


# Las Poliarquías dentro de la Teoría Posmoderna del Estado y su Relación con la Protesta Social

*Polyarchies within the Postmodern Theory of the State and its Relationship with Social Protest*

Edgar Andrés Quiroga Natale<sup>1</sup>  
Universidad de los Andes - Colombia



**Para citaciones:** Quiroga Natale, E. (2022). Las Poliarquías dentro de la Teoría Posmoderna del Estado y su Relación con la Protesta Social. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 121-136.  
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3812>

**Recibido:** 04 de noviembre de 2021

**Aprobado:** 12 de diciembre de 2021

**Editor:** Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

**Copyright:** © 2022. Quiroga Natale, E. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



## RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo estudiar la manifestación de las poliarquías al interior del Estado colombiano desde la perspectiva de la teoría del estado posmoderna y su relación con la forma cómo puede aplicarse en la regulación de la protesta social.

**Palabras clave:** Poliarquías; teoría del estado; protesta social.

## ABSTRACT

This article aims to study the manifestation of polyarchies within the Colombian State from the perspective of postmodern state theory and its relationship with how it can be applied in the regulation of social protest.

**Keywords:** Polyarchies; state theory; social protest.

<sup>1</sup> Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Posdoctorado en Derecho (Pphd) Universidad Nacional. Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Rosario Libre, Sabana, Santo Tomás, Uninorte, Icesi, americana, entre otras). Contacto: [edgarandreso80@gmail.com](mailto:edgarandreso80@gmail.com)

## I. Aproximación Contextual. El Modelo De Estado Social De Derecho Como “Tercera Vía”

El estudio teórico de lo que entendemos por “Estado” de entrada se muestra retador debido a la profunda ambigüedad semántica y sintáctica que le caracteriza<sup>2</sup>, pues tiene diversos significados, usos disímiles y se encuentra despojado de todo sentido de neutralidad. Por lo tanto, estudiar el “Estado” bajo el modelo “Social de Derecho” (de corte moderno occidental), permite crear un espacio determinado del campo<sup>3</sup> y asignar una especial hermenéutica para su abordaje que exige un pensamiento discursivo capaz de articular las dimensiones noéticas y dianoéticas<sup>4</sup> necesarias para entender la compleja forma como interactúa el poder político, económico y social al interior del aparato y dispositivo “estatal”<sup>5</sup>. La noción jurídica del “constructo estatal” está determinada por la teoría política y económica empleada en un determinado modelo, y partir de dicha simbiosis, se puede reconocer dos grandes propuestas aplicadas en el “mundo occidental” a saber: las teorías libertarias e igualitarias.

El pensamiento político – económico “libertario”, entiende que el epicentro de un modelo de convivencia política organizada es la libertad, por lo tanto, el papel del Estado debe ser el de garantizar los mínimos esenciales de esa libertad y no interferir en nada más, ya que el Estado no le puede imponer al individuo un proyecto “común” de vida diferente del mismo que él se ha establecido dentro del marco de las reglas generales, para evitar que la libertad de uno haga nugatoria la libertad del otro.

Bajo este modelo, el bien común no existe, pues lo único común son las reglas generales para el ejercicio de la libertad, es decir, no se puede pretender la igualdad sin el requisito de la libertad; solo bajo la premisa de la libertad, es que el individuo decide si quiere o no la igualdad frente a otro u otros. Para VON MISSES (1986), la existencia de un constructo colectivo

<sup>2</sup> Respecto del particular anota Sierra: “(...) Existe la denominada “ambigüedad semántica”, que se verifica cuando una palabra tiene más de un significado cuando es empleada en un texto legal con distintos alcances semánticos. (...) la denominada “ambigüedad sintáctica”, la cual se advierte siempre que un determinado precepto o enunciado pueda expresar más de una proposición dado que las conexiones entre las palabras que lo componen pueden interpretarse de distintos modos. Ejemplo de este tipo de ambigüedad es la derivada del artículo 42 de la Constitución, el cual establece las formas en que se constituye la familia en Colombia (...)” SIERRA (2013, p. 269).

<sup>3</sup> Entendiendo este concepto bajo dos momentos: “En principio como un espacio específico, en donde suceden una serie de interacciones; por otra parte –lo define Bourdieu– como un sistema particular de relaciones objetivas que pueden ser de alianza o conflicto, de concurrencia o de cooperación entre posiciones diferentes, socialmente definidas e instituidas, independientes de la existencia física de los agentes que la ocupan” MORENO (2006, P.16).

<sup>4</sup> Sobre el particular anota Lifante citando a Gianformaggio: “la interpretación (...) tiene dos sentidos: “(como actividad noética) cuando se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, como una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que hablaríamos de (...) interpretación dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación”. LIFANTE (1999., P. 31).

<sup>5</sup> El Estado dentro del sistema internacional es una constante y “la garantía de la estatalidad sobrepasa, ahora nos dicen, el poder del Estado – Nación. Los cambios en la atmósfera ideológica global son tan vitales como los nuevos flujos de dinero y bienes” EVANS (1997, P. 98). Dicho proceso no es neutro y determina en gran medida la configuración de las relaciones políticas y sujeción económica de los Estados.

racional resulta difícil de creer ya que, dada la complejidad de la acción humana y su limitada racionalidad, algunos pocos podrían imponerse sobre la voluntad de la gran mayoría a partir de una falaz promesa de bien general basados en una utópica razón pura<sup>6</sup>.

En la misma línea de pensamiento NOZICK (1974) propugna por un papel mínimo del Estado con el objeto de asegurar la libertad del individuo<sup>7</sup>; en igual sentido HAYECK (1976), descrea de la existencia de la “justicia social” como algo deseable si la pretendida igualdad se hace con renuncia a la libertad<sup>8</sup>.

Por el contrario, el pasamiento político – económico “igualitario” representa un conjunto de tesis y/o modelos con epicentro en la igualdad para derivar lo que se entiende por equidad en las decisiones individuales y/o colectivas, con soporte en el bien común y en procura de aumentar el bienestar general (no solo como una exigencia política sino principalmente como un deber ético); además, es una constante en el “garantismo igualitario”<sup>9</sup>, el papel protagónico del Estado como planificador, generador de diseños institucionales y veedor de los consensos.

Desde el pensamiento igualitario<sup>10</sup>, RAWLS (1997), (i) reconoce a la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, cuestionando los diseños institucionales fundamentados solo en criterios de eficiencia con desconocimiento de la igualdad, respecto de los cuales los cataloga directamente como injustos, (ii) encuentra en la imparcialidad en la formación de las reglas o instituciones que rigen a una sociedad (contrato social), un punto *sine qua non* para hablar de justicia igualitaria y (iii) se opone al utilitarismo al considerar que la felicidad no puede constituir una función de utilidad social, ya que no se puede medir de forma homogénea y

<sup>6</sup> “(...) Recordemos, en este sentido, a tantos creadores de utopías, lucubrando siempre en torno a imaginarios paraísos terrenales donde sólo la razón pura prevalecería. No advertían, desde luego, que aquellos *imperativos absolutos* y aquellas *verdades manifiestas*, tan pomposamente proclamadas, constituían sólo fantasías de sus propias mentes. Considerábanse infalibles, abogando, con el máximo desenfado, por la intolerancia y la violenta supresión de heterodoxos y disidentes. Aspiraban a la dictadura, bien para sí, bien para gentes que fielmente ejecutarían sus planes. La doliente humanidad no podía salvarse más que si, sumisa, aceptaba las fórmulas por ellos recomendadas. (...)” VON MISES (1986., P.123).

<sup>7</sup> “(...) El Estado Mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados en ciertas formas por otros como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas con derechos individuales con la dignidad que esto constituye. Tratándonos con respeto al respetar nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien escojamos, escoger nuestra vida y alcanzar nuestras metas y nuestra concepción de nosotros mismos, en la medida en que podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros individuos con la misma dignidad. Cómo se atreve cualquier Estado o grupo de individuos a hacer más o menos (...)” NOZICK (1974, P. 334).

<sup>8</sup> “(...) Espero haber mostrado que la frase “justicia social” no es, como mucha gente piensa, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos afortunados, sino que ha llegado a ser la insinuación deshonesto de que uno debe aceptar las demandas de algún interés especial para las cuáles no hay razones reales (...) El mayor servicio que yo les puedo hacer a mis conciudadanos es que logre hacer avergonzar a los oradores y escritores por usar el término “justicia social” (...)” HAYECK (1976, p.96).

<sup>9</sup> Concepto acuñado por Francis Roger al referirse al efecto distributivo generado por la adopción de modelos Sociales de Derecho y Bienestar bajo los movimientos neoconstitucionalistas.

<sup>10</sup> Algunas reflexiones sobre las teorías expuestas por RAWLS y SEN fueron tomadas de CASTELLANOS (2012).

objetiva, por el contrario, propone como estándar para saber quiénes son los “más o menos aventajados” un índice de bienes primarios entre los cuales se encuentran: derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingreso y riquezas.

Por su parte SEN (2009), desarrollando el pensamiento igualitario desde la escogencia social (i) cuestiona el teorema de la imposibilidad de Arrow y plantea las condiciones necesarias para poder agregar preferencias individuales en una decisión colectiva. Lo anterior, rescata la idea de crear un criterio normativo económico a partir de la identificación de la restricción del valor de las preferencias individuales que permite que el sistema electoral de la mayoría sea transitivo. Sumado a ello, también planteó escenarios de cuasi – transitividad respecto de las preferencias sociales resultantes de la agregación individual; (ii) introduce el respeto de la esfera mínima de los derechos personales – individuales como una restricción a la decisión colectiva, demostrando la imposibilidad de un “paretiano liberal”.

Dicha restricción garantiza que en una *public choice* no se sacrifiquen los derechos y libertades esenciales del individuo; es decir, que resulta válida de la agregación de preferencias individuales para la creación de la decisión colectiva siempre y cuando el proceso de agregación respete los fundamentos mínimos de la agregación individual; y (iii) plantea una teoría de la justicia por fuera del marco tradicional en donde la preocupación es hallar la naturaleza de la justicia perfecta, por el contrario, su interés radica en proponer herramientas para el mejoramiento de la justicia a partir de la reducción de la injusticia, estudiando los diversos supuestos sobre la comparabilidad interpersonal en la generación de una regla de decisión colectiva.

No obstante, en los modelos de “Estado social de derecho” convergen ambos pensamientos, pues reconocen a la libertad y a la igualdad como principios, valores, fines y elementos estructurales de la organización colectiva, abriendo la posibilidad de construir una propuesta híbrida bajo una “tercera vía” fuertemente caracterizada por el protagonismo de “las instituciones”.

La teoría institucional (y el nuevo institucionalismo), fueron más allá del estudio de las relaciones de transacción existentes entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, cuestionan el modelo del equilibrio perfecto neoclásico pues considera que éste no tiene en cuenta el factor institucional el cual es absolutamente vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el modelo estatal; así mismo, descrea de las bondades de un Estado totalmente planificador e

interventor pues desconoce las preferencias individuales y la libertad de las personas.

Para NORTH (2006) las instituciones son “(...) restricciones que surgen de la inventiva humana para limitar las interacciones políticas, económicas y sociales (...)”<sup>11</sup>. Estas a su vez pueden ser formales tales como las constituciones, leyes, decretos, etc., pero también existen instituciones informales como los usos y costumbres sociales que en su conjunto forman el “ambiente institucional” sobre el cual se limitan y/o permiten las interacciones y/o transacciones.

Los institucionalistas otorgan especial interés a la variable temporal y la forma como esta va mutando y adecuando los arreglos institucionales, lo cual es bastante útil para hacer más detallados análisis comparativos en la evolución que experimentan ciertos diseños en el corto, mediano y largo plazo y su forma de adaptarse sobre todo a las transformaciones experimentadas en las instituciones informales<sup>12</sup>.

Otro aspecto característico del modelo “Estado Social de Derecho”, es su enclave en el principio democrático centrado en la participación, la cual en estadios más evolucionados se convierte en deliberación. Respecto a la importancia de la deliberación en la evaluación de razones para la toma de decisiones colectivas, HURLEY (1989) a partir de una teoría de la coherencia propone un modelo de razonamiento práctico para lograr el aumento de la equidad y eficiencia en las decisiones, la cual se ha empleado por algunos países para hacer más perfectible su modelo de “Estado”.

De lo descrito hasta este momento puede colegirse, que el “Estado” no es una construcción neutra, pues se encuentra profundamente definido por la teoría política y económica respecto de la cual se construye un determinado modelo. De su adecuada elección y puesta en funcionamiento (refiere Fukuyama), depende en gran parte el futuro de las personas y la misma preservación de la especie humana FUKUYAMA (2004, p.214).

## II. Poliarquías Y Control Político

En los Estados “modernos occidentales” que imbricaron en su diseño institucional el modelo “Social de derecho” se suele atribuir (casi como un a condición *per se*) la característica concomitante de ser “Estados Democráticos”; dicha cualificación supone un complejo sistema de fines,

---

<sup>11</sup> NORTH (2006, P.94).

<sup>12</sup> Williamson por su parte, desarrolló un estudio de la importancia del análisis de los costos de transacción en la eficiencia empresarial el cual puede extrapolarse a diferentes campos de los escenarios de intercambio. Ver. WILLIAMSON (1995, P.122).

principios e instrumentos operativos que convergen de forma casi “poiética” para hacerlo posible (por lo menos en el plano teórico”.

Como primera aproximación, desde la filosofía política, democracia es la expresión de una forma de gobierno<sup>13</sup> en donde el poder (kratos) es detentado por el pueblo (demos) y en su comprensión más restringida supone que el pueblo es quien designa a las autoridades que lo gobiernan.

Una visión más extensiva del concepto<sup>14</sup>, lleva a concebir la democracia como un sistema de gerencia de las relaciones de poder que existe en los Estados en donde el pueblo al ejercer su soberanía limita directamente las competencias y prerrogativas de las instituciones y autoridades. Esta visión en su forma más desarrollada<sup>15</sup> contempla también la democracia como un límite a la misma soberanía del pueblo, es decir, que la democracia para que sea posible no puede entenderse como el poder omnímodo de las mayorías sino que debe concebirse como un todo (incluyendo las minorías) y para evitar que este se desborde (y desate en su misma autodestrucción) también tiene límites vertidos en los principios y reglas que gobiernan la forma como el poder y las instituciones (a través de las cuales éste se vehicula) deben regirse aún para mutar o desaparecer.

Desde el plano del diseño institucional, la democracia en los Estados de corte social y de derecho, se traduce en principios tales como la separación de los poderes, la existencia de sistemas de frenos y contrapesos, el reconocimiento de la iusfundamentalidad derivada de los derechos políticos, la existencia de mecanismos formales y materiales de participación, el monopolio del uso legítimo de la fuerza en cabeza del Estado, la fijación de estándares de responsabilidad frente al quebrantamiento de las reglas primarias y consecuenciales del ejercicio del poder constituido, etc. El conjunto de las máximas de optimización<sup>16</sup> enunciadas es lo que compone el principio democrático sustancial.

En punto al desarrollo del referido principio, resulta evidente que este resulta transversal al corpus de la Carta Fundamental de 1991 materializado como: i) un marco institucional (preámbulo); ii) principio fundamental (artículo 1); fin del Estado (artículo 2); iii) expresión de la soberanía popular (artículo 3); iv) reconocimiento derivado de supremacía (artículo 4); v) reconocimiento inalienable (artículo 5); vi) sistema de integración (artículos 9, 224 al 227); vii) derecho fundamental (artículos 20, 23, 24, 28, 37, 38, 40, 56); viii) estándar de responsabilidad (artículos 6, 90, 91, 93, 94, 122); ix)

<sup>13</sup> Diferente a la monarquía y la aristocracia.

<sup>14</sup> Propia de los Estados liberales occidentales.

<sup>15</sup> Característica de los modelos constitucionales contemporáneos.

<sup>16</sup> Ver ALEXI (1998, P.222).

deber (artículo 95); x) expresión de la participación ciudadana (artículos 23, 86, 87, 88, 103, 107, 112); xi) expresión republicana de separación de poderes y existencia de frenos y contrapesos (artículos 3, 1113 al 208, del 228 al 284); xii) reconocimiento del monopolio legítimo de la fuerza (artículos 216 al 223); y, xiii) autonomía territorial y descentralización administrativa (artículos 1, 285 al 331).

Sumado a lo anterior, el principio democrático sustancial es reconocido por el Estado colombiano (de forma directa o derivada) en la celebración de múltiples tratados internacionales los cuáles hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>17</sup> y desarrollado de forma progresiva en el precedente constitucional<sup>18</sup> y convencional<sup>19</sup> refrendando así su importancia nuclear para el sistema colombiano y regional.

No obstante, lo anterior, no es cierto que Colombia y la avasalladora mayoría de los “Estados Modernos Sociales de Derecho”, sean democráticos desde un sentido “puro”; por el contrario, tanto sus diseños institucionales como la realidad que vive sus pueblos desnudan una “coexistencia simbiótica” con otras formas de gobierno como la monarquía y la aristocracia creando una compleja POLIARQUÍA<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Entre otros: a) Pacto internacional de derechos civiles y políticos. b) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. c) Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. d) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. e) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. f) Convención sobre los Derechos del Niño. g) Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo. h) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. i) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. j) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I). k) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II). l) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III). m) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV). n) Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). o) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). p) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. q) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador. r) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. s) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. t) Convención de Belém do Pará, etc.

<sup>18</sup> Ver entre otras Sentencias: C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-757 de 2008, C-588 de 2009, C-141 de 2010,

<sup>19</sup> Ver entre otras Sentencias: *Caso Suarez Rosero VS Ecuador*. Sentencia de noviembre 12 de 1997. *Caso Castillo Petrucci y otros VS Perú*. Sentencia de mayo 30 de 1999. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) VS Guatemala*. Sentencia de noviembre 19 de 1999. *Caso “La última tentación de Cristo” VS Chile*. Sentencia de febrero 5 de 2001. *Caso Myrna Mack Chang VS Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. *Caso Raxcacó Reyes VS Guatemala*. Sentencia de septiembre 15 de 2005. *Caso de “La Masacre de Mapiripán” VS Colombia*. Sentencia de septiembre 15 de 2005. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. *Caso Castañeda Gutman VS Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de agosto 6 de 2008.

<sup>20</sup> Este concepto fue acuñado por DAHL (1971).

La famosa “triada” en la división republicana del poder público es una expresión institucional de la existencia de la Poliarquía: (i) la rama ejecutiva representa la monarquía, (ii) la rama judicial es una extensión simbólica de la aristocracia y (iii) la rama legislativa teóricamente se muestra como la encarnación derivada de la democracia.

Por lo tanto, como garantía de preservación del modelo, es un requisito *sine quanon* el equilibrio (basado en un sistema de pesos y contra-frenos) entre las estructuras que conforman la Poliarquía, lo cual no es fácil de lograr por la natural y casi atávica tendencia de una estructura a controlar y/o intentar subordinar a las otras.

En adición, el “fenómeno mesiánico”<sup>21</sup> que caracteriza a nuestros pueblos, permanentemente imprime una confianza (legitimidad superlativa) en alguna estructura en particular derivando en modelos presidencialistas, judiciales o parlamentarios que dificultan la homeóstasis de la Poliarquía.

Este fenómeno, a veces se dirige a la figura de los presidentes (sobre todo aquellos que raigambre populista de izquierda o derecha); en ocasiones esta condición se pretende de los Congresos, generando una tendencia a crear mayores sistemas de control al ejecutivo a través de Parlamentos fuertes y deliberativos; y en otros casos, la referida “legitimidad superlativa” es dirigida hacia los jueces, en donde la sociedad entrega su confianza para que sea esta estructura la que determine la dogmática y alcance de sus derechos y aspiraciones, como por ejemplo, cuando se le entrega a la Corte Constitucional “la última palabra” en temas de profunda relevancia como el aborto, la eutanasia, derechos de igualdad en parejas del mismo, dosis personal, maternidad subrogada, etc.

El problema del señalado diseño institucional (poliárquico), es que está fuertemente fincado en el poder político de “representación”, es decir, que el pueblo parecería que solo es “poderoso e importante” en el momento electoral, pero una vez son elegidas las autoridades que lo representan, abdica su soberanía y el poder constituyente se ve subordinado y contralado por el poder constituido, reinvirtiéndose así la lógica funcional del principio democrático sustantivo.

### III. Protesta Social y Ponderación de Derechos

En momentos de “normalidad”<sup>22</sup> cuando el poder constituido (autoridades de la Poliarquía) vulneran los derechos sustanciales del poder constituyente

<sup>21</sup> Esa búsqueda simbólica por el Mesías que “nos salve”.

<sup>22</sup> Y bajo las premisas institucionales descritas en el acápite anterior.



(pueblo), se cuenta con unos canales “formales” para perseguir su protección, amparo y/o reivindicación, tal es el caso de amparos administrativos como el derecho de petición o mecanismos de restablecimiento policivo, así como de acciones judiciales como la tutela, populares, grupo, cumplimiento, etc.

No obstante, el pueblo también cuenta con unos canales “informales” (pero legítimos) tales como la resistencia civil, la protesta, la huelga, etc. que fungen como instrumentos directos de participación del pueblo en la vida política del Estado, y concomitante a ello, en mecanismos de expresión y lucha por la reivindicación de su condición “soberana”.

La Corte Constitucional Colombiana ha definido el complejo escenario del derecho a la protesta social en los siguientes términos:

“(…) Los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica son fundamentales, incluyen la protesta y están cobijados por las prerrogativas del derecho a la libertad de expresión. Así mismo excluyen de su contorno material las manifestaciones violentas y los objetivos ilícitos. Estos derechos tienen una naturaleza disruptiva, un componente estático (reunión/pública) y otro dinámico (manifestación pública). En este sentido, el ejercicio de estos derechos es determinante para la sociedad en la preservación de la democracia participativa y el pluralismo. Adicionalmente, sus limitaciones deben ser establecidas por la ley y, para que sean admisibles, deben cumplir con el principio de legalidad y, por lo tanto, ser previsibles (...)”<sup>23</sup>.

#### **Del Precedente Jurisprudencial en Cita, Puede Extraerse Algunas Conclusiones Esenciales a Saber**

- i. La protesta es un derecho de naturaleza iusfundamental pues guarda una íntima y estrecha conexidad con otros derechos que resultan inescindibles y que se funden en un mismo corpus, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de locomoción.
- ii. El derecho a la protesta tiene un componente estático, el cual está representado en el ejercicio de la libertad de pensamiento, la libertad a disentir, el derecho a reunirse, etc.; pero también tiene un componente dinámico el cual se ve representado en derechos como la manifestación y movilización pública.
- iii. El derecho a la protesta social no puede ser ejercido para perseguir objetos ilícitos ni derivar en manifestaciones violentas.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 009 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- iv. El derecho a la protesta puede ser limitado proporcional y razonablemente por el legislador con el fin de garantizar la democracia y el pluralismo, pero con garantía de preservar el orden público y otros derechos (como por ejemplo el de los no manifestantes).

Ahora bien, el ejercicio de las referidas expresiones “informales” de reivindicación directa de la soberanía popular, encuentra una natural resistencia en la estructura representativa y “leviatánica” de la Poliarquía mucho más en tiempos de “anormalidad” como por ejemplo en los estados de excepción constitucional<sup>24</sup> o frente a graves concentraciones de poder y vulneración sistemática de los derechos humanos por parte de las autoridades; es allí en donde se vuelve mucho más importante el papel valiente, activo, y protagónico del pueblo.

Pero también resulta insoslayable, que el ejercicio de reivindicación directa de la soberanía en ocasiones se distorsiona perdiendo su razón esencial derivando en situaciones de uso excesivo de fuerza, violencia injustificada, cooptación por parte de grupos al margen de la ley y hasta terrorismo.

De lo anterior se colige la imperiosa necesidad de “poner en la balanza” los derechos fundamentales y legítimos derivados de la protesta social con los deberes ciudadanos y derechos fundamentales de las personas NO protestantes (que se oponen a la protesta y/o que les afecta los efectos derivados de la protesta). Este ejercicio llevado a la técnica institucional (con énfasis en la justicia constitucional) se puede realizar a través de la PONDERACIÓN.

La técnica de ponderación<sup>25</sup> en sentido amplio se desarrolla por medio de tres “juicios” o fases de examen a saber: i) ley de la ponderación; ii) fórmula del peso; y, iii) respeto a las cargas de la argumentación.

Los referidos juicios pueden aplicarse de forma integral o escindida dependiendo del caso concreto a solucionar; por ejemplo, para eventos en los cuales se encuentre bajo examen la colisión de principios producto del advenimiento de un instrumento de intervención estatal (primer escenario de aplicación), el juicio de ponderación que pudiera apoyar con mayor grado de utilidad el test de proporcionalidad sería “la ley de ponderación”; por el contrario, en el evento en que la colisión de los principios sea “de facto” (segundo escenario de aplicación), el juicio (que expresa la autonomía de la técnica de ponderación en sentido amplio), más aplicable para la solución

<sup>24</sup> Guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, ecológica y social.

<sup>25</sup> Sobre Ponderación puede verse un detallado análisis en: QUIROGA (2019).

del caso es “la fórmula del peso”. En cuando al juicio de “cargas de la argumentación” puede ser introducido en los dos escenarios de aplicación descritos.

De acuerdo a lo expuesto, resulta imperioso entrar a describir los juicios en comento con el fin de advertir las particularidades que los acompaña y tener un marco de comprensión general para posteriormente desarrollar el modelaje de casos.

### **La Ley de la Ponderación**

Siguiendo el trabajo de Alexy, la ley de la ponderación se constituye en una premisa de equilibrio ex – ante fijada por la siguiente condición “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”<sup>26</sup>.

La ley en cita tiene por objeto crear un marco de condicionamiento que funge como punto de referencia de todas las ponderaciones, en donde para que exista equilibrio, lo que pierde en satisfacción el principio no aplicado, debe ganarlo en mayor satisfacción el principio respecto del cual se pondera en favor. En torno a la comprensión de la ley de ponderación sostiene MEDELLÍN (2013, P.55) “(...) Lo anterior quiere decir, que la relación de restricción – protección de un principio es inversamente proporcional; en cuanto mayor sea la restricción de un principio, el principio en conflicto protegido debe ser más importante (...)”

Por lo tanto, se colige que, la ley de ponderación supone una condición – obligación de equilibrio ex - ante para mantener la satisfacción conjunta de los principios en colisión antes y después de ser aplicada la técnica; es decir, que, si entra en colisión el principio A frente al principio B, y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto debe ponderarse a favor de A; lo que pierde B debe trasladarse en mayor satisfacción de A.

### **La Fórmula del Peso**

La fórmula del peso es una comparación de variables cualitativas (con una gradación cuantitativa) que permiten determinar el grado de precedencia de un principio frente al otro, a partir de establecer entre ellos: i) el grado de afectación; ii) el peso abstracto; y iii) la seguridad de las premisas empíricas.

A continuación, se desarrollará la comparación cualitativa y cuantitativa de las variables que conforman la fórmula del peso, siguiendo el trabajo de ALEXY (1998) pero adoptando una notación matemática y nomenclatura

---

<sup>26</sup> ALEXY (P. 37).

diferente<sup>27</sup>, la cual para efectos estrictamente metodológicos del presente trabajo será la siguiente:

$$P_{x,yC}: \frac{GA_x * PA_x * S_x}{GA_y * PA_y * S_y}$$

El peso del principio “x” con relación al principio “y” en las circunstancias del caso concreto, es igual al producto entre el grado de afectación (GA), el peso abstracto (PA), y la seguridad de las premisas empíricas respecto de su afectación (S) del principio x, dividido por el producto entre el grado de afectación (GA), el peso abstracto (PA), y la seguridad de las premisas empíricas respecto de su afectación (S) del principio y.

El grado de afectación (GA), indica que tanto se afecta un principio con respecto al otro; se refiere al nivel de disminución en la satisfacción del derecho, es decir al grado de mengua, limitación o intervención que sufre un derecho (con respecto a otro), por lo tanto, produce afectación o no satisfacción del mismo.

La escala propuesta por Alexy (con las adaptaciones indicadas) para medir la intensidad de la afectación es:

- Leve: 1 (2 a la 0). Nivel menor afectación;
- Medio: 2 (2 a la 1). Estándar intermedio de afectación;
- Intenso: 4 (2 a la 2). Nivel de mayor aceptación.

El peso abstracto (PA), es un *pondus* comparativo que determina la importancia de protección de un principio con respecto al otro, y que depende de cada sistema jurídico y social; es decir, el “valor” comparativo que una sociedad en particular le otorga a cada uno de los principios que se encuentran en colisión<sup>28</sup>.

De la misma forma que en la variable anterior, el peso abstracto se mide en una escala que obedece a la siguiente estructura:

<sup>27</sup> Se aclara que la nomenclatura creada por ALEXY para referirse a las variables es la siguiente: grado de afectación (IPiC); peso abstracto (GPiA) y la seguridad de las premisas empíricas (SPiC). De acuerdo con los determinados niveles, las variables de afectación y peso abstracto son los siguientes: leve: 2 a la 0; medio: 2 a la 1; intenso: 2 a la 2. Con respecto a las escalas y valores relativos a la seguridad de las premisas empíricas son los siguientes: seguro: 2 a la 0; plausible: 2 a la -1; no evidentemente falso: 2 a la -2.

<sup>28</sup> Por ejemplo, en la cultura jurídica latinoamericana que recoge la tradición continental europea de influencia greco-romana, el “valor” del derecho a la vida se encuentra dentro del mayor *pondus*, en la medida que se considera el derecho primigenio, y, por lo tanto, epicentro natural de la realización de las demás garantías, bajo el entendido que sin vida es imposible disfrutar de algún otro derecho; sin embargo, por ejemplo, en algunos países del Medio Oriente el peso abstracto asignado a la religión y al culto va más allá que el mismo “valor” asignado a la vida como derecho (bajo una racionalidad distinta a la occidental), razón por la cual tendría un mayor *pondus* dentro del referenciado contexto social.

Leve: 1 (2 a la cero). Corresponde a la asignación de un menor *pondus*;  
Medio: 2 (2 a la 1). *Pondus* intermedio.  
Intenso: 4 (2 a la 2). Corresponde a la asignación del mayor *pondus*.

La seguridad de las premisas empíricas respecto de la afectación (S), se refiere a la probabilidad que el derecho sea afectado de acuerdo con las situaciones que se presenten en el caso concreto. En otros términos, con esta variable se pretende medir bajo condiciones de facto, la probabilidad de la mengua, limitación, afectación o intervención del derecho; y, si la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación del otro<sup>29</sup>.

### **Esta Variable se Encuentra Cualitativa y Cuantitativamente Estructurada a Partir de los Sigüientes Criterios**

Seguro: 1 (2 a la cero). Entendiendo por seguro la mayor probabilidad de afectación del derecho bajo las circunstancias de facto;

Plausible:  $\frac{1}{2}$  (2 a la -1). Probabilidad intermedia de afectación;

No evidentemente falso:  $\frac{1}{4}$  (2 a la -2). Baja probabilidad de afectación.

### **El Respeto a las Cargas de la Argumentación**

Bajo las circunstancias del caso concreto, puede darse eventos en los cuales, al aplicar la fórmula del peso para resolver la colisión de principios, estos posean el mismo peso abstracto, se den idénticas condiciones en el grado de afectación y compartan el mismo nivel de probabilidad de ocurrencia de las premisas empíricas.

Cuando se dan las condiciones descritas, forzoso resulta concluir, que la fórmula daría un “empate” en los valores comparativos de los principios en colisión. Para poder resolver los referidos “empates”, se aplican las cargas de la argumentación entendidas como presupuestos creados (ex ante) a favor de la protección de determinados principios y se materializan en dos clases diferentes de indubios a saber:

**In Dubio Pro Libertate.** Si persiste el empate habrá de resolverse a favor del principio que mejor garantice la igualdad y libertad jurídica.<sup>30</sup> De lo anterior

<sup>29</sup> Por ejemplo, sería muy poco probable que se le afectara el derecho a la salud a una persona que se le niega por parte de una EPS una intervención quirúrgica meramente estética (levantamiento de mentón); por el contrario, sí existiría una gran probabilidad de afectación del mismo derecho ante la negativa de la institución de practicar un procedimiento médico absolutamente necesario para la supervivencia de dicha persona (diálisis a un paciente que sufre de insuficiencia renal severa).

<sup>30</sup>“(…) Ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica, podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen en su favor “razones más fuertes” (…). ALEXY (1998, p.249).

se puede deducir, desde la perspectiva sustancial, que la aplicación de este *in dubio* obedece a considerar un *pondus* (vía presupuesto de protección) adicional a los principios de libertad e igualdad, en tratándose de casos de empate entre dichos principios y otros derechos; aunado a ello, desde la perspectiva procesal, es fácil advertir que la aplicación del referenciado *in dubio* se daría con mayor énfasis en el ejercicio de la aplicación de la ponderación cuando la colisión se da “de facto” (control concreto).

**In Dubio Pro Legislatore.** En casos de empate entre el principio(s) de la norma que se enjuicia y otro principio(s) en el extremo de colisión, se debe resolver en favor de la norma acusada, y, por lo tanto, debe declararse su constitucionalidad. De esta manera se genera una carga argumentativa a favor del principio democrático representado en las normas expedidas por las autoridades las cuales se entienden hechas “en nombre del pueblo”.

Dicho *in dubio* se aplica principalmente en el escenario de ponderación cuando la colisión se da por el advenimiento de un instrumento de intervención (control abstracto).

#### IV. Conclusiones

- Los Estados “modernos occidentales” que consagran el modelo “Social de Derecho” y que en consecuencia se reputan “democráticos”, NO experimentan democracias puras sino por el contrario desarrollan complejas Poliarquías.
- Las Poliarquías emergen de la representatividad institucional de diversas formas de gobierno imbricadas en una misma estructura y una vez consolidadas tienen una tendencia natural a desconocer y/o subordinar al poder originario produciéndose una permanente cooptación en la relación principal – agente.
- No abdicar la soberanía popular es un deber político, jurídico, social, pero sobre todo ético y ello implica el uso legítimo de mecanismos e instrumentos formales e informales de reivindicación.
- La protesta social es un derecho fundamental complejo que incorpora varios núcleos esenciales y que en su estructura está dotado de un componente estático y dinámico que convergen teleológicamente para la preservación de la democracia y el pluralismo.
- El ejercicio de todo derecho engendra de forma simultánea un corresponsal deber y NO se puede reivindicar el derecho de una o varias personas violando y/o menoscabando el derecho de otras.
- Uno de los instrumentos plausibles para dirimir la constante tensión en el ejercicio de los derechos es la técnica de “ponderación”, la cual

puede ser utilizada de forma abstracta para establecer legítimos y proporcionales límites al ejercicio de un derecho, así como resolver la colisión de principios bajo las premisas de un caso concreto.

- El “arte” de vivir en sociedad<sup>31</sup> implica el respeto de una máxima Kantiana como es el entendimiento de que mis derechos y libertades llegan hasta donde comienzan los derechos y libertades del otro (s); es decir, que solo es posible y legítimo el ejercicio de un derecho si de forma simultánea se cumple con el deber de respetar el derecho del otro.

## Referencias

- Alexy, R. (1998) “Tratado Sobre Los Derechos Fundamentales”. Ed. Oxford University.
- Castellanos, D. (2012) “¿Qué es la justicia?” Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”.
- Dahl, R. (1971) “La poliarquía. Participación y oposición). Tecnos.
- Evans, P. (1997) “El Eclipse Del Estado”. Reflexiones sobre la estatalidad en la era de la globalización. Universidad de California – Berkeley.
- Fukuyama, F. (2004). “La Construcción del Estado. Hacia un Nuevo Orden Mundial en el Siglo XXI” Ed. Sine Qua Non.
- Hayeck, F. (1976) “Law, legislation and liberty”, Cambridge University.
- Hurley, S. (1989) “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, In Oxford Journal of Legal Studies.
- Medellín, A. (2013) “La Ponderación Y El Análisis Económico Del Derecho Integrados”. Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, D y Durán, A. (2006) “Pierre Bourdieu. Introducción Elemental.” Panamericana, 2 edición.
- North, D. (2006) “Instituciones, Cambio Institucional Y Desempeño Económico”. Fondo de Cultura Económica.
- Nozick, R. (1974) “Anarchy, State, and Utopia”, Basic Books.
- Lifante, I. (1999) “La Interpretación Jurídica En La Teoría Del Derecho Contemporánea”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

---

<sup>31</sup> Ya que desafortunadamente no podemos ser como el Ermitaño del Zaratustra de Nietzsche.

Quiroga, E. (2019) "Hermenéutica Constitucional", Nueva Jurídica.

Rawls, J. (1997) "Una Teoría De La Justicia". Fondo de Cultura Económica.

Sen, A. (2009) "The Idea Of Justice". Cambridge University.

Sierra, H. (2013). "Los factores que determinan las particularidades de la interpretación constitucional en Colombia". En: "Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Corte Constitucional - Universidad Externado de Colombia.

Von Misses, L. (1986) "La Acción Humana". Traducido del inglés por Reigalbio Joaquín. Unión Editorial. S.A.

Williamson, O. (1995). "Las Instituciones Económicas Del Capitalismo", Fondo de cultura económica.