

# Reflexiones constitucionales: a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia

Mario Montoya Brand  
Nataly Montoya Restrepo  
–Editores–

C  
A

COLECCIÓN  
ACADÉMICA

EAFIT

ESCUELA DE  
DERECHO





Reflexiones constitucionales:  
a propósito de dos décadas  
de la Constitución en Colombia

---

Mario Montoya Brand  
Nataly Montoya Restrepo

–Editores–



Reflexiones constitucionales : a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia. -- Medellín : Fondo Editorial Universidad Eafit, 2012.

424 p. ; 24 cm. -- (Colección académica)

1. Colombia – Constitución, 1991 - Comentarios. 2. Colombia – Derecho constitucional. I. Montoya Brand, Mario, ed. II. Montoya Restrepo, Nataly, ed. III. Tít. IV. Serie 342.861 cd 21 ed.

R332

Universidad EAFIT-Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

## Reflexiones constitucionales: a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia

Primera edición: noviembre de 2012

© Mario Montoya Brand, Nataly Montoya Restrepo –Editores–

© Fondo Editorial Universidad EAFIT

Cra. 48A No. 10 sur - 107. Tel. 261 95 23

[www.eafit.edu.co/fondoeditorial](http://www.eafit.edu.co/fondoeditorial)

Correo electrónico: [fonedit@eafit.edu.co](mailto:fonedit@eafit.edu.co)

Diseño de colección: Miguel Suárez

Ilustración de carátula: Manuel González Rodríguez

Editado en Medellín, Colombia

# Índice

---

Presentación y agradecimientos .....	9
--------------------------------------	---

## Parte uno

### Metodología constitucional

¿Veinte años de teoría?

<i>Hubed Bedoya Giraldo</i> .....	19
-----------------------------------	----

1991: el arribo de la gran ficción

<i>David Orrego Fernández</i> .....	37
-------------------------------------	----

Elementos para una metodología de lectura constitucional:  
la elusión del dualismo constitucional como presupuesto  
para construir la democracia

*Mario Montoya Brand*

<i>Nataly Montoya Restrepo</i> .....	53
--------------------------------------	----

## Parte dos

### Control constitucional

Defectos lógicos del discurso colombiano estándar sobre  
el “bloque de constitucionalidad”

<i>Roberth Uribe Álvarez</i> .....	89
------------------------------------	----

Del control constitucional confuso al concentrado

<i>Luis Alfonso Bravo Restrepo</i> .....	121
--	-----

## Parte tres

### Sobre derecho y realidad

- La doctrina jurisprudencial del estado de cosas  
inconstitucional. Respuesta judicial a la necesidad de  
reducir la disociación entre las consagraciones de la  
normatividad y la realidad social  
*Leonardo García Jaramillo*..... 151
- El estado de excepción es lo de menos  
*William Freddy Pérez* ..... 203
- En materia ambiental: veinte años de la Constitución del 91.  
Entre las realizaciones y la tragedia  
*Fernando Guerra Rincón* ..... 233

## Parte cuatro

### Constitución y políticas públicas

- Corte Constitucional y políticas públicas, ¿fortalecimiento  
o riesgo para la democracia?  
*Luisa Fernanda Cano Blandón* ..... 267
- Impacto de la Constitución de 1991 en la normatividad  
y la realidad penitenciaria  
*Juan David Posada* ..... 297

## Parte cinco

### Corte Constitucional

- La Constitución de 1991 y las transformaciones  
del sistema tributario colombiano  
*Carolina Ariza Zapata* ..... 317

La constitucionalización del derecho al trabajo y la  
seguridad social en Colombia: cambios, avances y retrocesos  
a veinte años de la Constitución Política de 1991

*María Rocío Bedoya Bedoya* ..... 359

La intervención de la Corte Constitucional en el derecho  
societario. Tránsito legislativo del Código de Comercio  
a la ley 1258

*Norma Cecilia Nieto Nieto*

*Esteban Isaza Ramírez* ..... 393

Los autores ..... 419



## Presentación y agradecimientos

---

La Constitución Política de 1991 cumple veinte años, y en nuestra cultura jurídica ello suele dar lugar a que se efectúen balances. Debo declarar que no soy muy partidario de este tipo de balances por su coincidencia con las efemérides, es decir, con las celebraciones de los quinquenios, las décadas o siglos en que han permanecido vigentes las constituciones. Siempre he preferido los balances de coyuntura a los de los cumpleaños, es decir, aquellos que ponen a prueba el texto constitucional en un determinado proceso, tal y como ocurre con las situaciones convulsionadas, pero en tales circunstancias es raro que las personas hagan balances, lo cual sugiere que sí es el cumpleaños, como ocurre con los dictadores, lo que en verdad se celebra.

A pocos se les ocurriría hacer un balance constitucional por fuera de aquellas fechas, esto es, a los siete, doce o diecinueve años, y sin embargo, tales fechas pudieron coincidir con puntos de inflexión verdaderamente comprometedores del sentido constitucional y del texto correspondiente, que probablemente deberían haber dado lugar a sus correlativos balances. Pero somos una cultura de los cumpleaños, de los gorros de fiesta, de los pitos y las aleluyas, y publicamos libros de política y derecho como regalos. Las universidades hoy, como las “Academias de Historia” en el pasado, con frecuencia ayudan a construir una historia patriótica que poco tiene que ver con el análisis más o menos objetivo de la realidad político jurídica.

Este, sin embargo, es un libro que se publica cuando la fiesta ha acabado, cuando los partícipes han marchado, cuando queda más la resaca que los brindis. Escribo estas notas el 5 de julio de 2011, pues quería ver qué pasaba después de la celebración con el “sentimiento constitucional” del que habló Karl Lowenstein. Una mirada a las portadas de los principales diarios muestra un significativo desencanto constitucional. Al comparar esas portadas con lo que ocurría hacia 1990-1991, pareciera que el país hubiese perdido el sueño constitucional, y quedan pocos ánimos para festejar. No hay, pues, lugar a los aplausos.

Este es un libro que se construye a modo de balance, pero no de celebración, y por tanto se centra más en la crítica acuciosa que en las efemérides. Nada de esto significa que a los autores que participan de la obra no les guste la Constitución, sino que ellos en sus artículos guardan la distancia crítica conveniente para que sus textos no aparezcan como el ejercicio adoctrinador del líder de algún partido alineado con el proyecto constitucional.

Antes de referirme al contenido, quiero subrayar que este libro es un balance en otro sentido muy diferente: busca señales que contribuyan a determinar cuál es el estado de la academia regional hoy en lo que respecta al estudio constitucional. Desde su gestación se tuvo el propósito de circunscribir la mirada constitucional a la de dos universidades del ámbito local, estas son, la Universidad de Antioquia y la Universidad EAFIT. Las amables –y seguramente muy valiosas– propuestas de participación provenientes de profesores de otras universidades locales y nacionales no integran este texto en razón de su propósito de balance regional.

Este es un texto en buena parte escrito por profesores jóvenes, por nuevos talentos regionales que le han apostado a un ejercicio académico profundo; investigadores que se formaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, muchos de ellos con una producción que ha conocido la luz pública en los últimos cinco años. Se trata de profesores que se podrían rotular como la segunda generación constitucional, es decir, aquella subsiguiente a la generación constitucional o generación de la transición. Otros profesores con una experiencia académica e investigativa dilatada han hecho aportes invaluable a esta obra. Todas estas contribuciones son el resultado directo o indirecto de proyectos de investigación concluidos, y cuando no es así, de una experiencia reconocida en el campo específico de análisis sometida a la criba de la cátedra cotidiana, de la consultoría permanente o del litigio diario.

Con todo, quizá lo más relevante de estos aportes es que proceden de profesores e investigadores que son, a su vez, gobernados bajo esta Constitución, y ello marca actitudes metodológicas, y más ampliamente, perspectivas de análisis. En tal sentido, estos estudios no son siempre el resultado de la reflexión serena, aquella que se desarrolla sin tropiezos en los laboratorios predecibles del investigador de escritorio. No. Con frecuencia los estudios investigativos en nuestro país, en nuestra región,

en nuestra ciudad y en nuestras universidades, se despliegan en marcos de turbulencia, confrontación y serios condicionamientos del hacer y del escribir. Se trata entonces de estudios en parte testimoniales en virtud de que se conciben y desarrollan por quienes se encuentran inmersos en la trama del orden o del desorden constitucional colombiano.

Cuando tuve todo el material aprobado en mis manos y procedí a estructurar el texto con el sentido de un libro, mi primera impresión me recordó la sensación que tuve al leer el libro de Michel Foucault *Las palabras y las cosas*, que en sus inicios se refiere a “cierta enciclopedia china”, mencionada en un texto de Borges, que estremece todo lo que es familiar a nuestro pensamiento. En palabras de Foucault:

Este texto cita “cierta enciclopedia china” donde está escrito que “los animales se dividen en a] pertenecientes al Emperador, b] embalsamados, c] amaestrados, d] lechones, e] sirenas, f] fabulosos, g] perros sueltos, h] incluidos en esta clasificación, i] que se agitan como locos, j] innumerables, k] dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l] etcétera, m] que acaban de romper el jarrón, n] que de lejos parecen moscas”. En el asombro de esta taxinomia, lo que se ve de golpe, lo que, por medio del apólogo, se nos muestra como encanto exótico de otro pensamiento, es el límite del nuestro: la imposibilidad de pensar *esto*.<sup>1</sup>

¿Qué es lo que hace que este material disperso y desigual configure un libro? Solo la rareza de otro que guarda similitudes con la misma enciclopedia china, al que hoy llamamos Constitución, un *no lugar* en el que los hombres, unos hombres, dieron en aglomerar con sentido jurídico buena parte de sus relaciones, igualmente asimétricas, igualmente distantes. Una constitución que hace coexistir cosas tan disímiles como el amor, la patria, la muerte, la anormalidad o la guerra.

Este no lugar elimina de cierto modo la remisión tópica a la coyuntura. No es este un libro para la transición, no es un libro para el momento, no es un “bolsilibro” de ocasión. Es un libro puntual en sus temáticas por la especificidad de tramas que aborda, pero es un texto destinado a la

---

<sup>1</sup> Michel Foucault, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, México, Siglo XXI, 1993.

persistencia por su apuesta crítica que supera la coyuntura y se sitúa igual en el pasado que en el futuro. Es un texto oportuno y oportunista porque responde a tiempo a los reclamos del balance oficial, pero igualmente aprovecha la oportunidad para señalar otras rutas de análisis y por ello es un libro que lee el futuro: esto lo rotula como un texto bisagra.

Cabe advertir también que no es este un texto totalizante, no es un libro exhaustivo, no busca agotar el inagotable tema constitucional colombiano. En tal sentido no es un libro de arena, como el que nos refiere el mismo Borges, es un balance; sin embargo, se ocupa de buena parte de los temas cruciales que tienen una presencia transversal en la Constitución de 1991 –quizá por ello las perplejidades que provoca–, hace emerger líneas de estudio e indagaciones que posibilitan nuevas formas de pensamiento y acción, no obstante el tono desalentador de varias de sus contribuciones.

Otros balances han precedido esta obra, quizás el más conocido sea el libro *El debate a la Constitución*,<sup>2</sup> una publicación excelente, resultado de autores destacadísimos, pero en cierto sentido construido desde una mirada general, global, de algunos temas, probablemente concebido de tal modo en razón del tiempo que había pasado entre la expedición de la Constitución y aquél balance: solo diez años. A diferencia de aquél texto, este se adentra en temas más específicos, a fin de decantar, ya no los marcos generales que constituyen los grandes discursos, sino los aspectos más específicos, las fisuras, ciertos detalles que, me parece, permiten reconsiderar aquellos grandes marcos, especialmente tomando en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

Todos los artículos que componen este libro se centran en la Constitución y sus desarrollos –incluida su relación con la realidad–, por ello, todos pasan por el papel que ha tenido la Corte Constitucional colombiana, sin duda alguna, la institución que ha liderado el desarrollo constitucional más activista, pero también con trascendentales tintes conservadores, como podrá verse. Así, pues, es posible asociar los artículos de diversas maneras, sin embargo, se ha preferido su distribución en cinco grandes capítulos, como indico a continuación.

---

<sup>2</sup> Jesús Aníbal Suárez, ed., *El debate a la Constitución. Seminario Diez años de la Constitución colombiana 1991-2001*, Bogotá, ILSA, 2001, p. 287.

En el primer capítulo se estudian aquellos temas que se encuentran más próximos a los enfoques metodológicos de lectura constitucional. Bajo el título “Metodología constitucional”, se agrupan tres artículos, así:

“¿Veinte años de teoría?”, de Hubed Bedoya Giraldo, en el cual el autor se indaga por cuáles son las implicaciones que, para la teoría, tiene la expedición de la Constitución Política de 1991, a lo cual responde que en efecto las novedades temáticas incluidas en la Carta conducen a la necesidad de elaborar teorías que permitan generar procesos de apropiación constitucional, especialmente aquellas que ayuden a comprender y trazar el papel del juez constitucional, en último término, para Bedoya Giraldo la puesta en marcha del proyecto constitucional depende más del cambio de las teorías que explican y ayudan a materializar la Constitución, que de modificaciones normativas.

“1991: el arribo de la gran ficción”, de David Orrego, explora el asunto de la lucha por la Constitución a partir del combate por los sentidos constitucionales que se hacen posibles desde las prácticas simbólicas que los diferentes actores ponen en marcha para expandir sentidos de autoridad. Para Orrego, la Constitución es siempre un texto abierto, sujeto a luchas por el sentido que desborda el propio proyecto constitucional original, y que pone en jaque la noción básica de concepto y la sustituye por la de las persistencias de las batallas por la Carta.

“Elementos para una metodología de lectura constitucional: la elusión del dualismo constitucional como presupuesto para construir la democracia”, de Mario Montoya y Nataly Montoya, explora lo que ellos denominan como el “dualismo constitucional”, fenómeno al que le atribuyen la dificultad para construir la democracia en Colombia, pues a juicio suyo, las lecturas constitucionales que se efectúan respecto de la Constitución de 1991 en nuestro medio, con frecuencia se centran de manera divergente en la parte dogmática o en la parte orgánica, en lugar de construir procesos de interpretación y desarrollo constitucional articulados, pues a su entender, la construcción de la democracia pasa, al mismo tiempo, por reconocer la importancia de los derechos y la de los órganos y autoridades del Estado. Una democracia no puede asentarse solo en los derechos ni solo en el Estado.

En el segundo capítulo, titulado “Control constitucional”, se incluyen dos artículos que se centran en examinar y formular serias críticas al control

de constitucionalidad. “Defectos lógicos del discurso colombiano estándar sobre el ‘bloque de constitucionalidad’”, de Roberth Uribe Álvarez, realiza un estudio del concepto de “bloque de constitucionalidad” entendido como una de las claves discursivas básicas del neoconstitucionalismo colombiano. Luego de efectuar un cuidadoso análisis acerca de la manera como el bloque de constitucionalidad se ha configurado en Colombia y la forma como se lo ha aplicado, Uribe Álvarez presenta una crítica que conduce a mostrar tanto sus límites teóricos como prácticos.

Por su parte, “Del control constitucional confuso al concentrado”, de Luis Alfonso Bravo, se concentra en exponer con rigor cómo ha sido ejercido el control constitucional en Colombia, tomando como órganos principales al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional. Contra la interpretación dominante, según la cual, el control constitucional nuestro es difuso, Bravo sostiene que al examinar su ejercicio puede notarse una transición que va de un primer momento en el cual había un control constitucional caótico y confuso, caracterizado, entre otras cosas, por el enfrentamiento entre los órganos de control, a un segundo momento en el cual las disputas desaparecen y el control constitucional se concentra en la Corte Constitucional.

En el tercer capítulo, titulado “Sobre derecho y realidad”, se incorporan tres artículos en los cuales se resalta, desde diversas perspectivas teóricas, la conexión entre los análisis políticos y jurídicos puestos al servicio para examinar la relación entre el derecho y la realidad. En primer lugar, se encuentra el texto “La doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social”, de Leonardo García Jaramillo, en el cual se pone en evidencia la capacidad de la Corte Constitucional colombiana no solo para recepcionar sino también para crear doctrinas, teorías e instituciones que respondan mejor al particular contexto colombiano, particularmente en aquellos asuntos en los que se pone en evidencia la distancia entre el derecho y la realidad, como ocurre con la doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. García Jaramillo examina con éxito tres casos de políticas públicas, propiciadas desde la Corte Constitucional, incluida la relativa a disminuir los impactos del desplazamiento forzado, con todo lo cual pone en evidencia los límites y posibilidades de la justicia constitucional.

En segundo lugar, se encuentra el artículo “El estado de excepción es lo de menos”, de William Freddy Pérez, en el cual demuestra, sobre la base de un material bibliográfico extenso y en ejercicio de un análisis profundo, que la *excepción del orden* hoy significa muy poco en Colombia porque de manera amplia y sostenida se ha creado un *orden de la excepción*. Una reflexión que nos llena de perplejidades y nos lanza el desafío de volver a empezar, pues lo entendido, lo que damos por seguro, como un presupuesto, debe ser interrogado de nuevo de cara a las particulares formas como se entrecruzaron el derecho y la realidad.

En tercer lugar, el artículo “En materia ambiental: veinte años de la Constitución del 91. Entre las realizaciones y la tragedia”, de Fernando Guerra, examina la distancia creciente que vive el derecho constitucional ambiental con respecto a la realidad ambiental del país. Guerra se preocupa por indagarse de dónde emerge esta brecha que se expande entre una constitución calificada como “verde” y una realidad caracterizada por las graves violaciones a los derechos ambientales. A su modo de ver, ello se puede explicar si se examina la inclinación de los gobiernos posconstitucionales por preferir la agenda económica global, profundamente peligrosa para el medio ambiente sano, en lugar de las restricciones a ese modelo de desarrollo que resultan más compatibles con la preservación de la naturaleza. El artículo concluye al cuestionarse por la dificultad para compatibilizar las “locomotoras productivas” del presidente Santos con las declaraciones ambientales de la Carta.

En el cuarto capítulo, titulado “Constitución y políticas públicas”, el conjunto se encuentra configurado por dos artículos en los que el enfoque se efectúa desde la noción amplia de políticas públicas. En primer lugar, el artículo “Corte Constitucional y políticas públicas, ¿fortalecimiento o riesgo para la democracia?”, de Luisa Fernanda Cano, aborda el problema de la tensión persistente entre el principio de democracia y el principio de supremacía constitucional, particularmente en su expresión que enfrenta los poderes del Gobierno y el Congreso de la República, con el de la Corte Constitucional. A juicio de Cano, esa tensión no disminuirá mientras los derechos económicos y sociales no cuenten con políticas públicas que en verdad los garanticen.

El segundo artículo vinculado al tema de las políticas públicas es el que lleva por título “Impacto de la Constitución de 1991 en la nor-

matividad y la realidad penitenciaria”, de Juan David Posada, en el cual se examinan los campos de creación, interpretación y aplicación de la norma penitenciaria a partir de 1991 y de las disposiciones constitucionales relacionadas con la privación de la libertad. Posada Segura sostiene que más allá del recientemente difundido discurso protector de los derechos fundamentales de los privados de la libertad, pasados veinte años de vigencia de la Constitución de 1991, casi nada al respecto se ha modificado, como no sea la emergencia de una “nueva cultura penitenciaria”, centrada en la construcción de establecimientos penitenciarios y carcelarios y no en el debate de las normas penales y procesal penales, o en los cambios estructurales relativos a la administración de la privación de la libertad.

Por último, el quinto capítulo contiene los artículos en los cuales el aspecto central es el papel de la Corte Constitucional frente a ciertos temas claves de la Carta. En primer lugar, se encuentra el artículo “La Constitución de 1991 y las transformaciones del sistema tributario colombiano”, de Carolina Ariza Zapata, que se ocupa de analizar las transformaciones experimentadas por el sistema tributario colombiano a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, mediante la determinación de la manera en la que la Corte Constitucional ha aplicado los principios fundantes de dicho sistema –consagrados en la nueva Carta– al momento de controlar la constitucionalidad de las leyes tributarias. De acuerdo con Ariza Zapata, del análisis de la jurisprudencia constitucional se desprende la conclusión según la cual, el ámbito de aplicación del principio de autonomía legislativa ha sido maximizado en desmedro de la aplicación de otros principios como son la equidad y la progresividad, a la vez que algunas disposiciones constitucionales han sido interpretadas de forma restrictiva, con el fin, igualmente, de amplificar la competencia legislativa para crear, modificar y extinguir tributos.

El segundo artículo de este capítulo, es “La constitucionalización del derecho al trabajo y la seguridad social en Colombia: cambios, avances y retrocesos a veinte años de la Constitución Política de 1991”, de María Rocío Bedoya, cuyo propósito es apreciar los cambios significativos del derecho del trabajo y la seguridad social en Colombia a partir de la nueva carta política de 1991. En él se argumenta que la hermenéutica jurídica basada en principios y valores constitucionales y la teoría de los derechos fundamentales, constituyen un límite concreto a los poderes de dirección

del empresario y a los poderes del Estado sobre el derecho del trabajo, y un punto de referencia para determinar la aplicación del derecho a la seguridad social. Contrastados los enfoques teóricos y metodológicos propuestos con el análisis de varias sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social, se concluye que la constitucionalización de estos derechos ha implicado avances y retrocesos en los que han sido determinantes los cambios que ha generado el proceso de globalización económica, la internacionalización del derecho del trabajo, el papel del juez y su doctrina constitucional.

Por último, el capítulo quinto y el libro todo se cierran con el artículo titulado “La intervención de la Corte Constitucional en el derecho societario. Tránsito legislativo del Código de Comercio a la ley 1258”, escrito por Norma Cecilia Nieto y Esteban Isaza. Los autores buscan determinar cuáles han sido los aportes de la Corte Constitucional en el proceso de construcción e implementación del tipo societario de las sociedades por acciones simplificadas, creadas con la ley 1258 de 2008, sobre lo cual concluyen varias cosas, entre las que destacan las siguientes: una, la Corte Constitucional no maneja de manera consistente el lenguaje especializado; dos, la Corte no tiene claramente definido su papel como intérprete de las disposiciones que se someten a su control; tres, la Corte ha reaccionado de manera tardía a favor de cambios que permiten un régimen societario más eficiente.

Con pocas excepciones, puede decirse que en general la Constitución original expedida en 1991 parece salir bien librada en este texto, pero no ocurre lo mismo con sus numerosas reformas, ni tampoco con su desarrollo jurisprudencial o legislativo, mucho menos con su capacidad de impactar la realidad. Las expectativas que se hicieron presentes durante el proceso de reforma constitucional entre 1990 y 1991, así como la persistencia de la mayor parte de los problemas que se quisieron resolver con su expedición, resultan aquí analizados, pero con la peculiaridad de ofrecer explicaciones sobre el presente por el que transcurre el orden colombiano, y el futuro en el que parece que se desenvolverán las instituciones. No es pues solo un balance de cierre sino, y ante todo, de apertura de perspectivas de estudio.

Por ello, bien puedo decir que es un texto dirigido principalmente a estudiantes de humanidades: derecho, ciencias políticas, economía,

administración pública, historia, filosofía, entre otras, ya sean estos de pregrado o posgrado. Pero también es un texto para los estudiosos del derecho y la política, especialmente aquellos cuyo objeto de investigación es el derecho constitucional, colombiano o comparado, entendido como el campo en el que se superponen el derecho y la política, pues muchos de los artículos incluidos en este libro exploran caminos de análisis inéditos.

Por último, más allá de que esta es una obra colectiva, quiero insistir en el hecho de que se trata del aporte de profesores de dos universidades regionales: la Universidad de Antioquia y la Universidad EAFIT; particularmente, es el fruto de las nutridas relaciones que se han tejido entre sus facultades de derecho, expresadas en el Convenio Interuniversitario que facilita este tipo de logros. Por ello agradezco, en nombre de todos los autores que aquí escribimos, a ambas instituciones, pero también a todas aquellas personas que con su trabajo anónimo contribuyeron a que el texto haya sido posible.

Mario Montoya Brand

# Parte uno

## Metodología constitucional

### ¿Veinte años de teoría?

*Hubed Bedoya Giraldo*

---

Aunque bien puede sostenerse que el análisis que aquí se propone es útil con motivo de la expedición de cualquier tipo de norma, parece claro que la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991 es un hito significativo que casi obliga a hacer el planteamiento del que nos ocupamos.

La cuestión que se quiere abordar es la siguiente: ¿cuáles son las implicaciones que, para la teoría, tiene la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991?

Lo primero que parece necesario hacer, para que el trabajo no se pierda en el extravío de las suposiciones y los malos entendidos, es presentar la concepción de “teoría del derecho” bajo la cual se pretende llevar a cabo el análisis.

En un lenguaje coloquial se tiende a usar el sustantivo “teoría” y el adjetivo “teórico” para señalar todo aquello que no parece susceptible de

definirse como “práctico”, o cuya realización no pasa por la ejecución de actos o comportamientos efectivos de un individuo. Esta distinción, que ya atacara decididamente Kant en su opúsculo “En torno al tópico: ‘Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’”,<sup>1</sup> no solo resulta precaria y engañosa para alcanzar una evaluación como la que se intenta, sino que puede descartarse definitivamente por simplista y equívoca. Quizá baste con señalar que hacer teoría es ya una práctica, y no “mera teoría”.<sup>2</sup>

## Modelo teórico o modelo de teoría

Frente al hecho evidente de que no hay una “definición” de “teoría” que pueda presentarse como única o unívoca, es imperioso avanzar sobre una formulación que, aunque por todos sus aspectos tenga que considerarse como provisional, allane el camino de una evaluación como la que este trabajo se dispone a hacer u otra cualquiera que requiera de esa perspectiva. Ahora se mostrarán los rasgos que permitirán revisar la cuestión ya planteada, contra el fondo de una concepción explícita de “teoría”.

## La manifestación de la teoría

No obstante su elementalidad, no sobra señalar o advertir que cualquier consideración que quepa en torno a un objeto de interés determinado

---

<sup>1</sup> Immanuel Kant, “En torno al tópico: ‘Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’”, en: *Teoría y práctica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.

<sup>2</sup> La siguiente consideración de Luhmann, ratifica lo dicho: “La sociología se encuentra en una crisis de carácter teórico. La investigación empírica, con bastante éxito, ha hecho crecer el conocimiento de la disciplina, pero no ha conducido a la formación de una teoría específica propia de su materia. Como ciencia empírica, la sociología no puede prescindir de la aspiración a comprobar sus afirmaciones mediante los datos obtenidos de la realidad, independientemente de qué tan viejos o nuevos sean los conductos por donde se vacía lo ya ganado. Justamente por razón de este principio, no puede fundamentar el campo específico de su objeto ni la unidad propia de su disciplina científica. La resignación ha ido tan lejos que ya ni siquiera se hace el intento”. “Este dilema ha escindido el concepto mismo de teoría. En parte, se entiende por teoría las hipótesis empíricamente comprobables de las relaciones entre los datos; en parte, los esfuerzos conceptuales en un sentido muy amplio e indefinido. Ambas tendencias tienen un requisito mínimo común: la teoría debe abrir posibilidades de comparación”. Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1998.

exige, como mínimo, la indicación de cómo ha de identificarse o hallarse dicho objeto. El lenguaje filosófico se refiere a ello con la denominación de “aspecto ontológico” del objeto. En consecuencia, la pregunta que permite avanzar aquí es la, aparentemente elemental, de ¿cómo se identifica una teoría? o, lo que parece lo mismo, ¿qué rasgos debe tener algo para llamarse teoría?

Lo primero que cabe afirmar es que la forma de cualquier teoría es la de una modalidad de lenguaje que puede describirse como un “discurso”. En otras palabras, una teoría se presenta como una serie de enunciados reunidos mediante un variado e indefinible tipo de factores –lógicos, semánticos, pragmáticos, gramaticales, incluso políticos, etcétera–, que hacen de ella un discurso. Se lo identifica, muchas veces, por el hecho de que un determinado sector social, definido por Kuhn como “comunidad científica”, lo encuentra significativo o expresivo de una forma de ver un determinado ámbito de la realidad.

Desde la Grecia clásica, o quizás antes, la filosofía primera identificó una actitud que algunos consideran característica del hombre, consistente en no limitarse éste al “simple ver” o el “ver pasivo” –seguramente susceptible de considerarse característico de otras especies animales–, sino el “ver cómo...”. No parece ser una simple especulación afirmar que, como ante los ojos de los hombres, “pasan” los hechos y las cosas ante los ojos de las especies animales que poseen órganos similares; pero mientras el hombre, por su lenguaje, es capaz de identificar<sup>3</sup> y describir lo que ve, los otros animales no logran hacer lo mismo y, lo que es más, quizá no logren construir los esquemas relacionales que el hombre hace entre hechos en sucesión inmediata o, aun, remota.

Ya el convertir el hecho, o la captación sensorial que permite describir algo como tal (hecho) –y que no son lo mismo (captación sensorial y hecho), salvo en una versión excesivamente ingenua–, en un enunciado

---

<sup>3</sup> Las connotaciones del verbo “identificar” imponen advertir que, al hablar de ello como la capacidad del hombre, no se está sugiriendo que tal cosa implique “ver” bajo una forma única un “hecho” y que, además y eventualmente, este haya de ser captado o “identificado” precisa y exclusivamente de una manera única o uniforme. Lo que se señala es, simplemente, que el lenguaje humano permite hacer una especie de taxonomía del mundo que, como dice Rorty, no está por sí mismo dividido de esa manera, y a esa taxonomía hecha mediante denominaciones o enunciados es a lo que se llama “identificar”.

o denominación y, luego, en un discurso, es el primer gran avance que el lenguaje proporcionó en la vía de construir lo que hoy se llama “conocimiento”. Cuando, además de “nombrar el mundo”, el hombre comprendió que había (o podía haber) en ello una relación más allá de lo físico con el entorno, surgió la posibilidad de “ver el mundo desde el lenguaje”.

La identificación del mundo –hechos y cosas– a través de las palabras supone la repetición de estas bajo determinadas condiciones y formas, y la primera manera de hacer relaciones no físicas entre diversos aspectos del mundo que comprenden al propio hombre. De allí surgirá la memoria en su máxima expresión –la memoria lingüística– y una ampliación que parece hoy ilimitada de las relaciones entre los elementos materiales del mundo a través del lenguaje que los nombra (la realidad).

La primera posibilidad de “ver” relaciones entre hechos y cosas del mundo que el lenguaje facilita, va a ser llevada a formas que ningún hablante originario del lenguaje imaginaría, a través, o a partir, del surgimiento de las “preguntas”. Quizás haya una forma elemental de la pregunta en quien duda acerca de si el objeto (por ejemplo, el sol) que ve ahora es el mismo que vio antes (ayer). Y parece que cabe considerar, aun bajo la forma de especulación, un segundo interrogante a partir del primero: ¿qué hace que el objeto vuelva a estar ahí?, ¿por qué el objeto aparece de nuevo?

Absolver cualquiera de tales cuestiones (aún la primera) supone no solo un enorme esfuerzo sino un significativo avance que hoy es invisible para los hombres, porque se halla sepultado bajo ingentes capas de nuevas preguntas y respuestas que el primer interrogador ni siquiera lograría comprender.

De alguna respuesta a la cuestión: ¿por qué un suceso se ha dado o ha vuelto a ocurrir?, surgiría, posiblemente, la noción inicial de “causa” y su contrapartida, el “efecto”. Al señalamiento de la causa o el efecto de algo se le daría luego el carácter de una “explicación”. El “descubrimiento” de la causa o el efecto y, por ende, la explicación en ello contenida, lentamente se irá alejando de las formas de constatación más elementales, hasta derivar en sofisticadas construcciones que supondrían la casi total independencia del lenguaje en relación con los componentes del mundo que provocarían los primeros interrogantes.

La que podría tildarse de “simple constatación” se convierte en la “prueba” y va a ser esta la que regirá cualquier explicación. Pero por esa vía y por eso mismo, la prueba deja de ser la mera constatación; el valor como prueba de algo que se muestra ya no depende de esto último (su mostración), sino de la posibilidad de leer en lo mostrado la vinculación con lo otro que se denomina “efecto” o “causa”.

Pues el hombre no reduce su aprehensión del mundo a poner nombres a las cosas, sino que se inventa otras palabras para tratar de señalar lo que luego comprenderá como “relaciones” entre esas cosas. La constatación de que la palabra inventada puede usarse una y otra vez terminará haciendo ver al hombre esa relación ya no como su simple fabricación, sino como el “hecho mismo” allí en las cosas o en el mundo. No podrá el hombre, entonces, “sentir” el calor del día sin referirse al sol como su “causante”, ni “ver” que la rama del árbol se mueve sin advertir que eso lo “produce” el viento.

La relación deja pronto de considerarse una mera palabra o una simple posibilidad, para pasar a ser “vista directamente”, allí en las cosas. Decir que “el jarrón está sobre la mesa” no es ya una mera forma del lenguaje, sino una expresión “impuesta por el mundo” tal y como este es ahí afuera. No se concibe al lenguaje como dependiendo del hombre, sino como dependiendo del mundo.

Pero para llegar hasta donde se ha llegado con el lenguaje –lo que puede resumirse haciendo referencia a la cultura humana–, el lenguaje se libera del “mundo” y pasa a imponer sus propias reglas al hacer, en primer lugar, que éste entre en las formas que él (el lenguaje) ha creado y que terminarán haciendo que no pueda el hombre representarse el mundo sin ellas.

Es por ello que tiene que reconocerse que el lenguaje no se limita a “pintar” o representar el mundo, sino que crea sobre él, a partir de él, pero también independientemente de él, la “realidad”. El “hecho” o la “cosa” no solo suceden o “están ahí”, sino que suceden o están ahí bajo una forma: la que les da nuestro lenguaje y bajo esa forma es como “entran” el mundo, los “hechos” y las “cosas” en la realidad. De esa manera resulta claro que la “realidad” no es más que una construcción que hace el hombre con el lenguaje y no la efectiva e inevitable “representación” del mundo.

La forma más fácil o sencilla de hacer ver esto consiste en reparar en el evento histórico-científico que se conoce con el nombre de Revo-

lución Copernicana, y conforme con el cual es posible afirmar que, no obstante hallarse en el “mismo mundo” tanto los ptolemaicos como los copernicanos, es perfectamente claro que unos y otros “ven” cosas diferentes observándolo. No es solo que dan explicaciones diferentes –sobre todo “científicas” y, en consecuencia, de un alto grado de sofisticación–, sino que, “de hecho”, ven cosas diferentes al mirar el mundo. La forma como se ve es lo que constituye la realidad y no aquello que, por decirlo con un giro de corte kantiano, está allí detrás de lo que se ve; la realidad la constituyen, en primer lugar, los fenómenos y no los “noúmenos”.

Del lenguaje con el que inicialmente intentábamos solo describir el mundo se pasa, quizás imperceptiblemente, a agregar componentes de la realidad que no corresponden o se hallan en él. Del hecho de constatar que se hacen cosas habrá surgido la idea –palabra y concepto– de “intención” (con la cual son hechas) de donde parece poder seguirse la necesidad de ubicar esta (la idea de “intención”) en el sujeto que actúa. Más adelante, la “intención” y denominaciones o descripciones similares para otros actos o comportamientos humanos, requerirá la concepción del “espíritu” que derivará más modernamente en la psique y el “yo”. Un complejísimo “reconocimiento”, verdadera fabricación, de la peculiar y especial posición del hombre en el mundo.

Con todo ello ha de haberse formado la idea de “conocimiento”. Ese acto de describir con el lenguaje el mundo se convierte en la primera forma del conocimiento, que empieza a “ver” o fabricar relaciones entre esas previas particiones del mundo que genéricamente se denominan “hechos” y “cosas”. A los ojos del hombre no parece posible dejar de “ver” que es la piedra que cae al agua la que produce las ondas que la mueven; pero del hecho físico (sensación) de ver (el impacto de luz sobre el ojo), a “ver” en ese movimiento “ondas” y el resultado de la caída de la piedra en el agua, media una enorme distancia que ya no se ve y que consiste en todo el lenguaje que permite “ver” de esta manera.

Esta forma de “ver” que, como se dijo antes, ya es la incipiente explicación sobre un “hecho” del mundo, va a crecer exponencialmente con la producción de “nuevas ideas” –palabras y conceptos– que terminarán construyendo lo que ahora se llama teorías.

## El “objeto” de la teoría

Lo dicho exige una precisión: el objetivo de la teoría es proponer una explicación; pero, a la vez, exige detenerse ante lo que puede surgir de una implicación quizás evidente dentro del lenguaje ordinario: el “objeto”. Y es que, aun ante ojos no suficientemente entrenados, lo anterior puede sugerir la idea de que el “objeto” del cual se ocupa la teoría es el mundo (“hechos” y “cosas”).

Lo que muchos tenderían a constatar o, simplemente, ratificar remitiéndose directamente a los casos de las teorías propias de las ciencias naturales o ciencias exactas.

Pero se pueden ver las cosas de una manera diferente y cabe afirmar que una propuesta teórica se plantea, más que frente al mundo, frente a la “realidad” bajo sus diferentes aspectos.

Con lo dicho arriba podrá reconocerse que las construcciones de realidad, de carácter más abstracto, son capaces de provocar las preguntas que exigirían construir toda una teoría para intentar responderlas.

Será la pregunta por fenómenos de tipo físico como el sucederse el día y la noche, o la caída de los cuerpos, lo que habrá provocado el surgimiento de teorías como la astronomía y la física; pero también se siente la necesidad de explicar aspectos de la realidad que se describen como “estados de ánimo”, “intención”, “querer” o “voluntad”, etcétera.

La diferencia histórica –para algunos, realmente inmanente– entre las explicaciones del primer tipo y las del segundo, pone en tela de juicio, y casi descarta de plano, la posibilidad de un acierto cognitivo en estas últimas. El caso de la psique humana es patético al respecto, pues solo con la aparición de la teoría freudiana vendría a postularse una posibilidad real de construir una explicación consistente acerca de aquello que parece surgir –desde el sujeto humano propia y, quizás, exclusivamente– bajo las formas antes dichas: “estados de ánimo”, “intención”, “querer” o “voluntad”.

Pero, por azar o por necesidad, una combinación de mundo –el hombre mismo– y la realidad –las relaciones o vínculos que se han hecho entre los hombres– han derivado en lo que se conoce como forma de vida social que, si materialmente puede “verse” como una simple conjunción, agrupamiento o confluencia de hombres, desde la perspectiva del lenguaje

va muchísimo más allá y “revela” aspectos que, por ejemplo, no habría posibilidad de reconocer en agrupamientos de otros individuos como grandes mamíferos que viven en “manadas” ni en otros animales que son llamados, con algo de desprecio implícito, especies inferiores.

La sociedad se ha construido con la particularidad de fundarse sobre uno de los más abstractos productos que ha generado la capacidad humana de fabricar la realidad, como son las “normas”.

Lo que ya se decía previamente acerca del ocultamiento que sufren diversos aspectos de la realidad bajo capas y capas de esta misma, no deja ver con claridad que aún en las formas más primitivas o incipientes de cualquier sociedad se halla una forma normativa que la articula, la soporta y la mantiene. El reconocimiento de la “costumbre” como una de las más claras posibilidades de construcción social encaja legítimamente en este postulado.

El “descubrimiento” de la posibilidad de regular las relaciones, que no es otra cosa que la regulación de las conductas individuales en primer lugar y fundamentalmente, produce la idea de “norma” y sienta las bases no solo de su “conocimiento”, sino y sobre todo, las de su producción deliberada. El hombre no se contenta con identificar que sus relaciones están reguladas –tal vez solo espontáneamente– sino que “descubre” que eso también puede hacerse de manera deliberada y allí se producen las primeras formas positivas del derecho. La posibilidad de ordenar al otro la ejecución de un acto, o de limitarle su actuar o, finalmente, admitir que lo lleve a cabo, constituye la expresión clara en cualquier tiempo de que ha surgido el derecho.

Como sistema –y en términos de Luhmann– el derecho crecerá constante y firmemente hasta expandirse casi hasta más allá de la propia sociedad. Dentro de él aparecerán poco a poco los más diversos subsistemas y, como diría Luhmann, solucionando la complejidad primera se producirá cada vez un nivel más y más grande de complejidad.

Las necesidades básicamente políticas sobre las que se asienta tanto la sociedad como su orden –sus normas, jurídicas o no– demandan una forma de este (el orden) capaz de justificarse frente a quienes entran en dichas relaciones sociales. Es la forma como el “grupo” –conjunción, agrupamiento o mera confluencia– intenta identificar la situación que se

produce a partir de la diversidad y dispersión de relaciones. Se trata de expresar como “acuerdo” lo que simplemente ha producido el azar y, tras las más cruentas disputas en torno a ello, modernamente se ha impuesto la forma que se llama “constitución política”.

Este “objeto”, meramente implícito o, aún, supuesto como puede ser el caso inglés, o representado explícitamente en el sustrato con forma de documento que ha servido a la mayoría de las organizaciones jurídicas modernas para darle forma, como cualquier otro “objeto” –tanto concreto como abstracto– genera la posibilidad de construir explicaciones o teorías pretendidamente capaces de “dar cuenta de él”.

## Teoría y constitución

La elaboración que antecede supone la posibilidad de afirmar que casi cualquier aspecto de la realidad y, por supuesto, del mundo, es capaz de provocar la necesidad de que se elabore una teoría para responder cuestiones que se planteen frente a ellos.

Esto, sin embargo, pasa por una condición que Wittgenstein pareció entrever con claridad y que le diera pie para hacer uno de sus más famosos aforismos: “Los problemas filosóficos aparecen cuando el lenguaje se va de vacaciones”.<sup>4</sup>

De acuerdo con Wittgenstein, los problemas filosóficos se producen allí en donde el lenguaje empieza a ser usado de manera inadecuada y tras la formulación de preguntas, en apariencia lógicas, se cuelan verdaderos seudoproblemas que funcionan solo porque su formulación produce un “encantamiento del lenguaje” que hace creer a quienes lo escuchan que, efectivamente, se está haciendo un uso correcto del lenguaje, que se están haciendo preguntas pertinentes y que, si se sigue adelante y por esa senda, se llegarán a encontrar soluciones plausibles. Sin embargo, todo es un engaño, y tras tales usos del lenguaje no hay sino un gran vacío que nunca conducirá a nada. Basta con recordar el análisis que Rudolf Carnap hiciera en su famoso artículo “La superación de la metafísica mediante

---

<sup>4</sup> Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, 1988, § 38. (“Pues los problemas filosóficos surgen cuando el lenguaje hace fiesta”. En la versión publicada en México por Altaya en 1986).

el análisis lógico del lenguaje”<sup>5</sup> para darse cuenta de que muchas de las problemáticas planteadas en diversos tipos de discurso no son otra cosa que una sarta de engaños detrás de la que nunca se hallará nada.

Esas consideraciones hacen ver un aspecto de las construcciones teóricas y científicas que la epistemología moderna supo identificar oportunamente y que consiste en advertir que estas solo tendrán una base legítima y estarán llamadas a prosperar cuando se construyan a partir de interrogantes o preguntas bien formuladas y pertinentes. Una pregunta que solo en apariencia cabe frente a un objeto cualquiera no garantizará nunca la posibilidad de dar una auténtica respuesta y, por ende, la construcción de una teoría legítima.

Frente al esquema clásico de constitución, que todavía sirve para dar cuenta del papel que juega este conjunto de disposiciones en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, el mayor esfuerzo que se realizó para dar cuenta teórica de ella fue, sin duda, el adelantado por Kelsen al postular su famosa y controvertida fórmula de la llamada “norma fundamental”.

Kelsen, sin duda, se planteó una pregunta claramente pertinente, tanto a la luz de la forma como actualmente se usa el ordenamiento jurídico como frente al ejercicio teórico con el cual había pretendido dar cuenta de este último. Puesto que el concepto clave del análisis kelseniano es el criterio de validez que permite verificar cuándo se está efectivamente frente a una norma jurídica y, aún, frente a un ordenamiento jurídico, la exigencia de completitud de su teoría pasaba por utilizar este mismo criterio para analizar la norma que, siguiendo un recorrido histórico efectivo y concreto, habría de hallarse en el extremo temporal inicial del ordenamiento: la primera constitución.

Formalmente, el análisis de Kelsen es bastante claro, pues supone que una constitución específica cualquiera es válida si puede considerarse basada en, o amparada por, las disposiciones que contiene aquella que la antecede; cuando esto es verificado –es decir, cuando se concluye que

---

<sup>5</sup> Rudolf Carnap, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, en: Alfred J. Ayer, comp., *El positivismo lógico*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 66-87.

efectivamente la constitución analizada es válida a la luz de la que la antecedió— ha de pasarse a aplicar el mismo análisis a esa previa constitución, considerando, entonces, la que ha de haber precedido a esa; el resultado debe ser el mismo, y el proceso continuará hasta que nos encontremos frente a una constitución que no pueda referirse a ninguna antecedente efectiva desde el punto de vista histórico y, en consecuencia, debe llamársela “Primera constitución”.

La pregunta que no podría eludir la teoría kelseniana es: ¿qué hace válida, o qué confiere validez, a la “Primera constitución”?

Por supuesto, y a la luz de lo sentado previamente, esa, como todas las preguntas, habrá de pasar un “test de pertinencia” que, siendo inexistente, terminará consistiendo en la efectiva producción de una “teoría” capaz y legítima para dar respuesta a la cuestión. Puesto que la teoría, en efecto, existe y es, precisamente, la teoría kelseniana sobre la “norma fundamental”, puede afirmarse que dicha pregunta ha resultado pertinente y es una cuestión legítima o bien formulada.

Esto, sin embargo, no pretende contener la afirmación —ni llevar a la conclusión o inferencia— según la cual otras, o las demás preguntas han de considerarse impertinentes, ilegítimas o mal formuladas. Por el contrario, muchos tratadistas de derecho han encontrado que son otras las preguntas que efectivamente acosan a los estudiosos del derecho y que la que planteara Kelsen no deja de ser una pregunta puramente formal o lógica sin ningún interés efectivo para alguno de los operadores que se interesen por la constitución. Por ejemplo, ¿de qué manera es posible considerar jurídico un acto que proviene, como en tantos casos, de uno o más hechos de violencia claramente dirigidos contra un orden previo instituido?, es una pregunta que igual podría considerarse pertinente y digna de ser contestada con la ayuda o en el marco de una teoría.

## Teoría y Constitución Política de Colombia de 1991

Si se considerara oportuno hacer un examen, como el esquemáticamente presentado en lo anterior a la Constitución Política de Colombia de 1991, posiblemente el resultado no fuera precisamente el que arrojó el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia en su momento y que terminó con la declaratoria de exequibilidad de la nueva

carta política. La dogmática, sin embargo, se decantará por desestimar un ejercicio como ese con el prurito de su carácter meramente especulativo o, cuando mucho, “teórico” en la peor acepción de este último término: inútil. Por considerar que, efectivamente, cualquier resultado diferente al mencionado no aportará nada útil a la discusión, simplemente se deja de lado lo que de otra manera resulta ser un ejercicio llamativo.

De todas formas, cabe advertir que tampoco se aplica a la Constitución Política de Colombia de 1991 una cuestión como la que exigió a Kelsen postular la teoría de la “norma fundamental”, para no dejar “cabos sueltos” en este punto.

En el panorama presentado la cuestión sería: ¿qué preguntas pertinentes, de carácter teórico –lo que quiere decir: capaces de provocar la necesidad de construir una teoría para ser respondidas– pueden hacerse hoy en frente de la Constitución Política de Colombia de 1991?

Pero lo que parece de importancia real aquí es, más bien, esta otra pregunta: ¿de qué carácter o alcance son las teorías que se han planteado “preguntas pertinentes” en frente de la Constitución Política de Colombia de 1991?

Pues ya aquí se hace necesario señalar, como en buena medida advierte Rorty, la existencia de diversos tipos de teoría. Ya no solo se trata de diferenciar las teorías que se hacen para dar cuenta de “hechos” y “cosas” del mundo, de aquellas que intentan responder por cuestiones relativas a otros niveles de la realidad –las “intenciones”, por ejemplo–, sino de intentar ver la diferencia con base en lo que motiva la formulación de las preguntas.

Rorty ha puesto de presente lo que denomina “teoría momentánea” para llamar la atención sobre la necesidad de hacer permanentemente hipótesis acerca de lo que cada uno dice dentro de un diálogo cualquiera, es decir, ya en el simple caso de una conversación ordinaria. Por supuesto, la epistemología clásica y moderna despreciará la mera denominación para ese ejercicio que, quizá, se inclinaría por llamar “simple forma de comprender” el lenguaje, pero la propuesta de Rorty debe ser tomada como una clara advertencia acerca de la poca univocidad que hay en el uso y entendimiento de lo que es “teoría”.

De hecho, lo que se quiere hacer ver es que, frente al derecho como “objeto” es fácil encontrar, cuando menos, dos tipos diferentes de teoría:

por una parte, y en primer lugar, las teorías del estilo de la de Kelsen que este mismo postulara como “científicas” y cuyo interés no radica en tratar de comprender o dar cuenta de un ordenamiento jurídico en particular o concreto, sino y como él mismo lo dice desde el comienzo de su más clásica obra –la *Teoría pura del derecho*–,<sup>6</sup> explicar el derecho desde su concepción general y, en consecuencia, solo para efectos cognitivos y no prácticos –al menos de manera directa.

Pero, por la otra, están las teorías que pueden llamarse “dogmáticas”, que tienen interés, fundamentalmente, en enfrentar problemas o preguntas surgidas de la práctica y cuyas respuestas se encaminarían de manera directa y, a veces, hasta exclusiva, a la solución de esos problemas prácticos. El teórico dogmático, en consecuencia, se interesa efectivamente por hacerse preguntas y buscarles una respuesta, pero aquello que lo motiva no solo el conocimiento –como ocurre en el caso de Kelsen– sino el afán de brindar herramientas, para sí o para otros, con las cuales lograr mejores o mayores efectos en el tratamiento efectivo y práctico del derecho.

Kelsen diría, seguramente, que se trata de teorías no puras,<sup>7</sup> y en la concepción de la suya como exclusivamente encaminada al “conocimiento” de su objeto, tendría razón. Pero también tendría razón quien, de la mano

---

<sup>6</sup> “La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica”. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, p. 15. El mismo texto se halla publicado –en una segunda edición– por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1986, p. 15.

<sup>7</sup> Vale la pena referenciar aquí la obra del profesor Diego Eduardo López Medina, justamente titulada *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004. El profesor César Rodríguez ahorra la elaboración de una opinión para justificar esta referencia, al considerar: “Este libro constituye una verdadera revolución en los estudios sobre teoría y dogmática jurídicas en Colombia, y en América Latina en general. En contra de la forma dominante de pensar el derecho en nuestro medio, basada en el comentario subordinado y la importación acrítica de teorías jurídicas extranjeras, López nos invita a concebir una teoría sin complejos que refleje y transforme nuestra práctica jurídica. Por esta razón, el libro es lectura obligada no solo para estudiantes y profesores de derecho, sino también para jueces, abogados practicantes y profesionales de otras disciplinas interesados en renovar la teoría y el derecho en nuestras sociedades”.

de Rorty, quisiera sostener que, de todas maneras, nos hallamos frente a una teoría.

Y es que, en efecto, la renovación constitucional colombiana de 1991 es de tal calado o alcance que no puede menos que considerarse indispensable la elaboración de trabajos de carácter teórico que apuntalen el entendimiento y la aplicación de lo que allí está dispuesto. Basta con citar dos o tres casos paradigmáticos para corroborar el aserto:

1. La consagración de los denominados “derechos fundamentales” –capítulo I del título II– cuyo impacto fue, sin duda, magnificado por la concomitante consagración de un mecanismo judicial de protección directa e inmediata que casi ningún ciudadano colombiano desconoce: la acción de tutela. Ni siquiera se adelantará una opinión en torno a la forma como la práctica ha “realizado” esas dos figuras jurídicas, pero todo parece indicar –queda a los sociólogos del derecho– que la multiplicación del trabajo judicial a todo lo largo y ancho del país se debe, en primera instancia, a la invocación ciudadana de ambos derechos: el sustantivo y el procesal.

2. Esas mismas figuras jurídicas han arrastrado otra que si no recibe su denominación desde la carta política sí debe su aparición a lo en ella previsto, cual es la institucionalización del denominado “juez constitucional”. La figura aparece cuando, justo a raíz de la interposición de las citadas “acciones de tutela” en demanda de protección para los “derechos fundamentales”, el juez de instancia se inviste de la condición especial de aplicador directo del precepto constitucional y asume un poder que nunca antes conoció la práctica jurídica en Colombia.

3. Lo que, por otra parte, hace imperativo referirse a otro de los hitos que la modificación constitucional impuso y que con la rapidez propia de una institución, que ya se hallaba probada en otros países y se consideraba connatural del cambio normativo, tomó forma y cuerpo de la mano de quienes como primeros llamados a integrarla hicieron de la Corte Constitucional colombiana uno de los organismos que más rápido y duradero prestigio y confianza han logrado. Prácticamente ninguno de sus integrantes posteriores hasta el momento ha sido inferior a su condición y magistratura, habiendo comprendido cabalmente el papel “constituyente” que desempeñan como constructores de la nueva cultura jurídica que el país demanda.

4. Aquello solo bastaría para ratificar lo que se ha afirmado, pero no puede dejarse pasar este punto de la exposición sin hacer referencia a otra de las modificaciones claves del nuevo orden constitucional, cual es el conjunto de disposiciones que dieron pie al nacimiento de una nueva estructura económica e institucional para el cumplimiento de una de las actividades fundamentales de cualquier propuesta de desarrollo, crecimiento y, sobre todo, de justicia social y calidad de vida de un país: los servicios públicos domiciliarios. Unos pocos artículos –365 a 370– de la Constitución bastaron para abrir el camino a una transformación imperiosa en un campo o sector en el que imperaron las peores prácticas de la política cotidiana colombiana y que fueron el caldo de cultivo, quizá mayor, de la corrupción, los malos manejos y el despilfarro en casi cualquier ciudad del país (con la casi única excepción honrosa en Medellín).

### La teoría de la Constitución Política de Colombia

Sin querer decir que se trata de los únicos casos que caben dentro de la versión paradigmática que se está haciendo, esos cuatro ejemplos permiten afirmar que, como producto de su consagración constitucional hay, precisamente, sendas construcciones teóricas necesarias para inscribir de manera precisa tales figuras en el concierto de la juridicidad colombiana actual.

Posiblemente no haya todavía una verdadera teoría que dé cuenta de la condición, raíces, funciones o papel, poder y alcances, etc., de los denominados “jueces constitucionales” en Colombia, pero solo con ella –una teoría al respecto– cabrá pasar de la autodenominación que los propios jueces se toman de esa manera, a la estructuración de la figura que con claridad hace indispensable la más visible creación de la carta: los derechos fundamentales y la acción de tutela.

Pues, en relación con estas dos últimas instituciones, no cabe ninguna duda de que ya existen grandes y acreditados esfuerzos de elaboración teórica. Desde los trabajos de la propia Corte Constitucional y otros altos tribunales y no pocos jueces, que en sus pronunciamientos se ven forzados a intentar hacer construcciones teóricas con las cuales todavía no se contaba cuando recién empezaron a tramitarse las peticiones de los ciudadanos con dichas figuras, pasando por extensos trabajos de acreditados tratadistas como Diego Eduardo López Medina, Carlos Bernal

Pulido, Rodolfo Arango Rivadeneira, Rodrigo Uprimny, César Rodríguez, hasta llegar a las propias instancias legislativas en donde se ha debatido en extenso y con emoción acerca de las ventajas y desventajas, aciertos y desaciertos que la práctica ha mostrado en torno a las mencionadas figuras.

Finalmente, basta verificar los ofrecimientos académicos en materia de especializaciones, diplomados y otras formas de estudios de postgrado, para constatar la fuerza que ha tomado en el país la legislación, la reglamentación y la regulación, así como la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios. Alrededor de todo ello gira ya una gruesa teoría fundamentalmente dogmática que hace que estemos, como algunos afirman, ante un verdadero “derecho de los servicios públicos domiciliarios”.

Todo parece indicar que estamos todavía en el camino de construcción teórico-dogmática de lo que “hay” en nuestra Constitución Política y eso es, sin duda, una de las grandes potencialidades que tiene nuestro ordenamiento.

La sola discusión acerca de cuáles son los tipos de conceptos con los cuales ha de comprenderse la Constitución Política –si políticos o jurídicos o, incluso, sociales o económicos, etc.– es prueba flagrante de que se está frente a una tarea que, quienes tuvieron la oportunidad de estudiar el derecho bajo el orden que fundaba la Constitución Nacional de 1886, nunca habrían entrevisto.

Lo anterior puede ser leído como implicando que, a diferencia de quienes como Colombia “que apenas empezamos”, otros países ya se hallan al final de su tarea y sus instituciones jurídicas y, en especial, constitucionales, han alcanzado una madurez que las convierte en estáticas; sin embargo, esa no es la idea que se quiere dejar. Es una casi contraria.

La carta irá asentándose, incluso a pesar de quienes no la ven sino como un filón para introducir o proponer modificaciones; las instituciones en ella contenidas alcanzarán algún nivel de madurez hasta incorporarse a las culturas política y jurídica, y la aplicación de sus preceptos será poco a poco más uniforme, hasta el momento en el cual “estalle una nueva teoría”. Cambiar las disposiciones o las normas no parece exigir un gran esfuerzo –quizá baste, como afirmaba Kelsen, un acto de voluntad–; pero cambiar la teoría es un ejercicio de largo e imaginativo aliento, y cuando ello sucede casi sobra cualquier modificación normativa. Estemos atentos, pues, y propongamos los cambios teóricos que mejoren nuestro derecho.

## Bibliografía

Ayer, Alfred J., comp., *El positivismo lógico*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1965.

Kant, Immanuel, “En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica””, en: *Teoría y práctica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971.

\_\_\_\_\_, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1998.

Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, México, Altaya, 1986.

\_\_\_\_\_, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, 1988.



# 1991: el arribo de la gran ficción

*David Orrego Fernández*

---

*El libro no es árbol raíz [...], es planicie de un rizoma para el lector al que le conviene\**

## Introducción

En ocasiones resulta difícil escribir sobre hechos tan recientes, establecer perspectivas y plantear conclusiones, sin llegar a ciertos apasionamientos. La Constitución del 91, de alguna manera, nos ha tocado y es inevitable tener sentimientos encontrados cuando nos abocamos a hablar de ella, entorpeciendo la neutralidad que solo el tiempo y la distancia saben dar. Sin embargo, el hecho de que algún sujeto o acontecimiento cumpla veinte años no puede pasar desapercibido, suscitándose, inevitablemente, todo tipo de comentarios que pueden desbordar una presentación académica. Intentando sortear estas dificultades, se hace oportuno correr estos riesgos. La televisión fue un importante emisor, millones de receptores vieron cómo Álvaro Gómez Hurtado, Horacio Serpa Uribe y Antonio Navarro Wolff, miembros del partido conservador, el partido liberal y el recién desmovilizado M-19, respectivamente, al unísono pronunciaban el *compromiso nacional* de suscribir una constitución. Este acto ritual anticipaba los nuevos espacios de realidad que este manifiesto estaba creando. El resquebrajamiento de las anquilosadas certezas de una sociedad condicionada por ciento cinco años de una constitución conservadora, centralista y excluyente.

Sin embargo, parecieran devenir los embates de una insoportable ironía, porque un texto mediante el cual se pretendía fundar un nuevo espacio político se ha convertido en la superficie impávida sobre la que se desata una infinita violencia ocasionada por la desastrosa implantación de modelos económicos, el auge del narcotráfico, la institucionalización del paramilitarismo y la radicalización del conflicto armado.

---

\* Gilles Deleuze y Félix Guattari, *Rizoma*, Valencia, Pre-textos, 1977, p. 60.

Ante estas inquietudes se han planteado los siguientes interrogantes: ¿el problema radica en un texto que se queda corto, debido a la ineficacia de sus vínculos, frente a una realidad diferente? (problema de la eficacia); ¿es precisamente la ineficacia una estrategia político-simbólica que difiere de una eficacia instrumental?;<sup>1</sup> ¿es el constitucionalismo la manifestación de una larga tradición de apego al derecho como mecanismo de transformación del mundo,<sup>2</sup> siendo la reforma legal un encubrimiento de problemas de fondo y de desmovilización social?<sup>3</sup>

Por todo lo anterior, este ensayo quiere aportar algunas impresiones que pueden ayudar a establecer perspectivas sobre los veinte años de un texto normativo que ha construido un campo discursivo, en donde se ha formado una generación de actores sociales y políticos; entre abogados, funcionarios judiciales, movimientos sociales, etcétera. Para ello se hará a un lado, aunque sea por un momento, una distinción bastante recurrente en el pensamiento jurídico occidental, se trata del *Ser y el Deber ser*.

Ante las tajantes diferenciaciones entre la perfección de los entornos normativos y la imperfección de una realidad que no le corresponde, este escrito privilegiará las nociones de *ficción* y *narrativa* como elementos configuradores de realidades. En resumidas palabras, este ensayo quiere replantear la noción de eficacia.

Así mismo, la lectura emprendida en mi investigación de maestría sobre el concepto de *ficción* en las constituciones colombianas durante los primeros años del siglo XIX, puede ofrecer algunas perspectivas, evitando tropezar con odiosos anacronismos, comparables con la actual carta política.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, p. 87.

<sup>2</sup> Sobre la noción de “fetiche legal” como el placer suscitado por una fijación en la ley como objeto de deseo, ver Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009, p. 388.

<sup>3</sup> Sobre la reforma constitucional como estrategia política para evitar reformas estructurales ver Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Editorial Cerec, 1997, p. 43.

<sup>4</sup> El proyecto de maestría se enmarca dentro de la línea de investigación “Cultura política y sectores subalternos”, coordinada por Oscar Almario García, adscrita al Programa

## Ficción y narrativa

Con relación al concepto de *ficción*, ha sido de gran ayuda un ensayo marginal escrito por Hans Kelsen en 1919 sobre la filosofía del “como sí” de Hans Vahinger.<sup>5</sup> Mientras este último plantea el derecho como una ficción que al simular aspectos de la realidad natural entra en contradicciones con ella; para Kelsen tales contradicciones no se producen, en tanto la labor del derecho no es imitar la realidad, cosa que hacen las ciencias naturales, sino construir normatividades a partir de un espacio inventado previamente, llamado ordenamiento jurídico.<sup>6</sup>

Por lo tanto, la contradicción solo tendría lugar en cuanto la norma se distancie de esa instancia final que conocemos como orden jurídico.<sup>7</sup> Así las cosas, las diferentes constituciones son textos que fundan un mundo al que le asignan sentido y que tiene sus propias reglas de comportamiento. Este sería, de alguna manera, el sustento epistemológico bajo el cual se desarrolla el control de constitucionalidad.

Sin embargo, la lógica del ordenamiento, en tanto epígono de la norma constitucional, se cimenta sobre una serie de referentes simbólicos, incluso míticos, producto de las dinámicas de un entorno cultural. Es por ello que las normas fundamentales, y en general el derecho, son el producto de una serie de desplazamientos simbólicos que han sido característicos en el paso de la teología a la secularización de la filosofía política moderna.

Para Ernst Kantorowicz, por ejemplo, el paso al derecho público en la Edad Media se establece por la despersonalización del cuerpo del Rey, como objeto divino y perenne, hacia la sustancialización de los bienes adyacentes a la Corona, contra los cuales no corre la prescripción.

---

Nacional de Investigación “Las culturas políticas de la independencia, sus memorias y sus legados: 200 años de ciudadanía”, con código Hermes 9714, financiado por la Universidad Nacional de Colombia y dirigido por Oscar Almario García. Este programa fue ganador de la Convocatoria Bicentenario “Programas Nacionales de Investigación” de la Vicerrectoría de Investigación-Universidad Nacional de Colombia, año 2009.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Hans Vahinger”, en: Daniel Mendonça y Ulises Schmill, comps., *Ficciones jurídicas*, México, Distribuciones Fontamara, 2003.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 43.

Del cuerpo ficcionado del Rey a la ficción sacralizada del territorio; allí se plantea una genealogía de lo público, elemento fundamental de los estados modernos.<sup>8</sup>

La modernidad se caracteriza por la codificación del derecho, en un afán por racionalizar la práctica de lo jurídico, de allí surgen los diferentes proyectos constitucionales como intentos por racionalizar las sociedades en Occidente. No obstante, el montaje de ciertas figuras planteó la necesidad de instaurar un principio mítico de autoridad que asignara certezas a los cuerpos normativos y ordenara un mundo a partir de su evocación.

De acuerdo con lo anterior, el psicoanalista Pierre Legendre, al mirar históricamente el derecho occidental, nos plantea cómo se coloca en el centro de la normatividad un núcleo esencial de autoridad (el Pontífice, el Emperador, el Estado) encargado de suplir el vacío del Gran Otro (noción tomada de Jacques Lacan), para encauzar el deseo murmurante de la sociedad y crear en torno suyo un régimen de censura que no solo se encargue de la prohibición sino de conminar hacia el amor a su presencia.<sup>9</sup>

La característica moderna de nuestras constituciones radica en la construcción de un campo de inmanencia, es decir de horizontalidad, donde se radica la legitimidad (el Pueblo) al momento de instaurar las autoridades. Sin embargo, esa inmanencia deviene trascendencia por la preeminencia que asume tanto el Estado, como las diferentes categorías axiológicas que allí se consagran (vida, dignidad humana, libertad, etcétera); además del papel que toma el texto constitucional como representación de un orden social pero, igualmente, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Estos son algunos aspectos donde opera la ficción como condición necesaria para el ordenamiento jurídico y el ordenamiento de una *realidad social*. Ahora bien, estos montajes no son mentiras, no se trata de develar una realidad última donde se desarrollan relaciones económicas y políticas.

---

<sup>8</sup> Durante la Edad Media, teólogos y juristas definieron en el cuerpo del monarca europeo dos naturalezas, una mortal y otra divina; el paso a la secularización se da por la desacralización del cuerpo del Rey y por la sacralización de sus bienes e instituciones. Ernst Kantorowicz, *Los dos cuerpos del rey, un estudio de teología medieval*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 163.

<sup>9</sup> Pierre Legendre, *El amor del censor: ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, Anagrama, 1979.

La ficción constituye realidades que pretenden ordenar los diferentes espacios sociales, económicos o políticos.

El otro concepto de interés es el de narrativa. Las ficciones no son posibles sin la mediación del lenguaje. Como la modernidad es la característica para codificar una *realidad*, son los códigos los medios idóneos donde pululan los imaginarios de la constitución.

Paul Ricoeur, en su obra *Tiempo y narración*, al indagar sobre el carácter ficticio de la narrativa histórica, nos ofrece una clave para comprender la construcción del texto normativo en su relación con el mundo del cual emerge.

1. En primer lugar, la *mímesis I* es la imaginación narrativa que parte de una realidad que en modo alguno es desnuda, atravesada por el lenguaje. Es decir, existen toda una serie de mediaciones simbólicas, visiones del universo, escatologías, creencias, etcétera, de las cuales participa el narrador para elaborar un relato.<sup>10</sup>

2. La *mímesis II* es la composición de un relato donde se ordena entre los marcos de un discurso coherente, un mundo que no lo es, un espacio donde confluyen una infinidad de elementos sin conexión alguna.<sup>11</sup>

3. La *mímesis III* determina la relación del mundo del autor con el mundo del lector, esta relación se torna oscura, en tanto no hay un vínculo directo de emisor-receptor, sino una mediación de la cultura y de la hermenéutica como posibilidad de desciframiento y apropiación del texto.<sup>12</sup>

Narrativa y ficción, dos aspectos que interactúan al momento de escribir las constituciones, las cuales deben dejar de pensarse como modelos meramente normativos o como catálogo de referentes axiológicos, para comprenderlas como un espacio complejo, punto de partida y de llegada de imaginarios socioculturales.

---

<sup>10</sup> Paul Ricoeur, *Tiempo y narración. La configuración del tiempo histórico*, vol. I, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1987, p. 113.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.147.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 152.

## Ficciones constitucionales en el siglo XIX

Para hacer un pequeño ejercicio comparativo, miremos la tendencia cultural que dio paso a la Constitución de Cundinamarca de 1811. La metáfora que mejor explica el movimiento constitucional hispanoamericano es la de un *big bang* que se desata a partir del vacío de poder en la península española por la invasión de los franceses y el secuestro del Rey Fernando VII.<sup>13</sup> Lo que motivará un movimiento de juntas autónomas que a lo largo del vasto territorio hispanoamericano instaurará proyectos constitucionales como una forma de contener la disolución de sus territorios.

De allí emergen varias figuras ficcionales constitucionales para investirlas de autoridad. Una de ellas es la idea de soberano, que reside en un Rey que, por las contingencias históricas, se encuentra ausente.<sup>14</sup> Él gravita como sujeto privilegiado en el ejercicio de su soberanía, sin embargo, al mismo tiempo, se encuentra prisionero de la representación nacional.<sup>15</sup>

Otro referente ficcional radica en la idea de un pueblo que al unísono manifiesta su voluntad de inscribir una constitución e instalar las diferentes autoridades civiles.<sup>16</sup> Este recurso es ficcional en tanto se

---

<sup>13</sup> José M. Portillo, “Autonomía y Constitución. La crisis atlántica de 1808”, *Istor, Revista de historia*, año IV, núm. XVI, primavera de 2004, p. 5.

<sup>14</sup> “Constitución de Cundinamarca, decreto de promulgación (30 de marzo de 1811, y promulgada el 4 de abril de 1811)”, en: Diego Uribe Vargas, comp., *Las constituciones de Colombia (historia, crítica y textos)*, t. I, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 307.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>16</sup> Obsérvese, por ejemplo, el preámbulo a la Constitución del Socorro: “El pueblo del Socorro, vejado y oprimido por las autoridades del antiguo gobierno, y no hallando protección en las leyes que vanamente reclamaba, se vio obligado en los días nueve y diez de julio de 1810, a repeler la fuerza con la fuerza. Las calles de este Villa fueron manchadas por la primer vez con la sangre inocente de sus hijos que con un sacrificio tan heroico destruyeron la tiranía; y rompiendo con el vínculo social fue restituido el pueblo del Socorro a la plenitud de sus derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, que depositó provisionalmente en el Ilustre Cabildo de esta Villa y de seis ciudadanos beneméritos que le asoció para que velasen en su defensa contra la violencia de cualquier agresor, confiando al propio tiempo la administración de la justicia a los Alcaldes Ordinarios para que protegiesen a cualquier miembro de la sociedad contra otro que intentase oprimirle”. En: “Acta de la Constitución del Estado libre del Socorro” (15 de agosto de 1810), *Ibid.*, p. 301.

acude a un sujeto colectivo que difiere de la infinita multiplicidad de voces y subjetividades que murmuran en la cotidianidad. En este sentido, la remisión a ese *pueblo* como sujeto legitimador de un nuevo ordenamiento jurídico y político, corresponde a una operación de construcción narrativa por parte de las élites atravesadas por el proyecto de la ilustración.<sup>17</sup> Este proceso lo podemos entender con Deleuze, como el paso de la subsunción de toda la diferencia –lo que no se conecta, ni concuerda– en los estrechos márgenes de la representación.<sup>18</sup>

Los autores, que para principios del siglo XIX, pertenecían a una minoría criolla, se refugian en la ficción del *pueblo* para transmitir un discurso con pretensiones de verdad a los receptores. Esta forma de llegar al mundo del lector es identificada por Ricoeur como una estrategia de la retórica que ya no es el discurso público que busca convencer al oyente –y del que desconfiaba tanto Platón–, sino, un ejercicio inmanente al texto escrito.<sup>19</sup> Es, en resumidas palabras, la construcción de inmanencia (pueblo, soberanía popular, representación nacional) para instaurar la trascendencia (Rey, Dios, Estado, etcétera).

Las características vistas anteriormente son fácilmente identificables en el constitucionalismo del siglo XIX. La Constitución de 1886 es un ejemplo de ello. Ante el declive del liberalismo decimonónico, mediante un colegio hermético, se construyó la carta política que definiría la vida republicana en Colombia durante ciento cinco años. El triunfo de una facción política conservadora instaura una narrativa del orden como condición necesaria para evitar la “catástrofe de la Nación”. Se apela al pueblo como sujeto colectivo quien en una manifestación de

---

<sup>17</sup> Una visión sobre el Estado de Derecho como una comunidad cultural que construye su propio sistema de signos, sus mitos y escatologías, nos la ofrece el profesor Paul Kahn, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 59.

<sup>18</sup> La representación vendría a ser, en este sentido, un principio racional de síntesis de la diferencia en la unidad. Lo anterior, si bien se plantea en términos filosóficos, puede aplicarse igualmente al campo jurídico y político, la constitución como un principio representante de la diferencia social en una unidad aparentemente coherente y armónica. Gilles Deleuze, *Diferencia y repetición*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009, p. 63.

<sup>19</sup> Paul Ricoeur, *Tiempo y narración. El tiempo narrado*, vol. III, México, Siglo XXI, 2003, p. 872.