

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y CONTROL RACIONAL AL EJERCICIO DEL PODER POLITICO

YEZID CARRILLO DE LA ROSA



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y CONTROL RACIONAL AL EJERCICIO DEL PODER POLITICO

YEZID CARRILLO DE LA ROSA¹

RESUMEN

El presente trabajo hace sus progresos teóricos a partir de un eje temático básico que se podría enunciar como: "Democracia y control racional al ejercicio del poder político". Pretendemos defender la tesis de que no es posible pensar la democracia constitucional moderna sin la idea de control racional al ejercicio del poder, y que por tanto, no es posible discutir la encrucijada actual colombiana sin ese marco de referencia conceptual. Para ello se llevará acabo inicialmente una aproximación a las que consideramos, las tradiciones más importantes de democracia en el mundo moderno: el modelo ingles, el modelo norteamericano y el modelo francés. Luego intentaremos abordar la idea Constitución la que a mi juicio, no puede entenderse sin la idea de constitución y sin la idea de control racional al poder político. Finalmente trataremos de estructurar dos o tres argumentos en torno al caso colombiano.

ABSTRACT

This theoretical work makes its progress from a basic framework theme that could be stated as: "Democracy and rational control the exercise of political power." We intend to defend the thesis that there is no thought modern constitutional democracy without the idea of rational control the exercise of power, and therefore it is not possible to discuss the current stalemate in Colombia without the conceptual framework. This will initially just an approximation to what we believe, the most important traditions of democracy in the modern world: the English model,

¹Profesor de Filosofía del derecho de la *Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena*. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas, yezidcarrillo@hotmail.com. Director del grupo de Filosofía del derecho, derecho e internacional y problemas jurídicos contemporaneos (C-Colciencias) de la Universidad de Cartagena..

the model American and the French model. Then try to address the Constitution the idea that I believe can not be understood without the idea of incorporation and without the idea of rational control political power. Finally try to structure two or three arguments about the Colombian case.

PALABRAS CLAVES

Constitución, democracia, poder, derechos, control racional.

KEY WORD

Constitution, democracy, power, rights, rational control.

Fecha de recepción: Agosto 10 de 2009

Fecha de aceptación: Noviembre 8 de 2009

INTRODUCCION

A veces suponemos, ingenuamente, que el derecho existe como una entidad concreta y específica, que tiene una esencia racional y teleológica, la cual es dada en forma definitiva al sujeto de conocimiento. Sin embargo, ya desde la antigüedad los sofistas advertían la relación entre el derecho y el poder, advirtiendo que las relaciones humanas lejos de ser armoniosa, son asimétricas y que es en ese desequilibrio en donde se decidía y se establecía lo que debía ser justo o no; de allí la apuesta de Sócrates por establecer límites ético al ejercicio del poder político. Nietzsche y Freud son deudores de esta tesis, lo mismo que Foucault, quien muestra como el derecho en occidente no ha estado desligado de las relaciones de fuerza y de poder, y aunque nos hemos acostumbrado a pensar que el derecho hace sus progresos ha partir de una racionalidad interna, desligado de la política, éste más bien ha constituido una estrategia discursiva que ha legitimado o prohibido el ejercicio del poder. Ahora bien, no sólo la obra de Foucault, la historia constitucional- occidental, nos revela como el surgimiento de los derechos y las libertades civiles en las democracias occidentales, no ha sido

producto de una razón que se auto-construye y se auto-limita sino de la lucha y de las guerras, pues la naturaleza humana no tiende a la virtud y a la auto-limitación voluntaria sino en ocasiones al trágico abuso del poder², como se ha podido experimentar en los recientes episodios del siglo XX. Pero las instituciones de control no nacen ni se crean solas, son elaboradas a partir de una la experiencia concreta de cada pueblo, que le permite configurar sus instituciones y sus discursos propios, por ello lo que vemos es que, en cada sociedad, estas son creadas o re-creadas; adaptadas y, conciente o inconscientemente, incorporadas al ejercicio del poder³. Miremos a continuación los tres modelos de democracia y de Constitución que han servido de paradigmas a las sociedades y estados modernos: el anglosajón, el francés y el norteamericano.

1. EL MODELO CONSTITUCIONAL ANGLOSAJÓN Y LA IDEA DE GOBIERNO MIXTO

La lucha por la democracia en el mundo anglosajón se traduce, por una parte, en la lucha contra las pretensiones absolutistas de la realeza y el establecimiento de un gobierno mixto y , por otra parte, en la lucha por el establecimiento de las libertades en el plano normativo desde el siglo XII, cuando Enrique I otorga la “coronación de Chartier”, hasta 1689 con el “Bill of Right”, que consagra los derechos o libertades frente al Rey y más tarde la ley de compromiso o “Act of settlement de 1701 que garantiza la supremacía del parlamento frente al rey.

Una nota esencial del mundo político medieval, según Fioravanti, es la idea de que los poderes tienen en común el hecho de no ser poderes soberanos, lo que indica que no existía en ellos nada parecido a una pretensión totalizadora u omnicompresiva en relación con los sujetos, bienes, fuerzas y ordenes que tenían asiento dentro de sus jurisdicciones⁴. Esta forma del ejercicio del poder medieval presentaba varias características: una de ella era la intrínseca limitación de los

² LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la *Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, p. 149.

³ Ibid., p. 150.

⁴ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución: de la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 35

poderes, que no tenía carácter normativo sino fáctico, de hecho; pues se entendía que las reglas estaban escritas en las cosas y ello otorgaba seguridad, estableciendo en la práctica un límite al ejercicio de las más importantes prerrogativa de los poderes públicos de la época, tales como el tributo, el llamado a armas o al ejercicio de oficio de juez. Una segunda característica nos remite a la idea de orden jurídico dado; para el hombre político medieval, esas normas inscritas en la naturaleza de las cosas tenían carácter vinculante y prescribía un estado de cosas y un conjunto de relaciones no disponibles ni modificables por el poder alguno⁵ (Fioravanti, 2001, 36), de manera que el ejercicio del poder público medieval tiene presente la existencia de límites reales inscritos en la naturaleza de las cosas, más allá de la cual el príncipe o quien ejerza el poder se convierte en tirano. Lo anterior permite hablar de un gobierno mixto que no es comprensible al margen de las nociones de reglas, límites, equilibrios pactos y contratos.

Esta idea de gobierno o constitución mixta esta en la base de las luchas en el mundo ingles en contra de las pretensiones absolutistas y traen como consecuencia el establecimiento de una serie de documentos en donde se consignan una serie de libertades. Especial significación tiene la llamada *Carta Magna* (1215), en la que se consignan privilegios en favor de los señores feudales tratando de limitar la forma como hasta ese momento venía siendo ejercido el poder por la Corona. La *Carta Magna* no sólo es un documento celebrado entre los protagonistas sociales y culturales de la sociedad medieval inglesa sino que intenta reformular las relaciones políticas imperante hasta entonces, sugiriendo un modelo compartido en el ejercicio de poder. Junto a la *Carta Magna* de también debe resaltarse la denominada "Petición de derecho" de 1628 que junto a aquella constituyen dos documentos básicos del desarrollo constitucional y democrático Ingles, y que también tiene como finalidad delimitar las prerrogativas reales, luego de aproximadamente un siglo de ejercicio del poder por los Tudor y los Estuardos.

No obstante, es en 1689 con el "Bill of Right" en donde se consagran los derechos

⁵ *Ibid.*, pp. 11-12

y libertades del parlamento y la justicia frente al Rey; pues en ella se consagra la prohibición de suspender las leyes o recaudar el impuesto o mantener una armada en tiempos de paz sin el consentimiento del parlamento, el derecho de los súbditos para realizar peticiones, las elecciones libres del parlamento, y se dispone para este último la obligación y el derecho de reunirse frecuentemente y garantizándole la libertad de palabra y procedimiento a sus miembros⁶. Ahora bien, si el “Bill of Right” garantiza la independencia y libertad del parlamento frente a la corona, el “Act of settlement” o ley de compromiso de 1701 garantiza por una parte, las libertades y derechos de los súbditos frente al monarca, y por otra, la supremacía del parlamento frente al rey. Este documento no sólo fija las reglas de sucesión al trono y establece la obligación del nuevo monarca de prestar juramento y firmar la declaración de derecho, sino que además otorga al parlamento el derecho de fijar las condiciones del ejercicio del poder por la monarquía a través de una ley, y si es del caso, volver a redefinirlos. La ley de compromiso establece la soberanía del parlamento y la estricta subordinación del monarca a la ley creada por éste⁷.

El debate entre liberales y absolutistas en el mundo anglosajón tiene su mejor expresión, en plano de la filosofía política, en la confrontación entre el pensamiento de Hobbes y Locke. Para el primero el Estado no surge como consecuencia de ninguna vinculación con la comunidad o concepción alguna del bien como lo señalaba Aristóteles, sino que es el producto del calculo racional de seres interesados y egoístas quienes, dueños de su derecho natural a la vida y quienes sometidos a una situación de inseguridad en sus bienes y propiedades, convienen en la creación de una institución capaz de sacarlos del estado de guerra y de protegerlo en su integridad y sus propiedades⁸. El hombre un ser orientado por fines racionales y egoístas que busca sólo el aseguramiento de sus

⁶ OLIVEIR, Duhamel y CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *Las democracias*. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, pp. 4-5

⁷ *Ibid.*, p. 6

⁸ HOBBS, T *Leviatán*, Traducción de A. Escotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980, p. 263.

intereses particulares y específicos, de allí que, en ese estado de naturaleza, los hombres se hallan en una situación de igual inseguridad y de miedo recíproco, por ello, buscar la paz donde sea posible o buscar ayudas para la guerra donde esta no pueda darse es el dictamen de la razón. El Estado, y la consiguiente institucionalización del poder soberano, es una condición ineludible que se impone como evidencia racional para asegurar las condiciones básicas que permiten a todo hombre, existir durante el tiempo que la naturaleza se lo permita, convivir en libertad y gozar de los frutos de su trabajo. La fundamentación contractual del Estado que hace Hobbes somete la autonomía pública del individuo al soberano. El individuo, egoísta e interesado, al hallar mediante un sencillo cálculo racional que es mucho más ventajoso, para sus particulares planes de vida, someterse a las reglas de juego de un poder absoluto que continuar en el estado de naturaleza, acepta limitar su libertad natural, privarse de su autonomía política y de la posibilidad de participar en la confección de las instituciones políticas básicas dejando la esfera pública en manos del soberano esperando en contraprestación se le garanticen los derechos y libertades civiles como miembro del Estado y propias de su autonomía privada⁹.

Locke, a diferencia de Hobbes, critica El Absolutismo. Su interés es el de hallar formulas que permitan proteger los derechos y libertades civiles, en particular, el derecho de propiedad. Si bien, al igual que Hobbes, apoya sus argumentaciones en un hipotético estado de naturaleza, a diferencia de aquel, no parte de una visión pesimista del hombre ni asimila estado de naturaleza a estado de guerra; para él, es la ausencia de un juez común que posea autoridad la que instala a los hombres en un estado de naturaleza¹⁰; el hombre es parcial a favor de sus intereses y de esa parcialidad surgen graves dificultades; y así como para Hobbes es imposible establecer la propiedad en el estado de guerra, para Locke, es imposible preservarla en el estado de naturaleza. El hombre, en el estado de naturaleza que propone Locke, no es un lobo para el hombre cuyo egoísmo lo

⁹ CORTÉS RODAS, Francisco. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*, Siglo del hombre editores, Santa fe de Bogotá, 1999, p. 138.

¹⁰ LOCKE, J. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 19

impulsa al dominio de los demás, sino por el contrario, un ser dotado de razón con cuya orientación descubre una serie de reglas prácticas o leyes naturales que le permiten el despliegue de sus potencialidades, y es el mantenimiento de estos derechos naturales el que exige la creación de un estado cuyo poder este fundando en la división de poderes.

Uno de los legados más significativos, de la historia política y constitucional inglesa, es su idea de constitución y de democracia, no como expresión del más fuerte sino como límite al ejercicio del poder, que sienta las bases del principio liberal del constitucionalismo, según la cual la Constitución limita al poder político y, al hacerlo, garantiza la estabilidad política y las libertades individuales¹¹. La constitución aparece así como una forma de organizar y limitar el poder, mediante los derechos fundamentales, para garantizar la libertad; de suerte que en el núcleo del concepto de constitución se halla la noción de derechos y libertades como límite al poder del gobernante y al poder normativo-creador del legislador¹².

Ahora bien, A diferencia del constitucionalismo Ingles (constitución antigua), en los demás países, especialmente en Francia y estados Unidos de América, lo particular será el surgimiento del Estado constitucional (constitución de los modernos) y una nueva idea de Constitución, en la que esta aparece dotada de ciertas características formales como la de ser una "norma fundamental" (superley) escrita y rígida, y características materiales, cual es la de garantizar derechos y establecer la división de poderes (Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano).

2. EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO Y LOS LÍMITES A LA TIRANÍA FACCIOSA

¹¹ARAGÓN REYES, Manuel. "La constitución como paradigma" *En*, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007. p. 30

¹² *Ibid.* p. 31

Declarada la independencia los nuevos Estados expiden sus constituciones, conforme a los lineamientos del Congreso Continental de Filadelfia; sin embargo, en algunas asambleas representativas de los Estados triunfaron grupos radicales, cercanos a personas que habían adquirido grandes deudas y defendían los intereses de los desposeídos, que expidieron remedios legislativos que buscaban proteger los intereses de los deudores. En aquellos lugares donde no se dio esto, los campesinos y los pequeños propietarios, oprimidos por las deudas, llevaron a cabo insurrecciones. Se producen una serie de manifestaciones de mayorías democráticas que desconocían el derecho de propiedad y rechazaban el pago de las deudas en detrimento de los propietarios y acreedores, entre los que se contaban algunos de los representantes más ilustres de la élite política y económica (Adams, Hamilton, Jay, Franklin).

En mayo de 1787 se convoca la convención de Filadelfia y se redacta una nueva constitución, suscitando su aprobación intensos debates políticos que trae como consecuencia la proliferación de documentos, entre los cuales cabe destacar la aparición del *Federalista* que se convierte rápidamente en el más celebre de los documentos que por entonces circulaban. El modelo de democracia que defiende este documento, también denominada *democracia madisoniana*, busco conciliar el régimen republicano, con origen en el voto popular, y el principio de separación de poderes por el temor de los constituyentes americanos de una democracia sin controles a la que consideraron el primer paso hacia una tiranía facciosa¹³. El *Federalista* abandona la concepción romántica que ve en el pueblo un ente supremo y glorioso. Teme a las mayorías defendidas por los demócratas radicales, pues considera a estas como el primer paso para la injusticia de una mayoría facciosa sobre una minoría, pues es probable que una facción guiada por intereses egoístas forme una mayoría dentro de la democracia que oprima y desconozca los derechos de las minorías¹⁴. De allí que la cuestión básica en el establecimiento de la democracia norteamericana, era ¿Cómo evitar que un

¹³ UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ A. revolución, independencia y constitución en Estados Unidos, en prensa, 2003, p. 26 y Oliver. Op. cit, pp. 23-24

¹⁴ *Ibid.*, p. 26

gobierno republicano fundado en el principio de la mayoría conduzca a una tiranía facciosa que vulnere los derechos de las minorías? Las respuestas a este interrogantes sintetizadas en el federalista, parte de una concepción negativa del ser humano, del pueblo y por tanto de las mayorías¹⁵. que reconoce que en una sociedad republicana es inevitables los intereses, y los conflictos entre los intereses, de grupos, como es imposible evitarlos lo que hay es que tratar de controlar sus efectos y así evitar que ello degeneren en el despotismo de las mayorías frente a las minorías, por ello es imprescindible evitar que se formen mayorías estables y duraderas que conduzcan a la formación de una tiranía facciosa como el establecimiento de procesos distintos de selección de los funcionarios públicos, permitiendo que en la práctica los ciudadanos hagan parte de las distintas mayorías y evitando por ende una mayoría permanente o la distribución del poder entre varias instancias de tal forma que puedan llegar a controlarse mutuamente a tal punto que su equilibrio evite la tiranía mayoritaria, este fue uno de los propósitos de institucionalizar el Régimen Federal (diversificación horizontal), frente a varios regimenes estatales, y de permitir el establecimiento de distintas ramas del gobierno en los diversos niveles (diversificación vertical).Articulada a la estrategia de selección y la estructura de gobierno se propone la distinción entre democracia y república. La primera hace alusión a lo que hoy se conoce como democracia directa y la segunda al *régimen representativo*. La apuesta por el modelo republicano permite, por una parte, la comprensión del interés general pues la representación permite moderar las pasiones y evita los riesgos de una tiranía facciosa, facilitando así, la deliberación y el consenso, y por otra, en una nación de gran extensión se hace imprescindible la representación si se quiere tener un régimen y una forma de gobierno operativo¹⁶. Un tercer mecanismo hace alusión al concepto mismo de separación de poderes que se consagra en forma estricta y que tiene como finalidad permitir el funcionamiento de un sistema de *frenos y contrapesos* frente a los posibles excesos de los poderes públicos. Esto asegura la existencia de un poder

¹⁵ *Ibid.*, p. 27

¹⁶ *Ibid.*, pp. 28-29

distribuido y limitado, y por consiguiente respetuoso de las minorías y el individuo. Finalmente, el establecimiento de una constitución escrita y del control de constitucionalidad de las leyes por parte del poder judicial. La constitución escrita es de por sí una limitación del ejercicio abusivo del poder político de una mayoría facciosa, pero no basta; el *control de constitucionalidad* permite que se declare nula una ley que desconozca la constitución así halla sido aprobada por las mayorías.

3. EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS Y LA SOBERANÍA DE LA LEY

El debate posrevolucionario, en Francia, dividió a quienes defendían la idea de una constitución como reflejo del alma política de la sociedad desde sus orígenes (diputados monárquicos) y quienes, contrariamente, sostenían que la constitución debía entenderse como el producto de la voluntad soberana del pueblo que crea una nueva realidad y que no guarda relación alguna con el pasado, ni tiene límite ni condición alguna. Articulado a este debate se hallaba la discusión sobre la soberanía. Para los partidarios de la monarquía la soberanía se formaba por fuera de los miembros del cuerpo político, bien fuese como consecuencia del derecho divino o por el acuerdo del monarca y el cuerpo político; la tendencia contraria, que fue la que a la postre se consolidó sostuvo la necesidad de legitimar el poder político a través de las voluntades de los individuos que conforman la sociedad¹⁷. Este debate sobre la soberanía conduce inevitablemente al problema de la legitimación del poder político y, especialmente, al de la especificidad misma de su ejercicio. Los partidarios de la monarquía consideraban que el poder político es el ejercicio de intereses particulares y no de una mayoría, y, por ello, habría necesidad de articular al poder los tres estamentos: el rey, el parlamento y los jueces; por el contrario. Los radicales defendieron el carácter unitario e indivisible de la soberanía que residía en el parlamento otorgándole a éste una visión

¹⁷ GARCÍA V., Mauricio y RODRÍGUEZ A. La revolución Francesa, en prensa, 2003.

predominante vinculante frente a la actuación del ejecutivo y los demás poderes¹⁸ (García, 2003, 25).

Ahora bien, instaurada la supremacía del parlamento, frente a los demás poderes del Estado, subsiste la cuestión de si es o no posible controlar o limitar el poder legislativo por parte del monarca (veto real). Sobre ello surgieron tres posiciones: una defendida por los partidarios de la monarquía que defendía la tesis de un veto indefinido e ilimitado, apoyada en el argumento de que el enorme poder de la asamblea podía utilizarse en detrimento de la separación de poderes; una segunda que negaba cualquier posibilidad de veto real¹⁹, defendida por Sieyes, pues para él la asamblea legislativa era el órgano central del poder, depositario de la voluntad general y se hallaba libre de cualquier limitación por parte de los otros poderes constituidos²⁰. La tercera propuesta es la del veto suspensivo. Que fue la teoría apoyada por la mayoría de los diputados²¹. (García, 2003, 27)

I.

II. 4 LA IDEA DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Establecida la soberanía del parlamento se establece la soberanía de la ley a la que se identifica con el derecho valido y eficaz, lo que en la práctica conduce a una relación asimétrica entre la ley y la constitución, a la que no se le otorga valor

¹⁸ *Ibid.*, p. 25

¹⁹ Mirabeau, que era partidario del veto real argumentaba: "Cuanto mayor es una nación, es tanto más importante que ese último poder [el ejecutivo] sea activo. De ahí la necesidad de un jefe único y supremo, de un gobierno monárquico en los grandes estados, donde son muy de temer convulsiones y desmembramientos si no existe una fuerza suficiente para reunir a todas las partes y hacer confluír su actividad hacia un centro común" (MIRABEAU. "Discurso ante la asamblea del 1 de septiembre de 1789", En, MARTÍNEZ ARANCÓN, A. *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 66 y 67)

²⁰ Sieyes sostiene: "Hemos de convenir, sin embargo, en que ningún poder, sea cual fuere, se ciñe siempre a los límites que la Constitución le prescribe (...) Afirмо en consecuencia, que ya que resulta posible que los poderes públicos (...) se interfieran mutuamente, debe procurarse la inclusión en la Constitución social de un medio capaz de remediar tal desorden (...) el medio que nosotros proponemos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del Poder Constituyente. Una Convención es, en efecto, el único Tribunal ante el que toda esta suerte de quejas pueden ser presentadas" (SIEYÉS. E., "Opinión del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789", En, *Escritos y Discursos de la Revolución.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp 121,122.

²¹ GARCÍA V., Mauricio y RODRÍGUEZ A, Op. cit., p 27

jurídico sino moral; y a diferencia del constitucionalismo norteamericano, que desde sus inicios logró consolidar un Estado de Derecho fundado sobre la idea de supremacía jurídica de la Constitución a la que se le consideraba una norma jurídica vinculante, el constitucionalismo continental durante gran parte del siglo XIX, no podrá ver en estas más que documentos de naturaleza política sin eficacia directa sobre el orden jurídico, pues la soberanía y la supremacía era la del parlamento, bien en forma directa como en Gran Bretaña o en bien de forma indirecta, como reflejo de la soberanía nacional, como en Francia y Europa continental.

Históricamente podemos hallar dos versiones más o menos delimitada de constitución. Una de ellas es la visión europea. En Europa no llega a consolidarse la idea de que la Constitución es una norma jurídica con poder vinculante frente a los poderes constituidos del Estado cuya violación tiene un carácter antijurídico. Estado constitucional significó simplemente un ente organizado con arreglo a ciertos principios y valores que tenían más bien un carácter simbólico y que a lo sumo constituían aspiraciones de carácter moral en un estado de cosas ideales, pero que en manera alguna representaban normas supra-legales que subordinaban la actividad de los poderes del Estado; por consiguiente, en la cúspide del ordenamiento jurídico se encontraba la ley elaborada por el parlamento. Esta concepción tuvo vigencia durante todo el siglo XIX.

La visión que propone el constitucionalismo americano, es radicalmente distinta. Para ellos la constitución es derecho con fuerza y poder vinculante; es por excelencia el derecho supremo de un país al que deben sujetarse y someterse el resto de los poderes que conforman al Estado, siendo por ello posible el control constitucional; no designa sólo un régimen sino además una norma con poder vinculante a la que deben someterse todos los poderes y su establecimiento presupone distinguir al interior de un Estado, (i) los órganos con supremacía y función normadora por medio de la cual habitualmente se crea ordinariamente el derecho, (ii) la norma suprema que se constituye en límite y fundamento de

validez de la creación normativa, (iii) la legislación ordinaria de la Constitución y (iv) el órgano encargado de guardar la supremacía de la norma suprema; por consiguiente, no todo ordenamiento jurídico tiene una constitución. No hay constitución en el sentido moderno y democrático sí la creación no esta separada de la aplicación o sí la creación no esta sometida igualmente a normas superiores. En el primer caso se hará alusión a la soberanía de los jueces o del monarca o dictador, en el segundo la soberanía parlamentaria.

4. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Como ya se señalo anteriormente, es en el Siglo XVII y XVIII que se conforma la idea de Constitución moderna y hace referencia a (i) un documento específico que contenía las *leyes fundamentales* de la sociedad y que tenía como finalidad (ii) limitar (doblegar) la arbitrariedad de quien detentaba el poder hegemónico (Monarca) sometiéndolo a controles y restricciones y (iii) dividir la soberanía monolítica del Príncipe o Monarca en diversos compartimientos, determinando para cada uno una actividad específica, de manera que la unidad orgánica del Estado sea el resultado de articular y combinar todos los compartimientos autónomos e independientes. Lo novedoso de esta nueva expresión de la idea de constitución es que todos estos dispositivos aparecen ahora consignados en un documento que se elevó al rango de *Ley Fundamental o Instrumento de Gobierno o Constitución*. (Loewenstein, 1983, 152). Estos principios serán desarrollados con posterioridad y materializados por las revoluciones modernas. En todo caso a partir de los siglos señalados se exigirá como mínimo de una autentica constitución, (i) la división o desconcentración del poder, (ii) un sistema de frenos y contrapesos que permita la cooperación y el control entre los detentadores del poder y mecanismos de desbloqueo de un órgano con respecto de otro en caso de no cooperación, (iii) un procedimiento que permite modificar la constitución pacíficamente (reforma constitucional) y finalmente, (iv) el reconocimiento expreso de esferas de autodeterminación individual concretizadas en garantías y libertades

fundamentales (derechos individuales, sociales y culturales) y mecanismos para su protección en caso de abuso o conculcación por parte de quien ejerce el poder.

Para Comanducci deben distinguirse entre la Constitución como orden y la constitución como norma y, a su vez, diferenciarse entre el (i) modelo *axiológico* de la constitución concebida como orden y (ii) el modelo *descriptivo* de la Constitución concebido como orden; y, entre (iii) el modelo *descriptivo* de la constitución concebida como norma y (iv) el modelo *axiológico* de la Constitución concebido como norma.²²

En el primer modelo Constitución designa un conjunto de fenómenos sociales (estructura de la sociedad y/o del Estado) portadores de un valor intrínseco fundamental y capaz de generar normas fundamentales (fundantes y/o supremas). Esta concepción de Constitución se identifica con el “concepto positivo” de Constitución de Carl Schmitt y con las ideas de constitución de algunos filósofos tradicionalistas (Burker y de Maistre)²³. También se podría incluir aquí, la idea de Constitución como politeia de Aristóteles, entendida como un conjunto de convicciones compartidas por los individuos que conforman una sociedad y ciertas formas de conducta reconocida materializadas en principios que rigen la relación entre gobernantes y gobernados. La totalidad de esos principios y normas fundamentales conforman lo que el constitucionalismo moderno ha denominado la Constitución ontológica de toda sociedad. Ahora bien este conjunto de principios, conductas y convicciones pueden estar contenidos en un documento escrito (Constitución en sentido formal) o simplemente enraizadas en las prácticas cotidianas de los individuos y de la sociedad sin formalización expresa (Constitución material o espiritual). En realidad, tanto en Grecia²⁴ como en Roma

²² COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la constitución”, En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007. pp. 42-43.

²³ *Ibíd.*, p. 46.

²⁴ La idea de Politeia griega, remite a una idea descriptiva de Estado y comprende las innumerables características que determinan su naturaleza. Guarda relación con el término Constitución cuando esta hace referencia a la constitución de un hombre o de la materia. En ese sentido hay que señalar que, los griegos establecieron una analogía entre la

se tenía la idea de un derecho superior, que conforme a la naturaleza de las cosas y del cosmos se imponía sobre las disposiciones humanas, pero nunca se exigió para su validez que se concretaran en un documento escrito.

El segundo modelo Constitución designa un conjunto de fenómenos sociales (estructura de la sociedad y/o del Estado) que no posee valor intrínseco o puedan generar normas alguna y que, simplemente, reflejan el estado actual de la relaciones sociales y políticas, la que puede ser modificada por la acciones de los individuos. Este concepto de Constitución es propio de quienes desarrollan investigaciones sociológicas y politológicas²⁵. La Constitución aquí se entiende como el modo de organización jurídico-político de cada país y conduce a la conclusión de que todas las formas políticas del pasado, las actuales y las futuras encajarían en este concepto.²⁶

El tercer modelo Constitución designa un conjunto de normas (positivas, consuetudinarias o consignadas en un documento) que se consideran fundamentales (fundantes y/o supremas) respecto a las otras reglas jurídicas y se identifica con el concepto “Constitución formal” o “Constitución en sentido formal que surge con las revoluciones Americana y francesas. El modelo comprende un variado espectro. Desde aquellas que consideran que constitución designa cualquier documento normativo que se llame constitución hasta aquellos que exigen un contenido normativo mínimo específico.²⁷

Guastini distingue entre un “concepto formal de constitución en sentido débil” y un “concepto formal de constitución en sentido fuerte”. En un sentido débil Guastini señala que en el “lenguaje común” y en la teoría de las fuentes del derecho, el término Constitución designa un texto o documento normativo específico (una

organización del Estado y el organismo individual del ser humano. Cada constitución tenía su correspondiente *ethos*, de allí que incidía directamente en todas las relaciones de la vida. La constitución es el *ethos* del pueblo

²⁵ *Ibid.*, pp. 47 y ss.

²⁶ ARAGÓN REYES, Manuel. “La constitución como paradigma” *En*, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, p. 33

²⁷ COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la constitución”, *op. cit.*, pp. 50-51.

especie de codificación) en el que se consignan la mayoría de las normas materialmente constitucionales de un ordenamiento jurídico y que, se distingue de otras fuentes del derecho, en primer lugar, por el nombre (Constitución, Carta, estatuto, Ley fundamental, etc.), que nos remite a un cierto lenguaje solemne que revela la importancia política del texto; en segundo lugar, por el contenido normativo, que usualmente incluye: normas que garantizan ciertas libertades a los ciudadanos frente al poder político y normas sobre legislación y la organización del poder político; en tercer lugar, las constituciones se distinguen de las otras fuentes de derecho por sus destinatarios que no son sólo los ciudadanos o los órganos jurisdiccionales comunes sino los órganos constitucionales supremos (jefe de estado, cámaras ,etc.)²⁸. En un sentido fuerte, el termino constitución puede significar una particular fuente de derecho expresada en documento normativo que posee ciertas características “formales” y lo distingue de cualquier otra fuente por su “procedimiento de formación” (asamblea constituyente, referéndum popular, etc.), que es diferente del procedimiento de creación de las restantes fuentes del derecho, y por su fuerza normativa que le otorga una superior jerarquía frente al resto de las leyes.²⁹

Dentro de este modelo también puede incluirse la idea de *Constitución como un conjunto de normas jurídicas fundamentales* que “identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico”. Este concepto de Constitución, propio de la teoría general del derecho y el positivismo jurídico moderno, supone que se puede identificar una Constitución con independencia de su contenido político (liberal, democrático, autocrático, etc.), ello es, de manera neutral (universal), como en el caso del normativismo kelseniano que no admitía la relación entre los conceptos formales y materiales de Constitución³⁰. En este caso, por normas fundamentales mínimamente deben determinar: la organización del Estado y la conformación y el uso de los poderes públicos (forma de Estado), las relaciones entre el Estado y los

²⁸ GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”, op. cit. En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp. 19-20

²⁹ GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”, op. cit. p.21

³⁰ ARAGÓN REYES, Manuel. “La constitución como paradigma”, op. cit. p. 31

ciudadanos (forma de gobierno), la forma como se crea el derecho (legislación), o los valores y principios que irradian el ordenamiento³¹. La Constitución vista como un conjunto de normas fundamentales es denominada también Constitución en sentido “material” o “sustancial” y, a ella se asocia, los conceptos de *materia constitucional* y *norma materialmente constitucional*. El primero se refiere a los objetos regulados por tales normas y, el segundo, a las normas fundamentales, sean estas escritas o consuetudinarias, de cualquier ordenamiento jurídico³².

El cuarto modelo suscribe enteramente la anterior definición, pero exige que las normas (positivas, consuetudinarias o consignadas en un documento), que se consideran fundamentales, tengan un determinado contenido al que se les imputa un valor intrínseco.³³ Este concepto de Constitución, que adquiere relevancia luego de la promulgación de las constituciones de posguerras, designa un documento normativo que tiene características específicas que lo diferencia de otros documentos normativos y de la ley por que (i) ahora ella ahora ocupa un lugar jerárquicamente superior y omnipresente sobre las demás fuentes (incluso sobre la ley que debe ser interpretada a luz de la Constitución); por que (ii) es un conjunto de normas que contiene, además de reglas, principios que pueden ser reconstruidos a partir del texto o prescindiendo de él; por que, (iii) por una parte, se constituye en garantía de la existencia de la democracia (no puede haber democracia sin constitución ni constitución sin democracia) y, por otra parte, actúa como límite de ésta cuando se entiende como regla de mayoría; por que (iv) permite la apertura o la vinculación de la esfera jurídica con la moral; no sólo porque los principios constitucionales se consideran principios morales positivizados, sino porque la justificación en el ámbito jurídico no puede dejar de recurrir a principios morales; finalmente, por que la aplicación de la constitución no puede hacerse por subsunción, como la ley, sino por medio del método de ponderación y balanceo.³⁴

³¹ GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”, op. cit. pp. 17-18

³² *Ibid.*, pp. 18-19

³³ COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la constitución”, op. cit., p. 44

³⁴ *Ibid.*, pp. 52-53

Este cuarto modelo de Constitución se identifica con el concepto liberal de constitución que se propone, sobretudo, desde la filosofía política y que, según Guastini, identifica un ordenamiento estatal de carácter liberal (garantista), en donde los derechos y libertades de los ciudadanos frente al Estado y la separación de los poderes al interior de éste se encuentran garantizados, de suerte que la Constitución funciona como límite al poder político³⁵. Según Aragón Reyes, La idea de constitución, entendida como la observancia de ciertas normas superiores a las que debe subordinarse el derecho ordinario y que limitan al poder político, siempre ha estado presente desde la antigüedad, no en cambio así su concepto, que se halla asociado al nacimiento del Estado constitucional a finales del siglo XVIII³⁶ y a las rupturas revolucionarias francesa y norteamericana³⁷. Como se ha señalado anteriormente, la constitución aparece así como una forma de organizar y limitar el poder, mediante los derechos fundamentales, para garantizar la libertad. De suerte que en el núcleo del concepto de constitución se halla la noción de derechos fundamentales como límite al poder del gobernante y al poder normativo-creador del legislador.³⁸

³⁵ GUASTINI, Ricardo. "Sobre el concepto de Constitución", op. cit., pp. 14-15

³⁶ "Aunque el verdadero nacimiento del constitucionalismo no se produjo hasta finales del siglo XVIII, es común en la doctrina la búsqueda de remotos antecedentes históricos (4) de la noción de Constitución. La distinción aristotélica entre *politeia* y *nomos*, la noción romana de *rem publicam constituere*, la diferenciación medieval entre pactos o fueros (que se consignaban por escrito) y leyes (que frecuentemente ni siquiera se promulgaban) o entre *dominium regale* (el ámbito en el que el poder real no está sometido a limitación) y *dominium politicum* (sujeto a ella), así como la categoría, utilizada en el Antiguo Régimen, de *lex fundamentalis* (5), pese a su variedad tienen en común el hacer referencia a un núcleo de relaciones básicas que dotan de configuración específica a la comunidad política, que sin ellas sería otra y que se aparecen, en consecuencia, con una pretensión de permanencia por encima del cambiante Derecho ordinario." (ARAGÓN REYES, Manuel. "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", En, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 50. Marzo-Abril 1986, p. 12)

³⁷A diferencia del constitucionalismo Ingles (constitución antigua), en los demás países, especialmente en Francia y estados Unidos de América, lo particular será el surgimiento del Estado constitucional (constitución de los modernos) y una nueva idea de Constitución, en la que esta aparece dotada de ciertas características formales, la de ser una "norma fundamental" (superley), escrita y rígida, y materiales, la de garantizar derechos y establecer la división de poderes (Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano). La Constitución limita al poder político y, al hacerlo, garantiza la estabilidad política y las libertades individuales (ARAGÓN REYES, Manuel. "La constitución como paradigma", op. cit. p. 30)

³⁸ *Ibid.*, p. 31

Este último concepto de Constitución designa, en una sociedad, la forma como se organiza el poder y la manera como se hace uso de la libertad en una sociedad. El que una sociedad tenga constitución supone que ella organiza el poder según un fin: garantizar la libertad de los ciudadanos y establecer instituciones se configuren de tal manera que el poder resulte limitado y las libertades aseguradas (Otto, 1999, 11-12). Por tanto, en un sentido ontológico, la finalidad o propósito de toda constitución es el establecimiento de instituciones y la creación de mecanismos para limitar y controlar el poder político. Por consiguiente, ella tiene una doble significación ideológica. Por una parte, liberar a los destinatarios del abuso del poder y del control y la dominación hegemónica de quienes lo detentan y, por otra, permitir que quienes son destinatarios del mismo puedan participar en el proceso del poder lo que sólo puede garantizarse si se respetan los procedimientos y las reglas por quienes detentan del poder. (Loewenstein, 1983, 151

5. CONSIDERACIONES FINALES: CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCION POLITICA DE 1991

Ahora bien, no todos los anteriores conceptos de Constitución son refrendados por lo que se ha venido a llamar “constitucionalismo” o “neo- constitucionalismo”, sino sólo la concepción de Constitución que ve en ésta una garantía de la libertad y un límite efectivo al ejercicio del poder político dentro de una comunidad. Carbonell sostiene que el neo-constitucionalismo se encuentra asociado primeramente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la segunda guerra mundial, y especialmente en los años setenta del siglo XX, que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores (derechos fundamentales) que condicionan y, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado³⁹.

³⁹ CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismos en su laberinto”, En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp. 9-11.

Ferrajoli sostiene que por “constitucionalismo” debe entenderse un nuevo modelo de derecho y democracia, materializado en el nuevo paradigma del “Estado constitucional de derecho” como superación del “Estado legislativo de derecho”, que se caracteriza por la existencia de un sistema de vínculos sustanciales de los poderes públicos a los principios y derechos fundamentales, establecidos en constituciones que surgen en la segunda posguerra, que establecen límites al legislador y a las mayorías políticas contingentes. El constitucionalismo, según Ferrajoli, representa el paso del Estado de Derecho al estado Constitucional de Derecho en el que no hay lugar a poderes soberanos, pues todos se hallan sometidos a la Ley y la Constitución, y en especial, a los derechos fundamentales que deben ser garantizados. Desde esta perspectiva, el garantismo constituye la otra cara del constitucionalismo, en cuanto se interesa por proponer técnicas de garantías idóneas para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente.⁴⁰

El diseño constitucional propuesto por la constitución de 1991 está ligado a este cuarto modelo de constitución que le apuesta a un Estado y a una democracia constitucional. A diferencia de la Constitución anterior, la nueva carta propuso una serie de instituciones y mecanismos que propendían por la distribución del poder político y garantizaban el control por parte de sus destinatarios. Ello permitió, en la primera década de su existencia, que se invirtiera el imaginario social del colombiano medio sobre el ejercicio del poder que hasta entonces estaba muy ligado a una visión totalitaria y tradicional del mismo y que, al amparo de la carta anterior, fomentó una cultura del poder como dominación e imposición que se expresaba en todos los niveles sociales y en las diversas prácticas institucionales como violencia, exclusión y discriminación (sexuales, étnicas, sociales, culturales etc). La nueva Carta de 1991 transmutó aquella visión autoritaria y pastoral del poder por una idea de poder controlado y compartido, no despótico que halla sus

⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp.71-72

límites en los derechos fundamentales y que puede y debe ser controlado por los otros poderes, especialmente por quien tiene la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución.

En la década larga que fue de 1991 al 2004 pudimos ver como no sólo en las grandes esfera donde se ejercía el poder como el congreso y las instituciones judiciales y también en las instituciones tradicionales como la familia o la escuela o en la comunidad, se invirtieron el esquema de valores en relación con la forma como se ejercía el poder en esos espacios, que bajo el reinado de la cultura política y constitucional de 1886 no había la más mínima posibilidad para el ciudadano que veía amenazada su libertad o conculcado sus derechos de defender éstos ante el poder jurisdiccional. La innovadora figura de la tutela y otros mecanismos judiciales como las acciones colectivas y de grupo permitió un empoderamiento de la sociedad permitiendo que los individuos vieran en poder no algo negativo, que se ejerce en contra y excluye, sino algo que también debe y puede ejercerse para fomentar el sentido profundo de lo humano, tanto individual como colectivo y en la constitución un conjunto de valores y principios que les garantizaban espacios de autonomía y libertad.

No obstante, desde su creación no ha habido gobierno que no haya modificado la constitución para tratar de acomodarla a sus intereses. En un principio, los ataques se orientaron a la figura de la tutela y en el excesivo poder, que a juicio de algunos tenía la Corte Constitucional. En realidad lo que estaba detrás de todas estas críticas es una concepción decimonónica del derecho que concibió a la Constitución como un conjunto de proclamas de carácter ético siendo la fuente primordial de derecho y de legitimidad del ejercicio del poder la legalidad expedida por los poderes constituidos, en especial por el parlamento en tiempos de normalidad y el presidente o monarca en tiempos de excepción.

En la segunda década de existencia de la Constitución de 1991 que va desde el 2005 parecen haberse llegado a una especie de consenso en torno a la

supremacía de la Constitución como conjunto de normas y valores con poder vinculante para todos los poderes y que la Corte Constitucional es el órgano competente y de cierre para interpretarla con autoridad, sin embargo, paradójicamente, parece también consolidarse dos ideas: la de que el conjunto de valores y principios contenidos en la Constitución Política de 1991, tienen un valor relativo que pueden modificarse según los consensos coyunturales del legislador político y mudable y la idea romántica de la democracia que ve en las mayorías un ente supremo y glorioso que todo lo sabe y todo lo puede. Lo que parece entonces estar ocurriendo es la consolidación de un concepto formal de Constitución en un sentido débil, según la clasificación anterior, con el que simplemente se designa un documento normativo específico que se designa con ese nombre y que garantiza ciertas libertades a los ciudadanos frente al poder político y normas sobre legislación y la organización del poder político, pero que pueden tener el contenido que quieran, y no la Constitución como un conjunto de valores y principio no disponible al libre juego de las mayorías del legislador político y mudable, que constituyen la fuente de su legitimidad y el límite de su actuación.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARAGÓN REYES, Manuel. "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", En, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 50. Marzo-Abril 1986.
2. ARAGÓN REYES, Manuel. "La constitución como paradigma" En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
3. CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su laberinto", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.

4. COMANDUCCI, Paolo. "Modelos e interpretación de la constitución", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
5. CORTÉS RODAS, Francisco. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*, Siglo del hombre editores, Santa fe de Bogotá, 1999
6. DE OTTO, Ignacio. (1999): *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona Ariel.
7. FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución: de la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001
8. FERRAJOLI, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007
9. GARCÍA V., Mauricio y RODRÍGUEZ A, (2003): *La revolución Francesa*, en prensa.
10. JARAMILLO J. y RODRÍGUEZ A. (2003): *Desarrollo del constitucionalismo en Inglaterra*, En prensa.
11. LOCKE, J. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Traducción de Joaquín Abellán Madrid, Espasa Calpe, 1991.
12. OLIVEIR, Duhamel y CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *Las democracias*, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997
13. UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ A. *revolución, independencia y constitución en Estados Unidos*, en prensa, 2003.
14. HOBBS, T *Leviatán*, Traducción de A. Escotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980
15. SIEYÉS. E., "Opinión del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789", En, *Escritos y Discursos de la Revolución.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.