



LA REFRENDACIÓN POPULAR EN COLOMBIA NO ES TAN POPULAR

THE POPULAR REFRENDATION IN COLOMBIA ISN'T POPULAR

PAULA PONCE DE LEÓN MARTÍNEZ*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2018

Disponible en línea: 30 de julio de 2018

RESUMEN

La Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016 definió el término refrendación popular alejándose completamente de lo que en el debate de aprobación el Congreso dio a entender con este. En el presente texto se estudian los motivos de la Corte para apartarse, relacionándolo con el Realismo en que hubo aspectos ajenos a la ley que afectaron la decisión, el Neoconstitucionalismo en que se dio una decisión que se deriva de una Constitución axiológica que prioriza principios y derechos y el Paternalismo en que se limitó la posibilidad del pueblo para decidir y se le atribuyó a otros ese poder. Se eligen estas tres categorías de análisis porque todas permiten la creación de derecho por parte de los jueces y dan luces de las posibles motivaciones de la Corte para definirla de esta manera, sin embargo, es imposible rastrear un sustento jurídico del que esta se derive.

Palabras clave: creación de derecho; refrendación popular; Realismo; Neoconstitucionalismo; voto vedado y Paternalismo.

* Estudiante de Noveno Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: pponcedeleon@javeriana.edu.co

ABSTRACT

The Constitutional Court in judgment C-699 of 2016 defined the term popular endorsement separating from what in the debate of approval the Congress gave to understand with this one. The present text examines the reasons for the Court to depart, relating it to Realism in the consideration of aspects beyond the law that affected the decision, to Neoconstitutionalism in which the decision made corresponds to the idea of an axiological constitution that prioritizes principles and Rights and to Paternalism in which the possibility of the people to decide was limited and this power was attributed to others. These three categories of analysis are chosen because they share the feature of allowing the creation of law by the judges and give some clues of the motivations of the Court to define popular endorsement as she did. Nevertheless, it was impossible to find legal support for this definition.

Key words: Creation of law; popular refrendation; realism; neo-constitutionalism; preserve; paternalism.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente escrito es analizar la definición que hace la Corte Constitucional —de ahora en adelante la Corte— del término “refrendación popular”, con el fin de demostrar que esta definición carece de un sustento jurídico, no se desarrolló de forma genérica para poder adoptarse en otros casos y obedece principalmente a las condiciones sociales y políticas del momento. Ésta se desarrolló en la Sentencia C-699 de 2016 donde se analiza la “refrendación popular” como condicionamiento de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016.

A modo de contextualización es importante recordar que el Acto Legislativo 01 de 2016 —a partir de ahora AL 01 de 2016— es aquel que establece los instrumentos jurídicos que permitirán el desarrollo normativo del Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz Estable Y Duradera —de ahora en adelante Acuerdo Final— y su último artículo condiciona su vigencia a la refrendación popular. En cuanto a la Sentencia C-699 de 2016 —a partir de ahora Sentencia C-699— es aquella que hace dos juicios de sustitución, uno en el que examina si facilitar la reforma de la constitución por medio de un mecanismo especial, excepcional y transitorio descrito en el AL 01 de 2016 sustituye o no la constitución por disminuir su rigidez y supremacía y otro en el que evalúa si la legislación delegada al ejecutivo sustituye el principio de separación de poderes. En ambos casos concluye que no hay una sustitución

de la constitución por el carácter de transitorias que tienen ambas excepciones y la cantidad de limitaciones contenidas en el mencionado Acto Legislativo correspondientes a la temática y competencia. Adicionalmente la sentencia define el término “refrendación popular” con el fin de verificar si el AL 01 de 2016 tiene o no vocación de vigencia.

Para analizarse la definición dada en esta sentencia se escogieron tres corrientes doctrinales que son el Realismo, el Neoconstitucionalismo y el Paternalismo por ser aquellas que autorizan la creación de derecho por la vía jurisprudencial como se da en el caso estudiado. Se intentará adecuar las motivaciones que en estas teorías han llevado a la producción de derecho por vía judicial, con las motivaciones expresadas por los jueces en la Sentencia C-699.

1. RECuento DE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte en la Sentencia C-699 de 2016 establece que no le corresponde determinar si el AL 01 de 2016 está vigente al momento de su pronunciamiento pero que si se debe probar que tiene una “vocación de entrar en vigor” motivo por el cual considera necesario definir el concepto “refrendación popular” al cual estaba condicionada dicha vigencia (punto 21). Esta definición debería darse de forma general para que este término pueda seguir siendo utilizado, debe esclarecer lo que buscaba el legislador cuando redactó aquel artículo de la vigencia del AL 01 de 2016 y no modificarlo ni adaptarlo según convenga.

Lo primero que establece la Corte es que ni en la Constitución ni en ninguna Ley de la República está contemplado el término “refrendación popular”. Este solo se había mencionado en las sentencias C-784 de 2014 y C-379 de 2016¹. En ninguna de las dos sentencias definen el término y en la segunda lo usan indiscriminadamente cómo mecanismos democráticos (plebiscito, referendo)² o como un fin que se cumple a través de mecanismos democráticos³, lo que incrementa la incertidumbre. La Corte también menciona que cuando el AL 01 de 2016 se debatió en el Congreso la refrendación popular siempre se habló como un mecanismo de participación ciudadana (punto 16):

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 18 de julio de 2016).

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 18 de julio de 2016).

“Pero es también claro que los redactores de una norma no logran prever ciertos desenvolvimientos sociales y políticos, que desajusten el balance de principios contenidos en sus reglas, y es por eso que las expectativas originales, aunque informan, no determinan el sentido de la interpretación constitucional”⁴.

Entendiendo que los jueces solo están sometidos al imperio de la Ley como aduce el artículo 230 de la Constitución Política y que su única potestad como legisladores es la de ser legisladores negativos. Este distanciamiento de la Corte entre lo que el legislador expresó y lo que la Corte decide interpretar en su definición, da el primer indicio de creación de derecho, dado que decide alejarse de lo que conoce eran las intenciones del legislador, con un argumento como el desenvolvimiento social y político, que en este caso hace clara referencia al resultado negativo del plebiscito, reajustando la condición de la vigencia al decir que no se refiere a aquello que debatió el Congreso.

En cuanto a la definición establecida por la Corte:

“La refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores”⁵.

Sólo se hará referencia a los puntos en que hay creación de derecho por distanciarse de lo que la ley establece.

El primer componente a mencionar es el punto (ii) la participación ciudadana directa. Esta se entiende derivada de la palabra “popular” dado que a lo largo de la Constitución el adjetivo “popular” hace referencia a participación ciudadana directa⁶. Y con la palabra refrendación se hace referencia a convalidación o aprobación

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

6 Los vocablos ‘popular’ o ‘populares’ se emplean en la Carta y en el constitucionalismo para aludir a autoridades, actos o procesos en cuya elección o configuración hay *participación ciudadana directa*. Es este entonces el sentido de las expresiones mencionadas cuando se hace

“Por lo cual es razonable inferir que la “refrendación popular” remite en principio a los mecanismos de participación ciudadana previstos o regulados en la Constitución, o creados por el legislador y desarrollados según las condiciones constitucionales”⁷.

Hasta aquí el término estaría de acuerdo a lo debatido por los legisladores y entendido por el pueblo, sin embargo, la Corte decidió que este requisito de la participación ciudadana directa tendría cuatro componentes más:

“En suma, se observa entonces que la refrendación popular exige participación ciudadana directa, la cual puede darse con o sin intervención de organismos representativos; al final o de forma previa a la mediación de las instituciones representativas; tener carácter decisorio, deliberativo o propositivo; y ser vinculante o no y, si lo es, puede serlo de distinto modo según el mecanismo, sus resultados y el organismo sujeto a sus efectos”⁸.

De estos vale la pena analizar el que establece que la intervención del pueblo puede ser previa o posterior. Con posterior hace referencia a final como en el caso del plebiscito o el referendo, con previa habla de que el pueblo se manifieste y posteriormente su voluntad se interpreta y desarrolla por un organismo representativo. Es por esto que se analizará en conjunto con el elemento (iv) que menciona que el proceso puede acabar con expresión de autoridad revestida de legitimidad democrática.

Esta tesis la sustenta la Corte alegando que al momento de reformar la Constitución por medio de una Asamblea Constituyente la intervención del pueblo es previa y se desarrolla posteriormente por un órgano representativo⁹. La metodología utilizada en el caso estudiado no es asimilable a la de la constitución de una Asamblea Constituyente dado que, en la decisión del pueblo en una

referencia a autoridades, cargos o Corporaciones de ‘elección popular’ (arts 122, 125, 126, 134, 237, 262, 265, 272, 277, 299, 303, 312, 314, 318), a la ‘iniciativa popular’ (arts 154, 159, 197), a la ‘votación popular’ o al ‘voto popular’ (arts 202, 247, 23), al ‘pronunciamiento popular’ (art 241 num 2 y 3), a las ‘consultas populares’ (arts 40, 100, 103, 105, 107, 297, 319, 321, 323 y 379), a las ‘acciones populares’ (art 282, conc 88) o a la ‘participación popular’ (art 377)”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle:13 de diciembre de 2016).

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

Asamblea Constituyente el que se vote porque se haga o no, el que se elijan los miembros de dicha asamblea y el que se delibere hasta obtener una nueva Constitución o una Constitución reformada, son parte de un mismo proceso, donde el pueblo sabe que poderes está confiriendo al momento de votar¹⁰. En este caso concreto no se puede afirmar que en la decisión de la implementación del acuerdo final haya participación ciudadana dado que el proceso no inicia desde el plebiscito y termina con la refrendación por parte del Congreso, son procesos diferentes¹¹, el primero, precisamente delimitado en la ley, en el que si hubo participación ciudadana directa y la respuesta fue negativa y un segundo proceso en que el nuevo Acuerdo Final se sometió a votación en el Congreso donde no hubo participación ciudadana directa.

Por otro lado, aunque se le tratara como un solo proceso, tampoco podrían asimilarse; porque en el proceso de la asamblea constituyente se requiere una votación favorable para que se proceda a votar a los miembros de dicha asamblea, si la primera votación fuera negativa el proceso no podría continuar¹², mientras que en el plebiscito para la paz la respuesta fue negativa y de todas maneras se “continuo” con el “proceso” modificando parte del acuerdo y sometándolo a votación por el Congreso.

En tercer lugar, aunque es evidente que el Congreso representa al pueblo, no se podrá entender que puede reemplazarlo y conociendo su voluntad, contrariarla. El Congreso no es asimilable a la Asamblea Constituyente pues ésta es elegida ad hoc para deliberar sobre un tema específico y solo perdura hasta que termina su labor. En el caso concreto los congresistas no fueron elegidos por los votantes para que decidieran sobre la implementación o no del Acuerdo Final con las FARC-EP y ellos mismos al aprobar el AL 01 de 2016 decidieron condicionar toda la implementación a la refrendación popular, lo que no tendría sentido si ellos mismos fueran la refrendación popular. Por lo tanto hay una importante creación de derecho por su parte al unir en un solo proceso diferentes mecanismos de decisión, con el fin de que parezca que hubo una participación ciudadana directa.

Otro aspecto es el apartado (iii) “*cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos*”. No es posible decir que la votación del plebiscito fue una especie

10 Constitución Política de Colombia [Const.] Art. 376. 7 de julio de 1991(Colombia).

11 Ley Estatutaria 1806 de 2016. Por la cual se Regula el Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de agosto de 2016. D.O. No. 49.975

12 Constitución Política de Colombia [Const.] Art. 376. 7 de julio de 1991(Colombia).

de consulta previa al pueblo para que al momento de la decisión del Congreso se hiciera conociendo lo que el pueblo quería, como se dice que se hizo (punto 20.3), ya que el plebiscito solo ofrecía como respuestas “sí” y “no” por lo cual no hay ninguna evidencia de que con el cambio efectuado al Acuerdo Final se hayan satisfecho los deseos del pueblo. Los resultados no están siendo interpretados, ni respetados, ni desarrollados de buena fe, se están desconociendo. Aquí los jueces crearon derecho al darle más valor a una decisión del Congreso que a una tomada por un mecanismo de participación ciudadana dentro de la refrendación popular.

Es evidente que esta definición de refrendación popular no busca ser una definición general para unificar este término y que se siga usando como lo hacen las sentencias de la Corte Constitucional, sino que da una definición que pretende ser abstracta, pero que está diseñada para encajar en el caso concreto y ser un salvavidas del Acuerdo Final al afirmar que sí fue refrendado popularmente. Adicionalmente no se basa en ninguna doctrina, ni ley y se aleja de lo que se concibió cómo refrendación popular por el Congreso y de lo que se dio a entender al pueblo.

Aunque los jueces constitucionales no se ciñeron al derecho al momento de escribir esta sentencia y especialmente esta definición, la intención de este trabajo no es condenarlos, sino tratar de entender los motivos de esta decisión y ver si encuadran dentro de una de las teorías estudiadas.

2. EL REALISMO

Al analizarse la definición de refrendación popular de la Sentencia C-699 la primera teoría con la que se comparó e intentó explicarse fue la del Realismo dentro de la que se evaluó la forma de creación del derecho por parte de los jueces que estos avalan y se concluyó que no corresponde con aquella usada por la Corte en la Sentencia C-699. No obstante, si coincidió una de las motivaciones mencionadas para la creación de derecho, que es la existencia de factores ajenos a la ley que influyen en la decisión de un juez.

El Realismo es una teoría encabezada por Oliver Wendell Holmes y Felix S. Cohen, que caracteriza al derecho por su dinamismo y por la creación judicial; entiende la ley como un simple medio para alcanzar un fin social y no como un fin en sí misma, por lo que la ley debe ser constantemente examinada en su propósito y efectos¹³.

13 Karl Nickerson Llewellyn, Some Realism About Realism. Harvard Law Review. Junio de 1931 At. 1236

Esta corriente tiene distintas vertientes, sin embargo, hay algunas características comunes en las que se centrará este escrito. La primera y más importante, es la ley como medio y no como fin, determinando que tiene que tener un propósito para existir¹⁴. Holmes expresa que la tradición no debe ser la razón por la que exista una Ley o se tome una decisión. Cuando dicha tradición es un simple formalismo, no hay motivos para que sobrepase la razón¹⁵. Los realistas entienden el derecho como un conjunto de herramientas cercano, basado en la vida real y en los problemas sociales¹⁶ y no como un conjunto abstracto de conceptos que se justifican entre ellos¹⁷. Holmes advierte que los jueces deberían evaluar el propósito de las leyes para que la aplicación del derecho tenga realmente efectos y no se mecanice¹⁸.

Los realistas difieren de lo que Jerome Frank denomina el “mito legal”, incluso les parece infantil el hecho de creer que la ley se puede aplicar como un silogismo perfecto en el que el juez introduce los hechos, la norma y obtiene siempre el resultado correcto para saber que hacer¹⁹. Afirman que si bien la Ley es una herramienta para que el juez decida, hay muchas otras que influyen, como la opinión pública, el conservatismo, teorías prevalentes en la economía, el contexto social, la tradición, entre otros²⁰. Es por esto que para predecir las decisiones los realistas defienden que no deben mirarse las “reglas de papel” es decir las leyes, sino las “verdaderas reglas” que son los términos que describen el comportamiento de los jueces²¹.

El último elemento que comparten todos los realistas, es la creación judicial. Lo que algunos más arriesgados llaman la legislación de los jueces²². Es la forma en que, a partir de las interpretaciones de los jueces constitucionales, de los principios constitucionales y los derechos fundamentales se llegan a limitar o condicionar la interpretación que se da de una Ley²³. Para los realistas es cru-

14 Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*. Harvard Law Review. 1907 At.1001

15 (*Id.* En 998)

16 (*Supra* nota 14 en 1223)

17 Felix Solomon Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. Columbia Law Review. 1935 At. 820

18 (*Supra* nota 15)

19 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*. Ed. Brentano's Inc, 19 (1930).

20 (*Supra* nota 18 en 839)

21 (*Supra* nota 14 en 448)

22 Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?* Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 43 (1997).

23 Mauricio Plazas Vega, *Del Realismo al Trialismo Jurídico*. Ed. Temis S.A., 11 (2009).

cial esta actividad pues son los jueces los que dinamizan el derecho y permiten su adaptación a la realidad social²⁴. El Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz estableció que los jueces de la Corte Constitucional crean derecho a partir de la argumentación, ellos no se basan en el silogismo de los positivistas, sino que a partir de una evaluación de razonabilidad y proporcionalidad hecha según los lineamientos de la Constitución logran crear una interpretación con base en argumentación²⁵. Con esto se afirma que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fuente de derecho y su parte resolutoria es vinculante²⁶.

Esta teoría choca bastante con la concepción positivista, por esto tiene varias críticas como la ausencia de seguridad jurídica, al asumir que los jueces deciden basándose en aspectos subjetivos y no tratan de medirlos o hacerlos objetivos²⁷, la afectación de la separación de poderes, cuando el tribunal constitucional se antepone a decisiones tomadas por corporaciones representativas elegidas por medio del voto popular²⁸, el entendimiento del derecho como un todo, basado en decisiones judiciales²⁹, la subvaloración que se da de la ley y de los conceptos jurídicos, no entendiendo el valor tan grande que tienen estos al momento de decidir y de abarcar diferentes casos de manera justa³⁰.

2.1. CASO EN CONCRETO

Al contrastar la sentencia con las características del Realismo hay dos aspectos que saltan a la vista: la creación judicial y los aspectos ajenos a la ley que también influyen en la decisión de un juez.

Hay creación judicial porque el juez configuró un proceso que inicia desde el plebiscito como consulta previa y termina con la aprobación por parte del Congreso y crea una opción en la que la referendación popular ya no le perte-

24 Carla Faralli, *La filosofía del diritto contemporanea*. Ed. Laterza, 4-7 (2003).

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 19 de junio de 1992).

26 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 5 de febrero de 1996)

27 Roscoe Pound, *The call for a realist jurisprudence*, *The Harvard Law Review*, marzo de 1931, At. 710

28 Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*. Ed. Marcial Pons, 368-369 (2005).

29 Hermann Kantorowicz, *Some rationalism about Realism*. *The Yale Law Journal*, junio de 1934, At. 1250

30 John Dickinson, *Legal Rules: Their Function In the Process of Decision*. *University of Pennsylvania Law Review*, mayo de 1931

neces al pueblo sino al Congreso. Sin embargo, no es lo que los realistas avalan, pues ya no usa la Ley para justificar un fin que entiende como mayor, sino que se salta la Ley y el trabajo de hacer una argumentación sólida. Cosa que puede hacer dado el poder que tiene.

Sí hubo factores ajenos a la Ley que influenciaron esa decisión, los cuales pudieron ser: la ideología liberal y progresista de seis de los nueve magistrados, la presión popular a través de actos simbólicos y diferentes marchas por la paz, entre las que se destacan la del 5 de octubre con alrededor de treinta mil personas en Bogotá sin contar otras 13 ciudades que también se movilizaron, la del 12 de octubre en Bogotá donde marcharon más de tres mil víctimas y siete mil indígenas acompañados por miles de líderes sociales, campesinos y estudiantes y la presión política que se daba por los siguientes hechos: el Acuerdo Final era el principal proyecto del presidente, este había ganado el Nobel de paz en razón de este acuerdo, se recibía la atención de las Naciones Unidas y de los países garantes y los guerrilleros ya habían comenzado a desplazarse hacia las zonas veredales.

3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Al analizarse la definición de refrendación popular de la Sentencia C-699 la segunda teoría con la que se comparó fue la del Neoconstitucionalismo, dentro de la que se habla de una creación de derecho por parte de los jueces constitucionales a partir de la interpretación de los principios que rigen la Constitución. A primera vista se puede pensar que en el caso de estudio se creó la definición para proteger la democracia liberal y la paz, sin embargo, se descarta al ver que esta teoría se encuentra en un salvamento de voto, por lo cual no corresponde a la tesis mayoritaria y la refrendación o no del AL 01 de 2016 no es equiparable a la escogencia entre la paz y la guerra.

Según Susanna Pozzolo el Neoconstitucionalismo se caracteriza por cuatro tesis: la Constitución axiológica, el derecho integrado por principios susceptibles de interpretación, la idea de interpretarlo a partir de la ponderación y la tesis de que la jurisprudencia juega una función creativa e integradora fundamental en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados³¹.

La Constitución axiológica hace referencia a una Constitución en la que los derechos fundamentales son un núcleo inmodificable, se caracteriza por una

31 Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Ed. Giappichelli, 10 -11(2001).

fuerte defensa de los principios políticos y/o morales que consagra³². El que estos principios sean susceptibles de interpretar es porque son bastante generales y solo establecen unas guías que deberán concretarse a través de la actividad del legislador, sin embargo, serán los jueces constitucionales los encargados de salvaguardar estos principios y de verificar que se de su adecuado desarrollo determinando cuales son los valores morales que deberán prevalecer en cada situación³³. Cuando se habla de prevalencia se hace referencia a la ponderación que es como se aplican los principios, un procedimiento como el del silogismo que existe en el positivismo para saber cómo hacer la aplicación de principios y como resolver cuando haya un choque entre ellos³⁴. Por último el resultado de que dentro de una Constitución se miren los valores, se integren los principios y estos se interpreten y se ponderen por parte de los jueces constitucionales, es que la jurisprudencia proferida por estos pueda ser entendida como creadora, pueda entenderse que la lectura que le da dicho tribunal a las situaciones fácticas según estos principios pueden incluso crear una interpretación tan distinta que casi pueda entenderse como una nueva norma³⁵, cómo se hizo en Colombia con las decisiones jurisprudenciales de los eximientes de responsabilidad en el aborto³⁶ y el matrimonio entre parejas del mismo sexo³⁷. Ésta idea le otorga mucho poder a los jueces constitucionales pues al establecer la existencia de unos principios la Constitución deja de ser un límite para el legislador y empieza a ser una directriz³⁸.

Esta teoría defiende que para evitar que la democracia atente contra ella misma es necesaria la intervención de los jueces constitucionales. Hay dos acepciones distintas de democracia una que abarca el liberalismo y otra restringida que hace referencia exclusivamente a la posibilidad de elecciones libres y justas y que sea el pueblo quien decida³⁹. En la democracia restringida es inconcebible que el juez constitucional limite las decisiones de las mayorías, pues asume que

32 Pedro Salazar, La democracia constitucional un radiografía teórica. Ed. fondo de cultura económica, 91- 93 y 100 (2006)

33 (*Id.* en 200)

34 Carlos Bernal, Estructura y limitaciones de la ponderación. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 26 2003, At. 1-30

35 (*Supra* nota 33)

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández: 10 de mayo de 2006)

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza: 26 de julio de 2011)

38 (*Supra* nota 32 en 38)

39 Fareed Zakaria, The rise of illiberal democracy. Foreign affairs, noviembre-diciembre de 1997.

el pueblo siempre sabrá lo que elige y debe ser libre para hacerlo; el que unas pocas personas tengan más peso que la mayoría lo entienden como una forma de autocracia⁴⁰. En cambio, en la democracia liberal se ve un valor muy importante en el contenido de la decisión. En términos de Luigi Ferrajoli, más allá de que se decida mediante un procedimiento democrático (democracia formal) es importante que la decisión tenga un contenido democrático (democracia sustancial)⁴¹.

Desde el Neoconstitucionalismo la tarea está en encontrar cómo controlar que las decisiones de las mayorías sean democráticas en su contenido.

Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli y Garzón Valdés establecen que existen unos elementos de la Constitución que no pueden ser discutidos por las mayorías, lo que Garzón Valdés llama el coto vedado que son unos elementos básicos que limitan las decisiones de la colectividad democrática⁴². Según estos teóricos es el juez constitucional quien determina cuáles son esos elementos, pues al ser el encargado de interpretar la Constitución es el encargado de preservar la noción de democracia liberal consagrada en ella y será quien tenga el conocimiento suficiente para determinar que elementos serían aquellos que si la mayoría decidiera cambiar acabarían con la democracia. Esto lo sustenta Salazar cuando dice:

“¿Es legítimo limitar materialmente, a través de un coto vedado, el poder de reforma constitucional que representa la máxima expresión de la voluntad democrática del colectivo? [...] sí, sin duda. Cuando se trata de proteger las normas que recogen y garantizan los derechos fundamentales, está justificada la supremacía constitucional, la rigidez fuerte del documento y los controles jurisdiccionales de constitucionalidad”⁴³.

El grueso de la doctrina ha establecido que los elementos del coto vedado son los derechos fundamentales, ya que son *“indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”⁴⁴*, además están diseñados para proteger a los más débiles de los más fuertes por lo que no se podría permitir que los más fuertes se los arrebataran. Ferrajoli afirma:

“El fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales no radica en el hecho de que nadie haya sido excluido de

40 (Supra nota 33 en 193)

41 (Id. en 215-216)

42 Ernesto Garzón, Representación y democracia. Ed. Universidad de Alicante, 143- 163 (1989)

43 (Supra nota 33 en 219)

44 Luigi Ferrajoli, Diritti fondamentali. Ed. Laterza, 15 (2008).

*su celebración [...] sino en el hecho de que éste no contemple la exclusión de ninguno*⁴⁵.

Salazar, tomando elementos de Bobbio y Ferrajoli, concluye que no todos los derechos fundamentales deberían hacer parte del coto vedado sino solo aquellos que sean una precondition para la democracia, como por ejemplos la libertad personal, de pensamiento, de asociación, de reunión, el derecho a la subsistencia, a la educación y los derechos políticos⁴⁶.

En Colombia la Corte Constitucional lo ha definido como: “*En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables*”⁴⁷. Reconoce la existencia de un coto vedado en sus sentencias SU-214 de 2016, C-075 de 2007 y C-886 de 2010 las cuales hacen referencia a la garantía de derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo. También se refirió a este en la Sentencia T-296 de 2013 donde aclaró que el derecho a la cultura de los taurinos no hacía parte del coto vedado y fue esgrimido en un salvamento de voto de la Sentencia C-699 de 2016 que habla del plebiscito para la paz.

Esta idea del coto vedado tampoco tiene una total acogida. Waldron afirma que los derechos fundamentales si son una limitación a las decisiones democráticas, pero no cree que estos deben estar constitucionalizados ni ser defendidos por los guardianes de la Constitución, sino que será suficiente el autogobierno de cada quien para auto limitar sus decisiones por el interés general⁴⁸.

Por otro lado Comanducci esboza como principales críticas al Neoconstitucionalismo la indeterminación de los principios y la discrecionalidad de los jueces debido a la ausencia de una moral objetiva, el pluralismo ético que caracteriza la sociedad actual, el que los jueces no construyan un sistema consistente de derecho y moral y el que los jueces no tomen siempre decisiones racionales, entre otros⁴⁹.

45 Luigi Ferrajoli, *Vecchi e nuovi diritti nella Carta europea*. actas del Congreso Sfera Publica e Costituzione Europea. Ed. Fondazione Leilo e Lisli Basso Issoco, (2000).

46 (*Supra* nota 33 en 266)

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 214 de 2016 (M.P. Alberto Rojas: 28 de abril de 2016)

48 (*Supra* nota 33 en 240-241)

49 Paolo Comanducci, *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, Isonomía No.16 2002, At. 89-112.

3.1. CASO EN CONCRETO

En el presente caso se notan algunos rasgos de Neoconstitucionalismo, comenzando con la discusión sobre el concepto de la paz

“El Acto Legislativo persigue ciertamente activar mecanismos de la democracia participativa pero también la consecución de la paz...”⁵⁰.

Entendiendo que la paz es un derecho fundamental por estar así consagrado en el artículo 22 de la Carta y que la Corte habla de la contribución de la implementación del acuerdo final a la consecución de la paz, podría pensarse que es por convicción de que es un derecho sobre el que no se puede deliberar, que la Corte produce una definición deleznable de lo que es refrendación popular y así evitar que el pueblo pudiera erradicar la garantía de esa paz. Esto encaja con una Constitución axiológica en la que se protegen los principios y derechos fundamentales según el criterio del juez constitucional. Estarían en pugna el concepto de democracia formal que estaría representada por la votación del pueblo que dice que no y el de democracia sustancial que según el criterio de los jueces defiende el derecho fundamental de la paz y no permite que la mayoría lo degrade. Se estaría dando una ponderación entre democracia y paz en la que vencería la paz por estarse entendiendo la democracia solo como formal.

Sin embargo la Corte explicitó en esa sentencia y en otras ocasiones que la implementación del acuerdo final no puede equipararse a la paz:

“el PLE deben comprenderse de manera restringida, sin que pueda concluirse desde el texto del artículo 1º, ni de sus antecedentes legislativos, que el mismo tenga por objeto someter a la refrendación popular el derecho a la paz, sino apenas un Acuerdo específico, que toma la forma de desarrollo de ese derecho, particular y concreto respecto del grupo armado con el cual se suscribirá tal convención”⁵¹.

En consecuencia negó la idea de estar sometiendo a votación un elemento del coto vedado como lo afirmaba el magistrado Rojas Ríos en su salvamento de voto. El hecho de que este haya salvado el voto es la prueba reina de que su teoría del coto vedado no era la mayoritaria ni la razón por la que la Corte se apartó de las normas y del entendimiento de la definición de refrendación popular.

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 18 de julio de 2016).

4. EL PATERNALISMO

Al analizarse la definición de refrendación popular de la Sentencia C-699 la tercera teoría con la que se comparó e intentó explicarse fue la del Paternalismo dentro de la que se justifica la creación de derecho por vía judicial cuando se entiende a los jueces como únicos capaces de percibir y salvaguardar el coto vedado y de interpretar lo que es bueno para el pueblo. La doctrina establece ciertas condiciones para que el Paternalismo sea justificable y no despótico, que no llegan a cumplirse en el caso estudiado por lo que tampoco podría legitimarse el desconocimiento del juicio político del pueblo que se hizo por parte de la Corte, plasmado en la definición.

El Paternalismo es “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma”⁵². Garzón Valdés es tal vez el principal expositor del Paternalismo jurídico, en el que la intervención coactiva se ejerce por el Estado. Menciona dos principales vertientes una que busca evitar un daño físico, psíquico o económico y otra que es moralizante⁵³. Se enfoca en desarrollar aquella que evita el daño, explicando que esta también tienen un tinte moralizante al determinarse cuales son los bienes valiosos para una sociedad⁵⁴. Un ejemplo de Paternalismo es el cobro que hace el Estado de aportes para la pensión, que busca evitar sufrimiento posterior a la persona que su débil voluntad no le permitió ahorrar⁵⁵. Presume al igual que Dworkin que estas políticas son el resultado “racional y prudente del conocimiento de nuestras debilidades y propensiones irracionales”⁵⁶. Hay tres características indispensables dentro del Paternalismo para que sea éticamente justificable: la primera planteada por Dworkin es la existencia de un consentimiento previo, que no es expreso e individual sino que se basa en que es algo que toda persona racional querría⁵⁷.

Garzón Valdés establece que la segunda característica es que se encuentre en estado de incompetencia básica, es decir con imposibilidad de decidir de la mejor manera ya sea por desconocimiento del tema, situación de inferioridad u otro motivo. Sin embargo, establece que para que sea justa esa condición tiene que tener un fundamento objetivo⁵⁸.

52 Ernesto Garzón, ¿Es éticamente justificable el Paternalismo jurídico?, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5 1988, At. 155.

53 (*Id.* en 156)

54 (*Id.* en 171)

55 (*Id.* en 162)

56 Gerald Dworkin, Paternalism. Ed. Rolf Sartorius University of Minnesota Press, 29 (1983)

57 Bernard Gerd, The justification of paternalism, Ethics 89 (2) 1979, At. 199-210

58 (*Supra* nota 53 en 166)

La tercera característica es que el modelo tiene un interés benevolente que procura la igualdad de quienes se encuentran en desventaja y tiene que desarrollar los intereses de quien está siendo sometido al Paternalismo⁵⁹. De lo contrario se estaría instrumentalizando al incompetente⁶⁰.

Esta teoría como el Neoconstitucionalismo comparte la idea de coto vedado, sin embargo es distinta la valoración que hace de los ciudadanos, que no reconocen la existencia de unos “bienes primarios”, poniendo al juez en una posición de superior y sabio.

Garzón Valdés hace referencia a la competencia de los jueces constitucionales al aplicar el coto vedado y afirma que estos pueden imponer los límites a las mayorías en casos en los que las mayorías decidan de forma contraria a aquellos bienes protegidos, dado que se estarían comportando como incompetentes básicos y presume que los jueces son los que saben que le conviene al pueblo⁶¹. Esta idea rompe el concepto de democracia al ser una forma de despotismo que desconoce la igual capacidad de juicio político de todos los individuos, uno de los pilares de la democracia⁶². Afirma que solo tienen autogobierno los individuos que estén de acuerdo con los bienes fundamentales establecidos por los jueces⁶³.

Las principales críticas al Paternalismo son el argumento utilitarista de que nadie puede decidir por otro mejor de lo que este mismo lo haría al ser el implicado quien tiene más información sobre su situación individual. El argumento del no respeto a la autonomía de la persona cuando la elección es hecha por otro y la violación al principio de igualdad por presuponer una relación de subordinación⁶⁴.

4.1. CASO EN CONCRETO

En el caso concreto el Paternalismo puede parecer el motivo de la decisión de la Corte al generar una decisión que ayude a entender como refrendación popular la dada por el Congreso, por el hecho de permitir un desconocimiento total de la decisión del pueblo en la práctica, diciendo que esa era la parte inicial del proceso y que lo que hizo el Congreso fue interpretar y desarrollar lo que el pueblo quería. El hecho de que la definición diga:

59 (Id. en 168)

60 (Id. en 170)

61 (Supra nota 33 en 214)

62 (Id.)

63 (Id. en 214-215)

64 (Supra nota 53 en 158-161)

“... (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática...”

Da vía libre al Congreso a actuar de forma arbitraria y anular la voluntad del pueblo fingiendo que la desarrolla y la interpreta de buena fe y esto lo acolitó la Corte.

Es evidente que se desconoció la capacidad de juicio político de los individuos al no someter el nuevo acuerdo a un mecanismo de participación ciudadana y dejarlo en manos del Congreso, para no correr el riesgo de que se cayera el proceso de paz, generando efectos que según el criterio del juez constitucional serían inconvenientes.

No hubo un consentimiento previo del pueblo que permita al juez transferir el derecho de decisión al Congreso, como se hizo en este caso. En segundo lugar no se prueba en la sentencia algún motivo objetivo de incompetencia básica del pueblo y por último la decisión dice que se desarrollo de acuerdo a los intereses del pueblo, sin embargo no hay prueba de esto y el resultado del plebiscito muestra lo contrario.

CONCLUSIÓN

En conclusión, después de haberse examinado la definición de referendación popular ofrecida por la sentencia, se encuentra que es imposible rastrear un sustento jurídico del que esta se derive, todo parece indicar que la principal motivación de la Corte fue la conveniencia dadas las condiciones sociales y políticas del momento. Tampoco se pudo encuadrar de forma absoluta esta motivación en ninguna de las tres categorías estudiadas, sin embargo, sí lograron encontrarse algunos rasgos comunes.

En la adecuación que se hizo a la teoría del Realismo se consideró que la sentencia tiene la característica de que no se decide únicamente basándose en las normas, sino que hay algunos factores externos como la presión pública que influyen en la decisión. Al encuadrarse con el Neoconstitucionalismo los puntos en común fueron la existencia de una Constitución axiológica garantista que tiene principios susceptibles de interpretación como serían en este caso el de la democracia participativa y la representativa. Por último, con el Paternalismo coincidió en que la decisión no fue tomada por el pueblo sino por el Estado que impuso su voluntad.

Estas tres teorías se asemejan bastante en el poder atribuido a los jueces ya que todas les otorgan una capacidad creadora, pero se diferencian en la lectura que le dan a los motivos de los jueces para crear.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Bernal, Estructura y limitaciones de la ponderación. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 26 2003, At. 1-30
- Constitución política de Colombia [Const.] Art. 376. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 19 de junio de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 5 de febrero de 1996)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández: 10 de mayo de 2006)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza: 26 de julio de 2011)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 214 de 2016 (M.P. Alberto Rojas: 28 de abril de 2016)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: 13 de diciembre de 2016).
- Carla Faralli, La filosofía del diritto contemporanea. Ed. Laterza, (2003).
- Ernesto Garzón, ¿Es éticamente justificable el Paternalismo jurídico?, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5 1988
- Ernesto Garzón, Representación y democracia. Ed. Universidad de Alicante, 143-163 (1989)
- Fareed Zakaria, The rise of illiberal democracy. Foreign affairs, noviembre-diciembre de 1997.
- Felix Solomon Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review. 1935
- Gerald Dworkin, Paternalism. Ed. Rolf Sartorius University of Minnesota Press, (1983)
- Gerd, Bernard Gerd, The justification of paternalism, Ethics 89 (2) 1979, At. 199-210
- Hermann Kantorowicz, *Some rationalism about Realism*. The Yale Law Journal, junio de 1934
- Jeremy Waldron, Derecho y desacuerdos. Ed. Marcial Pons, 368-369 (2005).
- Jerome Frank, Law and the Modern Mind. Ed. Brentano's Inc, (1930).
- John Dickinson, Legal Rules: Their Function In the Process of Decision. University of Pennsylvania Law Review, mayo de 1931
- Karl Nickerson Llewellyn, Some Realism About Realism. Harvard Law Review. Junio de 1931

- Ley Estatutaria 1806 de 2016. Por la cual se Regula el Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de agosto de 2016. D.O. No. 49.975
- Luigi Ferrajoli, Vecchi e nuovi diritti nella Carta europea. actas del Congreso Sfera Pubblica e Costituzione Europea. Ed. Fondazione Leilo e Lisli Basso Issoco, (2000).
- Luigi Ferrajoli, Diritti fondamentali. Ed. Laterza, (2008).
- Mauricio Plazas Vega, Del Realismo al Trialismo Jurídico. Ed. Temis S.A., (2009).
- Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law. Harvard Law Review. 1997
- Paolo Comanducci, Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, Isonomía No.16 2002, At. 89-112.
- Pedro Salazar, La democracia constitucional un radiografía teórica. Ed. fondo de cultura económica, (2006)
- Roscoe Pound, The call for a realist jurisprudence, The Harvard Law Review, marzo de 1931
- Sandra Morelli, La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario? Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, (1997).
- Susanna Pozzolo, Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Ed. Giappichelli, (2001).

