la reforma judicial .....</b>  | <b>139</b> |
| <i>Manuel José Cepeda</i>   |            |
| <b>No más reformitis .....</b>  | <b>143</b> |
| <i>Alfonso Gómez Méndez</i>   |            |
| <b>Escrito de Objeciones Presidenciales frente al Proyecto<br/>de Acto Legislativo de Reforma a la Justicia 2012.....</b> | <b>147</b> |
| <i>Documento oficial suscrito por el Gobierno Nacional</i>  |            |

# Presentación

En el año 2012 ocurrió un hecho interesante, desde las perspectivas jurídica y política, que condujo a diversos sectores del país a una discusión de cara a establecer los alcances y límites de las facultades del Gobierno, en cabeza del presidente de la República, frente a las reformas de la Carta Política. Se trata del momento en el cual el Proyecto de Acto Legislativo de Reforma a la Justicia presentado por el Gobierno nacional, cuyo trámite en el Congreso de la República había culminado luego de una controvertida conciliación, fue objetado por el propio Gobierno, primero, a partir de un discurso de contenido político y luego mediante un escrito formal de objeciones a la promulgación de dicho Acto Legislativo, presentando reflexiones de carácter jurídico.

Esta situación planteó importantes debates académicos, políticos y jurídicos, que abordaban cuestiones sobre si el presidente de la República, como jefe de Estado, podría rehusarse a firmar un acto legislativo emanado del Congreso, si podría abstenerse de disponer la promulgación de un acto legislativo o si podría formular objeciones frente a un proyecto de acto legislativo reformativo de la Carta Política, entre muchos otros planteamientos de diversa índole.

Por lo anterior, frente a las particularidades vividas a partir de ese suceso, la Universidad del Rosario decidió organizar esta publicación para retomar los elementos de esta controversia, histórica por demás, proponiendo una combinación entre el análisis de coyuntura y el estudio académico profundo, para llegar a una reflexión constitucional que aporte a las discusiones que aún hoy se surten alrededor de este tema, de los alcances de la Ley 5 de 1992 y de las normas que confieren al presidente de la República este tipo de facultades. Ese encuentro entre política y ordenamiento jurídico, que es el Derecho

Constitucional, encontró en esa actuación del presidente de la República un asunto de mucha relevancia.

El libro *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos: una revisión constitucional* es una compilación de artículos académicos, de análisis y de opinión que, desde diferentes ópticas, brindan una visión bastante interesante y en torno a la contundente objeción presidencial, siendo este un tema que, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, no había sido abordado. Además de los artículos elaborados por aquellos invitados, se cuenta con algunos documentos de análisis político que sobre este tema ya habían elaborado importantes expertos en otros medios escritos y que, al plantearles los alcances de la presente obra, extendieron autorizaciones para incluirlos, como elemento esencial para una reflexión integral sobre el tema del cual se ocupa esta publicación.

De esta manera, agradecemos a todos los autores y expertos en la materia por sus invaluable aportes a este libro que esperamos resulte útil en el debate que ocupa a muchos sectores de nuestro país y que debe proponer algún tipo de solución que permita ser tomada como un referente para situaciones análogas.

Para complementar el contenido temático de este libro, se decidió incluir el escrito formal de objeciones presidenciales presentado por el Gobierno en el año 2012, previo a la decisión de archivo del entonces llamado Proyecto de Reforma a la Justicia, por parte del Congreso de la República. Es importante tener presentes los argumentos esbozados por el Gobierno a la hora de proponer cualquier discusión alrededor de este tema.

La historia registra el trámite de objeción realizado por Rafael Reyes. Ya había tenido oportunidad de referirme a este punto en una intervención en el Congreso de la República, en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado, en uno de los varios foros convocados justamente para el estudio de la reforma a la justicia del Gobierno Santos. Un historiador se atrevería a afirmar que no es frecuente que el Ejecutivo se oponga al resultado del poder constituyente delegado del Congreso de la República, como tampoco lo es que deba hacerlo, porque la conciliación se convierte en otra reforma constitucional carente de debate... Qué pasó con la Reforma a la Justicia en su trámite en el Congreso es un punto que ha dado para grandes discusiones, sobre lo cual se han dicho muchas cosas; qué pasó con las objeciones presiden-

ciales hechas frente a un acto reformativo de la Carta, es un tema que aún se cuestiona el país y se busca una respuesta que satisfaga los fines normativos y dogmáticos de la Carta Política, los principios inspiradores del Estado social de Derecho y los pilares de la democracia misma.

Alejandro Venegas Franco  
Editor académico



# La Constitución Política, las objeciones presidenciales a su reforma y la realidad social

Augusto Trujillo Muñoz\*

*Algo que distingue la actividad del jurista –teórico o práctico– con respecto a los otros técnicos sociales es, precisamente, el lugar destacado que los juicios de valor ocupan en la elaboración y análisis del Derecho.*

Manuel Atienza

## Introducción

El presente trabajo supone una invitación a la doctrina colombiana para que renueve sus reflexiones sobre teoría de la Constitución. El texto parte de la base de que la principal fuente del Derecho Constitucional es la realidad misma. La Constitución tiene que ser su reflejo. La relación entre el Derecho, la sociedad y sus miembros surge de la historia, del contexto y de la argumentación jurídica. En los tiempos que corren, la idea clásica del contrato social,

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Territorial en áreas de posgrado de varias universidades colombianas. Autor, entre otros, de los libros *Descentralización, regionalización y autonomía local*, publicado por la Universidad Nacional de Colombia; *El Estado y el Derecho*, publicado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia; *Democracia y territorio*, publicado por Siglo del Hombre Editores. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y director de su revista institucional. Miembro fundador del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales y Teoría del Estado. Conjuez de la Corte Constitucional y columnista del diario *El Espectador* de Bogotá. Ha sido conjuez del Consejo de Estado, directivo de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio y senador de la República.

entendida como pacto irreversible entre el Estado y los ciudadanos, está dando paso a una más flexible: la de convivencia entre todos, incluso más allá de la ciudadanía, de manera que los inmigrantes, los extranjeros, las minorías, en fin, quepan por igual en unas instituciones en las cuales puedan reconocerse. Esa es la idea de democracia para el siglo XXI.

En la visión jurídica del siglo XIX, el Derecho significaba un deber ser riguroso y teórico al cual debía adaptarse o someterse la vida social. El texto de un reconocido profesor de Derecho Constitucional colombiano lo consignó así desde sus primeras líneas: “Para que las prácticas públicas estén de acuerdo con la Constitución Nacional, es indispensable que ella sea conocida con propiedad i [sic] aceptada en su letra i (sic) en su espíritu”.<sup>1</sup> En la del siglo XXI el enfoque cambia de manera sustancial, porque no es la vida social la que debe adaptarse a la Constitución sino al revés. La realidad, tan dinámica como nunca, debe fluir entre las normas constitucionales para evitar, en lo posible, dicotomías entre legalidad y legitimidad.

Por esas dicotomías pasan no pocos de los factores de crisis que acusan los principales paradigmas de la Modernidad, pero también por la velocidad con la que evoluciona la vida real y la lentitud con que los seres humanos la aprehenden. Suelo repetir que en el pasado los cambios eran imperceptibles por su lentitud y, ahora, son imperceptibles por su rapidez. Obligan a repensar instituciones diseñadas para enfrentar una problemática que comienza a volverse imposible de resolver si aquellas no se revisan.

El trabajo enmarca la idea de Constitución dentro de la dinámica propia de la sociedad. Con esa óptica se atreve a formular inquietudes polémicas sobre teoría constitucional, las cuales aterrizan en el tema de las objeciones presidenciales a los actos legislativos. En él insisto en la necesidad de adoptar una visión según la cual el desarrollo del Derecho y su interpretación misma están íntimamente vinculados con la evolución de la historia, con los cambios de contexto, con la forma como se corresponden –o deben corresponderse– la realidad jurídica y la realidad social.

Es más: a pesar de que el procedimiento parlamentario para reformar una Constitución es agravado frente al de la aprobación de una ley, los dos se asemejan en algunos trámites y, en ambos casos, se aplican las mismas reglas

---

<sup>1</sup> De León, Juan Félix. *La Constitución de los Estados Unidos de Colombia, según las lecciones orales dictadas en la Universidad Nacional*. Bogotá: Imprenta de Medardo Rivas, 1878, p. I.



siempre que no haya incompatibilidades en razón del principio jerárquico que diferencia las normas legales de las constitucionales. Las similitudes no son pocas y producen efectos tanto en el ámbito general de la teoría de la Constitución como en los más concretos de la reforma constitucional y de las objeciones presidenciales a los actos legislativos. En torno a esos ejes gira el presente texto.

## 1. El Derecho es historia

Alguna vez el maestro Darío Echandía sentenció de manera rotunda:

El Derecho es historia. Lo podemos afirmar sin que sea precisa ninguna referencia a Hegel, a Savigny o a Carlos Marx. Si limitamos la ciencia jurídica al conocimiento de las normas y de su sentido y alcance, todavía será necesario, para comprenderlas plenamente, indagar bajo qué circunstancias ambientales se produjeron; y semejante indagación pertenece al pasado, a la historia. Y si, con criterio objetivo y realista, nos proponemos investigar y descubrir las causas de los fenómenos jurídicos, esas causas necesariamente antecedentes, pertenecen a la historia.<sup>2</sup>

Para Tomás y Valiente, el Derecho es también una realidad histórica que pone de presente la evolución de los principios, los valores y las realidades sobre los cuales se han construido las instituciones jurídicas. Ese hecho debería bastar como vacuna contra el dogma y contra el formalismo, sea este de la ley o del precedente.

Porque si acertamos a comprender cómo se instaló y cómo fue desalojado cada modo de creación del Derecho, podremos con facilidad intuir que así acontecerá algún día también al Derecho de nuestra sociedad. La tendencia a divinizar la norma y la dogmática actuales debe ser conjurada desde la historia del Derecho, que actúa así como saludable escuela de relativización.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Echandía, Darío. *Obras selectas*, Tomo II. Bogotá: Ediciones del Banco de la República, 1981, p. 191.

<sup>3</sup> Tomás y Valiente, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 34.

Quizás los especialistas en historia del Derecho coincidan en que historia y Derecho se han movido en Colombia de forma paralela con la evolución del constitucionalismo. El movimiento del 20 de julio de 1810 nació de un movimiento civil y local. Más que la independencia, sus inspiradores proclamaron la necesidad de una Constitución que garantizara la convivencia de los granadinos. De aquel tipo de movimientos surgieron las primeras constituciones provinciales y la de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. En América del Sur la historia ha sido más de caudillos que de instituciones. En Colombia, por el contrario, es más de instituciones que de caudillos. No resulta extraño hablar de tradición jurídica de un país que nace en medio del Derecho.

Ahora bien, la Modernidad construyó el Estado divorciándolo de la sociedad e identificándolo con el monismo jurídico. Pero no fue bajo esa influencia que los neogranadinos propiciaron el diseño de sus primeras instituciones. En ellos pesó más la vieja organización local/provincial de la Edad Media ibérica que la nueva visión del Estado nacional, propia de las revoluciones liberales modernas. Los comuneros granadinos reeditaron la tradición de los “comuneros de Castilla” que en 1520 se levantaron contra el emperador Carlos V para rescatar sus derechos y defender las libertades municipales. El Medioevo hispano conoció el derecho de creación local y un pluralismo jurídico de amplia vigencia. Durante el régimen colonial, los cabildos gozaron de amplia legitimidad entre los neogranadinos. Esos antecedentes influenciaron los movimientos de 1810. Los libertadores, en cambio, le apostaron al Estado nacional y a las tesis liberales, influenciados por las revoluciones burguesas.

Las instituciones local/provinciales llegaron a América en el equipaje cultural de los conquistadores españoles pues, como se sabe, la conquista fue predominantemente una aventura popular. Los neogranadinos vieron al municipio castellano emparentarse con el clan de sus comunidades nativas. En 1810 surgieron el “juntismo” y la decisión de adoptar constituciones a partir de la autonomía provincial.<sup>4</sup> Ello explica la persistencia de las instituciones local/provinciales a lo largo de la historia nacional.

Sobre la mitad del siglo XIX, los colombianos ya estaban suscritos al Derecho Liberal, pero no se dejaron avasallar del todo por el fenómeno del

---

<sup>4</sup> El “juntismo” nació en la península como forma de organización social, política y jurídica ante la invasión francesa y se proyectó sobre las colonias en donde habían echado raíces tanto los cabildos como las provincias.

trasplante jurídico. De alguna manera hicieron de su país un sitio en el cual también se producía Derecho. En menos de un siglo, instituciones constitucionales como la autonomía territorial adoptada en la Constitución de la Nueva Granada de 1853, la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el Acto Legislativo No. 3 de 1910 y la concepción social del Derecho y del Estado que se convirtió en eje conceptual de la reforma de 1936, dan testimonio de algunas instituciones jurídicas de las cuales fue precursor el Derecho colombiano.

Lo anterior quiere decir, también, que la relación entre historia y Derecho está cruzada, de arriba abajo, por la realidad política. No solo se trata de aceptar que el Derecho de una sociedad varíe de acuerdo con el funcionamiento de las relaciones de poder; es que la producción del Derecho es una práctica colectiva y, como tal, supone criterios de racionalidad diferentes a los que animan la construcción de una obra individual. Como dice Nino, en la producción de una obra colectiva no controlamos el producto final y, por lo mismo, lo racional no sería elegir lo mejor sino lo bueno:

Cada una de las contribuciones realizadas al Derecho Positivo concebido como una acción colectiva está condicionada por la evolución que haya tenido ese Derecho y las demás prácticas sociales hasta ese momento, y por los aportes, en el futuro, de nuevos ponentes. Si aceptamos que la acción de los constitucionalistas, legisladores y gobernantes consiste, en general, en aportes a una obra colectiva cuyas contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras no controlan y sólo influyen parcialmente, debemos concluir que esa acción debe guiarla una racionalidad apropiada a ese tipo de conductas [...].

No se trata de un enfoque como el de Burke que asigna un valor inherente a las tradiciones de la sociedad. Tampoco se trata de una concepción como la de Dworkin que, sobre la base del valor de integridad, prescribe a los jueces y funcionarios decidir ateniéndose a los principios que permitan justificar mejor también las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces. Por último debe distinguirse del enfoque comunitario de filósofos como McIntyre [...] que sostienen que sólo en el contexto de prácticas sociales compartidas puede desarrollarse una concepción válida del bien.

El enfoque del derecho positivo que aquí se defiende difiere de los mencionados en que sólo parte del reconocimiento del *hecho* de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva cuyos restantes aportes ellos no controlan. Este enfoque es perfectamente compatible con la conclusión de un juez o de un legislador acerca de que el Derecho vigente hasta ese momento es tan precario, que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación [...]. Esto implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir, a la vez, a preservar y a mejorar ese orden jurídico.<sup>5</sup>

Concluye Nino que –aun en un régimen autoritario– el Derecho es en esencia una empresa cooperativa. Por eso, toda acción jurídica es una acción política en tanto debe tomar en cuenta las acciones y expectativas de otros, las cuales a su vez podrán determinar otras nuevas en el complejo suceso del desarrollo histórico.

Pero la política es también deliberación. En ese sentido, supone discusiones libres que servirán de base para tomar decisiones. También en ese terreno se mueve la producción del Derecho, con lo cual será objeto de incidencias contingentes.

Por contingencia puede entenderse una decisión política particular, una coyuntura económica especial, una decisión autoritaria, una copia de un modelo, etc. La contingencia en la historia del Derecho es una movida interesante para replantear que la aparición de las instituciones jurídicas no responde a necesidades, sino a coyunturas muy precisas que van y vienen.<sup>6</sup>

Del suceso específico de esas coyunturas suelen nutrirse las reformas constitucionales. El Derecho se vuelve una expresión de la realidad social en normas, de modo que la ciencia constitucional debe buscar no tanto que la vida social discorra de acuerdo con la Constitución, sino que esta refleje en instituciones las características de la vida de los ciudadanos. Así estará en mejor

---

<sup>5</sup> Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, pp. 137-138.

<sup>6</sup> González Jácome, Jorge. *Entre la ley y la Constitución*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 41-42.

condición para regularla y servirle de brújula hacia el futuro. Por eso, cuanto más dinámica sea una sociedad, menor rigidez deben tener sus Constituciones. La flexibilidad de la Constitución ayuda a aclimatar la idea de cambio dentro de los procedimientos jurídicos y evita la congelación del sistema político.

Desde la perspectiva de una reforma constitucional, De Cabo Martín anota que cuando las Constituciones son rígidas su reforma es aún más necesaria, pues el riesgo de su desconexión con la realidad es alto y esta puede presionar reformas por mecanismos no solo ajenos a la Constitución sino al Derecho. Tales sucesos suelen constituir saltos al vacío.

Aquí se plantea de nuevo la vinculación de la Constitución al tiempo, a la historia, a la realidad [...] porque no se trata ya de que la Constitución sea obligatoria, sino que la naturaleza de la Constitución consiste en su pretensión de tener vigencia a partir de su “conexión con la realidad” [...] en cuanto sólo puede considerarse como tal Constitución en tanto se vincula e incide en la realidad no sólo en el momento en el que aparece, sino de manera permanente.<sup>7</sup>

Algunos juristas se quejan de lo que podría ser una distorsión en el Derecho colombiano: mientras las normas superiores confían el tema de la reforma constitucional al Congreso, en la tradición jurídica no suele respetarse aquella función parlamentaria y, a menudo, se acude al mecanismo de las asambleas constituyentes. Tal cosa, agregan, es característica “de sistemas políticos en continua tensión y con profundas crisis institucionales”.<sup>8</sup> Otros asumen la distorsión afirmando que las constituciones se vuelven un campo de batalla y los procesos constituyentes un instrumento para desarmar movimientos populares.<sup>9</sup>

Me separo de las dos interpretaciones: el constitucionalismo colombiano ha sido un proceso de búsqueda. Como está dicho, el movimiento del

---

<sup>7</sup> De Cabo Martín, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 71-73.

<sup>8</sup> Cajas Sarria, Carlos. *El control judicial a la reforma constitucional*. Cali: Universidad Icesi, 2008, p. 22.

<sup>9</sup> Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Cerec, 1987, p. 45.

20 de julio se abstuvo de proclamar la independencia de la Nueva Granada, pero descubrió el veneno de una vocación constitucional que se convirtió en constante de su historia. El mismo 20 de julio, cuando el Cabildo de Santafé de Bogotá declara la necesidad de una Constitución, estaba proclamando la necesidad de limitar el poder. Era esta una postura no solo revolucionaria sino democrática, pero la estaba asumiendo dentro de un marco jurídico.

En torno a la mencionada búsqueda se privilegió el debate político-doctrinario sin atender mucho a la realidad, como si los principios tuvieran el poder mágico de garantizar la felicidad pública. Pocas veces se buscó la simbiosis entre ideas y realidad, para darle al Derecho un auténtico sentido de expresión social, sin perjuicio de su condición regulatoria. Tampoco se hizo pedagogía constitucional y se extendió la idea de que el Derecho es solo un modelo dado para la regulación, cuyo divorcio de la realidad resulta más inocuo que dañino.

La inestabilidad institucional y las tensiones políticas no son producto de haber apelado a asambleas constituyentes, sino de haber ignorado el nexo fundamental entre realidad y Derecho. Tal cosa, en buena medida, obedece a que en América Ibérica el Estado no nació como resultado de un proceso de formación nacional, sino como imposición de las nuevas potencias europeas de los siglos XVIII y XIX. Es más, la independencia fracturó el ritmo social de unas comunidades que vieron desplazado su eje espiritual de lo hispano a lo sajón, con resultados que produjeron, por lo menos, incoherencias y contradicciones. Desde entonces, nuestros países han venido creciendo con el centro de gravedad situado afuera.

Por otra parte, la afirmación de que los procesos constituyentes se han convertido en instrumentos para desarmar movimientos populares, no solo sobreideologiza la historia, sino la relación entre Derecho y política. Al contrario, varias asambleas constituyentes han tenido origen popular o, al menos, extraño al establecimiento político. En cambio, las reformas aprobadas por el Congreso han suplantado a menudo aspiraciones e intereses populares.

Proyectada sobre el escenario de hoy, semejante afirmación trivializa los vínculos entre Derecho y democracia. La democracia se consolida como tal por medio de procedimientos elaborados en medio del Derecho y, por esa vía, la política se convierte en el sustituto de la guerra. Esa lección es clave, aunque el país no ha terminado de aprenderla. Sin duda, la mejor forma de conservar una buena Constitución es mediante oportunas y responsables modificaciones.

## 2. El Derecho es contexto

El Derecho, como realidad histórica, constituye un fenómeno contextual. Expresa –al menos, debe expresar– algo así como la historia del presente. Una historia que en el caso colombiano tiene peculiares características. La política suele hacer un uso simbólico del Derecho que resulta eficaz, dada la impronta de la tradición jurídica nacional. No niego la existencia de accidentados sucesos que han afectado el funcionamiento del sistema jurídico del país en períodos que privilegiaron el autoritarismo, las formas sobre los contenidos y la ley sobre la justicia, pero aun durante ellos se mantuvo un formato inspirado en el Derecho y, sobre todo, una conciencia jurídica que evitó colapsos institucionales y permitió recuperar el Derecho lesionado por dictadores –militares o civiles– y preservar un balance histórico que de todas maneras deja a salvo la tradición jurídica nacional. Quizá la democracia colombiana dista de ser de las mejor consolidadas del mundo, mas su tradición jurídica tampoco es un mito. Suele ser reconocida a escala continental.

Por encima de la identidad entre Estado y Derecho, propia de la Modernidad y suscrita por el formalismo positivista predominante durante casi todo el siglo xx:

Colombia es uno de los países en los que el Derecho estatal compete con más fuerza con ordenamientos paralelos. Por esta razón el Derecho estatal es internamente muy heterogéneo: combina dimensiones despóticamente represivas con dimensiones democráticas de gran intensidad, componentes altamente formales y burocráticos con componentes informales y desburocratizados, áreas de gran penetración estatal con áreas de casi completa ausencia de Estado, etc.<sup>10</sup>

De allí surge una situación que el mismo presidente Juan Manuel Santos designa como “pluralismo jurídico interno”, cuya dimensión se desdobra cuando la propia Constitución de 1991 oficializa ese pluralismo en artículos como el 330. Su texto establece que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de

---

<sup>10</sup> De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Tomo I. Bogotá: Colciencias, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 146.

sus comunidades”. Esta no solo es una declaración constitucional sobre pluralismo jurídico, sino la consagración del principio de la asimetría institucional acogido tanto en términos territoriales como culturales.

La Carta Política colombiana está formulando una evidente apertura del tradicional monismo jurídico, propio del modelo unitario descentralizado, hacia un pluralismo jurídico que se corresponde mejor con las formas autonómicas de Estado, las cuales también son unitarias en cuanto giran en torno a una sola Constitución Política:

Expresa la medida en que los entes territoriales no comparten las características comunes, es decir, significa el reconocimiento de unas diferencias estructurales en entidades de carácter territorial que, por otro lado, son semejantes o inclusive iguales. El principio tiene que ver con el ejercicio de ciertas competencias y supone la posibilidad de adoptar normas según las cuales los representantes de alguna o algunas regiones en el Congreso no puedan participar en votaciones sobre asuntos referidos a otra u otras regiones [...].

En otras palabras, el Estado autonómico reconoce la pluralidad de las sociedades contemporáneas y la necesidad de construir la institucionalidad sobre esa base. Pero además abre la opción de un diálogo creador entre el centro y la periferia, de manera que se pueda superar la dicotomía tradicional entre ambos. De allí surgirá un nuevo papel protagónico del Estado en la mesa global.<sup>11</sup>

Por desgracia esa apertura ha sido ignorada tanto por la ley como por la jurisprudencia. Además, la Constitución formuló un tránsito de la democracia representativa a la de participación, que tampoco encuentra eco suficiente en el Derecho legislado ni en el jurisprudencial. Pero ahí están las normas superiores, emanadas de una realidad vital y contradictoria. Por eso, el constitucionalismo de un Estado social de Derecho es un constitucionalismo con contradicciones: “Ahora ya la Constitución no se construye sobre la abstracción sino que la realidad ‘entra’ en la Constitución y como la realidad

---

<sup>11</sup> Trujillo Muñoz, Augusto. *Democracia y territorio: el ordenamiento territorial entre el derecho y la política*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 62-63.



es contradictoria, la Constitución expresa esa contradicción”.<sup>12</sup> El manejo de la relación entre semejante realidad y la norma superior será objeto de valoraciones específicas que la argumentación jurídica se encargará de resolver.

El proceso constituyente de 1991 incorporó nuevas instituciones a la Constitución y también quiso incorporar la Constitución a la vida del país. Si ese propósito no avanzó hasta donde fuera deseable, se debió a la ausencia de una pedagogía capaz de neutralizar la cultura del formalismo. Según dijo alguna vez el profesor Antonio García, este no ha dejado de ser un país que se alimenta de ficciones, en donde las palabras tienen importancia no como expresión de los hechos sino como sustituto de ellos.<sup>13</sup> No obstante, comienza a entender que el Derecho necesita alimentarse de su contexto social para que pueda aplicar con eficacia su carácter regulatorio sobre él y también para captar su dinámica y así servirle como pacífico instrumento de cambio.

### 3. El Derecho es argumentación

La doctrina jurídica suele aceptar que el Derecho es argumentación. La producción del Derecho, la ejecución de sus dictados y la aplicación de sus normas corresponden a ramas distintas del poder público que, en cuanto se refiere a las dos primeras, no necesariamente están integradas por personas de leyes, pero, en cualquier circunstancia, el proceso se nutre de argumentación jurídica.

La argumentación que acompaña el contexto de la producción del Derecho difiere de la que anima al ámbito judicial. Al menos en principio su racionalidad es distinta y, por lo mismo, entre las dos hay diferencias. También las hay frente a la racionalidad con que el Gobierno asume la ejecución de las normas dictadas, mas las tres racionalidades se entrecruzan en términos que contribuyen a conectar el sentido de la norma con la realidad social, de manera que la argumentación debe encontrar –más allá de la validez– la relación entre la justicia y la eficacia normativa.

El problema que surge al hacer efectiva aquella relación se resuelve por la vía de un juicio de valor que puede interpretar el texto de la norma, pero no sustituirlo. Como dice Bobbio, el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. En cambio, la determinación de su eficacia es un problema

---

<sup>12</sup> De Cabo Martín, *op. cit.*, p. 38.

<sup>13</sup> García, Antonio. *Planificación municipal*. Bogotá: Universidad Distrital, 1988, p. 19.

histórico-social. En el primer caso se está frente al problema deontológico del Derecho y, en el segundo, frente a su problema fenomenológico.<sup>14</sup>

Atienza es más categórico. Comienza por recordar los enfoques del Derecho que han tenido mayor relevancia teórica en nuestra cultura jurídica: en el primero, el Derecho es fundamentalmente un conjunto de enunciados, es decir, lenguaje. En el segundo es realidad social, comportamiento humano. El tercero es un enfoque valorativo que suele identificarse con una posición iusnaturalista. Además, insiste en un cuarto enfoque que lo lleva a considerar el Derecho como argumentación. Esta perspectiva, por supuesto, tiene que ver con la cultura jurídica de cada sociedad, considerada de modo específico, con las actitudes que la gente en general y los juristas en particular, tienen hacia el Derecho y hacia la sociedad.<sup>15</sup>

Este enfoque ha resultado interesante en nuestro medio, pues el Derecho colombiano es hijo de lo que algunos llaman la teoría transnacional del Derecho, entre cuyos grandes teóricos estaba el propio Hans Kelsen. Sin embargo, “el viejo modelo que anticipaba que la teoría de las disciplinas sociales era una, objetiva y universal, ha empezado a ceder frente a la idea, contrapuesta, de que no existe un solo canon teórico en todos los lugares”.<sup>16</sup> Tal fenómeno es resultado de la crisis que acusan los principales paradigmas de la Modernidad y de la creciente aceptación a los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

En medio de ese debate se quiso construir un discurso jurídico capaz de superar los problemas originados en el modelo de reglas, en la discrecionalidad judicial y en la ineficacia de los textos constitucionales, con los cuales contemporizaba la clásica teoría positivista. De su silencio surgió el llamado post-positivismo, cuya aceptación de que las fuentes del Derecho no resuelven aquellos problemas, abrió la puerta a un nuevo constitucionalismo. “Neo-constitucionalismo significa ruptura, tanto con el positivismo como con el modelo de constitucionalismo liberal. Por eso el Derecho de-

---

<sup>14</sup> Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1987, pp. 21-22.

<sup>15</sup> Atienza, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 23-24.

<sup>16</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 18