

## IV. LA TEMÁTICA CONSTITUCIONAL\*

SUMARIO: 1. *La crisis del constitucionalismo.* 2. *Los objetivos inmediatos y remotos del Constituyente.* 3. *Re-vitalización del Constituyente.* 4. *Posibles desarrollos del constitucionalismo.* 5. *Poder Constituyente e integración supranacional.*

No ha sido extensa ni rica la temática constitucional en Colombia. En el siglo XIX se redujo al debate de los partidos en relación con la forma y estructura que debía darse al Estado unitario o federal; al problema de las relaciones del Estado con la Iglesia católica, en cuya solución se opusieron dos fórmulas: separación de las dos potestades, o cordial entendimiento entre las mismas, formalizado mediante un concordato; mayor o menor amplitud en cuanto al reconocimiento de los derechos individuales y al ejercicio de las libertades públicas y, para concluir, dos cuestiones doctrinarias más: soberanía nacional o soberanía popular, esto es, solidarismo comunitario o individualismo, y tendencia a valorizar más la libertad o el orden público y la autoridad.

Alrededor de estas cuestiones giran los debates y las decisiones en los Congresos y Asambleas Constituyentes. Porque, en todo lo demás, hay pleno acuerdo: el gobierno de corte presidencialista, a la norteamericana; el Congreso bicameral con una cámara popular y la otra elitista, a la inglesa; la garantía de la propiedad privada, la proclamación de la igualdad, la libertad y la fraternidad, a la francesa. Ausente todo lo que recuerde la entra-

\* Tomado de *Esquema para una teoría del Poder Constituyente*, Bogotá, Temis, 1978.

ñable tradición española, y lejos cualquier institución genuinamente nacional.

Los constituyentes son gentes ilustradas: abogados, burgueses, terratenientes, comerciantes, financieros, militares de carrera o de ocasión, extraídos de la misma clase social, con idénticos intereses, hombres de orden, políticamente de centro, con leves matices de izquierda o derecha. Sus dos partidos se turnan en el gobierno, a veces no pacíficamente. Pero las contiendas bélicas y los debates ideológicos se desarrollan dentro del sistema común, y no versan ni hacen cuestión del sistema mismo. Además, las fuerzas contrarias al sistema, según el momento, no existen, son minúsculas o no pueden manifestarse.

En el siglo XX, la temática constitucional varía. Ambos partidos han zanjado sus diferencias doctrinales. Afloran los problemas sociales y económicos y, con ellos, cuestiones más reales y de más difícil solución que las de principios abstractos y aspectos formales del siglo XIX.

Pueden enunciarse, así, los temas actuales: intervencionismo estatal en la economía en mayor o menor grado; realización inmediata de la justicia social por redistribución del ingreso o previo un desarrollismo cuantitativo; planificación económica meramente inductiva o imperativa; derechos de contenido social, como el de ocupación, salario familiar, capacitación, asistencia pública, seguridad social, la propiedad en función social, el patrimonio familiar, el Estado empresario, la economía mixta, la tecnocracia, las reformas agraria, urbana, educativa y tributaria.

En conclusión: una visión más realista, más próxima al hombre y sus problemas inmediatos, una tecnificación del Estado, y el eclipse de las cuestiones puramente políticas e ideológicas, con los consiguientes problemas del crecimiento del poder del Estado, la burocratización y la despolitización.

Más los punzantes problemas universales: la masificación, la concentración urbana, la explosión demográfica, el deterioro del ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, la automati-

zación de la vida, la inseguridad, la ruptura del marco tradicional del Estado y la crisis de su soberanía.

Campos apasionantes para el poder creativo del poder político.

## 1. LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO

La teoría del Poder Constituyente gestó una revolución política en Europa, con amplias y prolongadas repercusiones. En torno a esas concepciones se formó el constitucionalismo liberal individualista que plasmó el Estado de derecho, simbólico de la racionalización del ejercicio del poder para obtener seguridad jurídica, como sinónimo de libertad política y de igualdad ante la ley.

Estado de derecho, en el movimiento constitucionalista, que es indicativo de poder estatal limitado y contenido dentro de competencias jurídicas, fundadas en definición legal previa, frente a los derechos y libertades de los gobernados, y que significa también poder impersonal, gobierno de la ley, no de hombres. Alude, asimismo, a poder dividido, desconcentrado en una pluralidad de órganos interdependientes, debilitado por esa pluralidad y esa interrelación, ingenioso mecanismo que le hace perder el absolutismo y la irresistibilidad que tiene un poder único, totalizado.

Estado de derecho que, en razón de ser originado por la voluntad constituyente, adquiere perfiles democráticos, al justificarse o legitimarse no por motivaciones trascendentes como el derecho divino a gobernar, ni por convenciones tradicionales, como la herencia dinástica, ni por el simple ascenso tácito de los gobernados, sino por consenso popular deliberado, expresado no sólo en el momento originario del Estado, sino actual y continuadamente.

Esfuerzo racionalizador el del constitucionalismo que, lamentablemente, como sucede con todas las aspiraciones humanas, no ha tenido logro pleno y afronta corrientes contrarias, implícitas algunas en sus propios postulados.

¿Porqué, para formular algunos de los interrogantes que suscita la discutible vigencia de los principios del constitucionalismo, es reductible a formas y a normas racionales toda la actuación

del poder político real? ¿Todas las modalidades de poder pueden institucionalizarse, convertidas en competencias jurídicas normadas, en poderes constituidos y regulados por el derecho? ¿Es posible eliminar el influjo de los sentimientos, las pasiones, los prejuicios, los intereses particulares, las costumbres, las tradiciones, las creencias, las supersticiones, los mitos, las ideologías y, en fin, todas las motivaciones que condicionan la conducta del hombre, y que son la circunstancia concreta desde la cual el poder es ejercido por los hombres?

¿El Poder Constituyente verdaderamente decide el modo de ser del Estado de manera incondicional o está determinado por los hechos, las situaciones presentes, la carga del pasado, la condición del pueblo que organiza? ¿Su función es creadora o simplemente codificadora de una realidad preexistente, ineludible, en la que coordina sus contradictorios elementos, articulados según su función propia y su importancia política, como titulares de poder, influyentes en las decisiones de poder o destinatarios de esas decisiones?

De otro lado, ¿puede despersonalizarse el poder, de manera que su ejercicio siempre ha de radicarse en determinados hombres? ¿Y la función de gobernar y el oficio de decidir y dirigir, aunque son objetivos, han de realizarse por medio de la voluntad de esos sujetos?

¿Es resistible la natural tendencia del poder a concentrarse y monopolizarse? ¿Pueden desligarse entre sí las distintas expresiones del poder del Estado, o su separación es meramente formal? Y, más al fondo, y éste es el problema actual, ¿son separables el poder político, el poder económico y el poder de los medios masivos de comunicación cuando sus intereses son confluyentes, aunque en apariencia sus detentadores son distintos?

Todo esto pone en entredicho las aplicaciones de la teoría constitucionalista. Hechos que nos enseñan la relatividad de toda teoría política en sus implicaciones prácticas, y su provisionalidad e insuficiencia, que impone la necesidad de su revisión crítica, y el realismo que debe ir rectificándola y enriqueciéndola.

El poder político sigue siendo impredecible, inasible, sorprendente, misterioso, multiforme, recursivo, innovador. Puede rehacerse su historia. Es difícil señalar exactamente sus futuros caminos.

## 2. LOS OBJETIVOS INMEDIATOS Y REMOTOS DEL CONSTITUYENTE

Es preciso agregar algunas indicaciones sobre el sentido que debe tener el Poder Constituyente.

El ejercicio de este poder se aplica a un fin inmediato y objetivo: la creación y la reforma del Estado. Allí concluyen las consecuencias jurídicas de ese ejercicio.

Pero el Estado no es un fin en sí, ni tiene su fin en sí mismo. Su naturaleza es instrumental, de medio; su carácter es servicial.

Y de ahí, ¿el Estado para qué, el Estado para quiénes? De lo cual resulta que el Constituyente tiene también un fin remoto que trasciende al Estado y su ordenamiento jurídico.

El constitucionalismo liberal ha contestado: el Estado es el garante de la libertad y la igualdad de los individuos que lo han formado por asociación voluntaria. El Estado debe crear y defender las condiciones en que pueda desarrollarse con independencia la iniciativa particular, en competencia igualitaria, y donde se respeten y aseguren la propiedad privada y los demás derechos de contenido económico, cultural, religioso y social.

Representó esta posición un progreso evidente. Degeneró, sin embargo, en formalismo jurídico, vacío de esencias y valores más estimables que la igualdad formal ante la ley y la libertad política.

Por esto, el Poder Constituyente en la actualidad debe enderezarse a que el sistema del Estado de derecho que realiza la mera legalidad evolucione en el sentido de ser un Estado para el bienestar, y más, un Estado de derecho y de justicia. Sin ese avance, el Estado de derecho será sustituido por un Estado de poder, autoritario, de derecha o de izquierda, que ofrezca mejores condiciones de vida material a todos.

El Poder Constituyente no se agota, pues, en la normación del Estado. Ha de actualizar y revalorizar esa organización con contenidos de justicia distributiva actual, y asumir medios de acción directa y frecuente sobre las decisiones del Estado.

### 3. REVITALIZACIÓN DEL CONSTITUYENTE

El Poder Constituyente no debe ser estático, pues desaparece o se convierte en mera ficción legitimadora *ab initio* o por conformismo presunto o tácito con un sistema.

Todo poder, se dijo, es tal, en cuanto obra. El poder inerte es mítico. Y, reducido a una representación unilateral, decae o es falseado.

El cabildo abierto, las asambleas populares, las organizaciones cívicas, el derecho de petición, la articulación del sector privado con el público en organismos mixtos de dirección y asesoría en uno y otro campo, el mandato imperativo de los electores sobre los elegidos, la posibilidad de revocar su investidura representativa, la planeación democrática del desarrollo, el acceso de todos a los medios de comunicación masiva, la obligación estatal de consultar a las organizaciones privadas, otorgan representación, continuidad e influjo al Constituyente mitificado en el dogma de la soberanía nacional.

No hay poderes inmanentes que residan esencial y exclusivamente en un ente orgánico. Los poderes se conquistan por su ejercicio efectivo. La nación está integrada por organizaciones concretas de intereses que deben participar en el poder político y colaborar en la realización de sus decisiones.

La sociedad del presente es una sociedad de organizaciones, no de individuos. Esto impone el cambio de la estructura estatal para reordenar las relaciones entre sociedad y Estado, edificadas hasta hoy por la tensión individuo-Estado.

La nación no puede estar reducida a ser la fuente de poder, el origen de la legitimidad del poder. Debe ser un poder efectivo de ejercicio frecuente. Esto exige revisar principios como los formu-

lados en los artículos 105 y 179 de la Constitución colombiana, para conformarlos a la realidad. Se lee en el primero que “los individuos de una y otra cámara [y lo mismo puede predicarse de los demás cuerpos y funcionarios electivos] representan a la nación entera”, y que han de decidir sólo con miras al bien común, y en el otro se dispone que quien sufraga o elige no confiere mandato ni impone obligaciones al funcionario electo. Principios de un absolutismo y generalidad que les dan visos de utopía.

Desligan a los representantes de los representados; hacen que aquéllos sean inviolables e irresponsables en sus decisiones; agotan el influjo político de los gobernados en el acto de votar; ignoran los intereses reales de la sociedad; destruyen la contradicción dinámica que es la estructura real del conjunto nacional; fingen una unidad armónica y abstracta del todo social, que desdibuja sus incongruencias y conflictos.

Más bien es necesario poner de acuerdo esos principios con el criterio del artículo 52 de la Constitución, que preconiza la urgencia de una justicia social, un desarrollo armónico e integral de la comunidad, una protección de las clases proletarias, una política de pleno empleo de los recursos humanos y naturales, criterio sociológico que acepta la desarmonía existente, las fallas y carencias del sistema, el desequilibrio de su desarrollo. Y que se complementa con la consagración de que, entre los fines del Estado, según dispone el artículo 16, hay deberes sociales, como el de la asistencia pública, a los desposeídos, la especial protección del trabajo, la garantía de las conquistas laborales aun en estado de emergencia económica y social, que revelan la brecha social entre “las dos Colombias”, y la condición de subdesarrollo que nos agota y deprime.

No puede haber desarrollo social, económico, cultural, sin desarrollo político. El desarrollo no puede ser sino integral; sus distintos aspectos son interdependientes. El desarrollo político no se promueve sin participación del sector gobernado en la toma de las decisiones políticas. Un Constituyente latente, subyacente, lejano, momificado, que abdicó de sus poderes al crear el Estado, en

cuyo nombre se decide, pero al que no se consulta, y que no expresa sus demandas, frena el desarrollo.

Para redondear el ciclo de la democracia verdadera, el pueblo constituyente ha de ser el origen del poder legítimo, pero también el fin y el destinatario del poder justo.

#### 4. POSIBLES DESARROLLOS DEL CONSTITUCIONALISMO

El Poder Constituyente primario, que es el poder natural y espontáneo de la comunidad sobre sí misma para dar forma política a su vida colectiva ya que el Estado es, precisamente, esa vida en forma, y su Constitución, la forma que se ha dado a esa vida, está eclipsado por su regulación constitucional, por su mediatización a los intereses de partido, no siempre congruentes con los de la comunidad nacional, y por la preocupación de mantener la idea de los gobiernos representativos.

Para revitalizarlo y hacerlo actuante ha de darse paso a una transformación en este triple frente. Así:

No son los partidos políticos las únicas organizaciones representativas; debe darse juego a otras organizaciones en el proceso de la toma de decisiones políticas.

La democracia representativa debe recibir el injerto de instituciones de democracia directa, dejando los melindres del purismo formalista. Los plebiscitos, los referendums, las peticiones e iniciativas populares deben emplearse para ratificar expresamente las decisiones políticas de los gobernantes, y recibir, a su vez, las decisiones políticas de los gobernados, como obligatorias, reviviendo la relación de reciprocidad cooperativa sociedad-Estado en que consiste la forma democrática de vida.

El sistema constitucional debe ser apto para captar formas aún no institucionalizadas de voluntad popular, distintas de los simples mecanismos tradicionales de la organización electoral, sea a título de asesoría informal, de consulta forzosa, de decisión obligante, al margen de la pura mecánica partidaria, en la que hoy se

ha delegado monolíticamente la representación y la capacidad de iniciativa, de deliberación y de decisión políticas.

Un sistema pluralista de fuerzas económicas, sociales y políticas, con sentido de integración nacional, configuraría bien el auténtico Poder Constituyente, puesto que reflejaría globalmente la Constitución natural, sociológica, del país. Un sistema mixto de democracia representativa y directa, que combinara las ventajas de la dirección electiva y la acción popular, lo institucional y lo espontáneo, haría la democracia participante.

La organización Estado recibiría energía y motivación de las iniciativas y decisiones populares, y las demás organizaciones sociales serían a su vez realizadoras de las decisiones estatales.

Se superaría así el dualismo Poder Constituyente poderes constituidos, que aleja el poder de la voluntad de los gobernados, y se eliminaría la discontinuidad de la voluntad política popular que la hace ficticia y teórica, limitada como está a manifestar periódicamente su ascenso sobre las personas que deben gobernar. Ella debe expresarse también sobre estos interrogantes: ¿para qué se gobierna?, ¿para quiénes se gobierna?, ¿cómo se gobierna?, y aún más: gobernar y decidir local, regional y nacionalmente, cada vez que se quiera o se propongan cambios estructurales o funcionales del Estado, aunque no signifiquen un cambio de legitimidad, pues el Estado está siempre haciéndose, proceso continuado en que debe participar su hacedor, el Constituyente.

## 5. PODER CONSTITUYENTE E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

La urgencia y la necesidad de una integración económica supranacional, en el ámbito continental o regional, como un instrumento para salir del subdesarrollo y mecanismo que neutralice las consecuencias de la dependencia económica, plantean los más agudos problemas a la teoría del Poder Constituyente.

Porque la aceptación de un poder supraestatal autónomo, con competencias propias recibidas por traspaso hecho por los Estados integrados, capaz de decisiones que obligan a éstos, inde-

pendiente de su consenso, implica una revisión tanto de los conceptos de soberanía, como de integridad e independencia del Estado, y compromete la concepción del Poder Constituyente recibida del constitucionalismo clásico.

En concreto: la integración implica una autolimitación de la autonomía nacional en el orden jurídico y en el político, en relación con la regulación y manejo de la actividad económica, lo cual toca directamente con una decisión constituyente, por cuanto afecta la Constitución del Estado, de forma igual a la de una integración política o a una desintegración de tal clase. Se produce un cambio, en parte estructural y en parte funcional, del Estado.

Las relaciones del Estado con los órganos de la integración no son como las interestatales del derecho internacional, fundadas en los principios de igualdad y reciprocidad, pues en las primeras caben tratamientos preferenciales para miembros del grupo integrado, y la solidaridad de éste se revela en su unidad económica frente a los países que no pertenecen al área de integración.

Con realismo: si la integración es un imperativo para el desarrollo, si la jurisdicción territorial del Estado es un ámbito superado por el concepto de espacio económico y si el propio Estado ha recortado sus competencias legislativas a los órganos supranacionales, hay que reconocer que el Poder Constituyente tiene un nuevo condicionante externo de su capacidad en el orden económico interior, con las consiguientes implicaciones políticas.

Por esto, la afiliación a un grupo de integración no ha debido tramitarse por las formas tradicionales del derecho internacional público, o exclusivamente por ellas, y ha debido precederlas o subseguirlas una manifestación de voluntad popular; porque el mandato representativo de los gobernantes, creemos, no alcanza a producir mengua de la soberanía, sin decisión directa de quien es su titular.

Se diría, en vista del proceso integracionista, que en su última fase el Poder Constituyente decrece, como consecuencia de la interdependencia forzosa de las naciones que imponen la universalización de la historia, los avances tecnológicos y de los medios

de comunicación, y la solidaridad de los hombres como especie ante los peligros que amenazan su extinción.

A grandes trazos, la teoría aquí propuesta se resume en los siguientes conceptos:

A. El Poder Constituyente es una capacidad autogenerada y adquirida por los entes políticos nacionales en variable y dificultoso proceso; no es innato ni gratuito, ni nace con la plenitud de sus actuales atributos.

B. La titularidad del Poder Constituyente es conjunta: del grupo predominante en la nación en el momento histórico respectivo, en situación efectiva de adoptar la decisión política constituyente, y del pueblo que la asiente y convalida, aportándole su legitimidad; no hay ejercicio de Poder Constituyente sin concurrencia del pueblo, pero éste no puede ejercer su poder, directamente, por sí mismo.

C. El subdesarrollo económico, social, cultural y político condiciona, determinándolo, deformándolo y falseándolo, el Poder Constituyente.

D. El Poder Constituyente primario decide la Constitución política del Estado y sus cambios; el Poder Constituyente derivado sólo tiene competencia para reformar la Constitución jurídica o normatividad constitucional en que se refleja la voluntad organizadora del constituyente primario.

E. El Poder Constituyente implica su ejercicio frecuente y continuado, o desaparece y es burlado.

Si el Estado está haciéndose, si es “estructura de poder en el devenir”, el Constituyente debe participar en su proceso de cambio.

F. La democracia representativa pura, radicada exclusivamente en la acción partidaria, eclipsa al Constituyente primario; los mecanismos de la democracia directa son de la naturaleza de la actuación constituyente.

G. El ciclo del Poder Constituyente se cierra y se hace pleno, cuando no queda confinado a ser la fuente del poder legítimo, sino que, como gobernado, es el fin y el destinatario de las decisiones justas de los gobernantes que instituyó.

Demos relieve a estos aspectos. Una concepción del Poder Constituyente como la expuesta bien puede llamarse funcionalista, ya que se ha construido básicamente poniendo el acento en la función de legitimación de los cambios políticos que se institucionalizan. Una denominación más completa sería la de teoría funcional-legitimadora del Poder Constituyente, pues describe objetivamente la actuación histórica que ha cumplido el pueblo en Hispanoamérica, cuando los grupos predominantes en cada uno establecieron la república o han hecho cambios sustanciales en su régimen político.

Es también un concepto dualista del Constituyente, desde el punto de vista de la integración compleja de su titular: la elite con capacidad política decisoria, asistida por la energía popular aplicada a sostener y legitimar la decisión, de modo que la función constituyente exige un ejercicio conjunto.

Y, en cuanto a la materia u objeto de ese poder, plantea la tesis de que el Constituyente primario es el que crea y cambia la Constitución política, y el secundario es el encargado de las reformas de la Constitución normativa o jurídica del Estado.

Se precisa así mejor la doble función constituyente en sus aspectos de instauración de la legitimidad y conservación de la misma.

Debe notarse, finalmente, el sentido dinámico que se ha procurado dar a esta concepción del Constituyente, al sentar que los cambios políticos son un proceso continuado porque el Estado está haciéndose, lo que exige la participación directa y frecuente del pueblo en esa tarea, porque un poder no actuante no existe, y este criterio dinámico también está presente en cuanto describe el proceso de nacimiento e integración histórica del Poder Constituyente, aún no concluido, e indica sus posibles desarrollos futuros.

No se considera suficiente, pues, la afirmación escueta de que la nación es el Constituyente primario; la de que su función como tal es la de fundar y recrear el Estado, como organización o estructura de poder y como orden jurídico, y la de que el Constituyente primario permanece latente, porque tales hipótesis no tie-

nen confirmación en la realidad sociológica ni en la historia. Además, es una concepción estática, que anquilosa al Constituyente, apartándolo de su función legitimadora, que debe ser actual, actuante.

De este modo, en la teoría propuesta parece haberse superado la indefinición de la función del pueblo como Constituyente primario; se precisa el aspecto de la titularidad de ese poder, así como la determinación de su objeto y sus fines, deducido todo de la historia y la realidad nacionales.