

ASAMBLEA Y PODER CONSTITUYENTE*

Diego Estrada Alvarez**



PROLOGO

En el presente ensayo se asume la Asamblea Nacional Constituyente desde una concepción según la cual, su estudio implica considerar, además, otros fenómenos políticos estrechamente relacionados con ella, como son:

Los fundamentos políticos de su convocatoria desde el ángulo de análisis de la legitimidad del régimen político colombiano.

La Constitución del Estado en sus significados político y jurídico, como objeto de estudio y decisiones de una Asamblea Nacional Constituyente.

La definición del Poder Constituyente, su titularidad y los medios de acción de que dispone para la creación o reforma de la Constitución (A.N.C., plebiscito y referendo).

* Ensayo galardonado con el primer premio en el concurso Luis Fernando Vélez Vélez creado por el Acuerdo Superior 106 del 22 de agosto de 1988 de la Universidad de Antioquia.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

El concepto de la Asamblea Nacional Constituyente, la tipología de la institución, sus características y funciones, según la experiencia histórica universal.

El sentido general de las diferentes propuestas actualmente existentes en el país sobre qué hacer frente a la Constitución vigente; los tipos de Asambleas Nacionales y los procedimientos a seguir según unos y otros.

Se ha querido también agregar un capítulo final sobre algunos fundamentos filosófico-políticos de un nuevo constitucionalismo, los cuales implícita o expresamente configuran al mismo tiempo una crítica a la Constitución vigente.

Aportar algunas ideas mínimas sobre estas cuestiones generales, procurando la particularización en algunos de los aspectos más relevantes, es uno de los propósitos del presente trabajo. Otro es motivar la investigación y el estudio, el análisis y la proposición serios y responsables a nivel general, pero de manera muy particular entre los estudiantes de las facultades de derecho y ciencias políticas. Un tercer y último propósito es contribuir a la información general sobre el tema.

Dos de los temas enunciados no se desarrollan en capítulos independientes y sistematizados, en la extensión correspondiente a la elaboración conceptual disponible, porque son materia de tratamiento en otro ensayo cuya redacción no ha sido posible culminar aún, debido a la falta de tiempo. Se trata del estudio acerca de la legitimidad del régimen político colombiano vigente, y, de algunas precisiones particulares acerca de las características de una Asamblea Nacional Constituyente que sea razonablemente viable en las actuales condiciones del país. Pero en el contexto queda clara una apreciación general sobre buena parte de estos tópicos.

CAPITULO I LA CONSTITUCION

1. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO

Tener una idea mínima, así sea general, sobre la Constitución, es importante para el caso porque a ella hace referencia el contenido político de la actividad de la Asamblea Nacional Constituyente, pues el problema constitucional en su sentido político es el objeto fundamental de estudio y decisiones de una Asamblea Nacional Constituyente. En este sentido, la Constitución es punto de partida y culminación de las actividades de una Asamblea Nacional Constituyente que, en

su acepción genuina, bien puede cambiar la Constitución vigente por otra nueva o simplemente reformarla, según su libre y soberana decisión.

2. EL PUNTO DE VISTA JURIDICO SOBRE LA CONSTITUCION

Jurídicamente por Constitución se entiende un conjunto armónico, lógico, orgánico y articulado de normas. Desde el 'punto de vista material' por Constitución se entiende el contenido del conjunto de normas jurídicas que regulan la organización, estructura y funcionamiento de los poderes básicos del Estado, de una parte, y, de otra, las normas que regulan los derechos y garantías de los ciudadanos frente al Estado.

En palabras de Luis Carlos SÁCHICA, "Toda Constitución (...) determina normativamente la estructura del Estado, su forma de gobierno y las relaciones de poder -derechos y obligaciones- entre quienes tienen capacidad decisoria y los destinatarios de la decisión, como las garantías de los gobernados"¹.

Desde este punto de vista, pues, se hace referencia al contenido de las normas jurídicas constitucionales.

Desde el punto de vista formal, jurídicamente por Constitución se entiende, un documento codificado de normas jurídicas, revestido de respetabilidad, de solemnidad, al cual se le concede la categoría de 'estatuto supremo', básico, principal o fundamental, expedido por órganos competentes, mediante procedimientos determinados, por el cual se rigen los poderes públicos del Estado, y es sinónimo de 'Ley de leyes', 'Ley Suprema', 'Carta Magna' o 'Norma Fundamental', entre otros. Y su presentación es generalmente declarativa y en tono parlamentario.

Esta es a grandes rasgos una idea general acerca de lo que se entiende por Constitución en términos jurídicos, desde los puntos de vista material (contenido) y formal (forma de presentación, órganos competentes y procedimientos).

3. EL PUNTO DE VISTA POLITICO SOBRE LA CONSTITUCION

La Ciencia Política no nos remite a la consideración de la Constitución como un problema normativo sino a la consideración del Estado como forma de organización política de la sociedad y a la definición de su estructura de poder, de la

1. SÁCHICA Aponte, Luis Carlos. CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO. Séptima Edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1983. pg. 80.

forma como el Estado se comporta en una sociedad dada, históricamente determinada; de quién manda; quién decide; qué límites y qué recursos tiene el poder. En sentido político la Constitución consiste en la distribución de los factores reales de poder que contribuyen a la toma de decisiones políticas.

Refiriéndose a este enfoque del problema, el conocido teórico alemán Ferdinand Lasalle afirma que los problemas constitucionales no son jurídicos sino de poder. Y los problemas del poder son fundamentalmente políticos, de correlación de fuerzas y de participación decisional.

Para el italiano Giuseppe Vergottini², "El conjunto de decisiones que se derivan de las determinaciones, explícitas o implícitas, de las fuerzas políticas que controlan el ordenamiento constituye su constitución y sólo ésta".

Este es a grandes rasgos el punto de vista político sobre la Constitución.

4. EL SENTIDO DE LA DISTINCION ENTRE LO JURIDICO Y LO POLITICO

Hecha la distinción, procede preguntarse el porqué de ella. Porque para el caso tiene importancia distinguir el ámbito jurídico del ámbito político de consideración del problema, pues del privilegio de uno u otro enfoque se derivan actitudes, opiniones y propuestas diferentes frente a la Constitución y la ANC. El enfoque jurídico que es un discurso formal y traducido al lenguaje normativo desde la realidad política, en términos de deber ser, reduce la significación del problema y lo subestima, porque encierra su análisis al estrecho marco de la normativa jurídica. Así por ejemplo, Juan Camilo Restrepo Salazar³, en un artículo titulado "LO QUE SE PUEDE HACER POR TELEFONO", opinó lo siguiente:

"(La Constituyente) es un embeleco reformista... Colombia necesita ante todo que se cumplan las leyes que existen..."

"Estamos literalmente atrapados por la fiebre reformista de las normas jurídicas..."

"La Asamblea Constituyente puede ser útil quizás como una forma ingeniosa para reformar ciertos vicios del Congreso que no se autorreformulará".

2. En Bobbio, Norberto. Matteucci, Nicola. Diccionario de Política. Constitución. Ed. Siglo XXI. Quinta Ed. en Español. 1987. pg. 379.

3. "El Mundo". 7.IV.90. pág. 2.

Y en el mismo sentido ha opinado en días pasados el doctor Carlos Gaviria Díaz⁴, Vicerrector General de la Universidad de Antioquia: "La Constituyente no es más que un mecanismo para reformar normas constitucionales".

Y más adelante agrega:

"Es nocivo que en un momento tan dramático como el que vive el país, no se estén buscando soluciones reales sino soluciones retóricas... si bien la normatividad vigente puede ser un tanto anacrónica, lo más urgente no es hacerle arreglos, sino que haya una verdadera voluntad política que esté interesada en darle vigor a las normas que tenemos".

Como puede advertirse, los autores asimilan ANC a reforma de la normatividad jurídica. Y si esto fuera así, tendrían razón, porque si la normatividad jurídica estuviera bien, no habría razón para reformarla y el problema sería de voluntad política para aplicarla. Pero esta apreciación deja de lado el problema de fondo que es político, que es de cambio del régimen político con la participación de todos los sectores de la sociedad colombiana hoy en pugna, para buscar un acuerdo de convivencia social entre todos los colombianos. El problema es de legitimidad del poder político pues ésta se encuentra cuestionada por amplios sectores de la sociedad, excluidos de su participación en el manejo y decisiones de los asuntos del Estado.

Además, no es tan claro que la normatividad jurídica existente esté bien y sea tan ajena a la realidad política que vivimos⁵. Esto nos remite a una rápida observación del contenido de la Constitución colombiana vigente, en términos de su efectividad política.

5. LA CONSTITUCION COLOMBIANA A LA LUZ DE LA TIPOLOGIA FUNDADA EN LA EFECTIVIDAD Y LA TESIS DE LA "FALTA DE VOLUNTAD POLITICA"

Se trata de intentar la clasificación de la Constitución colombiana en términos de su grado de correspondencia entre los postulados teóricos y la realidad objetiva. Tomaremos como arquetipo la clasificación que de las constituciones hace

4. Periódico "El Mundo" 8 de abril de 1990. pág. 3.

5. Desde un ángulo opuesto de opinión, se han hecho sentencias tan radicales como ésta: "El país necesita una nueva Constitución (...). Yo creo que la Constitución que tenemos es pésima". Estrada Vélez, Federico. *El Mundo*. Colombia necesita una nueva Constitución. Marzo de 1990. Pg. 8.

Karl Loewenstein⁶, acudiendo a la cual ha hecho carrera la idea de que la Constitución colombiana es nominal, es decir, comporta un alto grado de ineficacia, de inaplicación, de no incidencia de sus postulados teóricos en la realidad objetiva.

Loewenstein tomando como criterio rector el de la efectividad, habla de constituciones normativas, nominales y semánticas. Y dice que son normativas las que tienen un alto grado de eficacia, cuyo prototipo es la Constitución norteamericana; son nominales las que tienen un alto grado de ineficacia y su prototipo son las constituciones de los países del Tercer Mundo; y son semánticas las que no presentan ningún grado de efectividad, ninguna incidencia en la realidad, porque con ellas se busca la legitimación jurídica formal del régimen pre-establecido y su prototipo son las constituciones de los países donde impera el socialismo autoritario como la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)⁷. La Constitución colombiana se ha calificado, en consecuencia, como nominal. Pero vale la pena proponer la discusión acerca de la validez actual de esta apreciación; el autor opina que ha perdido fundamento y que en la actualidad sólo es cierta a la luz del análisis desarticulado y fragmentario de la Constitución, pues se ha ido derivando hacia una posición semántica, de acomodamiento de la constitución formal a una realidad política preestablecida. De ser cierta esta hipótesis se explicaría la tan sólo aparente "falta de voluntad política" para la aplicación de la normatividad existente.

CAPITULO II EL CONSTITUYENTE

6. DEFINICION, TERMINOLOGIA E IDEOLOGIA

Dice el "Diccionario de la Lengua Española"⁸:

"Constituyente. p. a. de constituir. Que constituye o establece. // adj. Dícese de las cortes, asambleas, convenciones, congresos, etc., convocados para elaborar o reformar la constitución del Estado (...)// 3. m. Persona elegida como miembro de una asamblea constituyente".

6. Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel. Barcelona. 1964. págs. 205-220.

7. Al menos antes de la actual experiencia de la Perestroika y el Glasnot (democratización y transparencia en el manejo de los asuntos del Estado Socialista).

8. Real Academia Española. Vigésima Edición. Tomo I. Madrid, 1984. pág. 365. En el mismo sentido: Casares, Julio. DICCIONARIO IDEOLOGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Segunda Edición. Ed. Gustavo Gil. Barcelona. 1977. pág. 213.

De acuerdo con esto, el poder constituyente es el poder que crea, establece, constituye o forma, en términos generales. Y políticamente, es el poder que actúa en el sentido indicado con relación al Estado, al régimen político, es el poder que establece o constituye el Estado, que implica la Constitución formal pero no se agota en ella y la trasciende y más que un poder jurídico es un poder de hecho. Así estamos respondiendo a la pregunta acerca de *¿Qué es el poder constituyente?* El Poder Constituyente es diferente del Poder Legislativo y consiste en la capacidad fáctica para crear el Estado y la norma constitucional correspondiente y también en la capacidad para cambiarlos y reformarlos o revisarlos.

7. PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO U ORIGINARIO

Es el poder o capacidad que tiene el pueblo para crear un nuevo orden político, una norma constitucional al margen de cualquier normatividad preestablecida, sin referencia a ella, sin condicionamientos preexistentes e independientemente de cualquier normatividad preexistente. Es un poder intrínseco al constituyente primario, que no tiene sujeción a límites ni controles de ninguna naturaleza. Es la expresión de la plenitud del poder soberano. Hace referencia a la creación de la primera constitución de un Estado. En teoría general se advierte que el constituyente primario actúa en el proceso de insurrección o de guerra civil, que desconoce un orden político y un sistema constitucional anterior y que procede a instaurar uno nuevo, cambiando la organización política y derogando toda la normatividad preestablecida. Pero parece válido pensar que el poder constituyente primario pueda actuar en el sentido de crear una nueva constitución sin que medie la insurrección o la guerra civil sino por vías pacíficas, por medios civiles, acudiendo al pacto, contrato, convenio o compromiso social.

8. PODER CONSTITUYENTE SECUNDARIO

Es la capacidad jurídica de introducir reformas al sistema constitucional vigente sin alterar el modelo político de distribución del poder, es decir, sin alterar la esencia y los fines de la constitución vigente. Es una facultad de revisión o reforma que se encuadra dentro del sistema político y jurídico pues, el constituyente secundario actúa por vía intrasistemática, porque en su accionar se encuentra dentro de los cánones establecidos por la propia constitución, a diferencia del constituyente primario cuyo accionar se dice ser extrasistemático porque no se encuadra dentro de los cánones preestablecidos por la constitución. El poder constituyente secundario, es un poder constituyente constituido y generalmente lo ejerce un órgano del Estado, aunque, obviamente, también puede ser ejercido por el constituyente primario. De hecho una ANC puede actuar con

cualquiera de las dos calidades, es decir, puede crear una nueva constitución o reformar la existente.

9. LA TITULARIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE

Es el pueblo o la nación, de la cual es parte importante el pueblo. La soberanía reside en la nación para el caso colombiano. Pero vale aclarar que el pueblo actúa como elector y como legitimador pasivo, ratificando (convalidando) o negando las propuestas presentadas por minorías activas diferentes. Y eso porque en los estados modernos es prácticamente imposible que 'el pueblo' en su totalidad sea el que actúe. Esto remite a los conceptos de 'democracia representativa' y 'democracia participativa', según el mayor o menor grado de ingerencia de la población en las decisiones y control de la gestión política.

10. MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS A TRAVES DE LOS CUALES ACTUA EL 'CONSTITUYENTE PRIMARIO'

En la democracia moderna estos son principalmente la ANC, el referéndum y el plebiscito. El constituyente primario puede delegar sus funciones, y generalmente, se entiende que lo hace en aquéllas que se refieren a la reforma de la constitución, delegación que se hace en un órgano del Estado, por ejemplo, el parlamento. En la estructura del régimen político actualmente existente en Colombia no cabe esta distinción, porque se ha hecho una asimilación entre los dos constituyentes y entre el acto constituyente y el acto legislativo, entre la función constituyente y la función legislativa y se han radicado estas potestades y calidades en el Congreso, a raíz de la reforma plebiscitaria de 1957, razón por la cual se hace necesario actuar sobre este entre otros aspectos constitucionales con el fin de reconocerle la pueblo los derechos inalienables que sobre el particular le competen.

CAPITULO III LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

11. QUE ES UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE⁹

Es un cuerpo colegiado, extraordinario, temporal, electivo, representativo, democrático, pluralista, facultado para elaborar un texto constitucional, el cual puede ser aprobado por la propia ANC y refrendado por un órgano del Estado, un órgano ejecutivo por ejemplo; o que puede derivar su validez del hecho mismo

9. Cfr. Matteucci, Nicola. ASAMBLEA. En: "DICCIONARIO DE POLITICA" dirigido por Norberto Bobbio. Siglo XXI Editores. Edición en español. 1987. págs. 113-114.

de haber sido aprobado por la propia ANC; o que, finalmente, debe ser sometido a referendo posterior, para que sea convalidado por el pueblo. Políticamente el término se utiliza para diferenciar la Asamblea Constituyente de la Asamblea Legislativa o parlamento. Históricamente su surgimiento se remonta a los finales del siglo XVIII con las revoluciones norteamericana y francesa, aun cuando tiene antecedentes en los 'parlamento-convención' de Inglaterra. El poder constituyente es un poder superior al poder legislativo, siendo precisamente la constitución el acto que, al instaurar al gobierno, lo rige y lo limita. Pero es un poder excepcional que actúa solamente en el momento de la fundación del Estado. Históricamente el término 'asamblea' ha sido utilizado en varias oportunidades para indicar el órgano representativo de la nación (Francia, Italia). La ANC está revestida de la facultad de elaborar las reglas fundamentales del ordenamiento jurídico-político estatal; solo de sí misma y no de ninguna otra fuente deduce su limitación y la norma de su acción; da origen a la organización estatal en los casos de formación originaria, cuando en un determinado territorio se forma por primera vez un Estado y también cuando un ordenamiento soberano sustituye a otro (llamada formación derivada). Se puede afirmar, pues, que toda nueva formación estatal llega a la existencia necesariamente a través del ejercicio de un poder constituyente; dicho poder debe contarse entre las fuentes de producción del derecho objetivo, de las normas constitucionales, en cuyo caso éstas se crean a partir de 'hechos normativos', o sea, de hechos que tienen en sí mismos la razón de su propia validez o de su propia juridicidad, ya que no la toman de otros ordenamientos. El poder constituyente es, además, absolutamente libre en cuanto al fin y a las formas través de las cuales se ejerce. La ANC es precisamente una de las formas en que se manifiesta el poder constituyente. De la naturaleza de la función constituyente se derivan sus características de extraordinaria y temporal, en cuanto que el ejercicio de la función constituyente sólo puede verificarse una vez en la vida de un Estado ya que un nuevo ejercicio de la misma da origen a un nuevo ordenamiento (extraordinaria) y es temporal porque se extingue una vez cumplida su función. En los estados modernos la idea de la participación de todo el pueblo en el 'acto constituyente' resultaba irrealizable en muchos aspectos, de donde la necesidad de investir a un órgano representativo, cuya acción sea sometida al tamiz de una consulta popular posterior. Fue el abate Siéyes quien por primera vez marcó con claridad la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos que encuentran en el primero su origen y que deben ejercerse respetando las reglas constitucionales. En Europa la primera Asamblea nacional constituyente fue la Asamblea nacional francesa de 1789 y desde entonces han sido muy numerosas las asambleas constituyentes convocadas a lo largo de los siglos XIX y

XX. Puede decirse que en general por medio de esta institución han llegado a su existencia las cartas constitucionales de los Estados democráticos modernos¹⁰

12. FUNCIONES DE UNA A.N.C.¹¹

Aparte de las actividades preliminares referidas a su propia organización, tales como designación del Presidente, adopción de un reglamento interno, decisión sobre la publicidad que se dará a los trabajos, etc., la ANC puede limitarse al trabajo de elaborar la nueva constitución solamente o cumplir otras funciones dentro del *ordenamiento provisional del Estado* que implica su existencia; puede por ejemplo, además, ser el titular de la función legislativa ordinaria y también de la función de dirección política, caso este último en el cual la función ejecutiva propiamente dicha se le confía a un órgano más restringido, políticamente responsable ante la Asamblea y que se denomina 'gobierno provisional'.

13. PROCEDIMIENTO LIMINAR PARA LA FORMACION DE LA NUEVA CONSTITUCION¹²

La primera tarea que debe abordar la ANC es elaborar un proyecto de Constitución que sirva como base para las discusiones. La experiencia universal indica la existencia de tres formas de lograr este cometido, a saber:

- (1) La adopción de un proyecto preparado de antemano por diversos sujetos que pueden actuar por iniciativa propia.
- (2) Por encargo, como sería el caso del proyecto realizado por un especialista o un equipo de especialistas.
- (3) Un proyecto presentado por órganos internos de la misma ANC.

Sobre la base del proyecto asumido por cualquiera de las vías indicadas o combinándolas, la ANC desarrolla sus discusiones y toma sus decisiones finales sobre el nuevo texto constitucional.

10. Cfr. Lippolis, Vincenzo. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. En: DICCIONARIO DE POLITICA dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. págs. 114 y ss.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

14. PROCEDIMIENTO FINAL PARA LA APROBACION Y LEGITIMACION DE LA NUEVA CONSTITUCION¹³

Una vez tomada la decisión por parte de la ANC sobre el nuevo texto constitucional, éste puede entrar en vigor en virtud de alguno cualquiera de los siguientes procedimientos:

(1) Por la sola aprobación de la ANC.

(2) Por la revisión final de un órgano del Estado.

(3) Por la convalidación popular a través de un plebiscito o referéndum. Esta es la forma más democrática, correspondiente con la concepción de soberanía popular (en lugar de soberanía nacional), con la concepción de 'democracia participativa' (en lugar de 'democracia representativa').

CAPITULO IV PLEBISCITO Y REFERENDO COMO FORMAS DE LA CONSULTA POPULAR

15. CONSIDERACION GENERAL SOBRE LAS FORMAS DE CONSULTA POPULAR

La doctrina política de occidente, enseña que son formas de consulta popular: el plebiscito; el referendo; la vista pública; la opción; y, la participación electoral. Y son otras formas no ya de consulta sino de participación popular, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. De nuestra propia experiencia puede reivindicarse como una forma de participación popular el cabildo. Pero, para el caso, nos interesa hacer referencia un poco a espacio al plebiscito y el referendo.

16. APROXIMACIONES AL SIGNIFICADO DE PLEBISCITO Y REFERENDO

Resumiendo al autor italiano Gladio Gemma¹⁴, podemos decir que tanto el plebiscito como el referendo son pronunciamientos populares sobre temas de

13. *Ibid.*

14. Cfr. PLEBISCITO. En: "DICCIONARIO DE POLITICA" dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. Ed. Siglo XXI. Quinta ed. en español. Bogotá, Colombia. 1983 págs. 1208 y 1209. YU : REFERENDO. *Ibid.* págs. 1394 y 1395.

relevancia constitucional; ambos son instrumentos de la democracia directa y en su significación contemporánea, surgen con la Revolución Francesa.

Hay quienes consideran que el plebiscito es una especie de degeneración cesarista de referendo, pues implica un menor espacio para la participación del constituyente primario, por su forma cerrada de elaboración en las altas esferas del poder, porque se presta más para el manejo de la opinión pública y por ende de los resultados de su aplicación.

Aunque tanto el plebiscito como el referendo aluden al pronunciamiento popular sobre un texto único e indivisible, el referendo se elabora en una forma más abierta, por parte de un cuerpo colegiado de elección popular. El referendo se reputa como el instrumento por excelencia de la democracia participativa, porque impone a los gobernantes adecuarse automáticamente a la voluntad de los gobernados, pone en sintonía automáticamente al país político con el país real, maximiza la democracia participativa y la eficacia decisional. Sin embargo, la utilización del referendo ha sido muy limitada.

17. CLASIFICACION TIPOLOGICA DEL REFERENDO

Gemma presenta una clasificación tipológica del referendo en los siguientes términos:

- | | |
|---|---------------------------------|
| | Constituyente
Constitucional |
| a) Según el alcance normativo: | Legal
Administrativo |
| b) Según el alcance espacial: | Nacional
Local |
| c) Según el grado de participación popular: | Facultativo
Obligatorio |

18. UNA DISTINCION ENTRE PLEBISCITO Y REFERENDO

Se ha intentado también una distinción entre plebiscito y referendo, con base en la participación de los órganos estatales y la materia objeto de tratamiento, en los siguientes términos:

PLEBISCITO

- 1) Cuando el pueblo delibera sin intervención previa, etc.
- 2) Cuando la deliberación popular se refiere a hechos normativos.
- 3) Cuando se trata de hechos diferentes a la elección de un hombre.

REFERENDUM

- 1) Cuando el pueblo delibera con intervención previa de órganos estatales.
- 2) Cuando la deliberación popular se refiere a hechos no normativos.
- 3) Cuando se trata de la elección de un hombre.

Sin embargo hay que anotar que en todos los casos se presentan excepciones históricas, lo que ha llevado a que plebiscito y referendo se consideren análogos. Para Gemma la distinción más característica radica en que el plebiscito se utiliza para sucesos excepcionales, en tanto que el referendo presenta mayor regularidad y es objeto de disciplina o tratamiento constitucional.

19. PLEBISCITO Y REFERENDO EN LA HISTORIA DE COLOMBIA¹⁵

En Colombia estas instituciones nunca han sido reglamentadas, dado el modelo representativo y restringido del tipo de democracia que ha regido entre nosotros. Sólo en fecha reciente se estatuyó el referendo municipal. Por consiguiente el uso práctico de estas figuras en Colombiana sido una verdadera rareza histórica y limitada al plebiscito, del cual se hace mención en tan sólo dos momentos de nuestra historia patria:

- a) En 1886, cuando fue convocado el denominado "plebiscito de municipalidades" por el gobierno de Rafael Núñez, con el fin de "legitimar" la Constitución de la fecha.
- b) En 1957, cuando se convocó un plebiscito para aprobar algunas reformas a la Constitución y restablecer la legalidad y la legitimidad del poder, que habían dejado de existir a raíz del golpe militar del General Gustavo Rojas Pinilla en 1953.

15. Cfr. GOLPE A GOLPE (antecedentes históricos, jurídicos y políticos del plebiscito en Colombia. En: Revista "Semana" N° 301. 15 de Feb. de 1988. pág. 29.

Como peculiaridades de estos plebiscitos, valga comentar que en realidad el primero no fue un verdadero plebiscito por su contenido antidemocrático, pues los concejos municipales no eran de elección popular sino a dedo (por jefes políticos y militares) y fue excluida de su participación la segunda fuerza política en importancia que eran los liberales radicales, pues el gobierno de la regeneración surgió del triunfo militar sobre los radicales y se alió con los liberales independientes que eran un sector minoritario, realmente insignificante. "Núñez convocó a un plebiscito de municipalidades, para buscar que, en representación del constituyente primario, o sea el pueblo, los concejos municipales ratificaran el acuerdo que había emanado del Consejo de delegatarios"¹⁶.

Y en cuanto al plebiscito de 1957, revisó la Constitución con 13 enmiendas, entre ellas el artículo 13 que dio origen al actual artículo 218, que faculta sólo al Congreso para reformar la Constitución, mediante el tratamiento y aprobación de las propuestas de reforma en dos vueltas correspondientes a dos legislaturas ordinarias. De donde, el de 1957 resultó siendo un plebiscito antiplebiscitario, que institucionalizó el extraño absurdo de las siguientes implicaciones:

1) El art. 218 de la Constitución Nacional es una de las denominadas cláusulas pétreas, rígidas o inflexibles, que no puede ser modificado por el Congreso por ser constituyente secundario o derivado, en virtud de expresa prohibición del constituyente primario, que tampoco puede modificarlo porque dizque resolvió prohibirse toda participación futura como constituyente, a perpetuidad!!!: "La Constitución (...) sólo puede ser reformada por un acto legislativo (...)". Sólo puede ser reformada. No puede ser cambiada. Y derogar el 218, en esta lógica leguleya, es cambiarla.

2) En términos del ejercicio de las funciones del constituyente primario no cabe la convocatoria de nuevos plebiscitos, porque el pueblo se lo prohibió a sí mismo y a perpetuidad, luego, el pueblo que lo estatuyó, no puede derogar el 218 y el Congreso tampoco porque como constituyente secundario no puede cambiar la Constitución sino tan sólo reformarla.

Esto lleva a la muy grave conclusión, como anota Luis Carlos SÁCHICA¹⁷, de que constitucionalmente están cerradas todas las posibilidades de participación

16. *Ibid.*, pág. 29.

17. Editorial TEMIS, Segunda edición. Bogotá. Constitucionalismo Colombiano. Colombia. 1985, pág. 66.

popular en la función constituyente en Colombia, lo que difiere un cambio al solo caso de una revolución. Es lo implícito en el fallo de la Corte del 5 de mayo de 1978.

Quiere esto decir también que, sólo una vez en la historia de Colombia el pueblo ha participado en un plebiscito, en ejercicio de su función constituyente primaria, para prohibirse cualquier nueva posibilidad de participación futura en el ejercicio de esta función. Qué perla negra del constitucionalismo autoritario.

En los últimos años ha surgido una corriente que propugna por el reconocimiento de la función constituyente primaria a su legítimo titular: el pueblo. A instancia de una iniciativa presentada el 30 de enero de 1988 por el diario bogotano "El Espectador", el gobierno del presidente Virgilio Barco convocó a un plebiscito para derogar el artículo 218 de la Constitución, en un intento que terminó con una declaratoria de inconstitucionalidad por el Consejo de Estado. Pero la convocatoria captó la atención del país nacional y dejó planteado el problema en un primer plano de importancia.

21. NUEVE HIPOTESIS DE REFERENDO PARA COLOMBIA

El proyecto de reforma constitucional que presentó el gobierno en 1988, introducía en su articulado la figura del referendo. Por su parte el doctor Jaime Castro¹⁸, ex Ministro de Gobierno del presidente Belisario Betancur, propuso nueve hipótesis viables de referendo para Colombia. Ellas son:

1. Si una legislatura ordinaria del Congreso se clausura sin tomar una decisión sobre un asunto sometido a su consideración, el Presidente de la República puede someter a referendo el proyecto que haya llegado al Congreso por iniciativa popular.
2. Si el proyecto anterior es negado por el Congreso en su parte sustancial, el Presidente de la República puede pedir también el referendo.
3. Si el proyecto de iniciativa popular no es aprobado, la tercera parte de los miembros de la Cámara de Representantes tiene derecho a pedir el referendo.
4. Sobre el caso señalado en el numeral anterior, también la tercera parte de los miembros del Senado de la República tienen derecho a pedir el referendo.

18. Periódico "El Tiempo". 26 de septiembre de 1988.

5. 100.000 ciudadanos con firma pueden pedir la derogatoria total o parcial de una ley.

6. El Congreso en pleno puede pedir referendo sobre temas constitucionales.

7. El gobierno puede pedir que una reforma aprobada por el Congreso sea sometida a referendo.

8. 500.000 ciudadanos con su firma pueden pedir referendo sobre temas constitucionales.

9. 500.000 ciudadanos con su firma pueden pedir que una reforma aprobada por el Congreso de la República, sea sometida a referendo.

22. EL 'PLEBISCITO DE HECHO' DEL 11 DE MARZO DE 1990

Pero además de estos intentos institucionales por reconocerle el poder y la función constituyente primaria al pueblo soberano que es su verdadero y legítimo titular, ha surgido el fenómeno reciente y aun fresco en su aroma renovador, de la expresión directa y extra institucional del propio pueblo reclamando el reconocimiento de su calidad constituyente. No es más pero tampoco menos lo que ocurrió con el fenómeno de la séptima papeleta en las pasadas elecciones del 11 de marzo de 1990, para elegir representantes a las corporaciones públicas. Claro es que este hecho no tiene consecuencias jurídicas, como insisten en aclarar con desmedido énfasis ciertos sectores de opinión y juristas tan autorizados como Federico Estrada Vélez¹⁹. Pero sí tiene implicaciones políticas, muy serias por cierto, y este es el problema de fondo, no el jurídico. Porque se trata de un caso extraordinario y de excepcional importancia: el supremamente extraño suceso de un plebiscito de hecho, que se produjo sin el respaldo y aun en contra de todo el andamiaje institucional establecido: el Congreso, los partidos políticos liberal y conservador, la Registraduría. Si para constitucionalistas tan respetables como Jaime Castro o la nueva escuela española, 500.000 firmas ameritan referendo sobre asuntos constitucionales, un millón y medio o dos millones no de firmas sino de votos pueden considerarse con fundamento como un simple hecho deleznable porque no tiene consecuencias jurídicas. Fenómenos como éste no pueden menos que asombrar. Cabe preguntarse: ¿Cuántos casos similares de plebiscitos de hecho se conocen en el mundo? O ¿es que no es fácil advertir la

19. Op. cit.

extremadamente grave crisis de legitimidad política que ha llevado a que se produzcan fenómenos tan extremos como éste?

Después del fenómeno comentado, el plebiscito de hecho a favor de una Asamblea Nacional Constituyente, el gobierno mediante el Decreto 927 del mes de mayo de 1990, convocó a un nuevo plebiscito por una Asamblea Nacional Constitucional. A raíz de algunos conceptos del procurador Alfonso Gómez Méndez²⁰ sobre su inconstitucionalidad, por no existir relación directa entre las causas que llevaron a la declaratoria del actual estado de sitio y el Decreto 927 que autoriza a la Registraduría para el conteo de votos sobre la Asamblea Constitucional, en las elecciones presidenciales del próximo 27 de mayo.

Voceros muy autorizados de la política tradicional se han anticipado a asegurar desde ya la declaratoria de inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. Sea lo que fuere de este fallo y de la actitud que asuma la denominada "Clase Política", lo cierto del caso es que el formalismo jurídico, el positivismo que reduce todo a la formalidad normativa, las competencias orgánicas y los procedimientos preestablecidos, no está en condiciones ya de prevalecer sobre las fuerzas vivas y renovadoras de la sociedad colombiana que claman incontentibles por más hechos de cambio, paz, justicia y progreso social y menos retórica demagógica.

CAPITULO V LAS GRANDES LINEAS DE OPINION SOBRE LA ACTUAL PROPUESTA DE ASAMBLEA NACIONAL EN COLOMBIA

El problema hay que plantearlo en la forma como lo indica el título correspondiente a este capítulo porque, si bien la propuesta original de lo que se conoce como 'séptima papeleta' fue muy clara y tajante en el sentido de propugnar por una ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE y es también este el sentido genuino de la concepción doctrinaria e histórica sobre la 'soberanía popular' y además la conclusión que se deriva del tipo de Asamblea Nacional que exige la crisis de legitimidad política actualmente existente en el país, existen propuestas que desconocen estos factores y salen del enfoque del problema en esta dirección. A la pregunta de qué hacer frente a la Constitución política existente, se responde de muy diferentes maneras, a saber:

20. Periódico "El Tiempo". Bogotá, Colombia. 17 de mayo de 1990. pág. 1.

(1) Aplicarla

(2) Reformarla

(3) Cambiarla por otra nueva.

Quienes optan por la primera opción²¹, dan por descontada la necesidad y validez de cualquier tipo de Asamblea Nacional. Parten de considerar que el problema es simplemente normativo, que es poco y secundario lo que hay que reformarle a la normatividad jurídica existente y que lo que hace falta es voluntad política para aplicar lo que ya está definido.

Quienes optan por la segunda opción (reformularla)²², encuentran el liderazgo de su posición en la actitud asumida por el gobierno al convocar un plebiscito sobre la Asamblea Nacional *Constitucional* limitando el alcance de la realización de algunas reformas del ordenamiento preestablecido, manteniendo el régimen político y bajo la tutela y el control de los poderes establecidos.

Y quienes optan por la tercera opción (cambiar la constitución política existente por una nueva)²³, se han pronunciado en dos sentidos diferentes, a saber: Asamblea Nacional *Constituyente* y Asamblea Nacional *Popular*. La primera de estas opciones implica la convocatoria a todos los sectores de la población colombiana para su participación en el proceso de cambio, sin excluir a ninguno. La segunda opción sería excluyente de los sectores sociales y políticos tradicio-

21. Opiniones a favor de esta primera opción, véanse en: Restrepo Salazar, Juan Camilo. LO QUE SE PUEDE HACER POR TELEFONO. Periódico "El Mundo". 7 de abril de 1990. pág. 2. Gaviria Díaz, Carlos. Periódico "El Mundo". 8 de abril de 1990. pág. 3. Vallejo Mejía, Jesús. LUZ, MAS LUZ... Periódico "El Colombiano". 8 de abril de 1990. pág. 3.

22. Opiniones por esta segunda opción, véanse en: Salazar Rivera, Rodrigo. HORA DE PRESIDENTE Y DE CONSTITUYENTE. Periódico "El Espectador". 6 de abril de 1990. pág. 2A. Echeverri Coronado, Hernán. HACIA UNA NUEVA CONSTITUCION. Periódico "El Mundo". 8 de abril de 1990. pág. 3. Lleras Restrepo, Carlos. CONSTITUYENTE CON TEMARIO A BORDO. Periódico "El Tiempo". 15 de abril de 1990. págs 1 y 8. González Uribe, Alvaro. POR UNA PEDAGOGIA DE LA CONSTITUYENTE. Periódico "El Colombiano". 19 de abril de 1990. pág. 4A.

23. Opiniones por la tercera opción en el sentido de Asamblea Nacional Constituyente por una nueva Constitución, véanse en: Castro, Jaime. HACIA UNA NUEVA CONSTITUYENTE. Periódico "El Mundo". 8 de abril de 1990. pág. 3. Duque Giraldo, Horacio. LA CONSTITUYENTE. Periódico "El Mundo". 22 de abril de 1990. pág. 2. García Márquez, Gabriel. ME GUSTARIA FORMAR PARTE DE LA CONSTITUYENTE. Periódico "El Colombiano". 19 de abril de 1990. Pizarro León Gómez, Carlos. HAY QUE HACER OTRA. Periódico "El Mundo". 9 de abril de 1990. pág. 9. Vélez Chaverra, Neftalí. UN DESAFIO PARA TODOS LOS COLOMBIANOS. Periódico "El Colombiano". 16 de abril de 1990. pág. 8A.

nales o por lo menos a parte de ellos, según la concepción de 'pueblo' que se profese.

Las dos primeras opciones (1) y (2) concuerdan en el propósito de mantener el statu quo con reformas o sin ellas. Las dos variantes de la tercera opción concuerdan en el cambio del statu quo, aunque la opción de Asamblea Nacional *Constituyente* discuerda de la Asamblea Nacional *Popular*, en que la primera dirige su convocatoria a la totalidad de las fuerzas políticas y sociales, económicas y culturales de la Nación colombiana y asume la posibilidad de un resultado de reforma o de cambio, mientras que la segunda dirige su convocatoria a un espectro social, político, económico y cultural más restringido y sólo acepta el resultado de cambio, excluyendo de plano y de entrada cualquier resultado de reforma.

Lógicamente que no todas las llamadas 'grandes líneas de opinión' recogen criterios particulares exactamente iguales; no; existen matizaciones, como es dable suponer. Pero un seguimiento juicioso del problema a través de todos los medios de comunicación por cerca de tres meses, permite afirmar con buen juicio que en general los diferentes matices de opinión pueden clasificarse en las tres líneas a que se ha hecho alusión.

CAPITULO VI PAUTAS GENERALES PARA UNA ACCION CONSTITUYENTE

La acción constituyente requiere de unas guías o pautas que indiquen el camino general a seguir y a las cuales deben ajustarse los aspectos particulares. Y requiere también de unas precisiones conceptuales y normativas coherentemente articuladas en un todo orgánico.

En cuanto se refiere a las pautas generales de la actividad constituyente, proponemos las siguientes:

23. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Entendemos que se trata de una actividad constituyente soberana con la máxima participación popular, por un nuevo estado de cosas y por las vías civiles y democráticas. En esa búsqueda de lo nuevo, civilizado y moderno, se pretende un nuevo régimen político, económico, social y cultural, lo que implica una nueva constitucionalidad, una nueva Constitución política, una nueva juridicidad, nuevas concepciones, nuevos métodos y nuevos estilos, nuevas reglas y normas

de *convivencia* social y no de simple supervivencia con base en la ley bárbara y salvaje de "sálvese quien pueda". En suma: Una nueva mentalidad.

24. UN CONSTITUCIONALISMO DE PAZ

En términos de una nueva constitucionalidad civilizada, democrática, moderna y humanista, lo primero que hay que señalar es la concepción de la nueva Constitución en el sentido de un *constitucionalismo de paz* y no como ha sido la usanza histórica que corresponde con un *constitucionalismo de guerra*²⁴.

25. UN CONSTITUCIONALISMO DE CONSENSO

Además de un *constitucionalismo para la paz*, se precisa un *constitucionalismo democrático real* y no *democrático formal*, un *constitucionalismo participativo* y no un *constitucionalismo excluyente*, un *constitucionalismo de consenso* y no un *constitucionalismo de imposición*, un *constitucionalismo despartidizado* (no despolitizado) y no un *constitucionalismo partidista* (uni, bi, tripartidista), en fin, un constitucionalismo libre, moderno y civilizado y no un constitucionalismo rígido, autoritario y anclado en los hoy desuetos postulados del liberalismo decimonónico (conc. "a 1-8).

26. UN CONSTITUCIONALISMO FUNDADO EN EL PODER CONSTITUYENTE

Es un hecho hoy reconocido que *el constitucionalismo en el moderno Estado democrático* se fundamenta en la *democracia participativa*, buscando una síntesis entre la *democracia representativa* y la *democracia directa*. Es tiempo entre nosotros de *reconocerle la titularidad de la soberanía al pueblo*, de diferenciar el "Poder constituyente" del "Poder legislativo", diferenciar el *órgano constituyente* del *órgano legislativo* que es el Congreso y que como las demás ramas del poder público está también sometido al poder constituyente, en fin, diferenciar el *acto*, la *función*, el *procedimiento* y el *control constituyente* de sus *símiles legislativos* y dejar claramente establecido que el *poder constituyente no está sometido a ningún tipo de control por los poderes constituidos* porque es soberano e ilimitado y actúa todas las veces que lo considere necesario, por su propia convocatoria a través de una *mayoría plebiscitaria* o referendaria o por la convocatoria hecha por la *mayoría de los concejos municipales*. Este solo hecho

24. Véase: Valencia Villa, Hernando. DE LAS GUERRAS CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA. *Un informe sobre la reforma Barco*. Revista Análisis Político N° 6. Bogotá, Colombia. 1989. Aquí se desarrolla a espacio este concepto.

implica todo un cambio sustancial en la concepción y texto de la Constitución vigente.

27. UN CONSTITUCIONALISMO DE LEGITIMIDAD

El *nuevo constitucionalismo* debe estar inspirado ante todo en una concepción correspondiente, para decirlo de alguna manera, con un "*constitucionalismo de legitimidad*" y no con la concepción "*constitucionalista legalista*" (más específicamente *FORMAL JURIDICISTA*) que ha imperado entre nosotros, que ha llevado al desplazamiento de la Constitución por la Ley con el pretexto de "la reglamentación legal" o por la vía del bloqueo o del simple desplazamiento. Esto lleva a la necesidad de que sean creadas todas las condiciones necesarias para la *plena operatividad judicial de la "excepción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad"*, entre otras medidas, con el fin de *garantizar plenamente la supremacía de la Constitución* sobre la ley y otras disposiciones de inferior jerarquía.

28. UNA CONCEPCION INTEGRAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

El *nuevo constitucionalismo* en proceso de gestación debe tener una inspiración fundamental y realmente operante con efectividad en una *concepción integral sobre los derechos humanos*. Y no sólo desde el punto de vista teórico sino también de la creación de mecanismos que garanticen su inserción en la realidad objetiva y cotidiana de nuestro discurrir social (conc. "al. 16).

29. UNA NUEVA CONCEPCION SOBRE EL REGIMEN DE PROPIEDAD

Es necesario asumir también una *nueva concepción sobre el régimen de propiedad*. La Constitución vigente consagra casi que todas por no decir que todas las formas en el mundo conocidas sobre la propiedad. Desde la propiedad concebida como una 'función social', introducida por la reforma de 1936 y que llevó a que los conservadores de entonces calificaran de comunista al liberal López Pumarejo, hasta la defensa de la propiedad privada adquirida con justo título (y aun la adquirida sin justo título, como es constatable de hecho), pasando por la expropiación con indemnización y aun la sin indemnización. Pero la realidad es que, excepto la 'defensa a ultranza' de la propiedad privada, especialmente de la "adquirida con justo título", las demás sólo tienen cabida en la medida en que no la afecten, lo que es prácticamente imposible, y explica, entre muchas otras cosas, que nunca en la historia de Colombia se haya expropiado sin indemnización o que no se haya hecho una verdadera reforma agraria. Pero, además, el desarrollo de la economía moderna plantea la necesidad de considerar dentro de un

sistema integral de propiedad, no sólo la privada, la pública y las formas mixtas que surgen de su combinación sino también otras formas de propiedad como la cooperativa y la autogestionaria. Y también es necesario acudir seriamente al recurso de la planificación económica, con una participación democrática por parte de todos los sectores de la producción y del trabajo.

30. *DESPARTIDIZAR LA CONSTITUCION*

Mencionamos antes de paso la necesidad de "*despartidizar*" la Constitución, el régimen político, la administración pública del Estado, en el más pleno de los sentidos. Y se ha dicho, para evitar equívocos, que no se trata de "despolitizar", porque sería un absurdo. Esto quiere decir que el Estado no puede seguir siendo considerado como un 'coto de caza' de uno o algunos partidos políticos. Todos los funcionarios públicos en general, de cualquier rango que sean, deben escogerse entre los más capaces, por méritos demostrados, en concursos públicos realmente democráticos y transparentes, independientemente del credo político o religioso, el sexo, la raza o cualquier otra condición inherente al fuero interno de la persona humana. Es hora de hacer todo lo necesario para lograr este propósito, a partir de un adecuado diseño de la carrera administrativa, de tal manera que ésta se constituya en una garantía de estabilidad y estímulo para el funcionario idóneo y en un eficaz control de exclusión para el funcionario inepto. Hay que proscribir como a la peor plaga todos los procedimientos fundados en el nepotismo y el clientelismo políticos, implementados a partir del excluyente exclusivismo bipartidista, que nos han llevado a una desastrosa situación de gigantismo burocrático, a la ineptitud, a la ineficiencia, la tramitomanía y otra serie de innumerables vicios y aberraciones que han terminado por institucionalizar el régimen de la mediocracia administrativa. Esto lleva de entrada y tan sólo para empezar, a la derogatoria del parágrafo primero del artículo 120 de la Constitución vigente. Todos los colombianos aptos e idóneos, de cualquier concepción política o sin ella, tiene exactamente el mismo derecho a desempeñar los cargos públicos (conc. "al. 3).

31. *REORGANIZAR Y DEPURAR LAS FF.AA.*

Un *constitucionalismo para la paz* implica establecer el control civil sobre las Fuerzas Armadas y de Policía y sobre todos los organismos de seguridad del Estado y superar la concepción y prácticas militaristas que han llevado a que las fuerzas militares se hayan convertido en un poder independiente y en cierto sentido en un 'suprapoder'.

La columna vertebral del Constitucionalismo colombiano no puede seguir siendo la figura del 'estado de sitio' (léase 'estado de guerra interna'). Ni las prebendas que en este evento se le deparan a las fuerzas armadas se pueden seguir manteniendo porque ellas las estimulan a convertirse en sus principales defensores.

Millones de colombianos han nacido o muerto y aún viven sin conocer la normalidad sino tan sólo en fugaces y cortos períodos, esos sí verdaderamente excepcionales. El espíritu del art. 121 de la Constitución es una de las principales inspiraciones del constitucionalismo colombiano vigente²⁵ y el tratamiento de 'orden público' es el que se preferencia en la generalidad de los conflictos sociales, aun en los casos de simple policía y hasta de elemental tratamiento administrativo en términos de justicia social. Nuestra vivencia histórica del último medio siglo no nos ha permitido ni conocer, ni diferenciar, como sí ha sucedido en la democracias avanzadas de Occidente, a las fuerzas militares propiamente dichas y las fuerzas policiales, pues éstas se encuentran militarizadas, ni tampoco distinguir entre la función bélica fundamentalmente de defensa nacional correspondiente a las fuerzas de ejército y la función de control civil correspondiente a las fuerzas de policía.

32. *CREAR NUEVOS ORGANOS DEL PODER PUBLICO*

Un constitucionalismo moderno, independiente, dinámico, creativo y futurista, debe reivindicar no sólo una reorganización de las ramas del poder público existentes sino también otras nuevas que el desarrollo de la sociedad reclama. Además del legislativo, el ejecutivo y el judicial, vale la pena examinar la validez de instituir el PODER CONSTITUYENTE y las ramas electoral, fiscalizadora y de planificación económica. Se trata de la creación y/o reorganización de órganos facultados para el ejercicio de estas funciones del Estado, para que todas en conjunto, tradicionales y nuevas, actúen en correspondencia armónica e independiente.

33. *"HACER JUSTICIA CON LA JUSTICIA"*

Hay que 'hacer justicia con la justicia'. La justicia colombiana está no solamente abandonada por el gobierno sino por toda la sociedad. Existen sectores dedicados persistentemente a su desprestigio y ataque. Es indudable que existe falta de voluntad política para resolver los problemas organizativos y de admi-

25. Vallejo Mejía, Jesús. LUZ, MAS LUZ... Periódico "El Colombiano". Medellín. Colombia. 8.IV.90. "el artículo básico de la Carta es hoy por hoy el 121, que regula el estado de sitio".

nistración de la justicia en Colombia; "todos los gobiernos desprecian esta rama del poder público"²⁶. Pero el problema de fondo radica en la concepción, en la valoración de la justicia, de su importancia, su dignidad y su necesidad, en la idea acerca del tipo de justicia. A la justicia colombiana hay que despolitizarla; modernizarla con nuevas concepciones procedimentales; dotarla técnicamente y darle independencia decisional, presupuestal y financiera, para hacerla eficaz; dotarla de un cuerpo de 'policía judicial' dependiente de ella misma, moderno, técnicamente dotado, altamente especializado y formado en sólidos principios humanistas, éticos y profesionales. Hay que elaborar adecuadamente la carrera judicial. Es necesario "constitucionalizar la justicia", creando las condiciones que sean necesarias para la plena operatividad del principio de excepción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, hoy en día inoperante por efectos de la mentalidad legalista de los jueces y magistrados y del control partidista ejercido a través del sistema del clientelismo político. La justicia no es liberal ni conservadora ni de ningún color político; es un valor humano y de alto contenido práctico. Pero ante todo se trata de reivindicar una concepción civilizada, moderna y humanista de la justicia; y formar en ella jueces cultos, patriotas, con conciencia humanista y alto grado de valor civil, para que sean realmente de entre los más sobresalientes abogados y juristas del país que se seleccionen, implementando razonables estímulos morales, intelectuales y materiales, para hacer llamativa la vinculación a la carrera judicial.

34. REFORMAR EL CONGRESO

Con relación al Congreso, es necesario sustraer de sus atribuciones la función constituyente que no le corresponde, que ha usurpado y retornarle la función legislativa que a su vez ha sido usurpada por el ejecutivo. Todos los Códigos y leyes importantes actualmente vigentes han sido expedidos por el poder ejecutivo en virtud de delegaciones del Congreso o mediante decretos de estado de sitio. Esto implica derogar en su integridad el "Título XXI" de la Constitución Nacional: "De la reforma de esta Constitución" (art. 218)²⁷.

Además, el Congreso debe ejercer un real y efectivo control político sobre el ejecutivo, hoy desvirtuado por el clientelismo.

26. Arrubla Paucar, Alberto. EL GOBIERNO ABANDONO LA JUSTICIA. Periódico "El Mundo". mayo 18 de 1990. pág. 1.

27. Véase: Ortega Torres, Jorge. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 1988. pág. 132.

La concepción y uso actuales de los llamados "auxilios parlamentarios" debe suprimirse.

Es aconsejable examinar con detenimiento si es o no más conveniente para nuestras condiciones el unicameralismo en lugar del bicameralismo existente, y, en todo caso, reducir sensiblemente el número de congresistas, a no ser que muy diáfanas e incuestionables razones lo demuestren innecesario o inconveniente.

Es necesario, finalmente, que el Congreso se someta a un Estatuto Disciplinario constitucionalmente impuesto para que no pueda manejarlo a su libre arbitrio y al principio de la revocatoria del mandato a los elegidos por los mismos que los eligieron. De tal manera que dadas ciertas condiciones, el congresista que no cumpla con sus funciones quedará sometido a la pérdida de su calidad.

35. MENOS Y MEJORES FUNCIONARIOS PUBLICOS

Menos pero mejores funcionarios públicos y una administración más simple, debe ser enseña del nuevo constitucionalismo colombiano con relación a todo el aparato burocrático y militar del Estado, con base en un adecuado prospecto de carrera administrativa.

36. CREACION DE LA RAMA ELECTORAL

Creación y organización de la rama electoral del poder público, a partir del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional de la República, encargada de dirigir, organizar y supervisar el desarrollo de los procesos electorales, con base en el principio electivo y democrático del sufragio universal, directo y secreto.

La imposición administrativa del voto obligatorio es un procedimiento autoritario que riñe con los principios democráticos. En su lugar se deben organizar permanentes actividades de educación política para toda la población, particularmente en los establecimientos de educación desde los primeros años de escuela. Y el Estado debe responsabilizarse de esta tarea. Debe, además, asumir la financiación de las campañas políticas.

Debe establecerse un *ESTATUTO DE LA OPOSICION* que garantice este derecho a las posibilidades de participación de las minorías políticas en los procesos electorarios y en los órganos de elección popular, en condiciones proporcionales de igualdad. Esto implica garantizar el acceso equitativo a los medios

de comunicación de masas y crear una circunscripción electoral de carácter nacional para las minorías políticas.

Serían estas algunas inquietudes generales acerca de los fundamentos filosóficos políticos del nuevo constitucionalismo colombiano que, como puede apreciarse, reflejan más que razón suficiente para fundamentar la propuesta de cambio de la Constitución Política vigente por una nueva. Y sirven como elementos demostrativos acerca de que la normatividad vigente no está tan bien como a primera vista puede parecer. Pero como puede pensarse que estos argumentos no constituyen suficiente razón para un cambio, podemos agregar otros de carácter más particular y que en el presente ensayo no se alcanzan a desarrollar a espacio, como son:

37. ESTADO LAICO

La necesidad de ir por los fueros del Estado laico, lo que implicaría derogar los tres últimos incisos del art. 53 de la Constitución y derogar en su integridad el art. 54. Las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano, deben someterse al régimen de los tratados y convenios internacionales, sobre la base de plena independencia e igualdad, tal y como sucede en la casi totalidad de los Estados existentes, con sólo algunas escasas excepciones.

38. PRECISIONES AL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al título III sobre los derechos civiles y las garantías sociales le falta buena parte de las llamadas 'segunda y tercera generación de los derechos humanos' y los mecanismos que garanticen la vigencia real y efectiva de los que están consagrados de una manera general y prácticamente declarativa. Y de este título sobra el art. 28 sobre detención preventiva, porque constituye un enclave autoritario que va en contravía de los derechos y garantías que se pretenden salvaguardar.

39. PRECISIONES AL TEMA SOBRE TERRITORIO

Del título I referido a la Nación y al territorio, sobra todo el art. 3 sobre los límites de Colombia, porque ese problema es materia de regulación del derecho internacional público.