CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

Título IV

De la participación democrática y de los partidos políticos

Mauricio García

Constitución Política de Colombia
comentada por la
Comisión Colombiana de Juristas

Título IV
De la participación democrática y de los partidos políticos

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA
COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

TITULO IV
DE LA PARTICIPACION DEMOCRATICA Y DE LOS PARTIDOS POLITICOS

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS

COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

© COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS
(Antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana)
Carrera 10 Nº 24 -76 Oficina 1101
Bogotá, Colombia
1997

® **Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas**

Obra completa **ISBN: 958-9348-10-6**

DIRECTOR
Gustavo Gallón

EDITOR
Carlos Marín

COORDINADOR
Manuel Barreto

© MAURICIO GARCÍA VILLEGAS
® **Comentarios al Título IV de la Constitución: "De la participación democrática y de los partidos políticos"**

ISBN: 958-9348-15-7

DISEÑO Y PREPARACIÓN EDITORIAL: **Ricardo Alonso**
CONCEPTO DE PORTADA: **Tinte**
IMPRESIÓN: **Impreandes-Presencia**

EN LA PORTADA:
"ALACENA CON ZAPATOS". Ensamblaje.
Grupo EL SINDICATO, 1978
Colección MUSEO DE ARTE MODERNO, Bogotá

Este proyecto editorial fue posible gracias al auspicio de las entidades financiadoras SWISSAID, PROGRAMA POR LA PAZ DE LA COMPAÑIA DE JESÚS Y CATHOLIC RELIEF SERVICES.
La impresión de este volumen se realizó con fondos donados por la Embajada del Canadá.

Tabla de contenido

Presentación 7

Guía de lectura 9

Introducción 13

I. El origen conceptual de la tradición democrática 13

1. Gobierno de hombres o de leyes 14

2. La democracia moderna 16

2.1. la crisis de la democracia representativa 17

2.2. la democracia de partidos 19

3. La democracia participativa 20

II. Elementos de la democracia constitucional 23

1. Democracia y liberalismo 23

2. Principio mayoritario y derechos fundamentales 25

3. Legislación y derechos humanos 28

4. Igualdad legal e igualdad substancial 31

5. Pluralismo y esencialismo 32

Capítulo 1: De las formas de participación democrática 33

Artículo 103 33

Artículo 104 53

Artículo 105 57

Artículo 106 61

Capítulo 2: De los partidos y de los movimientos políticos 65

Artículo 107 65

Artículo 108 75

Artículo 109 89

Artículo 110 95

Artículo 111 99

Capítulo 3: Del estatuto de la oposición 103

Artículo 112 103

Presentación

La Comisión Colombiana de Juristas (antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana) ha estudiado la Constitución de 1991 desde la perspectiva de los derechos humanos, con especial referencia a los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario. La interpretación de la Constitución orientada por el interés de hacer real la vigencia de los derechos humanos no es simplemente otra entre las varias posibilidades de lectura de la Constitución, sino que es la que más se adecúa a su letra. Así se desprende de sus artículos 1 y 2 que fundan al Estado colombiano en el respeto de la dignidad humana y definen la garantía de los derechos humanos como el fin esencial del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades: "El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana" (Sentencia T-02/92)

No obstante, esta tendencia de interpretación no parece todavía mayoritaria en el ámbito de la doctrina. Algunos de los manuales de derecho constitucional siguen siendo escritos por autores formados bajo el espíritu de la derogada Constitución de 1886 y del cual no se han desprendido. Con esta obra la Comisión Colombiana de Juristas busca fortalecer una corriente de interpretación de la nueva Constitución, derivada de su texto y por ello fundada en los derechos humanos.

La Constitución de 1991 encierra en una síntesis afortunada diversos elementos de un proyecto de democratización de la vida política en Colombia, el cual enfrenta hoy no pocos obstáculos. Una vez promulgada la Carta, se inició el debate político entre quienes abogan por una Constitución viva y los que prefieren que permanezca tan solo como una Constitución de papel, o que simplemente buscan su reforma regresiva. La tendencia a la contrareforma tomó fuerza considerable en los primeros meses de 1995 debilitándose luego. Pero renació en 1996 con el proyecto de la reforma a la Carta presentada por el gobierno, el cual fue aprobado en primer debate para luego hundirse de manera definitiva. Los presentes comentarios de la Constitución de 1991 buscan contribuir a asegurar su eficacia, a debilitar y deslegitimar las tentativas de modificación reaccionaria de sus contenidos, y con ello, a que la Carta se realice como camino civilizado de superación de la crisis de violencia y como iniciativa de paz, apertura democrática y justicia social.

Para llevar a buen término esta obra fue convocado un grupo de académicos y profesionales con amplia experiencia en el tema de los derechos humanos, a los cuales se encargó la redacción de un comentario, artículo por artículo, de la Constitución de 1991. A partir de la intención que todos comparten por lograr un mejoramiento de la grave situación de derechos humanos en Colombia, los autores han elaborado sus textos con plena independencia. Antes de su publicación, los comentarios han sido sometidos a un seminario de discusión entre el grupo por espacio de cerca de tres años, mecanismo que produjo observaciones, respecto a las cuales los autores tuvieron plena libertad para introducirlas en sus escritos o abstenerse de hacerlo. Por ello puede encontrarse en algunos casos que los comentadores sostienen posiciones distintas a las de sus colegas en esta obra, o que difieren de las que ha asumido públicamente la Comisión Colombiana de Juristas. Sin embargo, tal eventualidad es en realidad excepcional, por lo cual esta obra debe considerarse como un trabajo colectivo inspirado en el propósito común del respeto de la dignidad humana en Colombia.

La obra se publica en tomos que en general corresponden a los títulos en que está dividido el articulado de la Constitución. Encargados de los temas de su especialidad, los comentaristas son los siguientes:

Título I: De los principios fundamentales, Mario Madrid-Malo
Título II: De los derechos, las garantías y los deberes, Libardo Sarmiento y Manuel Barreto

Título III: De los habitantes y el territorio, Manuel Cifuentes
Título IV: De la participación democrática y de los partidos políticos, Mauricio García
Título V: De la organización del Estado, Tulio Chinchilla (En circulación).
Título VI: De la rama legislativa, Tulio Chinchilla
Título VII: De la rama ejecutiva, Gustavo Gallón
Título VIII: De la rama judicial, Danilo Rojas, Oswaldo Sepúlveda y Uriel Amaya
Título IX: De las elecciones y la organización electoral, Juan Fernando Jaramillo
Título X: De los organismos de control, Uriel Amaya y Danilo Rojas
Título XI: De la organización territorial, Néstor Raúl Correa (En circulación).
Título XII: Del régimen económico y de la hacienda pública, Rodrigo Uprimny
Título XIII: De la reforma de la Constitución, Mario Madrid-Malo

Queremos agradecer a todas las personas que han contribuido a llevar a buen término este proyecto, en especial a Hernando Valencia Villa, quien dio impulso a la obra siendo su primer coordinador; a Luis Javier Caicedo, inicialmente asistente editorial y a Luz Miryam Leguizamón y Alberto García, de la Sala Constitucional de la Biblioteca Luis Angel Arango, por su generosa colaboración en la consulta de los archivos a su cargo. Finalmente, al Museo de Arte Moderno de Bogotá, por la autorización para la reproducción de la obra que aparece en la portada de este tomo.

Guía de lectura

La Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas se publica por tomos que coinciden, en la mayoría de los casos, con los títulos en los cuales se divide la Carta. Considerada en su conjunto la obra ofrece un análisis de la totalidad de la Constitución. Visto en su particularidad, cada tomo es también una obra completa pues aborda en profundidad y de manera exhaustiva el contenido del título correspondiente, sin perjuicio de hacer referencia a normas que pertenecen a otros títulos, pero que guardan una estrecha relación con los artículos que le competen.

Cada uno de los tomos se compone de dos partes: una introducción al título al cual se refiere y un comentario individual a los artículos que de él hacen parte.

En el comentario a cada uno de los artículos se realiza un análisis de su contenido y se tienen en cuenta su contexto histórico, sus antecedentes en la normatividad preconstitucional y en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, y sus desarrollos legislativos y jurisprudenciales, en la medida en que los comentaristas consideran que estas perspectivas de reflexión contribuyen a la aclaración del significado de la norma constitucional.

El comentario de cada artículo está acompañado de un anexo que permite al lector avanzar en el estudio y la aplicación de la norma. Este agregado cuenta con los siguientes elementos:

- Las concordancias con las demás normas constitucionales.*

- Los antecedentes en la Constitución de 1886.**

- Un índice de la evolución del texto del artículo** y de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente.***

- Un índice de la legislación pertinente.

- Un índice de la jurisprudencia de la Corte Constitucional desarrollada en ejercicio del control de constitucionalidad y de la revisión de la acción de tutela.

- Un índice de las normas internacionales de derechos humanos aplicables.*

* Elaborados por Manuel Barreto

** Elaborados por el abogado Luis Javier Caicedo.

*** Los derechos de este índice –elaborado por la Consejería para el Desarrollo de la Constitución de la Presidencia de la República– fueron cedidos para esta obra por la Biblioteca Luis Angel Arango de Bogotá. En ausencia de su publicación puede ser consultado en la Sala Constitucional de esa entidad, junto con la Gaceta Constitucional, las propuestas de reforma constitucional presentadas por el pueblo colombiano y por los constituyentes, las ponencias presentadas por los constituyentes en comisiones y en plenaria, la transcripción de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente y grabaciones en casete y video.

Abreviaturas

art.	artículo
ANC.	Asamblea Nacional Constituyente
col.	columna
CP.	Constitución Política (Cuando aparezca citada alguna norma sin mención específica al cuerpo normativo del cual hace parte se entenderá que se hace referencia a un artículo de la Constitución Política de Colombia de 1991).
GC.	Gaceta Constitucional
MP.	Magistrado Ponente
No.	número
n./ns.	numeral, numerales
pág./págs.	página, páginas
párr./párrs.	párrafo, párrafos

Título IV

De la participación democrática y de los partidos políticos

Introducción

El Título IV que se comenta a continuación deriva su sentido del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano consagrado en el artículo primero de la Constitución Política. Esta fundamentación pone de presente la importancia de la relación conflictiva y problemática entre democracia y Constitución. En efecto: un sistema jurídico estructurado y concebido bajo la idea de protección de los derechos fundamentales necesariamente debe establecer mecanismos para resolver los conflictos que se presentan cuando este propósito esencial choca con los procedimientos democráticos. Al respecto aparecen dos tipos de soluciones opuestas: la primera considera que la voluntad mayoritaria -democracia- es el referente definitivo de solución de tales conflictos. La Constitución se debilita y flexibiliza frente a la ley: en caso de oposición la democracia siempre prevalece sobre los valores, principios y derechos constitucionales. La segunda estima que la voluntad mayoritaria tiene limitaciones sustanciales cuya determinación está a cargo de los jueces constitucionales.

El concepto de democracia constitucional no puede ser comprendido a cabalidad por fuera de los acontecimientos históricos que le han dado entidad y configuración. La experiencia política ha tenido aquí un papel determinante y su importancia se ha hecho cada vez más palmaria con el paso del tiempo y el avatar de los acontecimientos. En este estudio –de carácter descriptivo y propedéutico– se verá cómo la democracia constitucional ha nacido de la dialéctica entre pensamiento y experiencia, entre idealismo racionalista y pragmatismo empírico. Intentará mostrar de qué manera, en el concepto de democracia constitucional, razón y pasión –poder y derecho– se combinan en una síntesis que nunca se libera de las tensiones propias de los elementos que la componen.

I. EL ORIGEN CONCEPTUAL DE LA TRADICIÓN DEMOCRÁTICA

Desde sus orígenes en Grecia el ideal democrático se ha presentado como un propósito político que consiste en lograr la mayor identidad posible entre los gobernantes y los gobernados[1]. La democracia es el sistema de gobierno en el cual el pueblo *–demos–* ejerce el poder *–kratos–* sin limita-

[1]La tradición democrática entendida como gobierno del pueblo se remonta al Siglo V A.C. con Pericles (*Oración fúnebre*) y con Eurípides (*Las suplicantes*). No faltaron críticas a esta concepción desde sus primeras formulaciones. Estas pueden verse en Aristófanes, Jenofonte (*Memorables*, Libro III) y sobre todo en Platón (*La República*). Una propuesta de democracia moderada es desarrollada con gran éxito por Aristóteles (*La Política*, III, V) quien distin-

ciones. Este ideal adquiere la forma política de una democracia directa en la cual el pueblo mismo toma las decisiones gubernamentales a las cuales se somete, sin intermediación alguna. Las dificultades que presentaba un sistema de poder semejante –relacionadas con la posibilidad de reunir a los miembros del pueblo para que efectivamente decidan y con el contenido mismo de tales decisiones– redujeron sus alcances a la condición de mero ideal y en algunos casos de ideal contraproducente[2].

1. GOBIERNO DE HOMBRES O DE LEYES

Los orígenes del debate moderno y contemporáneo sobre la democracia se encuentran en la discusión griega entre los partidarios del gobierno de hombres y los partidarios del gobierno de leyes. Esta discusión tiene relación con el modo de gobernar y se diferencia de la también clásica discusión griega sobre las formas de gobierno.

La noción del gobierno de las leyes se encuentra plasmado en numerosos textos tanto de Platón como de Aristóteles[3] y recorre toda la historia occidental, pasando por el medioevo en donde se consideraba que no era el rey quien hacía la ley sino la ley quien hacía al rey, hasta llegar al concepto de *rule of law* en Inglaterra y luego de *Grundnorm* en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

La concepción que beneficia el gobierno de hombres tiene sus raíces en la noción antigua de soberano-padre o de visión paternalista del poder[4]. El padre gobernante se une a los miembros de la sociedad por lazos

---

gue tres tipos de regímenes políticos: monarquía, aristocracia y timocracia –democracia censitaria–, con sus respectivas formas degeneradas: tiranía, oligarquía y democracia. Su "Constitución política" intenta conciliar el principio democrático y el principio aristocrático. Esta tradición griega se desarrolla y extiende en el medioevo con Ulpiano (*Digesto*, I, 4, 1) y con Giuliano (*Digesto*, I, 3, 32) quienes diferencian entre la titularidad del poder, que pertenece al pueblo y su ejercicio. En igual sentido pero con mayor audacia y énfasis Marsilio de Padua (*Defensor Pacis*). En la modernidad se retoman las divisiones duales para contraponer la república al principado (Maquiavelo) y para resaltar la importancia de los regímenes en los cuales el poder se encuentra repartido entre varios (J. Althusius, *Política methodice digesta*).

[2] El más aguerrido opositor al gobierno popular es quizás E. Burke, (*Reflexions on the Revolution in France*, Oxford University Press, 1993). En contra del principio mayoritario defendido por Sieyes como mecanismo para la conformación del gobierno, Burke considera que la voluntad del gran número y el interés del gran número rara vez coinciden. Una visión mas reciente de los peligros de la identidad entre gobernantes y gobernados se encuentra en M. Krielle, *Introducción al estudio del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

[3] "Parece conforme a estas reglas –dice Aristóteles en *La Política*, III, X– que la ley debe ser soberana antes que el monarca, y que, por consecuencia lógica, los que son investidos de los poderes para bien del Estado no deben ser otra cosa que guardianes y ministros de la ley". Al respecto ver el capítulo de N. Bobbio, "Gobierno de leyes, gobierno de hombres", en *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, págs 148-170.

[4] Al respecto ver M. Foucault, "Omnes et singulatium: hacia una crítica de la razón política", en *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990.

éticos y no jurídicos. Esta misma tendencia se manifiesta en la idea del legislador extraordinario de Rousseau y en el siglo XX adquiere una relevancia especial en los desarrollos del concepto de estado de excepción de K. Schmitt[5] y en el postulado del carácter necesario de la dictadura del proletariado[6].

En estas dos concepciones se pone de presente la tensión entre los elementos jurídicos y los elementos políticos de la democracia. Mientras una tendencia concentra sus esperanzas en la voluntad de los mejores hombres de la sociedad para dirigir el gobierno, la otra desconfía de un poder determinado por la voluntad individual y propone el sometimiento general de los gobernantes a una ley previa. En el primer caso el factor político es la fuente del derecho, en el segundo el derecho es la fuente de la actividad política. Para los primeros una norma de control debe primar sobre una decisión política, para los segundos es lo contrario.

Esta división entre lo jurídico y lo político está relacionada con una diferencia de percepción de la naturaleza humana y de su vinculación con el poder. La concepción política de la democracia asume una visión optimista de la naturaleza humana y de su capacidad para contribuir al bienestar social. La concepción jurídica, en cambio, encuentra peligros inaceptables en la posibilidad de someter el poder a una voluntad humana incontrolada[7]. Para esta segunda posición el poder corrompe y hace codiciosos y egoístas a los gobernantes, incluso cuando se trata de almas originariamente buenas y solidarias. Esta misma dicotomía se manifiesta en la relación entre ideología y tradición. Mientras que una opinión estima que el diario político es la fuente esencial de la organización institucional[8], la otra encuentra en la herencia histórica la clave de la conformación institucional[9].

---

[5] A propósito de Hobbes, Carl Schmitt comenta que "la soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas...", *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 94; Cfr. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992; sobre la importancia del voluntarismo político en Schmitt ver la obra de M. Kaufmann, *¿Derecho sin reglas?. Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Carl Schmitt*, México, Fontamara, 1993.

[6] "El poder político, en sentido estricto, es el poder organizado de una clase para la opresión de otra" dicen K. Marx y F. Engels en el *Manifiesto comunista*, Bogotá, Suramericana, 1960, pág. 44.

[7] Esta distinción es de tipo jurídico y no puede ser sobrepuesta a la diferencia puramente política hecha por C. Schmitt entre las auténticas teorías políticas que presuponen un hombre "malo", es decir "peligroso" y "dinámico" y las demás (*El concepto de lo político*, op. cit., pág. 90). Esta distinción conduce a la separación entre autoritarismo y anarquía y entre Estados fuertes o débiles, mientras aquella deriva en el tema de los límites de la soberanía.

[8] La Constitución francesa de 1791 inicia con estas palabras "la Asamblea Nacional (...) suprime irrevocablemente las instituciones que afectan la libertad y la igualdad de los hombres".

[9] "*The idea of inheritance*-explica Burke en oposición a la filosofía racionalista francesa que postula los cambios sociales a partir de los postulados de la razón abstracta-*furnishes a sure*

2. LA DEMOCRACIA MODERNA

La democracia moderna representa un salto cualitativo radical en relación con la democracia de los antiguos. Este cambio proviene de la concepción moderna de libertad. La especificidad moderna del concepto de libertad fue puesta en evidencia en el célebre escrito de Benjamín Constant "La libertad de los antiguos en relación con la de los modernos"[10]. En la antigüedad –explica Constant– el ideal comunitario prevalecía sobre los intereses y derechos individuales. Más aún, el individuo sólo podía lograr su realización en el conjunto de la sociedad; esta vinculación con el cuerpo social indicaba la configuración y el alcance de sus derechos individuales. "Nosotros no podemos gozar de la libertad de los antiguos –dice Constant– que estaba constituida por la participación activa y constante en el poder colectivo. Nuestra libertad en cambio debe estar constituida por el gozo pacífico de la independencia privada"[11].

De otra parte, el desmoronamiento de la posición dominante y universal de la Iglesia Romana a partir de las guerras de religión permitió el desarrollo de un espíritu de libertad y tolerancia en la Europa de finales del siglo XVII[12]. La concepción holista de la sociedad es entonces reemplazada por la filosofía individualista y liberal de los siglos XVII y XVIII.

La democracia moderna es una democracia representativa y no directa. Renuncia a la posibilidad de lograr una identidad entre gobernantes y gobernados. Ante la imposibilidad de que el pueblo tome sus propias decisiones, se acepta que el pueblo se limite a escoger a las personas que toman dichas decisiones.

La crisis de la democracia representativa se manifiesta en el desmoronamiento de la ilusión moderna de una vinculación firme y provechosa entre los representantes y los representados. La creación de los partidos políticos y su extraordinario desarrollo a lo largo del presente siglo, introdujo una organización de tal peso e importancia entre el ciudadano elector y el Estado que las relaciones entre el gobernante y el ciudadano pasaron a un segundo plano frente a las relaciones entre el gobernante y el partido[13]. El mandato popular se subordinó al mandato político-partidista, la efectividad del programa político quedó sometida al principio de la disciplina de partido.

---

principle of conservation, and a sure principle of transmission" (E. Burke, op. cit., pág.. 33). Esta visión social está íntimamente ligada a la importancia de la naturaleza en la definición de las instituciones (pág. 34 y ss).

[10] B. Constant, "De la liberté des anciens comparée a celles des modernes", en *Collection complete des ouvrages*, Vol. VI, parte 7, París, Bechet, 1820.

[11] Idem., pág. 252.

[12] Al respecto E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1981, págs. 277-281.

[13] Al respecto, N. Bobbio, *Il futuro della Democrazia*, Turín, Einaudi, 1985, págs. 29-55.

2.1 LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La crítica a la democracia representativa ha sido planteada a partir de la función general y de confianza prevista por este tipo de democracia para el representante. Norberto Bobbio explica cómo, contra el carácter fiduciario (de confianza) el marxismo ha propuesto la delegación y contra la generalidad de los intereses se ha propuesto la representación orgánica[14].

Algunos críticos consideran que la prohibición del mandato imperativo no es más que la negación escrupulosa de una realidad que quiere ocultarse. El pueblo es tomado como instancia decisoria y fundadora para la cual todas las demás instituciones están dispuestas. Bajo esta institución subyace la creencia mítica de una comunidad homogénea, racional y unitaria, generadora de un contrato social del cual el gobernante sólo es una pieza circunstancial que actúa mecánicamente en beneficio de todos. Así comenta Hans Kelsen este tipo de fundamentación:

> "El ideal de un interés... colectivo superior a los intereses de grupo y, por lo consiguiente, "suprapartidista", esto es, la solidaridad de intereses de todos los miembros de la colectividad sin distinción de confesión, nación, clase, etcétera, viene a ser una ilusión metafísica o, mejor dicho, "metapolítica", que suele denominarse con terminología bastante confusa comunidad "orgánica" o articulación "orgánica" de ella y contraponerse al llamado "Estado de partidos", esto es a la democracia mecánica"[15].

El partido político con su organización ha ido creciendo entre los gobernantes y los gobernados, entre representados y representantes de tal manera que el esquema tradicional de la democracia, entendida como unión entre unos y otros, gobernantes y gobernados, ha ido desapareciendo a causa de esta mediatización. El partido inicialmente concebido como vínculo entre el poder y los súbditos es ahora el obstáculo de esta vinculación.

Una de las críticas más célebres al carácter metapolítico de los partidos ha sido formulada por Robert Michels. En su opinión "la organización es la madre del dominio de los elegidos sobre los electores, de los delegados sobre los delegantes, de los mandatarios sobre los mandantes"[16]. A este mal no escapan –en su opinión– ni los partidos de izquierda ni los de derecha. El crecimiento natural del movimiento crea la necesidad de una dirección normalizada que entrega a los dirigentes la toma de decisiones y por ende el poder. Los valores democráticos se pierden en todas las

---

[14] Idem., págs. 29 y ss.

[15] H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Aalen, 1963, pág. 22.

[16] R. Michels, "Zur Soxiologie des parteiwesens in der modernen demokratie" citado por Kurt Lenk y Franz Neuman, *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Barcelona, Anagrama, 1980, pág. 41.

organizaciones políticas. Se desconoce la participación: "El partido desarrolla una guerra, por pequeña que sea, y por ello necesita una articulación jerárquica"[17]. El carácter burocrático-oligárquico de los partidos proviene de una necesidad técnica. Por eso, dice Michels, "decir organización, es decir tendencia a la oligarquía"[18]. La democracia es patrimonio de la espontaneidad propia de las pequeñas comunidades. La organización de las grandes empresas –como son los partidos– puede servir para lograr ciertos propósitos, pero en todo caso no el de la democracia. En su opinión "si existe una ley sociológica a la que están sometidos los partidos políticos –tomando el término político en su sentido más amplio– esa ley enunciada en su fórmula más breve, diría así: La organización es la madre del dominio de los electos sobre los electores"[19].

La crítica de Michels no sólo pone en tela de juicio la manera de proceder de los partidos contemporáneos; también cuestiona la esencia misma de la democracia de partidos. Al respecto es famosa la obra de Gerhard Leibholz. En su opinión, entre la vieja democracia liberal representativa y la nueva democracia de partidos existe un abismo que indica una transformación esencial. Las decisiones en el Estado, la *volonté général*, es el producto, ni más ni menos, que del querer de los partidos. Por eso, el parlamento se convierte en el lugar donde las diferentes comisiones registran decisiones que han sido ya formadas de antemano en otro lugar. El parlamento y sus leyes son obra de los partidos y no de los parlamentarios. Como consecuencia de esta transformación el diputado es cada vez más responsable ante el partido y menos ante sus electores. El diputado pierde su categoría de representante; su elección es el resultado de su pertenencia a un determinado partido y no de su personalidad y especiales cualificaciones[20]. Según Leibholz, esta nueva situación se asemeja a una manifestación racionalizada de la democracia plebiscitaria, o si se quiere, a un sustituto de la democracia directa en la cual no son los individuos los que deciden sino las organizaciones partidistas a las cuales estos pertenecen.

Esta opinión coincide con lo dicho por Max Weber cuando se refiere a los nuevos partidos como "empresas políticas en manos de profesionales de tiempo completo"[21]. En estas circunstancias, la elección se convierte en un acto plebiscitario en el que los ciudadanos se manifiestan en favor de candidatos y programas provenientes de decisiones internas del partido. "El elector –dice M. Duverger al respecto– puede escoger entre varios can-

---

[17] R. Michels, *Der Konservative Grundstat der Partei-Organization*, transcrito por Kurt Lenk y Franz Neuman, op. cit., pág. 245.

[18] Idem, pág. 243

[19] Idem, pág. 253

[20] G. Leibholz, *Der Struktur Wandel der modernen Demokratre*, transcrito por Kurt Lenk y Franz Neuman, op. cit. pág. 312.

[21] M. Weber, *Wirtschftund Gesellschaft*, transcrito por Kurt Lenk y Franz Neuman, op. cit., pág. 312.

didatos pero cada uno de éstos es designado por un partido"[22]. En consecuencia, "si se quiere mantener la teoría de la representación jurídica –continúa Duverger– hay que admitir que el elegido recibe un doble mandato: del partido y de sus electores (...) y en conjunto el mandato del partido tiende a llevar ventaja sobre el mandato electoral"[23].

2.2 LA DEMOCRACIA DE PARTIDOS

La constatación de una necesaria vinculación entre partidos e intereses dificulta la realización del objetivo clásico de identidad entre gobernantes y gobernados. De ahí la fuerza de una posición escéptica y realista sobre la democracia. El tema se plantea bajo nuevos supuestos, más formales y menos sustanciales: el valor de la democracia de partidos proviene de la aceptación de diversas ideologías, esto es de diversos intereses, no de una concepción unitaria del interés general. En este nuevo esquema, el conflicto abierto, generalizado y libre, es la fuente de la democracia. Esta es la idea de Krielle cuando define la democracia de partidos como la "transferencia de la idea del proceso judicial al proceso político de legislación"[24]. El parlamento es una especie de juzgado. Allí los diversos intereses se pueden presentar como demandantes; todos tienen derecho a ser oídos, y nadie puede ser juez en asunto propio. La legislación es una especie de fruto sintético de los intereses en conflicto.

Esta teoría –según Krielle– no puede mantenerse en pie sin la suposición de un fuerte imperativo ético en cabeza de los legisladores, quienes por esta razón prefieren el interés general al interés particular. Otros piensan que la vinculación entre interés e ideología es motivo suficiente para tomar partido por unos intereses en detrimento de otros y para luego constituir un Estado comandado por un partido único. Una tercera orientación estima que la sociedad se encuentra ineludiblemente abocada a una dirección de partido o interés y, por lo tanto, acepta este hecho pero lo enmarca dentro de un esquema de renovación con base en elecciones periódicas. Esta última, precisamente porque reconoce la imposibilidad de una unidad entre gobernante y la totalidad de los gobernados, esto es, porque reconoce el carácter irrealizable del ideal democrático, supone que el valor del sistema se encuentra en el procedimiento y en el respeto de las reglas de juego. De acuerdo con esta orientación Duverger define el sistema democrático como un "régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados por medio de elecciones sinceras y libres"[25].

De las tres apreciaciones sobre la democracia que han sido reseñadas, la primera recoge en buena parte el idealismo de la democracia liberal, al

---

[22] M. Duverger, *Los partidos políticos*, México, F.C.E., 1976. pág. 378.

[23] Idem, pág. 378.

[24] M. Krielle op. cit., pág. 447 y ss.

[25] M. Duverger, op. cit., pág. 378.

considerar posible la creación de valores depositarios de un interés general. La imposibilidad fáctica de conciliar muchos de los intereses sociales es una amarga lección para este tipo de idealismo. La segunda concepción ha sido aceptada por regímenes políticos de orientación marxista o por Estados dominados por ideologías teocráticas. La tercera es propia de las llamadas teorías procedimentales de la democracia que ven en la aplicación de los mecanismos del sistema la condición necesaria y esencial de la democracia[26]. Las tres concepciones mencionadas son dogmáticas en cierto sentido; sin embargo una diferencia fundamental separa las dos primeras de la tercera: mientras aquellas suponen la existencia de un interés mejor –general o de clase– claramente definido, la tercera es pluralista y participativa; sólo es dogmática en el procedimiento. Más adelante se retoma este punto.

2.3 LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La imposibilidad de llevar a cabo los ideales de la democracia directa más allá de los pequeños grupos, justifica la institución de la representación política. El ideal identitario es reemplazado por el ideal del mandato libre. Según la teoría liberal de los partidos, los candidatos, una vez elegidos representantes, se desvinculan de todos aquellos intereses particulares que incidieron en su elección y sólo actúan guiados por el interés general. Nada mejor que las palabras de E. Burke al respecto: "El parlamento es una asamblea deliberativa de una sola Nación, con un solo interés, el del todo, en el cual no deben servir de guía los prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo"[27]. Muy pronto los hechos demostrarían el carácter ilusorio de este ideal liberal. La extensión del sufragio y en general el aumento de la complejidad de los intereses sociales influyeron de manera determinante en este fracaso.

Incluso antes de que tales hechos ocurrieran el mismo Rousseau había previsto esta imposibilidad. "Si tomamos el término [democracia] en todo el rigor de su acepción –explica el padre de la democracia moderna– habría que decir que no ha existido nunca una verdadera democracia, y que no existirá jamás, pues es contrario al orden natural que el gran número gobierne y que el pequeño sea gobernado"[28]; y más adelante agrega en célebre sentencia "si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Pero un gobierno tan perfecto no es propio de hombres"[29]. Con este mismo realismo Rousseau critica la representación: "la soberanía no puede ser representada –dice– por la misma razón que no puede ser ena-

---

[26] Al respecto ver el texto de N. Bobbio sobre la voz "Democracia" en *Dizionario di Politica*, Turín, Utet, págs. 315-316

[27] E. Burke, "Speech to Electors of Bristol", en *The works of the Rt Hon. Edmund Burke*, Londres, Bohn Edition, 1886, vol. 1, pág. 447 y ss.

[28] J. J. Rousseau, *El contrato Social*, III, 4, Barcelona, Altaya, 1993, pág. 66.

[29] Idem, pág. 67.

jenada"[30]; y luego sostiene que "los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley". En contra de la tradición inglesa, Rousseau considera que el pueblo sólo es libre durante la elección de los miembros del parlamento; una vez pasada la votación el pueblo vuelve a ser esclavo.

El problema de la democracia es pues el de sus posibilidades de aplicación o si se quiere de su viabilidad. La democracia se deteriora con los "grandes números". Esto es especialmente cierto cuando se habla de democracia como participación directa del pueblo en la toma de decisiones. La autenticidad y la eficacia de una participación –explica G. Sartori– está en relación inversa con el número de los participantes[31]. De ahí los peligros de las teorías que pasan de la crítica al sistema de representación política a la exaltación democrática de las manifestaciones políticas en la plaza pública; lo cual tarde o temprano conduce a la exaltación pura y llana del líder o del caudillo supuestamente compenetrado íntegramente con el pueblo en el acto mismo de la manifestación política.

Esta tentación identitaria y metafísica no sólo está presente en el liderazgo marxista de tipo leninista; también es propio de una concepción conservadora como la de C. Schmitt. Según este autor "los representados no son los gobernados, sino la unidad política como un todo. En la democracia pura sólo hay la identidad del pueblo, realmente presente, consigo mismo, y por lo tanto, ninguna representación". Si de hecho, explica Schmitt, se presenta en la democracia una diferencia entre gobernantes y gobernados, esta sólo se justifica "por el hecho de que las personas que gobiernan y mandan permanecen en la homogeneidad substancial del pueblo"[32]. Esto lo lleva a la conclusión de que "la opinión pública es la forma moderna de la aclamación"; aclamación del líder en comunidad con su pueblo reunido en la plaza pública, por supuesto[33].

La llamada democracia plebiscitaria o refrendataria es quizás una fórmula menos ambiciosa que la ideada por Schmitt pero que encarna los mismos problemas derivados del número. En efecto, la idea según la cual los grandes debates nacionales deben ser sometidos a consideración del pueblo mediante plebiscito descansa en un supuesto generalmente inexistente respecto del conocimiento que la opinión pública tiene de tales debates. Mientras más grandes son los números que deciden, más generales son las preguntas que deben hacerse. De esta manera se combina el carácter amorfo y sensiblero de la masa con la simplificación y reducción de la complejidad propia de los cuestionarios, todo ello en medio de partidos políticos

---

[30] Idem, pág. 94.

[31] G. Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Bogotá, Altamir, 1994, pág. 75.

[32] C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pág. 232.

[33] Idem, pág. 241.

dominados por andamiajes publicitarios, estrechamente ligados a la imagen televisiva y con una enorme capacidad de manipulación.

Para que no hubiese dominación y las grandes masas pudiesen participar consciente y adecuadamente en los grandes debates mediante plebiscitos, las preguntas tendrían que ser tan específicas, técnicas y complejas que exigirían un conocimiento a profundidad de los temas que por lo general la opinión pública no tiene. Así lo entiende Macpherson cuando explica que "las preguntas tendrían que ser tan intrincadas como, por ejemplo, '¿qué porcentaje de desempleo aceptaría usted a fin de reducir la tasa de inflación en x por ciento?' o, 'Qué aumento de los tipos de a) impuesto sobre la renta; b) impuestos indirectos; c) otros impuestos (especifique cuáles) aceptaría usted a fin de aumentar en [espacio en blanco] por ciento (rellénese [perfórese] el espacio en blanco) el volumen de: 1) las pensiones de vejez; 2) los servicios de sanidad; 3) otros servicios sociales (especifique cuáles)?"[34].

Bajo estas premisas se corre el riesgo de que los mecanismos de participación política directa del pueblo sean mediatizados por las maquinarias partidistas y convertidos en un instrumento adicional del accionar político. Esta posibilidad se acentúa en sociedades con movimientos sociales débiles e incapaces de incidir en las instituciones como sucede en Colombia. En estas circunstancias, los partidos encuentran en la democracia participativa un herramienta adicional para cumplir –en términos de Macpherson– su función de "reconciliar el sufragio igual y universal con el mantenimiento de una sociedad desigual"[35].

Las soluciones plebiscitarias son aún más delicadas si se tiene en cuenta que en ellas se decide todo en favor de el "sí" o todo en favor del "no". Las minorías pierden todo y las mayorías ganan todo. El sistema plebiscitario –explica Sartori– es pues un sistema de decisión "suma nula": se gana todo o se pierde todo, mientras que el sistema de decisión en la representación es de "suma positiva", esto es el que pierde no pierde todo y el que gana no gana todo. Al aumento de los riesgos de manipulación política del pueblo en la democracia plebiscitaria se agrega el peligro del fundamentalismo o al menos del unanimismo. "Con la democracia refrendataria –explica Sartori– se toca el momento de la verdad en el que el ideal de la democracia etimológica sería realizada al pie de la letra y se tocaría también, preveo, el momento en el cual el ideal se vuelve su opuesto y se autodestruye (el éxito inverso, en el que cae, sin falta, el perfeccionista)[36].

Las consideraciones anteriores no excluyen la bondad de la participación en ciertos ámbitos restringidos de vida social. Más aún tomada como

[34] C.B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza, 1994, pág. 116.

[35] Idem, pág.. 85.

[36] G. Sartori, op. cit., pág. 82.

un mecanismo ascendente desde ámbitos circunscritos tales como la familia, la fábrica, el barrio, la escuela, etcétera, la participación tiene toda la vocación para democratizar un sociedad que en el mejor de los casos sólo está democratizada en lo político. Así piensa Bobbio cuando sostiene que hoy en día el proceso democrático no consiste, como suele pensarse de manera errónea en el paso de la democracia representativa a la democracia directa, "sino en el paso de la democracia política en sentido estrecho a la democracia social" o en otros términos "de la democratización del Estado a la democratización de la sociedad"[37].

II. ELEMENTOS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Las explicaciones anteriores demuestran cómo la democracia constitucional ha sido sólo en parte el producto de la reflexión y de la ideología. La experiencia también ha tenido un papel importante. Esto se debe a que en materia de organización política no todo lo que parece conveniente desde el punto de vista teórico resulta funcional y viable empíricamente. Más aún, las propuestas encaminadas a la realización de una utopía democrática no sólo resultan impracticables, sino que también son poco recomendables en la medida en que depositan en voluntades políticas específicas la esperanza mesiánica de redención de todo un pueblo, lo cual, además de ser una empresa que promete más frustraciones que otra cosa, entraña la creación de una relación política entre gobernantes y gobernados que propicia el autoritarismo. Esta ha sido una dura prueba para todas aquellas ideologías que –fieles a los postulados ideales de la democracia– han defendido el poder democrático en términos de identidad entre gobernantes y gobernados.

Las promesas incumplidas por los demócratas de todos los tiempos[38] sirven para recomendar una gran cautela en la formulación de hipótesis sobre la organización política y condicionan toda teoría a la experimentación y al análisis empírico. De ahí la importancia que tiene el estudio de las grandes revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII para desentrañar el sentido y alcance de la democracia constitucional actual. A continuación se aborda brevemente el análisis de los supuestos esenciales de cada una de estas revoluciones.

1. DEMOCRACIA Y LIBERALISMO

El constitucionalismo en sentido estricto sólo tiene cabida en la democracia liberal. Esto no significa que liberalismo y democracia se identifiquen; significa, eso sí que el liberalismo es una condición necesaria –aunque insu-

[37] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984, pág. 44.

[38] N. Bobbio, titula el primer apartado de su libro *Il futuro della democrazia*, con la frase "Promesas incumplidas".

ficiente– del sistema democrático. A lo largo de la historia el liberalismo se ha ido configurando como una ideología cuyo propósito fundamental consiste en la lucha contra el absolutismo y la concentración del poder en manos de las autoridades públicas. La separación entre los poderes y el control recíproco son una derivación directa de la ideología liberal y, a la vez, son elementos esenciales del pensamiento democrático.

Ahora bien, la democracia constitucional requiere de otra condición para lograr su realización. Se trata de una limitación al principio de libertad económica que tiene por objeto introducir cierta igualdad de oportunidades entre los individuos[40]. La atenuación de los rigores liberales tuvo expresión en la efímera Revolución Francesa de 1848 con la instauración del "Estado de derecho democrático y social". Un triunfo semejante de las ideas sociales en el ámbito constitucional no se volvería a presentar en Europa hasta las primeras décadas del siglo XX con el fortalecimiento de los movimientos populares. La Constitución de Weimar recoge la fórmula del Estado social, aunque su efectividad fue más simbólica que instrumental. Posteriormente, en la reconstrucción de Alemania y bajo la influencia de sindicatos y grupos cristianos se promulga la Ley Fundamental de La República Alemana que consagra la noción de Estado social. Algo similar sucede en Italia.

De esta manera las constituciones de la posguerra combinan principios sociales y liberales en un difícil equilibrio conciliatorio. Cada una de estos dos elementos deriva de uno de los dos valores esenciales de la democracia, libertad e igualdad, y cada una se manifiesta en las dos tradiciones democráticas occidentales y funciona como atenuante y límite del principio dominante en la tradición opuesta. Así, el control judicial del poder político pone énfasis en la libertad y en la protección de los derechos fundamentales, mientras que las restricciones impuestas al derecho de propiedad imponen una cierta igualdad entre las personas. En el primer

---

[39] En *Liberalismo e Democrazia*, N. Bobbio explica cómo "el liberalismo como teoría del Estado (...) es moderno, mientras la democracia como forma de gobierno es antigua" (Milán, Franco Angeli, 1986, pág. 22). Y más adelante afirma: "Liberalismo y democracia están ligados necesariamente uno al otro en cuanto que sólo la democracia tiene la posibilidad de realizar plenamente los ideales liberales y sólo el estado liberal puede ser la condición de la actuación de la democracia" (pág. 38). Al respecto la célebre afirmación de Tocqueville según la cual la igualdad sólo se puede lograr en la libertad, (*La Democrazia in America*, Turín, Utet, vol. II, pág. 812.

[40] En este punto la relación pertinente es entre democracia y socialismo. En opinión de J.J. Rousseau, una democracia sólo puede existir si la riqueza se reparte de tal manera que "ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y nadie tan pobre que necesite venderse" (*Contrato Social*, 2, 11, citado por I. Sotelo El socialismo democrático, Madrid, Taurus, 1980, pág.. 123); Sólo en el caso de una igualdad material aproximada puede hablarse de leyes justas (*Contrato Social*, II, 4, 11). De otra parte Tocqueville sostiene que democracia y socialismo son dos cosas no solo diferentes sino contrarias; tienen en común la palabra igualdad pero mientras la democracia quiere la igualdad en la libertad el socialismo quiere la igualdad en la servidumbre.

caso se limita el principio mayoritario en beneficio de los derechos, en el segundo se limita la libertad en beneficio de la igualdad material. Estos dos elementos se traducen en dos principios esenciales del derecho constitucional actual: de un lado la separación entre los derechos y la ley, del otro el carácter sustancial del principio de igualdad. Ambos principios implican una transformación radical de las relaciones entre los poderes públicos en beneficio del poder judicial como institución encargada de hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución. El principio democrático con todo su peso legitimador de la dinámica institucional liberal cede parte de su terreno al control judicial de la ley con fundamento en los valores, principios y derechos constitucionales y adquiere la dimensión funcional y relativa que le proporciona un contexto de equilibrio de poderes.

2. PRINCIPIO MAYORITARIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Las revoluciones liberales que tuvieron lugar entre finales del siglo XVII y finales del siglo XVIII pusieron en evidencia el difícil equilibrio entre la soberanía popular y la lucha contra el absolutismo, o dicho en otros términos, entre el principio político mayoritario propio de la democracia y el principio jurídico de la protección de valores y derechos supralegales propio del constitucionalismo. Es el consabido conflicto entre gobierno y juez, entre voluntad y ley[41].

La democracia representativa no es el gobierno ejercido directamente por el pueblo, pero es el gobierno de los representantes del pueblo. Esta diferencia es también una renuncia considerable respecto del ideal identitario gobierno-pueblo. No es el pueblo el que toma las decisiones sino simplemente el que decide quien las toma[42].

Se requiere de un instrumento para medir esta decisión popular y este no puede ser otro que el numérico. Pero ¿cómo es posible que una sumatoria de voluntades individuales –cualquiera que ella sea– determine la obediencia? De acuerdo con Sartori el poder de las mayorías no deriva del principio de igualdad –un individuo un voto–, el cual se queda en lo numérico y sin que de allí pueda deducirse un valor; sin embargo, esta imposibilidad no conduce a la negación de cualquier justificación valorativa y a la aceptación de la mayoría como un simple mal menor. En su opinión, "para alcanzar el ideal-límite de hacer coincidir el mandato con el mérito y la

---

[41] Ch. McLwain se refiere al delicado equilibrio entre voluntad y derecho como "el problema práctico central de la política, tanto ahora como en los tiempos pasados"; *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 179.

[42] Según R. Dahl las elecciones son un instrumento útil para controlar a los gobernantes, pero son inútiles si se pretende que con ellas el pueblo decida sobre los asuntos esenciales de la política, (R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago University Press, 1956, pág. 131). En el mismo sentido G. Sartori, op. cit., págs. 83-86.

autoridad con la capacidad, el principio democrático sería que nadie puede decidir por sí mismo el ser mejor". Otros deben ser los que decidan quiénes son estos mejores y para ello el método adecuado es la elección[43].

La aplicación incondicional de la teoría de la soberanía popular puede conducir a excesos de difícil tratamiento político y constitucional. La escuela del derecho natural se ha opuesto tradicionalmente a la posibilidad de que la representación política sea la fuente última de referencia para evaluar la legitimidad de una decisión estatal. En su opinión, el legislador está sometido a limitaciones derivadas de unos valores superiores que restringen el ámbito de sus decisiones.

Para apreciar los conflictos que pueden surgir entre democracia y justicia no sólo el análisis teórico resulta útil; la actividad política cotidiana puede dar lugar a representaciones políticas y a manifestaciones populares indeseables para los intereses del mismo pueblo. Creer que la voluntad mayoritaria expresada en las urnas representa una manifestación ajena a la manipulación y al engaño y resulta acorde con el bien común, es hoy en día una ingenuidad inaceptable[44]. De esta disociación entre teoría y práctica se sigue la posibilidad de que la mayoría se equivoque y de allí una consecuencia que no todos están dispuestos a aceptar: que la mayoría sea controlada judicialmente cuando se equivoca. Aquellos que no están de acuerdo con esta consecuencia lo hacen bajo el supuesto de que las disfunciones –equivocaciones– son inevitables en cualquier sistema y no por ellas debe abandonarse el principio subyacente.

Toda Constitución verdaderamente normativa –y no simplemente programática o retórica– niega la incondicionalidad del principio mayoritario y por ello desconoce la posibilidad de que exista una autoridad pública, esto es una voluntad política, con poderes ilimitados. En el constitucionalismo democrático no puede haber soberano, ni siquiera el pueblo mismo puede llegar a atribuirse este carácter[45].

Visto desde una perspectiva general y política la teoría del poder constituyente representa una conciliación entre democracia y valores fundamentales. En efecto, el punto de entendimiento se logra gracias a la

---

[43] Idem, pág. 94.

[44] Como ilustración histórica de lo que puede ser una democracia totalitaria puede citarse el *referendum* alemán de 1933 para la purificación de la raza, aprobado por el 90% de los votantes, J. L.Talmon, *L'Histoire de la democratie totalitaire*, París, Calman-Levy, 1966.

[45] Según Krielle, en el Estado constitucional "no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser *ultima ratio* en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado constitucional por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes. En otras palabras: la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional, op. cit., págs. 150-151.

diferencia diacrónica entre períodos de crisis constitucional y períodos de normalidad constitucional. En los primeros el pueblo se manifiesta a través de sus representantes sin limitación alguna para reformar o crear el texto constitucional. Una vez superado el momento crítico, la voluntad popular se retira del escenario institucional creado por ella misma y delega su participación en los poderes constituídos. En estas circunstancias, la legislación producida por los representantes del pueblo debe estar sometida a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución; de lo contrario se produce su exclusión del ordenamiento jurídico por decisión del tribunal constitucional.

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 adopta una posición radical en beneficio de los valores, principios y derechos fundamentales. De acuerdo con sus disposiciones, el principio mayoritario jamás podrá desvirtuar los contenidos axiológicos esenciales que se contemplan en el ordenamiento, ni siquiera en las circunstancias propias de una crisis constitucional.

El modelo constitucional que establece una prevalencia absoluta del principio mayoritario no hace distinción alguna entre poder constituyente y poder constituído. El modelo alemán, en cambio, al establecer la primacía de los valores anula el principio mayoritario como referente último de legitimidad, incluso en escenarios temporales[46]. El modelo intermedio, por último, establece la diferencia cronológica anotada anteriormente[47].

La confrontación entre el principio de las mayorías y la supremacía constitucional está íntimamente relacionada con la divergencia entre una concepción de la representación política, entendida como mandato popular destinado a la protección del interés general o entendida como mandato para la representación de intereses particulares. Dicho en términos más generales: mientras una concepción estima que la actividad política del representante debe estar orientada a la defensa del interés general y en esta medida considera posible y necesario el descubrimiento de dicho interés, la otra considera que el valor esencial de la actividad política se encuentra en la negociación y el consenso resultante de la confrontación de intereses. Se trata de dos visiones de la dinámica social divergentes: la primera unitaria y esencialista, la segunda conflictiva y relativista; la primera favorable a la prevalencia del principio mayoritario la segunda favorable a la supremacía constitucional[48].

---

[46] Un ejemplo palmario de limitación constitucional al poder soberano del pueblo se encuentra en las cláusulas de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sobre todo en su artículo 79.3, encaminado a la protección de los derechos fundamentales frente a la voluntad popular.

[47] Una explicación de estos tres modelos puede verse en B. Ackerman, y Carlos Rosenkrantz "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 15-31.

[48] Una excelente explicación de estas dos concepciones se encuentra en E. Garzón Valdez, "Representación y Democracia", en *Derecho, Etica y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 631-650.

3. LEGISLACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

En el Estado liberal decimonónico los derechos individuales dependían de la ley. El célebre principio del artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, según el cual los particulares pueden hacer todo salvo aquello que les está prohibido, complementario de aquel que establece que la administración sólo puede hacer aquello que le está permitido, refleja claramente la importancia de la ley en la definición de los derechos y de los deberes. Nada por fuera de esta limitación legal podía tener sentido jurídico. La ley era la medida de todas las cosas en el derecho[49].

Con el surgimiento del Estado intervencionista a mediados del presente siglo y con el consecuente aumento de la complejidad de las relaciones entre Estado y sociedad, la ley pierde su posición nuclear en el desarrollo y aplicación del ordenamiento jurídico. Los principios de libertad del individuo como regla y de autoridad del Estado como excepción pierden su poder explicativo y normativo: en relación con el Estado se pone en evidencia la crisis del principio de legalidad en la administración y el avance de un principio de autonomía funcional[50]. La ley se limita a individualizar una autoridad pública y a establecer unos objetivos; la configuración de los medios queda en manos de la administración. La ley entra a ser parte de programas finalistas que afectan su carácter normativo clásico[51]. De otra parte, en relación con el individuo, la autonomía deja de ser la regla: ello se pone de manifiesto en las crecientes intervenciones de tipo paternalista asumidas por el Estado en aras de la protección del derecho a la vida o a la salud[52].

---

[49] Una manifestación de esta concepción se encuentra en el título primero de la Constitución francesa de 1791 dedicada a las disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución.

[50] Al respecto, G. Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, Turín, Einaudi, 1992, págs. 40 y 41.

[51] CH. Morand, "Le droit de l'Etat providence", en *Revue de Droit Suisse*, Nº 107, 1988, pág. 537. A propósito de este tipo de leyes propias del Estado intervencionista Otto Bachoff dice lo siguiente: "tales leyes son actos de dirección política, ciertamente no por ello exentas de la sujeción al valor de la justicia; pero no son primariamente expresión de ese valor, sino de una voluntad de conformación política condicionada a la situación y al momento"; *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 51. A propósito del derecho penal, Diego López Garrido sostiene: "Los fuertes cambios de la sociedad compleja postindustrial (...) han hecho de la norma jurídica un instrumento político fundamental"; y a propósito de la legislación de emergencia, el autor sostiene que se caracteriza por la burocratización del derecho, es decir, la separación neta entre el momento creativo y el momento aplicativo, el momento de la formulación de la ley y el momento de su concreción práctica"; *Terrorismo política y derecho*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 225. Una explicación de este tipo de normas se encuentra incluida en la idea de Estado post-social; al respecto, C. Fernández Campilongo, "Os desafios do judiciario: um enquadramento teorico, en José Eduardo Faria (org.), San Pablo, *Direitos humanos, direitos sociais e justica*, Malheiros, 1994, págs. 30-50. Desde el punto de vista de la teoría del derecho puede verse R.M. Unger, *Law in Modern Society*, The Free Press, 1976, págs. 192 y ss.

[52] Las regulaciones en materia de bioética (al respecto ver la sentencia de la Corte Constitucional T-401 de 1994), la prohibición del consumo de ciertas drogas, la protección del

La unidad del derecho legislado se atomiza en beneficio de normas sectoriales y temporales. La dispersión de intereses lleva a la negociación corporatista del contenido de las leyes. "La ley –dice Zagrebelski– deja de ser la expresión "pacífica" de una sociedad política coherente en su interior y se convierte en manifestación e instrumento de competición y confrontación social; no es el fin sino la continuación de un conflicto"[53]. El esquema clásico del Estado de derecho resulta entonces insuficiente para comprender estas nuevas y complejas relaciones jurídico políticas[54].

En cuanto a las relaciones entre la ley y los derechos individuales el constitucionalismo contemporáneo da cuenta del triunfo de la tradición anglosajona del *Rule of law* sobre la tradición francesa del *Etat de droit* y alemana del *Rechtstaat*. Mientras en la visión continental los derechos nacen y se configuran en la voluntad legislativa, la concepción insular postula una dependencia de la ley en relación con los derechos individuales. De acuerdo con la tradición anglosajona, el Estado es una derivación y no una causa de los derechos. Esta concepción se pone de manifiesto en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776) en la que se expresa que dicha declaración "contiene una verdad auto-evidente: que todo hombre ha sido creado igual, que este ha sido dotado por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre ellos se encuentra la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar estos derechos el gobierno ha sido establecido entre los hombres".

La prevalencia de los derechos sobre la ley trae consigo una transformación esencial –Zagrebelski habla de un cambio genético[55]– en relación con lo que sucedía en el Estado de derecho. Se trata de la inclusión de la noción normativa de principios como elemento determinante en la protección de los derechos. Dicha protección no queda reducida a la regla legal o a la enunciación programática de la carta de derechos. La referencia normativa que el juez utiliza al tomar su decisión contiene principios que deben ser respetados

medio ambiente y en general toda la protección de derechos fundamentales en el ámbito privado, muestra un espacio cada vez mayor de intervención estatal y de afectación del principio de libertad individual. Sobre este tipo de intervenciones ver E. Garzón Valdez, "Intervencionismo y paternalismo", en *Derecho, ética y política*, op. cit. págs. 379-400.

[53] G. Zagrebelski, op. cit. pág. 45.

[54] Sobre el tema de la crisis de la ley existe una amplia bibliografía, sobre todo francesa, que resulta del mito rusoniano de la infalibilidad de la ley, y que se manifiesta a partir de la revolución francesa de 1789; el derecho se identifica con la ley del parlamento; véase por ejemplo, el volumen de *Archives de philosophie du droit* (París, L.G.D.J.) de 1980 dedicado al tema de la ley, en el cual se encuentran los artículos de F. Terre, "La crise de la loi", J. Parain-vial, "La crise de la notion de loi en biologie et en droit", y de M. Miaille, "Critique marxiste de la loi dans l'Etat bourgeois". En la misma publicación del año de 1986, el artículo de F. Ewald, "Le droit du droit", es especialmente significativo. Véase igualmente la revista Droits (París, PUF) especialmente el número 6 (1987) dedicado al tema de la representación; sobre este mismo tema M. García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho: Estudio de situaciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 1994, págs. 103 y ss.

[55] G. Zagrebelski, op cit, pág. 39

siempre con independencia de su recepción u omisión en el texto legal. De esta manera el derecho ordinario se constitucionaliza en la medida en que toda norma del ordenamiento queda atada a un catálogo de valores plasmados en el texto constitucional y de obligatoria aplicación por parte del juez.

Este cambio cualitativo entraña una nueva concepción en materia de teoría del derecho que ha puesto en crisis al positivismo formalista y a su concepción lineal y deductiva del ordenamiento jurídico. La introducción activa y determinante de los principios en la aplicación del derecho representa una nueva relación entre el juez y el legislador que por su misma importancia genética requiere de una nueva concepción del derecho para explicar lo que realmente sucede[56].

En síntesis, el constitucionalismo contemporáneo desconoce la existencia de una voluntad popular soberana[57]; dicho en otros términos, los conceptos de Constitución y de democracia no son complementarios: la Constitución limita el ámbito de acción de la decisión política con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas y de las minorías; la democracia limita el ámbito de acción de los órganos encargados de proteger los derechos, por medio de la participación popular en las decisiones estatales. La Constitución se apoya en la autoridad judicial, y en un cierto objetivismo moral, para evitar el despotismo electoral (Jefferson). La democracia se apoya en el legislador, y en un cierto relativismo moral, para evitar el despotismo judicial[58]. Las mayorías políticas y en general las actuaciones democráticas poseen limitaciones estrictas derivadas de su obligación de respetar los principios, los valores y los derechos fundamen-

---

[56] Sobre el debate en teoría del derecho acerca de la relación entre reglas y principios existe una amplísima bibliografía cuyos autores más representativos son R. Dworkin (al respecto ver por ejemplo *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 61-101; *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, págs. 90-114; *Hard Cases*, Harvard Law Review, 1975) y H. L. HART (*El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 y especialmente, el "Postcript" a "*The Concept of Law*", Oxford University Press, 1994.

[57] Al respecto dice M. Krielle: "No hay dentro del Estado constitucional un soberano, es decir no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser ultima ratio en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho"; y poco más adelante agrega: "La idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional"; *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 150-151.

[58] Existe una amplia bibliografía sobre la tensión entre Constitución y democracia. Ver por ejemplo W. F. Murphy, "Constitutions, Constitutionalism and Democracy", en *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1993; U. K Preuss, "The Political Meaning of Constitutionalism", en *Constitutionalism Democracy and Sovereignity: American and European Perspectives*, Editado por Richard Bellamy, 1996; en este mismo texto ver la introducción de R. Bellamy "Constitutionalism, Democracy and Sovereignity". Igualmente el libro editado por J. Elster y R. Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. También la introducción escrita por I. Shapiro al libro *The Rule of Law*, New York University Press, 1994; En el mismo libro puede verse el texto de M. P. Zuckert "Hobbes, Locke, and the Problem of the Rule of Law".

tales consagrados en el texto constitucional[59]. Esto significa que el parámetro final de evaluación para determinar el contenido y alcance de los derechos no es la ley - entendida como manifestación de las mayorías políticas- sino la Constitución Política que a su vez hace referencia a la dignidad humana (art. 94 C.P.). Toda autoridad pública obedece en última instancia a un catálogo axiológico superior al cual la Constitución hace referencia sin agotarlo ni restringirlo.

4. IGUALDAD LEGAL E IGUALDAD SUBSTANCIAL

La igualdad es siempre un principio relacional, cuyo enunciado básico puede ser descrito en los siguientes términos: tratar los casos iguales de igual manera y los casos diferentes de diferente manera. Desde Aristóteles se sabe que esta es una fórmula vacía y que su principal dificultad consiste en saber cuáles son los criterios para determinar qué es lo igual y qué es lo desigual. Dicho en otras palabras, el problema del principio de igualdad está en el patrón valorativo de la igualdad y en su aplicación. Dos casos que bajo cierto punto de vista axiológico parecen diferentes, bajo otra perspectiva pueden resultar similares. Por eso las diferencias sobre la igualdad son diferencias sobre los valores a partir de los cuales se comparan los objetos, no sobre la fórmula misma de la igualdad. La discriminación racial, por ejemplo, siempre tuvo fundamento en una supuesta diferencia de objetos no en un desconocimiento de la fórmula de la igualdad.

En el Estado de derecho liberal el parámetro de la igualdad era la ley. Las personas eran iguales ante la ley. Correspondía entonces al legislador diferenciar lo igual de lo desigual y plasmarlo en normas para luego aplicarlo. El artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 establecía que las distinciones sociales sólo podían fundarse en la utilidad pública. Correspondía entonces al legislador determinar qué hacía parte de dicha utilidad pública y qué no. En estas circunstancias la efectividad del principio estaba determinada por las razones políticas y económicas que inspiraban los contenidos legales. Esto explica la célebre alusión irónica de Anatole France sobre la igualdad instaurada por la Revolución Francesa; en su opinión, esta igualdad consiste en la prohibición de que, por ejemplo, tanto el rico como el pobre duerman bajo los puentes, mendiguen en las calles o roben pan.

En el Estado constitucional o estado social de derecho, el concepto de igualdad adquiere materialidad desde la misma carta de derechos. El patrón valorativo esta determinado esencialmente por los principios y valores constitucionales. La ley es complementaria y derivada en relación con

---

[59] Al respecto comenta E. Garzón Valdez: "Deben ser excluídos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida"; *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 644.

el texto constitucional. De acuerdo con esta concepción, la protección contra la discriminación puede tener lugar aun en aquellos casos en los cuales el criterio legal de relación entre casos niega dicha posibilidad. En estas nuevas condiciones, el postulado de la efectividad de la igualdad –consagrado en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución– significa la voluntad de las autoridades públicas de evitar la discriminación teniendo en cuenta los resultados y no simplemente los medios. No basta entonces con que el Estado disponga normativamente de lo necesario para proteger la igualdad; es necesario, además, que ella resulte efectivamente protegida; de lo contrario tiene lugar una violación al principio y al derecho.

5. PLURALISMO Y ESENCIALISMO

Una cuarta característica esencial de la democracia constitucional surge de los dos postulados anteriores. Se trata del pluralismo.

El pluralismo es a la vez un presupuesto social y un valor normativo del sistema constitucional. Como presupuesto indica un tipo de sociedad en la cual no existe un proyecto único para la realización de los fines sociales. Esta condición excluye toda visión esencialista de la sociedad entendida como un todo que puede ser comprendido cabalmente bajo un deber ser ideal, bien sea bajo la forma de interés general, bien común, o voluntad popular. En este sentido la Constitución no realiza un proyecto sino que crea las condiciones para la realización del proyecto[60]. De esta manera quedan excluidas todas las formas de organización política en las cuales se parte de la existencia de una voluntad soberana –de tipo monárquico, parlamentario u otro– que moldea a su antojo las instituciones y las normas.

Como valor normativo el pluralismo representa una supremacía de las reglas de juego en las cuales se garantiza la permanencia de la pluralidad de opiniones, valores y creencias, sobre cualquier voluntad política o administrativa que encarne alguna de dichas opiniones, valores, creencias, etcétera. Dichas reglas de juego no sólo se refieren al ámbito político de la lucha partidista[61], sino también a la obligación institucional de proteger los derechos fundamentales con sujeción al principio de igualdad que excluye cualquier actuación discriminatoria. Esto significa, además, que la libertad individual y el pluralismo encuentran limitaciones tajantes en la necesidad de proteger las condiciones de posibilidad del juego pluralista. En consecuencia, todo ejercicio de la libertad que afecte tales condiciones debe ser condenado por el sistema.

---

[60] G. Zagrebelski, op. cit, pág. 11.

[61] Al respecto ver la sentencia C-089 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana sobre partidos políticos. Allí se opta por una defensa clara del valor del pluralismo en detrimento de posibles intervenciones estatales en la organización de los partidos políticos.

Artículo 103

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

El artículo 103, además de individualizar los instrumentos de la participación –en desarrollo del artículo 1 que fija el modelo de régimen político y el artículo 40, que reconoce los derechos políticos fundamentales– suministra los cauces institucionales a través de los cuales debe fluir el ejercicio legítimo de la soberanía popular proclamada en el artículo 3º. Sin tales mecanismos (palabra poco canónica en el lenguaje constitucional) el principio de soberanía popular sería inocuo debido a que la soberanía como atributo de las entidades colectivas –el pueblo en este caso– no se puede ejercer sino a través de canales prefijados constitucional o legalmente. No existe una soberanía popular en sí, por fuera de los procedimientos reglados de su ejercicio –he aquí una clara diferencia con la soberanía entendida como atributo personal del monarca–. Los entes colectivos como "el pueblo" no existen sino en cuanto expresiones procedimentales[1]. El soberano colectivo es necesariamente un "soberano" jurídicamente limitado, condicionado, tal como lo contempla el artículo 3º cuando establece que la soberanía la ejerce el pueblo directamente o a través de sus representantes y en todo caso siempre "en los términos que la Constitución establece". El artículo 103 contiene, precisamente, los términos institucionales y procedimentales de ejercicio de esa soberanía.

En la sentencia C-336/94, MP. Carlos Gaviria se anota que el principio constitucional de la democracia participativa opera no sólo en el campo estrictamente político (electoral), sino también en lo económico, administrativo, cultural, social, educativo, sindical o gremial del país, y en algunos aspectos de la vida privada de las personas.

I. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. EL SUFRAGIO

El sufragio o voto es el instrumento de participación política más importante en las democracias representativas. Por medio del sufragio los electores escogen a los gobernantes que han de tomar las decisiones políticas. La teoría democrática supone una vinculación entre la voluntad popular que se manifiesta a través del voto y las decisiones gubernamentales. De esta manera la representación política puede entenderse como una derivación de la idea democrática clásica de gobierno del pueblo. Una explicación crítica de estos postulados fue esbozada en la introducción a este título.

La importancia del sufragio se pone de manifiesto en la incidencia que tiene en la configuración política de las principales instancias representativas del Estado constitucional, tanto en relación con los órganos colegiados de representación popular como en relación con el poder ejecutivo en sus más importantes manifestaciones nacionales y regionales.

El sufragio es hoy admitido sin discusión en su versión universal; sin embargo esto no siempre fue así. El sufragio censitario –que condiciona el voto a un cierto poder económico– y el sufragio capacitario –que condicionaba el voto a la educación– o la combinación entre ambos[2] prevaleció

[1] M. Aragón Reyes, *Democracia y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1988.

[2] En Colombia hasta 1936 existió un sistema mixto para las elecciones de Congreso y

durante casi todo el siglo XIX con el llamado Estado liberal. El sufragio universal es aquel que no impone restricciones derivadas de la fortuna económica o de la educación. Estas restricciones deben diferenciarse de las limitaciones por razones de edad, indignidad, nacionalidad y otras que no afectan su carácter universal.

El sufragio es un instrumento de medición de la voluntad popular no sólo en relación con las preferencias personales de los votantes respecto a las personas que gobiernan, sino también en relación con ciertas decisiones específicas propias de la democracia semidirecta tales como el plebiscito, el referendo, la consulta y el cabildo abierto.

II. ESTUDIO NORMATIVO DE LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Antes de abordar el estudio normativo de los diferentes mecanismos de participación: iniciativa legislativa, consulta popular (referendo, consulta, consulta plebiscitaria, revocatoria del mandato) y cabildo abierto, valga la siguiente recapitulación. En la introducción teórica al Título IV se trató el tema de la democracia participativa y allí se expusieron dos tipos de limitaciones en relación con los mecanismos directos de participación ciudadana: las primeras, de orden conceptual, hicieron énfasis en las dificultades que enfrenta la democracia cuando intenta realizar el principio identitario de unidad entre gobernantes y gobernados. Las segundas, de orden constitucional, se ocuparon de la superioridad constitucional de los derechos fundamentales sobre la voluntad mayoritaria y de los peligros de la llamada democracia plebiscitaria. Existe un tercer tipo de límite, esta vez de carácter político, que se encuentra en la dinámica misma de los partidos políticos y en la manera como éstos se relacionan con lo social. La participación política es ante todo un fenómeno social, una cultura. La capacidad institucional para producir este fenómeno es limitada. El éxito o el fracaso de la participación está directamente relacionado con la existencia o no de la cultura social que la sustenta. Aquí se encuentra una de sus principales limitaciones. Este tema se encuentra desarrollado más adelante, en este mismo texto, cuando se comenta el artículo 107 de la Constitución.

La Ley estatutaria de participación ciudadana clasifica los mecanismos de participación ciudadana de la siguiente manera: 1) iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas, 2) referendo, a) referendo derogatorio, b) referendo aprobatorio, 3) revocatoria del mandato, 4) plebiscito, 5) consulta popular y 6) cabildo abierto. Al respecto la Corte Constitucional señala lo siguiente:

> " La enunciación de la norma en comento de los señalados mecanismos, indudablemente se presta a confusión pues, en rigor, el plebiscito y el referendo son especies del género "consulta" al igual que la revocatoria del mandato es una modalidad particular del voto, en su aspecto dinámico. En ese orden de ideas, los grandes

Presidente de la República. En tales eventos sólo podían votar aquellos que supieran leer y escribir o tuvieran una renta anual de quinientos pesos o propiedad inmueble de por lo menos mil quinientos pesos.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 18, 20, 38, 39, 40, 41, 56, 85, 95 n. 5, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 127, 133, 152 lit. d, 154, 155, 159, 170, 219, 241 n.3, 258, 259, 260, 297, 307, 311, 319, 321, 326, 340, 374, 375, 376, 377, 378, 379.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 6) Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 20) Comisión Codificadora, artículo 107 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 4
Comisión II: abril 24
Plenaria: junio 12, 13, 21 y 29, julio 1.

géneros serían: La iniciativa popular, la consulta, el voto y el cabildo abierto (...)"[3].

De acuerdo con esta clasificación jurisprudencial a continuación se analizan los mecanismos de participación democrática en el siguiente orden:

- Iniciativa legislativa
- Consulta popular
  . Referendo
  . Revocatoria del mandato
  . Consulta plebiscitaria
  . Consulta
- Cabildo abierto

1. INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA Y NORMATIVA ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

1.1 DEFINICIÓN Y ALCANCES

Según el artículo 106 de la Constitución Política "los habitantes de una entidad territorial podrán presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación, la cual está obligada a tramitarlos". Por su parte la Ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana define la iniciativa popular legislativa en los siguientes términos:

> "La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyecto de acto legislativo y de Ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las asambleas departamentales, de acuerdo ante los concejos municipales o distritales y de resolución ante las juntas administradoras locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según sea el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente".

La iniciativa legislativa es un derecho fundamental de aplicación inmediata –según se deriva numeral quinto del artículo 40 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 85– que hace parte del derecho general que tiene todo ciudadano a participar en la conformación , ejercicio y control del poder público.

La Ley estatutaria establece una serie de requisitos para el trámite de los mecanismos de participación. El Título II de la Ley contiene las condiciones que deben ser cumplidas por los ciudadanos para la inscripción tanto de la iniciativa popular como del referendo, las cuales son diferentes a las exigidas para su trámite.

1.2 REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley estatutaria la iniciativa popular legislativa y normativa, y la solicitud de referendo, deben ser promovidas por un colombiano de nacimiento con un apoyo mínimo del cinco por mil del respectivo censo electoral, o por una organización cívica con personería jurídica. La iniciativa se inscribe mediante formulario –elaborado por la Registraduría del Estado Civil– que contiene, entre otras cosas, la exposición de los motivos que impulsan la presentación de la iniciativa

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

legislativa y normativa, un resumen de la misma, y las firmas necesarias para inscribirla. Finalmente la norma establece que la iniciativa debe ser redactada en forma de ley, y que su inscripción debe hacerse ante la Registraduría del Estado Civil correspondiente.

1.3 REQUISITOS PARA EL TRÁMITE

Según el artículo 16 de la Ley estatutaria, si bien el formulario para el trámite es diferente al que corresponde a la inscripción, contiene la misma información e incluye un resumen del contenido de la propuesta y el articulado completo de la iniciativa. La Ley establece que los ciudadanos que apoyen la iniciativa deberán firmar el mencionado formulario de su puño y letra, además de escribir su nombre completo, el número de su documento de identidad, su residencia, y la respectiva fecha. Es importante anotar que si la iniciativa legislativa o normativa es presentada en una entidad territorial, tanto los promotores como quienes apoyen la iniciativa deben residir en la misma circunscripción y hacer parte del respectivo censo electoral.

1.4 REQUISITOS PARA EL ESTUDIO DE LA INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA

Para que la iniciativa popular legislativa o normativa sea estudiada por la respectiva corporación pública, debe contar con el apoyo de al menos el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo electoral correspondiente y no puede tener por objeto aquellas materias de iniciativa exclusiva del gobierno, gobernadores o alcaldes (artículos 154, 300, 315, 322, 331 CP.) o sobre asuntos fiscales o tributarios, relaciones internacionales, concesión de amnistías o indultos, y preservación o restablecimiento del orden público. El estudio de la iniciativa se lleva a cabo de conformidad con el reglamento de la respectiva corporación y bajo las disposiciones establecidas en el art. 163 CP. Además, el vocero de la iniciativa tendrá voz a lo largo del trámite de la propuesta y podrá apelar ante la plenaria, si la respectiva comisión se pronunció en contra (art. 155 CP.).

La Ley diferencia entre la promoción de la iniciativa –para lo cual se requiere del apoyo del 5 por mil del censo electoral si se trata de ciudadanos, o del apoyo de una organización o entidad representativa (art.10)– por un lado, y la presentación para el estudio de la propuesta ante la entidad respectiva –para lo cual se necesita del respaldo de por lo menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral correspondiente (art. 27)–.

Si bien la Ley estatutaria fue declarada constitucional, se observa una manifiesta discrepancia entre el requisito cuantitativo exigido por esta ley para el estudio y trámite del proyecto ciudadano, y la exigencia cuantitativa del artículo 155 constitucional. En efecto, una cosa es exigir que la solicitud sea presentada por "un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral" –texto constitucional– y otra bien diferente es exigir que los ciudadanos solicitantes sean al menos el cinco por ciento de los "ciudadanos inscritos" en el censo. La primera es una exigencia de *quantum* –sin que se exija quienes deban ser– mientras que la segunda –la ley– trae una exigencia adicional al quantum, esto es, que los

LEGISLACION

Ley 60 de 1993
Ley 62 de 1993, arts. 25 a 29
Ley 65 de 1993, arts. 156 y 157
Ley 70 de 1993
Ley 130 de 1994
Ley 131 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 136 de 1994
Ley 278 de 1996

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional
Sentencias

1992:
T-003, T-411, T-418, C-449, T-469, T-470, C-477, T-496, C-517, C-544, C-575, C-606, T-614.

1993:
T-028, C-096, T-123, T-383, T-418, C-454, C-488, C-530, C-532, C-542.

1994:
C-011, C-022, C-071, C-089, C-145, C-180, C-226, C-264, C-265, C-336, T-446.

1995:
T-111, T-173, C-400, C-497, C-577, C-585.

1996:
C-021, C-103, C-187, C-191, T-237, C-245, C-275, C-386, C-443, C-484.

solicitantes sean los inscritos, en un número no inferior al cinco por ciento. La diferencia no es de poca monta.

La ley estatutaria en su artículo 28 eliminó algunos temas del ámbito de la iniciativa ciudadana legislativa y constituyente que la Constitución no excluye. En efecto: el artículo 170 constitucional sólo excluye del referendo legislativo derogatorio ciertas materias taxativamente enumeradas, y no dijo nada sobre el referendo constituyente. El artículo 155 tampoco eliminó ningún tema del ámbito de la iniciativa ciudadana.

1.5 PRIMERAS EXPERIENCIAS

La Fundación País Libre promovió durante el año de 1992 la recolección de firmas necesarias para someter al congreso un proyecto de ley contra el secuestro. En esta campaña fueron recogidas más de un millón de firmas que apoyaron el siguiente texto: "Con su firma promoverá un proyecto de ley que eleve el secuestro a delito atroz. La Fundación lucha por una sociedad respetuosa de los derechos y libre de intimidaciones y actos violentos contra el ser humano. Hagamos esto posible con su firma y la de millones de personas más. Su adhesión es fundamental para acabar en Colombia con un delito que nos amenaza a todos".

El éxito de la campaña no sólo tiene explicación en el repudio ciudadano que suscita el delito del secuestro. El impulso que el periódico El Tiempo le dio al proyecto fue sin duda un factor determinante en la consecución de las firmas. De otra parte, es importante anotar el carácter puramente general y abierto del texto aprobado. Los firmantes no resolvieron ninguno de los álgidos problemas valorativos derivados de la elaboración del proyecto de ley. Tales dificultades fueron puestas en evidencia por la Corte Constitucional en la sentencia que declaró inexequibles varios de los artículos de la ley[4]. He aquí uno de los peligros de la democracia plebiscitaria: el pueblo no decide nada sobre el asunto objeto de la pregunta que se le formula; su decisión se limita a delegar en ciertas personas la facultad de decidir sobre el asunto. De esta manera existe el peligro de que los votantes terminen respaldando decisiones que en nada representan su opiniones.

En los datos proporcionados por la Registraduría Nacional aparecen inscritas otras dos iniciativas. La primera de ellas, presentada el 15 de Febrero de 1996, estuvo dirigida a la creación de un régimen especial para los distritos de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta. La segunda, inscrita el 2 de julio de 1996, fue propuesta por el congresista Carlos Alonso Lucio y pretendía la "implementación de una nueva política para la solución de los problemas del narcotráfico". Ninguna de ellas prósperó.

En relación con la naturaleza de las leyes derivadas de la iniciativa popular la Corte Constitucional señaló en la sentencia citada que este tipo de leyes no tienen una jerarquía superior frente a las que ordinariamente aprueba el Congreso. En consecuencia, el control de constitucionalidad de tales leyes es igual al que se hace sobre una ley ordinaria, todo ello con fundamento en el numeral tercero del artículo 241 de la Constitución Política.

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-542/93, Magistrado Ponente: Jorge Arango.

2. LA CONSULTA POPULAR

Son cuatro los tipos de consulta que se hacen al pueblo para que decida un asunto de su interés: 1) el referendo, 2) la consulta plebiscitaria, 3) la consulta popular y 4) la revocatoria del mandato. A continuación se estudia cada uno de ellos.

2.1 EL REFERENDO

2.1.1 Definición y alcances

La Ley estatutaria en sus artículos 3, 4 y 5 define el referendo y distingue entre el derogatorio y el aprobatorio, en los siguientes términos:

- Referendo. Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente.

- "Parágrafo. El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.

- Referendo derogatorio. Es el sometimiento de un acto legislativo, de un acto de ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no.

- Referendo aprobatorio. Es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptada por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o rechaza, total o parcialmente.

En relación con la posible confusión entre el referendo y el plebiscito la Corte Constitucional señala que mientras el primero hace referencia al pronunciamiento del "legislador primario" frente a un texto ya elaborado –que bien puede ser un proyecto de norma o una norma ya en vigor–, el último tiene por objeto una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito.

De haberla, será sometida a referendo aquella iniciativa que cuente con el mayor respaldo. Quienes respaldaron las otras solicitudes de referendo, son libres de respaldar o no aquella que será sometida a la decisión del pueblo.

El referendo derogatorio tiene lugar frente a leyes cuando un número de ciudadanos equivalente al 10% del censo electoral solicita la derogación de una ley. En este evento la ley queda derogada si la mayoría absoluta de los votantes así lo decide, siempre y cuando participe en la votación por lo menos la cuarta parte del censo electoral (art. 170 CP.). Quedan exceptuadas de esta posibilidad las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la ley del presupuesto, y las leyes referidas a materias fiscales o tributarias. También puede haber referendo derogatorio frente a ciertas reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando lo solicite –dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación del acto legislativo– el 5 % de los ciudadanos que integran el censo electoral (art. 377 CP.).

El referendo aprobatorio, por su parte, está previsto en el artículo 307

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículos 1.1, 20 y 21.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 22 y 25.
Declaración Americana, artículos XX y XXI.
Convención Americana, artículos 16 y 23.1

de la Constitución como requisito fundamental para convertir una región en entidad territorial, al igual que en el artículo 374 como mecanismo para reformar directamente la Constitución Política. En el caso de la región, el referendo es obligatorio; en el caso de la reforma constitucional el referendo es opcional.

2.1.2 Requisitos para el referendo

Los requisitos necesarios para la validez de un referendo se encuentran especificados en el Título IV de la Ley estatutaria. Allí se especifican elementos relacionados con el respaldo necesario para su convocatoria, los contenidos que pueden ser tratados, la campaña electoral y el apoyo necesario para la adopción de la decisión. Los requisitos necesarios para la inscripción y trámite de la solicitud de referendo se encuentran estipulados en los Capítulos 1 y 2 del Título II. El artículo 31 dispone que la solicitud de referendo se hace ante el registrador correspondiente por un número de ciudadanos no inferior al 10% del censo electoral. El artículo 34 establece que pueden ser objeto de referendos los proyectos de ley, ordenanza, de acuerdo o de resolución local que sean de competencia de la corporación pública de la respectiva circunscripción electoral.

Si se obtiene el porcentaje de apoyo estipulado, el gobierno nacional, departamental, distrital o municipal, convocará al referendo por decreto.

En relación con las reformas constitucionales, el gobierno por iniciativa propia o al menos el cinco por ciento del censo electoral (art. 155 CP.) solicita al Congreso el sometimiento a referendo de un proyecto de reforma constitucional, lo cual se lleva a cabo mediante ley, siempre y cuando la mayoría de los miembros de ambas cámaras lo aprueben (art. 378 CP.). Es necesario diferenciar esta norma de aquella consagrada en el artículo 377 sobre referendo derogatorio solicitado por el 5% del censo electoral en relación con un acto legislativo cuyo contenido se refiere a los temas de derechos fundamentales, garantías, participación o Congreso. Mientras el artículo 378 se ocupa de un referendo potestativo en relación con un proyecto de reforma, el 377 regula el referendo obligatorio sobre reformas esenciales del texto constitucional aprobadas por medio de acto legislativo.

Para recolectar las firmas necesarias para la solicitud del referendo se cuenta con un plazo de seis meses transcurridos desde el instante de la inscripción de la solicitud del mismo en la Registraduría correspondiente, siempre y cuando no haya otra solicitud sobre la misma materia. De haberla, será sometida a referendo aquella iniciativa que cuente con el mayor respaldo. Quienes respaldaron las otras solicitudes de referendo, son libres de respaldar o no aquella que será sometida a la decisión del pueblo. Finalmente, la decisión del elector se dará mediante un Sí o un No a la pregunta de ratificación o derogación de la norma sometida a referendo.

En cuanto al referendo constitucional, el elector podrá además escoger libremente el articulado que aprueba y el articulado que rechaza, votando positiva o negativamente cada uno de los artículos mediante casillas, en caso de que no desee votar en bloque. La ley establece que en todo

referendo el pueblo tomará la decisión obligatoria por la mitad más uno de los votantes.

2.2 LA REVOCATORIA DEL MANDATO

2.2.1 Definición y alcances

La revocatoria del mandato es un mecanismo propio de la democracia semidirecta que representa una excepción frente al principio constitucional del mandato libre. Las dificultades que resultan de la aplicación de la idea de mandato imperativo han impedido la adopción de esta figura en casi todas las constituciones democráticas. Así sucedió en la revolución francesa con la ley del 22 de diciembre de 1789 que prohibía instrucciones y encargos a los representantes. "Pretender establecer la identidad –entre gobernantes y gobernados– mediante el mandato imperativo –dice M. Krielle– significa olvidar la realidad que está detrás de la deducción a partir de principios"[5].

Las llamadas democracias populares adoptan en sus constituciones la figura del mandato imperativo. Así por ejemplo, el artículo 105 de la Constitución Soviética decía: "el diputado tiene la obligación de dar cuenta al electorado sobre su actividad y sobre la actividad del Soviet (...)". Sin embargo, esto sólo es posible bajo la adopción plena del principio rusoniano de la soberanía popular, que se manifiesta en la voluntad parlamentaria, la cual, para el caso, es la voluntad del partido. Tal principio es incompatible con los presupuestos esenciales de una democracia constitucional, tal como se puso de presente en la introducción al estudio del presente Título.

La revocatoria del mandato supone la existencia del concepto de "voto programático", según el cual, los ciudadanos que votan para elegir -para el caso a gobernadores y alcaldes- imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que presentó al inscribir su candidatura (artículo 1º de la Ley 131 de 1994). Por su parte la Ley 180 de 1994 en su artículo 6º define la revocatoria del mandato en los siguientes términos:

> "Revocatoria del mandato. La revocatoria del mandato es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde".

Esta figura electoral encuentra desarrollo en la Ley estatutaria 134 de 1994 (artículos 64 a 76) y en la Ley, también estatutaria, 131 de 1994 "por medio de la cual se reglamenta el voto programático". La Corte declaró la constitucionalidad de lo esencial del articulado de estas leyes en las sentencias C-180/94 y C-011/94 respectivamente. Sobre la conveniencia de la adopción del mandato imperativo que subyace a la figura de la revocatoria, la Corte Constitucional indica lo siguiente:

> "Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En otras palabras, en el nuevo esquema filosófico de la Carta el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante

[5] M. Krielle, op. cit., pág. 354; en igual sentido, N. Bobbio, op. cit., pág. 40.

y luego desaparece durante todo el período que media entre dos elecciones –como en la democracia representativa– sino que durante todo el tiempo el ciudadano conserva sus derechos políticos para controlar al elegido -propio de la democracia participativa. El ciudadano no se desentiende de su elección"[6].

El artículo 64 de la Ley 180 establece que sólo podrán solicitar la revocatoria quienes participaron en la votación en la cual se eligió el funcionario correspondiente. Se considera que quienes tienen el derecho jurídica y políticamente a revocar el mandato son las mismas personas que lo dieron u otorgaron, no quienes son ajenos a la relación establecida, que en este caso es la de elector-elegido[7]. De otra parte, de acuerdo con el texto constitucional la revocatoria del mandato sólo puede llevarse a cabo sobre gobernadores y alcaldes[8].

2.2.2 Requisitos para la revocatoria del mandato

Los requisitos necesarios para la inscripción y trámite de la revocatoria del mandato se encuentran en las leyes estatutarias mencionadas. Allí se establece que para registrar la convocatoria a votación para la revocatoria del mandato de un gobernador o alcalde, es necesario que tal petición sea respaldada por un número de ciudadanos no menor al cuarenta por ciento del total de votos válidos emitidos en la elección respectiva, teniendo en cuenta, por una parte, que sólo podrán solicitar la revocatoria quienes participaron en la votación correspondiente, y por la otra, que para solicitar la revocatoria debe haber transcurrido al menos un año desde el momento de la posesión del funcionario. La inscripción se lleva a cabo por medio de un formulario que contiene las razones que fundamenten la insatisfacción ciudadana frente a la gestión del respectivo funcionario. Una vez cumplidos estos requisitos, la Registraduría competente dispone de dos meses para convocar a elecciones.

El funcionario será revocado siempre y cuando en la votación haya participado por lo menos el 60% de la votación registrada el día que se eligió al mandatario y si, además, el 60 % de los votos aprueban la revocatoria[9].

---

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

[7] Al respecto dice la Corte en su sentencia C-011/94, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez: "El sujeto activo de la relación de mandato son los electores activos, es decir quienes participaron en la elección del gobernante seccional puesto que son ellos –y nadie más– quienes eligieron. Son ellos –y no el conjunto del electorado– quienes impusieron entonces al elegido como mandato el programa que éste presentó al inscribirse como candidato. Por lo tanto es legítimo que en el proceso de revocatoria solamente puedan participar quienes eligieron, no así obviamente en la elección del nuevo mandatario, en la cual deben poder participar todos los ciudadanos".

[8] Este punto suscita una discusión importante si se tiene en cuenta la relación entre la decisión tomada por la Corte respecto de la constitucionalidad de la limitación de la revocatoria a alcaldes y gobernadores, y lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 40 de la Constitución, cuyo texto no hace distinción entre los elegidos, aunque somete el asunto a desarrollo legal. La interpretación dada por la ley y avalada por la Corte es restrictiva en relación con el artículo 40 n. 4 y encuentra fundamento en el tenor del artículo 259 CP. que se refiere de manera explícita al voto programático que imponen los electores a alcaldes y gobernadores.

[9] En esta norma se establece una excepción al principio de la mayoría simple cuyo funda-

Existen serias razones para pensar que una reglamentación como la establecida para revocar el mandato hace imposible su aplicación efectiva. El problema es que no es fácil imaginar otra reglamentación posible sobre este engañoso tema[10].

2.2.3 Primeras experiencias

Durante los primeros cinco años de vigencia de la Constitución de 1991 ninguno de los intentos emprendidos para revocar el mandato de un alcalde o de un gobernador ha prosperado. Los elevados porcentajes de participación exigidos por la ley y la naturaleza misma de la figura hacen extremadamente difícil el logro de una revocatoria. El siguiente cuadro de la Registraduría Nacional muestra los intentos llevados a cabo hasta el momento y sus votaciones respectivas.

Como puede verse en las siguientes cifras, la participación popular ha sido notoriamente baja.

DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	CENSO	FECHA	VOTOS 1994	VOTACIÓN
Boyacá	Iza	1.775	Mayo 5/96	769	235
Atlántico	Puerto Colombia	16.966	Junio 2/96	9.523	2.341
Bolívar	Mahates	11.134	Junio 9/96	7.072	1.823
Atlántico	Tubará	3.409	Julio 21/96	3.409	954
Magdalena	Pedroza	7.971	Sept.1/96	6.059	1.628

2.3 EL PLEBISCITO

2.3.1 Definición y alcances

La figura del plebiscito ha sido definida en el artículo 7º de la Ley estatutaria de los mecanismo de participación ciudadana en los siguientes términos:

> "El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo".

La Corte Constitucional ha señalado que el plebiscito puede ser considerado como la convocatoria directa al pueblo, para que de manera autónoma defina su destino[11]. La diferencia primordial entre el referendo y el plebiscito –indica la Corte– consiste en que, mientras el primero es una consulta a los ciudadanos acerca de un texto normativo, el último es una consulta sobre una decisión no plasmada en texto normativo, para que se pronuncie favorable o desfavorablemente[12]. Al respecto dice la Corte:

---

mento constitucional es dudoso. Cuando la Constitución no establece una mayoría cualificada, la ley no pude consagrarla sin justificación. Esta idea se encuentra desarrollada en el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Constitucional C-011/94, firmado por los magistrados Cifuentes, Gaviria y Martínez.

[10] Al respecto son de mucho interés los comentarios de G. Sartori y M. Krielle entre muchos otros respecto a los peligros que entrañan posiciones idealistas o maximalistas en materia democrática. Ver la introducción a este Título.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

[12] "En el lenguaje corriente, el concepto "plebiscito" se usa para una variedad de actos de participación del pueblo en el proceso del poder y, algunas veces, hasta como sinónimo de elecciones. Sin embargo, aunque esta expresión ha sido usada generalmente para

"Como ya quedó dicho, el plebiscito es una especie de consulta popular.

(...) La Constitución política diferencia las consultas populares por razón de su radio de acción y, de consiguiente, en cuanto al nivel a que pertenece tanto el acto como la autoridad que convoca. Así, en el ámbito nacional tiene lugar la consulta mediante plebiscito, respecto de decisiones sobre asuntos que incumben a toda la nación; por ello su convocatoria es de competencia del Presidente de la República (...)"[13].

2.3.2 Requisitos para el plebiscito

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 de la Ley estatutaria, el plebiscito puede ser convocado por el Presidente de la República, previa firma de todos sus ministros, de la aceptación de las dos cámaras y del control de la Corte Constitucional. El plebiscito puede versar sobre las políticas del ejecutivo, excepto aquello relacionado con los estados de excepción y el ejercicio de poderes. Tampoco podrá tratar sobre la duración del período electoral, ni podrá modificar la Constitución. El pueblo decide por la mayoría del censo electoral (art. 79).

designar las votaciones sobre la "forma de Estado" debería quedar reservado a votaciones sobre cuestiones no constitucionales o legislativas. En la mayor parte de los casos, el plebiscito significa una votación popular sobre una cuestión territorial: la modificación de las fronteras internas o externas del Estado o el cambio de soberanía de todo un territorio" K. Lowenstein, op. cit., pág. 331.

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

2.4 LA CONSULTA POPULAR

2.4.1 Definición y alcances

La consulta popular está definida en el artículo 8 de la Ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana de la siguiente manera:

"La consulta popular es una institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.

Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República".

2.4.2 Requisitos de la consulta popular

Los requisitos de la consulta popular se encuentran en los Títulos V y VI de la Ley estatutaria. Allí se regula la consulta en sus diferentes niveles: nacional, departamental, distrital, municipal y local (artículos 49 y 50). Según el caso, le corresponde su ejercicio al Presidente (con la firma de todos sus ministros y concepto previo favorable del Senado), al gobernador (con concepto favorable de la asamblea), o al alcalde (con concepto favorable del concejo o de la junta

administradora local), para que decidan sobre sus asuntos respectivos, siempre y cuando no tengan que ver con reformas a la Constitución.

Según el artículo 53 de la Ley estatutaria, la consulta popular nacional debe realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del pronunciamiento del Senado, mientras que la consulta popular celebrada en una entidad territorial se realiza en el término de dos meses contados desde el momento en que la respectiva corporación pública se pronuncie. Se entenderá que el pueblo ha tomado una decisión obligatoria cuando la participación no sea menor a la tercera parte del censo electoral respectivo, y cuando la pregunta sometida a la consulta popular haya obtenido respuesta favorable de la mitad más uno de los sufragios válidos (art. 54).

El artículo 57 de la Ley estatutaria, en acuerdo con el artículo 376 de la Constitución, dispone que para convocar una asamblea nacional constituyente se requiere una ley del Congreso de la República en la cual se pregunte al pueblo si convoca o no dicha asamblea para reformar total o parcialmente la Constitución. La ley en referencia deberá definir el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, la competencia de la asamblea y la fecha de iniciación y su período. El pueblo podrá votar con un Sí o un No y puede señalar los temas que considere que deben ser competencia de la asamblea. Se convoca la asamblea si así lo aprueba por lo menos un tercio del censo electoral (art. 376 inciso segundo CP.). La consulta para convocar una asamblea constituyente y la elección de sus delegatarios son dos actos diferentes.

2.4.3 Primeras experiencias

El 27 de agosto de 1995 se llevó a cabo en Aguachica (Cesar) la primera consulta popular derivada de la Constitución Política. En esta ocasión se preguntó lo siguiente: "¿Rechaza usted a los violentos y está de acuerdo en convertir a Aguachica en un municipio modelo de paz?". Los resultados no fueron muy alentadores. Según datos suministrados por la Registraduría Nacional del Estado Civil la votación alcanzó un total de 10.569 votos, de los cuales 10.459 fueron a favor del Sí, 42 por el No, 17 en blanco y 51 nulos. La votación favorable a la pacificación del municipio no alcanzó a superar la tercera parte del censo electoral respectivo (34.504) y, en consecuencia, la voluntad mayoritaria no consiguió poder vinculante.

El 29 de Octubre de 1995 se realizó en Santa Marta una consulta popular en la que se sometieron a consideración las siguientes preguntas: 1) ¿Desea usted que el distrito de Santa Marta se convierta en modelo nacional de paz? y 2) ¿Desea usted que se preserve la Sierra Nevada de Santa Marta como patrimonio común de la humanidad, garantizando la economía de sus comunidades indígenas tradicionales, la conservación de su biodiversidad, la protección de sus cuencas hidrográficas y prohibiendo así las fumigaciones con herbicidas peligrosos para sus ecosistemas?. La tercera parte del censo electoral en Santa Marta es de 49.094 votos y en ninguno de los dos casos el voto por el sí superó los 20 mil votos. Ninguna de las dos votaciones logró superar el mínimo exigido por la ley para su eficacia normativa.

Los resultados de la encuesta de Aguachica ponen de presente las enormes dificultades para articular procesos políticos en la sociedad colombiana. La violencia y los problemas sociales no sólo no son un aliciente para la formación de movimientos sociales en beneficio de soluciones políticas; más bien sucede lo contrario: se desintegra el tejido social y con él las posibilidades de acción política[14].

El conjunto de las experiencias relativas a consultas populares realizadas hasta el momento (enero de 1997) se reseñan en el siguiente cuadro de la Registraduría Nacional:

DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	FECHA VOTACIÓN	POTENCIAL	TOTAL VOTOS
Cesar	Aguachica	Agosto 26/95	33.075	10.570
Magdalena	Santa Marta	Oct. 29/95	147.283	25.930
Magdalena	Santa Marta	Oct. 29/95	147.283	26.342
Atlántico	Soledad (Barrio El Esfuerzo)	Agosto 26/96	728	598
Cauca	Pto.Tejada (Zanjón Rico)	Oct. 20/96	265	107
Boyacá	Duitama	Dic.15/96	47.417	6.338

Como puede verse, sólo tuvo éxito la consulta del barrio El Esfuerzo en el municipio de Soledad, en el departamento del Atlántico –destinada a solicitar el traslado de un barrio de un municipio a otro–. Ninguna de las demás consultas llevadas a cabo ha concluido satisfactoriamente y los porcentajes de participación son notoriamente bajos.

3. EL CABILDO ABIERTO

3.1 DEFINICIÓN Y ALCANCES

El cabildo es quizás la institución más autóctona del constitucionalismo colombiano, en unión con la acción pública de inconstitucionalidad. Este mecanismo de participación popular tuvo enorme importancia en el contexto de las autoritarias y centralistas instituciones coloniales: el cabildo abierto fue la primera expresión del poder constituyente criollo en 1810.

El artículo 9 de la Ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana define esta figura en los siguientes términos:

> "El cabildo abierto es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad".

Por su parte la Corte Constitucional se refiere a la definición de cabildo abierto como sigue :

> "Debe entenderse por este mecanismo de participación ciuda-

[14] La violencia proveniente de factores múltiples genera una enorme desconfianza en las prácticas sociales y al mismo tiempo una desarticulación de las acciones colectivas en beneficio de estrategias individuales. Este tipo de análisis "hobbesiano" es utilizado en situaciones de crisis y violencia extrema. Ver por ejemplo D. Gambetta, *The Sicilian Mafia. The Business of Private Protection*, Harvard University Press, 1966. Ver igualmente Daniel Pecaut, "Presente, pasado y futuro de la volencia", en *Análisis Político*, Nº 30, enero-abril de 1997, Universidad Nacional, Bogotá, págs 3-36.

dana, la congregación del pueblo soberano para discutir libremente, acerca de los asuntos que le interesen o afecten. Se constituye además, en la garantía constitucional de las reuniones políticas de carácter deliberante.

(...)
Su propósito esencial, como así lo quiso el constituyente de 1991 y lo pretende la norma que se revisa, es ampliar los escenarios de participación de los ciudadanos y en concreto, que la comunidad política de manera directa y pública, intervenga y decida acerca de los asuntos propios de la respectiva población"[15].

El fallo de la Corte Constitucional pone de presente el carácter meramente deliberativo dado por la ley al cabildo abierto; sin embargo –dice el fallo de la Corte– esto no significa que el legislador haya creado una figura inocua. "Queda abierta la puerta para que en el futuro, el Congreso por la vía estatutaria le reconozca fuerza vinculante a las deliberaciones populares en cabildo, en forma congruente con la potestad soberana del pueblo quien, como titular originario la ejerce por esta vía de manera directa"[16].

El debate sobre la naturaleza normativa del cabildo dio lugar a que algunos magistrados de la Corte Constitucional salvaran su voto en contra de la idea predominante de limitar la eficacia del cabildo a la simple deliberación política. Dice el salvamento de voto a la sentencia citada:

"La decisión mayoritaria de la Corte sobre este punto, acepta el sentido democrático y participativo de la institución pero, de manera inexplicable, limita sus alcances hasta considerar que sólo tiene efectos deliberantes. En estas condiciones, el cabildo abierto se confunde con el derecho de petición consagrado por el constituyente en el art. 23 de la Carta. La voluntad popular de institucionalizar una vía de participación adicional, queda entonces desvirtuada por la decisión de la Corte de recortar sus alcances hasta confundir su operatividad con la de otra figura ya existente".

3.2 REQUISITOS PARA EL CABILDO ABIERTO

La solicitud razonada de cabildo abierto debe contener un respaldo no inferior al cinco por mil del censo electoral correspondiente. El cabildo podrá tratar cualquier materia de interés para la comunidad; sin embargo, según la ley, no se podrán presentar proyectos de ordenanza, acuerdo o cualquier otro acto administrativo (art. 82). Además, frente a la decisiones del cabildo, la corporación pública sólo tiene una obligación de dar respuesta razonada a tales planteamientos (art. 86). Aquí se pone en evidencia su naturaleza meramente deliberativa.

4. LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS ORGANIZACIONES CIVILES

En relación con el tema de la participación ciudadana la Ley estatutaria de los mecanismos de participación es escueta y restrictiva. El Título XI de la Ley se limita a establecer en su artículo 99 que la participa-

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.
[16] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

ción en la gestión administrativa se ejerce por los particulares y por las organizaciones civiles en los términos de la Constitución y de la ley ordinaria.

De otra parte el artículo 100 del proyecto de Ley estatutaria, enunciaba el derecho que tienen las organizaciones civiles para constituir veedurías ciudadanas y el artículo 101 confería al Presidente de la República una serie de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley en desarrollo de las materias a las cuales se hace referencia en los artículos 99 y 100. La Corte Constitucional declaró inconstitucionales estos artículos con los siguientes argumentos:

> "La Corte encuentra inconstitucional la degradación del rango de la ley que debe ocuparse de desarrollar el inciso final del art. 103 y del art 270 de la Constitución, el que de acuerdo a los preceptos que se estudian, se equipara al de la ley ordinaria.
>
> Tal definición comporta franco desconocimiento de las normas constitucionales mencionadas, a cuyo amparo, el Constituyente inequívocamente quiso vigorizar el significado y alcance del principio democrático y, en consecuencia, promover la expansión de las prácticas de participación ciudadana a los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en campos de tanta trascendencia para la definición del interés colectivo, como el mismo electoral.
>
> Por ello, no puede la Corte aceptar la diferenciación caprichosa entre los mecanismos de participación política y los llamados a operar en esferas diferentes a la electoral, pero igualmente decisivas en la definición de los asuntos colectivos, como son las que corresponden a los órdenes social, económico, cultural y administrativo".
>
> (...)
> "Es claro que la inexequibilidad de la regulación por la vía de la ley ordinaria, de los mecanismos de participación previstos en los artículos 103, inciso final y 270 CP., de contera produce la inconstitucionalidad de las facultades extraordinarias que, a partir de la definición de la materia como propia de la ley ordinaria, se confirieron al ejecutivo para desarrollar las normas cuya fuerza de ley esta Corte ha declarado contraria a la Constitución Política".

5. COMENTARIOS FINALES

Los mecanismos de participación política ideados por el Constituyente de 1991 no han tenido mayor eficacia y es poco probable que la tengan en un futuro próximo. Ello se explica, por lo menos en parte, por las dificultades que implica el cumplimiento de los requisitos propios de los nuevos mecanismos de participación previstos en el artículo 103 constitucional, en un país caracterizado por una debilidad endémica de los movimientos sociales y en general por una incapacidad generalizada de los ciudadanos para articular demandas sociales por fuera de las instancias políticas tradicionales.

En la Asamblea Nacional Constituyente dominó una clara tendencia anticlientelista, en contra de las prác-

ticas tradicionales de los partidos políticos. Los mecanismos de participación ciudadana fueron entonces presentados como una nueva alternativa democrática, con la cual desaparecerían las formas de participación nocivas y se despejarían espacios de apropiación y participación ciudadana. Estos cinco primeros años de vigencia constitucional han puesto en evidencia las enormes dificultades para llevar a cabo esta sustitución y sobre todo la fortaleza y complejidad de las prácticas políticas tradicionales.

En opinión de Francisco Gutiérrez, el Frente Nacional, al desinstitucionalizar a los partidos políticos y excluir otras fuerzas, trasladó el peso de la competencia política al interior de los partidos mismos. En estas circunstancias, se creó "un sesgo a favor de los escalones inferiores del aparato partidista" al permitirles negociar mejores acuerdos con distintos empresarios clientelistas[17]. En estas condiciones, los líderes regionales desplazaron a los jefes nacionales. De manera concomitante, la actividad política se fue degradando en una serie de prácticas de negociación y compromisos cada vez más específicos, más efímeros y más dependientes del favor de pequeños grupos de electores (ver comentarios al artículo 107 CP.). "El postclientelismo, dice Francisco Gutiérrez, convierte en contenido básico de la representación el chantaje de arriba abajo y de abajo a arriba, y bloquea por consiguiente con mucha eficacia la articulación de intereses colectivos y la participación en la formación de bienes propiamente públicos".

[17] Francisco Gutiérrez, "Dilemas y paradojas de la transición participativa", en *Análisis político*, Nº 29, sept-dic de 1996, Bogotá, Iepri, Universidad Nacional, págs. 35-52.

El desarraigo social de la actividad política se acentúa aún más con el fenómeno de la violencia. La ausencia del Estado y el deterioro del monopolio de la fuerza por parte de los organismos de seguridad, crea una situación de desconfianza recíproca entre todos los actores sociales, derivada de la presencia de grupos armados en buena parte del territorio nacional. En estas circunstancias, los líderes políticos necesariamente se abren paso en medio del peligro y de la inestabilidad que se derivan de negociaciones con tales grupos[18]. El miedo producido por la violencia, inherente a la inestabilidad de las alianzas, determina, tanto en la población civil como en los "líderes políticos mismos, una estrategia que consiste en reducir la presencia y participación en lo público, en beneficio de la individualidad y los compromisos privados controlables[19]. Sólo quienes han sido formados en las viejas prácticas clientelistas, con las destrezas necesarias y sin escrúpulos para negociar, están dispuestos a participar en este difícil juego político[20]. Así la actividad política se vuelve un asunto pri-

[18] "El clientelismo armado –dice Francisco Gutiérrez– es una de las realidades más inquietantes y menos analizadas de la democracia colombiana", Ibidem, pág. 47.

[19] Sobre la incidencia de la desconfianza en la desarticulación de proyectos colectivos ver D. Gambetta, op.cit.

[20] "Sólo una base social muy estrecha –dice Francisco Gutiérrez– puede involucrarse en un participacionismo tan costoso, tan peligroso y que arroja tan pocos resultados". Y más adelante agrega: "En consecuencia, la oferta creciente de herramientas participativas (que incluyen un Ministerio del Interior encargado de la participación y la descentralización; plebiscito, revocatoria del mandato, cabildo abierto, consulta popular, veedurías ciudadanas) encuentra muy pocos adeptos, op. cit., pág. 48.

vado y los valores colectivos quedan reducidos a la retórica insulsa del discurso clientelista.

Desde un punto de vista menos teórico y más instrumental, tres causas intervienen en la ineficacia de los mecanismos ciudadanos de participación política: en primer lugar la dificultad de las condiciones impuestas por la ley para la participación de los movimientos y grupos. En segundo lugar, la débil articulación social de tales grupos y movimientos al momento de emprender campañas de movilización ciudadana. Finalmente, la falta de carácter vinculante de algunos de estos mecanismos. Estos hechos han jugado en contra de la efectividad de la Ley 134 de 1994. Existiendo el andamiaje clientelista y burocrático de los partidos, resulta mucho más fácil iniciar procesos electorales con el objeto de obtener representantes en las corporaciones públicas, que utilizar con éxito un mecanismo de participación ciudadana. Los porcentajes del censo electoral exigidos por la ley estatutaria para adelantar procesos de participación son demasiado altos para suscitar el entusiasmo que requiere la participación. En estas circunstancias, la dinámica partidista absorbe cualquier intento de movilización política[21]. Esta conclusión se deduce de los datos electorales plasmados en el siguiente cuadro. Como se explicó anteriormente, sólo la iniciativa legislativa promovida por la Fundación País Libre sobre la Ley antisecuestro ha tenido éxito y los únicos referendos que han prosperado son aquellos destinados a la creación de municipios.

DATOS DE ELECTORALES DE LA REGISTRADURÍA PARA 1994	
CENSO ELECTORAL PARA ELECCIONES DE CONGRESO EN 1994	17'722.980
VOTACION EFECTIVA	6'221.423
SENADOR CON MAS VOTACION	Fuad Char: 79.717 votos
SENADOR ELEGIDO CON MENOS VOTACION	Héctor Elí Rojas: 18.049 votos
5 POR MIL DEL CENSO ELECTORAL	89.000 votos

El capítulo IV de la Constitución fue concebido bajo el supuesto de una renovación de la actividad política que nunca tuvo lugar. En efecto, los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente pensaron que podían redimir la clase política colombiana por medio de la revocatoria del mandato de los congresistas. Sin embargo esto no sucedió y la apatía de los electores frente a los candidatos se agrava día a día. Los mecanismos de participación ciudadana fueron concebidos bajo el supuesto de un sociedad participativa, cohesionada y consciente, que en realidad no existe.

Una vez superada la efervescencia del momento político producido por un cambio constitucional progresista y democrático, la participación pierde su impulso inicial y las fuerzas tradicionales encuentran acomodo en las nuevas formas institucionales. Un ejem-

[21] La manera como se conforma el censo electoral (haber votado en las elecciones de 1986 y/o haberse inscrito en las elecciones de 1988) restringe y dificulta la participación política. Así lo explica Carlos Ariel Sánchez, "Participación ciudadana, participación democrática y censo electoral en Colombia", en *Modernidad, democracia y partidos políticos*, Fidec-Fescol, Bogotá, 1993, págs 187-207

plo de este fenómeno se encuentra en Bogotá, donde los partidos tradicionales reconquistaron casi la totalidad de las Juntas Administradoras Locales. Estas nuevas organizaciones (JAL) - según Gutiérrez - reproducen el personal y las prácticas de las antiguas Juntas de Acción Comunal (JAC), que fueron instrumentalizadas y utilizadas como reservorio electoral y social de manera relativamente temprana "por los caciques políticos tradicionales"[22]. "El viejo personal participativo -explica Gutiérrez- al que tácita o explícitamente se quería jubilar en 1991, por contaminado por prácticas clientelistas, sigue dominando el panorama, aunque ahora carga con nuevos costos: los que tiene que asumir por pertenecer a la 'vieja guardia' y ser cada vez menos presentable"[23].

Una vez más el ordenamiento jurídico colombiano sobre estima sus propias capacidades de transformación social. El derecho es un instrumento no siempre necesario para determinar una cierta realidad y, cuando lo es, no siempre es suficiente. En materia de participación política el elemento dinamizador esencial es la cultura ciudadana y frente a ella la producción de normas jurídicas poco puede hacer si al mismo tiempo no hay procesos de movilización social y de creación de cultura ciudadana.

[22] Idem., pág. 44.
[23] Idem., pág. 48.

Artículo 104

El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección.

Aunque el contenido del artículo 103 contempla una serie de mecanismos de participación política de los ciudadanos que deben ser desarrollados por la ley, existían algunos aspectos que se quisieron regular directamente en la Constitución con el fin de definir unas características básicas y elaborar unos instrumentos en calidad de garantía mínima, cuyo cumplimiento no debía supeditarse a la existencia de la previsión legal, sino que podía hacerse directamente. El caso de la consulta popular nacional es uno de ellos y en su regulación se pueden observar las siguientes características: 1) La titularidad de la convocatoria recae sobre el órgano ejecutivo, específicamente sobre el Presidente y todos sus ministros. 2) Existe un control político sobre dicha convocatoria ejercido por el Senado de la República, en virtud del cual se examina la conveniencia de dicha consulta y a su vez se equilibra la relación entre gobierno, legislativo y ciudadanía. 3) En cuanto al elemento material, la decisión debe referirse a un asunto de trascendencia nacional. Esta última frase se presenta como un concepto jurídico indeterminado que debe ser valorado inicialmente por el gobierno y posteriormente ponderado por el Senado. 4) Los dos últimos aspectos, es decir, el carácter obligatorio de la decisión y la no concurrencia con otra elección operan como garantía en favor de la ciudadanía. La primera para revestir la decisión de un carácter vinculante y evitar que sea utilizado por el gobierno como un simple sondeo de opinión sin efecto jurídico alguno, y la segunda para asegurar que la expresión de la voluntad popular no esta condicionada ni arrastrada por la fuerza de otra elección.

Si bien en este artículo se trazan algunos lineamientos para construir una definición del mecanismo de consulta popular, no son suficientes para establecer una delimitación conceptual con el plebiscito. La Ley estatutaria sobre los mecanismos de participación ciudadana (Ley 134 de 1994, artículos 7 y 8) y la sentencia de la Corte Constitucional mediante la cual se ejerció el control previo, proporcionan algunas luces adicionales para establecer dicha diferenciación:

Sobre la regulación del plebiscito en el artículo 7 de la Ley, la Corte Constitucional adoptó la siguiente postura:

> "Como ya quedó dicho, el plebiscito es una especie de consulta popular. Por tal razón, para que su convocatoria y realización se haga en forma constitucionalmente válida, se precisa cumplir con las exigencias previstas en el artículo 104 CP. Por tanto, es indispensable el concepto previo y favorable del Senado de la República".
>
> La Constitución Política diferencia las consultas populares por razón de su radio de acción y, de consiguiente, en cuanto al nivel a que pertenece tanto el acto como la autoridad que convoca. Así, en el ámbito nacional tiene lugar la consulta mediante el plebiscito, respecto de decisiones sobre asuntos que incumben a toda la nación; por ello, su convocatoria es de competencia del Presidente de la República...[1]"

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

En consecuencia, dentro de una perspectiva fundamentalmente dogmática, se pueden hacer las siguientes distinciones entre el plebiscito y la consulta popular:

El plebiscito:

1. Se trata de una modalidad de consulta popular donde la titularidad de la convocatoria recae exclusivamente sobre el gobierno, específicamente en el Presidente y todos los ministros (Artículo 77 de la Ley 134 de 1994).

2. En cuanto a su elemento material, la convocatoria busca que el pueblo se pronuncie sobre una decisión política del ejecutivo de carácter particular que no requiera aprobación del Congreso. No puede versar sobre el período presidencial ni modificar la Constitución (Artículos. 77 y 78).

3. En cuanto a su ámbito de validez territorial, el plebiscito es exclusivamente de orden nacional.

4. Por tratarse de una modalidad de consulta popular, el control político implica de una parte un concepto previo y favorable del Senado, además del deber de informar al Congreso la intención de convocar al plebiscito, los motivos y la fecha de votación (Artículos. 77 y 78).

La consulta popular

1. Se trata de un concepto genérico que comprende varios mecanismos de participación ciudadana como el plebiscito, la consulta popular nacional y las consultas territoriales. La titularidad de la convocatoria recae en el Presidente con el respaldo de todos los ministros, tratándose del ámbito nacional, y sobre los gobernadores y los alcaldes en los ámbitos territoriales respectivos (Artículos 8, 50 y 51 de la Ley 134 de 1994).

2. En cuanto al contenido se trata de consultar en forma general sobre asuntos de trascendencia nacional o territorial, pero no puede ser utilizado para decidir sobre proyectos de articulado, ni para convocar una asamblea constituyente (Artículo 52).

3. El ámbito de validez de las consultas no es exclusivamente nacional, se extiende a las esferas territoriales (Artículos 8 y 51).

El control político en el ámbito nacional es ejercido por el Senado de la República, el cual debe pronunciarse en forma previa y favorable, en los ámbitos territoriales los conceptos sobre conveniencia deben ser emitidos por las corporaciones administrativas respectivas. En todo caso se trata de conceptos vinculantes.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 40, 95 n.5, 103, 241 n.3, 378, 379.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 20, col.2)
Comisión Codificadora, artículos 108 y 110 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 21 y 29

LEGISLACION

Ley 134 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-614.

1993:
C-454.

1994:
C-180, C-264.

Artículo 105

Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que éste determine, los Gobernadores y Alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.

La disposición del artículo 105 recoge el propósito del constituyente de extender las consultas populares a los ámbitos territoriales, dejando el desarrollo de los aspectos formales a la ley. En el fondo, este requisito ya se ha cumplido, toda vez que la Ley estatutaria sobre mecanismos de participación ciudadana (Ley 134 de 1994) ha regulado la forma y los requisitos de la consulta en los niveles territoriales en desarrollo del artículo 152 de la Constitución. Este artículo, y el 104 comentado anteriormente, podrían tener una gran importancia en un eventual proceso de paz.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 40, 95 n. 5, 297, 307, 316, 319, 321, 326.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 20, col.2)
Comisión Codificadora, artículos 109 y 111 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES
Plenaria: junio 21 y 29.

LEGISLACION

Ley 134 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-470, T-614.

1993:
C-454.

1994:
C-089, C-180.

1995:
T-111, C-586, C-600A.

Artículo 106

Previo el cumplimiento de los requisitos que la ley señale y en los casos que ésta determine, los habitantes de las entidades territoriales podrán presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación pública, la cual está obligada a tramitarlos; decidir sobre las disposiciones de interés de la comunidad a iniciativa de la autoridad o corporación correspondiente o por no menos del 10% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral; y elegir representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva.

Este artículo, como el anterior, extiende los mecanismos de participación ciudadana a los niveles territoriales. De manera específica se refiere a la posibilidad que tienen los habitantes de las entidades territoriales en la configuración de las decisiones políticas. Este artículo contempla tres tipos de participación:

1) La primera hipótesis se refiere a la iniciativa normativa, es decir, la posibilidad que tiene un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de normas ante las corporaciones administrativas de las respectivas entidades. Un primer aspecto a tener en cuenta es el de la remisión a la ley. En este caso no se presenta conflicto debido a que la remisión es genérica y la Ley estatutaria sobre participación ciudadana (Ley 134 de 1994) regula extensamente dicho mecanismo (arts. 2, 10 y ss.).

2) Mediante decisión respecto a las disposiciones de interés de la comunidad bien sea a iniciativa de la autoridad o corporación correspondiente, o por medio de la solicitud de un número de ciudadanos no inferior al 10% del censo electoral. En este caso el artículo se refiere al mecanismo del referendo.

3) Mediante elección de representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva.

El porcentaje del 10% del censo electoral exigido por este artículo para la presentación de proyectos es a todas luces excesivo. No se entiende cómo, además, el artículo 375 exige un porcentaje del 5% del censo electoral para la presentación de proyectos de acto legislativo. Es decir, se requiere una cifra menor cuando se trata de reforma a la Constitución. Para lo más se exige lo menos y para lo menos se exige lo más.

La importancia de este artículo está en el hecho –comentado anteriormente– de que la participación es mucho más útil y enriquecedora en los niveles locales que en el ámbito nacional.

Finalmente, en la sentencia de la Corte Constitucional C-180/94 se declaró inexequible la posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa revise la iniciativa. La eventualidad de una incidencia perniciosa, que obstaculice la participación popular, y una posible contradicción con la intervención de la Corte Constitucional (art. 241 CP.) justificaron esta decisión.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 40 n.5, 95 n.5, 103, 154, 155, 300.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No Hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N°83, pág. 6, col. 1)
Comisión II, artículo 4 (G.C., N°92, pág. 8, col. 2)
Primer Debate, artículo 13 (G.C., N° 109, pág. 23, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 305 (G.C., N°113, pág. 21)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 13, 22 y 29

LEGISLACION

Ley 134 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-614.

1993:
T-067, C-454.

1994:
C-180.

1995:
T-111.

1996:
C-386, C-443.

Artículo 107

Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

El capítulo constitucional sobre los partidos y movimientos sociales tiene su fundamento en el derecho consagrado en el artículo 40 n. 3 de la Carta que faculta al ciudadano para crear partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. A diferencia de otros derechos fundamentales que tienen como titular a la persona, el derecho consagrado en el artículo 40 n. 3 tiene como beneficiario, en principio, sólo a los nacionales[1].

Este derecho es una de las más importantes derivaciones de la noción de democracia pluralista[2] que caracteriza el constitucionalismo occidental y que servía de principio fundamental para la organización del juego político aún antes de ser consagrado como norma constitucional. Además, también es derivación directa de los artículos 1 y 3 de la Constitución, en los cuales se establece el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, y de los artículos 18 y 20 del mismo estatuto, relativos a la libertad de conciencia y expresión.

El tema de los partidos políticos no hacía parte de las preocupaciones constitucionales en el esquema del Estado liberal. En estas circunstancias, la idea de un Estado mínimo relegaba la actividad política al ámbito civil. Esta división corresponde igualmente a la radical separación entre lo público y lo privado y a la separación no menos drástica entre el derecho y la política que tiene lugar en el Estado de derecho clásico.

El aumento de la complejidad social puso en evidencia las limitaciones del postulado liberal. Por eso en una concepción del Estado social de derecho el propósito de democratización trasciende el espacio institucional hasta comprender múltiples relaciones sociales que anteriormente se encontraban libradas a la dinámica privada.

La Constitución de 1991 –a diferencia de la Carta de 1886– opta por una clara constitucionalización de los partidos políticos. Para comprender mejor la importancia que los hechos sociales y la teoría política tuvieron en esta transformación constitucional es necesario hacer una breve alusión a las variaciones históricas que ha tenido la relación entre partidos políticos y democracia. Luego de haber desarrollado este punto se analizarán las diferencias conceptuales entre partidos, movimientos y organizaciones que plantea el artículo constitucional.

I. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA DEMOCRACIA

El estudio de los partidos políticos ha adquirido en la segunda mitad

[1] No obstante este principio general, el artículo 100 n. 2 constitucional faculta al legislador para conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal.

[2] El concepto de democracia irradia todo el texto constitucional. Así en las relaciones entre Estado y particulares (Preámbulo, arts. 1,2,3,6,7 y 9); en el ejercicio del poder político (arts. 13, 20, 23, 27, 28, 37, etcétera); en la organización electoral (arts. 103, 112, 259, 375, 377); en el ejercicio de la función administrativa (arts. 40 n. 7 y 270); en los servicios públicos (arts. 49, 68, 41, 369); en la rama legislativa (arts. 155 y 178); en la administración de justicia (arts. 116, 241 y 242); en materia territorial (arts. 303, 314, 105, 329 y 330); en materia económica (arts. 57, 60, 64, 75, 350, 357, 342, y 340); en el ámbito privado (arts. 26, 39, 52, y 103), etc.

del presente siglo una importancia excepcional en el análisis de los fenómenos constitucionales[3]. Para comprender el alcance y sentido de esta evolución se deben tener en cuenta algunas consideraciones históricas.

En Europa se empieza a hablar propiamente de partidos políticos sólo a partir de 1832 cuando se formaron los clubs políticos en Inglaterra y a partir de 1867 cuando se amplió el número de ciudadanos con derecho al voto.

La actuación de los partidos estuvo inicialmente dominada por la teoría liberal, según la cual en el momento del arribo al poder, los elegidos deben abandonar su connotación sectaria y encarnar la voluntad general; el gobierno, depositario del bien común está por encima de los partidos. Se identifica lo político con una dirección superior que subestimaba el interés partidista[4]. Es ésta concepción la que orienta a Burke cuando dice:

> "El parlamento no es un congreso de embajadores de intereses diferentes y hostiles, que cada uno tiene que mantener como agente y abogado frente a otros agentes y abogados. Sino que el Parlamento es una asamblea deliberativa de una sola nación, con un solo interés, el del todo, en el cual no deben servir de guía los prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Ustedes eligen un diputado, sin duda, pero cuando lo han elegido ya no es un representante de Bristol, sino un diputado"[5].

Fruto de la diferencia entre partidos políticos, depositarios de intereses y gobierno, vocero del "bien común", es la teoría de la representación, según la cual los gobernantes una vez elegidos se desligan del conjunto de electores que favorecieron su elección y pasan a representar a la nación entera. Existe entonces un mandato libre entre electores y elegidos que excluye toda posibilidad de reclamo de los primeros hacia los segundos por acciones prometidas y no cumplidas. El gobernante se constituye en un representante fiduciario y no delegado en cuanto tiene a su cargo un mandato libre y no un encargo de tareas específicas. Además, el gobernante es el representante de los intereses generales –una ampliación de este tema se encuentra en la introducción teórica a este título–. Esta teoría encuentra consagración en el artículo 133 de la Constitución Política en el cual se establece que los miembros de los cuerpos colegiados

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 37, 38, 40 n.3, 108 a 112, 152 lit. c, 219, 264, 265 ns. 5, 8, 9 y 10, transitorio 35.

---

[3] Se recuerda aquí la opinión de N. Bobbio sobre los partidos italianos: "Quien tuviese paciencia para recoger datos empíricos sobre la manera como, en un país como el nuestro, el cual ha sido dirigido hasta ahora por medio de un pacto general de exclusión de algunos partidos de la coalición de gobierno, y por medio de un número enorme de pactos de alianza entre dos, tres, cuatro o "N" partidos, podría quizás escribir un manual de derecho constitucional "pacticio". N. Bobbio, *Il futuro della democrazia.* Turín, Einaudi, 1984, pág. 134.

[4] Es claro que esta sublimación de lo político, desde luego respondía a intereses no manifiestos. La generalizada limitación del sufragio en este período a unas esferas económicamente privilegiados de la sociedad, indica claramente este carácter ideológico de lo político entendido como "tarea superior".

[5] "Thoughts on the Cause of the Present Discontents", en *The works of the Rt. Hon Edmund Burke*, Londres, Bohn Edition, 1886, Vol. I, pág. 75 y ss.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N°83, pág. 7, col.3)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 20, col.3)
Comisión Codificadora, artículo 11 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES
Comisión I: mayo 10 y 14
Plenaria: junio 13, 18 y 29

de elección directa representan al pueblo y deben actuar con fundamento en la justicia y el bien común.

II. PARTIDOS, MOVIMIENTOS Y ORGANIZACIONES

El reconocimiento que la Constitución hace de los partidos es el fruto de una visión realista de la sociedad contemporánea. La estrategia que consiste en configurar el Estado a partir del puro ideal democrático es abandonada en beneficio de objetivos menos pretenciosos pero más viables. En medio de intereses sociales cada vez más fuertes, el Estado reconoce que la actividad política no puede dejarse al libre juego de las facciones en pugna. Algo similar ha sucedido con el principio de igualdad ante la ley: las diferencias económicas ponen en evidencia el hecho de que su mera enunciación es insuficiente para lograr un mínimo de realización. Es necesario entonces limitar la libertad individual en aras de la efectividad del principio. El Estado reconoce personaría a los partidos y financia sus campañas porque considera que su intervención y la consecuente restricción a la libertad individual, se justifican frente a la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de oportunidades y a la participación política.

Los partidos políticos representan el clásico canal de comunicación entre las instituciones y la sociedad civil. Para tal efecto sus funciones pueden ser clasificadas como sigue: 1) movilización de la ciudadanía en torno a una idea o pretensión política; 2) conversión de las demandas populares en programas políticos; 3) formación de una cultura política; 4) ofrecimiento de candidatos para cargos de representación popular y 5) puesta en marcha de los programas de gobierno.

El artículo segundo de la Ley estatutaria sobre partidos políticos (Ley 130 de 1994, art. 2) se refiere a la definición de partidos en los siguientes términos:

> "...son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación"

Según el mismo artículo de la Ley estatutaria, los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos que se constituyen de manera libre para determinar la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.

El artículo 108 constitucional también se refiere a los movimientos sociales y a los grupos significativos de ciudadanos. Estos últimos están en el extremo opuesto de una lista de entidades sociales encabezadas por el partido político y dispuestos en orden descendente bajo el criterio de la cohesión organizativa interna. Mientras el partido posee una estructura organizativa que trasciende sus propios miembros, el grupo de ciudadanos resulta de una coyuntura circunstancial y por ese motivo no tiene una vocación de permanencia.

Entre estos dos extremos se encuentran los movimientos políticos, las

organizaciones sociales y los movimientos sociales. El movimiento político es el tipo de organización que por lo general precede a la formación de los partidos. El movimiento social tiene propósitos más ligados con la defensa de intereses. Las organizaciones sociales poseen una organización interna consolidada, pero su participación política esta mediatizada por intereses específicos generalmente de tipo social.

Esta clasificación constitucional no tiene un propósito conceptual de diferenciación ontológica. Su intención es más bien fenomenológica: describe algunas manifestaciones de la realidad social con el objeto de abarcar toda variación posible de la realidad sociopolítica[6]. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al revisar el proyecto de Ley estatutaria de partidos y movimientos políticos:

> "La referencia constitucional a una serie de manifestaciones sociales cuyas fronteras no son precisas, dificulta la tarea de definición y, en todo caso, pone en tela de juicio su propia utilidad. Es por eso que el sentido de la tipología hay que encontrarlo por fuera de la pretensión conceptual. Cuando la Constitución menciona esta serie de manifestaciones sociales con alcances políticos, lo hace con el propósito de mostrar un conjunto de posibilidades dentro de las cuales puede tener aplicación el ejercicio de un derecho ciudadano. Se describen posibilidades fácticas con el objeto de señalar facultades y de indicar el campo de ejercicio de un derecho, más que de prescribir o regular un comportamiento.
>
> "Las entidades y fuerzas políticas que se manifiestan en la sociedad son clasificadas por el texto constitucional con base en el criterio de organización política. Si por organización se entiende un conjunto humano ordenado y jerarquizado que asegura la cooperación y la coordinación de sus miembros con el objeto de alcanzar los fines propuestos, la enumeración de entidades hecha por la Constitución posee dos polos opuestos: el partido político, de un lado, y el grupo significativo de ciudadanos, del otro. El primero tiene una clara estructura consolidada, con jerarquías permanentes y claramente diferenciadas, valores, tradiciones y códigos disciplinarios. El grupo significativo de ciudadanos, en cambio, es una manifestación política coyuntural que recoge una voluntad popular cualitativamente importante. El término "significativo" sólo puede ser sopesado en términos sociológicos y teniendo en cuenta la importancia de la manifestación política del grupo dentro de unas circunstancias específicas.
>
> "Entre estos dos extremos del espectro se encuentran los movimientos políticos, las organizaciones y los movimientos sociales. Un movimiento, de tipo social o político, es una empresa colectiva encaminada a establecer un

[6] No sobra indicar que la alusión a los movimientos fue promovida en la Asamblea Nacional Constituyente por el Movimiento de Salvación Nacional y por la Alianza Democrática M-19, grupos claramente beneficiarios de esta ampliación conceptual.

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-470, T-527, T-614.

1993:
C-020, C-454, C-488.

1994:
C-089, C-265, T-317.

nuevo orden dentro de la práctica social o a mantenerlo. El movimiento de tipo político, por su grado de organización y permanencia, está llamado a convertirse eventualmente en partido. La organización social, en cambio, mantiene sus propósitos políticos como objetivos que adquieren importancia coyuntural en la consecución de los fines de tipo social que posee la institución. El movimiento social no tiene el grado de organización del partido o de la organización social. Sus objetivos también son circunstanciales, pero su evolución puede derivar en un movimiento político.

"El Constituyente, sin embargo, no quiso limitar los beneficios del reconocimiento institucional a las manifestaciones políticas depositarias de una clara estructura organizativa. La manifestación popular espontánea y depositaria de una voluntad social significativa también fue tenida en cuenta. La idea de incluir los grupos sociales significativos refleja esta intención de proteger el derecho a la participación política, incluso en aquellos niveles en los cuales su manifestación carece de una clara organización que le asegure su institucionalidad y permanencia"[7].

En síntesis, la crisis de los partidos políticos, ha conducido no sólo a su constitucionalización y reglamentación con el objeto de garantizar el núcleo fundamental del derecho a la participación política en condiciones de igualdad de oportunidades, sino también al reconocimiento y regulación de toda una serie de entidades sociales que participan en la competencia política y que son el reflejo de la complejidad social y del pluralismo político que reconoce y protege el Estado social de derecho.

Este razonamiento constitucional debe ser complementado con una visión sociológica de la crisis de los partidos y en general de la actividad política en Colombia. A continuación se estudia brevemente este tema.

III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN COLOMBIA

En Colombia existe un fenómeno de "sobrepolitización" en el sentido de que todo tiene que pasar por el Estado, acompañado de una "desocialización" en cuanto que los conflictos entre las clases sociales son extremadamente débiles o se transforman inmediatamente en presiones políticas[8]. La autonomía o

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-089/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

[8] S. Zermeño, "Estado, clases y masas", en *Revista Mexicana de Sociología*, Nº 4, 1978, págs. 1283-1325. A. Rouquie también hace alusión a este fenómeno cuando sostiene que "la conciencia de clase se encuentra ocultada por la conciencia de masa. El nacionalismo solidarista contribuye a la integración política de las capas sociales subordinadas y de las masas urbanas", *Amerique Latine, Introduction a l'extréme occident*, París, Seuil, 1987, pág. 292. En estas circunstancias la acción de los partidos políticos pierde toda relación con los intereses de clase. L. Martins explica cómo "en la medida en que las élites dominantes pueden articular y agregar directamente sus intereses en el interior del aparato del Estado, los partidos políticos y otras instituciones, que deberían hacer la mediación entre el Estado y la sociedad, pierden su función. Más aún, ellos muestran su verdadera función: la de ser instrumentos de movilización política con el propósito de legitimar el sistema", *Pouvoir et développement économique*, Basilea, Anthropos, 1976, pág. 136.

disociación de lo político en relación con lo social ha sido especialmente evidente en los regímenes llamados populistas, pero no es extraña a la mayoría de los sistemas políticos del subcontinente. Alain Touraine sostiene que lo propio de estos países consiste en que "el Estado, el sistema político y los actores sociales no se encuentran separados los unos de los otros, no son actores que deban negociar sus relaciones"[9]. Los conflictos que se presentan sólo tienen que ver parcialmente con los intereses que cada una de estas instancias supone representar; estos no pueden ser tratados sino políticamente; el interés tiene que ser sobredeterminado por el partido político para que pueda tener cabida en el espacio excluyente del Estado, en donde los conflictos están mediatizados por la dinámica del juego político; por fuera de él los intereses sociales se pierden en un mutismo insondable. Esto explica, en buena parte, el hecho de que la intensificación de los conflictos políticos en América Latina no necesariamente conlleve la ruptura del régimen. Este carácter simbólico de las disputas se traduce en una enorme movilidad de las palabras del discurso, de tal manera que el sentido original de los intereses, queda olvidado en la intrincada maraña de divergencias simbólicas.

El desarraigo social de los partidos políticos y la volatilidad simbólica del discurso político se observa con suma claridad en Colombia, cuya tradición en el mantenimiento de los mecanismos de la democracia formal y estabilidad institucional, lo han hecho aparecer como un país excepcional en donde una gran estabilidad política se combina con una violencia endémica, atizada por los dos partidos tradicionales y por una gran debilidad del movimiento popular[10]. La descomposición de esta paradoja se encuentra en la función articuladora que cumplieron las disputas partidistas y el clientelismo en una sociedad escindida por las diferencias culturales y sociales. En este sentido, Francisco Leal sostiene que los enfrentamientos entre las facciones políticas, en lugar de resquebrajar aun más la endeble unidad nacional "proporcionaban casi la única dinámica que alimentaba la débil necesidad de cohesión nacional dentro de una sociedad con un Estado exiguo"[11] Las guerras civiles del

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 20.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 221.
Declaración Americana, artículo XXI.
Convención Americana, artículo 16

[9] A. Touraine, *La parole et le sang*, París, Odile Jacob, 1987, pág. 167. Una posición similar puede encontrarse en D. Pecaut cuando afirma que "...al no fundarse sobre la relación social instituida, el populismo se traduce en el hecho de aislar lo político y lo ideológico, que parecen ocupar todo el campo de la representación, pero que tan sólo lo logran levantando barreras contra el magma social apenas vislumbrado", *Orden y Violencia: Colombia 1930-1954*, Bogotá, Siglo XXI/ Cerec, 1987, Vol. II, pag. 366.

[10] A. Tirado Mejía sostiene que una característica especificamente colombiana " es la no persistencia de grupos socialistas de magnitud que expresen los intereses de los sectores proletarios, tal como sucedió en otros países, por ejemplo los del cono sur", "Colombia siglo y medio de bipartidismo", en *Colombia Hoy*, Bogotá, Siglo XXI, Bogotá, 1978, pág. 106. En un sentido similar A. Touraine sostiene que "en Colombia existe una fuerte separación entre la defensa de los intereses particulares y la acción política de alcance general. El sindicalismo se sitúa en el interior del modelo liberal que comanda las grandes empresas nacionales de Medellín o extranjeras de Cali (...) de suerte que los sindicatos no ponen en tela de juicio las formas políticas de la dominación oligárquica" op. cit., pág. 292.

[11] F. Leal Buitrago, "El sistema político del clientelismo", en *Análisis Político*, Nº 8, sept.-dic.,1989, Bogotá, Iepri - Universidad Nacional de Colombia, págs 8-32.

siglo XIX lograron transformar diferencias regionales y conflictos de intereses circunstanciales en empresas con alcance nacional, en las cuales el motivo inicial de discordia se esfumaba entre la emotividad de una adhesión a principios abstractos convertidos en banderas partidistas[12].

El desarraigo social de los partidos y la clientelización de sus dirigentes se acentuó durante el período del Frente Nacional. La repartición del poder entre los dos partidos tradicionales desvaneció las pasiones partidistas al eliminar la competencia electoral y redujo la participación política a sus expresiones burocráticas y clientelistas. "Este compartir permanente y mancomunado del poder burocrático - dice al respecto Francisco Leal - fue lo que inició el lento proceso de despolitización dentro de la ideología de pertenencia a una u otra de las dos colectividades"[13]. El clientelismo se convirtió de esta manera en el principal mecanismo de articulación de prácticas políticas entre los grupos sociales.

La violencia social y política en Colombia también ha incidido en el proceso de disociación entre discurso político e intereses sociales. El narcoterrorismo, por ejemplo, ha reducido el discurso político a consideraciones típicas generales completamente ajenas a la realidad social. Una manifestación palmaria de este fenómeno se aprecia en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente que dieron lugar a la Constitución. No se debe olvidar que la Constituyente tuvo origen en el estado de estupor nacional producido por la violencia narcoterrorista. Los deseos de cambio y el temor a la desintegración alimentaron la solución constitucional como una fórmula para remediar los graves males nacionales. No obstante esta relación de causalidad, la Constituyente prácticamente no se ocupó del tema y cuando lo hizo fue para favorecer al narcotráfico con la prohibición de la extradición de nacionales.

Ante la enorme dificultad para encontrar solución a los problemas de una sociedad aquejada por problemas básicos de integración social y unidad nacional, los partidos políticos y la clase política en general, se desentienden de los problemas propios de gobierno que se ocupan del manejo de los intereses sociales y utilizan un discurso sobredeterminado, vacío e inasible socialmente. Al mismo tiempo la violencia produce un estado de anomia social, un especie de percepción de "estado de naturaleza" que dificulta cualquier intento de articulación social del discurso político. En este contexto prevalecen las viejas prácticas clientelistas y electoreras.

El desarraigo social de los partidos va acompañado de un acentuado proceso de atomización de las organizaciones políticas. Los grandes partidos de masa, dirigidos por un líder sobresaliente y carismático han sido remplazados por grupos aislados de políticos profesionales en busca de pactos con electorados cautivados por

[12] F. Leal Buitrago explica cómo "mientras avanzaba el federalismo con el ejercicio constitucional de la Carta del 1863, contradictoriamente se consolidaban los partidos políticos como fuerza de identificación social, convirtiendo las guerras civiles en factor funcional de primer orden para la formación de la nacionalidad"; *Estado y política en Colombia*, Bogotá, Siglo XXI, 1984, pág. 134.
[13] Idem., pág. 165.

intereses burocráticos o económicos particulares. Esta desagregación de la política se encuentra acentuada por una legislación electoral que favorece la dispersión mediante la posibilidad que tienen los partidos de otorgar avales ilimitados para la configuración de listas o para el lanzamiento de candidatos[14]. Eduardo Pizarro explica este fenómeno en los siguientes términos: "ha disminuido el número de curules a proveer a partir de 1991 para ambas cámaras, y en segundo término ha aumentado la abstención electoral hasta niveles sin precedentes. Lo cual hace que un mayor número de listas, apoyadas por un menor número de electores, se disputen un número de cargos más reducido". Y más adelante agrega: "las elecciones han terminado siendo empresas individuales", si consideramos que el número de senadores elegidos por cociente electoral entre 1991 y 1994 pasó de 41 a 13 senadores, lo cual significa que hoy por hoy de hecho cada lista designa sólo a su cabeza de lista"[15].

En estas circunstancias los gobiernos en Colombia se ven obligados a emprender una política de negociación permanente mediante prebendas y favores burocráticos con las facciones representadas en el Congreso. De esta negociación resultan mayorías circunstanciales y efímeras que votan de manera irreflexiva legislaciones mediocres generalmente promulgadas por vía de excepción o de facultades extraordinarias y casi siempre destinadas a sacar adelante propósitos y planes meramente gubernamentales. De esta manera se va conformando un sistema político atomizado que camina paralelo a un sistema gubernamental monolítico, autoritario y desarraigado de los problemas sociales.

En síntesis, el Capítulo IV de la Constitución fue concebido bajo supuestos fácticos que no han tenido lugar. Los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente pensaron que podían redimir la clase política colombiana por medio de la revocatoria del mandato de los congresistas (artículo transitorio 3 CP.). Sin embargo esto no sucedió y la apatía de los electores frente a los candidatos se agrava día a día. Los mecanismos de participación ciudadana fueron concebidos bajo el supuesto de un sociedad participativa cohesionada y consciente que no existe. En estas condiciones el proceso de separación entre la clase política, las instituciones y el derecho, por un lado, y la realidad social, por el otro, no hace más que acentuarse.

La falta de efectividad de los mecanismos de participación ciudadana ideados por el Constituyente de 1991 tiene explicación no sólo en la falta de partidos con fuerte capacidad de movilización a partir de intereses sociales sino también en la correspondiente ausencia de ciudadanía. En estas circunstancias de incomunicación, las normas constitucionales que amplían la representación política a los movi-

[14] Con el objeto de evitar la atomización de los partidos, el Senado de la República aprobó en diciembre de 1996, en primera vuelta, una propuesta de reforma al artículo 107 de la Constitución, cuyo texto era el siguiente: "Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a uno de ellos o de retirarse".

[15] Eduardo Pizarro, "La crisis de los partidos políticos en la crisis", en *Tras las huellas de la crisis política*, Bogota, Tercer Mundo-Fescol-Iepri, 1966, pág. 214.

mientos, organizaciones, grupos, etcétera, tienen un efecto contraproducente: la fragmentación de la representación partidista[16].

[16] Estas medidas –explica Eduardo Pizarro– "que buscaban responder a la grave crisis de representación del sistema de partidos, en la práctica ahondaron procesos de deterioro ya visibles desde hacía muchos años. Ante todo la fragmentación y pulverización anárquicas de la representación partidista", "La Comisión para la Reforma de los Partidos" en, *Análisis político*, Nº 26 de 1995, Bogotá, Iepri, Universidad Nacional, pág. 77. En igual sentido, Alfredo Rangel Suárez, "La reforma de los partidos o el vicio de Onán", en *Revista Foro*, Nº 27, Julio de 1995, Bogotá, pág. 9.

Artículo 108

El Consejo Nacional Electoral reconocerá personaría jurídica a los partidos o movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país, cuando comprueben su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, o cuando en la elección anterior hayan obtenido por lo menos la misma cifra de votos o alcanzado representación en el Congreso de la República.

En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos

La personería de que trata el presente artículo

quedará extinguida por no haberse obtenido el número de votos mencionado o alcanzado representación como miembros del Congreso, en la elección anterior.

Se perderá también dicha personería cuando en los comicios electorales que se realicen en adelante no se obtengan por el partido o movimiento político a través de sus candidatos por lo menos 50.000 votos o no se alcance la representación en el Congreso de la República.

I. EL OTORGAMIENTO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

El otorgamiento de la personería jurídica tiene como requisito la existencia del partido o movimiento político. Por lo tanto, el Consejo Nacional Electoral se limita a constatar dicha existencia sin tener en consideración ningún elemento adicional. De esta manera se protege el mínimo intangible del derecho a la participación política que consagran los artículos 40 y 107 de la Constitución.

Ahora bien, el artículo 108 establece que la existencia se demuestra por medio de la presentación de no menos de 50.000 firmas, igual número de votos o representación en el Congreso. El fundamento de esta exigencia está en el reconocimiento de la dimensión del apoyo popular que tiene el partido o movimiento.

Con base en este artículo la Ley estatutaria de partidos políticos establece en su artículo 3º los requisitos para otorgar la personería jurídica:

- Solicitud presentada por sus directivas.
- Copia de los estatutos.
- Probar su existencia con no menos de cincuenta mil firmas o con la obtención en la elección anterior, de por lo menos la misma cantidad de votos o de representación en el Congreso de la República.
- Presentar un documento que contenga la plataforma política del partido o movimiento, expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones que lo identifiquen.

Para efectos de este artículo no podrán sumarse los votos obtenidos en circunscripción nacional con los obtenidos en circunscripciones territoriales o especiales, ni los de éstas con los de aquéllas.

El Consejo Nacional Electoral no demorará más de treinta (30) días hábiles en estudiar una solicitud de obtención de personería jurídica".

Los requisitos adicionales al texto constitucional del artículo 108 que exige el artículo tercero de esta ley se deducen de la norma constitucional misma y del trámite razonable y ordinario que debe llevarse a cabo para el reconocimiento de una entidad política.

La Ley estatutaria hace una precisión en relación con los votos exigidos, que consiste en prohibir que la cifra de cincuenta mil votos sea obtenida de la suma de los resultados de la circunscripción nacional con los de las territoriales o especiales, o los de éstas con los de aquellas. La Corte no tuvo ninguna objeción para decretar la constitucionalidad de esta precisión, pues consideró que en el evento de que un mismo elector participara en varias circunscripciones se desvirtuaba el propósito constitucional de constatar un grado preciso de apoyo popular.

El inciso segundo del artículo 108 tiene una especial importancia cualitativa dentro de la Constitución. Su contenido está en relación directa con el numeral tercero del artículo 40 de la Carta, en el cual se establece el

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 18, 20, 38, 40 n. 3, 108, 265 ns. 5 y 8, transitorio 35.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N°83, pág. 7, col.3) y artículos 1 y 3 (G.C., N° 83, pág. 8, col. 1)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 20, col.3)
Comisión Codificadora, artículo 113 (G.C., N°113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 10, 14 y 15.
Plenaria: junio 12, 13, 18 y 29, julio 3

derecho a "constituir partidos políticos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas". Aquí también el presupuesto esencial es el de la libertad. Dicho en otros términos: la reglamentación de los partidos y movimientos políticos representa una limitación en relación con el sistema de libertad total que consagraba la Constitución anterior, pero esta restricción tiene su limite en la imposibilidad legal de imponer exigencias en relación con la organización interna de tales agrupaciones.

El proyecto de Ley estatutaria que fue sometido a consideración de la Corte establecía en su artículo 3 n. 4 que cada partido o movimiento debía presentar "los programas y aspiraciones democráticas que lo identifiquen". La Corte consideró inconstitucional la expresión "aspiraciones democráticas". Aquí se plantea uno de los temas más interesantes de la filosofía política contemporánea: ¿puede la democracia permitir la participación de grupos políticos no democráticos? Dicho en términos de moral política: ¿Hasta dónde debe llegar la tolerancia en el sistema democrático? ¿Hasta tolerar a los intolerantes? Vale la pena detenerse un poco en algunas consideraciones a este respecto.

II. EL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de la participación política de partidos políticos autoritarios en el sistema democrático es motivo de arduas polémicas. En ellas se mezclan argumentos de filosofía política y de derecho constitucional, sin dejar de lado elementos relativos a las condiciones históricas y sociales específicas de la nación en la cual se plantea la discusión. Aquellos que consideran inaceptable la participación de este tipo de partidos suelen apoyar su planteamiento en el principio ético según el cual la tolerancia no implica la aceptación de los intolerantes y, además, en la idea pragmática de que la democracia no tiene por qué dar oportunidades que el mismo autoritarismo niega. Hay que evitar, según esta última opinión, la ingenuidad que consiste en creer que las ventajas otorgadas por la democracia a sus detractores serán concedidas por estos mismos a los demás grupos políticos cuando accedan al poder. La democracia, dicen, puede hacer todo menos renunciar definitivamente a sí misma. La tolerancia de las opiniones no puede llegar hasta el punto de tolerar aquellas opiniones intolerantes.

Las partidarios de esta exigencia en el contexto nacional, encuentran sus razones en la necesidad de consolidar una democracia asediada permanentemente por organizaciones violentas. La guerrilla y el narcotráfico poseen una enorme capacidad de destrucción y de desestabilización que contrasta con su pequeño respaldo popular. En estas circunstancias difíciles, con unas instituciones democráticas depositarias de un enorme apoyo popular, pero debilitadas por la violencia y la corrupción, la opción más favorable se encuentra en la exigencia democrática incondicional de todos los partidos y movimientos. Según este punto de vista, el compromiso ideológico de los grupos políticos en favor de la democracia, cons-

LEGISLACION

Ley 130 de 1994
Ley 163 de 1994

tituye no sólo una declaración deseable y conveniente para el país, sino también un deber ético de la clase política en relación con la sociedad civil.

Desde una perspectiva jurídica, esta opinión considera que la obligación de democratizar a las partidos es una exigencia que proviene del mandato del artículo primero constitucional, que establece la democratización de la sociedad sin distinción alguna. Si este precepto ha servido para modificar las relaciones internas de las instituciones civiles en beneficio de una mayor participación de los ciudadanos, dice esta opinión, con mayor razón debe servir para comprometer a los partidos y movimientos en la defensa y promoción de las ideas democráticas.

La opinión que define un compromiso explícito de los partidos en favor de la ideología democrática, está respaldada en el siguiente argumento de tipo constitucional: los contenidos axiológicos del Estado social de derecho consagrados en la Constitución Política poseen una predisposición a su realización sustancial. Ellos son algo más que simples valores y deben ser presupuestos y respetados cuando se aplique el derecho. Ellos se establecen para trascender este primer nivel de abstracción, hasta llegar a determinar cada una de las decisiones específicas a través de las cuales el Estado ejerce su tarea de organización y gobierno en la sociedad. Según esto, el artículo 1º de la Constitución no consagra la democracia como un valor formal que se realiza en la medida en que se cumplan los procedimientos electorales, sino como un valor material con vocación para moldear el sentido de las relaciones entre las instituciones y las personas.

En esta opinión se reconoce lo esencial de la visión iusnaturalista del derecho, la cual, en términos constitucionales, subordina toda la organización política y toda la aplicación del derecho a la realización de unos valores absolutos y universales. De acuerdo con esto, la Constitución no puede permitir una afectación de estos contenidos axiológicos básicos, así se trate de la manifestación del constituyente primario, expresada, por ejemplo, bajo la forma de un cambio constitucional o de un resultado electoral. En estos casos extremos, la justicia, objetiva e incuestionable, según esta opinión, estaría por encima de la voluntad popular.

Los peligros de esta teoría esencialista saltan a la vista cuando se piensa en situaciones de inestabilidad institucional, en las cuales gobernantes inescrupulosos impiden cambios democráticos resguardados en visiones amañadas de los valores esenciales del régimen constitucional. Pero una visión procedimental, según la cual la democracia es ante todo un método de confrontación entre las fuerzas políticas, también pueden ser objeto de críticas que van desde la posibilidad de aplicación interesada de los valores por parte de gobernantes autoritarios hasta la eventualidad del desmoronamiento del sistema como consecuencia del desmantelamiento de los contenidos.

En síntesis, mientras la posición esencialista corre con los riesgos propios del abandono de la interpretación de los valores al fuero subjetivo del gobernante, la posición procedimental, corre con los peligros propios de la

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-439, T-470, T-614.

1993:
C-020, C-027, C-454, C-488.

1994:
C-089, C-145, C-264, C-265, C-317, C-353.

1995:
T-059.

aceptación de su propia muerte. Mientras la primera defiende el sentido democrático, incluso a costa de la voluntad popular, la segunda defiende de la opinión popular, incluso cuando ésta se presenta en contra del sentido democrático.

La Constitución se refiere a esta exigencia en los artículos 40 n. 3 y 108. El articulo 40 n. 3 señala que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público. Para hacer efectivo este derecho puede: ...3) Constituir partidos políticos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas."

Este artículo hace énfasis en la libertad. Las expresiones "sin limitación alguna" y "libremente", que utiliza el numeral tercero así lo indican. La idea de establecer una discriminación ideológica como presupuesto para la participación política es completamente ajena a esta redacción.

De otra parte, el inciso segundo del artículo 108 de la Constitución señala que "En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar a la afiliación a ellos para participar en las elecciones." Aquí también aparece la idea de libertad como nota esencial de texto constitucional. La expresión "en ningún caso" es contundente y excluye toda medida tendiente a imponer normas sobre organización interna de los partidos. En consecuencia, el reconocimiento de la personería jurídica no puede ser otro que un reconocimiento declarativo, esto es, limitado a constatar la existencia del partido o movimiento.

¿Cómo conciliar entonces estas expresiones claras y directas en contra de toda interferencia institucional en la creación y desarrollo de los grupos políticos con el postulado democrático del artículo primero de la Carta? ¿Qué relación existe entre el propósito normativo de democratizar efectivamente las relaciones entre las instituciones y sus miembros, de un lado, y la libertad para ejercer el derecho de participación política? A continuación se estudia la relación entre democracia constitucional y pluralismo y de manera específica se presenta la solución que la Corte Constitucional ha dado a este problema.

2. EL VALOR DEL PLURALISMO Y LA DEMOCRACIA

Teniendo en cuenta el tratamiento específico que la Carta hace de esta materia en sus artículos 108 y 40 n. 3 y la clara definición que allí se hace en beneficio de la libertad y de la ausencia de toda restricción o limitación, parece que el camino más adecuado para encontrar el sentido de las normas constitucionales consiste en interpretar estos artículos específicos a la luz del artículo primero. Esta vía conduce a la aceptación del carácter preponderante de la concepción procedimental de la democracia y, por ende, de la libertad ideológica de los partidos y movimientos políticos. A continuación se enumeran los argumentos que resuelven en tal sentido la polémica que se ha venido planteando.

Si bien la democracia es un valor esencial de la organización social, su aplicación no es necesaria, ni siquie-

ra es recomendable en todas las relaciones intersubjetivas o entre sujetos e instituciones. En algunas circunstancias el valor del orden se sobrepone a la participación. Así sucede, por ejemplo, en aspectos de la vida ciudadana muy ligados a la disciplina social, tales como la organización del tránsito. En otras situaciones la participación se subordina a la autoridad como sucede en el ámbito académico o en el familiar, o a la verdad, como acontece en la solución judicial de conflictos.

En el caso de la ideología de los partidos, el Constituyente no sólo no impuso la exigencia democrática sino que estableció expresamente la libertad. Esta opción debe ser justificada con base en la subordinación de los valores democráticos de tipo substancial, en beneficio del pluralismo, considerado como un valor más importante para este caso. En otros términos: es necesario encontrar el sentido a la preferencia por la idea de democracia procedimental en materia de partidos políticos. En esta perspectiva se enmarca la solución adoptada por la Corte Constitucional:

> "Un primer elemento de juicio para desentrañar el fundamento de esta preferencia consiste en advertir que, en este tema, el Constituyente evitó los peligros de una manipulación del sentido democrático, agazapados en la apreciación del programa ideológico que efectuaría el Consejo Nacional Electoral para el otorgamiento de la personería jurídica. De esta manera la Constitución Política hace suya la conocida fórmula liberal según la cual el derecho debe ser obedecido puntualmente y criticado libremente.
>
> "En este orden de ideas, el fundamento del sistema democrático no se encuentra en un conjunto de nociones que determinen el contenido de las decisiones políticas, sino más bien en un método, o en un grupo de reglas de procedimiento a partir de las cuales se establece la manera como deben ser tomadas dichas decisiones. La democracia no se ocupa de qué es lo que se debe decidir sino de cómo se debe decidir. Por lo tanto, la democracia es compatible con la existencia de contenidos ideológicos diferentes tanto en las decisiones políticas como en la actividad política.
>
> "Según esta concepción, el pluralismo es connatural a la democracia. El carácter fundamental de este valor se explica a partir de la idea kantiana de "condiciones de posibilidad" de la democracia. Se trata de un presupuesto sin el cual los principios, los valores y los derechos fundamentales no pueden tener lugar.
>
> "El sistema constitucional democrático conocido como "Estado social de derecho" defiende la realización de contenidos axiológicos claramente definidos, entre los cuales se encuentra la dignidad humana, la igualdad material, los derechos inherentes a las personas, etcétera. Ahora bien, este conjunto de valores y derechos esenciales adquiere coherencia y fundamento cuando se originan y se mantienen como una elec-

ción popular entre otras posibles. Esto es, cuando la escogencia de los contenidos axiológicos de la democracia substancial es el resultado del ejercicio de la libertad popular y no de un sujeto o de un grupo iluminado. El hecho de que la voluntad popular, por abrazar una ideología no democrática haya podido -y todavía pueda - adoptar un régimen autocrático o incluso tiránico y no lo haga, es una justificación de la democracia basada en el procedimiento que se suma a la justificación axiológica, formando de esta manera un fundamento sólido y coherente.

"La relación entre el valor del pluralismo y los valores protegidos por los derechos humanos corresponde a una relación entre la forma y el contenido, entre las condiciones de posibilidad y la realización. El pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores y materialmente por la realidad de una ética superior.

"Es posible imaginar y justificar democráticamente un sistema pluralista que busque la protección de los derechos humanos, tal como se entienden en la democracia constitucional occidental, pero no es posible justificar un sistema que pretenda instaurar la protección de estos derechos humanos a partir de condiciones no pluralistas. Dicho brevemente: puede haber pluralismo sin Estado social de derecho pero no puede haber Estado social de derecho sin pluralismo.

"Para que el valor del pluralismo tenga lugar se requiere que los que participan en la competencia política por el poder, respeten y protejan las "condiciones de posibilidad", esto es, que no atenten contra las reglas de juego del sistema. Una actividad política que ponga en tela de juicio, o simplemente afecte, las reglas de juego del sistema, no puede ser aceptada. El pluralismo político, se reitera, consiste en una serie de reglas de juego que imponen el respeto de la decisión mayoritaria tomada por el pueblo y la vigencia de las libertades públicas que lo hacen posible"[1].

Una actividad política puede poner en tela de juicio los contenidos axiológicos básicos del sistema dentro del cual se desempeña, sin que ello implique poner en tela de juicio o afectar las reglas del pluralismo. Nada impide que partidos y movimientos promuevan una sustitución de la democracia sustancial a través de las reglas de juego democráticas. Cosa diferente sucede cuando tales organizaciones incitan o simplemente difunden la idea de la violencia como instrumento para acceder al poder; en tales casos ponen en tela de juicio el valor del pluralismo y, en consecuencia, su participación es inaceptable, y

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-089/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

ello no por contradecir los postulados materiales de la democracia, sino por atentar contra las reglas de juego pluralistas.

El Consejo Nacional Electoral podría negar personería jurídica a un partido o movimiento político cuya ideología promoviera el uso de la violencia, pero no con base en el artículo 3º de la Ley 130 de 1994, sino con base en el artículo 2º, en el cual se establece que el partido es una institución "que refleja el pluralismo político". La expresión "que refleja el pluralismo político" debe ser entendida no sólo en el sentido de ser una manifestación de éste, el pluralismo, sino también de permitir que tenga realización.

En síntesis, según la Corte, la Constitución de 1991 opta por una clara visión procedimentalista de la democracia, como la concepción que mejor permite el respeto de los derechos fundamentales y con ellos el principio esencial del pluralismo. "La democracia –dice la Corte– no se ocupa de qué es lo que debe decidir, sino de cómo se debe decidir".

La decisión tomada por la Corte Constitucional sobre el carácter democrático de los partidos difiere de la propuesta hecha por la Comisión para el Estudio de la Reforma de los Partidos políticos, creada por el presidente Samper en 1995. La Comisión recomienda la modificación del inciso segundo del artículo 108 con el objeto de imponer una "organización interna democrática", de tal manera que "mediante procedimientos democráticos y participativos escogieran los organismos de dirección y sus candidatos a cargos de elección popular". La propuesta de reforma constitucional aprobada por el Senado de la República en primera vuelta en las sesiones de diciembre de 1996, acogió la propuesta de la Comisión y aprobó un texto modificatorio en los siguientes términos: "Los partidos y movimientos políticos deberán tener organización y funcionamiento democrático. Sus órganos directivos y la escogencia de sus candidatos a las elecciones se hará por votación interna".

3. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

El artículo sexto de la ley estatutaria de los partidos políticos señala:

> "Los partidos y movimientos políticos podrán organizarse libremente. Sin embargo, en el desarrollo de su actividad están obligados a cumplir la Constitución y las leyes, a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y a propender al logro y mantenimiento de la paz, en los términos del artículo 95 de la Constitución Política.
>
> En las regiones, los partidos o movimientos políticos gozarán también de libertad y autonomía para su organización y podrán pertenecer al partido o movimiento que a bien tengan nacionalmente".

La Corte Constitucional consideró que la exigencia contenida en el artículo sexto no se encuentra en contradicción alguna con la Constitución. Su opinión se expone en las siguientes consideraciones:

"El artículo 6 del proyecto establece los principios de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, que pueden sintetizarse así: 1) derecho a la libertad organizativa; 2) deber de cumplimiento de la Constitución y de las leyes; 3) deber de defensa y difusión de los derechos fundamentales; 4) deber de propender al logro y mantenimiento de la paz.

"El derecho a la libertad organizativa aplicable a los partidos y movimientos políticos, tiene sólido respaldo constitucional en los artículos 38, 40 n. 3, 107 y 108 de la Carta. Los deberes de obedecer la Constitución y las leyes (art. 5 CP.), defender y difundir los derechos fundamentales (art. 95 n. 3 CP.) y propender al logro y mantenimiento de la paz (art. 95 n. 6 CP.), se predican de todas las personas sin excepción alguna. Los partidos y movimientos que adquieren la personería jurídica, como sujetos de derecho, no pueden marginarse del cumplimiento de los mencionados deberes. Los partidos y movimientos carentes de personería jurídica en cuanto se forman en virtud de la iniciativa de las personas y ellas los dirigen e integran, tampoco pueden fungir como subterfugios para omitir su cumplimiento.

"El mundo de los partidos y movimientos que contempla la Constitución, y desarrolla la ley, se integra en un sistema jurídico-político más vasto que se sustenta y adquiere sentido en el respeto al principio democrático, el mantenimiento de la independencia e integridad nacionales y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. La libertad que la Constitución reconoce a los partidos y movimientos políticos, es irrestricta dentro de esos límites, que no son propiamente estrechos ni mezquinos.

"La reiteración de los deberes que hace la ley respecto de los partidos y movimientos, no es en modo alguno innecesaria o redundante. Por una parte, se acotan los límites de la acción política lícita. De otro lado, se convoca a los partidos y movimientos políticos cuyo objeto es el de participar en la vida democrática del país, a que justamente ayuden a construirla."[2]

La posición que defiende la Corte en este punto parece más compleja de lo que su argumentación pone de presente. En efecto, al declarar inconstitucional la exigencia del carácter democrático de los partidos políticos con base en el inciso segundo del artículo 108, la Corte tendría igualmente que poner en tela de juicio la obligación de los partidos de "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica". En ambos casos parece haber una intromisión en la organización interna del partido y por lo tanto la misma razón debe existir para declarar la inexequibilidad.

Esta es la posición asumida por los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Jorge Arango Mejía en su salvamento de voto cuando afirman lo siguiente:

---

[2] Ibid.

"La Sala declaró inexequible la exigencia contenida en el numeral 4 del artículo 3 en el sentido de que los partidos o movimientos que aspiren al reconocimiento de la personería jurídica, deben "presentar un documento que contenga la plataforma política (...) expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones democráticas...." (hemos subrayado).

"Con muy buen juicio, estimó la Corte que dentro de un Estado democrático pueden existir ideologías que no lo sean, siempre que apelen, para prevalecer, sólo a los mecanismos democráticos, únicos reconocidos como válidos para llegar al poder. Es, justamente, el pluralismo, ínsito a toda genuina idea de democracia, el que determina la exclusión de esa exigencia incongruente e injustificada.

"A propósito de la materia que ahora se examina, debió llegarse a la misma conclusión, para no transgredir la coherencia.

"Es que imponer como obligatoria la fe en la democracia y en cualquiera cosmovisión, por más excelsa que se la estime, constituye a la vez que una injerencia indebida en una órbita sustraída al derecho, una incongruencia con la ideología en cuyo nombre tal invasión se cumple y, como si fuera poco, una empresa destinada al fracaso. Por que, como lo ha dicho con gran agudeza Alf Ross[3] "puede obligarse por la fuerza a un pueblo a vivir en la esclavitud, pero no a ser libre. La libertad crece sólo a partir de la voluntad y la fe, y no de la compulsión"[4].

Una solución diferente de las anteriores habría consistido en declarar la constitucionalidad condicionada con base en el carácter simbólico o educativo de la exigencia contenida en el artículo 95 de la Constitución[5]. A continuación se desarrolla este argumento.

Los objetivos de las normas constitucionales no siempre pueden ser comprendidos en los términos conductistas del derecho liberal clásico, es decir como una norma que regula una conducta y que impone una sanción u ofrece una recompensa frente al cumplimiento o incumplimiento de dicha conducta. El derecho constitucional posee objetivos más amplios[6]. En oca-

[3] A. Ross, *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[4] Salvalmento de voto de los magistrados Carlos Gaviria y Jorge Arango a la sentencia de la Corte Constitucional C-089/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

[5] Las normas jurídicas no siempre están destinadas a producir los efectos sociales que aparecen de manera explícita en sus textos. En ocasiones el derecho cumple funciones ideológicas, educativas o políticas. Este tipo de funciones se conocen como efectos simbólicos. Para una explicación detallada de la tipología de estos efectos ver Mauricio García Villegas, *La Eficacia Simbólica del Derecho: estudio de situaciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 1994.

[6] Esta ampliación de objetivos ha ocasionado la desintegración de la regla de derecho (*the rule of law*) y ha convertido al derecho en un conjunto de normas negociables y relativas en su aplicación. Entre una abundante bibliografía al respecto ver el texto clásico de Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: towards a criticism of social theory*, 1976.

siones los textos constitucionales pretenden determinar la conducta por medio de la creación de una determinada representación, esto es, por medio de la difusión de un valor o de un mensaje que se considera importante. El derecho no siempre es un instrumento normativo dirigido hacia la acción, a veces el derecho también funciona como un instrumento discursivo dirigido hacia la representación.

El artículo 95 de la Constitución es de este segundo tipo de normas constitucionales cuya eficacia debe ser considerada en términos educativos. Por eso, los deberes señalados en el artículo 95 no pueden ser interpretados como obligaciones en sentido estricto, sino como ideales hacia los cuales debe tender toda sociedad en relación con el comportamiento de sus ciudadanos.

El artículo 95 establece un "plus" en relación con los deberes ciudadanos que derivan de la Constitución y de la ley. Este "plus" no tiene una naturaleza normativa en sentido clásico o restringido, pero sí tiene una naturaleza normativa en sentido amplio. Con base en este artículo, por ejemplo, no se le puede exigir a una persona que vote, o que difunda la paz entre sus vecinos o que pague más impuestos de los establecidos por ley. En síntesis, el artículo 95 no establece obligaciones, con la simple omisión no se incurre en una violación de este artículo.

No existe ningún inconveniente en que el incumplimiento de los deberes que se solicitan del ciudadano se extiendan a los partidos y movimientos políticos, siempre y cuando se entiendan dentro de la interpretación educativa que se acaba de explicar a propósito del artículo 95 de la CP.

IV. INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS

El inciso tercero del artículo 108 se refiere a la posibilidad que tienen los partidos y movimientos con personería jurídica de inscribir candidatos para participar en las elecciones sin necesidad de cumplir con algún requisito adicional. Tal inscripción debe ser avalada por el respectivo representante legal del partido o movimiento. Se trata pues de un reconocimiento de la función natural que cumplen estas organizaciones y que consiste en ofrecer candidatos destinados a participar en la competencia electoral y eventualmente a convertirse en representantes del pueblo. Los partidos y movimientos sirven de esta manera de canal de comunicación entre el Estado, compuesto y dirigido por personas, y la ciudadanía, depositaria del poder político de elección, tal como lo contempla el artículo 40 de la carta de derechos.

El poder de elegir y ser elegido no se limita a los partidos y movimientos políticos. Los movimientos sociales, los grupos significativos de ciudadanos e incluso los mismos ciudadanos individualmente considerados (artículos 40 y 108 CP.) pueden inscribir una candidatura. Dado que en estos últimos casos no media el aval de un partido o movimiento con personería jurídica, la Constitución, en el inciso 5 del artículo 108, establece que la ley podrá imponer requisitos para garantizar la seriedad de la inscripción de candidatos. El artículo 9 de la Ley estatutaria, en acuerdo con lo anterior establece que:

"Las asociaciones de todo orden, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, también podrán postular candidatos. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato.

"Los candidatos no inscritos por partidos o por movimientos políticos deberán otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura por la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral, la cual no podrá exceder el equivalente al uno por ciento del fondo que se constituya para financiar a los partidos y movimientos en el año correspondiente. Esta garantía se hará efectiva si el candidato o la lista de candidatos no obtiene al menos la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de la campaña de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Estos candidatos deberán presentar para su inscripción el número de firmas al que se refiere el inciso anterior".

La Corte estimó que la exigencia del artículo citado en relación con los candidatos no provenientes de partidos y movimientos políticos se ajusta plenamente a las prescripciones de la Constitución Política. Dijo la Corte al respecto:

"Los requisitos que ha establecido el proyecto, a juicio de la Corte, no exceden el margen de lo razonable que, ciertamente, tratándose del ejercicio de derechos políticos debe situarse siempre en los mínimos históricamente sostenibles en un momento dado. La garantía de seriedad de los objetivos y de presencia política que pretende satisfacerse -indispensable si se repara en los costos exagerados en que debería incurrir la organización electoral para soportar un ejercicio abusivo del derecho de postulación, aparte de que una desmedida profusión de nombres puede distorsionar gravemente el mismo sistema democrático- no puede, como mera exigencia organizativa extremarse hasta un grado tal que impida el ejercicio de los derechos políticos. Por este aspecto, el proyecto se mantiene, como se ha dicho, dentro de lo que la experiencia electoral colombiana, puede considerar un mínimo razonable."[7]

V. CAUSALES DE PÉRDIDA DE LA PERSONERÍA

El artículo 4 de la Ley estatutaria de los partidos y movimientos políticos en desarrollo del inciso 6 del artículo 108 constitucional, contempla las causales de pérdida de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos. Dice el artículo de la ley:

"Los partidos y movimientos políticos perderán su personería jurídica cuando se encuentren incursos en una de las siguientes causas:

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-089/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

1.- Cuando en una elección no obtengan a través de sus candidatos por lo menos 50.000 votos o no alcancen, o mantengan, representación en el Congreso, conforme al artículo anterior.

2.- Cuando, de acuerdo con sus estatutos, proceda su disolución.

3.- Cuando el Consejo Nacional Electoral así lo declare, en los casos previstos por la presente ley".

Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional y declarada exequible

La ley Estatutaria en su artículo 4 contempla la cancelación de la personería jurídica de los partidos y movimientos cuando se violen las normas de dicha ley. La Corte Constitucional ha declarado exequible estas sanciones con base en el siguiente raciocinio:

"La Corte admite que la ley que consagra mandatos específicos puede incorporar las sanciones que su desacato apareja. Si el Congreso es competente para dictar la ley estatutaria sobre organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, lo es igualmente para establecer las sanciones que juzgue apropiadas con miras a garantizar el cumplimiento del régimen que adopta. Las actividades de un partido o movimiento manifiestamente contrarias a los principios de organización y funcionamiento que la ley ordena o la no adopción del respectivo código de ética, son dos supuestos que a juicio de la ley revisten tanta gravedad que conllevan como pena la cancelación de la personería jurídica. De llegarse a dar en la realidad una situación de tamaña gravedad, no se percibe que la sanción sea en sí misma irrazonable y desborde la libertad del Estado en la fijación de las penas y de su alcance. Por lo demás, la ley puede atribuir al Consejo Nacional Electoral funciones adicionales a las que enumera la Constitución (CP. art. 265-12) siempre que no desvirtúe su objeto, lo que en este caso no se presenta pues dicho organismo es el mismo que reconoce la personería jurídica. La imposición de la sanción aquí examinada, no sobra reiterarlo, supone el agotamiento del debido proceso y contra la misma, aparte de los recursos que pudieren interponerse ante la entidad, caben las acciones judiciales previstas en la ley, lo que garantiza que un juez independiente podrá examinar finalmente y con carácter definitivo su legalidad."[8]

[8] Ibid.

Artículo 109

El Estado contribuirá a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica.

Los demás partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos, se harán acreedores a este beneficio siempre que obtengan el porcentaje de votación que señale la ley.

La ley podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones individuales. Los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos.

La ayuda financiera que presta el Estado a los partidos políticos tiene fundamento en el principio de igualdad de oportunidades. La enorme influencia que tienen los individuos y las asociaciones privadas en las decisiones tomadas por los partidos y por sus candidatos o funcionarios elegidos, se debe al poder económico de aquellos sobre éstos. La limitación de la libertad en materia de financiación se justifica ante el riesgo evidente de que el dinero de los particulares se convierta en la causa eficiente de la decisión popular. El carácter cada vez más publicitario y masificado de la actividad política exige una intervención del Estado para garantizar una relativa igualdad entre los participantes.

Corresponde a la ley establecer los criterios para la repartición de los recursos del Estado entre las entidades políticas. Para tal efecto la Ley estatutaria en su artículo 12 combina criterios derivados del principio de igualdad con criterios de uniformidad y representatividad:

> "ARTÍCULO 12. Financiación de los partidos. El Estado financiará el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o con representación en el Congreso, mediante la creación de un fondo que se constituirá anualmente con un aporte de ciento cincuenta pesos ($150), por cada ciudadano inscrito en el censo electoral nacional. Al fondo se incorporará también el producto de las multas a que se refiere la presente ley.
>
> En ningún caso este fondo será inferior a dos mil cuatrocientos ($2.400) millones de pesos.
>
> El Consejo Nacional Electoral distribuirá los dineros de dicho fondo de acuerdo con los siguientes criterios:
>
> a) Una suma básica fija equivalente al 10% del fondo distribuida por partes iguales entre todos los partidos y movimientos políticos;
>
> b) El 50% entre los partidos y movimientos en proporción al número de curules obtenidas en la última elección para el Congreso de la República o para Asambleas Departamentales, según el caso;
>
> c) El 10%, y
>
> d) El 30% para contribuir a las actividades que realicen los partidos y movimientos para el cumplimiento de sus fines y el logro de sus propósitos
>
> PARAGRAFO 1º. Las sumas previstas en los literales a), b), serán de libre destinación e inversión en actividades propias de los partidos y movimientos políticos.
>
> PARAGRAFO 2º. El Consejo Nacional Electoral reglamentará anualmente la forma de distribución del porcentaje señalado en el literal d) de este artículo, de manera que consulte el número de votos obtenidos en la elección anterior para la Cámara de Representantes.
>
> PARAGRAFO 3º. Los partidos y movimientos con personería jurídica están obligados a debatir y a aprobar democráticamente sus respectivos presupuestos".

La Corte Constitucional declaró inexequibles los siguientes apartados

del artículo 12 del proyecto de ley estatutaria: en el literal c) el aparte que decía "...para las organizaciones femeninas, juveniles, indígenas, de negritudes, y de discapacitados físicos, sindicatos y organizaciones dentro de sus partidos y movimientos..."; el literal d) en la parte que decía "restante", "siguientes" y "así:" y los numerales 1 a 9; la referencia al c) y la segunda frase del parágrafo 1º que rezaba: "...Estos deberán destinar una proporción no inferior al 70% de dichas sumas para mantener en funcionamiento sus estructuras regionales y locales..."; la frase "...e indicará la forma como los partidos y movimientos deberán acreditar el cumplimiento de las actividades allí previstas y del número de afiliados activos..." del parágrafo 2º. El parágrafo 3º fue declarado exequible en cuanto se refería al componente de los presupuestos que tenga su origen en fondos públicos.

La utilización de los dineros entregados por el Estado al partido, está regida por el principio de libertad interna. Una intervención en este punto atentaría contra el núcleo esencial de libertad que la Constitución consagra para la actividad política. Esta ayuda estatal no puede confundirse con un subsidio destinado a sectores desprotegidos de la sociedad. Es esta la razón por la cual la Corte declaró inexequible buena parte del literal c) del artículo 12 del proyecto de ley estatutaria de partidos y movimientos políticos.

En cuanto a la aprobación democrática de los presupuestos, la Corte consideró que esta exigencia era exequible si en el presupuesto se incorporan partidas o rubros que se nutren del apoyo estatal. Al respecto dijo la Corte:

> "Si bien la ley no puede en principio establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos o movimientos políticos (CP. art. 108), sí tiene plena legitimidad para hacerlo –siempre que ellas sean razonables– cuando medie el apoyo financiero estatal. La razonabilidad de las condiciones introducidas por la ley, por lo expuesto, se echa de menos en lo que se refiere a la fijación del destino específico de las partidas que integran la ayuda estatal, no así en lo que concierne a la necesidad de que el partido o movimiento apruebe democráticamente el respectivo presupuesto. El estímulo a la democratización interna de los partidos y movimientos puede ser buscado por el Legislador a través del indicado medio, esto es, supeditando el apoyo financiero estatal a la aprobación democrática de los presupuestos que se sirven del mismo. Adviértase que un método de decisión diferente, puede conducir a que el gobierno de los fondos públicos, en últimas, responda a la libre disposición por parte de los círculos restringidos y elitistas de los partidos y movimientos"[1].

El artículo 13 de la Ley estatutaria fija las cuantías de la ayuda estatal para la financiación de las campañas electorales de los entes políticos, con base en el número de votos válidos obtenidos por el representante o candidato. Dice así el artículo 13:

> "Financiación de las campañas. El Estado contribuirá a la finan-

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-089/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 40 n.3, 110, 127, 152 lit. c, 265 ns. 5 y 6, transitorio 34.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N°83, pág. 7, col.3)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 21, col.1)
Comisión Codificadora, artículo 114 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 10 y 14
Plenaria: junio 13, 18 y 29

ciación de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos, lo mismo que las de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos de conformidad con las siguientes reglas:

a) En las campañas para Presidente, se repondrán los gastos a razón de cuatrocientos pesos ($400), por la primera vuelta y doscientos pesos ($200) por la segunda vuelta, por cada voto válido depositado por el candidato o candidatos inscritos. No tendrán derecho a la reposición de los gastos cuando su candidato hubiere obtenido menos del cinco por ciento (5%) de los votos válidos en la elección;

b) En las campañas para Congreso de la República, se repondrán los gastos a razón de cuatrocientos pesos ($400), por cada voto válido depositado por la lista o listas de los candidatos inscritos;

c) En el caso de las elecciones de alcaldes y concejales se repondrán a razón de ciento cincuenta pesos ($150) por voto válido depositado por la lista o lista(s) de los candidatos inscritos. En el caso de las elecciones de gobernadores y diputados, se reconocerán los gastos a razón de doscientos cincuenta pesos ($250) por voto válido depositado por los candidatos o listas debidamente inscritos.

d) Los municipios y distritos contribuirán a la financiación de la elección de las juntas administradoras locales, su monto será determinado por el respectivo concejo municipal. No tendrá derecho a la reposición de los gastos cuando su lista hubiere obtenido menos de la tercera parte de los votos depositados por la lista que haya alcanzado curul con el menor residuo. En el caso de las alcaldías y gobernaciones, no tendrá derecho a reposición de gastos el candidato que hubiere obtenido menos del 5% de los votos válidos en la elección. La reposición de gastos de campañas sólo podrá hacerse a través de los partidos, movimientos u organizaciones adscritas, y a los grupos o movimientos sociales, según el caso, excepto cuando se trate de candidatos independientes o respaldados por movimientos sin personería jurídica, en cuyo evento la partida correspondiente le será entregada al candidato o a la persona, natural o jurídica que él designe. Los partidos y movimientos políticos distribuirán los aportes estatales entre los candidatos inscritos y el partido o movimiento, de conformidad con lo establecido en sus estatutos.Los partidos y movimientos que concurran a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos."

El artículo 14 de la Ley estatutaria regula la entrega de aportes provenientes de los particulares. Ningún candidato a un cargo de elección popular puede invertir en su campaña una suma superior a la fijada por el Consejo Nacional Electoral. Dice así el artículo 14 que se comenta:

"Aportes de particulares. Los partidos, movimientos políticos y candidatos, al igual que las organizaciones adscritas a grupos sociales que postulen candidatos, podrán recibir ayuda o contribuciones económicas de personas naturales o jurídicas.

Ningún candidato a cargo de elección popular podrá invertir en la respectiva campaña suma que sobrepase la que fije el Consejo Nacional Electoral, bien sea de su propio peculio, del de su familia o de contribuciones de particulares. El Consejo Nacional Electoral fijará esta suma seis (6) meses antes de la elección. Si no lo hiciere, los consejeros incurrirán en causal de mala conducta.

Las normas a que se refiere este artículo serán fijadas teniendo en cuenta los costos de las campañas, el censo electoral de las circunscripciones y la apropiación que el Estado haga para reponer parcialmente los gastos efectuados durante ellas.

El candidato que infrinja esta disposición no podrá recibir dineros provenientes de fondos estatales, sin perjuicio de las multas a que hubiere lugar de acuerdo con el literal a) del artículo 39 de la presente ley".

Este artículo pone de presente el debatido tema del tope de las campañas electorales[2].

La Ley estatutaria también contempla la entrega al candidato de las contribuciones particulares. En caso de tratarse de un candidato independiente, las donaciones deben entregarse a la persona que lo apoya. Dice lo siguiente el artículo:

> "Las contribuciones particulares a un candidato determinado deberán ser entregadas al candidato mismo, o a la organización que lo represente, o al partido o al movimiento al cual pertenezca. Tratándose de candidatos independientes, la donación le será entregada a la persona que lo está

LEGISLACION

Ley 2 de 1992, arts. 7 y 8
Decreto 363 de 1992
Ley 130 de 1994
Ley 163 de 1994

[2] Buena parte del debate jurídico derivado del célebre proceso 8.000 contra la campaña electoral del presidente Samper giró en torno al tema del tope de las campañas electorales. Dicho debate tuvo como protagonistas al Consejo Nacional Electoral quien mediante resolución fijó un tope al monto total que podían recibir e invertir las campañas presidenciales, y el Consejo de Estado que suspendió dicha resolución con base en el Auto del 9 de mayo de 1996 proferido por la Sección de Asuntos Electorales. El monto de las campañas electorales, antes de entrar en vigencia la Ley 130 de 1994, estaba regulado por la Ley 58 de 1985, vigente al momento de la expedición de la resolución del Consejo Nacional Electoral; allí se establecía que: "Ningún candidato a la Presidencia de la República o al Congreso podrá invertir en la respectiva campaña suma que sobrepase la que fije la Corte Electoral, bien sea de su propio peculio o del de su familia". El texto de la resolución del Consejo Nacional Electoral que fijó los topes y que fue suspendida por el Consejo de Estado decía lo siguiente: "La suma máxima que pueden invertir en la campaña los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República en conjunto, bien sea de su propio peculio, del de su familia o de contribuciones de personas naturales o jurídicas, será de dos mil millones de pesos". Como se aprecia, el texto de la Ley 58 de 1985 no establecía facultad alguna para que la autoridad electoral fijara topes a los aportes provenientes de personas diferentes al propio candidato o a su familia. Esta fue la razón dada por el Consejo de Estado para suspender la resolución del Consejo Nacional Electoral.

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-470, T-614.

1993:
C-020, C-039, C-454, C-488.

1994:
C-089, C-145, C-264, C-353.

apoyando, con expresa indicación del nombre del candidato beneficiario."

La ley establece dos artículos adicionales sobre financiación. El primero de ellos regula las donaciones de personas jurídicas. El segundo establece líneas especiales de crédito. Estas normas son las siguientes:

"ARTÍCULO 16. Donaciones de las personas jurídicas. Toda donación que una persona jurídica realice a favor de una campaña electoral, deberá contar con autorización expresa de la mitad más uno de los miembros de la junta directiva o de la asamblea general de accionistas o junta de socios, según el caso. De ello se dejará constancia en el acta respectiva.

"ARTÍCULO 17. Líneas especiales de crédito. La Junta Directiva del Banco de la República ordenará a los bancos abrir líneas especiales de crédito, cuando menos tres (3) meses antes de las elecciones, con el fin de otorgar créditos a los partidos y movimientos políticos que participen en la campaña, garantizados preferencialmente con la pignoración del derecho resultante de la reposición de gastos que haga el Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la presente ley.

"PARAGRAFO. La reposición de los gastos electorales por parte del Estado deberá efectuarse dentro del mes siguiente a la respectiva elección. En caso de no efectuarse la reposición de los gastos electorales por parte del Estado, en el mes siguiente a la respectiva elección, el Estado reconocerá el valor de los intereses previamente acordados con el banco."

Artículo 110

Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la Ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

Por intermedio de este artículo la Constitución busca desligar la actividad de los funcionarios públicos de la actividad proselitista y en general de la lucha política. Los funcionarios públicos no dejan de ser miembros de los partidos políticos una vez resultan elegidos. Es por eso que el funcionario puede estar tentado a favorecer o simplemente a apoyar su propio partido o movimiento y de esta manera a supeditar los intereses generales propios de su función a los intereses partidistas. La Constitución de 1991 quiso erradicar esta práctica política perniciosa para la administración pública y para la democracia.

La prohibición que contempla este artículo es específica y se refiere a las contribuciones que pudiesen efectuar los funcionarios públicos. Algo diferente es el problema de saber si pueden o no participar en la actividad política. Este segundo punto está contemplado por la Constitución en su artículo 127 cuyo inciso segundo prohíbe a los empleados públicos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control, tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

El inciso tercero de dicha norma constitucional establece, en consecuencia, que los empleados no contemplados en esta prohibición pueden participar en tales actividades y controversias en los términos señalados por la ley[1].

En jurisprudencia del 24 de agosto de 1994 el Consejo de Estado señala que la restricción prevista en el artículo 110 es una causal adicional de pérdida de la investidura que debe sumarse a las previstas en el artículo 183 de la Constitución. Por lo tanto si se trata de un congresista que incurre en la conducta aquí prevista, la sanción es la pérdida de la investidura; si, en cambio, es un funcionario público la sanción será remoción del cargo[2].

[1] Al respecto son de interés las sentencias de la Corte Constitucional C-454 de 1993, MP. José Gregorio Hernández y C-199 de 1994 MP. José Gregorio Hernández. Esta última se refiere a la exequibilidad del inciso final del artículo 30 de la Ley 27 de 1992 que establece la prohibición, para ciertos funcionarios, de participar en política.

[2] Con base en este artículo perdió su curul en el Congreso la controvertida 'Regina 11'.

CONCORDANCIAS

Artículos 107, 121, 122, 124, 125, 127, 136 n.4, 152 lit. c, 183 n.4, 219, 237 n.5, 265 n.5.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 6 (G.C., N°83, pág. 7, col.3)
Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 21, col.1)
Comisión Codificadora, artículo 115 (G.C., N°113, pág. 8)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 10, 14 y 15
Comisión III: mayo 15
Plenaria: mayo 22, 27 y 30, junio 18 y 29, julio 1.
Codificadora: junio 10

LEGISLACION

Decreto Ley 3074 de 1968, art. 1
Ley 130 de 1994
Ley 163 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-470, T-614.

1993:
C-020, C-454, C-488

1994:
C-089.

Artículo 111

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá así mismo los casos y la forma como los candidatos debidamente inscritos tendrán acceso a dichos medios.

El acceso a los medios de comunicación social del Estado y el financiamiento de los entes políticos, son los dos mecanismos ideados por la Constitución para crear las bases de un debate libre y en condiciones de igualdad entre los diferentes participantes. Esta norma tiene una especial relevancia en las circunstancias actuales, debido al tipo de campaña política que se utiliza. En efecto, la comunicación masiva y en especial la imagen publicitaria han adquirido una importancia mayor en la confrontación política contemporánea, de tal manera que lo esencial del debate político se juega a través de los medios de comunicación. La relación directa del candidato con sus electores potenciales ha sido sustituida por el medio masivo.

La Ley estatutaria de partidos políticos establece una diferencia entre divulgación política y propaganda electoral. La primera se lleva a cabo de manera permanente e institucional por los partidos políticos con el objeto de promover y difundir sus programas e ideas, mientras que la propaganda tiene propósitos electorales y sólo puede llevarse a cabo durante el período de campaña. Con esta diferenciación se busca rescatar y fortalecer el debate político que no está encaminado directamente a la lucha electoral.

El artículo 25 de la Ley estatutaria de partidos políticos consagra las modalidades de acceso gratuito a los medios de comunicación social del Estado. De otra parte, los candidatos debidamente inscritos por grupos políticos que no tienen personería jurídica también tienen derecho a exponer sus tesis dentro de los treinta días anteriores a la elección presidencial. La fijación del número y duración de los espacios y su reglamentación corresponde al Consejo Nacional Electoral.

El artículo 27 de la Ley estatutaria impone a los concesionarios de los noticieros y espacios de opinión de televisión, la obligación de respetar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad durante las campañas electorales. Esta obligación es además la condición necesaria para el respeto del derecho que tienen los particulares a estar informados de manera veraz e imparcial, tal como lo establece el artículo 20 de la Constitución Política. El artículo 28 de la misma ley reglamenta el uso electoral de la radio y de los periódicos.

La elaboración y difusión de encuestas también juega un papel esencial en la configuración de las campañas electorales actuales. Ellas determinan la formación de la imagen política del candidato y, por ende, la decisión del elector. El artículo 30 de la Ley que se comenta regula esta materia bajo el propósito –siempre presente en dicha ley– de crear las condiciones de igualdad necesarias para un debate político democrático. Esta es además una exigencia derivada del artículo 265 n. 5 de la Constitución que establece las atribuciones del Consejo Nacional Electoral[1].

El artículo 77 de la Constitución contempla la Comisión Nacional de Televisión y le otorga facultades para regular esta materia. Este artículo choca con lo dispuesto en el artículo 265 n. 9 de la Constitución. Las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 han tratado de conciliar esta divergencia.

---

[1] La Corte Constitucional declaró inexequible –en sentencia C-488 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo– la prohibición contenida en el artículo 30 de la Ley estatutaria de los partidos políticos, de divulgar encuestas durante los 30 días anteriores a la elección, y en su lugar estableció un plazo prohibitivo de un día.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 20, 38, 40 n.3, 73, 75, 76, 77, 112, 152 lit. c, 265 n.9.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

Del texto del artículo

Comisión I, artículo 7 (G.C., N°83, pág. 7, col.3)
Primer Debate, artículos 5 y 7 (G.C., N° 109, pág. 21, col.1)
Comisión Codificadora, artículos 116 y 116A (G.C., N° 113, pág. 8)

DE LOS DEBATES
Comisión I: mayo 10 y 14
Plenaria: junio 18 y 29

LEGISLACION

Ley 130 de 1994
Ley 163 de 1994
Ley 182 de 1995, art. 31

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-470, T-512, T-614.

1993:
C-020, T-048, T-454, C-488.

1994:
C-089, C-353, T-384.

1996:
C-226.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 19
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 19 y 20
Declaración Americana, artículo IV.
Convención Americana, artículo 13.

Capítulo 3
Del estatuto de la oposición

Artículo 112

Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación de los organismos electorales.

Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia.

La oposición es uno de los conceptos claves de la democracia constitucional contemporánea. La noción clásica de oposición se encuentra ligada al régimen político de tipo parlamentario. Con ella se hace referencia a la bancada de representantes que pertenece a un partido o movimiento político que no está en el gobierno. En este sistema político, la oposición es concebida como un elemento esencial para la protección de la Constitución y de manera específica para la defensa de los derechos de las minorías y de las reglas de juego políticas que rigen el sistema democrático.

En la democracia constitucional no sólo existe oposición parlamentaria. Más aún, cada día adquieren mayor importancia expresiones políticas de rechazo a la política oficial que no han sido encauzadas ni tienen expresión directa en los representantes en el Congreso. La dispersión social propia de la sociedad capitalista actual atomiza la acción política en una pluralidad de ámbitos y de objetos que adquieren entidad propia sin necesidad de intermediación partidista. La importancia de las acciones públicas en defensa de intereses individuales y colectivos en la vida del ciudadano actual muestra bien como buena parte de la función de control y crítica al poder puede ser ejercida por otras vías.

La oposición encuentra sus antecedentes históricos en la Grecia clásica y en especial en Atenas durante su época gloriosa. Sin embargo, es sólo en el siglo XVII en Inglaterra, cuando el grupo político de los *Wings* se enfrenta a los *Tories*, que se configura la idea moderna de oposición. Con el surgimiento de los partidos de masa a finales del siglo XIX, la oposición perdió su connotación personalista –derivada de la idea de *leaders*– en beneficio de una confrontación ideológica entre cuadros políticos mayoritarios o minoritarios en el gobierno[1].

La función de la oposición es la de convertirse en un límite crítico frente a las decisiones tomadas por la mayoría política. Bajo este supuesto varios modelos pueden ser diferenciados, teniendo en cuenta la cohesión organizativa, el carácter competitivo, los objetivos, las estrategias y otros elementos característicos de la lucha política[2].

La oposición combina dos elementos esenciales de la democracia constitucional contemporánea: el procedimiento y el control. El primero garantiza la protección de las minorías y con ello el ejercicio efectivo de la participación política en una sociedad pluralista. El segundo es un arma contra el abuso del poder y un aval para la eficacia de las normas constitucionales que garantizan los derechos políticos. Es por eso que hoy en día, cuando se han desvanecido los ideales sustancialistas y fundamentalistas de la democracia en beneficio de una concepción procedimental fundada en el pluralismo y la tolerancia, la oposición adquiere una importancia que nunca antes había tenido. Ella hace

[1] Los sistemas políticos varían entre aquellos en los cuales el líder de la mayoría deviene jefe del gobierno - como en Inglaterra, y aquellos en los cuales se conforma un gobierno de coalición entre diferentes fuerzas políticas unidas más por una estrategia específica que por una ideología común.

[2] Al respecto la obra de R. Dahl, *Political Oppositions in Western Democracies*, New Haven-London, Yale University Press, 1966.

efectivo el ideal de la participación política legitíma y perfecciona el proceso político al ejercer la función crítica.

A continuación se analiza el contenido del artículo 112[3] de la Constitución a partir de la ley estatutaria de partidos políticos y del comentarios hechos por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de dicha ley.

I. DEFINICIÓN DE OPOSICIÓN

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 3, 20, 23, 74, 75, 111, 147, 152 lit. c, 265 ns. 5 y 9

La Ley 130 de 1994 sobre partidos y movimientos políticos, dedica unos cuantos artículos al tema da la oposición. El artículo 32 de la Ley define en los siguientes términos el concepto normativo de oposición.

> Artículo 32. Definición. La oposición es un derecho de los partidos y movimientos políticos que no participan en el gobierno, para ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar las alternativas políticas. El derecho de oposición reglamentado en esta ley tiene vigencia tanto frente al Gobierno Nacional, como frente a las administraciones departamentales, distritales y municipales.

Con respecto a esta definición la Corte Constitucional, ha dicho lo siguiente:

> "La vida democrática se alimenta de la prosecución del debate político y de la dialéctica que se establece entre los actores políticos que no se encuentran en el poder y las fuerzas mayoritarias que sí lo están. El precedente estadio de pugna por el triunfo electoral se difiere para el siguiente

[3] En 1996 fue presentado un proyecto de acto legislativo para ampliar y fortalecer la función y el derecho a la oposición política. El proyecto en mención establece un nuevo artículo 112 cuyo texto es el siguiente: "*Los partidos, movimientos o coaliciones políticas que ganen en la elección presidencial deberán asumir la responsabilidad política de gobernar con su plataforma programática y los demás tendrán la responsabilidad política de hacer oposición. El candidato mayoritario derrotado en las elecciones presidenciales adquirirá la investidura de Senador de la República para el período respectivo. A nivel territorial, el candidato mayoritario derrotado en las elecciones de gobernador y alcalde adquirirá la investidura de diputado y concejal para el período respectivo. Los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantiza los siguientes derechos: de consulta previa en las materias que fije la ley; de acceso preferencial a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves o evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales. Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos, y a presidir las comisiones con funciones de fiscalización*". El proyecto también propone lo siguiente: 1. La elección de Contralor General de la República y de Procurador General de la Nación, se realiza a partir de candidatos presentados por la oposición representada en el Congreso; 2. Los partidos y movimientos minoritarios presiden las comisiones de fiscalización. Además se amplian los derechos de la oposición, incluyendo entre ellos el de consulta previa en determinados asuntos.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículos 4 y 5 (G.C., N°83, pág. 8, col. 1)
Comisión II, artículo 35 (G.C., N° 83, pág. 19)
Primer Debate, artículo 35 (G.C., N° 109, p·g. 11) y artículo 9 (G.C., N° 109, pág. 20, col. 1)
Comisión Codificadora, artículos 117 y 117A (G.C., N° 113, pág. 8)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 10 y 15
Plenaria: junio 6, 13, 18 y 30.

evento de esa naturaleza y, mientras tanto, como prolegómeno suyo que luego será decisivo, las minorías políticas asumen la función del control del poder, al paso que la mayoría, sujeta a ese escrutinio, lo ejerce."

II. DERECHOS CONFERIDOS POR EL ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN

El artículo 112 de la Constitución le confiere a los partidos y movimientos políticos que no participan en el gobierno una serie de derechos encaminados a facilitar el cabal cumplimiento de la función de control. Estos derechos garantizados a la oposición –cuyo ejercicio se somete a las restricciones legales previstas– son los siguientes: 1) acceso a la información y a la documentación oficiales; 2) uso de los medios de comunicación social del Estado, de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; 3) réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales; 4) participación en los organismos electorales y 5) participación en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Los cuatro primeros derechos fueron desarrollados por la Ley estatutaria de partidos políticos. A continuación se expone brevemente el contenido de estos desarrollos, seguido de una breve referencia a lo dicho por la Corte Constitucional en su sentencia de revisión de la ley estatutaria.

1. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA DOCUMENTACIÓN OFICIALES

El artículo 33 de la Ley estatutaria se refiere a este derecho de la siguiente manera:

> Acceso de la oposición a la información y documentación oficiales. Salvo asuntos sometidos a reserva legal o constitucional, los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno tendrán derecho a que se les facilite, en forma preferencial y con celeridad, la información y documentación oficiales dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud.
>
> El funcionario oficial que omita el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Al respecto la sentencia C-089 de 1994 de la Corte Constitucional afirma lo siguiente:

> "El acceso a la información y documentación oficiales, es condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos de gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición. No se entiende cómo se pueda controlar el poder político si los asuntos de interés público se mantienen ocultos a la oposición y a los ciudadanos. La norma examinada reconoce en cabeza de la oposición un derecho que pretende asegurar total transparencia al manejo de la cosa

LEGISLACION

Ley 130 de 1994
Ley 137 de 1994, art. 4
Ley 163 de 1994

> pública, a fin de consentir la confrontación leal e igualitaria entre las minorías y las mayorías –que no pueden detentar información privilegiada o monopolizar sus fuentes– y el ejercicio del derecho al control del poder político".

El acceso de la oposición a la información y documentación oficiales es un desarrollo del derecho de petición, de que trata el artículo 23 de la Constitución. Este derecho está regulado en el Código Contencioso Administrativo, artículos 5 y siguientes. Esta norma busca la transparencia de la administración, en particular para la oposición. De esta manera los grupos de oposición conocen los documentos del gobernante, se enteran de la gestión pública y pueden así disponer de los instrumentos que les permitan ejercer realmente la labor de fiscalización y crítica.

2. ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DEL ESTADO

El artículo 34 de la Ley estatutaria delimita de la siguiente manera este derecho:

> "Los partidos y movimientos políticos que no participan en el gobierno, tendrán derecho al uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la proporción de curules obtenidas en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores y de conformidad con lo establecido en la presente ley".

Al respecto la sentencia C-089/94 de la Corte Constitucional dice lo siguiente:

> "El denominado derecho de antena en radio y televisión y de espacio en prensa, referidos a los medios de comunicación del Estado, permite que la actividad crítica y fiscalizadora de la oposición pueda tener como destinataria la opinión pública y, de este modo, generar un efecto real en el control del poder político. Si se le privara de los medios masivos de comunicación, se aumentaría en un grado superlativo las dificultades que enfrentaría la oposición para hacer efectivo su derecho de crítica y disentimiento, pues si su discurso político o su denuncia no llegara al ciudadano difícilmente podría ser efectiva, en cuyo caso el poder de la mayoría traducido en posiciones directivas en el gobierno y la administración se expandiría peligrosamente a costa de la democracia y del mismo principio de división de poderes".
>
> (...)
> "La neutralidad del Estado, en relación con el sistema de partidos, se observa en el hecho de que sus recursos –los medios de comunicación oficiales– no pueden estar al servicio exclusivo de las fuerzas mayoritarias que gobiernan y que, gracias a su fácil acceso, podrían aquilatar desmedidamente su poder, lesionando a sus émulos. Los recursos y bienes del Estado no pueden convertirse, en virtud del triunfo electoral, en patrimonio de los partidos y movimientos mayoritarios".

El derecho de la oposición para acceder a los medios de comunica-

JURISPRUDENCIA

1992:
T-003, T-439, T-470, T-512, T-614.

1993:
T-048, T-274, C-454, C-488, T-578.

1994:
C-089, C-180.

1995:
C-497.

1996:
C-226.

ción del Estado tiene como objetivo democratizar la presencia de la oposición en los medios oficiales. La norma excluye naturalmente el acceso a los medios de comunicación de los particulares. En Colombia esta norma ya se aplica pero su uso indiscriminado ha terminado por fatigar a los televidentes.

Las disposiciones actuales establecen que el Presidente de la República puede en cualquier momento dirigirse a los colombianos por la televisión y la radio oficiales, no así la oposición. En otros países, en cambio, cada vez que el Presidente realiza una alocución por la televisión, el jefe de la oposición tiene derecho a una alocución inmediata por el mismo medio y durante el mismo tiempo.

3. RÉPLICA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEL ESTADO

Así define el artículo 35 de la Ley estatutaria este derecho:

> "Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno tendrán derecho de réplica en los medios de comunicación del Estado, frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por el Presidente de la República, los ministros o los jefes de los departamentos administrativos cuando haya sido con utilización de los mismos medios.
>
> En tales casos, el partido o movimiento interesado en ejercer este derecho, podrá defender en forma oportuna, y con tiempo, medio y espacio por lo menos iguales al que suscitó su ejercicio, y en todo caso que garanticen un amplia difusión.
>
> En el caso de las administraciones territoriales, procederá el derecho de réplica frente a similares tergiversaciones o ataques proferidos por el jefe de la respectiva administración, los secretarios de despacho y los directores y gerentes de las respectivas entidades descentralizadas".

Al respecto la Corte Constitucional en su sentencia C-089/94 consideró que:

> "El derecho de réplica evita que el gobierno y por su conducto las fuerzas mayoritarias monopolicen y deriven ventajas políticas indebidas de su fácil acceso a los medios de comunicación oficiales. De ahí que frente a la emisión de declaraciones políticas por parte del gobierno que sean susceptibles de afectar la oposición, a ésta se le garantice, a través de los mismos medios, el correlativo derecho de réplica, que viene a ser una especie de derecho de defensa en el campo propio de la política. De esta manera se obliga a sostener una especie de diálogo político, leal e igualitario, entre las distintas formaciones políticas y el gobierno, ausente en lo posible de confusiones y falsedades que impidan la formación de una opinión pública debidamente informada".

El derecho de réplica permite la respuesta oportuna de la oposición ante un ataque de un alto servidor a través de los medios de comunicación oficiales. No debe confundirse réplica con

rectificación (art. 20 CP.). La primera está reservada a los grupos políticos de oposición y la segunda es un derecho de todas las personas. Además la réplica pretende contestar mientras que la rectificación busca la retractación del autor del agravio. Sin embargo las dos instituciones son compatibles.

4. PARTICIPACIÓN EN LOS ORGANISMOS ELECTORALES

El artículo 36 de la Ley estatutaria se refiere a este derecho en los siguientes términos:

> "Dos puestos en el Consejo Nacional Electoral serán reservados para los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno y cuyas votaciones sean las mayores pero no alcancen para obtener posición por derecho propio en este organismo. Los partidos y movimientos que así obtuvieren puesto en el Consejo Nacional Electoral, lo mantendrán en tanto no tengan representación en el gobierno. De lo contrario, el puesto será ocupado por el partido o movimiento que le siga en votos y que carezca de participación en el gobierno".

Al respecto la Corte Constitucional señala en su sentencia C-089/94:

> "De la imparcialidad de la organización electoral y del efectivo cumplimiento de las normas sobre elecciones, partidos, movimientos y derechos de la oposición, depende la vigencia de las instituciones democráticas y la confianza que en su recto discurrir pueden tener los ciudadanos y diferentes actores de la vida política. Como quiera que el Consejo Nacional Electoral tiene una serie de funciones en cada una de estas materias y que su integración refleja la composición política del Congreso (CP. artículos 264 y 265), es conveniente y justo que los partidos y movimientos minoritarios participen en su conformación, de modo que se garantice con su presencia, aún más, la completa neutralidad de la organización y de las autoridades electorales frente a controversias y eventos políticos".

El derecho de la oposición a participar en los organismos electorales se fundamenta en la necesidad de asegurar el equilibrio y la transparencia en la contienda electoral, con el fin de evitar que el partido que se encuentre en el gobierno haga uso de su poder para perpetuarse en él. Actualmente el Consejo Nacional Electoral cuenta con 9 integrantes, de los cuales 2 son representantes de grupos minoritarios y los 7 restantes pertenecen a los dos partidos tradicionales.

Los artículos 50 y 51 de la Ley estatutaria se refieren a los derechos de la oposición en los niveles territoriales y a la obligación de realizar audiencias públicas durante el trámite de los proyectos de oposición:

> "Artículo 50. Derechos de la oposición a nivel territorial. Las fuerzas políticas que ejerzan la oposición en el orden territorial tendrán los mismos derechos y deberes de quienes la ejercen a nivel nacional".

Al respecto dijo la Corte Constitucional en la sentencia citada:

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículos 19 y 20
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 19, 20 y 22.1
Declaración Americana, artículos IV y XXI
Convención Americana, artículos 13 y 16.

"El artículo 112 de la CP. al referirse a los partidos y movimientos que no participen en el gobierno, no limita el alcance del derecho a la oposición al sólo ámbito nacional. El artículo 50 del proyecto interpreta fielmente el texto de la Carta y, de esta manera, insiste sobre la importancia global de las prácticas democráticas y, por esta vía, en el ejercicio del derecho a la crítica política, el que extiende al ámbito de las entidades territoriales"

De otra parte el artículo 51 de la Ley estatutaria dice lo siguiente:

"Audiencias públicas. En el trámite de todo proyecto de ley cuyo tema sea el de la participación política en todas sus formas o el de la organización electoral, será escuchado el concepto de las fuerzas de oposición, para lo cual se realizarán audiencias públicas hasta por ocho días".

Al respecto dijo la Corte Constitucional en la sentencia citada:

"La disposición que contiene el artículo 51 es constitucional, dado que su contenido y alcance corresponden a un desarrollo legítimo y necesario del estatuto de la oposición plasmado en la Carta Política. Esta especie de derecho de consulta previa, que bien podría ampliarse a otras materias y opciones fundamentales en la vida del Estado, tiene plena justificación respecto de asuntos relativos a la participación política y a la organización electoral, reclaman el mayor consenso posible por parte de las diferentes fuerzas políticas. En todo caso, la oposición debe conocer de cualquier proyecto que se ocupe de esa materia, y prevenir que sus derechos –y la democracia participativa– no sufran desmedro. En realidad, el proyecto acertadamente apunta a unas normas que por dirigirse a establecer las reglas básicas del juego político –sobre las cuales lo deseable es contar con el mayor grado de aprobación y legitimidad– deben ser objeto de una detenida deliberación y profundo conocimiento".

Este libro se terminó de imprimir en los talleres
de IMPREANDES PRESENCIA, S.A.
Santafé de Bogotá, D.C.- Colombia.