

APUNTES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

JOHN JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ



APUNTES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

JOHN JAMES FERNANDEZ LÓPEZ

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
Seccional Armenia

APUNTES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

Autor
JOHN JAMES FERNANDEZ LÓPEZ

ISBN: 978-958-8510-14-9
Ejemplares: 100
©Todos los Derechos Reservados
Año 2010

| | |
|---------------------|------------------------------|
| Revisión de Estilo: | Juan Manuel Acevedo Carvajal |
| Diseño Carátula: | Optigraf S.A. |
| Diagramación: | Optigraf S.A. |
| Impresión: | Optigraf S.A. |

HONORABLE CONSILIATURA

Germán Darío Ledesma López
Presidente

José Galat Noumer
Rector General

Carlos Alberto Pulido Barrantes
Secretario

Raúl Abril Cárdenas
Consiliario

Rafael Diazgranados Peñaranda
Consiliario

Eduardo Carvajalino Contreras
Consiliario

Roberto Herrera Soto
Consiliario

María Consuelo Castaño Triana
Consiliaria

Teodoro Gómez Gómez
Representante de los Profesores

Jeimy Cadena Duque
Representante de los Estudiantes

Myriam Luz Vargas
Revisora Fiscal

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA Armenia

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

José Galat Noumer
Rector General

Jaime Bejarano Alzate
Rector delegatario

Ana Milena Londoño Palacio
Secretaria General

Bibiana Vélez Medina
Vicerrectora Académica

Mariano Hernández Ruiz
Vicerrector Administrativo y Financiero

APUNTES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

JOHN JAMES FERNANDEZ LÓPEZ

UNIDAD DE INVESTIGACIONES
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
ARMENIA
2008

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|--|--------------|
| INTRODUCCIÓN1 | |
| 1. EL MUNDO ANTIGUO | 5 |
| 1.1 Grecia | 5-10 |
| 1.2 Roma | 10-13 |
| 2. EDAD MEDIA | 14 |
| 2.1 ¿Hay Constitución en la edad media? | 14 |
| 2.1.1 <i>Constitución en sentido lingüístico o gramatical</i> | 14-15 |
| 2.1.2 <i>Constitución en sentido político-jurídico</i> | 15-20 |
| 2.1.2.1 <i>Limitación del poder. Derecho de resistencia.</i> | 20-23 |
| 2.1.2.2 <i>Supremacía de la comunidad política</i> | 23-26 |
| 3. EL ABSOLUTISMO MONÁRQUICO | 27 |
| 3.1 El declive de la Constitución “mixta” | 27-36 |
| 3.2 ¿Hay Constitución en el Estado Absoluto? ¿Y la ley? | 36-38 |
| 3.2.1 <i>Constitución en sentido lingüístico o semántico</i> | 38-42 |
| 3.2.2 <i>Constitución en sentido jurídico-político</i> | 42 |
| 3.3 De la soberanía | 43-44 |
| 3.3.1 <i>La soberanía “limitada” de Juan Bodino</i> | 44-47 |
| 3.3.2 <i>La soberanía “absoluta” de Thomas Hobbes</i> | 47-52 |
| 3.3.3 <i>Juan Jacobo Rousseau y la soberanía popular</i> | 52-53 |
| 3.3.4 <i>La soberanía contemporánea: La soberanía de la Constitución</i> | 54-57 |
| 4. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO (FASES) | 58-62 |
| 4.1 Constitucionalismo clásico. El Constitucionalismo Liberal. La Constitución como límite | 62-63 |
| 4.1.2 <i>Aportes de las Revoluciones burguesas al Constitucionalismo moderno</i> | 63-70 |
| 4.1.3 <i>Constitución formal-Constitución material</i> | 70-71 |
| 4.1.4 <i>Constitución rígida-Constitución flexible</i> | 71-72 |
| 4.1.5 <i>Supremacía Constitucional</i> | 72-76 |
| 4.1.6 <i>Bloque de Constitucionalidad</i> | 77 |
| 4.1.6.1 <i>Concepto</i> | 77-78 |
| 4.1.6.2 <i>Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio y en sentido restringido</i> | 78-79 |
| 4.1.6.3 <i>Fuerza normativa del Bloque de Constitucionalidad</i> | 79-80 |
| 4.1.6.4 <i>Origen</i> | 80-82 |
| 4.1.7 <i>Constitucionalismo Antropocéntrico o Dogmático</i> | 82-83 |

| | | |
|-----------|--|---------|
| 4.2 | Constitucionalismo Social | 83-88 |
| 4.3 | Constitucionalismo Contemporáneo: El Estado Democrático Constitucional | 89 |
| 4.3.1 | <i>Generalidades</i> | 89-90 |
| 4.3.2 | <i>Definición y rasgos del Estado Constitucional</i> | 90-99 |
| 5. | EL PODER CONSTITUYENTE | 100 |
| 5.1 | Generalidades | 100-102 |
| 5.2 | Poder constituyente originario | 102-103 |
| 5.3 | Poder constituyente derivado. Reforma de la Constitución | 103-104 |
| 5.4 | Modalidades del poder constituyente | 104-105 |
| 6. | INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 106-107 |
| 6.1 | Métodos de interpretación | 107 |
| 6.1.1 | <i>Histórico</i> | 108 |
| 6.1.2 | <i>Teleológico</i> | 108 |
| 6.1.3 | <i>Pragmático</i> | 108 |
| 6.1.4 | <i>Semántico</i> | 108 |
| 6.1.5 | <i>Sistemático</i> | 109 |
| 6.1.6 | <i>Progresista</i> | 109 |
| 6.1.7 | <i>Realista</i> | 109 |
| 7. | LIBERALISMO, DEMOCRACIA Y SOCIALISMO | 110 |
| 7.1 | Introducción | 110-111 |
| 7.2 | Del liberalismo | 111-113 |
| 7.2.1 | <i>Avatares del liberalismo</i> | 113-116 |
| 7.3 | De la democracia | 116-119 |
| 7.3.1 | <i>Partidos políticos</i> | 119 |
| 7.3.1.1 | <i>Generalidades</i> | 119-120 |
| 7.3.1.2 | <i>Concepto. Origen</i> | 120-122 |
| 7.3.1.3 | <i>Funciones</i> | 122-123 |
| 7.3.2 | <i>Sistemas electorales</i> | 123-124 |
| 7.3.3 | <i>Modalidades de sistemas electorales</i> | 124-125 |
| 7.3.4 | <i>La ingobernabilidad de la democracia</i> | 125-127 |
| 7.4 | Liberalismo y socialismo | 127 |

| | | |
|-----------|---|------|
| 7.5 | Libertad e igualdad | 127- |
| | 133 | |
| 7.6 | El antagonismo entre liberalismo y democracia | 133- |
| | 135 | |
| 7.7 | Democracia y socialismo | 135- |
| | 137 | |
| 8. | DEL ESTADO | 138 |
| 8.1 | Origen | 138- |
| | 141 | |
| 8.2 | Conceptualización | 141- |
| | 143 | |
| 8.3 | El Estado y su distinción con otros términos | 143- |
| | 146 | |
| 8.4 | El Estado y la Iglesia | 146- |
| | 147 | |
| 8.5 | El Estado, el derecho y las relaciones de poder | 147- |
| | 150 | |
| 8.6 | Doctrinas o teorías del Estado | 150 |
| 8.6.1 | <i>Teorías jurídicas</i> | 150- |
| | 152 | |
| 8.6.2 | <i>Teorías finalísticas</i> | 152- |
| | 153 | |
| 8.6.2.1 | <i>Marxistas</i> | 153- |
| | 154 | |
| 8.6.2.2 | <i>Extrema derecha</i> | 154 |
| 8.6.2.3 | <i>Liberalismo. Características:</i> | 154- |
| | 157 | |
| 8.6.3 | <i>Teorías Políticas del Estado</i> | 157 |
| 8.6.3.1 | <i>Teocráticas</i> | 157- |
| | 161 | |
| 8.6.3.2 | <i>Contractualistas</i> | 161- |
| | 163 | |
| 8.6.3.3 | <i>Teoría marxista</i> | 164 |
| 8.6.4 | <i>Teorías positivas y teorías negativas del Estado</i> | 164- |
| | 165 | |
| 8.6.5 | <i>Otras teorías políticas</i> | 166- |
| | 167 | |
| 8.6.5.1 | <i>Idealistas</i> | 167- |
| | 168 | |
| 8.6.5.2 | <i>Realistas</i> | 168- |
| | 172 | |
| 8.7 | El Estado moderno. El estado de derecho. | 172- |

| | | |
|------------|---|------|
| | 175 | |
| 8.7.1 | <i>Del Estado liberal de derecho</i> | 176- |
| | 179 | |
| 8.7.2 | <i>Del Estado social de derecho</i> | 179- |
| | 184 | |
| 8.7.3 | <i>Del Estado Constitucional democrático</i> | 184 |
| 9. | DERECHOS HUMANOS | 185- |
| | 192 | |
| 9.1 | De la universalidad de los derechos humanos | 192 |
| 9.2 | Críticas de la universidad de los derechos | 192- |
| | 194 | |
| 9.3 | De los derechos fundamentales | 194- |
| | 199 | |
| 9.3.1 | <i>De los derechos fundamentales en Colombia</i> | 199- |
| | 201 | |
| 10. | FORMAS DE ESTADO | 202 |
| 10.1 | Generalidades | 202- |
| | 206 | |
| 10.2 | Estado Unitario | 206- |
| | 207 | |
| 10.3 | Estado Federal | 207- |
| | 208 | |
| 10.4 | Sistema de Gobierno | 209 |
| 10.4.1 | <i>Generalidades</i> | 209- |
| | 211 | |
| 10.4.2 | <i>Parlamentario (o de gabinete)</i> | 211- |
| | 213 | |
| 10.4.3 | <i>Sistema de Gobierno Presidencialista</i> | 213- |
| | 215 | |
| 10.4.4 | <i>Sistema de Gobierno o Asamblea o de convención</i> | 215 |
| 11. | FORMAS HISTÓRICAS DEL ESTADO | 216 |
| 11.1 | Noción | 216 |
| 11.2 | Estado antiguo oriental (Estado despótico) | 217- |
| | 219 | |
| 11.2.1 | <i>Estado esclavista</i> | 219- |
| | 223 | |
| 11.2.2 | <i>Estado Feudal</i> | 223- |
| | 225 | |
| 11.2.3 | <i>Estado Capitalista</i> | 226- |
| | 229 | |
| 12. | ELEMENTOS DEL ESTADO | 230 |

INTRODUCCIÓN

La historia del Estado y de la Constitución en Occidente es particularmente prolífica en acontecimientos y pensadores que han contribuido a transformar sus originales concepciones desde la Antigüedad hasta nuestros días. Identificar los momentos más notables de ambos institutos en los diversos estadios de su trasegar conceptual y filosófico, sin omitir los contextos sociales y la teorización y tensiones permanentes a propósito del poder, documentados a partir de los más conspicuos autores del momento, así como de las miradas más diversas de la doctrina contemporánea, es la aspiración de los presentes apuntes que sólo buscan aportar modestamente en la discusión y reflexión de una triada (Constitución, poder y Estado), que con mayor o menor acento han acompañado la vida de los hombres al punto que ineluctablemente se imponen en la dimensión social, jurídica y política moderna.

El acento concedido a la evolución de dicha triada desde Occidente no desmerece para nada los aportes de Oriente que, sin embargo, no son objeto de estudio de estas anotaciones, por ello sin pretensión excusable la siguiente digresión. La autosuficiencia de Occidente y el desprecio por Oriente ha sido una constante desde la Antigüedad cuando los “civilizados” griegos calificaban a sus antípodas los persas de incivilizados, de bárbaros. Por ello se habla del “mito de Occidente”. El mundo moderno, es decir, Europa y Norteamérica, “pues ese es el mundo moderno”, no sólo son herederos de dicha tradición sino que mediante el imperio de la razón, de la tecnología y de la ciencia, puestas al servicio de la ideología capitalista burguesa se expande cual epidemia por todos los rincones del planeta. En un mundo interferido por la desproporcionada mediatización del poder, bueno es decirlo la Norteamericanización o “macdonalización” del mundo, lleva consigo el germen de su propia destrucción tal como lo predijo Marx, pues la magnitud de sus contradicciones irremediablemente lo conducirá al colapso. La influencia del capitalismo en la ciencia, por ejemplo, consiente que ésta hace progresar al hombre pero también lo degenera. El cinismo del capitalismo también ha distorsionado las relaciones humanas, para colocar otro ejemplo, pues lo que se impone es el propósito económico, de rentabilidad, poco o nada importan los derechos como la justicia y la dignidad y ni siquiera las libertades cristianas que sucumben, de acuerdo a Marx, ante la despiadada libertad de comerciar. Las propias democracias han sido capturadas por el mercado financiero, el cual privilegia los criterios de utilidad en demérito de los proclamados derechos humanos.

La indolente expansión capitalista y neoliberal, ha generado una resistencia cosmopolita en todos los campos, no obstante la extraordinaria capacidad de recuperación del liberalismo burgués de sus cíclicas crisis de acumulación del capital. Dicha resistencia se resume en la convocatoria social hecha por el pensador Suizo, Jean Ziegler, cuando invita a una “insurrección de las conciencias”, o más recientemente la sugestiva obra del longevo autor Francés Stephané Hessel, titulada “Indignaos” que se ha convertido en la enseña de la resistencia y de las protestas de los jóvenes europeos contra los nefastas consecuencias del capitalismo contra los derechos ciudadanos y contra la democracia. Si es cierto que se aproxima el final del presente modelo liderado por USA, conviene recordar la expresión de Chevallier (2006) quien analizando el pensamiento de Bossuet acerca del derecho divino de los príncipes señalaba: “Los poetas han cantado la debilidad de los apogeos. Todo lo que llega a su madurez, todo lo que se realiza, pronto se pudre” (p. 76).

No obstante, hay que admitirlo, el llamado “mito de occidente”, encuentra razonables justificaciones en el pensamiento Antiguo, puntualmente ante la certeza de la contemporaneidad de los escritos de Platón y Aristóteles. Todo su pensamiento tiene una inefable vigencia. Para Borges, el escritor argentino, (citada en Paoletti y Bravo, 1999) al ser interrogado sobre la literatura contemporánea, respondía así: “Nada sé de la literatura actual. Hace tiempo que mis contemporáneos son los griegos” (p. 63). Sabine (1994), por su parte, afirma “...se considera a estos griegos <<antiguos>> únicamente en cuanto a lo que el término indica. Desde otra perspectiva y en muchos aspectos, sería más apropiado llamarlos <<modernos>>, si no contemporáneos...” (p. 22). Y aunque la invitación de Sabine se refiere a estudiar el pensamiento antiguo en su contexto, a lo sumo contrastándolo con la forma intelectual y el estilo que lo precedieron y, no comparándolo, con la ciencia y filosofía contemporánea de Occidente, el presente escrito se desarrollará a partir de los griegos como inventores no sólo de la filosofía sino de la teoría política. Desde luego una aproximación a Roma y a sus instituciones, a partir de las reflexiones de Polibio y Cicerón, completan el cuadro del pensamiento antiguo como preludio de este recorrido cronológico de la Constitución y de las formas de gobierno.

Antes que nada otra precisión: Fue el propio Aristóteles quien para identificar la forma de gobierno y, al parecer, concretamente una de las formas buenas que era la democracia, la llamó politeía, la cual modernamente se la asimila también a Constitución. Es más, el propio Aristóteles define Constitución o politeía, según Bobbio (1997a) como “...la estructura que da orden a la ciudad estableciendo el funcionamiento de todos los

cargos y sobre todo de la autoridad soberana...” (p. 33). El recorrido histórico estará presidido, entonces, por dos dimensiones: la evolución semántica o lingüística del término y por el punto de vista político-jurídico según su visión moderna, en la forma que el autor Gonzalo Andrés Ramírez Cleves (2005), lo expone concretamente para la edad media.

El íter Constitucional se inicia, entonces, en el mundo antiguo, continúa en la edad media con los pensadores cristianos, particularmente en la llamada baja edad media (entre los siglos XII y XV), pasando por el absolutismo monárquico, como umbral o época en la que también discurre, según algunos escritores, la edad moderna. Igualmente, se describen los alcances de la democracia y del pensamiento liberal en las revoluciones burguesas, examinando luego las distintas fases del Constitucionalismo a partir de dichos acontecimientos modernos, hasta sus contenidos contemporáneos. Se abordan, igualmente, conceptos que marcan la época del auge Constitucional como son la soberanía, el poder constituyente, la democracia, el liberalismo y el socialismo, así como los principios de legalidad, de división de poderes, entre otros. De otra parte, se describe, seguidamente, una teoría general del Estado, buscando a través de las diversas doctrinas una respuesta a su origen, su naturaleza y sus fines, entre varios aspectos; la estructura del Estado, sus elementos y sus funciones, también se examinan en este acápite. Finalmente, se ensaya una teoría general sobre el poder político, como elemento determinante en la organización del Estado; su origen, su conformación y sus fines hacen parte también del presente documento.

Finalmente se conceden unas líneas a la crisis del Constitucionalismo, del Estado de derecho y del Estado social de derecho.

1. EL MUNDO ANTIGUO

1.1 Grecia

Las ciudades-estados griegos se distinguían por poseer Constituciones, al punto que el propio Aristóteles estudió y recopiló 158 Constituciones de su tiempo, según Bobbio (1997a), en una obra que se perdió. Sin embargo, la referencia será Atenas, pues constituye el modelo a seguir, no sólo por su forma democrática, sino por ser el objeto de mayor reflexión tanto para Platón como para Aristóteles.

Siguiendo a Sabine (1994), Atenas a la sazón tenía un poco más de 300 mil habitantes y su tamaño apenas excedía los dos tercios de Rhode

Island. Algo así como un tercio de la población eran esclavos, una institución propia de la antigüedad; quizás es ésta una de las razones de estudiosos para pretender desmitificar la democracia ateniense, a la que se agregan otros argumentos como los estimativos del número de extranjeros "...que constituían casi el diez por ciento de la población ateniense..." (Echeverry, 2002, p. 263) y por lo tanto, excluidos de la ciudadanía o, también, el hecho de la interdicción a las mujeres para intervenir en la vida pública o, en su momento, la exigencia de poseer bienes o capacidad económica para participar de la vida política, etc. Si con estos datos se calculara el número de ciudadanos de Atenas vinculados, en consecuencia, a los asuntos colectivos, su porcentaje sería entonces modesto, razones éstas, entre otras, esgrimidas por los críticos de la ciudad-Estado para enervar su alabada forma de gobierno democrático.

Desde lo jurídico y lo político, se distinguían tres clases sociales de acuerdo con Sabine (1994): los esclavos que carecían de reconocimiento político, los extranjeros residentes o metecos quienes tampoco participaban de la vida política, pero a diferencia de los esclavos eran libres y "...su exclusión no implicaba una discriminación social con él..." (p. 32). Por último, estaban los ciudadanos quienes estaban vinculados con la polis y tenían derecho como miembros de la ciudad-estado a "...un mínimo de participación en la actividad política o en los asuntos públicos..." (p. 32). Sin embargo, la ciudadanía tenía un significado más "íntimo" y menos jurídico como se le concibe en la época moderna; la vinculación con la polis era para los varones mayores de 20 años parte esencial de su vida, pues se le concedía tanta importancia a los asuntos privados como a la participación en los asuntos comunes de la ciudad.

Para los griegos estaba claro que la definición de la forma de gobierno era consustancial a la vida política de sus ciudades, por ello luego de un siglo de esplendor particularmente en Atenas, la forma de gobierno imperante había sido la democrática, donde se destacan las reformas Constitucionales de Solón, quien ordenó limitar la propiedad del suelo, evitando que los ricos adquirieran sin medida, dio libertad a los campesinos esclavizados por el no pago de sus deudas y condonó sus obligaciones, pero su ley más importante estableció que el "poder de decisión de Atenas no estaría ya en manos de un rey <divino> o un pequeño grupo de aristócratas, sino en las de los propios ciudadanos, que deberían reunirse en la asamblea del pueblo cuarenta veces del año, por lo menos, para debatir todos los asuntos importantes de la polis..." (Mai, 2004, p. 33), así mismo, las reformas de Clístenes de 508- 507 a.e. y de Pericles de 460 a 430 a.e., completan un cuadro de esplendor democrático para la Atenas de entonces.

El profesor Fioravanti (2007), precisa el significado de esa forma de gobierno democrática:

Primacía absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra y de propuesta dentro de la asamblea atribuido a todo ciudadano sin discriminación alguna; extracción por suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, comprendidos los tribunales, de nuevo sobre el presupuesto de una igualdad absoluta entre los ciudadanos, de tal manera que todos son considerados dignos de acceder incluso a los más altos cargos; alternancia anual de los gobernantes, que compromete en la responsabilidad de gobierno a la parte más tenaz posible de ciudadanía; obligación de los mismos gobernantes de rendir cuentas públicamente. Todo esto se había desarrollado según el binomio *demokratía-isonomía*, situando así la organización de la política sobre un orden fundado en el principio primero de la igualdad... (p. 17,18).

Ambos términos, *demokratía- isonomía*, correspondían a la sublimación de su orden político: *democracia-igualdad*.

Inmediatamente después, puntualmente en la mitad del siglo IV a.e., el declive de Grecia era evidente. Fioravanti (2007) relaciona algunos hechos que contribuyen a avivar la crisis: el creciente tráfico comercial y marítimo transformador de la ciudad, el conflicto generado por los pobres reclamando una mayor asistencia, y una clase rica en contra de medidas confiscatorias y de redistribución de tierras y, de otra parte, la decadencia política. El motivo de reflexión era si esa forma de gobierno democrática convenía a la organización de la ciudad o, si por el contrario, era factor desencadenante de la crisis y se precisaba de un nuevo orden para conservar la unidad de la polis.

En este contexto transcurren las reflexiones de Platón y Aristóteles. Platón consciente de la decadencia griega no ocultó su aversión a la democracia. Algunos lo juzgan como conservador, moralista y antidemocrático, el propio Bobbio (1997a) escribe “...De cualquier manera es patente que Platón, como todos los grandes conservadores, tienen siempre una visión benévola hacia el pasado y una mirada llena de miedo hacia el futuro, tiene una concepción pesimista (Kant dirá terrorífica) de la historia”, agregando que Platón “...vivió en una época de decadencia de la gloriosa democracia ateniense y por tanto investiga, analiza, denuncia, los fenómenos de la degradación de la polis, más que los de su esplendor...” (p. 22).

Pero, de alguna manera, Fioravanti (2007) reivindica a Platón, pues su condena a la democracia no es ideológica sino de carácter “histórico-constitucional” y agrega citando al filósofo en su texto “La República” “...la verdad es que la democracia no es más que una condición política provisional, que inevitablemente prepara la tiranía, a través de la demagógica, excesiva e ilimitada extensión del principio de igualdad...” (p. 20).

¿Cuál era, entonces, la Constitución ideal para Platón? La respuesta a la crisis griega que consistía en la legítima aspiración de una Constitución estable por oposición a la democrática, resueltamente inestable, sólo podría encontrarse en aquella Constitución sin un origen violento ni unilateral, o sea no en la Constitución de los vencedores sino en la de los padres, en la Constitución de los antepasados, en la “patrios politeía”, es decir, una Constitución con un origen “compositivo y plural”, donde se conciliaban la democracia y la aristocracia. Platón dejaba, entonces, planteada la cuestión, desarrollada posteriormente, de la conocida Constitución “mixta”.

Por su parte, Aristóteles consideró la Constitución como la estructura que da orden a la ciudad, establece el funcionamiento de todos los cargos y ordena las magistraturas. Para él Constitución y gobierno significan lo mismo. Propone Aristóteles para salvar la unidad de la polis proscribir la división entre ricos y pobres y atenuar la mercantilización de la ciudad con sus nefastas secuelas. Fue Aristóteles el primero en plantear la cuestión de las formas de gobierno; para él existen unas formas de gobierno buenas (monarquía, aristocracia y democracia), donde prevalecen los intereses de la polis, por contraposición a unas formas desviadas o corruptas (tiranía, oligarquía y demagogia), donde priman los intereses particulares sobre los de la ciudad. La determinación de formas de gobierno virtuosas y formas desviadas se manifiesta, de acuerdo a Bobbio (1997a), al responder a los interrogantes de quién gobierna (uno, varios y muchos correspondientes a las distintas tipologías de gobierno) y cómo se gobierna según el tipo de intereses que se impongan en el ejercicio del poder.

También buscaba Aristóteles una Constitución estable para superar las diferencias entre ricos y pobres, de ese tipo eran las Constituciones medias como la de Solón, pues fue “...ciertamente un gran legislador, pero sobre todo fue el árbitro del conflicto social entre pobres y ricos... creó una constitución media en la que todos podían reconocerse con la condición de moderar sus pretensiones...” (Fioravanti, 2007, p. 23). Entonces, Aristóteles enfatiza en una amplia clase media para contribuir a la moderación del conflicto social y permitir la Constitución ideal, denominada politia, definida por Fioravanti como “...la particular forma constitucional

que es capaz de promover y realizar el justo equilibrio entre dos extremos, en sí negativos, como la oligarquía y la democracia, pero que encontrándose y mediándose producen precisamente la política, la constitución ideal...” (p. 24). En otras palabras, la democracia por sí sola no puede ser una Constitución ideal, según Fioravanti, es la combinación o conciliación de estas formas la que permite hablar de Constitución ideal.

Por su parte, el tratadista Jellinek (2000), asegura que las relaciones antiguas conforman un importante referente de la idea de los principios Constitucionales, fundamento del Estado moderno. Jellinek enseña que la Constitución abarca “...los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”, agregando seguidamente acerca de este concepto de Constitución que “...fue ya fijado por los griegos...” (p. 457), pues fue Aristóteles quien distinguió entre politeía, fundamento del Estado y las leyes simples. La Constitución, según Aristóteles, es la ordenación de los poderes en el Estado y continúa Jellinek “Ella es la que determina cómo se ha de dividir, cuál será el sitio en que haya de residir el poder supremo y qué fines de la comunidad le han de estar encomendados”, por su parte las leyes son las disposiciones “dadas en vista de la Constitución, según las cuales se han de ejercitar las funciones por las autoridades y se han de impedir las transgresiones” (p. 457).

1.2 Roma

Aunque Polibio era de origen Griego, su vida transcurrió en Roma. Su pensamiento incorpora un nuevo elemento a la definición de politeía Griega: no es el conflicto social el condicionante para una Constitución estable, es el equilibrio del poder, pues tal como lo refiere Fioravanti (2007) citando, a su vez, un fragmento de Polibio en su obra “historias”, “toda forma de gobierno simple y fundada sobre un solo centro de poder es inestable”, es decir, la prolongación en el tiempo de una constitución está relacionada con “la constante aplicación del principio de contraposición”, si es que “cada poder” está bien “equilibrado y contrapesado”. Lo novedoso consiste no ya en la pugnacidad entre dos clases sociales sino en el equilibrio del poder; esta prefiguración del equilibrio de los poderes propia del pensamiento moderno, significaba para Polibio (citada en Fioravanti, 2007):

...la asamblea popular, en líneas generales titular del poder de deliberación sobre las leyes, tendría que tener en cuenta, en el ejercicio

de tal poder, la existencia de vastas competencias reservadas al Senado en materia financiera, de política exterior, de elección de la mayor parte de los jueces, e, incluso, la existencia del fuerte y distinto poder de los cónsules, que en vía prioritaria convocaban las asambleas, ponían en ejecución las deliberaciones y, en fin, algo ciertamente relevante, eran comandantes militares...(p. 26).

La Constitución Romana poseía diversas magistraturas: Cónsules, senado, tribunos, organización militar, todos ellos con alguna expresión en la Constitución.

Según Norberto Bobbio (1997a), Polibio afirmaba como Aristóteles, que las precedentes formas de gobierno son seis y una más, la séptima, la romana, la mejor, pues era "mixta" y le facilitó al imperio estabilidad, al punto que en menos de 53 años venció todos los otros Estados, conformándose en una Constitución exitosa. Dichas formas se suceden unas a otras, son cíclicas, por eso son inestables, menos la mixta, la óptima (como también era la de Esparta), por cuanto ésta era equilibrada: El rey es frenado por el pueblo que tiene una adecuada participación en el gobierno y el pueblo a su vez lo es por el senado.

La Romana es una Constitución donde cónsules, senado y comicios del pueblo participan de la cosa pública, con la siguiente consecuencia, de acuerdo con Bobbio (1997a) al citar un fragmento del texto "historias" de Polibio: "Si nos fijáramos en la potestad de los cónsules, nos parecería una constitución perfectamente monárquica y real, si atendiéramos a la del senado, aristocrática, y si consideráramos el poder del pueblo, nos daría la impresión de encontrarnos, sin duda, ante una democracia" (p. 51). Algunos autores han señalado posibles contradicciones en el planteamiento de Polibio, principalmente al mencionar que las seis formas de gobierno se suceden de manera cíclica, lo cual les dispensa una evidente inestabilidad, la pregunta, entonces, es: ¿porqué la Constitución "mixta" es la mejor?. Bobbio (1997a) supera la real o aparente contradicción, al señalar que una cosa es estabilidad y otra es perpetuidad, así resulta claro para la Constitución polibiana su estabilidad por cuanto su vigencia en el tiempo es mayor que las seis formas clásicas de gobierno planteadas por Aristóteles, bajo el entendido que la "constitución mixta", no es el producto de la combinación de las seis formas de gobierno, sino tan sólo de las formas buenas pues el rey representa el principio monárquico, el pueblo el democrático y el senado el aristocrático, cuyo resultado es una nueva forma de gobierno (el "mixto") que no coincide con las tres formas corruptas porque es recta, es estable y en ella opera el mecanismo de

control recíproco de los poderes anticipando la idea del equilibrio de los poderes, diferente al moderno concepto planteado por Montesquieu y recogido por el constitucionalismo moderno como uno de sus puntales filosófico-jurídico como es el denominado *balance of power*.

Un poco más adelante (55 a.e.), Marco Tulio Cicerón compuso una de sus obras más importantes, “la República”, donde en líneas generales reafirma la conveniencia de la Constitución “mixta” por ser ella equilibrada, moderada y más estable. Cicerón vivió una época de lucha civil, de conflicto social entre patriciado y plebe, quizá por ello, su invocación a la conciliación, a la superación de los extremos: la oligarquía y los excesos populares. Fioravanti (2007) recuerda la conocida definición de Cicerón de res pública, en referencia a lo que es de todos, lo que corresponde al pueblo, pero con la condición de considerar pueblo sólo a aquél reunido sobre el consenso del derecho y de la comunidad de sus intereses. En este mismo sentido, Bobbio (1997a) concluye: “Una vez más hay una relación estrecha entre constitución mixta y estabilidad: cuando el gobierno está compuesto y cada parte cumple su función dentro del todo, no hay *causa conversionis*, es decir, no hay una razón por la cual el gobierno degenera y de la degeneración nazca una forma de gobierno completamente nueva” (p. 56).

Continuando con su pensamiento de la Constitución en la antigüedad, Jellinek (2000) señala cómo los Romanos distinguieron entre Constitución, cuya expresión técnica es *rem publicam constituere*, y disposiciones legislativas particulares las cuales tenían una significación especial para ellos. Sin embargo, “...por frecuente que fuera en los antiguos la concepción de una Constitución, no es común la exigencia de considerarla como un instrumento al cual debiera atribuirse un valor superior al de las restantes leyes” (Jellinek, 2000, p. 458, 459), entre otras cosas, por cuanto dicha distinción es propia del Constitucionalismo moderno.

Simplificando podría pensarse en concepciones diferentes acerca de la Constitución y del Estado en Grecia y en Roma. Pero como ha quedado dicho sus principales pensadores disertaron a propósito de las formas de gobierno y destacaron las coincidencias de los rasgos generales de la ciudad; quizás las distinciones conciernen al papel que jugaba el individuo con la polis griega, la trascendencia concedida a sus intereses, por un lado y, por la parte romana el énfasis en la *res publica* y en la consecuente división entre derecho público y privado llamada a tener éxito en los sucesivos estudios sobre sus instituciones. En estos términos se pronuncia Sánchez (1999): “La ciudad romana tiene en su origen caracteres

muy similares a los de la polis griega (grupo social reducido, unidad religiosa y participación ciudadana) que, a diferencia del griego, el romano tiene conciencia de la existencia de una *res publica* diversa de los intereses privados y la proyecta sobre la distinción entre un derecho <público> y un <derecho privado>” (p. 33).

2. EDAD MEDIA

2.1 ¿Hay Constitución en la edad media?

Como lo consignan la mayoría de los historiadores, la edad antigua termina con la caída del imperio romano de occidente en el siglo IV, en consecuencia, es a partir del siglo V hasta el siglo XV, momento del desmoronamiento de Constantinopla o, lo que es lo mismo, el derrumbamiento del imperio de oriente, cuando discurre la llamada edad media.

Respecto a la evolución de las ideas políticas y, concretamente, de la Constitución, del Estado o de una teoría de las formas de gobierno existen posiciones divergentes. Mientras algunos aseveran que en esta época existe un decaimiento de las ideas políticas y que la discusión filosófica se concentra en la rivalidad por la preeminencia del imperio o de la iglesia como en el caso de Bobbio (1997a), otros aseguran la vigencia de un pensamiento Constitucional con unas características propias como en el caso de Fioravanti (2007).

2.1.1 Constitución en sentido lingüístico o gramatical

Ramírez (2005), desarrollando la pregunta ¿existe Constitución en la edad media? y atendiendo el criterio lingüístico o semántico formulado al comenzar este escrito sintetiza en los siguientes términos su posición:

Durante la edad media la idea de Constitución desaparece o, por lo menos, existen otros significados para referirse al orden político. En este sentido autores como Constantino Mortati y Carlo Guisalberti, enseñan cómo los conceptos de *status rei publicae* se utilizan para designar el orden político de esta época, inclusive asimilable al dado en la antigüedad a politéia. Es más, cuando autores como Marsilio de Padua, hablan de *constitutio*, lo hacen promiscuamente en términos semejantes a cuando hablan de *institutio o fundamentum rei publicae*.

La idea de Constitución surge en otros ámbitos, con un significado distinto al pretendido en este escrito, pero con la finalidad de dar organización a la institución eclesiástica. Echeverry (2002), refiere instituciones distin-

tas a las políticas pero con novedosos procedimientos de gobierno para la época como fueron las *Constituciones monacales*, propias del gobierno de la Iglesia. Sus características eran: un sistema de elección de superiores por todos los miembros, voto secreto, deberes de los miembros de la orden, estructura de gobierno minuciosamente regulada a través de estatutos llamados “constituciones” que se diferenciaban del ejercicio del poder político que se adquiría por herencia o por la fuerza; la organización de la iglesia con verdadera vocación universalista, con representantes en todas las ciudades, sirvió para ejercer su dominio espiritual en la sociedad estamental siendo el reglamento religioso más influyente el de la orden de la compañía de Jesús (jesuitas), redactado por su fundador, el español Ignacio de Loyola a mediados del siglo XVI.

2.1.2 *Constitución en sentido político – jurídico*

De otra parte, continuando con Ramírez (2005), desde el punto de vista jurídico o político, la controversia entre la doctrina es más trascendente como quiera que la multiplicidad de ordenamientos, pactos, contratos y cartas existentes a la sazón, son valoradas por un sector como documentos reflejos del orden político-jurídico, inclusive, acerca de las cartas (como la carta magna Inglesa), son vistas como antecedente del concepto moderno de Constitución; otros, en cambio, como Fioravanti (2007), como se examinará más adelante, juzgan estos ordenamientos como expresión de una realidad Constitucional con sus características propias, distintas a la Constitución antigua, pero también diferente a la idea de Constitución moderna. Otros, como el caso de Schmitt (1966) a propósito de la carta magna inglesa, se expresa en estos términos:

El nombre <Magna Carta> no se explica históricamente porque contenga una ley fundamental en el sentido de las Constituciones modernas o de los modernos derechos fundamentales, sino por contraste con una <parva Carta> o <Carta foresta> de 1217 relativa a derechos caza; el nombre originario es <Carta *libertatum*> o <Carta *Baronum*>. Sólo siglos más tarde, desde el XVII, por la lucha del Parlamento inglés contra el absolutismo de los Estuardos, se le dió el sentido moderno, haciéndola origen de una Constitución liberal. Pero sería un error histórico ver en ella, aunque sólo fuera por aproximación, algo análogo a una Constitución moderna liberal o democrática (...). Así, pues, la Magna Carta históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con un señor territorial, al que renueva su homenaje como contraprestación por los derechos garantizados. La eficacia política del modelo de esta Magna Carta descansa en una idea legendaria que ciertos partidos se formaron en ella. La Carta tiene como contenido, en 63 capítulos, limi-

taciones de la supremacía feudal del rey, limitaciones de su supremacía judicial (ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido, sino por un tribunal legal de personas de su clase o según el derecho del país), límites del derecho de impuesto, y, sobre todo, establecimiento de un comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no fueran mantenidas (p. 52, 53).

En este punto, Ramírez (2005), invocando de nuevo a Mortati, subraya: “Estos documentos, por su carácter fraccionario y particular, no constituyen todavía la figura de la constitución escrita (...) No es un contrato de asociación entre gobernantes y gobernados, sino un contrato de sociedad entre particulares que acuerdan vivir en común” (p. 49). A la relevancia concedida a las cartas o documentos suscritos por la aristocracia y el príncipe por su contenido jurídico y/o político, deben consignarse desde ahora, rasgos insoslayables en la edad media como son la limitación de los poderes, el derecho de resistencia y la comunidad política. Así lo comprende Ramírez, cuando citando a Carl Schmitt, Ghisalberti y a Fioravanti, destaca la coincidencia en ellos acerca de la configuración de una limitación de los poderes del rey y el surgimiento de un verdadero derecho público. Inclusive se evidencia en el propio San Agustín y, más adelante, en Santo Tomás, una limitación o subordinación del príncipe a la ley divina por contraste con las leyes humanas.

A propósito de estas leyes proclamadas por Santo Tomás, Sabine (1994) resalta su clasificación como prueba de la importancia de la limitación del poder del príncipe; dicha clasificación tomista es: ley eterna, ley natural, ley divina y ley humana:

La primera de ellas -ley eterna- es prácticamente idéntica a la razón de Dios. Es el plan eterno de la divina sabiduría con arreglo al cual está ordenada toda la creación (...). La segunda -la ley natural- puede acaso describirse como un reflejo de la razón divina en las cosas creadas. Está manifiesta en la inclinación en buscar el bien y evitar el mal (...). Sustancialmente por ley divina entiende la revelación. Ejemplo de ella sería el especial código de leyes dado por Dios a los judíos como pueblo escogido o las especiales normas de moral o legislación cristiana dadas a través de la Escritura o de la Iglesia (...). A la ley destinada especialmente a los seres humanos la denominó SANTO TOMAS ley humana, que subdividía en *ius gentium* y *ius civile* (p. 208, 209).

Ahora bien, para Bobbio (1997a), el medievo no registra aportes significativos en las formas de gobierno, dicha carencia tiene, a su parecer, algunas explicaciones sintetizadas seguidamente:

- a. El texto “La política” de Aristóteles solo fue redescubierto por los escritores cristianos en el siglo XIII.
- b. En los primeros siglos, antes de la escolástica que retoma las tesis aristotélicas, se tiene una concepción negativa del Estado (en el sentido que éste es el remedio a la naturaleza malvada del ser humano, el Estado es una dura necesidad, se presenta éste en su aspecto represivo -la espada, el terror-, distinto a como lo concibieron los griegos, especialmente Aristóteles cuando afirmaba que el fin del individuo dentro de la ciudad-Estado era la vida buena). En el medievo el contraste era Estado – Iglesia, no Estado o formas buenas y malas.
- c. El problema central de los escritores políticos del medievo fue la moral: El Estado y su relación con la justicia y, por ello, su consecuencia y recurrente interés por la tiranía como forma desviada de ejercerse el poder.

En el análisis Bobbio (1997a) llega hasta Maquiavelo, de quien afirma retoma el tema de las formas de gobierno, distinguiendo solo repúblicas y monarquías y no Estados intermedios, pues éstos son malos por inestables. Maquiavelo resalta el gobierno mixto y, con él, el conflicto y la armonía (entre los nobles y el pueblo) constituyéndose el conflicto la causa o la motivación de la libertad en el Estado. De todas formas, una referencia al pensamiento de Maquiavelo se desarrolla en la edad moderna.

Por otro lado, Fioravanti (2007) rechaza la idea del “eclipse de la constitución” en el medievo al sostener “...la existencia de una verdadera y auténtica *constitución medieval*, dotada de características históricas propias, distintas de las características de la constitución de los antiguos, como también de aquellas peculiares de la constitución de los modernos...” (p. 34). Si bien es cierto el poder es ejercido con un propósito universalista por la iglesia y el imperio, no es menos cierta la evidencia, en otros ámbitos, de la existencia de una Constitución. En este sentido la posición de Fioravanti, se sintetiza de la siguiente forma:

- a. Durante estos 10 siglos que, según otros autores, culminan con la aparición de la soberanía, no existió ciertamente una forma típica de ejercicio del poder, aunque al lado de su ejercicio por el imperio, transcurrían poderes autárquicos y también oligárquicos, cuya concreción ocurría en espacios territoriales limitados, como limitados eran los ordenamientos que los gobernaban, repitiendo lo que en

un nivel superior ejecutaba el imperio: recaudo de impuestos, manejo de ejércitos, administración de justicia, etc.

- b. Ninguno de esos poderes tiene pretensiones soberanas en sus respectivos espacios, las relaciones de toda índole se llevan a cabo atendiendo la costumbre y no precisamente el conjunto normativo respectivo.

No obstante, las distintas reglas que van surgiendo manifiestan una característica fundamental como es la limitación del poder; así mismo, una segunda característica es preciso destacar y es la fragmentación de esos poderes en un conjunto de ordenamientos particulares, producto de la existencia de poliarquías, según la expresión de Bobbio (1997a). La variedad de las relaciones medievales, el carácter de indisponibilidad de los poderes públicos de esas relaciones, permite hablar de un orden jurídico dado, preservado y defendido como garantía del equilibrio existente.

- c. La reflexión sobre algunos temas propios de la antigüedad, continúan vigentes durante la edad media: el temor a la tiranía y la Constitución “mixta”. Pero respecto a otros temas se desnudan algunas diferencias: en la antigüedad el orden jurídico era una aspiración, un ideal, en la edad media se daba por existente; la pretensión de los antiguos era la unidad política, la ciudadanía común, en el medioevo la pretensión es la defensa del orden jurídico dado; mientras en la antigüedad se enfatizaba en el ciudadano, en el medioevo se hace hincapié en el individuo; la Constitución en la antigüedad tiene una connotación política, moral, se exalta la virtud, la dedicación a la cosa pública, mientras en el medioevo tiene un carácter más jurídico (reglas, pactos, límites, equilibrio).
- d. La Constitución en el medioevo responde, entonces, a un orden más político y jurídico, de manera especial al final del siglo XI, en razón a las diversas transformaciones, tales como nacimiento de los mercaderes, aparición de las ciudades, debilitamiento de los latifundios.

La posición de Fioravanti (2007) acerca de un orden más jurídico (donde el valor de la costumbre era en buena medida la base del derecho) permite presenciar la pugna entre la majestad de la ley y la voluntad del rey, pero resaltando el alineamiento de los escritores de entonces a favor de la justicia y del monarca que se atuviera a ella por contraposición al

tirano, más no se crea que se trataba sólo de admoniciones éticas o moralistas por cuanto eran expresadas en su mayoría por pensadores vinculados con la religión, sino también por una característica de dicha época que despreciaba las tiranías o, simplemente, los poderes de hecho. La superioridad de la ley representada en esa forma de Constitución “mixta”, como expresión de una limitación al ejercicio del poder (referido al gobierno constitucional, el cual es por definición un gobierno limitado) y reconocida como el origen de nuestro actual constitucionalismo es celebrada en estos términos “el principio de supremacía de la ley, la afirmación de que todo poder político debe ser legalmente limitado es la mayor contribución del Medioevo a la historia del constitucionalismo” (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 2002, p. 345), aún cuando para muchos dicha apreciación no corresponda a una época denominada generalmente como reaccionaria o decadente.

2.1.2.1 Limitación del poder. Derecho de resistencia.

Para este periodo, siglo XI, no puede soslayarse la importancia del renacer del comercio a raíz de las cruzadas que posibilitan las rutas con oriente. Estos mercaderes permiten el nacimiento de las nuevas ciudades medievales o Burgos (“Burgos” de las “afueras o arrabales”). De a poco estos conglomerados ganan importancia y con singular audacia toman partido estratégicamente en la tensión vivida entre la monarquía y los Señores feudales, obteniendo paulatinamente los denominados *fueros comunales*; dicho momento tiene, según Echeverry (2002), los siguientes rasgos:

Con los burgueses nace el comercio y con él la libertad no como derecho natural sino “útil” (poder desplazarse, capacidad de disposición de los bienes), originando el *ius mercatorum* (derecho mercantil); después de muchas luchas los “nuevos” burgos ganan su autonomía, mediante una carta o fuero otorgada por el señor feudal, dándose después sus propias Constituciones municipales, destacándose un Consejo de Magistrados que preside la municipalidad; el nuevo derecho burgués, abstracto, impersonal y con jueces profesionales para juzgar con “conocimiento de causa” se opone al derecho señorial (feudal) y eclesiástico (juicios de Dios, ordalías, duelos) que aplican un derecho formal y consuetudinario; finalmente, la burguesía saca ventaja de la confrontación entre realeza y feudales, logrando derechos municipales, recortes de los derechos señoriales y, luego, limitantes del poder real, todo mediante los préstamos para financiar los ejércitos de “condotieros” y las milicias de las comunas. Destruído el feudalismo, la burguesía tomó la posición de los feudales, por ejemplo, como “estado llano” al lado del clero y la nobleza (Cámara de los comunes en Inglaterra, “Tercer Estado” en los Estados generales

en Francia).

Este intenso y prolífico marco de acontecimientos, trajo consigo importantes consecuencias, destacados ampliamente por la doctrina como es el caso de la diferencia entre rey o príncipe y tirano, explicitada en la destacada limitación legal al poder, como se advirtió renglones atrás. El rey es *legibus solutus* y lo es en la medida en que su proceder atienda la justicia y la equidad, en otras palabras, el rey no se somete a la ley por ser él su creador y no puede obligarse a sí mismo, según la teoría sostenida para entonces, pero sí debe aplicarla en justicia y en equidad, como condiciones ínsitas al príncipe, de tal suerte que de violar dichos principios no sea rey sino tirano. Las precedentes ideas fueron defendidas, entre otros, por Juan de Salisbury (1115-1180) en su obra “*policraticus*”, escrito a finales de los años sesenta del siglo XII, donde le confiere un acento especial a la denominada comunidad política, a la res publica y al carácter universal de la ley como vínculo absoluto en todas las relaciones humanas inclusive, como señala Sabine, obligatoria tanto para el rey como para los súbditos, igualmente, se le reconoce a Salisbury el no muy honroso mérito de profundizar en la distinción entre rey y tirano al afirmar: “Quien usurpa la espada merece morir por la espada”, considerada por un sector de la doctrina como la fuente de reconocimiento del tiranicidio. Sin embargo, resulta concluyente la siguiente frase de Salisbury (citado por Bobbio, et al., 2002):

Entre un tirano y un príncipe existe esta única o mejor dicho esencial diferencia: que éste obedece a la ley, y según su orden gobierna al pueblo, del cual se considera servidor. En efecto, la autoridad del príncipe deriva de la autoridad del derecho, y en verdad, más que el poder es importante someter a las leyes el supremo poder; de modo que el príncipe no piense que le sea lícito lo que se aleja de la equidad y de la justicia (p. 344).

Salvo la idea del tiranicidio los presupuestos teóricos de Salisbury eran compartidos por Tomás de Aquino (1225-1274) cuando en sus obras “*Summa theológica*” y “*De regime principum*”, escritos después de 1265, explicita este tipo de pensamientos, como el de la limitación del poder del príncipe mediante un derecho de resistencia morigerado; la novedad del Doctor De Aquino, consiste en la reflexión sobre las formas de gobierno, pues evoca a Aristóteles y destaca como la forma ideal la monarquía y aunque ésta puede degenerar en tiranía, está menos expuesta que la democracia, donde al ser muchos los llamados a gobernar es más fácil que algunos “pierdan el camino del bien común”, provocando el surgimiento del tirano que destruye la Constitución y gobierna a favor de la facción.

Es inocultable el desprecio de Santo Tomás por la tiranía, quizás como comenta Sabine (1994) por su esmerada devoción por la ley, resultan, en tal virtud, notables sus reflexiones acerca del derecho de resistencia en relación al tirano, lo cual se traduce en límites al gobierno de uno solo y aunque simpatizaba con la monarquía como forma de gobierno, no escondía sus temores por cuanto se degradara en la tiranía, por ello es importante la existencia de una firme Constitución que él denomina como Aristóteles “*politia*”.

El poder está justificado sólo si persigue el bien común y en este sentido la relación gobernante y súbditos sería consecuente en la medida que se honrara por aquél dicho designio. Finalmente la Constitución “mixta”, es recreada por el autor pero un tanto diferente a la concepción antigua donde el equilibrio social era determinante; para Tomás de Aquino decididamente afecto a la monarquía como gobierno ideal, era a su vez clave la fuerza y la intervención de la comunidad en aras del bien común. Esta interacción es resumida por Fioravanti (2007) cuando señala que el príncipe no puede decidir por él mismo y que ninguno debe dejarlo solo. Es, en últimas, el paulatino surgir de normas y límites la consecuencia de la denominada “*potestas temperata*” y la aparición de un derecho público de origen contractual.

2.1.2.2 *Supremacía de la comunidad política*

Ya entrado el siglo XIII, empieza a operar una transición en la doctrina del régimen monárquico (*regimen regale*) a la del régimen político (*regimen politicum*), de donde la teoría organicista en el pensamiento político juega un papel ambivalente: la exaltación de los derechos y privilegios del príncipe como el corazón de la organización política, pero por otra parte el príncipe existía para dar vida a ese organismo, a esa comunidad, algo así como una necesaria reciprocidad de la existencia del corazón y las partes. El rey era superior a cada parte considerada individualmente, pero era inferior a la integración o conjunto de dichas partes, que constituían el universo (*universitas*), cuya existencia gira en función del mismo rey; así se hace consistir la supremacía de la comunidad política. El sentido y alcance de esta comunidad política se acrecienta cuando se quiere conocer sobre los derechos del príncipe y los derechos de las partes, cuando se desea respecto a estos derechos, respecto a estas leyes, que se someta también el rey.

El interés por indagar sobre los derechos del príncipe y de las partes, se evidencia, ante todo, en el pueblo Inglés donde de entrada se encuentra un acto elocuente: la carta magna de 1215. Este acto fue un verdadero

contrato dispensado por el rey a la comunidad (clero, nobles, vasallos, mercaderes, hombres libres) de la ciudad de Londres. Lo relevante es la posición de Fioravanti (2007) en el sentido no de destacar dicha carta como la limitación al rey en lo concerniente a los tributos sin contar con la aprobación de “obispos, condes y barones mayores” como lo hacen la mayoría de los autores, sino a través del mecanismo del “consilium regni”, resaltar también el sometimiento del rey a dicho acto, a dicha ley; en la siguiente frase dichos rasgos descritos por Fioravanti quedan resumidos: “todos juntos y junto al mismo rey, tienden a representar la comunidad política en su totalidad, con el conjunto de derechos y relaciones existentes en ella...” (p. 48).

El alcance de la superioridad de la comunidad política no implicaba la supresión o el desplazamiento del príncipe, pues el reconocimiento de dicha comunidad estaba casi supeditado a la presencia del rey como representante de toda la comunidad. En otras palabras se avanzaba en la aceptación de la comunidad política, es decir, de la coincidencia en una Constitución, pero no como los modernos la conciben, pues para entonces no podía pensarse la comunidad política sin la autoridad, pues ésta era inmanente al rey.

A propósito de la implicación o el respeto de la ley tanto por la comunidad política como por el rey, el inglés Henry Bractón (1216-1268), señaló que la ley era la confirmación de un acto solemne (la costumbre), consentida no solo por el rey sino también por los magnates (aristocracia) y toda la comunidad política (democracia). Aspecto importante lo constituye el hecho de que también el rey se compromete por ese acto solemne (*la sponsio*) a respetar la ley, es decir, el poder del rey es considerado *potestas iuris*, vinculado al derecho y a la ley. El resultado de este proceso en Inglaterra, es la consolidación del parlamento a partir del siglo XIII cuando fue conformado por las asambleas de los lords y, poco después, por las asambleas de los commons. Es la diferencia entre la monarquía que empezaba a hacer realidad la limitación al gobernante en Inglaterra de la monarquía absoluta en Francia, como dos formas jurídicas que originan dos formas distintas de Estado: monarquía limitada donde el énfasis está en la ley como limitante del poder, de la supremacía del derecho y de la consolidación del principio del *rule of law* y, de otro lado, la monarquía absoluta donde se impone la voluntad del monarca que es creador de la ley y que rememora la expresión “*Tua voluntas ius est*” (tu voluntad es derecho), colocando al emperador por encima de la ley, tal como lo afirmaba el Digesto: “Lo que agradó al príncipe tiene vigor de ley” (Bobbio et al., 2002, p. 344).

Finalmente, Marsilio de Padua con su obra “Defensor Pacis”, continúa con la reflexión sobre la Constitución, sobre las formas de gobierno. Bobbio (1997a) en su “teoría de las formas de gobierno”, aludiendo a este autor admite que examina dichas formas, pero cuestiona seriamente su originalidad por cuanto asegura que es una reproducción de las formas propuestas por Aristóteles en su obra “la política”, redescubierta en el siglo XIII. Fioravanti (2007) asegura, sin embargo, que la obra de Marsilio de Padua (1275-1343), al margen de sus reflexiones sobre dichas formas de gobierno, registra una importante novedad:

La fuerza coactiva de la que el gobernante dispone con la finalidad de poder hacer frente a su deber absoluto de ser auténtico *defensor pacis*, de tener unida a la comunidad política, no es inherente a él, no existe en él de manera natural y necesaria. Esta fuerza coactiva, para conformarse a su fin, así como quiere toda la reflexión política medieval, debe venir de la comunidad política en su conjunto, que *atribuye* esa fuerza al gobernante... (p. 53).

No se trata del antecedente moderno de soberanía, de poder constituyente, sino del propósito de mantener unida la comunidad política, indicando cómo ese mecanismo coactivo atribuido al príncipe, proviene de la comunidad sin el ánimo de erigirse en ella un poder soberano, sino con el interés de evidenciar la supremacía de la comunidad política o, como dice Fioravanti (2007), la supremacía del todo sobre las partes.

3. EL ABSOLUTISMO MONARQUICO

El término absolutismo puede prestarse a equívocos por su uso indiscriminado en la historia y, en consecuencia, por su uso común con el ejercicio del poder arbitrario e ilimitado, o por su asimilación con el concepto de tiranía, o como sinónimo de despotismo o en una versión contemporánea también identificado con el totalitarismo. Sin embargo, ninguna de estas versiones obedece a un criterio científico, sino a su uso generalizado o matizado por las tendencias políticas o ideológicas. Con un criterio no ya convencional y generalizado, sino como una forma específica de organización del poder que surge en el siglo XVIII y se expande en la primera mitad del siglo XIX, el absolutismo puede mirarse desde la perspectiva histórico-Constitucional correspondiendo a los parámetros que se refieren “al espacio cultural del Occidente europeo, al período histórico de la edad moderna y a la forma institucional del estado moderno” (Bobbio et al., 2002, p. 1, 2). Con este horizonte conceptual se examinan algunos sucesos y las ideas propaladas por diversos pensadores propios de dicho

momento histórico, cuya influencia para el Estado y la Constitución moderna constituyen un referente insustituible.

3.1 El declive de la Constitución “mixta”

La Constitución “mixta” en sus estertores, el derecho de resistencia ante el soberano despótico, el derecho divino de los reyes, la limitación del poder, la conformación de los Estados Nacionales, las luchas entre parlamento y monarca, las Revoluciones burguesas y las luchas religiosas, entre otras, son la nota característica que preside los siglos XVI, XVII y XVIII. Así mismo, el renacimiento y la reforma protestante impactan el desarrollo de los primeros siglos de la época moderna. Las monarquías absolutas viven su momento de mayor intensidad. Muchos son los escritores que abordan este trascendental estadio de la humanidad tan prolífico en acontecimientos. Sin embargo, a propósito del despotismo de los monarcas y la concepción acerca del poder y la existencia de la Constitución, principalmente, convocamos a tan solo algunos que contribuyen a comprender y explicitar tan notables sucesos e instituciones.

Resulta inevitable la evocación a Maquiavelo, quien con sus dos obras políticas “El príncipe” y “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, de comienzos del siglo XVI, consagra enseñanzas acerca de la obtención, conservación y pérdida del poder y, por qué no, se anticipa a Hobbes en la apología del soberano absoluto. Producto de sus observaciones, las cuales retrata sin ambages, Maquiavelo extiende sus recomendaciones al soberano: la política es un medio, el poder es el fin. Sus agudos consejos dispensan todo un catálogo de la mecánica del poder, de la audacia, de la mentira, de la hipocresía, de la simulación, de los vicios y las virtudes, de los deberes y, en fin, de las reglas que el príncipe debe observar cuando obtiene el poder, pero también para conservarlo. El príncipe debe apelar a la prudencia, debe matar si es necesario pero no saquear; es amoral no inmoral, es la moral del poder distinta a la moral común; esquiva la observancia de la ley si ello sirve al mantenimiento del poder; el despotismo es un recurso para conseguir la unidad y el orden. Su pensamiento se puede sintetizar en innumerables apartados de su obra, no obstante Sabine cita un pasaje de “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, el cual refleja su pensamiento en torno al soberano: “Pero conviene que cuando el hecho le acuse el resultado le excuse; y cuando el resultado es bueno, como ocurrió en el caso de Rómulo (el asesinato de su hermano), siempre se le absolverá. Es digna de censura la violencia destructiva, no la violencia que reconstruye” (Sabine, 1994, p. 275).

No es que Maquiavelo promueva el absolutismo regio, pero el ambiente que rodea a Florencia y, en general a Italia, es deplorable pues se impone la corrupción, la fragmentación del gobierno y la degradación del poder espiritual que Maquiavelo cuestiona con severidad, es un marco intolerable que lo impulsa a exaltar a toda costa la figura del príncipe como factor de la unidad. De acuerdo con Sabine el autor añora los modelos francés y español con un gobernante como bastión de la unidad Nacional. Es más, el florentino aboga por la libertad de los individuos y la sujeción a la ley por el príncipe tratándose de un Estado ajeno a la corrupción, pero si se trata de Estados corrompidos (tiene ejemplos en los fragmentados gobiernos de su Italia) o la fundación de un Estado nuevo, la violencia tiránica es necesaria. Sin embargo, sus escritos sublimizan el poder absoluto del soberano y contribuyen a fortalecer doctrinariamente dichas formas que para entonces se consolidan en Europa Occidental. Finalmente, Maquiavelo no oculta su desánimo frente a la nobleza y la Iglesia, su devoción por la monarquía y sus evocaciones a la ciudad-Estado antigua, lo cual nos conduce a plantear la suerte de la existencia de la Constitución “mixta”, exitosa según algunos autores en la edad media pero ahora asediada por la lucha contra la concentración del poder.

Por otra parte, de conformidad con Fioravanti (2007) y un sector de la doctrina, la Constitución “mixta” no es ya el punto medio para evitar la disolución de la polis o de la res pública, ni es la Constitución de los antepasados o la patrios politía griega, la Constitución “mixta” en las postrimerías del medievo y en los albores de la época moderna, persigue legitimar los poderes constituidos de forma plural, pero también para evitar el predominio de uno de ellos, se dirige a limitar esos mismos poderes, lo cual genera ineluctables tensiones que conducirán a su desaparición. En este sentido y como se advertía renglones atrás, en el centro del conflicto está el absolutismo monárquico:

En el Continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse <absoluto> el príncipe, es decir, mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebrantamiento y aniquilación del principio de la *legitimidad del status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas (Schmitt, 1966, p. 55, 56).

La lucha por el poder incide en la permanencia de la Constitución “mixta”. El epicentro de estos eventos son Francia e Inglaterra. Las contradicciones religiosas (protestantes y católicos), desencadenan las guerras reli-

giosas en Francia: “entre 1562 y 1598 hubo no menos de ocho guerras civiles, señaladas por atrocidades tales como la de la Noche de San Bartolomé y el uso despiadado del asesinato por ambos bandos” (Sabine, 1994, p. 294). La Constitución y el poder gravitan en las tensiones sociales y espirituales de dichos países.

Estas controversias religiosas desnudan también la pugnacidad entre las teorías sobre el derecho de resistencia del pueblo ante el príncipe tirano y la teoría del derecho divino de los reyes como puntal de la unidad nacional. En ambos bandos y en ambos países se polemiza con intensidad.

Quizás uno de los más fervientes defensores del Derecho divino de los reyes fue Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704), Francés, obispo de Meaux, quien a través de sus obras “La política” y “Discurso sobre la historia universal”, sirvió al propósito de Luis XIV (al mismo que se le atribuye la expresión *<L'état c'est moi>* el Estado soy yo), al realizar una ardiente apología de las monarquías absolutas. Apelando a las sagradas escrituras y prevalido de su destacada oratoria, Bossuet enseña que la monarquía es la forma de gobierno más común, la más antigua y la más natural y para justificar sus afirmaciones evoca a Israel, el pueblo elegido. La monarquía es sagrada, los reyes son los delegados o Ministros de Dios en la tierra, atentar contra ellos es sacrilegio. Según Chevallier (2006), la doctrina tradicional de la Iglesia representada por Santo Tomás, en el sentido de atribuir el poder a la divinidad ejercido por intermedio del pueblo *—per populum—*, se rompe con las postulaciones de Bossuet, al indicar que todos los hombres nacen súbditos y, por ello, es natural su sujeción al imperio paterno, a tener no más que un jefe.

La monarquía posee ciertos rasgos distintivos de acuerdo con Bossuet (citado por Chevallier, 2006). Es absoluta, en el mismo sentido de Hobbes, por cuanto el príncipe no rinde cuentas a nadie y aunque no lo obligan las leyes por lo menos coactivamente, pues el príncipe está exento de castigo, sí está sujeto a su poder directivo, debiendo por lo tanto guardar la justicia y la equidad de las leyes. Por eso contra el señalamiento de arbitrariedad de las monarquías absolutas repone Bossuet, advirtiendo que el soberano tiene un contrapeso a su poder y es el temor a Dios. Además, la monarquía es paternal, según Bossuet, por cuanto el príncipe obra con sus súbditos como el padre con sus hijos, es bondadoso y, por lo tanto, merece ser amado como todo padre. Finalmente, Bossuet afirma que la monarquía está sometida a la razón, pues el príncipe debe actuar sometido a ella en su obrar, en su pensar, en su decidir, concluyentemente el gobierno es una obra de la razón y de la inteligencia.

Pero desde antes y en la orilla opuesta, el escritor Francois Hotman (1524-1590), en su obra “Franco-Gallia”, publicada en 1573, resalta el valor de la Constitución histórica, de esa Constitución “mixta” representada en los estados generales, conformados por los magistrados elegidos por el rey, por los magistrados con títulos nobiliarios, los diputados elegidos por las provincias y por el propio rey, es decir, por las instituciones, cuyo deber es guardar y defender la Constitución llamada por Hotman, *politia*. El ataque en Francia contra el absolutismo monárquico no se deja esperar.

El hugonote Hotman, se propone demostrar que Francia no había sido nunca una monarquía absoluta: “el monarca era electivo y que sus poderes estaban limitados por los estados generales que representan a todo el reino (...). En este sentido el consentimiento del pueblo, (...), es la base legítima del poder político, y la propia corona deriva su autoridad de su posición jurídica como órgano de la comunidad” (Sabine, 1994, p. 297). Pero el mérito de Hotman consiste en trascender todo el pensamiento anterior cuando afirma, según Fioravanti (2007) que el pueblo puede existir dotado de Constitución, inclusive sin el rey. Es no sólo un golpe directo a la Constitución “mixta” aparentemente, sino la oposición radical al gobierno absoluto, cuando éste ha desviado su ejercicio hacia fines distintos de la justicia y protección de la comunidad. Semejante afirmación de Hotman le hace decir seguidamente a Fioravanti: “lo que los autores del siglo XIII, como Tomás de Aquino habrían juzgado como algo monstruoso: un cuerpo sin corazón, o sin cabeza, según la conocida metáfora organicista...” (p. 59).

El entorno histórico de estos escritos, como se señalaba precedentemente, guerras entre católicos y protestantes en Francia y la masacre de la Noche de San Bartolomé donde cayeron buena parte de la aristocracia protestante hugonota, no buscaba tanto el ataque directo a la Constitución “mixta”, como la reivindicación de la Constitución “mixta” medieval, con el muy significativo hecho de configurar una suerte de autonomía del pueblo frente al príncipe, según el propio Fioravanti (2007).

La precedente línea de pensamiento, fue confirmada en otros escritos como las “*Vindiciae contra tyranos*” (1579)¹, donde se afirma que el cuerpo es superior al rey elegido, pero ese cuerpo es de alguna manera el pueblo y no los individuos considerados aisladamente – la “bestia de un millón de cabezas”-, precauciones adoptadas desde Tomás de Aquino cuando se insinúa el derecho de resistencia contra el tirano, pero siempre

¹ Según Fioravanti (2007, p. 60), dicha obra publicada en 1579 con el seudónimo Stephanus Junius Brutus, pero cuya paternidad no está confirmada.

matizando la cuestión, pues considerar ese derecho a cada individuo en particular era precipitar la disolución de la comunidad y sepultar la siempreviva Constitución “mixta”, quien a pesar de estos embates de preeminencia del pueblo sobre el príncipe, se resiste a ser abolida definitivamente.

También debe quedar claro que esa especie de *statu quo* de la Constitución, debe honrarse y respetarse pues quien jura primero es el rey, quien se compromete a respetar los derechos, a no imponer tributos, a proteger la comunidad, en fin a guardar la Constitución. A su vez, el pueblo, jurando posteriormente, se compromete a guardar fidelidad y obediencia, la conclusión es el *pactum subjectionis*: la protección y defensa de la comunidad por el soberano y el consecuente deber de obediencia por el pueblo.

Un paréntesis en relación con el *pactum subjectionis*, permite identificar quizás contenidos contemporáneos similares, por ejemplo en la Carta Colombiana de 1991, cuando el artículo 188 superior señala que el Presidente al jurar el cumplimiento de la Constitución y de la ley, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los Colombianos y, a su turno, cuando el artículo 4 inciso segundo, señala como deber de los nacionales y extranjeros en Colombia observar la Constitución, la ley y, también, respetar y obedecer a las autoridades, parecería evocar aquellos términos, desde luego en contextos distintos, pero que denotan el interés de todo cuerpo político de consignar expresamente la vigencia de dicho acuerdo, lo cual reproduce también las teorías pactistas acerca de la fundación del Estado y de la Constitución.

Continuando con el examen, es oportuno por su dimensión recordar, a través de Sabine (1994), algunos de los interrogantes formulados en las *Vindiciae*: ¿Están obligados los súbditos a obedecer a los príncipes si mandan algo contra la ley de Dios?, ¿Es lícito resistir a un príncipe que desea anular la ley de Dios o que ataca a la iglesia, y en tal caso, a quién, por qué medios y en qué medida le es lícita la resistencia?, ¿Hasta qué punto es lícito resistir a un príncipe que está oprimiendo o destruyendo al estado, y a quién, por qué medios y con qué derecho se le puede permitir tal resistencia?, ¿Pueden lícitamente o están obligados los príncipes vecinos a ayudar a los súbditos de otros príncipes, cuando tales súbditos se ven afligidos por defender la verdadera religión o están oprimidos por una teoría franca?. Sabine, considera, no sin razón, que el propósito del autor era, en primer término, la religión, posteriormente, las relaciones entre ésta y el gobierno y, al final, lo relativo al Estado.

No obstante, de esa mezcla extraña reconoce el anticipo de la formulación sobre la teoría del contrato o acerca de las teorías pactistas del Estado. Como corolario indica Sabine (1994):

La Vindiciae reexpuso la antigua concepción de que el poder político existe para el bien moral de la comunidad, debe ejercerse de modo responsable y está sujeto al derecho y a la justicia naturales. Estas ideas han sido parte de la herencia común recibida de la Edad Media por la Europa moderna. La Vindiciae puso la teoría del contrato decididamente al servicio del derecho de resistencia, (...). La Vindiciae no era en primer lugar una teoría del gobierno secular. Lo más claro que hay acerca del libro es que debió su origen a las luchas religiosas y que constituye la expresión de las ideas de una minoría religiosa. (...). En especial, su defensa del derecho a resistir no constituía en lo más mínimo una argumentación en pro del gobierno popular y los derechos del hombre (p. 301, 302).

Finalmente, no era, entonces, un punto de vista democrático sino aristocrático, la defensa de los derechos y su representación estaban dirigidos a las corporaciones y no a los individuos, debe reconocerse, empero, su importancia como documento filosófico y revolucionario.

Por otra parte, y aunque la pugnacidad entre católicos y protestantes no es ajena a Inglaterra, la disputa por la primacía política se da entre el parlamento y la monarquía, acechando la vigencia de la Constitución “mixta”, presagiando su declive. Aunque escritores como Johannes Althusius (1557-1638), expresaban la existencia de la ley fundamental por virtud de la existencia de pactos, acuerdos y contratos que buscaban preservar dicha ley fundamental ante la eventualidad de un rey con pretensiones tiránicas, realza la Constitución “mixta” como la expresión de una realidad compuesta y plural, llamada a conservar la unidad política con la presencia del rey y un parlamento, conscientes de sus responsabilidades políticas en el mantenimiento del orden dentro del marco de la moderación y del equilibrio. Al mismo tiempo, escritores como Thomas Smith (1513-1577), señalaban como la Constitución “mixta” se expresaba en el parlamento, agregando seguidamente de acuerdo con Fioravanti (2007), que es allí donde “...se realiza el pacífico encuentro entre todas las realidades que en concreto componen el reino, desde el mismo rey y la nobleza más alta hasta los *commons* expresados por las comunidades urbanas y rurales...” (p. 65).

El denominado conflicto Constitucional estaba en ciernes. No obstante, Inglaterra intentaba reafirmar su Constitución “mixta”, elaborada a través

de los siglos, honrando la tradicional monarquía con una clara limitación de sus atribuciones regias y con funciones concretas como la de declarar la guerra o suscribir la paz y, por otra parte, el parlamento con sus privilegios y atribuciones conquistadas en el transcurso del tiempo como el de declarar la ley y aprobar los tributos. Pero los acontecimientos precipitaban la crisis.

En un primer momento, en los albores del siglo XVII (1610), la decisión del rey de establecer los tributos desconociendo el parlamento era ignorar la ley fundamental, la *common law*, es decir, un intento de quebrar la forma de gobierno inglesa, un propósito de subvertir el orden Constitucional y retornar al absolutismo monárquico. Así mismo, en junio de 1642, la iniciativa del parlamento al presentar las denominadas diecinueve proposiciones buscando sustraer al rey su facultad de nombrar consejeros, jueces, oficiales del reino y jefes militares para, en adelante, ser procedentes con la aprobación del parlamento, indicaba el deseo de sepultar definitivamente la Constitución mixta.

Con todo el rey responde en defensa de dicha Constitución quedando claro, que si bien es cierto existía una monarquía limitada por el parlamento para evitar la monarquía absoluta, no es menos cierto que la misma Constitución, consecuentemente, no consentía la parlamentarización del gobierno. La situación terminó polarizándose entre quienes aseguraban ver en la respuesta del príncipe su intención de convertirse en tirano y entre quienes afirmaban la inclinación del parlamento por hacerse al manejo del gobierno. Este panorama de la Inglaterra de entonces estaba llamado a ser el epicentro del conflicto de la Constitución. Mientras en Francia eran las guerras entre católicos y protestantes, en Inglaterra es el enfrentamiento del rey y el parlamento. Este desencuentro entre rey y parlamento no puede ser desatado a través de los mecanismos tradicionales, presentándose hechos relevantes como la dictadura de Cromwell, la condena a muerte del rey Carlos I y la abolición de la Cámara de los *lords*. La Constitución mixta había muerto.

3.2 ¿Hay Constitución en el Estado Absoluto? ¿Y la ley?

Pero a la existencia e importancia de la Constitución, no puede soslayarse la de la ley, a la sazón la norma que ocupaba el lugar de privilegio dentro de los sistemas jurídicos.

La materialización de la propuesta Rousseniana a propósito de la necesidad de la ley como garantía de la libertad y como expresión de la voluntad

general, lo cual le dispensa al legislativo el poder de producción legal dentro del Estado, no tiene como idea del derecho, parangón en la historia jurídica universal. Desde luego, son importantes los mandatos a partir de Moisés, Solón, Licurgo como leyes representativas de la sensibilidad y las intimidades de sus pueblos, o los aportes de Roma con su legislación o, inclusive, el hecho notorio de la dispersión normativa propia de la edad media y su carencia de generalidad y, por qué no, la prevalencia en el absolutismo monárquico de la unilateralidad y exclusividad en la creación de la ley como expresión de una voluntad humana superior lo que se traducía en la máxima "*quod principi placuit leges habet vigorem*" (lo que al príncipe place tiene fuerza de ley), pero según García (2006), nada se compara a la nueva idea de la ley Roussoniana, general, impersonal y abstracta, que refulge en el siglo XVIII iluminando el pensamiento Francés post-revolucionario, a través del propio Napoleón con su indiscutible y sistematizada obra (no sólo con el código civil, sino el comercial, penal, procedimiento civil y procedimiento penal), desembocando en su máxima creación como fue el código, ese estatuto sistematizado y ordenado lógicamente que se generaliza inmediatamente después como una nueva técnica legislativa.

Apartados extraídos de García (2006) y otros del pensamiento de Rousseau, refuerzan la trascendencia de la primacía de la ley como garantía de la libertad en los ordenamientos jurídicos: mediante la ley todo el pueblo decide sobre todo el pueblo. El objeto de la ley y su función como su voluntad es general. La ley considera a los sujetos en conjunto y las acciones como abstractas, jamás un hombre como un individuo ni una acción particular, como consecuencia la ley no puede ser injusta, puesto que nadie es injusto a sí mismo; la ley permite el reino de la libertad de cada uno sin más límite que el respeto de la libertad de los demás.

La superioridad de la ley para entonces es indudable en todos los ordenamientos y la necesidad de su existencia como garante de la libertad imprescindible. Europa no dimensiona aún el valor normativo de la Constitución al tomar partido por la ley, en lo que juega un papel determinante la obra de Napoleón que en un lapso menor a 10 años ve el producto de su esfuerzo, siendo impensable a la sazón que fuera a ser la ley desplazada de su lugar de privilegio por la Constitución, como sí aconteció en los Estados Unidos de Norteamérica y, tan sólo después de la segunda mitad del siglo XX, Europa entraría en la constitucionalización del derecho ocupando la Constitución el lugar prevalente que otrora ocupara la ley.

Retomando el hilo conductor de la historia de la Constitución, el análisis de este momento histórico (absolutismo monárquico), se hará de acuerdo con el propósito inicial, es decir, desde la perspectiva de la Constitución en un doble sentido: lingüístico y jurídico-político. Antes de continuar es importante una precisión: esta época que transcurre desde finales del siglo XV hasta los inicios del siglo XVIII, corresponde a la vez al desarrollo y justificación de las monarquías absolutas, así como también corresponde al surgimiento del Estado moderno, al nacimiento del concepto de soberanía, de las teorías del poder constituyente y a la aparición de las denominadas teorías pactistas del poder, asuntos a desarrollarse más adelante como verdaderos hitos en el surgimiento de la moderna teoría Constitucional con un sentido jurídico- político como se expresó precedentemente.

3.2.1 Constitución en sentido lingüístico o semántico

Atendiendo el primer criterio (el semántico), Ramírez (2005), considera que en ese tiempo no se utilizó el término Constitución referido al orden político o jurídico, aunque ciertamente se usaban otros conceptos con el expreso propósito de limitar la potestad del rey. Leyes fundamentales (*lex fundamentalis*- utilizado al parecer por primera vez en Francia como norma limitadora- o *fundamental law* -usado en Inglaterra para defender los poderes del rey frente al parlamento), leyes del reino (*legis imperii*), o también en Alemania desde las conocidas *cláusulas de paz de westfalia* para legitimar el imperio y otros tipos de experiencias jurídicas como el *common law* en Inglaterra, que para algunos doctrinantes constituye una forma de limitación al poder semejante al de Constitución. Igualmente se analizan diferentes documentos como el *Instrument of Government* de Cromwell y el *Bill of Rights*, catalogados por algunos autores como ejemplos de las primeras constituciones escritas (Ramírez, 2005).

Subraya Ramírez (2005), para desarrollar este primer sentido, el lingüístico, a autores como Mortati, quien afirma: “solo a partir del siglo XVI con los monarcómanos franceses se puede encontrar el rastro de algún término lingüístico que se acerque a la idea de Constitución; así se recoge (...) la expresión *lex fundamentalis* para referirse a la distinción introducida en Francia entre *Lois du royaume* y *loi du roi*, o el *dominium politicum* que se contrapone al *dominium regale*” (Ramírez, 2005, p. 60); también menciona a otros autores como el profesor Español Manuel García Pelayo, quien manifiesta el uso del término ley fundamental en Alemania: “en el derecho positivo Alemán, desde el siglo XVII se comienza a designar como leyes fundamentales del Imperio una serie de pactos y capitulaciones entre el emperador y los estamentos; así por ejemplo, la Bula de Oro (1356), el concordato de Viena (1448), las Capitulaciones Electorales,

etc., y (posteriormente), sobre todo, las cláusulas de Paz de Westfalia” (Ramírez, 2005, p. 61).

Pero en esta controversia interviene nuevamente Fioravanti (2007), cuando afirma que Althusius al relatar el conjunto de pactos, acuerdos o contratos celebrados entre las órdenes, provincias y ciudades, los califica como una verdadera ley fundamental de la comunidad política. Para Hobbes, lo importante de la ley fundamental es su unicidad, asegurando que contrario a la pluralidad de leyes fundamentales, característico de la edad media, se debe tener una única ley fundamental para garantizar el mantenimiento del orden público. Esta nueva percepción de la ley fundamental (asimilable a Constitución), contrasta radicalmente con la idea pluralista vigente en el medievo, recabando ahora en la necesidad de un solo acuerdo, de un solo pacto fundamental, de una sola Constitución.

Es igualmente relevante la posición de Jellinek (2000) al respecto, cuando al indagar por los orígenes de la Constitución moderna, indica que en el siglo XVI, aparece por primera vez el concepto de *lex fundamentalis*, con la característica de tener una fuerza superior a las demás, añadiendo: “El propio rey está obligado respecto de ella, y no la puede modificar por sí solo” (p. 460). No obstante, Jellinek sostiene el hecho de no aparecer una distinción entre ley fundamental y leyes simples; así mismo, sostiene la ausencia de definición de ley fundamental como lo afirmaba Hobbes, tal vez por ello, el propio Hobbes en su “Leviatán” y, según Fioravanti (2007), propone una definición:

...ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y se disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya sea este monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra, y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público (p. 78).

Quizás por ello, acto seguido, Jellinek (2000) también consagra una explicación: “La concepción de ley fundamental va, pues, unida de un modo especial a la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *regnum* han permanecido muy vivas a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona” (p. 460).

Siguiendo a Jellinek (2000), los efectos de ese contrato Constitucional, cuyo origen es el contrato social unánimemente llevado a cabo por la comunidad y por el Estado, de acuerdo con las doctrinas calvinista y católica, preludia la Constitución escrita cuya más célebre expresión la constituye el *Instrument of Government* de 1653 “primera y única carta constitucional que ha tenido Inglaterra como ley fundamental del Estado inglés”, punto de controversia por la doctrina, pues algunos aseveran que fue ésta la primera Constitución escrita (Mortati y Carl Schmitt), mientras otros señalan a la Constitución de Filadelfia la primera de los tiempos modernos. Además, el propio Jellinek destaca la singular ironía y, por qué no su propia contradicción, de “...que la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna” (p. 462).

Finalmente, cita Ramírez (2005), a otro sector de la doctrina, como el del tratadista Alemán, Klaus Stern, el cual no participa de esta línea de pensamiento, al afirmar que estas leyes fundamentales tanto en Alemania como su uso en el resto de Europa no pueden asimilarse al de Constitución actual. La conclusión de Ramírez, en relación con el concepto de leyes fundamentales usado en este período es que:

...a pesar de su utilización como norma limitadora, reguladora de poderes o de legitimación de este, para algunos autores se aleja de un concepto o idea de Constitución que organice jurídica y políticamente la vida de la organización política, y por esta razón se rechaza que sea comparable con el término Constitución, aunque en nuestra opinión dicha palabra no puede descartarse como antecedente de la idea de Constitución que se desarrolla posteriormente (p. 65).

Para culminar este acápite, brevemente se examinarán algunos conceptos como el del *Instrument of Government*, como antecedente de la moderna Constitución. Es de nuevo Jellinek (2000), quien afirma, después de la revolución de Cromwell, que en el ambiente surge la necesidad de una Constitución para Inglaterra, cuando éste en 1653, intentó establecer dicho instrumento con un propósito de permanencia para superar la situación de provisionalidad antes de la revolución: “Por esto declara Cromwell -no obstante rechazar el supuesto del contrato del pueblo por mediación del parlamento- que en todo Estado es preciso algo fundamental análogo a la Carta Magna, permanente e incambiable...” (Jellinek, 2000, p. 462). Pero otros autores indican que Cromwell buscaba un sustento jurídico para su dictadura, pues ella no era obra del parlamento, sólo poseía una apariencia de legalidad y tenía “...elementos autoritarios y autócratas, y no democráticos ni de limitación de los poderes...” (Ramírez, 2005, p. 68).

Es preciso traer a colación otros términos originados también en Inglaterra, como el *common law*, el cual se asimila a Constitución por su carácter limitativo de poderes tanto reales como parlamentarios; la supremacía del *common law* se evidencia en la obra del Juez Edward Coke (1552-1634), denominada *Institutes of the law of England*, de acuerdo a lo indicado por Fioravanti (2007) o también por García Pelayo (citado por Ramírez, 2005), ; éste último señala: “Durante la época de los Tudores existe una tendencia que considera el *common law*- y, por consiguiente, los preceptos constitucionales contenidos en él- como una especie de derecho fundamental con primacía sobre las normas emanadas del Consejo del rey y del parlamento” (p. 65).

En este mismo orden de ideas, el *Bill of Rights*, o declaración de derechos de 1688, es considerado como ejemplo de Constitución escrita y antecedente inmediato de la Constitución moderna. Schmitt (1966) señala:

La Declaración de Derechos de 1688 (*bill of rights*) es, por la forma, una fijación contractual entre el príncipe de Orange al trono por el Parlamento inglés, y este parlamento. Pero el parlamento aparece aquí como el representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real, la no suspensión de leyes por el rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, el derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del parlamento, el derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, la libre elección de los miembros del parlamento, la libertad de discusión y de discurso en el parlamento (p. 53).

Agrega Schmitt (1966) que “Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal- constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad” (p. 53), aspecto despreciado por otro sector de la doctrina que coincide en afirmar que tan solo se trata de una declaración de derechos sin un contenido político legitimador del poder.

3.2.2 Constitución en sentido jurídico – político

Ahora bien, en lo atinente al segundo aspecto (jurídico-político de la idea de Constitución en dicha época), se examinarán factores cuya aparición están indefectiblemente vinculados al concepto moderno de Constitución como son el nacimiento del Estado moderno, la soberanía, el poder constituyente y las teorías pactistas del poder. Con excepción de la soberanía y del poder constituyente cuyo examen se realiza seguidamente, para los

demás (Estado y Constitución modernos y teorías contractualistas o pactistas), se estudian de manera independiente por su incontestable importancia en la historia Constitucional.

3.3 De la soberanía

Naranjo (2003), realiza un interesante trasegar histórico de la soberanía, donde queda manifiesto que el concepto moderno de soberanía, aunque las primeras huellas de su formulación se hallan en la Antigüedad (concretamente en Roma con el uso del término *superanitas* para referirse al poder supremo del emperador), encuentra sus raíces en las postrimerías de la edad media, particularmente en Francia, cuando se discutía acerca de la superioridad del monarca frente al Sacro Imperio y al papado, pero también cuando la monarquía luchaba internamente por la prevalencia sobre el modelo feudal. Originalmente la soberanía secular se enfrenta a la soberanía papal, en donde con sus escritos aparecen pensadores de la dimensión de Marsilio de Padua y Guillermo de Occam, quienes más adelante son relevados por las tesis de Maquiavelo en un entorno influenciado por el Renacimiento. Con Maquiavelo se inicia el denominado absolutismo estatal defendido poco después por Bossuett, Bodino y Hobbes pero también severamente cuestionado por Locké, Montesquieu y Rousseau, donde se transita de la soberanía monárquica a la soberanía popular y a la soberanía nacional, época que también se destaca por la reformulación a las teorías naturalistas y contractualistas con escritores como Althusius, Grocio y Pufendorf, entre otros. Sin embargo, los pensadores reformistas, Calvino, Lutero y John Knox, en sus controversias con el Clero pero también en sus postulaciones contra la corona (Knox y los hugonotes franceses), junto a quienes encabezaron la contra-reforma Católica como San Ignacio de Loyola, el Español Juan de Mariana y Francisco de Suárez, entre muchos otros, avivaron la contienda teórica donde el derecho divino de los reyes ocupaba un lugar central en la disputa.

Pero el acento se enfoca hacia la Constitución “mixta” que vive su propio calvario (siglos XVI-XVIII). El poder monárquico limitado por los demás poderes institucionales y por la propia comunidad política, denominado *potestas temperata*, lucha por sobrevivir a los embates provenientes de las guerras religiosas en Francia y la pugnacidad entre parlamento y monarquía en Inglaterra, elementos que finalmente evidencian la crisis de la pluralidad de pactos y contratos, insuficientes para detener el conflicto y, más bien, como aseguran algunos, la causa misma del colapso de la Constitución “mixta” y, con ella, la presencia de la moderna teoría de la soberanía.

De todas formas, no sobra iterar que la soberanía surge en los inicios de la edad moderna fruto del pensamiento naturalista que sirve de fundamento al positivismo Estatal y al derecho internacional moderno, pero también nace como producto del decaimiento de la cultura jurídica con pretensiones universalistas (la Iglesia y el Imperio) que la edad media había heredado del imperio romano. La soberanía es un concepto jurídico, político y filosófico donde convergen todas las contradicciones del derecho positivo cuya vigencia se proyecta en Europa, por lo menos en países como Italia y Alemania, hasta la segunda mitad del siglo XX.

La soberanía, tanto interna como externa, pero ante todo la primera, parte de la idea que se identifica con el *princeps* hasta las versiones jacobinas, organicistas y democráticas en los orígenes de la soberanía nacional, para pasar a la soberanía popular y terminar en las doctrinas juspublicistas del Estado-persona decimonónico y de su identificación con el Estado, tal como lo expresaba Ferrajoli (2009a).

3.3.1 La soberanía “limitada” de Juan Bodino.

Es Juan Bodino (1529-1596), con su obra “los seis libros de la república”, quien de acuerdo con Fioravanti (2007) al responder el interrogante, eludido sistemáticamente en el pasado, sobre la titularidad de la *potestas* pública, el poder público, lo hace no a través del análisis, es decir,

...partiendo de la enumeración de los poderes y de las prerrogativas del soberano, sino por vía de síntesis, intentando descubrir la *naturaleza* de los poderes que pertenecen al soberano. El rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados, en él y sólo en él, de un carácter particular, el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea *perpetuo* y *absoluto* (Fioravanti, 2007, p. 73).

Bodino (citado por Bobbio, 1997a), rompe con la concepción medieval de considerar el poder del rey derivado de la comunidad a quien debía responder o, por otro lado, con la denominada doctrina del derecho divino de los reyes. A él se atribuye la primera formulación seria de la soberanía. “Soberanía” significa “poder supremo”, o sea poder que no reconoce por encima de sí mismo ningún otro. Este poder supremo o *summa potestas* es el poder soberano y, donde este exista, existe un Estado. Dicho poder en el soberano adquiriría ahora un carácter de perpetuo, es decir, no revocable, no derivado de la comunidad ni de otro poder, un poder originario, no recibido, cualitativamente distinto a los otros poderes (esencialmente

derivados y, por ello, revocables).

Así mismo, Bodino (citado por Bobbio, 1997a) confiere a esa soberanía un atributo absoluto, el cual está vinculado a la característica de ser perpetua. Sin embargo, al mismo tiempo significa que la soberanía no se distribuye en otros poderes o que unidos sean superiores al poder soberano, o que pueda ser compartido, es, en últimas, indivisible. La soberanía para ser absoluta debe ser *legibus soluto*, o sea, debe estar el soberano desligado de la obligación de obedecer las leyes. No puede, asegura Bobbio (1997a), confundir lo absoluto con lo ilimitado, por ello *Legibus soluto* significa que el soberano hace las leyes para todos y no está sometido a esas leyes, porque <no es posible mandarse a sí mismo>.

Continuando con Bodino (citado por Bobbio, et al., 2002), para las leyes naturales y divinas, así como para las leyes fundamentales (hoy conocidas como Constitucionales), como son las concernientes a la corona, a las normas de sucesión, a sus bienes, existe un criterio de indisponibilidad, lo cual constituye un límite a ese carácter absoluto. De igual forma, tomar los bienes injustamente de los súbditos, constituye un límite para el príncipe al estarle vedado el desconocimiento de las normas que regulan las relaciones privadas.

En este mismo orden de ideas Bodino (citado por Bobbio, 1997a) diferencia la sociedad de los súbditos correspondiente a la “esfera pública” y la sociedad de los burgueses correspondiente a la “esfera privada”, por este camino Bobbio (1997a) arriba a la siguiente conclusión: “La distinción entre la sociedad de los privados, regulada por el derecho privado, que es un derecho entre iguales, y la sociedad política, regulada por el derecho público, que es un derecho entre desiguales, acompaña la formación del Estado moderno, ¡y de ninguna manera es, como frecuentemente se dice, una invención de Hegel!” (p. 82).

De otra parte, Bodino (citado por Bobbio, 1997a) diferencia *état* y *gouvernement*, es decir, entre “régimen” o “Estado” y “gobierno”: “Si desde el punto de vista del régimen se define quién es el titular de los poderes soberanos, desde el punto de vista, distinto y diferente, del gobierno se define cuál es la función, junto al soberano, de todos aquellos que están dotados de poderes con relevancia pública, desde los estados generales y los parlamentos hasta los magistrados y oficiales del reino” (Fioravanti, 2007, p. 76). En consecuencia, el régimen político (*état*), lo clasifica Bodino (citado por Bobbio, 1977) en tres formas: monárquica, aristocrática y democrática. Es partidario, sin duda, del “régimen” o “Esta-

do” monárquico; descarta una cuarta forma de “régimen” o “Estado”, es decir, el mixto, propio de la edad media, pero simpatiza con un gobierno “mixto y temperado” que vincule lo popular y lo aristocrático.

A pesar de esta diferencia, según el propio Fioravanti (2007), Bodino no explica ni sustenta la distinción entre régimen y gobierno, ni tampoco proporciona un fundamento de la soberanía, sin desconocer los avances y la ruptura generada por el planteamiento novedoso de la soberanía en relación con las concepciones de Constitución “mixta”, propias de la edad media. No obstante, Bobbio (1997a) destaca como original en la teoría bodiana, su pensamiento sobre las formas de gobierno, así como la impugnación, en contraste con la tradición, a dos “tesis clásicas, la de la duplicación de las constituciones en buenas y malas, y la del gobierno mixto” (Bobbio, 1997a, p.83).

Bobbio (1997a) sintetiza la posición de Bodino para confutar la teoría del Estado “mixto”, indicando que la trascendencia del poder soberano reside en la atribución de producir normas generales vinculantes para toda la sociedad, dicha facultad no puede estar dispersa entre los distintos poderes, pues de ser así, la soberanía pierde otro de sus atributos, el de ser “indivisible”. Cuando el poder está dividido “el Estado pierde su unidad y con ella la estabilidad. El Estado es unitario o no lo es. Como se aprecia, la razón por la cual Bodino critica el Estado mixto, es decir, el Estado dividido, es precisamente lo contrario de la razón que los partidarios de esta forma de Estado esgrimían para justificar su superioridad (...) la mezcla, más que ser garantía de mayor estabilidad, es la causa principal de inestabilidad” (Bobbio, 1997a, p.85).

3.3.2 La soberanía “absoluta” de Thomás Hobbes.

Con la aparición del “leviatán” de Thomás Hobbes, publicada en 1651, la soberanía adquiere perfiles radicales. El carácter del poder soberano es absoluto, irrevocable e indivisible y debe permanecer en una persona o en una asamblea. La idea de soberanía surge a partir del pacto de unión, cuando el individuo decide salir del Estado de naturaleza y pasar a la sociedad civil. Los súbditos, entonces, pactan obedecer incondicional e irrevocablemente a ese poder soberano, pues de no hacerlo se corre el riesgo de la disolución del Estado, un retorno a la inestabilidad del Estado de naturaleza, la anarquía total. Los poderes del soberano son absolutos e irrevocables y, como en Bodino, son los mismos: dar y anular la ley, declarar la guerra, suscribir la paz, ejercer el poder judicial, designar funcionarios y magistrados.

Los atributos de la soberanía señalados por Hobbes encarnan, a su vez, su doctrina sobre el Estado, del Estado-persona, esa metáfora antropomórfica del hombre artificial, donde el atributo de la soberanía es el alma artificial, es decir, la soberanía absoluta, fuente suprema y no derivada que sirve de fundamento al positivismo jurídico hasta la primera mitad del siglo XX y sus principales enunciados: principio de legalidad y convencionalidad del derecho “*autorictas, non veritas facit legem*”; del fundamento formalista y voluntarista de la validez de las normas identificado con el principio “*quo principi placuit legis habet vigorem*” y del monopolio del Estado en la producción normativa. Aunque estos enunciados remiten a la soberanía tanto interna como externa, importa reconocer actualmente su profunda transformación denunciada por Zagrebelsky (2002) y por Ferrajoli (2009a). Ferrajoli enfatiza dichas transformaciones frente a realidades provocadas por el nacimiento de sociedades de intereses que se disputan el poder en lo interno, pero ante todo por el surgimiento de comunidades supra-estatales, con normativas más altas que las de los Estados, evocando el retorno al estado de naturaleza por el ánimo belicista y por el aprestamiento permanente para la guerra amparados en esa libertad que hace de dichos Estados iguales a los demás.

Según Bobbio (1995) la soberanía de Hobbes es irrevocable por cuanto el pacto de unión es acordado por los súbditos y no entre éstos y el soberano, cuando aquéllos deciden pasar del Estado de guerra al Estado de paz, por tal razón, la única vía de la revocatoria sería la decisión unánime, no mayoritaria, de retornar a la anarquía: un imposible de hecho. Ahora bien, ese pacto de unión entre los súbditos supone la obligación de entregar a un tercero el poder que cada uno tiene en el Estado de naturaleza, lo cual genera también la imposibilidad de derecho de la revocatoria. Bobbio lo explica en los siguientes términos:

La imposibilidad de derecho deriva de haberse concebido el pacto de unión como un contrato en favor de un tercero, es decir, como un contrato en el que los signatarios asumen una obligación, no sólo uno con el otro, sino también con el tercero en cuyo favor se ha estipulado el contrato. La naturaleza de este contrato es tal que no puede rescindirse sólo con el consenso de las partes, sino que hace falta también el acuerdo del tercero, con el que las partes se han recíprocamente obligado. Esto significa que, una vez establecido el pacto de unión, para rescindirlo no basta el acuerdo de los asociados, ya de hecho improbable porque es necesaria la unanimidad de

los votos, sino que también es necesario el consenso del mismo soberano. (...) Dicho de forma más simple, y quizá más eficaz: en el *leviatán* se observa que no puede producirse una ruptura del contrato entre los súbditos y el soberano, porque entre el soberano y los súbditos no hay interpuesto ningún contrato, al ser el pacto de unión un pacto de los súbditos entre sí (p. 53).

La soberanía también es indivisible, pues el poder reside exclusivamente en el soberano y no en los súbditos, ni en otro poder, no puede ser compartido; por eso mismo, Hobbes, lucha contra las causas de la disolución de la unidad del Estado: la división de los poderes (donde estaban inscritos quienes defendían la teoría clásica del gobierno mixto) y la división entre poder espiritual y poder temporal.

Igualmente, para Hobbes, la soberanía es absoluta en el sentido de poder ejercitarse sin límites externos. Así lo explica Bobbio (1997a):

Que el poder soberano sea el mayor poder que pueda ser atribuido por hombres a otros hombres es una de las acuñaciones hobbesianas más frecuentemente rebatidas. La grandeza de este poder reside precisamente en el hecho de que quien lo detenta puede ejercerlo sin límites externos; así, este poder es absoluto. En el Estado de naturaleza no existen súbditos ni soberanos, mejor dicho, cualquiera es soberano o súbdito según la situación de hecho en la que se encuentre integrado, pudiendo ser el más poderoso de los soberanos de derecho o bien el más miserable de los súbditos de hecho. En el Estado civil, tras el pacto de unión, el soberano es soberano y el súbdito, súbdito. Y el soberano es soberano porque, al tener sólo él el derecho sobre todo que antes del pacto correspondía a cada uno, siempre es soberano y nunca súbdito. Y es siempre soberano y nunca súbdito porque su poder es absoluto; si otro lo limitase, el soberano sería el otro, no él (p. 55).

Un breve parangón, de conformidad con las citas precedentes, permite reiterar las diferencias y similitudes entre el pensamiento de Bodino y Hobbes respecto a la soberanía. La soberanía de Hobbes es más absoluta que la de Bodino. Y lo es por cuanto Hobbes rechaza todo tipo de límites al poder absoluto, Bodino consiente límites: provenientes de la ley fundamental, del derecho natural y divino, del derecho de los particulares). Sin embargo, ambos coinciden en rechazar las tradicionales formas buenas y malas de gobierno, así como también el gobierno mixto.

Las razones del rechazo a las formas buenas o malas de gobierno, Hobbes

las hace consistir en no existir argumentos racionales para distinguir el gobierno bueno del malo, sino que el fundamento es opcional, se trata de puntos de vista, juicios de valor subjetivos de las personas. Estas postulaciones de reproches a dichas formas de gobierno están vinculadas con el carácter ilimitado de la soberanía; al respecto Hobbes es afirmativo "... porque si una autoridad es concedida con ciertos límites, quien la recibe no es rey, si no súbdito de quien la concede", para seguidamente apelar a una lógica incontestable y disolver la distinción entre rey y tirano: "si el rey tuviese un poder limitado con respecto al tirano, no sería un verdadero rey; pero si su poder es ilimitado, no es posible que pueda ser distinguido del poder del tirano. Una vez más, el tirano es un rey que no cuenta con nuestra aprobación; el rey es un tirano que tiene nuestra aprobación" (Bobbio, 1997a, p.98).

No hay pues excesos en el ejercicio de poder: el rey es un tirano que cuenta con nuestra aprobación, el tirano es un rey que desaprobamos; este ejercicio tiránico del poder soberano se le llama "ex parte exercitii"; pero cuando un individuo (rey o tirano), se apropia del poder por la fuerza, el decorado será: si el pueblo lo reconoce se vuelve rey legítimo, de lo contrario será visto como un enemigo y no como un tirano. En este último evento se habla de "ex defectu tituli". Finalmente, hobbes, introduce una innovación a la teoría clásica del despotismo ejemplificada a partir de la victoria justa resultante de una guerra que no cuenta para su resolución sino con el veredicto de las armas: el vencido pacta la sumisión, léase esclavitud, a cambio de preservársele la vida. Concluyentemente: "hasta ahora habíamos visto justificado el despotismo ex natura (Aristóteles), y ex delicto (Bodino), aquí lo vemos justificado ex contractu" (Bobbio, 1997a, p. 101).

Por último, Hobbes reniega del gobierno mixto, pues no acepta la división del poder soberano por el riesgo de destruirlo, si el poder está dividido ya no es soberano. La idea tradicional del gobierno mixto, es demolida por Hobbes, según Bobbio (1997a), por la evocación de aquél a la guerra civil inglesa, provocada por la división del poder entre el monarca y el parlamento, desencadenando en lugar de la pregonada estabilidad, la disolución y fragilidad del Estado. Bobbio sugiere que la crítica al gobierno mixto, coincide unas veces (otras no) con la crítica a la separación de los poderes y para mejor ilustración cita de aquél un fragmento de su conocida obra "el leviatan":

Y, por tanto, si el rey ostenta la representación del pueblo y la asam-

blea general ostenta también esa representación, y otra asamblea representa una parte del pueblo, no son una persona ni un soberano, sino tres personas y tres soberanos. A qué enfermedad en el cuerpo natural del hombre puedo comparar exactamente esta irregularidad de un Estado, es cosa que no sé. Pero he visto a un hombre que tenía a otro hombre creciendo de su flanco, con cabeza, brazos, pecho y estómago propios. Si hubiese tenido a otro hombre creciendo desde el otro flanco la comparación podría entonces haber sido exacta (Bobbio, 1997a, p.105).

Bobbio (1997a) concluye recordando de Hobbes la idea monstruosa (su “leviatán”), tolerable en el reino del Espíritu, pues allí se conjuga la Trinidad, pero en el terrenal, sólo podría dar lugar a deformaciones teratológicas (monstruos).

Para terminar, Hobbes es visto por un sector de la doctrina como el precursor del Estado totalitario, como el inspirador del absolutismo monárquico o, por otros, como el anticipador del Estado liberal, sin embargo autores como Bobbio, reivindican su pensamiento. Ni lo uno ni lo otro es Hobbes para Bobbio (1995), es, según sus palabras, un “grande e inigualable constructor de la primera teoría del Estado moderno”. De cualquier forma se reconoce a Hobbes como un grande de la filosofía política moderna o como afirmaba Schmitt en un libro sobre el mismo, de acuerdo al propio Bobbio (1995): “Hobbes sigue siendo un incomparable maestro de la política, el maestro más genuino de una gran experiencia política”. Finalmente, Hobbes, un escritor cristiano, con un espíritu vacilante y temeroso de la guerra, vive al momento de la publicación del “leviatán” en 1651, un entorno altamente conflictivo en su Inglaterra: la decapitación del rey, la supresión de la cámara de los lores, la desaparición de la tradicional Constitución “mixta” y la dictadura de Cromwell (otros ven en la dictadura el advenimiento de la república), todo ello, no cabe duda, contribuyó a la formulación de su pacto de unión.

3.3.3 Juan Jacobo Rousseau y la soberanía popular

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), publica “el contrato social” en 1762, provocando un verdadero cisma político, al considerar el poder soberano no en cabeza del rey, sino en cabeza del pueblo (un golpe certero al absolutismo monárquico, dominante a la sazón, bajo el amparo teórico de Bodino).

Aspectos notables en Rousseau lo constituyen la ausencia de límites y de garantías a la Constitución, pues lo único a perseguir por una ley funda-

mental es la de preservar las condiciones de igualdad del pueblo soberano. Es más, no consiente el mínimo recorte o límite al pueblo soberano, pues “no existe ni puede existir ningún tipo de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social” (Fioravanti, 2007, p. 84). La Constitución es apenas el producto de la voluntad soberana del pueblo, ella consiente los demás poderes, bajo el entendido que son todos poderes derivados, esencialmente revocables por el legislador originario, es decir por el pueblo soberano.

Desde entonces la soberanía del pueblo es objeto de intensos debates teóricos. Es una mera ficción, sostienen algunos, pues no es posible otorgarle al pueblo la potestad soberana dentro del Estado, sino que finalmente es un grupo reducido mediante la teoría de la representación quien realmente ejerce la soberanía. Héller (2004) sostiene que la soberanía del pueblo no obstante el cuerpo electoral sea reducido no es una mera ficción, es una realidad: “A pesar de todas estas limitaciones y falseamientos, la localización jurídica de la soberanía en el pueblo no es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebirse, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador” (p. 382 y 383).

En lo concerniente a la diferencia entre Estado y gobierno (formulada por Bodino dos siglos antes), Rousseau admite tan solo una forma de Estado cual es el de la “república”, fundada en la soberanía popular, cuya forma de gobierno se reduce al ejercicio del poder ejecutivo, según esté confiado a uno, varios o a muchos. En lo atinente al poder legislativo, el poder de hacer las leyes, Rousseau es concluyente: reside exclusivamente en el pueblo soberano. En cuanto a las características de la soberanía coincide Rousseau con Bodino, al admitir la existencia de la indivisibilidad del poder soberano, “la soberanía o es única o no lo es”; en lo que se distancia de Bodino es en lo por éste denominado régimen o Estado, por cuanto Rousseau no rechaza “la categoría del gobierno mixto porque lo interpreta no como división del Estado, como lo hace Bodino, sino como división del gobierno. Que el gobierno esté dividido de ninguna manera afecta la unidad de la soberanía (o del Estado). De hecho la división de los poderes del gobierno, de acuerdo con Rousseau, es tan normal que todos los gobiernos son mixtos: <no existen gobiernos simples>” (Bobbio, 1997a, p. 89).

3.3.4 La soberanía contemporánea: La soberanía de la Constitución

Notables tratadistas se han ocupado de la soberanía en tiempos en que profundas transformaciones en el campo del derecho público se están suscitando. Si la soberanía reside en el Estado, la misma parecería evanecerse frente a la unificación económica y jurídica de Estados o ante la presencia de la Constitución como ley fundamental del Estado. En este marco de profundos cambios en la esfera jus publicista y, concretamente, en el concepto de soberanía, el pensamiento de Héller (2004) resulta pertinente.

El decisionismo de Héller (2004) conoce dos momentos acerca de la soberanía. Bajo el supuesto de la relación asimétrica entre poder y derecho, como dos caras de una misma moneda, pero en donde el derecho sólo es un instrumento del poder soberano, Héller admite como Carl Schmitt (de donde se nutre su posición original sobre la soberanía y para quien- para Schmitt- soberano es quien decide en la situación de excepción), que “soberano es quien efectivamente puede adoptar una decisión resolutoria sobre una situación de excepción aún en contra de lo preceptuado y de los procedimientos taxativamente previstos en el Sistema jurídico” (Héller, 2004, p. XIV). En este primer momento del pensamiento de Héller, la soberanía es la del Estado y el derecho internacional no es más que una derivación de esa soberanía estatal. El Estado soberano tiene, desde esta óptica, una existencia real, no ficticia, siendo la organización más poderosa dentro de su territorio, ejerce el monopolio de la fuerza y, por ello, tanto política como jurídicamente, ejerce como el poder político supremo, de lo contrario, no será ni soberano ni poder del Estado. La soberanía se afirma en la unidad de acción y de organización que es el Estado, de manera absoluta, en defensa del orden jurídico, pero actuando en contra del derecho en los casos de necesidad. Este planteamiento de la soberanía con un sentido absoluto recuerda la soberanía de Bodino y de Hobbes.

Héller (2004) morigeró su posición, en un segundo momento, como consecuencia de su defensa de la República de Weimar, cuando reconoce la primacía del derecho sobre el poder soberano: “el Derecho no queda reducido instrumentalmente al poder; el Derecho conforma el poder y lo somete a un sistema de límites. El Derecho legitima el poder y lo organiza, al menos en un Estado democrático de Derecho” (p. XV). A este momento corresponde el denominado garantismo Constitucional, donde la Constitución es elevada a ley fundamental para organizar el Estado, a los poderes públicos y al sistema de fuentes del derecho. Según José Luis Monereo en el prólogo del texto de Héller (2004), la soberanía, a partir de este momento, es una soberanía jurídico-política que actúa dentro del marco de la Constitución.

La soberanía ha venido transformándose desde la primera formulación objetiva atribuida a Bodino. Modernamente la soberanía no reside en el soberano de manera absoluta con o sin límites de ninguna especie, o en el pueblo, o en el Estado, sino parece agitarse una nueva concepción que encuentra la soberanía en la Constitución. Como síntesis se diría que originalmente la soberanía significaba, en general, la existencia implícita del principio de exclusión y beligerancia ante lo ajeno. Comportaba, además, en lo interno el rechazo de los competidores, de los antagonismos, no podía tolerar la concurrencia, en últimas, el Estado soberano no podía consentir compartir con otra fuerza u otro poder la soberanía, a riesgo de sacrificar su esencia y la consideración misma de la estatalidad.

Tal como lo reseña Zagrebelsky (2002), de haber tolerado alguna de las precedentes circunstancias, el Estado no sería el <todo> sino tan solo una <parte>. Mientras tanto en lo externo, la soberanía implicaba el principio de la no ingerencia, o sea, tan solo se permitían relaciones horizontales (entre Estados) en un plano de igualdad, pero nunca una autoridad superior como un gobierno supranacional. La soberanía significó, a la sazón, el fundamento del derecho público del Estado moderno, tanto en lo interno como en lo externo. Pero tal como lo asegura Zagrebelsky:

Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de <contextos> que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen (p. 11, 12).

Quienes proponen contemporáneamente la soberanía de la Constitución, señalan que no puede ser otro centro de fuerza para garantizar la unidad política estatal, sino una propuesta de coexistencias, pluralismos posibles “que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espon-

taneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática” (Zagrebelsky, 2002, p. 14).

Es más, actualmente se reconoce la profunda crisis de la soberanía, tanto interna como externa, de allí que autores como Ferrajoli (2009a) postulen la revaluación e inclusive la negación de la soberanía interna, provocada por la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por la expedición de Constituciones y el cambio de modelo de Estado, por la división de poderes, por el principio de legalidad y por los derechos fundamentales que conforman un menú de limitaciones el cual se torna en una negación de dicha soberanía. Mientras tanto la soberanía externa, cumple un itinerario opuesto al de la interna, en el sentido que se libera de sus premisas naturalistas y alcanza expresiones incontroladas e ilimitadas en las guerras, en el proceso de colonización, en las dos guerras mundiales, similar al estado de barbarie propio del estado de naturaleza Hobbesiano, todo lo cual frente al reconocimiento de un derecho internacional que privilegia la defensa de los derechos humanos por todos los Estados, precipita la aparición de nuevos paradigmas que suponen la constancia transformadora de dichos conceptos.

4. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO (FASES)

Previamente debe precisarse que los términos moderno y contemporáneo no se utilizan como los distingue la historiografía, sino que lo moderno se asume como todavía vigente pero cuyo origen se remonta al fragor del pensamiento iusnaturalista del siglo XVII y al producto del mismo como fueron las revoluciones burguesas del siglo XVIII (sin desconocer el proceso histórico propio de Inglaterra que se remonta a la llamada edad media baja, pero que coincide con la época moderna en sus notables aportes al Constitucionalismo) y lo contemporáneo compromete el ahora o el presente Constitucional que tiene como punto de partida la primera guerra mundial pero, en particular, la segunda posguerra cuando se expiden Constituciones como la Italiana de 1948, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Española de 1978 (no por azar países donde los totalitarismos y la violación de los derechos humanos fueron la nota característica), la Brasileña de 1988 y la Colombiana de 1991. Lo anterior, no desconoce, sin embargo, la existencia de un primer momento conocido como Constitucionalismo liberal, un segundo como Constitucionalismo social que se completa con el llamado Constitucionalismo democrático contemporáneo o del Estado Constitucional o llamado por un sector importante de la doctrina como el Neoconstitucionalismo, el cual genera toda suerte de controversias (este

último término), pues para un sector de la doctrina no es más que la misma teoría Constitucional con un nuevo ropaje o “etiqueta”, para otros, se trata de una versión nueva de positivismo, denominada pos-positivismo, o también para otro grupo no menos distinguido, una teoría que como nuevo paradigma se va imponiendo mediante el poder “invasivo” de la Constitución en los Estados contemporáneos.²

Pero, igualmente, se precisa aclarar el término “constitucionalismo”, por estas épocas de uso común en el lenguaje de los juristas. Es, según autores como Atienza (2010), un fenómeno que ha cambiado la faz de los actuales sistemas jurídicos, el cual no supone únicamente la existencia de algún tipo de Constitución, sino que cuando se habla hoy de “constitucionalismo” o de “Estado Constitucional”, se está hablando de ordenamientos jurídicos con Constituciones pobladas de derechos, con capacidad de condicionar a los poderes públicos y a los actores políticos, no bajo la premisa del todo o nada, sino de forma graduable y que, según el propio Atienza invocando a Guastini, responde, de manera general a los siguientes rasgos:

Fuerza vinculante de la Constitución, esto es, los contenidos constitucionales no tienen un valor puramente programático, sino que obligan a todos los poderes públicos, en particular, suponen un límite a la soberanía del legislador, de los parlamentos; garantía jurisdiccional de la Constitución, lo que supone la existencia de tribunales con competencia para anular las leyes y otras disposiciones o decisiones que vulneren la Constitución; rigidez constitucional, esto es, existencia de mecanismos que dificultan el cambio constitucional (por ejemplo, exigencia de mayorías cualificadas, distintas a las mayorías necesarias para modificar las leyes); interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de normas del ordenamiento jurídico; aplicación directa de la Constitución e influencia directa suya sobre las relaciones políticas (p. 574).

No basta, sin embargo, haber diferenciado el término moderno y haber precisado su ámbito, ni tampoco es suficiente con definir el término “constitucionalización”, por cuanto al invocarlo se hace extensivo al derecho, es decir, se habla ahora del proceso de “constitucionalización del derecho” del cual se hará una breve reflexión más adelante, lo cual no obsta para que se consigne brevemente su conceptualización y sus contenidos según Ri-

² Algunas obras le conceden trascendencia reflexiva al asunto del Neo-constitucionalismo como son, entre otras, “El canon Neoconstitucional” de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo; “El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho”, de Carlos Bernal Pulido y “Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos” de Miguel Carbonell.

cardo Guastini, citado a su vez por Miguel Carbonell en el prólogo al texto “Historia y Constitución” de Zagrebelsky (2005); la constitucionalización del derecho es entonces “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente <impregnado> por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y al estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (p. 16). Igualmente, Carbonell desde el prólogo del texto de Zagrebelsky enseña cuáles son las características de un ordenamiento constitucionalizado que para el efecto se sintetizan:

1. Una constitución rígida: donde existen principios explícitos e implícitos y no puede modificarse ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.
2. La garantía jurisdiccional de la constitución: la rigidez implica que la constitución pueda imponerse a las leyes y a las demás normas del sistema jurídico, todo través del control de constitucionalidad.
3. La fuerza vinculante de la constitución: todas sus normas, independientemente de su estructura y contenido, son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Es decir, todas tienen contenidos normativos y, por ello, vinculantes y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos. La constitución se impone ante todo a la ley que no es vista como expresión de la voluntad general.
4. La sobreinterpretación de la constitución: para todos los operadores jurídicos pero especialmente para el juez constitucional, la interpretación no es ya literal sino extensiva utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*, de donde se pueden extraer innumerables normas implícitas del texto constitucional, aptas para regular cualquier aspecto de la vida social y política, o sea no quedan espacios libres o vacíos para el derecho constitucional, extendiéndose no sólo a los poderes públicos sino los privados cuando se está en presencia de los derechos fundamentales.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales: significa dos cosas, en primer término, que la constitución rige también las relaciones de los particulares y no sólo los poderes públicos y, en segundo lugar, todos los jueces pueden aplicar la constitución incluyendo sus normas programáticas o normas de principio, lo que no conoció el constitucionalismo clásico (el de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX).
6. La interpretación conforme de las leyes: “La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso con-

creto la interpretación X(1) o la interpretación X(2) de una ley, opta por la que permita cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional” (Zagrebelsky, 2005, p. 20).

7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas: se da en varias direcciones a saber: que la constitución pueda dirimir los conflictos entre los órganos del Estado, que todos los espacios del quehacer público o de los órganos del Estado, sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional y que las normas constitucionales puedan ser utilizadas por los actores políticos para argumentar o defender sus opciones políticas o de gobierno.

Interesa también reconocer las transformaciones de la Constitución de los primeros tiempos de la época moderna a la Constitución contemporánea, tal como lo hace evidente Velásquez (2004) pues aquella se caracterizaba por ser un catálogo de aspiraciones de la comunidad, un documento orientador general que no se aplicaba directamente, sino a través de los desarrollos realizados por el legislador, para entonces el poder más influyente luego de imponerse en su lucha con la monarquía y cuya función primordial era la producción legal con carácter general en una visión calificada como voluntarista, estatuto duramente cuestionado por el pensamiento marxista de mediados del siglo XIX, por ser ineficaz, formalista y por su inaplicación, cuestionamientos que contribuyen a reformular la naturaleza misma de la Constitución para hacer su tránsito al modelo contemporáneo, cuya existencia se destaca por haber superado esa primera fase carente de eficacia mediante la aparición en algunos países, en primer término, del llamado control de constitucionalidad dirigido a garantizar la integridad de la Carta –Colombia es el primer país que consagró la acción pública de inconstitucionalidad en 1910-; en un segundo momento histórico, después de la segunda guerra mundial, al adquirir eficacia producto de su carácter normativo, garantista, con el advenimiento del Estado social de derecho y, en una tercera etapa, al dimensionar ese Estado social de derecho como un Estado suministrador para atender los derechos prestacionales producto del reconocimiento de su existencia como derechos sociales y económicos.

4.1 Constitucionalismo clásico. El Constitucionalismo Liberal.

La Constitución como límite.

Este período comprende las denominadas revoluciones burguesas: inglesa, norteamericana y francesa. El Estado moderno nace, entonces, con las revoluciones burguesas y con ellas surge el Constitucionalismo en el Estado liberal. La organización del poder está marcada por un ejer-

cicio legal–racional según Weber, lo que traduce el sometimiento de los gobernantes a las normas y, entre ellas, la Constitución. Esta limitación del poder emana de la Constitución, aunque más adelante fue la propia Constitución legitimadora de ese poder. Se buscaba de esta forma, un equilibrio entre los derechos de los individuos y el poder del Estado, cuyo complemento era la distribución del poder entre distintos órganos (división de poderes).

Se admite generalmente el origen de la Constitución como límite al poder de los gobernantes y a la concesión de garantías, como fundamento de la Constitución moderna. La primera referencia se dirige a la organización del Estado Norteamericano, cuando se expidió en 1776 la Constitución de Virginia, y cuando más adelante en 1787 fue adoptada por los Estados Federados de Estados Unidos de América, conformándose en “...modelo de constitución normativa que consagra un complejo sistema de frenos y contrapesos, orientada a proveer a cada una de las ramas del poder público de instrumentos con eficiencia suficiente para impedir los posibles excesos de las otras y lograr un equilibrio entre el principio democrático, el poder de las mayorías, y los derechos indisponibles de las minorías” (Vila, 2007, p. 141).

El proceso revolucionario Francés, consagró igualmente el concepto de la Constitución como límite del poder, así como el establecimiento de garantías de los derechos de los individuos; en estos términos se promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Simultáneamente ha quedado establecido por el artículo 16 de dicha declaración, la afirmación de que la sociedad en donde no estén aseguradas las garantías de los derechos, ni exista separación de poderes no tiene Constitución. A este período se conoce como el Constitucionalismo liberal, confirmado a través de la historia, cuando en 1848 lideradas por la burguesía, se suceden guerras en Francia, Italia, Alemania y Países Bajos, precipitando las denominadas Constituciones otorgadas (la monarquía asentía), facilitando la expansión de ese pensamiento liberal.

4.1.2 Aportes de las Revoluciones burguesas al Constitucionalismo moderno.

Las revoluciones defendieron el postulado de que los seres humanos nacen libres e iguales en derechos (la declaración de derechos de Virginia en 1776 en Norteamérica y la declaración de derechos del hombre y del ciudadano Francés en 1789), así como la defensa de otros derechos económicos como el derecho de propiedad, base del Estado capitalista. De

todas formas la tan pregonada igualdad era tan solo igualdad formal, cuestionada por Marx y los Partidos socialistas por su carácter declarativo e ineficaz. Dichas revoluciones consideraron al Derecho natural como fundamento tanto del Estado Liberal, como de todas las declaraciones de derechos que para entonces se constituyeron en el motor de las transformaciones sociales.

Con las revoluciones surge la Constitución en el Estado de Derecho y sus dos modelos: el Norteamericano como un Estado liberal Constitucional de derecho, es decir, con un valor jurídico de la Constitución y el modelo Francés como un Estado liberal legislativo de Derecho, o sea, con un valor político de la Constitución, conceptos que denotan una diferencia sustantiva de la Constitución, tal como se explicita en otros apartados de los presentes apuntes. Con esta precisión y siguiendo a Echeverry (2002), se pueden concluir como algunas de las más destacadas características de las Constituciones de la época, las siguientes:

- a. Se supera la idea de un único gobernante, con concentración de poder, propio de las monarquías absolutas. Se acoge la organización del Estado, la distribución y separación de poderes (Ejecutivo, legislativo y judicial), formulada por Montesquieu, en órganos independientes. Importa aclarar, sin embargo, que en el Estado liberal de entonces, la integración del legislativo se realizaba a través del llamado “voto censatario”, es decir, sólo participaban los ciudadanos con cierto nivel de riqueza, conformada básicamente por esa nueva clase, la burguesía, era un legislativo compuesto por un reducido grupo oligárquico “pues solo tenían derecho al ejercicio del sufragio entre el 2% y el 3% de la población”.
- b. La definición de la relación de los individuos frente al Estado, comportaba la consagración de derechos mínimos, no sólo de aquéllos derechos personales como la vida, inviolabilidad de domicilio, libertad individual, libertad de conciencia, de cultos, sino también los relativos a la vida económica soporte político del pensamiento capitalista, como la propiedad, libertad de empresa y de comercio, así como los referidos a asuntos penales como derecho de defensa, legalidad de delitos y penas. Cabe resaltar que a pesar de la consagración Constitucional de los precedentes derechos, no tenían los mismos una aplicación directa, tenían un carácter declarativo y formal.
- c. La ideología política imperante era el contractualismo, soportado en la formulación de las teorías pactistas del poder, principalmente aquéllas

fundadas en el principio de la soberanía Nacional, producto del acuerdo de voluntades de individuos libres e iguales. Se evidencia, desde luego, la transformación del original alcance de la soberanía tal como fue formulada por Jean Bodino y Tomás Hobbes, pasando por Rousseau, planteamiento de este último fuente de inspiración de la revolución Francesa, en el sentido de otorgarle su titularidad al pueblo.

- d. El nacimiento y consolidación de las nuevas formas de gobierno, es también producto de las revoluciones burguesas. El presidencialismo adoptado por los Norteamericanos, inspirados en una original adaptación de la monarquía inglesa y extendido posteriormente a la mayoría de países latinoamericanos y del Caribe, así como un parlamentarismo afianzado en Inglaterra a través de la historia y de la costumbre, acogido también por la mayoría de países Europeos. El sistema parlamentario, fruto de la teoría de la representación, con un sistema de frenos y contrapesos, consiguió imponerse en Inglaterra como garantía de la convivencia entre realeza y parlamento, conformando una monarquía Constitucional.

En síntesis, el surgimiento del principio de soberanía popular; la sujeción de la ley positiva al derecho natural; el derecho de resistencia contra el gobernante despótico; la Constitución como límite al ejercicio del poder público y, en ese mismo orden, el sometimiento a las leyes de gobernados y gobernantes; el derecho de propiedad como derecho natural de la persona; la teoría de la representación (parlamento), en fin, constituyen algunos de los más significativos aportes de las revoluciones burguesas al pensamiento Constitucional moderno.

Por otra parte y, especialmente, como aporte de la revolución Inglesa en la definición del Estado Capitalista y de su régimen propio, el Estado de Derecho, la cual trajo consigo como rasgos fundamentales:

(tridivisión del poder, legalidad de la actuación de los gobernantes, electividad, periodicidad y transitoriedad de los principales funcionarios estatales, régimen de libertades públicas, etc.), lo mismo que por haber dado origen a las dos formas de gobierno principales, el presidencial y el parlamentario (incluso la forma de gobierno de Asamblea durante el gobierno dictatorial de Oliverio Cromwell, 1649-1658) (Echeverry, 2002, p. 296, 297).

Las revoluciones burguesas no son otra cosa que una expresión contra el absolutismo monárquico, por ello su fundamento político e ideológico nace

a partir de los escritos, entre otros, de autores como John Locke, quien es considerado como el teórico del liberalismo y el individualismo (donde se cuentan derechos como al nombre, de propiedad, de herencia y a la familia); igualmente, los revolucionarios se inspiraron en la razón, fruto de los enciclopedistas; en Juan Jacobo Rousseau, con sus ideas sobre la soberanía popular y las tesis sobre el contrato social; en Montesquieu con su planteamiento sobre la separación de los poderes.

Las revoluciones también transforman el lenguaje político, pues a partir de allí se habla de derechas y de izquierdas y con ellas el florecimiento de conceptos como la tolerancia y la moderación. Pues bien, la liberación del individuo como súbdito del poder soberano y del Estado, hace paulatinamente su tránsito a la del ciudadano, conquista inocultable de la insurrección liberal, que se traduce en el reconocimiento de la libertad y de su posición ante la igualdad: “la igualitaria (constitucionalismo social) y la no igualitaria (constitucionalismo liberal). Las posiciones extremas antiliberales (autoritarismo de extrema derecha y totalitarismo de extrema izquierda) y extremistas igualitarias (leninismo) y antiigualitarias (fascismo), no son históricamente posiciones constitucionales” (Peces-Barba, 2006, p.170); en lo ideológico surgen la burguesía y su antípoda, el socialismo; en la forma del Estado y del gobierno, se habla de parlamentarismo, presidencialismo, República, Imperio, dictadura, inclusive experimentadas, algunas de ellas, en un lapso relativamente breve por una sola Nación, como aconteció con Francia y, finalmente, en la teoría Constitucional, surgen conceptos como Ley fundamental, seguridad jurídica, estado de sitio, soberanía popular, leyes orgánicas, sin olvidar, desde luego, la importancia de la ley en los sistemas jurídicos y su cimera posición que llevó a los franceses a denominar aquel momento, luego de la unificación normativa provocada por las monarquías absolutas y una vez aniquiladas éstas, como “el reino de la ley”.

A todas estas no se puede ignorar consecuentemente que el concepto de Constitución está en el primer plano de la discusión político-jurídica. Pero, ¿Qué es una Constitución? La respuesta la entrega Ferdinand Lasalle (2005) en la obra que lleva el título del interrogante. La teoría de los factores reales de poder de Lasalle, constituye un importante hito en la modelación Constitucional, porque aunque confiere una dosis alta de pragmatismo en el sentido de pretender expresión en la Carta de todos los factores de poder, lo que acontece es una permanente tensión entre quienes lo detentan frente a los excluidos, generando en algunos aspectos consensos pero casi siempre conflictos (caso Colombiano con la carta de 1991), por ello es cierto que los problemas constitucionales no son

“primariamente problemas de derecho sino de poder”.

Sin embargo, pretender asignarle cometidos idealistas o moralistas a la Constitución (“interés general”, “bien común”) es caer en el fetichismo Constitucional, cuando lo representado por la Carta es el interés de una clase o grupo o sector con influencia dentro del Estado y, es de allí, de donde deriva su validez y su vigencia, en otras palabras, la eficacia Constitucional, y no de su bondad intrínseca, como asevera Echeverry (2002).

En similares términos se pronuncia Zagrebelsky (2002) cuando alude a la ficción jurídica y política del Estado soberano, de esa <persona> abstracta, pero capaz de realizar acciones y manifestar su voluntad a través de sus órganos, creación del pensamiento liberal para mimetizar las verdaderas fuerzas que manejan los hilos del poder: “La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc., de las que la <persona> estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara” (p. 11).

La Constitución de Lasalle, en fin, no era sólo la Constitución de Prusia, era la Constitución del Estado Liberal, carecía de fuerza normativa, por eso su eficacia estaba subordinada al principio de legalidad, es decir, a la supremacía de la ley en el sentido que aquélla (la Constitución) sería desarrollada mediante leyes producidas, desde luego, por el legislador, era “...un mero manifiesto político-ideológico, reducido en su aspecto prescriptivo a señalar el conjunto de normas de organización político estatal y en el que los derechos son considerados como cláusulas programáticas, meras recomendaciones al legislador” (Vila, 2007, p. 142).

Producto también de las revoluciones fue el principio de legalidad del Estado liberal de derecho, el cual implicaba la autonomía y el derecho de libertad de los particulares como regla general, mientras para la administración, es decir, para el Estado, suponía la limitación de actuar, salvo la existencia de las llamadas leyes de autorización, donde su actuación se reducía al contenido de la regla. La explicación de dicho principio queda condesada en la cita siguiente de Zagrebelsky (2002): “Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido” (p. 28).

Continuando con Lasalle, naturalmente Prusia se debatía entre esa idea

límite al poder del rey a través de la Constitución, así ésta careciera de la idea-fuerza propia de las Cartas modernas, dotadas de fuerza y eficacia jurídica, y, de otra parte, de la resistencia del monarca a despojarse de sus privilegios absolutistas traducidos en la frase según la cual entre el Pueblo y Dios no podía interponerse una “hoja de papel”. Eran de nuevo las dos caras de la misma moneda: poder y derecho; y al interior del derecho la antesala del desplazamiento del imperio de la ley por la de la Constitución. Por ello importa recordar que como todo el derecho, la Constitución es un producto histórico, por ello una de las transformaciones contemporáneas de la misma, es el tránsito de posición predominante en el sistema jurídico: primero la supremacía era de la ley, hoy la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico revestida de fuerza normativa.

De todas formas, la insistencia por tener una Constitución presagia o confirma el propósito de la idea de la Constitución como límite, como formulación sostenida por la teoría liberal tradicional. Por ello en Prusia, la insistencia de la sociedad para que el Rey consintiera la Constitución, así fuera la misma en últimas, un conjunto de aspiraciones, empezaba a responder al planteamiento liberal según el cual es la Constitución una suerte de atadura por la que la comunidad decide auto-restringirse, a efectos de asegurar el cumplimiento de sus compromisos originales. En esta postulación encuentran justificación, más adelante, los límites al poder político, el Estado de derecho, el gobierno de las leyes y la doctrina de los pesos y contrapesos.

Dichas tesis han sido planteadas contemporáneamente por autores como Jon Elster, según referencias de Cepeda, Montealegre y Estrada (2007), cuando apelando a la metáfora de Ulises voluntariamente atado al mástil de su navío, con el exclusivo propósito de no ceder al canto seductor de las sirenas que lo desviarían de sus designios superiores, pretende explicar la autolimitación de las sociedades liberales a través de la Constitución para salvar las coyunturas difíciles y no desviarse del camino y de los compromisos iniciales. Es el llamado constitucionalismo restrictivo donde las mayorías deciden autolimitarse atándose al mástil de la Constitución, indicándole a los jueces el deber de no desatarlos, mandato que se cumple eficazmente mediante el denominado Control Constitucional ejercido por Tribunales especializados.

4.1.3 Constitución formal – Constitución material

Con las revoluciones nacen, entonces, las Constituciones formales como expresión del Estado de derecho, cuya expedición debe ajustarse a ciertos procedimientos: son generalmente escritas, sistematizadas y consi-

deradas como ley de leyes; esta definición de Constitución formal se debe a los escritores alemanes y, especialmente, a Jellinek (citado por Vila, 2007), pues se coincide en indicar ciertas solemnidades como el de ser expedida por el órgano con la potestad constituyente para así proceder, el no poder ser reformada por los procedimientos legislativos ordinarios y el hecho de ser superior al resto de normas de un Estado.

Posteriormente se enfatiza en lo material (surge la Constitución material) que involucra el preámbulo y las normas internacionales sobre derechos humanos (bloque de constitucionalidad) y penetra el fondo político, sociológico e ideológico de la Carta para privilegiar el bienestar y la dignidad del hombre, para fijar la posición del individuo en relación con el poder del Estado. En otras palabras, como lo diría Jellinek (citado por Vila, 2007), se refiere la Constitución material a los órganos, su definición y creación, pero también a la manera como se relaciona el individuo frente a esos poderes del Estado.

Según Dueñas (2001), la existencia de la Constitución formal, inclusive la material no son garantía de respeto a la forma de gobierno (presidencial o parlamentario), ni siquiera a su sistema político (dictadura o democracia), pues so capa de honrarse la Constitución, se conculcan los derechos (por ejemplo Pinochet en Chile o el fascismo italiano con Musolini a la cabeza). Igualmente, en los tiempos modernos esta clasificación no es trascendente, pues no se acepta una Constitución formal que exista sin unos contenidos aceptados por un Estado democrático, según Vila (2007). Tanto es así, que puede existir una Constitución en sentido material sin que exista una en sentido formal, pero no existe una en sentido formal sin una en sentido material. El ejemplo es Inglaterra, que paradójicamente no tiene Constitución en sentido formal, siendo ella inspiradora de las Cartas en sentido formal de los regímenes liberales, pero sí tiene Inglaterra una Constitución en sentido material, garantizadora de los derechos y de las libertades lo suficientemente afianzados; tiene, además:

Unos textos antiguos, que se refieren a la libertad, y algunos textos más recientes, que se refieren al funcionamiento de las cámaras (La Carta Magna de Juan sin tierra-1215-, La petición de derechos-1628-, El bill of rights-1689-, El parliament Act -1911 y 1949-), que son considerados formalmente leyes ordinarias que pueden ser cambiadas por el Parlamento e integran lo que se ha denominado, por la práctica política de ese país, una constitución consuetudinaria (Velásquez, 2004, p. 42).

4.1.4 Constitución rígida – Constitución flexible

La Constitución rígida es aquella que impone para su reforma procedimientos complejos y extraordinarios, distintos a los utilizados para la producción de normas de carácter ordinario, trayendo como consecuencia dificultad para su modificación. El ejemplo de este tipo de Constitución es la norteamericana adoptada en 1787, pues debido a la complejidad para su reforma, a la fecha registra tan solo 27 enmiendas. Para algunos tratadistas la Constitución colombiana de 1991 puede catalogarse como semi-rígida, en el sentido que su reforma exige procedimientos extraordinarios pero permite, a través de los llamados Actos Legislativos su modificación, los cuales a pesar de ser más exigentes en su trámite que las leyes ordinarias, han sido más bien comunes en el seno del Congreso Colombiano, toda vez que a la fecha se bordean los treinta actos reformativos a la Carta de 1991.

Por otro lado, la Constitución flexible, es aquella que no exige procedimientos especiales para su reforma y puede modificarse por leyes ordinarias o por la costumbre como sucede con la Constitución inglesa o, como sucedió con las Constituciones francesas del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, pues podían ser reformadas por leyes ordinarias, cuando todavía la Constitución no tenía ese carácter normativo y de eficacia hoy ampliamente extendido.

4.1.5 Supremacía Constitucional

Tanto desde el punto de vista jurídico como desde lo político, debe distinguirse el desarrollo del concepto de superioridad Constitucional en Norteamérica como en el sistema Europeo, particularmente de Francia como se expresó renglones atrás. Según advierte Ramírez (2005), la Norma Constitucional en Francia tenía un carácter fundamental, en el sentido de organizar el Estado, de estatuirse, pero era una norma sin sanción, tenía un valor simbólico al consagrar una serie de principios que en la práctica tenían un efecto nominal, era, entonces, un instrumento político. La condición de superioridad en el sistema jurídico sólo se adquiere después de la segunda década del siglo XX. Mientras tanto en Norteamérica, la Constitución además de ser Fundamental, era superior pues contaba con mecanismos de control, haciendo eficaz su sanción ante el evento de su vulneración.

Importa además considerar con Ramírez (2005) que, no obstante la tensión por el poder, en Francia terminó imponiéndose el criterio de la soberanía compartida (entre monarquía y parlamento), por el fenómeno de la restauración o contrarrevolución, trayendo consigo las llamadas Consti-

tuciones otorgadas como peculiaridad de esa época, dispensadas por los monarcas; así mismo, el itinerario conquistador de Napoleón no promovió la Constitución como Norma superior, sino la ley mediante la codificación civil, penal, comercial y de procedimiento civil y penal, lo cual explica adicionalmente el imperio de la ley y no de la Constitución. A su turno en Norteamérica, el fundamento de la Supremacía de la Constitución, en un primer momento, era la democracia como expresión de la voluntad popular existente en el propio preámbulo de la carta de 1787 al consagrar la expresión “*we the people*” con toda su carga simbólica y real. Posteriormente, el principio democrático como fundamento de la supremacía Constitucional, fue incorporado jurisprudencialmente en Norteamérica en el caso Marbury vs Madison, dando origen al denominado control Constitucional de la ley.

No obstante haberse asumido de forma diversa el reconocimiento de la Constitución en Europa (Francia) y en Estados Unidos, el reinado de la ley era predominante, aunque empieza a ser socavado por el empuje inusitado de la Constitución. La doctrina enseña que distintos factores complotan contra el predominio de la ley como son la incontenible inflación legislativa propia de nuestros días y la conjura contra su predominio normativo iniciado en el siglo XIX y consumado en el siglo XX. El ataque a la situación privilegiada de la ley se produce por el

...resuelto destacamento sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, de una norma supralegal, en la que los revolucionarios franceses no habían siquiera parado mientes aunque sí los revolucionarios americanos, la Constitución. La idea de la Constitución como una norma superior, que consagra en una formulación concentrada y categórica los grandes valores sobre los que se asienta una comunidad determinada, además de la forma con que ésta ordena sus poderes, procede en América de dos fuentes concretas, la de Locke, con su pacto social básico para asegurar la libertad, y la idea de un *higher law*, un Derecho más alto, con claras raíces en el Derecho Natural, capaz de prevalecer sobre las leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas. Este concepto de Constitución no se recibirá en Europa, con una excepción parcial en la Constitución austríaca de 1920, hasta esta segunda postguerra mundial, concretamente con las Constituciones italiana y alemana de 1948 y 1949. De aquí pasará, parcialmente, a la Constitución de la V República Francesa de 1958, la portuguesa de 1976 y la española de 1978, con una generalización ulterior a virtualmente todo el constitucionalismo actual (García, 2006, p. 40, 41).

Para la incorporación del concepto de supremacía Constitucional en Europa influyó la manipulación de la ley a favor de los intereses de los dictadores Europeos, quienes la utilizaron no en pro de la libertad como correspondía a su esencia sino desvirtuando su vigencia como destructora de la libertad. Igualmente, el deterioro y descreimiento en la institución parlamentaria ha contribuido al posicionamiento de la Constitución como norma suprema efectiva, canon de validez de las leyes y criterio primero para la interpretación y aplicación de las leyes como lo recuerda García (2006):

El poder legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnaces, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común, y ha sido preciso situar a su lado otra expresión superior del verdadero pacto social básico, receptor y regulador de los verdaderos valores superiores en que una comunidad se funda y sobre los cuales, frente a cualquier otra instancia, ha de funcionar. La ley ha visto así rebajada su antigua preeminencia y ha pasado a ser ella misma un acto jurídico ordenado y no sólo ordenador, y como tal sometido a la posibilidad de ser –cosa impensada para la doctrina clásica- enjuiciada y anulada por un Tribunal (p. 42, 43).

Todo lo dicho anteriormente impone la referencia breve a la Constitución normativa de la revolución Norteamericana, pues la misma marca un hito en el control de Constitucionalidad de las leyes y, por ende, de la llamada Justicia Constitucional. La supremacía de la Constitución, en consecuencia, se expresa cuando se producen leyes u otras normas incompatibles con el texto superior o Constitucional, surgiendo la necesidad del control por vía judicial introducido vía jurisprudencial en Estados Unidos para frenar el desbordamiento del legislativo, subordinando la ley a los contenidos consagrados por la Constitución. La reflexión del Juez Marshall en el referido caso *Marbury v.s. Madison*, decidido en 1803, para explicar la supremacía de la Constitución frente a la ley es del siguiente tenor:

O bien, la Constitución es una ley superior, no enmendable por medios ordinarios, o está al mismo nivel con la legislación ordinaria y, como otras leyes, es enmendable cuando a la legislatura le parezca. Si la primera parte de esta alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es derecho; si la última parte es la correcta, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable (Echeverry, 2002, p. 375).

Por considerar fundamental para entender el concepto de supremacía Constitucional y el rol de la Corte para invalidarla en el evento de identificar una incompatibilidad, se consigna lo que más adelante se agregó en dicho fallo: “Los que adoptan Constituciones lo hacen contemplándolas como ley fundamental y superior de la Nación y consecuentemente, con la teoría según la cual, en un gobierno de este tipo la ley repugnante a la Constitución es nula” (Echeverry, 2002, p. 375).

La Constitución como norma ordenadora del Estado y como reguladora de la situación del individuo frente a éste, fruto de la decisión soberana del constituyente primario, es la norma fundamental del ordenamiento. Las normas creadas por los poderes derivados (como el parlamento o congreso), deben ajustarse a la prescripción superior que en el orden interno es la Constitución. Ahora bien,

El principio de *supremacía o suprallegalidad* de la Constitución, del cual es consecuencia la previsión de mecanismos de control de constitucionalidad, aplicables a las normas inferiores, tiene dos aspectos: uno *formal* y otro *material*. En virtud del primero, la superior jerarquía de la Constitución se traduce, especialmente cuando se trata de constituciones escritas, en la existencia de procedimientos más complejos y difíciles para su reforma, <agravados> respecto de los ordinarios, señalados en la propia Constitución para la expedición de las leyes y otras normas; y en tal sentido sólo es válida la reforma constitucional adelantada con estricto arreglo a los trámites, requisitos y procedimientos señalados. Por el segundo se entiende la prelación de contenido, a favor de la Constitución y sobre las normas que expiden los órganos constituidos (Hernández, 2001, p. 67).

Dichos criterios responden generalmente a la clasificación entre Constitución formal y Constitución material como anteriormente quedó consignado.

La Constitución contiene un rasgo determinante y es el de ser fundamental, el de contener un orden fundamental donde se soporta todo el sistema jurídico dentro de un Estado. En este sentido Hernández (2001), citando a García de Enterría, señala lo siguiente:

La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones:

Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las <normas de producción>, *la norma normarum*, la fuente de fuentes. Segundo, porque en la medida que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido (p. 68, 69).

Cuando se alude a la supremacía Constitucional, consecuencialmente, debe apelarse a la idea del constituyente primario o poder constituyente, de quien surge la Constitución y de ésta los poderes constituidos, donde se producen las leyes ordinarias, para concluir que estas últimas sólo serán admitidas en el ordenamiento si son compatibles con la Constitución. La correspondencia de las leyes ordinarias con la norma superior, no sólo es de carácter formal (supralegalidad formal), o sea, ajustada a los procedimientos, sino de carácter material (supralegalidad material), referida a los valores y principios, a los contenidos. Por ello ninguna ley ordinaria puede contrariar, so pena de anularse, ni la supremacía formal ni la material de la Constitución.

4.1.6 Bloque de Constitucionalidad

4.1.6.1 Concepto

Las Constituciones no son sólo los artículos que formalmente la integran, pues ella está conformada además, por las reglas, principios y disposiciones del Derecho internacional o por normas del Derecho Positivo que comparten con el texto superior la más elevada jerarquía en el ordenamiento interno. La propia Corte Constitucional colombiana lo define como aquella unidad jurídica compuesta

“por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y

³ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: C-225/95. M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*".³

Del precedente enunciado era evidente que surgía una cuestión controversial para la jurisprudencia Constitucional colombiana, ¿cómo conciliar el aspecto de jerarquía normativa establecido en el art. 4 de la C.N. (Supremacía Constitucional) con lo previsto por el artículo 93 de la C.N. (Bloque de Constitucionalidad)?, pues bien la propia Corte, quizás después de algunos titubeos, que aún hoy no están del todo claros, resolvió en la misma providencia el interrogante:

"En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)".⁴

4.1.6.2 *Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio y en sentido restringido*

Como primera medida, es necesario advertir que la Corte Constitucional reconoció que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte sostuvo que:

"(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recien-

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: C-225/95. M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

temente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”.⁵

Queda claro pues que el bloque de Constitucionalidad constituye una fuente de interpretación cuando se trate de los Derechos humanos o en los asuntos que requieran resolución a tenor de las normas transcritas que aluden a dicho bloque. Por ello, no puede desconocerse la importancia de los componentes del bloque y, entre ellos, el preámbulo de la Constitución cuyo poder vinculante reside, de acuerdo a la propia Corte, en que el mismo consagra las metas o fines perseguidas por la sociedad Colombiana y por cuanto él mismo da sentido al resto del ordenamiento, por tal virtud el desconocimiento del preámbulo es el desconocimiento del contenido teleológico de la Constitución y en cuanto tal el acto normativo que vulnere el preámbulo lesiona la Constitución.

4.1.6.3 Fuerza normativa del Bloque de Constitucionalidad

De acuerdo con la sentencia C-067 de 2003⁶, se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía Constitucional por estar situadas a la altura de sus normas y forman con la Constitución un conjunto normativo de igual rango. El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo cual significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.

Además, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: C-191 de 1998. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: C-067 del 4 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio según la misma sentencia C-067 de 2003, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en *“eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad* y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.

4.1.6.4 Origen

El bloque de Constitucionalidad es creación de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, quien decidió reconocer jerarquía Constitucional, vía remisión, al preámbulo de la Constitución de 1958, integrando el cuerpo normativo superior con el preámbulo. Dice entonces la sentencia C-067 de la Corte Constitucional Colombiana “que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”⁷. De allí se extendió a buena parte de los países Europeos.

En Colombia con la Constitución de 1991 la Corte Suprema de Justicia no le otorgó reconocimiento jurisprudencial y fue con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 cuando se inició su paulatina incorporación mediante algunas sentencias como la T- 409/92, sobre el deber de prestar el servicio militar y su relación con el Derecho a la libertad de conciencia, donde la Corte sentó sus primeras posiciones acerca de la interpretación del art. 93 de la C.N., lo propio aconteció con la sentencia C-574/92, donde declaró la exequibilidad del protocolo adicional al convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 (protocolo I), al afirmar que dicho convenio prevalece sobre la legislación Nacional. Posteriormente, la sentencia

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: C-067 del 4 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-426/92 sobre la sustitución pensional para una persona de la tercera edad, al afirmar que los tratados internacionales sobre derechos humanos son fuente de interpretación y tienen jerarquía superior en el orden interno. Finalmente, a través de la sentencia C-225/95 fue sistematizada la jurisprudencia sobre el Bloque de Constitucionalidad.

De otro lado, el bloque de Constitucionalidad de manera general se refiere no sólo a la Carta magna como tal, sino también al preámbulo, a las leyes orgánicas, leyes estatutarias y a las disposiciones internacionales sobre derechos humanos (hablando en el contexto Colombiano), o en términos específicos se refiere a la Constitución y a las normas internacionales sobre derechos humanos. Los principios de derecho internacional humanitario consagrados en el convenio de Ginebra y en sus dos protocolos, hacen parte del denominado *jus cogens* (art. 53 Convención de Viena), cuyo significado es: la regla aceptada y reconocida por la comunidad internacional, la cual no permite ninguna excepción y sólo puede ser modificada por otra regla de derecho internacional con el mismo carácter; dichos principios hacen parte del bloque de Constitucionalidad, entendiendo por éste, además de lo dicho precedentemente, aquéllas normas que tienen un carácter supralegal, es decir, tienen relevancia Constitucional.

Valga recordar en este punto que la jurisprudencia Colombiana acepta los derechos sociales como derechos humanos, integrando el bloque y rompiendo con los teóricos liberales que sólo aceptaban como derechos humanos a los derechos civiles y políticos. A este respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el fallo T-568/99, es lo suficientemente explícita.

4.1.7 Constitucionalismo Antropocéntrico o Dogmático

Retomando al autor Colombiano, Dueñas (2001), si la Constitución protege sólo los derechos como la igualdad y la libertad, estamos ante un Estado de Derecho pero si además se protegen los derechos prestacionales, o sea, los derechos sociales, económicos y culturales estamos frente a una Constitución que respeta el Estado Social de Derecho; si se concentra la Constitución en la organización del Estado, estamos ante una Constitución orgánica. Si se da, además, importancia a los derechos, principios y valores, estamos ante el Constitucionalismo antropocéntrico por estar más cerca al humanismo, otros hablan de Constitucionalismo dogmático también, aunque con esta apreciación se está más cerca del racionalismo (vinculado al Código Civil Napoleónico). Ese derecho Constitucional que privilegia el respeto al Hombre como su

eje indiscutido, enalteciendo su dignidad como principio intangible, consagrando a su favor los derechos (individuales y sociales) con la impronta de ser fundamentales y el conjunto de principios y valores, amén de los instrumentos idóneos para procurar su garantía y eficacia, imponiendo en todas las actuaciones el designio superior de alcanzar la justicia material, ese derecho, decía, es el derecho Constitucional humanista.

Por eso hoy prevalece el derecho material sobre el derecho formal (así lo ordena, por ejemplo, el artículo 228 de la C.N. de Colombia, al señalar que en las actuaciones de la Administración de Justicia prevalecerá el derecho sustancial), en estos términos se supera el estatus negativo (la persona defendiéndose del Estado) para llegar al estatus positivo: Los derechos a algo con rango Constitucional, y, finalmente, los derechos, valores y principios son más relevantes que el simple esquema estatal (organización del Estado, propio del derecho formal o del denominado Constitucionalismo orgánico). Muchos hechos que contribuyen a afianzar el Estado social de derecho, confieren, simultáneamente, la relevancia al derecho Constitucional dogmático o antropocéntrico, tal como seguidamente se verá.

4.2 Constitucionalismo Social

El Constitucionalismo libertario propio del Estado burgués, llamado por la tradición liberal como Constitucionalismo restrictivo por la limitación del poder político, conoce en su tránsito al Constitucionalismo social, los efectos del “*welfare state*” (Estado de bienestar). La diferencia, entonces, entre una Carta y otra está inscrita en la importancia que se dé a los derechos sociales, económicos o prestacionales y sus mecanismos de protección. Es más, a pesar de la identificación que un sector de la doctrina le atribuye a ambos conceptos, es preciso de entrada distinguirlos:

Aunque muchos autores suelen identificar <Estado Social de Derecho> con el Estado de <Welfare state> (<Estado benefactor o Estado de bienestar>), cabe señalar profundas diferencias entre ambos, aunque puedan recurrir a políticas públicas parecidas (intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales, sistema de tributación con finalidades redistributivas, universalidad de la seguridad social, etc.). En primer lugar, el Estado social de derecho corresponde a una valoración ética de la sociedad en virtud de la cual la creación de condiciones materiales que permitan la liberación de los individuos de la situación de penurias presentes y de incertidumbres futuras (enfermedad, vejez, desempleo) se asienta en valores como la justicia y la solidaridad promovidas activamente por el Estado. El Estado de <Welfare state> por el contrario adelanta sus polí-

ticas con el propósito de mantener la estabilidad macroeconómica frente a las crisis recurrentes del sistema capitalista. Por tal motivo, el <Estado Social de Derecho> en palabras de GARCIA PELAYO, <es una forma política concreta sucesora del Estado Liberal de Derecho, aunque no en contradicción irresoluble con él> (Echeverry, 2002, p. 320).

A pesar que el Estado de bienestar fue una respuesta a la crisis del Estado liberal, de acuerdo a (Añon y García, 2004), no demoró en generar serios cuestionamientos por diversas circunstancias: de un lado, el incremento del desempleo, producto de los enormes avances tecnológicos, la competitividad, la globalización y la flexibilización laboral y la disminución de la presencia sindical de los trabajadores a la par del debilitamiento de sus derechos adquiridos; por otra parte, el surgimiento de complejidades demográficas como el envejecimiento de la población y las migraciones que han alterado los cálculos de cotizaciones, los ingresos del Estado y la demanda de necesidades de la población, así mismo, la creciente incorporación al mercado laboral de la mujer y, por último, la incapacidad del Estado para atender la demanda social de necesidades, aunada al denominado Estado burocrático con el estigma de la corrupción, terminaron por colapsar el Estado de bienestar. Hubo entonces acusaciones insensatas, nostalgia de las monarquías absolutas y, en fin, sistemáticas descalificaciones al Estado de bienestar que condujeron, entre otros muchos efectos, a la llamada “ciudadanía privada”, conformada por individuos con empleos estables, con planes de seguridad privada, en un claro reforzamiento de los derechos individuales en desmedro de los derechos sociales. El resultado o el polo opuesto a la “ciudadanía privada”, fue el de una “ciudadanía excluida”, sin lugar en la sociedad en abierta lucha por su inclusión.

Varios hechos favorecen en primera instancia el Estado de bienestar, luego de su crisis, nuevos acontecimientos respaldan la entronización del llamado Estado social de derecho dentro del llamado Constitucionalismo social: la Constitución de Weimar en Alemania, la revolución rusa de octubre de 1917, la Constitución mexicana de 1917 y la segunda guerra mundial.

El advenimiento, en primer término, del Estado de bienestar fue el resultado de las inequidades y de la descomunal indignidad a que fue sometido el individuo por la incontenible revolución industrial, las ideas capitalistas y el propio Estado liberal. Algunos términos para impugnar la situación que se padecía, después acuñadas en el lenguaje contra la burguesía,

fueron entre otras: la “cuestión social”, “capitalismo primitivo”, etc. Las condiciones infamantes de los obreros, la vinculación y explotación despiadada de los menores de edad, las pesadas jornadas de trabajo de 16 horas diarias, deterioraron a tal grado la situación de pobreza de los obreros que la miseria pintó sus cuadros de denuncia por diversos sectores de la sociedad de entonces. Los partidos socialdemócratas, la doctrina social de la Iglesia y, a pesar de la resistencia y férrea oposición de la burguesía instalada cómodamente dentro del nuevo Estado liberal, los dirigentes y sectores de los partidos burgueses alzaron también su voz de alarma como:

CLEMENCEAU en Francia, CHAMBERLAIN en Inglaterra, GIOLITTI en Italia y NEUMAN en Alemania a finales del siglo XIX, defendieron la necesidad de realizar profundas reformas en las estructuras de las sociedades capitalistas a fin de contener la <amenaza de la revolución social>. Tal necesidad se hizo más apremiante a partir del triunfo de la Revolución bolchevique en Rusia en 1917, que contó con un efecto expansivo inmediato en países, como Alemania, Italia, Hungría, Polonia y Bulgaria en los cuales estallan revoluciones obreras al término de la primera guerra mundial (Echeverry, 2002, p. 307).

Señala la doctrina que la legislación precursora en el sentido de normatizar este sentimiento, fue la Alemana a través de su canciller Otto Von Bismark, quien para superar las condiciones de los obreros impulsó la organización de seguros estatales: seguros de accidentes en 1881, seguros de enfermedad en 1883, pensiones de jubilación en 1889 y el seguro de desempleo en 1920. En Francia ocurrió otro tanto con la expedición de leyes como “la de protección obligatoria” en 1841, limitando el trabajo de los niños y “la de coaliciones obreras” de 1864, autorizando el sindicalismo y con él el derecho de huelga (En Colombia sólo hasta la década de 1930 en el gobierno de Alfonso López Pumarejo, se legisló a este respecto), la “ley sobre accidentes de trabajo” se aprobó en 1898 y “la ley de jubilación” para todos los trabajadores en 1910, aunque previamente, desde 1894 ya existían para los trabajadores del sector minero y de ferrocarriles.

Fue Alemania, después de su derrota en la primera guerra mundial, la democracia liberal que Constitucionalizó los derechos sociales, económicos y culturales en el gobierno de Weimar. Algunos derechos con ese contenido fueron el carácter gratuito de la enseñanza y los medios de estudio en escuelas primarias y complementarias, la obligación del Estado en la pro-

tección y asistencia de la maternidad, la obligación del Reich para atender la conservación de la salud y la capacidad para el trabajo, las obligaciones derivadas de la propiedad como un servicio para el bien general, la libertad de asociación y el sistema de seguros ya referidos en este acápite.

La Constitución de Weimar fue el resultado del compromiso entre sindicatos y organizaciones patronales, después de la derrota sangrienta de la insurrección del movimiento proletario, donde además la clase obrera obtuvo el reconocimiento de jornadas de trabajo de ocho horas, contratación colectiva, reconocimiento a los llamados consejos de fábrica y un sistema de subsidios por desempleo. Algunas ramas del derecho deben su origen al texto Constitucional de Weimar, como el derecho del trabajo, el derecho económico y el derecho social. Así mismo, el Estado social de derecho, concepto pronunciado por el diputado socialdemócrata Schmid y desarrollado ampliamente por el eminente jurista Alemán Herman Héller, se incorporan dentro de la literatura jurídica y política desde entonces hasta nuestros días.

Fue tal la dimensión de la Constitución de Weimar que Héller no dudó en respaldarla, para él tanto la Constitución (en general), como el Estado y el derecho son dinámicos, no obstante, Héller (2004) asevera que la Constitución debe afirmarse y, para ello debe poseer un carácter relativamente estático, así se expresa sobre el particular:

La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía <transportada> han cambiado los <elementos> y, sin embargo, la melodía se estima idéntica, así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como unidad diferenciable (p. 286).

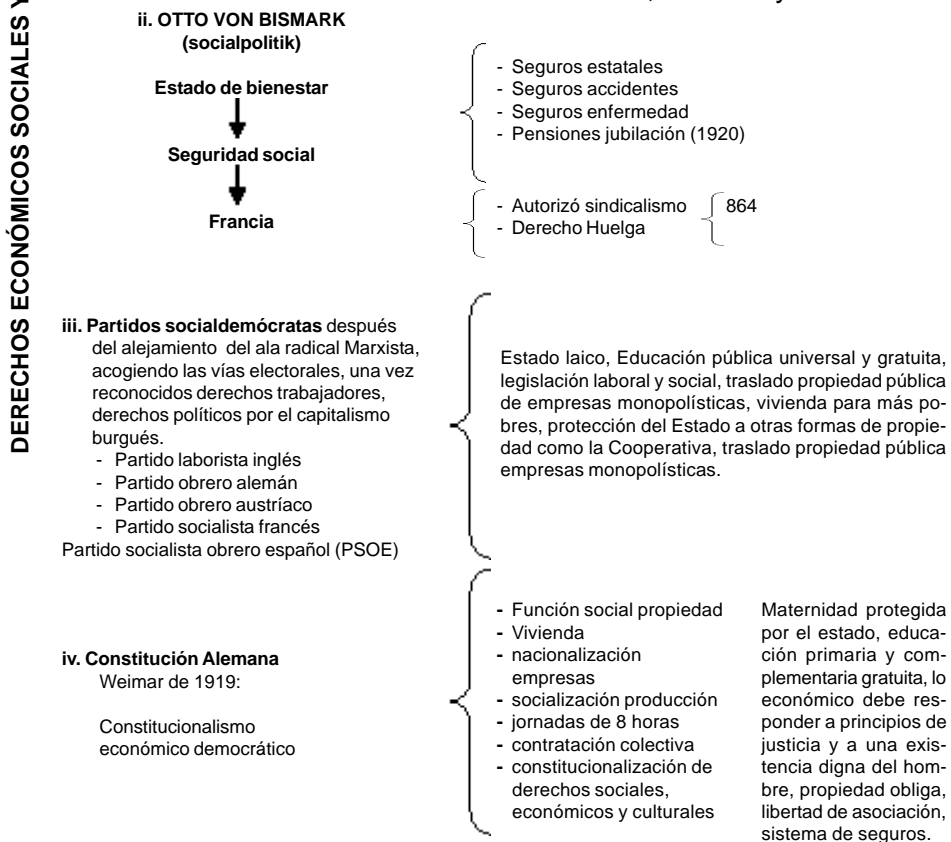
Así la Constitución musicalmente definida es la expresión de los distintos matices ideológicos de la sociedad, tanto de izquierda como de derecha, es decir, ella es una suerte de catalizador de las relaciones fácticas del poder. Esta afirmación se explicita en la llamada Constitución de Weimar que Héller (mencionado por Monereo en el texto sobre el Estado de aquí, 2004) defendía desde su posición socialdemócrata:

Celebramos la Constitución de Weimar, no porque esté para nosotros ya consumado, sino porque nos posibilita nuestra tarea. La protegemos y exigimos para ella respeto, porque nos concede la libertad de realizar en el futuro una forma superior y más homogénea.

Tenemos derecho a exigir respeto para ella a todos los ciudadanos alemanes de todas las orientaciones políticas, porque esta forma constitucional garantiza a todos los grupos idénticas condiciones de lucha. Nosotros nos comprometemos a defender la Constitución de Weimar frente a todos los ataques de los ideólogos de la violencia (Héller, 2004, p. XX).

Sin embargo, la república de Weimar fue aplastada por el nacional socialismo: No existían los recursos macroeconómicos para soportar el Estado de bienestar, la gran depresión generó pobreza y desintegración social y el rechazo al tercer poder (judicial) para ejercer el control, pues la revisión de las leyes era tan imposible ante la sentencia que indicaba: "la Ley del Fuhrer en todas sus formas es necesariamente vinculante para los jueces".

El cuadro 1 muestra la evolución, no necesariamente cronológica, hasta la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales.



Cuadro 1.

4.3 Constitucionalismo Contemporáneo: El Estado Democrático Constitucional

4.3.1 Generalidades

Poder y derecho como dos caras de una misma moneda como señalara Bobbio (2003) cuando acerca de la norma jurídica y el poder expresa que “pueden considerarse como cara y cruz de la misma moneda” (p. 261), pertenecen también a la descripción de la Constitución en su proceso de posicionamiento que se inicia con el iluminismo y con la revolución Francesa. La Constitución como valor jurídico y como valor político, de acuerdo a Peces-Barba (2006) están prefiguradas en los modelos Norteamericano como ejemplo del valor jurídico y en el modelo Francés como ejemplo del valor político, desde luego ambas formas concebidas en el marco del Estado de Derecho: El Norteamericano como Estado liberal Constitucional de Derecho y el Estado Francés como Estado liberal legislativo de Derecho. Esta doble condición está presente, según muchos autores, como Peces-Barba, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1787, donde la garantía de los derechos está referida a la juridicidad de la Constitución (su dimensión jurídica) y la separación de los poderes dentro de la sociedad (su dimensión política). En otras palabras la Constitución en sus dos dimensiones, la política y la jurídica, pero arropada en la irrenunciable idea de la trascendencia del ser humano, la Constitución humanista, que proclama la dignidad humana como esencia de su moderna concepción.

Peces-Barba (2006), relaciona dos perfiles perfectamente diferenciados en la evolución del Estado Constitucional. El primero se refiere a un escenario laico regulatorio de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, donde diversos autores postulan sus respectivas visiones. La secularización se asume generalmente como la superación del orden religioso medieval por el orden jurídico Constitucional, en un proceso de desacralización del mundo que, liberado de la influencia teocentrista, enfatiza en un Constitucionalismo antropocentrista donde el hombre es el eje de su reflexión. Se supera la postulación de la teoría de las dos espadas del papa San Gelasio, afirmándose el poder del Estado moderno concretado en el monopolio de la fuerza legítima y, finalmente, se distingue en este mismo campo a la Constitución como sede de la ética pública jurídica y a la religión como sede de la ética privada. El segundo se concreta en la necesidad de limitar el poder político, de un lado, mediante la separación de poderes, la organización del Estado y de la convivencia, así como la positivización de los derechos naturales y, de otro lado, con la idea de juridicidad de la Constitución, es decir, de su valor normativo, lo cual le

otorga el carácter de supremacía en el sistema jurídico, anticipando lo que será su garantía y el sistema de control Constitucionalidad a las leyes, todo lo anterior renovando el carácter político y jurídico siempre presente de la Constitución.

4.3.2 Definición y rasgos del Estado Constitucional.

Pero, ¿Qué es el Estado Constitucional? El Estado Constitucional es, al parecer, un término antiguo usado ahora con un nuevo sentido. Su uso ha ido extendiéndose desde Alemania, Italia y, en España, con cierta intensidad, especialmente por García Maynés, con la finalidad de explicitar las transformaciones de las instituciones del Estado de Derecho, especialmente desde finales de la década del 70. Un importante sector de la doctrina (Ferrajoli, Comanducci, Carbonell, entre muchos otros), aseguran que a partir de la segunda mitad del siglo XX, se inicia el denominado proceso de constitucionalización. También para algunos de ellos (Carbonell), el denominado Neoconstitucionalismo es un término que surge al interior del Estado Constitucional moderno a partir de la segunda guerra mundial y, particularmente, en la década del setenta con el surgimiento de textos Constitucionales que buscan explicar de manera distinta fenómenos jurídicos: “Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991” (Carbonell, 2007, p. 10); por lo menos desde los textos constitucionales puede darse cuenta analítica de dicho concepto.

Pérez (2002), destaca el contenido de dichos fenómenos y transformaciones de la experiencia jurídica en un triple desplazamiento que opera en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional, según sus propios términos, este último una categoría vieja que en tiempos recientes ha asumido un significado nuevo, especialmente en las sociedades occidentales democráticas. Ese triple desplazamiento se concreta de la siguiente forma: de la superioridad de la ley a la superioridad de la Constitución, de la reserva de la ley a la reserva de la Constitución y del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad. Los precedentes rasgos consignados por Pérez, se describen de manera resumida, seguidamente, complementados con otras referencias:

a. De la superioridad de la ley a la superioridad de la Constitución.

Este desplazamiento se traduce en la explicación original del Estado liberal de Derecho, donde la ley era no sólo la expresión de la voluntad normativa del Estado sino que detentaba el monopolio del sistema de fuentes en el sentido que toda disposición debía remitirse a la ley como fuente suprema. La ley ha cedido entonces su lugar preeminente por diversos factores como la vigencia de disposiciones tanto por encima como por debajo del Estado, así como por la existencia de reglas jurídicas comunes (*ius commune*), en ordenamientos diferentes como los referidos a derechos humanos, persecución de organizaciones criminales internacionales y reglas generales sobre el tráfico económico. De igual forma, la existencia de una profusión de marcos normativos intermedios, entre el ciudadano y el Estado, es decir, un pluralismo evidenciado por la descodificación o el abandono de los códigos formales por leyes especiales, así mismo, las reglas de la comunidad Europea o, inclusive, el valor de la jurisprudencia del tribunal Constitucional como en el caso de España o Colombia donde formalmente no tienen reconocimiento creativo a través de sus decisiones, pero que revolucionan el sistema de fuentes como quiera que cuestionan el monopolio y jerarquía normativa interna, ocupando un lugar prevalente, inclusive al de la propia ley.

Ante este caos normativo la primacía Constitucional intenta poner orden normativo, desplazando del lugar de privilegio a la ley pero no como punto de inicio sino de llegada como lo expone Pérez (2002):

Conviene advertir que en el Estado constitucional, que es el Estado de una <sociedad abierta>, el sistema jurídico y sus postulados básicos reclaman del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico por un pluralismo metódico. El proceso hermenéutico constitucional aparece por tanto como <instancia crítica>, siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades (*Möglichkeitsdenken*) (p. 67).

Algunas Constituciones como la Española privilegia el principio de la legalidad bajo el entendido que se refiere al principio Constitucional como sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En similares condiciones sucede con la interpretación del art. 230 de la Constitución Colombiana, cuando señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos

dos al imperio de la ley, debiendo la Corte Constitucional precisar el alcance del término “ley”: “...por la expresión <imperio de la ley> debe entenderse ley en sentido material –norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal –la expedida por el órgano legislativo-”⁸. Dicho artículo se refiere a la labor del juez al momento de impartir justicia, al estar sujeto al derecho y, consecuentemente, la proscripción de adoptar sentencias arbitrarias. Así mismo, y tal como lo expresa Sierra (1998), la expresión “ley” tiene en el caso específico del artículo 230 de la C.N de 1991 Colombiana, una connotación general y se refiere a la Constitución, a las leyes formales (las provenientes del Congreso), las normas con fuerza y rango de ley como los decretos legislativos o decretos leyes y los actos administrativos de todos los niveles, en suma todo el derecho positivo, lo cual no supone que si dichas fuentes principales no son suficientes para impartir justicia, el juez pueda acudir subsidiariamente a los llamados criterios auxiliares descritos por el inciso segundo del precitado artículo 230, como son la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

b. De la reserva de ley a la reserva de la Constitución.

Algunos temas normativos básicos como los de los derechos y libertades ciudadanas fueron reservados, a la sazón, en su desarrollo al legislador ordinario lo que implicaba la prohibición de asumirse por reglas de rango inferior a la ley. Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, supuso la inflación de producción normativa por los distintos entes administrativos del Estado, llamados a atender el régimen prestacional propio del denominado Estado del “*welfare state*”. La multiplicidad de providencias administrativas proferidas por el Estado social, llamada “hipertrofia legislativa” o en la terminología anglosajona “contaminación legislativa” (*legal polución*), socavó el principio de legalidad, disolviendo, de paso, la tradicional división de los poderes, puntualmente entre legislativo y ejecutivo, pasando de las clásicas leyes formales (Rechtsgesetze) a las leyes medida (Massnahmegesetze).

La reserva de la Constitución no implica que al legislador ordinario la propia Constitución le defiera la potestad de desarrollar los derechos fundamentales, como en el caso Colombiano, sólo que mediante leyes especiales o “superleyes”, por exigir para su aprobación mayorías ca-

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-131 de abril de 1993. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

lificadas y por integrarse materialmente al bloque de Constitucionalidad (en España son denominadas leyes orgánicas, tomadas de la Constitución Francesa de 1958).

- c. Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

El Estado de derecho implica la sumisión de los poderes públicos (privados también, agregaría Ferrajoli) al control de Tribunales independientes. Respecto al ciudadano el Estado de derecho supone, de un lado, la definición legal de los derechos y deberes cívicos y, de otra parte, la justiciabilidad de la Administración cuando quiera que se transgreden o lesionan por ésta los derechos ciudadanos.

En la primera mitad del siglo XX se desató la polémica entre quienes afirmaban la sujeción de los poderes públicos sólo a la legislación ordinaria y no su vinculación a la norma Constitucional por su carácter indeterminado y programático, lo cual traducía la ausencia de significado del control jurisdiccional de la Constitución, cuyo exponente más emblemático fue Carl Schmitt que se resume con su frase “los litigios constitucionales auténticos son siempre litigios políticos” (Pérez, 2002, p. 73).

Finalizada la segunda guerra mundial, se inicia el proceso de hacer justiciable el contenido de la Constitución y, puntualmente, de los derechos fundamentales. El denominado “activismo” de la judicatura contribuye a afirmar el arquetipo “Estado Constitucional”. A guisa de ejemplo lo conseguido por Alemania mediante la jurisdicción Constitucional de la libertad como derecho fundamental, de Francia con la decisión del *Conseil Constitutionnel* en 1971 al incorporar la declaración de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946 a su estatuto superior y de España cuando a instancia del Tribunal Constitucional tendencialmente se le confiere valor normativo a la Constitución de 1978, en decisiones controversiales con el Tribunal Supremo que insistía a través del recurso *interpositio legislatoris* en darle prioridad al desarrollo por el legislador de los preceptos constitucionales negándole a los mismos su aplicación inmediata.

Pérez (2002), no oculta la importancia de la primacía y la reserva de la Constitución, así como el protagonismo de la jurisprudencia Constitucional en la caracterización del Estado Constitucional, pero se inclina por postular un criterio generacional que evidencia la dimensión trídica del moderno Estado de derecho como liberal, social y Constitucional

definido a partir de la decantación de los derechos fundamentales como su desiderátum, que han evolucionado en “un paralelismo simétrico” desde las libertades individuales a los derechos económicos, sociales y culturales y, actualmente, a los derechos de tercera generación (derecho a la paz, derecho de los consumidores, derecho a la calidad de vida, la libertad informática):

A las tres generaciones de Estado de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho será el ámbito jurídico-político en el que se postulan los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación (Pérez, 2002, p. 91).

Cabe destacar de las anteriores tesis de Pérez (2002), la aclaración de que los derechos humanos no se resuelven en las antedichas tres generaciones pues no es una “obra cerrada y acabada” que no renuncia a su condición utópica como proyecto emancipatorio manifestándose constantemente en realidades históricas, es más, la nueva generación no es “otra” respecto a la anterior “sino que en cierto modo es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores. De esta forma evolucionan los derechos humanos en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación. La historia de los derechos humanos se revela a la vez como paradigma y como progreso constante” (Pérez, 2002, p. 97).

Los planteamientos precedentes no ignoran la existencia de la Constitución desde la primera generación de derechos concebida como documento político sin poder vinculante y su tránsito a estatuto superior normativo que extiende la justiciabilidad a la triada de derechos formulada por Pérez (2002). La precisión se extiende a la concepción de los derechos políticos con su carácter limitado y restringido originalmente (sufragio censatario), para pasar luego a su reconocimiento universal.

Para otros autores como Fioravanti (1996), las Constituciones que ahora tenemos se diferencian del modelo propio a la sazón vigente en el Estado de Derecho Liberal del siglo XIX, por aspectos como la reafirmación del

principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado a favor del principio de soberanía del Estado, asimismo, las Constituciones contemporáneas han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, extendiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa. Por otro lado, el Control de Constitucionalidad ha servido el propósito de blindar las libertades del arbitrio de los poderes constituidos, pues al estar constitucionalizadas suponen una decisión Constituyente para su modificación. Pero lo más notable, según Fioravanti, más allá de las características de las Constituciones democráticas de la segunda posguerra mundial, lo constituye la aparición del concepto de Supremacía Constitucional en su doble dimensión: bien como garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para el cumplimiento de los valores Constitucionales.

Es este último punto mencionado por Fioravanti (1996) el que remarca la diferencia sustantiva entre la Constitución del periodo revolucionario y la Constitución contemporánea según sus propias palabras:

En concreto, si la constitución debe ser –precisamente como acto de fundación de los derechos y libertades- *una verdadera y precisa norma jurídica* – y no ya un mero manifiesto político-ideológico como sostenían los juristas liberales a propósito de las declaraciones de derechos de la revolución- surge en seguida el problema de la *ilegitimidad* de aquellas normas de derecho positivo estatal vigentes en cuanto emanadas formalmente de manera correcta, pero contrarias a la constitución –norma fundamental de orden superior- en cuanto a los *contenidos sustanciales*. En otras palabras, la existencia misma de un control de constitucionalidad –no importa si difuso o concentrado, si de mera inaplicación de la norma estatal constitucionalmente ilegítima al caso concreto o con eficacia anulatoria *erga omnes* de la misma norma- destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una situación, inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está como suspendida, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la constitución y de los principios constitucionales.

Pero, como antes se decía, la renovada supremacía de la constitución no se refiere sólo a este aspecto, que es el de la rigidez de la constitución, el del control de la constitucionalidad y el de una tutela más eficaz de la esfera individual de la libertad con el instrumento

de la constitución como norma fundamental de garantía (*costituzione-garanzi*). Con las constituciones democráticas de este siglo vuelve a primer plano otro aspecto, el de la constitución como norma directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Una materia típica de la constitución como norma directiva fundamental es, por ejemplo, el goce de los derechos sociales, así el derecho a la educación o a la subsistencia o al trabajo (p. 128, 129).

Dentro de esta misma línea del Estado Constitucional contemporáneo, autores nacionales como Echeverry (2002), señalan como sus rasgos distintivos, principalmente después de finalizada la segunda guerra mundial, los siguientes:

- a. El Estado social de derecho como principio Constitucional, con los contenidos e implicaciones en el orden político, económico y social que dicho concepto comporta.
- b. Además de los tradicionales derechos individuales, propios de las revoluciones burguesas (intimidad, igualdad, libertad de prensa, libertades políticas, etc), repensados desde las realidades contemporáneas, hasta la incorporación de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, propios del Constitucionalismo social, incluyendo esos nuevos derechos producto de las resoluciones de la ONU, como los del medio ambiente, derecho al desarrollo, derechos de género y de la infancia, así mismo, algunos otros derechos como los de los consumidores, el derecho de habeas data, resultado de la industrialización de nuestras sociedades.
- c. Los instrumentos adecuados para garantizar la efectividad de los derechos como los recursos de amparo o acciones de todo tipo, como las de grupo o populares, de cumplimiento, de tutela, etc.
- d. El valor normativo de la Constitución, es decir, de su capacidad de aplicación directa como verdadero “jus cogens”. En otras palabras, la Constitución como norma fundamental y como primera disposición del sistema jurídico, puede ser aplicada sin mediación legislativa, de forma directa, sin requerir el desarrollo legislativo para su plena observancia y eficacia.
- e. El surgimiento de una verdadera Justicia Constitucional, impulsada por el control judicial a las leyes realizado por tribunales Constitucionales

cuya primigenia función de “legisladores negativos”, según el pensamiento de Kelsen, o sea, atentos exclusivamente a expulsar del ordenamiento aquéllas normas incompatibles a la norma superior (Constitución), se extiende hoy al muy discutido rol de ser también “legisladores positivos”, es decir, competencia para suplir al legislador ordinario “modificando la obra de este, la ley, adicionándola, suprimiendo apartados de esta, alterando su sentido o condicionando su aplicación en el tiempo” (Echeverry, 2002, p. 324).

Para concluir, es útil hacer énfasis en lo ocurrido en la segunda mitad del siglo XX, cuando se inicia la constitucionalización de un Estado social de derecho, actualmente en disputa con el modelo neoliberal, pues desde lo político, lo económico y desde la propia institucionalidad como los congresos o parlamentos y del gobierno en general, se quiere evitar a toda costa su cumplimiento y su materialización en sociedades, que como la nuestra, continúan siendo profundamente desiguales. A diferencia del Constitucionalismo de la tradición liberal, autolimitado por las mayorías, el Constitucionalismo social incorpora aspectos de la social democracia, pasando de ser restrictivo a Constitucionalismo libertario. Sin embargo, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), por ser derechos de contenido prestacional encuentran sistemáticamente desafíos por las penurias financieras que atraviesan particularmente los Estados del llamado “Sur Global”, países en vías de desarrollo.

Los distintos Tribunales Constitucionales han tenido, en consecuencia, que apelar a mecanismos audaces para conciliar la justiciabilidad de dichos derechos con las realidades económicas de dichos Estados y con ello garantizar la eficacia de los derechos sociales como derechos fundamentales. En el caso de Colombia, por ejemplo, nuestra Corte ha acogido la fórmula que le impone al Estado el deber de satisfacer de manera progresiva, como una obligación de medio y no de fin, los derechos sociales, atendiendo la disponibilidad de recursos contenidos en los presupuestos que permitan garantizar la realización de la igualdad y la justicia material, como presupuestos insoslayables del Estado social de derecho.

5. DEL PODER CONSTITUYENTE

5.1 Generalidades

El tratadista Colombiano, Sáchica (1999), enseña que el poder constituyente es la capacidad de un ente colectivo de auto-organizarse, de darse el ser. Ese propósito es deliberado de configurar o darle forma a ese

cuerpo colectivo. La precedente afirmación, supone la existencia del individuo como ser político, en permanente convivencia racional con los otros, lo que también implica la asociación política organizada y no la sociedad natural, originaria e inorgánica.

Naranjo (2003), por su parte, atribuye el origen del término constituyente al Derecho Público Francés y significa “<lo que instituye>, <lo que establece>, <lo que crea>, <lo que organiza institucionalmente>” (p. 346).

Otros autores como Zagrebelsky (2005), en su examen del poder constituyente en relación con el proceso histórico, lo define de la siguiente manera:

Es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones (p. 36).

Inclusive Zagrebelsky (2005) aporta la distinción entre el poder constituyente y la soberanía. El poder constituyente no es una señal de la soberanía, indica, pues ésta es un poder fijo, determinado y limitado por su propia institucionalización, el poder constituyente es procedimiento absoluto, como revolución, sin embargo, sólo es constituyente si se organiza para ese fin, si después de destruir el orden normativo existente, construye y crea un nuevo orden. Igualmente Zagrebelsky, se opone a la exacerbación del poder constituyente, a una especie de “mito constituyente”, en sus dos extremos: aquel que aboga por una ilimitada y permanente vocación reformadora y renovadora o aquella que establece límites a la opción de renovación de la Constitución y que le confiere un carácter de invariabilidad o inmovilidad a la Constitución; en este sentido, señala, debe procurarse un punto intermedio que consulte la prudencia y que evocando los términos de la respuesta de Madison a Jefferson en el “Federalista”, permita mejorar y perpetuar y “no malograr el legado de los padres” (p. 44).

Existen diversas teorías acerca del poder constituyente. Se reconocen reflexiones desde la Antigüedad con Platón y Aristóteles, inclusive se vislumbra en el propio pacto sellado por Dios con Moisés para la organización de su pueblo. Posteriormente, los análisis sobre el mismo tema dis-

curren desde Santo Tomás, Francisco Suárez, Hobbes, Locke, Spinoza y Rosseau, hasta su formulación depurada y consistente en tiempos de la Revolución Francesa por el abate Emmanuel Sieyès, en su obra “¿Qué es el tercer Estado?”. Importa precisar que son comunes en el lenguaje político del siglo XVIII algunos términos como soberanía, poder constituyente, voluntad popular, contrato social, así como están a la orden del día las principales teorías que justifican la existencia del poder: derecho divino de los reyes, absolutismo monárquico (soportados en las teorías de la soberanía de Bodino y Hobbes), soberanía popular y contrato social (sustentados en las tesis de Looche y Rousseau).

Dos procesos, según Ramírez (2005), ponen en práctica la nueva oleada democrática-liberal y, con ellos, la teoría del Poder Constituyente: el Norteamericano y el Francés. Los Norteamericanos consagran los principios de soberanía popular, de Constitución como Norma superior, el principio de legalidad para organizar los poderes, aunque originalmente no se incorpora la teoría del Poder Constituyente, sino años más tarde, después de formulado por Sieyès. En este orden de ideas, Sieyès, al señalar a los diputados burgueses en los Estados Generales Franceses, como auténticos representantes de la Nación y como voceros del poder constituyente, es concluyente al distinguir el poder constituyente representado en el tercer Estado (la burguesía) del poder constituido personificado por la monarquía, el clero y la nobleza.

En este marco histórico, la propuesta de Sieyès está encaminada a la elaboración de la Constitución, por ello su temor a que “la nación se le encierre en una Constitución dada por los poderes constituidos ya que ello sería exponerse a que perdiera su libertad” (Ramírez, 2005, p. 208, 209) y, en consecuencia, el retorno de la tiranía. Sieyès se apoya en la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu y en la teoría de la soberanía popular de Rousseau, aspecto este último matizado en el sentido de buscar una representación del pueblo para ejercer esa voluntad común, ante la imposibilidad de reunir a todos los asociados por estar, entre otras razones, repartidos en una superficie demasiado extensa.

En consecuencia, y a manera de ejemplo, los hombres que constituyen un Estado político, al fundarlo o sustituirlo por otro, ejercitan poder constituyente. Dicha fuerza constituyente se evidencia en ese acto fundacional del Estado, en la producción Constitucional y en sus reformas. Aunque algunos autores sostienen la existencia de un solo poder, como SÁCHICA (1999), otros afirman la existencia de un poder constituyente originario, un poder constituyente derivado y aluden a poderes constituidos, como

Naranjo (2003).

5.2 Poder constituyente originario

De acuerdo con Naranjo (2003) el poder constituyente originario o primario decide la Constitución de un Estado o su cambio. También se manifiesta cuando surge por primera vez el Estado o se conforma uno nuevo, sin fundamentarse en normas positivas anteriores; o en razón a la ruptura del ordenamiento jurídico por un movimiento revolucionario, un golpe de Estado, o por la transformación del mismo o cuando ocurre una conquista militar.

Continuando con Sáchica (1999), las características del constituyente primario son: un poder no recibido, no deriva de otro, nace de sí mismo, es su propia fuente, es autogenerado; es fáctico, político, es por lo mismo, un suceso, un proceso histórico; es prejurídico, es decir, anterior al Estado y su Derecho, por lo tanto, no se cuestiona su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea; Justifica políticamente e históricamente su decisión, no tiene que legitimarla; finalmente, en la coyuntura política crea libremente por el obrar revolucionario el Estado necesario, el que convenga al propósito constituyente.

El titular del poder constituyente originario puede ser el pueblo, la nación, un partido político, una clase social o sus dirigentes, los estudiantes organizados; en conclusión, cualquier grupo es potencialmente apto para tornarse en poder constituyente. Así ha sucedido a través de la historia. No obstante se le identifica comúnmente con la revolución que sustituye, que crea, que origina, pero también y con mayor intensidad con el pueblo. El poder constituyente crea el Estado, origina la formación Constitucional y llena de legitimidad el proceso constituyente.

5.3 Poder constituyente derivado. Reforma de la Constitución

De otra parte, el constituyente derivado o secundario, para algunos impropriamente así llamado, responde a los poderes constituidos, como el Congreso quien tiene tan sólo un poder de reforma, limitada por la Constitución, pues no puede cambiarla o sustituirla, por ello no existe, según Sáchica (1999), sino un poder constituyente. Es decir, la capacidad del llamado constituyente derivado está necesariamente atada a lo determinado por los procedimientos establecidos en la Constitución. Son poderes constituidos según Naranjo (2003), el Congreso o Parlamento, la Presidencia, los órganos de control y fiscalización, las autoridades territoria-

les, entres otros, como titulares que cumplen funciones del Estado, advirtiéndolo, que en la práctica, es el Congreso o, excepcionalmente, una asamblea constituyente quien actúa como poder derivado, así mismo, señala como características el hecho de la legalidad, o sea, la sujeción al derecho establecido, del cual deriva su eficacia.

Algunos autores, como en el caso de Velásquez (2004) se refieren al límite del poder constituyente derivado (Congreso o Parlamento), indicando que éste tiene un alcance parcial, pues no goza de una atribución para transformar totalmente la Constitución sin desconocer los principios que le sirven de marco. Así por ejemplo, una Constitución liberal no puede ser transformada por un poder derivado en una Constitución monárquica, por cuanto en este evento, debe acudir al constituyente originario.

5.4 Modalidades del poder constituyente

El propio Sáchica (1999), al señalar que el poder constituyente tiene como función establecer el Estado y proclamar su legitimidad a través del establecimiento de la Constitución, indica las modalidades del poder constituyente que para el efecto se resumen en las siguientes:

- a. El otorgamiento: Dicha forma es propia de la Constitucionalización de las monarquías Europeas en el siglo XIX, cuando el rey concedía unilateral o bajo levantamientos populares o presiones de sectores sociales, una Constitución a los súbditos. También es factible en el caso de las dictaduras, utilizar actos Constitucionales para pretender legitimar su gobierno de facto. Todas estas expresiones de Constituciones otorgadas no se juzgan democráticas y, por lo tanto, son revocables al carecer de una base o respaldo popular.
- b. El pacto: Son Constituciones originadas en negociación política o producto del pacto entre sectores dominantes en contienda, tal es el caso de la Carta Magna de 1215 en Inglaterra, o también entre un poder establecido y sus opositores.
- c. La participación popular y democrática en el proceso constituyente: Ocurre a través de mecanismos como la iniciativa, donde es determinante la participación para que el pueblo de forma semidirecta, por medio de sus representantes, formule peticiones con fines reformativos o derogatorios de textos Constitucionales. Otro instrumento de participación es el referendo, el cual procede de forma inversa a la

iniciativa, pues la decisión Constitucional adoptada por el órgano competente no entra en vigencia hasta tanto no lo apruebe o lo refrende el pueblo por votación mayoritaria. También se usa con frecuencia el denominado plebiscito, para que sea el pueblo directamente quien con su afirmación o con su negativa resuelva el establecimiento de una nueva Constitución o una modificación a la existente. Sin embargo, el recurso más frecuente para adoptar una nueva Constitución o para reformarla, es la convocatoria y elección popular a una asamblea, convención o congreso constituyente para cumplir dicha misión.

- d. El cuerpo legislativo por autorización del propio texto Constitucional puede cumplir esa doble función, la de legislar y la de modificar la Constitución como ocurre en Colombia a partir de la Carta de 1991.

6. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La existencia de una justicia Constitucional, supone la existencia de Tribunales Constitucionales encargados de realizar el control judicial a las leyes. Para los Estados donde dicha jurisdicción existe, como consecuencia de la superación del concepto de que la Constitución sólo era un documento político disponible por el legislador, la vigilancia y guarda de la misma requiere de un sistema de interpretación, cuyo fundamento y reglas de manera general corresponden a las de la interpretación jurídica (gramatical, histórica, teleológica o sistemática), pero que adquiere características especiales al no ser lo mismo interpretar la ley (mediante el mecanismo de subsunción, por ejemplo, consistente en un supuesto jurídico abstracto, una consecuencia y el supuesto de hecho que el Juez subsume en la hipótesis abstracta prevista en la norma), que interpretar la Constitución, pues ésta tiene conceptos jurídicos indeterminados, principios y valores complejizando los mecanismos hermenéuticos usados ordinariamente para interpretar la ley. Señala Monroy (2005) que algunos autores proponen una interpretación llamada “tópica” como punto de equilibrio entre la libertad de configuración del legislador y el control del mismo por el Tribunal Constitucional.

En el proceso de “concreción”, originado en la interpretación que hace el Tribunal Constitucional se crean reglas subconstitucionales, conformadas en doctrina y aplicables en eventos posteriores de interpretación con la condición de tener presente la llamada “Constitución viviente”, es decir, “las estructuras sociales y las circunstancias en que se va a aplicar la norma” (Monroy, 2005, p.54).

Esas reglas subconstitucionales terminan integrándose a la Constitución, pues en esta labor de interpretación, el Tribunal crea, formula y aplica la Constitución, pasando de ser legislador negativo según la postulación Kelseniana, para convertirse en legislador positivo (aspecto reprochado por algún sector de la doctrina, cuando peyorativamente lo denomina “el gobierno de los Jueces”), bajo el entendido que esta labor creativa se verifica frente a la “inconcreción de la norma constitucional, su carácter político, su ambigüedad semántica, y su habitual incompletud” (Monroy, 2005, p. 55).

Continuando con Monroy (2005) la interpretación Constitucional es materia del derecho Constitucional, su ausencia fue consecuencia del desplazamiento que hace la Constitución a la primordialidad de la ley. La supremacía de la ley y su interpretación por el parlamento es producto del principio de soberanía parlamentaria en Inglaterra, extendido al continente Europeo y a toda América en los siglos XIX y bien entrado el siglo XX, doctrina según la cual es el parlamento soberano ante la inexistencia de límites jurídicos, quien expresa su voluntad mediante leyes para interpretar la Constitución como documento político.

En la labor interpretativa deben tenerse en cuenta los antecedentes históricos tanto como el contexto presente, como justificación de la “Constitución viviente”. Para desarrollar la labor interpretativa es esencial el control Constitucional que adquiere modalidades y rasgos dependiendo si el mismo es concentrado o difuso.

La interpretación Constitucional requiere una justificación racional de los argumentos de parte del operador, por ello la argumentación jurídica es fundamental dentro del discurso interpretativo, constituyéndose en su fuente de legitimidad, así mismo, la doctrina del precedente se torna trascendental para garantizar la realización de principios como el de la seguridad y certeza jurídica.

6.1 Métodos de interpretación

Aunque la interpretación es una sola adquiere diversas modalidades o enfoques interpretativos, para tal efecto y siguiendo a Monroy (2005), los mismos son:

6.1.1 Histórico

Consulta la norma desde su formación hasta su transformación o evolución a través del tiempo, o sea lo que ha sido y lo que tiende a ser. Debe, en consecuencia, tener en cuenta el momento o época de su nacimiento,

su historia, las teorías jurídicas existentes, así como su evolución.

6.1.2 Teleológico

Se refiere a la finalidad que persiguen las normas de la Constitución, indagando por la intención del constituyente y del pueblo al momento de su elaboración. El sentido político de la Constitución se busca en el preámbulo, en sus principios y valores.

6.1.3 Pragmático

La Constitución debe interpretarse con criterio práctico, privilegiando los contenidos, el derecho sustancial, los derechos fundamentales, la supremacía Constitucional sobre el sentido formalista de la misma.

6.1.4 Semántico

El significado de las palabras utilizadas por la Constitución deben ser comprendidas en su sentido general y común.

6.1.5 Sistemático

La Constitución es un cuerpo orgánico integrado por reglas, subreglas, valores y principios, por ello la interpretación no puede realizarse a la luz de una sola norma, sino reconociendo el texto Constitucional como un sistema coherente y armoniosamente conectado entre sí.

6.1. 6 Progresista

El derecho no puede ser un sistema normativo petrificado en el tiempo. El texto Constitucional debe atender las condiciones políticas, económicas, sociales, ese ethos cultural propio del momento de su elaboración como también debe acoger las permanentes transformaciones de la sociedad que permitan dúctilmente adaptarse a éstas, sin menoscabo de la seguridad y certeza que debe presidir el ordenamiento jurídico. La armonía entre las nuevas realidades y la flexibilidad en la interpretación Constitucional son presupuesto de la estabilidad y del progreso jurídico del Estado.

6.1.7 Realista

No puede el intérprete ignorar la realidad que lo circunda en la tarea hermenéutica. La interpretación debe ser razonable, práctica, debe seguir el sentido común y como en la interpretación progresista debe reconocer la dinámica de la vida social, política y económica del País.

7. LIBERALISMO, DEMOCRACIA Y SOCIALISMO

7.1 Introducción

El nuevo régimen impuesto por las revoluciones burguesas trajo consigo un nuevo debate: liberalismo o democracia y, un poco después, o socialismo. Liberalismo y democracia caminan por senderos distintos desde la primera mitad del siglo XIX cuando se inicia su utilización en el lenguaje político. Para entonces la división ideológica giraba en torno a un liberalismo como partido del cambio y un conservadurismo identificado con el orden. El lenguaje ambivalente del liberalismo al sostener simultáneamente el énfasis en la libertad del mercado y en la hipotética igualdad consagrada en la soberanía popular (y nacional) de la revolución Francesa, lo conduce a contradicciones internas difíciles de resolver. El uso de nuevos términos y el nacimiento de ideologías podría sintetizarse así: Después de la derrota de Napoleón en 1815 y entre esa fecha y 1848 surgieron algunos individuos dentro de los liberales, a veces llamados demócratas (a veces republicanos o radicales y, también, a veces, llamados socialistas) y, posterior a 1848, la aparición de ideologías incorpora al lenguaje político diferenciándolos a los conservadores (derecha), a los liberales (centro) y a los socialistas/radicales (izquierda).

A pesar de los intervalos críticos, según Wallerstein (1998), el triunfo del liberalismo sobre las otras ideologías, las convirtió "...en avatares del liberalismo", por lo menos hasta 1968. Los liberales abandonaron sus controversias con el *ancien regime* para dedicarse a contener las exigencias cada vez mayores de democracia (revoluciones de liberación nacional) a través de tres mecanismos, que se resumen del texto de Wallerstein:

- a. Programa de "concesiones" (sufragio, Estado benefactor, nacionalismo racista integrador).
- b. Coalición con la derecha, ante todo cuando la izquierda era una amenaza.
- c. Discurso que "distinguía sutilmente liberalismo de democracia" en un doble sentido: querían distinguirse pero al mismo tiempo apropiarse del término.

De cualquier forma, liberalismo y democracia son antagónicos en un primer momento, como también hay antagonismo entre liberalismo y socialismo, no obstante es importante recordar como lo afirma Di Castro (1998) en su estudio de Bobbio, que a pesar del antagonismo entre liberalismo y socialismo, ambas doctrinas conservan una relación de compatibilidad e

incluso de complementariedad con la democracia, pues “desde hace dos siglos la democracia es una especie de común denominador de todos los regímenes que han existido en los países económica y políticamente más desarrollados” (Di Castro, 1998, p. 145).

7.2 Del liberalismo

Siguiendo a Bobbio (1997b), el liberalismo es una concepción del Estado que tiene poderes y funciones limitados, concepción contrapuesta al Estado absoluto, al Estado social, con variable intensidad al Estado democrático y hasta con el Estado paternalista, en distintos momentos.

Históricamente el Estado liberal coincide con la terminación de los Estados confesionales (propios de la sociedad medieval) y con la formación de los Estados neutrales o agnósticos desde la óptica de las creencias religiosas, pero al mismo tiempo significa la supresión de los vínculos feudales y el nacimiento de la sociedad mercantil burguesa.

Como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo, donde la intervención del poder político en los asuntos económicos no debe ser la regla sino la excepción. Bobbio (1997b) es concluyente: “Bajo ambas perspectivas, económica y política, el liberalismo es la doctrina del Estado mínimo: El Estado es un mal necesario, pero es un mal. No se puede prescindir del Estado y, en consecuencia, se rechaza la anarquía, pero la esfera en la que se extiende el poder político (que es el poder de mantener en la cárcel a las personas) debe ser reducida al mínimo” (p. 134).

Ahora bien, el Estado Liberal se soporta filosóficamente en la teoría iusnaturalista de la cual parte el llamado padre del liberalismo, John Locke al afirmar que en ese hipotético estado de naturaleza, el hombre vive en perfecta libertad e igualdad, razón suficiente para justificar los límites al poder del Estado dentro del Estado civil. El derecho natural se convierte, de esta manera, en la fuente de las declaraciones de los derechos del hombre de Norteamérica y de Francia del siglo XVIII.

Está claro que el Estado liberal es un Estado de derecho, lo cual justifica su existencia frente al Estado absoluto. Pero lo más importante es destacar entonces que dos nociones se entremezclan como antípodas en ese Estado de derecho: la libertad y el poder. La libertad es la garantía Constitucionalizada en la forma de libertad negativa, es decir, por una parte, el Estado no debe interferir la esfera individual y, por otro lado, es la ausencia de coacción a hacer lo que no se quiere, lo cual conlleva la

existencia de mecanismos que impiden el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder. Sin embargo, debe precisarse que originalmente el propósito de garantizar la libertad se protocolizó mediante la ley como manifestación de la voluntad soberana de acuerdo a la creación Roussoniana de la soberanía popular y retratada magníficamente por Benjamín Constant en la oportuna cita de García de Enterría (2006) que transcribo:

Preguntaos primero, señores, lo que en nuestros días un inglés, un francés, un habitante de los Estados Unidos de América entienden por la palabra libertad. Es para cada uno el derecho de no estar sometido más que a las leyes, de no poder ser detenido, ni llevado a prisión, ni condenado a muerte ni maltratado de ninguna manera por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es para cada uno el derecho de decir su opinión, de escoger su trabajo y de ejercerlo; de disponer de su propiedad, incluso de abusar de ella; de ir y venir sin necesidad de obtener un permiso y sin tener que dar cuenta de sus motivos o de sus pasos. Es para cada uno, el derecho de reunirse con otros individuos, sea para tratar de sus propios intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea, simplemente, para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías. En fin, es el derecho para cada uno de influir sobre la administración del gobierno, bien por el nombramiento de todos o de ciertos funcionarios, bien por exposiciones, peticiones, demandas que la autoridad esté más o menos obligada a tomar en consideración (p. 33, 34).

Hoy existe lo que algunos denominan el nuevo liberalismo, despertando en la defensa de sus contenidos una suerte de nueva pugnacidad con la democracia. De todas formas, el nuevo liberalismo es la corriente que favorece la libertad económica, la defensa de la propiedad privada y donde la libertad política es, como dice Bobbio (1999), solamente su corolario. El neoliberalismo es hoy la doctrina del Estado mínimo (*el minimal state* de los anglosajones), la sociedad entonces será mejor si el espectro de la libertad es más amplio y el del poder más restringido.

7.2.1 Avatares del liberalismo

El liberalismo lleva consigo profundas contradicciones, Wallerstein (1998), se encarga de enseñarnos algunas: El íter de estas contradicciones se inicia en la revolución Francesa con la “carrera abierta a los talentos”, es decir, los más competentes deberían asumir los roles del poder; después el término “soberanía popular” se inscribe en no pocas confusiones, al querer descifrar quienes constituyen el pueblo, pues es un término contencioso por cuanto tiene que ver con los derechos; el mantra de los

liberales es la racionalidad, por ello defienden la ilustración, por ello es el liberalismo el otorgante de derechos a los racionales, pues los irracionales son excluidos, aunque con la promesa siempre pospuesta de ser incluidos en el futuro. Los liberales le temen a la mayoría, a los sucios, a los ignorantes, a las masas; por eso mediante un sofisma defienden “a la minoría simbólica, al individuo racional heroico frente a la muchedumbre, esto es, a sí mismo”; este individuo es competente y civilizado (meritocracia), participa del contrato social, todo es cuestión de clase, es una concepción pretendidamente universalista (todos, a la larga, pueden serlo) por eso su paternalismo a los más débiles, los incivilizados, los incompetentes.

La meritocracia se presenta según Wallerstein (1998), como un concepto igualitario en el sentido formal de que todos pueden hacer las pruebas que concede el mérito, pero los resultados nunca son igualitarios, reclamo permanente de la democracia. Como conclusión ha de destacarse que la democracia prioriza la inclusión de los excluidos, en oposición a los liberales que juzgan una buena sociedad en la medida que prevalecen los competentes.

A lo mejor la exacerbación de sus contradicciones internas han desmascarado las recurrentes crisis de la ideología liberal. La doctrina liberal, reivindicadora de leyes naturales entró en una nueva crisis (pues una primera se había evidenciado en pleno auge de la revolución industrial cuando se condenó por diversos sectores el capitalismo salvaje, a finales del siglo XIX), como consecuencia del egoísmo individual y el desbordamiento de las ambiciones de riquezas. Las concepciones socialistas cuestionan la realidad social de la población y todos se vuelven contra el Estado (reaparece el concepto de súbdito, se reivindica la monarquía, el antiguo régimen-ancien régime-). León Duguit (1931) propone hacer ajustes al Estado liberal clásico y Herman Héller, más crítico, con una visión marxista propone repensarlo en su esencia.

Camilo Velásquez (2004) señala por su parte que el triunfo de los aliados oxigena al Estado liberal convirtiéndolo en un Estado intervencionista, garantizador, social de derecho (en USA desde 1930 – con la crisis económica, se pone en acción el New Deal con Roosevelt a la cabeza), adecuándose los textos Constitucionales a las nuevas realidades. Las consecuencias son: Se pasa de una libertad probable a una libertad real, un crecimiento del Estado (pues se encarga de la prestación de los servicios públicos, es el llamado Estado asistencial), se transforman las relaciones de poder, dicen los marxistas que la tridivisión es inútil, es una

fachada, que el poder controle el poder, ¿qué controla sino actúa?. Lo cierto es que el poder ejecutivo clásico era más simbólico, representativo de la unidad del Estado (era más jefe de Estado que de gobierno o administración); el legislativo era grandilocuente, romántico, hedonista, retórico; el judicial era más estable, pues su independencia lo comprometía exclusivamente con la legalidad (principio procedente del espíritu-conservador).

El Estado, en síntesis, es intervencionista y surge con él un tipo de gobernante distinto, con conocimientos prácticos que se distancia del político clásico, nace el servidor público y gana terreno el tecnócrata, o sea, aquél sin aptitudes para hacerse elegir (por eso es distinto al político), pero conoce el Estado, es especialista, sabe y surge la confrontación entre quienes gobiernan y quienes saben. Surge otra transformación: las corporaciones públicas pasan de ser productoras de leyes y reglamentos a ejercer control sobre la administración, el ejecutivo se apropia de facultad legisladora y el legislativo incorpora cada vez más instituciones propias del parlamentarismo (moción de censura, voto de confianza).

En Colombia lo presenciamos en la reforma de 1968, pero también lo vive Francia en 1958 con la Quinta República, pues de acuerdo con Velásquez (2004), la competencia de excepción la tiene el parlamento, lo general el ejecutivo; también se observa el uso de un afianzamiento del control político en el parlamento y una pérdida de iniciativa legislativa de parte de éstos; finalmente, en la rama jurisdiccional surge la justicia administrativa (el Consejo de Estado ya no es órgano consultor solamente sino que asume una función jurisdiccional y entonces obliga al Estado a cumplir las decisiones judiciales dictadas en su contra). Surge, también, la justicia Constitucional con todas sus consecuencias. Y, por último, cambian los contenidos económicos sobre todo en el derecho de propiedad con su función social, así mismo, con la libertad de empresa, de industria, de comercio y de contratación cuyos factores productivos son competencia del Estado, asegurando el intervencionismo de Estado (art. 32 C. Política de Colombia de 1886, subrogado art. 6º Acto Legislativo No.1 de 1976).

7.3 De la democracia

La democracia, de acuerdo con Bobbio (1999), es una forma de gobierno donde el poder reside en la mayoría, definición contrapuesta a las formas autocráticas como la monarquía y la oligarquía, donde el titular del poder es un individuo o un reducido grupo dentro de la sociedad. La forma de-

mocrática por antonomasia y, a pesar de las críticas de diversos sectores de la doctrina, la encontramos en los griegos, en la llamada democracia directa. Rousseau era un radical democrático, era admirador de la democracia directa y, por ello, en abierta oposición con la democracia representativa, lanzaba afirmaciones como de que “la soberanía no puede ser representada” y, de acuerdo con Bobbio, señalaba: “el pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante las elecciones de los miembros del parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada” (p. 34).

La forma de gobierno democrática de los antiguos, mirada con recelo por Hamilton y Madison en sus escritos del “federalista”, y, como se advirtió, inicialmente defendida por Rousseau para después aceptar su utopía con resignación, tiene modernamente su versión contraria en la democracia representativa como la única forma de expresión popular en los Estados grandes modernos por contraste de los pequeños antiguos donde prevalecía la democracia directa.

Uno de los interrogantes que surge inmediatamente considerada la democracia moderna es el del mandato imperativo, por cuanto es fundamental decidir si dicho mandato entregado por el pueblo a sus representantes es o no imperativo y, por lo tanto, si es o no revocable. Tanto en Inglaterra como en Francia se rompió Constitucionalmente con el mandato imperativo propio del Estado estamental donde el individuo dependía de la corporación que lo elegía. A pesar de la formulación de Rousseau sobre la soberanía popular, la concepción acogida fue la consagrada por Sieyès acerca del poder Constituyente (lo cual explica el sentido de la Constitución como documento político inicialmente para los Franceses y el sentido de juricidad dado por los Norteamericanos, tratado con más detalle en otro apartado de los presentes apuntes), e inmediatamente se abrió paso la teoría de la soberanía nacional, con la condición de que los diputados representaban no a un Departamento, en el caso concreto de Francia, sino a toda la Nación y, por lo tanto, ante la Nación respondían, tornándose su mandato no imperativo, o sea, no revocable. Según Bobbio (1999) este fue el sentido del artículo 7 , de la sección III del capítulo I del título III, de la Constitución de Francia de 1791: “Los representantes nominados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de toda la nación, y no se les podrá imponer mandato alguno” (p. 37).

Por ello, si se entiende democracia moderna como democracia representativa, se impone la ausencia de mandato imperativo, pues el represen-

tante responde a toda la nación y no a los intereses del individuo representado o a una corporación o estamento como en la sociedad medieval. Lo anterior, de acuerdo con el pensamiento del Estado liberal y los derechos naturales del individuo como su fundamento ideológico.

Según Wallerstein (1998), contemporáneamente (años posteriores a 1989) existe una demanda creciente de democracia, no de liberalismo, principalmente por las razones siguientes:

- a. Desilusión con la vieja izquierda que ha llevado tras de sí al liberalismo histórico y al Estado de bienestar por virtud de la oleada neoliberal (regentada en buena medida por el conservadurismo). La respuesta es democrática fundamentalmente en la exigencia de más servicios educativos, de salud y un nivel de ingresos más alto, es decir, un umbral mínimo aceptable (los mínimos vitales), lo que de alguna manera reivindica el Estado benefactor.
- b. La presión desregularizadora y arrasadora al Estado Benefactor por el neoliberalismo mantiene la alerta sobre una aguda movilización social (Francia 1995 y Albania 1996) por pérdida de poder adquisitivo (Argentina recientemente).
- c. Una especie de *apartheid* global por la polarización del mundo: o igual-libertad o ni libertad ni igualdad.

Finalmente el autor Wallerstein (1998), hace una disquisición notable: El multiculturalismo y sus implicaciones exclusionistas; su carácter nacional e internacional; sus demandas por participación política, recompensas económicas, reconocimiento social y legitimidad social; su carácter expansible; los peligros de la llamada "*lepenización*" (racistas y excluyentes) y los peligros que encarna; en fin "Si la inclusión es difícil, la exclusión es inmoral. Y los liberales que desean lograr una buena sociedad, la realización de un mundo racional, deben recordar la distinción que hace Max Weber entre racionalidad formal y racionalidad material. La primera resuelve problemas pero carece de alma y es, por ende, autodestructiva, la racionalidad material es extremadamente difícil de definir, pues se presta a distorsiones arbitrarias, pero es, en última instancia, la esencia de una buena sociedad" (Wallerstein, 1998, p. 31). La sentencia es definitiva: en un mundo desigual por la economía del mundo capitalista, tardará, según el autor cincuenta años antes de que nuestro sistema histórico actual se hunda por completo.

7.3.1 Partidos políticos

7.3.1.1 Generalidades

La evocación a la experiencia Italiana superada la época fascista del siglo XX, permite concluir la importancia de la existencia de partidos políticos como argumento para una saludable democracia. No obstante, fueron muchas las voces neofascistas que reclamaban por un partido único o por la existencia de los partidos persona, altamente perjudiciales para el sistema democrático. El desgaste natural de los partidos o de las ideas promovidas no puede ser propicia para respaldar la supresión de los partidos, a lo sumo brinda espacio a otras expresiones partidistas, pero bajo el entendido que deben existir grandes partidos o, por lo menos sólidas coaliciones, que permitan la labor del parlamento como manifestación de la voluntad general y del gobierno en la ejecución de sus políticas públicas.

La conformación de mayorías y minorías constituyen bases indispensables en los regímenes democráticos. Bobbio (2002) lo expresa en los siguientes términos:

Para que nazca un gobierno estable es preciso que la aglomeración de los que tendrán que dirigir la política del país tenga lugar antes del voto, no después, y por lo tanto es necesario que, si un parlamento para poder ejercer de manera estable su propio poder tiene que estar claramente dividido en una mayoría y una minoría, sean los electores los que decidan cuál sea la sea la minoría y cuál la mayoría. Pero esto puede suceder solamente si los candidatos están aglomerados ya antes del voto en dos grandes partidos o en dos grandes coaliciones de partidos, o en dos polos, como se dice en Italia, para indicar, en cualquier caso, la necesidad de una división binaria del parlamento. La meta de un gobierno finalmente estable que todos esperamos se alcanza solamente si detrás de las personas hay partidos de grandes dimensiones (p. 113).

7.3.1.2 Concepto. Origen.

Como lo indica Velásquez (2004), etimológicamente el término partido encuentra sus raíces en la edad media, cuando a la sazón se le relaciona con lo militar. Una “partida” era un grupo militar el cual al enfrentarse a otra partida, tenía lugar un partido, acepción heredada actualmente por el campo deportivo. Modernamente partido significa una institución que promueve una posición política en la sociedad o también significa toda organización de la sociedad civil que surge a propósito del derecho reconocido al pueblo para participar en la conformación y gestión del poder político; los partidos políticos modernos nacieron en Inglaterra y en USA en el siglo XIX, pero debe advertirse, no obstante, que el nacimiento y desarro-

llo de los partidos está vinculado con dos ideas propias del pensamiento liberal-burgués, por lo menos a lo que a occidente se refiere, y son el gobierno representativo y la participación como demanda permanente de los diversos estratos de la sociedad para vincularse con las decisiones políticas.

En Inglaterra, a partir del *Reform Act* de 1832, cuando comenzaba a consolidarse su régimen parlamentario, se extiende el sufragio a estratos comerciales, industriales para que participaran en la gestión de los asuntos públicos, lo cual permite la aparición de los partidos políticos. Dichos partidos estaban guiados y financiados por grupos de notables locales, por eso se llaman partidos de “notables”, en los cuales los diputados disponían de una mandato libre, pues sólo respondían a su propia conciencia.

Según Bobbio, et al. (2002), puede llamarse un segundo momento al que permite el nacimiento de los denominados partidos de masa, propios del pensamiento socialista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando impulsados por el movimiento obrero típico de la revolución industrial, colocan en escena las reivindicaciones populares canalizadas por los partidos socialistas que surgen en Alemania (1875), Italia (1892), Inglaterra (1900) y Francia (1905). Este tipo de partidos se caracterizan porque las posiciones de responsabilidad tienen una naturaleza electiva, los candidatos a las elecciones son a su vez elegidos por la asamblea del partido y, una vez elegidos, tienen un mandato imperativo con una disciplina rígida en su labor parlamentaria.

Dentro de los partidos de masas se distinguen dos modalidades a saber: “partidos de aparato”, nombre con el que se conoce principalmente el partido socialdemócrata Alemán de su época revolucionaria, pero también por extensión a los partidos socialistas Francés e Italiano, se distingue por la movilización de sus adherentes y por la conquista de espacios de influencia dentro de la sociedad y, en segundo lugar, los “partidos electorales”, los cuales tienen como actividad esencial más que el debate político de base o la movilización de los inscritos, la elección de los candidatos a las elecciones. para terminar este apartado, es importante aclarar que estos partidos conformados básicamente por trabajadores, fueron en un primer momento objeto de hostilidades de parte de los partidos burgueses, propios de los partidos de los llamados “notables”, que más tarde, sin embargo, asimilaron y aceptaron en el libre juego partidista democrático. Parece ser que es acogido el “partido aparato” como el partido de masas moderno por excelencia, desplazando a las otras categorías.

Finalmente, es bueno consignar con Velásquez (2004), quien apela a

otros autores, que la expresión partido político comporta algunos criterios que permiten su identificación como son la durabilidad, es decir, su vocación de permanencia paralela a la del estado; en segundo lugar, la existencia de una organización local, lo cual traduce la existencia de mecanismos internos electorales; en tercer lugar la finalidad, lo cual supone obtener el poder y conservarlo y, en último lugar, el compromiso con el interés general el cual es el designio superior que debe perseguir todo partido político y que lo distingue de los grupos en general y de los grupos de presión que persiguen intereses de contenido particularista.

7.3.1.3 Funciones

Según Bobbio, et al. (2002), los partidos políticos en general cumplen funciones que difieren de país a país, dependiendo del nivel de desarrollo, no obstante, desde la aparición de los partidos de masas en sus dos modalidades, es decir, como partidos “aparato” o como partidos “electorales”, han levantado la polémica sobre lo que deben ser sus funciones. Dos funciones se reconocen a los partidos como organizaciones formadoras de las decisiones políticas, como son la función de la transmisión de las demandas políticas definidas como la actividad que permite considerar en el nivel decisonal, las necesidades, exigencia y expectativas de la población y, la segunda función, se refiere a la función que tiene por finalidad la conquista del poder y el ejercicio del gobierno. Sin embargo y apelando de nuevo a Velásquez (2004), las funciones de los partidos pueden enunciarse de manera general de la siguiente forma:

- a. Función de soporte del Gobierno o de contradictor del mismo, dependiendo de la posición ocupada en sus relaciones de poder.
- b. Función tribunicia o de canalización de la inconformidad de la sociedad, particularmente de los grupos marginados.
- c. Función de organización de la sociedad para la participación política.
- d. Función de carácter educativa o de formación de los individuos para la construcción de cultura política y de los asuntos públicos.
- e. Función de selección de candidatos para los cargos de dirección en el funcionamiento del Estado en sus diversos niveles, mediante consultas internas o convenciones como procedimientos establecidos para el efecto.

- f. Función de puente de comunicación entre el Estado y la sociedad, lo cual permite conocer lo que piensa el gobernado.

En ocasiones puede parecer que los partidos se agotan en sus propuestas a la Nación o que no cumplen cabalmente sus funciones, entonces surgen líderes con inocultables gestos autocráticos, que evocan las peligrosas épocas caudillistas con la pretensión de sepultar y satanizar los partidos o para promover la instauración de los partidos-persona igualmente dañinos por antidemocráticos y excluyentes. Bobbio (2002) previene dichos riesgos:

Es un hecho que la personalización de la política, fenómeno común a todos los países, es favorecida por la televisión, que muestra más las caras que las ideas de las personas, y a menudo, al exigir respuestas breves, prefiere la ocurrencia que el razonamiento. En los sondeos políticos predominaba en otro tiempo la pregunta acerca de cuál sería el partido en recibir más votos. Hoy en día se pregunta cuál es el líder preferido (p. 114).

Las anteriores reflexiones de Bobbio (2002) corresponden a las postrimerías del siglo XX, sin embargo, parecen escritas para la Colombia de 2008.

7.3.2 Sistemas electorales

Los sistemas electorales, de acuerdo con Bobbio, et al. (2002) son los procedimientos matemáticos que permiten definir los ganadores en unas elecciones, dichos sistemas son el reflejo generalmente de la composición política de la sociedad, lo cual puede significar el favorecimiento a ciertas alternativas políticas. Está visto que son las elecciones el procedimiento idóneo para la atribución de los cargos en toda organización política, pues a través de ellas los individuos participan en el proceso de formación de las decisiones, de la expresión de los consensos y disensos, de la representación de los intereses, del control de la actividad del gobierno y, en fin, de la llamada gestión política; pero está claro también que los mecanismos para simplificar la formación de las decisiones políticas en el marco del derecho, requieren sistemas ideados para el efecto que, según cálculos, pueden llegar a las trescientas figuras electorales.

7.3.3 Modalidades de sistemas electorales

Los modelos tradicionales de los sistemas electorales serían los de mayorías y los proporcionales, los demás son modificaciones o perfeccionamientos de éstos. Siguiendo a Velásquez (2004), existen diversas clases

de sistemas electorales, los más importantes serían:

- a. Sistema de mayorías. El ganador en los procesos electorales será quien obtenga en las elecciones la mayoría de sufragios. La mayoría puede ser simple, cuando se requiere un solo voto de diferencia sobre los demás aspirantes; puede ser absoluta, cuando el ganador requiere la mitad más uno de los votos depositados y, por último, puede ser cualificada, cuando se exigen las dos terceras o las tres cuartas partes los votos depositados para ganar las elecciones. el presente sistema ha sido objeto de críticas pues en la práctica al aplicar el sistema lo que se observa con frecuencia es el triunfo de las minorías. Por ello desde ahora, es preciso advertir que buena parte de los países acogen un sistema mixto o combinan los distintos sistemas buscando equilibrio.
- b. Sistema de minorías. Este sistema surge como una respuesta a la menor representación de las minorías dentro del sistema de mayorías. Distintas modalidades se diseñaron en su interior como el llamado voto incompleto, consistente en votar por un número inferior al de cargos a proveer, para asignarle a las minorías los no votados; también el denominado voto acumulativo, donde cada ciudadano vota tantas veces por el candidato de sus preferencias sin sobrepasar el número de puestos por proveer y, finalmente, con el propósito de buscar la ecuanimidad en la participación de las minorías existe el sistema llamado de circunscripción Nacional, el cual pretende la obtención de sufragios en ámbitos territoriales que cubren la totalidad del espacio físico de la Nación.
- c. Sistemas proporcionales. Consiste en la expresión proporcional de la participación ciudadana dentro de libre juego democrático. En su interior se desarrollan varias modalidades como el llamado cociente electoral, el cual se define como el resultado que surge de dividir el número total de sufragios por el del número de cargos a proveer, es uno de los sistemas más extendidos. Así mismo, existe el denominado sistema de Hondt, en homenaje a su creador un jurista matemático Belga. El sistema de Hondt reside en dividir el número de votos obtenido por cada lista sucesivamente por 1,2,3 hasta el número de puestos por proveer y, posteriormente, tomar los resultados obtenidos ordenándolos de mayor o menor hasta el número de curules a repartir, la cifra resultante es llamada cifra repartidora y conforme a ella se asignan las curules.

- d. Sistemas mixtos. Este tipo de sistemas surgen de la combinación de los sistemas de mayorías con los sistemas proporcionales. Son usados en países como Alemania, Francia e Italia, entre otros.

7.3.4 La ingobernabilidad de la democracia

Al retornar el liberalismo a sus originales posiciones acerca del Estado mínimo, se acentúa o complejiza la conjunción entre liberalismo y democracia, derivando en el tema de la ingobernabilidad. La ingobernabilidad en los regímenes democráticos, de acuerdo con Bobbio (1999), se resume en tres puntos:

- a. La democracia recibe de la sociedad civil muchas demandas que exigen respuestas, lo que no acontece en los regímenes autocráticos. Por una parte, los institutos heredados del liberalismo buscan abrir espacios de participación que permitan garantizar el consenso, lo que no ocurre con los gobiernos autocráticos donde todos están controlados y centralizados en el gobierno y, por otro lado, los procedimientos en el gobierno democrático se entrecruzan y los hacen inútiles, contrario al régimen autocrático donde se suprimen las instancias como el parlamento y el control de las leyes por un poder jurisdiccional. La síntesis se presenta entre demanda y respuesta diciendo que, mientras la democracia hace que la demanda sea fácil y la respuesta difícil, la autocracia hace que la demanda sea difícil y la respuesta fácil.
- b. En los regímenes democráticos la conflictualidad social es mayor que en los regímenes autocráticos, pues los intereses contrapuestos son muchos, donde no se puede satisfacer a uno sin dañar a otro en una cadena sin fin.
- c. En los regímenes democráticos el poder está más distribuido, fenómeno que se denomina poder “difuso”, muchos centros de poder (denominado “poliarquía”), admitiendo la participación y el disenso, generando fragmentación y dificultad en su recomposición; mientras en los gobiernos autocráticos no se dan estos fenómenos.

La ingobernabilidad de los gobiernos democráticos despierta ciertamente antojos autocráticos o autoritarios, los cuales buscan o fortalecer el órgano ejecutivo en desmedro del sistema parlamentario o establecer límites adicionales a la regla de la mayoría, regla procesal fundamental del ideal democrático, llegando, inclusive, algunos autores neoliberales, a recla-

mar la limitación del poder fiscal y económico del Parlamento, impidiendo una respuesta a las demandas sociales que posibilitarían el incremento del gasto público del País.

7.4 Liberalismo y socialismo

Los dos términos considerados antitéticos han consentido, sin embargo, el uso de lo que se ha calificado por un sector de la crítica como una tercera vía y es el liberal-socialismo. El liberalismo es una concepción individualista y atomista que, no obstante sus proclamas universalistas, no ha sido desarrollada con ese carácter hasta la fecha. El socialismo, por su parte, tiene una concepción grupalista, comunitarista o colectivista en la que el todo es superior a las partes, es decir, el grupo “es superior a sus componentes y, por tanto, los individuos pueden ser lícitamente sacrificados para la salvaguardia del conjunto” (Ruiz, 2000, p. 190).

De todas formas, la democracia juega un papel trascendente en el campo de los derechos, tanto en el pensamiento liberal como en el socialista, como quiera que a la democracia liberal se le reconoce la incorporación de los derechos individuales frente al poder del Estado, no es menos cierto que a los movimientos socialistas se les reconoce la inclusión de los derechos sociales cuya protección y reconocimiento no se obtienen frente al Estado, sino a través de acciones positivas del Estado.

7.5 Libertad e igualdad

Dos conceptos definitivamente se identifican con el liberalismo y la democracia respectivamente, libertad e igualdad, inclusive las doctrinas liberales y las igualitarias desde los derechos que protegen, es decir, libertad e igualdad, son valores antitéticos, pues la realización plena de uno supone la limitación del otro. A pesar de tratarse de valores morales, políticos y jurídicos, de forma muy general en estos apuntes se enfatiza en su sentido político, aclarando, desde ahora que, por ejemplo, los dos principios fundamentales de la igualdad se encuentran consagrados en las Constituciones de los Estados liberales: La igualdad frente a la ley y la igualdad de derechos.

Ahora bien, Bobbio (1993) establece que la libertad se asume en dos dimensiones o niveles tradicionales como son la libertad negativa, entendida como no impedimento o ausencia de impedimento o constricción, lo cual supone indefectiblemente el sometimiento a la ley (o al Gobierno de las leyes, de acuerdo con la disyuntiva que nos viene desde la Antigüedad: o Gobierno de los hombres o Gobierno de las leyes) y a la organiza-

ción del Estado a través de la separación de los poderes formulada por Montesquieu, sujeción a la ley que se condensa en la siguiente frase: para ser libres hay que ser siervos de la ley, de acuerdo con el viejo principio de los estoicos.

La otra dimensión de la libertad es la libertad positiva, la cual se contrae a orientar el propio querer a un fin determinado, es decir, como autodeterminación, autonomía e independencia, en este sentido más vinculada con la libertad moral que con la libertad política, jurídica o social.

Bobbio (1993), no oculta el aporte socialista al valor de la libertad, cuando señala que es el poder efectivo del individuo liberado de las necesidades básicas, esa libertad es por él reconocida como libertad positiva. Ambas libertades, positiva y negativa, son reconocidas por la doctrina como necesarias no sólo para los liberales y para los socialistas respectivamente, por cuanto pese a sus diferencias, no es posible la libertad como autonomía sin la libertad como no impedimento.

Es más, la libertad negativa no tiene por qué entrar en contradicción con las otras formas de libertad, puesto que es un componente previo para proteger la esfera individual de la injerencia del poder; en las controversias teóricas sostenidas por Bobbio en distintos momentos con los autores socialistas, según afirma Ruíz Miguel (2000), aquel sostiene:

Pongamos el consabido ejemplo: frente al liberal que exalta la libertad de empresa, el socialista responde que lo que le importa al ciudadano no es que tenga la facultad de hacer un periódico, sino que tenga también el poder de hacerlo. Ahora bien, yo estoy dispuesto a darle la razón al socialista con una sola condición: que la libertad como poder no venga conferida como detrimento de la libertad como facultad; en otras palabras que los ciudadanos que son *libres* de imprimir un periódico (en el sentido de que tienen el poder de hacerlo) puedan imprimirlo *libremente* (en el sentido de no estar impedidos de manifestar sus ideas). De otro modo, ¿qué clase de poder le hemos dado? ¿Queréis llamar poder al del caballo doméstico al que las herraduras le permiten correr incluso adonde el caballo salvaje no llega, si al obtener las herraduras ha perdido la libertad de moverse según su capricho? Cuando el socialista dice en tono de reproche al liberal: <Vosotros habéis dado a todos la libertad (puramente formal), pero no habéis dado a la vez también el poder de ejercitarla>, ¡ah!, qué fácil es darle la vuelta: <ahora bien, vosotros habéis dado a todos el poder, pero habéis quitado la libertad> (p. 24).

Al sistema socialista se le cuestiona el desconocimiento de la libertad, sin embargo, el propio Bobbio admite la réplica socialista que asegura la no supresión de la libertad en dicho régimen, sino la supresión de los privilegios propios del sistema capitalista generando, por el contrario, nuevas formas de libertad.

De otro lado, se reconoce una especie de tercer nivel al mencionar la libertad democrática como facultad para participar en la distribución del poder político, aspecto que enriquece el debate contemporáneo sobre la dialéctica libertad-poder. Estos tres niveles son evocados por Bobbio (1993), de conformidad con el prólogo a su obra realizado por Peces-Barba, de la siguiente forma:

- 1) <Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo> (liberal)
- 2) <Todo ser humano debe participar de manera directa o indirecta en la formación de las normas que deberán después regular su conducta> (democrática)
- 3) <Todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las normas Constitucionales, que atribuyen este o aquel derecho> (socialista).

Refiriéndose a cada uno de ellos, y en relación con la Declaración Universal, identificará a la libertad negativa con el primero, a la libertad política con el segundo y a la libertad positiva con el tercero, cuyo origen encuentra principalmente en las teorías socialistas (p. 43).

Mientras la libertad es un término ambiguo que requiere identificación semántica desde lo político, la igualdad, como un concepto indeterminado, sólo encuentra sentido como un tipo de relación, o sea, no significa nada si no responde a los interrogantes Bobbianos: ¿Igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?; precisa entonces identificar los titulares y las cosas respecto a las que son iguales. En este orden de ideas la igualdad está vinculada con criterios de justicia para tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, partiendo de la máxima “A cada cual lo suyo”. Al considerar la igualdad como un valor o principio de relación principalmente con la justicia, ésta se asume como lo postulaba Aristóteles desde la Antigüedad, es decir, es justa toda acción ejecutada de conformidad con las leyes o, es justa, toda acción que busque una relación de igualdad. También debe aclararse que no obstante libertad e igualdad ser conceptos distintos así estén vinculados ideológicamente, libertad y justicia, en sus diversas acepciones, se usa como equivalente de libertad e igualdad, o sea, se considera la justicia como equivalente de la igualdad.

De igual forma, la justicia está relacionada con el orden, con la armonía como presupuesto que preside el Universo y también la sociedad. En consecuencia, como lo expresa Bobbio (1993):

En todo caso, la igualdad consiste solamente en una relación: lo que da a esta relación un valor, es decir, lo que hace de ella una línea humanamente deseable, es el ser justa. En otras palabras, una relación de igualdad es una relación deseable en la medida en que es considerado justo, donde por <justo> se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver con un orden que hay que instituir o restituir (una vez turbado), con un idea de armonía de las partes del todo, porque, además, sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir en cuanto tal (p. 58).

En conclusión, de acuerdo con Bobbio (1993), la libertad es el bien supremo del individuo respecto a la totalidad, mientras la justicia es el bien supremo del todo en cuanto está conformado por partes o, en otras palabras, la libertad es el bien individual por excelencia y la justicia es el bien social por excelencia.

Apelando de nuevo a Bobbio (1999), dos autores reconocidos o recuperados inclusive por la ideología socialista, realizan sus aportes acerca de la controversia entre liberalismo y democracia. Alexis de Tocqueville, francés, representante del ala liberal conservadora Europea del siglo XIX, fue según Bobbio, primero liberal que democrático, defendió las libertades individuales clásicas (como la de prensa, de asociación y los derechos individuales que los Estados democráticos desprecian a favor del interés colectivo y de la igualdad, designio superior que persigue la democracia). La ecuación es la siguiente en Tocqueville: Liberal y, por tanto, defiende las libertades individuales; en cuanto a la democracia, alcanza a consentir que los demócratas persiguen la igualdad en la libertad. Demócrata a ultranza cuando se confronta con el socialismo al que desprecia y del que reniega. La democracia es como para Stuart Mill, la tiranía de la mayoría, pues la nivelación perseguida por el ideal igualitario conduce inexorablemente al despotismo: “Los pueblos democráticos, aunque tienen inclinación natural por la libertad, tienen por la igualdad <una pasión ardiente, insaciable, eterna, imbatible> y si bien <quieren la igualdad en la libertad> si no pueden obtenerla <la quieren con la esclavitud>” (Bobbio, 1999, p. 64).

El anterior pensamiento no corresponde totalmente al desarrollo filosófico y conceptual de la democracia en nuestros días, donde se predica la

igualdad con la idea liberal de libertad y son tan compatibles en un sistema democrático-liberal o en un socialista, como necesarios para afirmarse de ellos que son democráticos. En estos términos la doctrina se ha expresado ampliamente, incluyendo al propio Bobbio.

Por otra parte, está el notable escritor John Stuart Mill, contemporáneo y amigo de Tocqueville, Inglés, representante de la otra ala, la liberal radical Europea, fue a diferencia de éste (que fue primero liberal que democrático), liberal y democrático y, también en contraste con su amigo consideró en sus últimos escritos, según Bobbio (1999), que el liberalismo y el socialismo no eran incompatibles. Mill sustentó su posición en la filosofía utilitarista de su maestro Jeremy Bentham, quien formuló “<el principio de utilidad>, consistente en la expedición de leyes que tengan por efecto la mayor felicidad del mayor número de individuos.

Mill (citado por Bobbio, 1999) formula su principio de utilidad, su concepción de la libertad entendida o definida en su sentido negativo y su defensa de la libertad del individuo frente a la intromisión del Estado que sólo puede interferir para proteger el conjunto de la sociedad, para sancionar o castigar a quien cometa daño contra los demás; en este sentido continúa la línea de Looke y de Kant de predicar la doctrina antipaternalista, aceptando por desgracia como Aristóteles, la presencia del despotismo como forma legítima cuando se tiene que ver con bárbaros y que para Aristóteles era adecuado para los pueblos naturalmente serviles.

Mill (citado por Bobbio, 1999) cuestiona también la tiranía de la mayoría, aunque es partidario de la forma de gobierno democrática representativa y propone también el sufragio universal (primero a las mujeres que a los ignorantes contrario a la tendencia europea), aunque con limitaciones a los pordioseros y a quienes no paguen una pequeña cuota (referida a los pobres porque los ricos no tienen la dificultad económica); con esta propuesta de ampliación del sufragio propone la modificación del sistema electoral en el sentido de darle representación a las minorías de acuerdo con el número de votos. Vistas hoy algunas de sus propuestas se perciben como antidemocráticas, pero era el proceso que se gestaba a la sazón para la consolidación democrática. Estas dos propuestas de Mill buscaban enervar la tiranía de la mayoría, pero sin que él dejara de ser democrático y defendiera el principio democrático y elogiara la democracia representativa.

7.6 El antagonismo entre liberalismo y democracia

Los liberales que defienden los derechos de libertad de la época de la restauración, desconfían de las nostalgias revolucionarias de los democráticos; los democráticos consideran incompleto el proceso de emancipación de la revolución Francesa interrumpido por la restauración. Estas posiciones contrapuestas y que no coinciden con el bipartidismo inglés (nacieron allí los liberales y conservadores), fueron perdiendo fuerza con el surgimiento de las doctrinas socialistas y con las doctrinas fascistas y la revolución de octubre en Rusia.

Entonces los demócratas abogan por la inclusión de los excluidos, mientras los liberales, por oposición, juzgan una buena sociedad donde prevalecen los competentes. Los demócratas consideran el discurso liberal como una máscara para una nueva aristocracia. Dada la revolución Francesa los liberales han priorizado la libertad (la libertad individual), mientras los demócratas –o socialistas- priorizaran la igualdad. Los liberales se oponen a la igualdad (por los resultados: Igualdad en la partida, pero no al arribar según Bobbio (1999); se oponen a la igualdad porque es un concepto nivelador, antiintelectual y extremista), pues aquellos defienden el juicio racional, a los más competentes y la igualdad va en contravía de esta pretensión.

Pero los demócratas no se oponen a la libertad, se oponen a la distinción de ambas. Hay libertad en un sistema basado en la igualdad: Más personas desiguales no tienen la misma capacidad para participar en las decisiones colectivas (donde generalmente se define el poder); los individuos que no tienen libertad no pueden ser iguales, pues esto supone una jerarquía traducida en desigualdad social, a esta combinación igual libertad le teme la propia izquierda por los peligros fascistas nacionalistas.

La tensión entre democracia y liberalismo se renueva a partir de los 90, en razón a los racismos encubiertos en falsos nacionalismos y el discurso de occidente con una política de exclusión contra inmigrantes y extranjeros; antes surgían como derechos de grupo a través del llamado multiculturalismo (después de 1968), en países como Estados Unidos de Norteamérica. Hoy ese discurso es una amenaza que se cierne sobre los Estados desarrollados, como Estados Unidos, Francia, España. El conflicto del ahora, con certeza habrá de exacerbase en el futuro inmediato, originado en el creciente número de inmigrantes.

Finalmente, en el contraste entre liberalismo y democracia del siglo XIX, la democracia según Bobbio (1999), consiguió eliminar las discriminaciones políticas y obtuvo la concesión del sufragio universal. En el renovado

contraste entre el neoliberalismo y la democracia, propio de nuestro tiempo, la democracia demanda la ampliación de la participación a otros espacios distintos a aquellos donde se adoptan las decisiones políticas (actualmente lo presenciamos en países como Colombia, donde se intenta empoderar cada día al ciudadano para que se involucre en la vigilancia de la gestión, para que participe en la definición de la inversión, en la discusión de los presupuestos llamados participativos, pero no en la definición de la política económica, asunto vedado a la ciudadanía, pues no lo consiente la ideología liberal). El liberalismo acepta la ampliación de la democracia en la participación política pero con ciertos límites, como el de la libertad económica como acaba de consignarse.

El resultado del conflicto permanente y no resuelto de acuerdo con Bobbio (1999), se representa en los siguientes términos: “entre la exigencia de los liberales de un Estado que gobierne lo menos posible y las peticiones de los democráticos de un Estado en el que el gobierno esté lo más posible en manos de los ciudadanos, refleja el contraste entre dos maneras de entender la libertad, que suelen llamar libertad negativa y libertad positiva”, lo que se define según se ocupe un sitio en la sociedad “quienes están arriba normalmente prefieren la primera, quienes están abajo normalmente prefieren la segunda” (p. 108, 109).

7.7 Democracia y socialismo

Mientras liberalismo y democracia han podido acoplarse con el paso del tiempo, desde luego no sin sobresaltos, el liberalismo y el socialismo tienen una condición antitética, donde la contradicción se deriva de la libertad económica como presupuesto del reconocimiento y defensa de la propiedad privada.

De acuerdo con Ruiz (2000), éste sostiene que por el contrario, la relación entre democracia y socialismo ha sido de “complementariedad” o de “compatibilidad” en dos sentidos: La democracia habría favorecido la sociedad socialista estimulando la colectivización de los principales medios de producción y, por otra parte, la llegada del socialismo habría posibilitado la plena realización de la democracia, ampliando la participación política y acariciando la promesa que el liberalismo jamás habría podido mantener de una distribución equitativa, o por lo menos más igualitaria, no sólo del poder político sino del poder económico. No obstante, el camino de la democracia hacia el socialismo se expresa en dos criterios fundamentales, de un lado, el mantenimiento de la conexión entre democracia y pluralismo como correctivo de la democracia representativa y de la

tendencia a la oligarquización de los partidos, construida sobre la base del consenso de la mayoría y el disenso de la minoría y, de otra parte, el incremento de la democracia, consistente en la distribución cada vez mayor de poder, superando el esquema del sujeto del voto (quién vota) por el del lugar del voto (dónde se vota); el proceso de democratización compromete entonces no sólo la empresa sino la administración para dar el paso de la democracia política a la democracia social, proceso que aún está por darse.

Existe un avance en la democracia socialista, según Bobbio (1999), frente a la democracia liberal que se resume en tres aspectos:

- a. Mientras la democracia liberal, capitalista y burguesa nació como democracia representativa en la que los representantes elegidos toman las decisiones sin obligación de mandato, la democracia socialista y proletaria será una democracia directa, de delegados cuyo mandato obligatorio puede ser revocado;
- b. Mientras la democracia burguesa ha permitido el sufragio universal hasta la participación política, la democracia socialista permitirá la participación popular en toma de las decisiones económicas que en una sociedad capitalista son tomadas autocráticamente y en este sentido no sólo representa un fortalecimiento de la participación en intensidad, sino también una ampliación cuantitativa de ella;
- c. Mientras la democracia liberal a menudo hace del derecho al voto una pura apariencia en la democracia socialista la más equitativa distribución, transforma el poder formal de participación en un poder sustancial al tiempo que también realiza la democracia en su ideal último que es el de mayor igualdad entre los hombres (p. 92,93).

Con los precedentes aspectos queda claro, de acuerdo a Di Castro (1998), que la democracia para los liberales es sufragio universal y expresión de la libre voluntad de los individuos, mientras para el socialismo es un ideal igualitarista a alcanzarse en la medida que se transformen los medios de producción, es, finalmente, la democracia una consecuencia para el liberalismo en la medida que completa el cuadro de las libertades sumando la libertad política y es un presupuesto para el socialismo en la medida en que se opere la transformación del mundo capitalista en un sistema socialista.

Para terminar, Bobbio (1999) aclara la ambigüedad del término democracia en la llamada “democracia social” que originó el Estado de servicios (expresión más apropiada que las de “Estado de bienestar” y de “Estado

asistencial”, respectivamente, falsas una por exceso y otra por defecto). La democracia social es considerada, entonces, como una fase superior respecto a la democracia liberal, puesto que incluyó los derechos sociales además de los de libertad, en su declaración de derechos y, respecto a la democracia socialista sólo es una primera fase.

8. DEL ESTADO

8.1 Origen

El origen del Estado, de acuerdo con Héller (2004), se inscribe en el ámbito cultural, en la conciencia que adquiere el grupo de individuos asentado y vinculado a un determinado territorio, el cual asume su reconocimiento y defensa de intromisiones extrañas. Ese Estado propio de la edad moderna, fue desconocido en la Antigüedad y en el Medievo, su origen se remite, entonces, a las ciudades o primeras repúblicas del norte de Italia, caracterizadas por el intenso tráfico mercantil y un marcado proceso cultural que permite la modelación del Estado y que lleva a Maquiavelo a utilizar el término por primera vez en su obra “el príncipe”.

Para algunos autores Nacionales como Velásquez (2004), el íter del Estado originariamente indicaba la situación ocupada por el individuo en la sociedad, es decir, era una noción de carácter social y no relacionada con la estructura política. Actualmente en el derecho privado, por ejemplo, se conserva el uso del término “estado civil”, para indicar la situación de una persona en la sociedad civil. En la edad media, el Estado es ese “status” referido a la situación de privilegio social, básicamente ostentados por la nobleza y el clero. Maquiávelo recoge este mismo sentido dándole un matiz un tanto diferente al relacionarlo con el gobernante quien está en el “status” superior; es, entonces, en el medievo, el príncipe quien posee el estado (status) dominante, es decir, ese es el Estado (statu) del príncipe. Fue precisamente Maquiávelo el primero en utilizar el término Estado, en su obra titulada “El príncipe”, cuando señaló que todos los Estados conocidos o son Repúblicas o Principados.

No obstante, Bobbio (2006) afirma que el término no fue introducido por Maquiavelo, pues desde los siglos XV y XVI el uso común de la palabra status como “situación” y su tránsito a “Estado” en el sentido moderno de la misma, ya se había surtido con la expresión clásica *status rei publicae*, a tal punto asegura Bobbio (2006), que el propio Maquiavelo no la hubiese utilizado al comienzo de su obra si su uso no hubiera sido ya de uso corriente y remata con lo siguiente:

De aquí el éxito del término <Estado> que pasó a través de cambios no del todo claros de un significado genérico de situación a un significado específico de posesión permanente y exclusiva de un territorio y de situación de mando sobre sus habitantes, como aparece en el propio fragmento de Maquiavelo, en el que el término <Estado> apenas introducido, inmediatamente es acompañado del término <dominio> (p. 88).

Así la palabra “Estado”, de acuerdo a Velásquez (2004), fue paulatinamente sustituyendo algunos nombres genéricos utilizados antiguamente, tales como reinos, imperios, principados, Repúblicas, ciudades. Así en Grecia, la *polis* equivalía a la ciudad-Estado; mientras tanto en Roma la expresión *civitas* correspondía a la ciudad, o sea, a la comunidad organizada socialmente, pero también el término *res pública*, significaba la cosa común a todo el pueblo; de igual forma las expresiones República, *Imperium* (terreno conquistado), corresponden a antecedentes históricos de la palabra Estado.

Al disolverse el impero Romano, el poder se dispersó en reinos, ducados y pequeños territorios, llamados poliarquías (no en el sentido que en 1953 se le da como forma de gobierno ideal donde convergen derechos, libertades, garantías, participación, en una palabra democracia, sino como el poder disgregado, pluralidad de ordenamientos y de poderes propios de la sociedad medieval). La sociedad estamentaria depositaria del poder estaba limitada en lo interno por el poder de los feudales (y más adentro por los feudatarios), corporativos y municipales y en lo externo por el emperador y la iglesia. Por ello el poder al estar distribuido entre la iglesia, los nobles propietarios de tierra, caballeros, las ciudades y otros privilegiados, no facilitaba la existencia de unidad política.

Por su lado, Jellinek (2000) distingue en el origen del Estado, lo concerniente a sus comienzos históricos y a la formación de nuevos Estados. Para conocer acerca de la llamada formación primigenia de los Estados, ciertamente hay que partir de la formulación tan sólo de hipótesis de diversa índole. Todas ellas adolecen de la dificultad de situar el momento exacto del origen del Estado. Sin embargo, Jellinek, como también Héller (2004) y muchos otros, destaca el aspecto territorial como fundamental en la esencia del Estado, lo cual excluye las razas nómadas de la condición Estatal, pues es el carácter sedentario de los conglomerados humanos lo que dispensa un elemento esencial en la modelación estatal.

Así mismo, el asentamiento trae consigo la necesaria ordenación de la

propiedad, distinguiendo entre bienes comunes y bienes privados. Concluyentemente, de acuerdo a Jellinek (2000), territorialidad y normatividad tienen un origen común: “Ha sido, pues, el proceso primario de la formación de los Estados, al propio tiempo, un proceso de formación del derecho; de suerte que, históricamente, Estado y derecho han estado desde el principio enlazados uno con otro” (p. 264, 265, 266).

Finalmente, para Bobbio (2006), existen dos posiciones acerca del origen de la palabra “Estado”: los que aseguran que se trata de un término moderno, no conocido en la Antigüedad, surgido de la crisis del “Estado medieval”, caracterizado por la concentración del poder que manda en un territorio determinado, el cual monopoliza algunos servicios para mantener el orden interno y externo como son la producción de derecho mediante la ley y el aparato coactivo indispensable para aplicar el derecho contra los reticentes (en la versión Weberiana serían la prestación de servicios públicos y el monopolio legítimo de la fuerza); y, de otro lado, quienes afirman que desde la Antigüedad con el propio Aristóteles en su obra “La política” cuando a propósito de la polis reflexiona sobre su ordenamiento político, cuando define “Constitución” (*politeía*) como el ordenamiento de las magistraturas y define sus funciones, cuando propone su tipología de las formas de gobierno y, en fin, con muchos otros ejemplos (las “Historias” de Tucídides o, también, la historia de Roma analizada por el propio Maquiavelo de Tito Livio a Tácito) que permiten realizar análisis comparados con los ordenamientos políticos modernos, destacando, adicionalmente, su incuestionable vigencia.

8.2 Conceptualización

Velásquez (2004), buscando aproximaciones a su significado asegura que el Estado “no es una realidad precisa”, es una realidad inacabada, esencialmente móvil como la naturaleza humana, como la sociedad, por ello recomienda abordar su estudio desde una metodología descriptiva que permita registrar su actividad, comprendida en su origen, elementos, fines, clases y mecanismos de acción. No obstante, también afirma el hecho de haberse desvanecido el interés teórico por el origen del Estado, sobre todo cuando las teorías contractualistas han ignorado otras formas de Estado, las marxistas se agotan en una crítica ideológica y el Estado liberal, nacido como una respuesta al Estado absolutista, parece con todas sus dificultades, legitimarse en elecciones periódicas.

Existe una diversidad de criterios, según Velásquez (2004), para definir lo

qué es el Estado, para Kelsen es “un sistema de normas”; una visión subjetiva la presenta Platón; es el Estado una representación ampliada del hombre, el Estado existe, continúa Velásquez, porque es pensado. Surge como una creación del intelecto, como una abstracción. Nadie ha visto el Estado, sin embargo nadie podrá negar actualmente su existencia. Otros lo ven desde una concepción antropomórfica, pues participa de caracteres humanos (despierta odio o adhesión, se le tilda de disipador o ineficiente); una visión psicológica coloca al Estado como una sustitución de la imagen del padre; otra visión lo sitúa como el apartado de dominación de un sector de la sociedad por otro: relación de gobernantes y gobernados. La percepción de Engels, por ejemplo, es de carácter socio-histórico, consecuencia de la división de clases en la sociedad.

Para otro sector de la doctrina Nacional, como para Naranjo (2003), el Estado se origina en el conjunto de necesidades incontrastables del individuo y de la sociedad: necesidad de protección, de estabilidad y de normatividad. A esta conclusión se arriba mediante la formulación de interrogantes como el ¿de por qué el Estado?, ¿Cuál es su razón de ser?, ¿Cuáles, en fin, son las causas que estimularon a un conglomerado humano a requerir su existencia?.

Continuando con Velásquez (2004), éste toma partido por una teoría del Estado empírica, o sea, una constatación de los hechos. Por ello se pregunta: ¿Para qué el Estado?, ¿Qué Estado? ¿Y cómo actúa el Estado?. La existencia social del hombre es inconcebible sin la existencia del Estado, el Estado es un ente abstracto, es una realidad del espíritu, es un valor, es una manifestación cultural y es todo lo anterior porque, en primer lugar, surge como un mecanismo para evitar la autoridad de un hombre sobre otro, es una resistencia al mando y, en un segundo término, porque constituye el canal o vehículo de expresión del poder político. Es, concluyentemente, el instrumento de despersonalización del poder público.

El Estado no ha existido siempre, pero es la noción más acabada como expresión del poder político. Ni considerando el Estado como el poder institucionalizado, ni estudiado desde la órbita fenomenológica (es decir, externa), ni como ente legal-racional (como atribución propia del Estado capitalista según Weber), se puede aprehender cabalmente su razón de ser o su naturaleza o su finalidad (télesis), sino tan solo se puede obtener una visión descriptiva (o formal, propia de los juristas según Bobbio. Sin embargo, autores como Echeverry (2002), buscando una explicación finalística, distinta a la de los juristas, apela a Engels para explicar la

naturaleza y finalidad del Estado. Engels, de acuerdo a Echeverry (2002), señala, entonces, que el Estado es el reconocimiento o confesión de la sociedad de no poder superar de otra forma sus contradicciones permanentes, éstas no consiguen hacer la catarsis definitiva y conciliarse, ideando un poder ubicado aparentemente por encima de ella. El Estado es un producto socio-histórico, es decir, es “el resultado de unas particulares condiciones del devenir social”; es, además “un fenómeno inscrito dentro de una totalidad social”, o sea comporta las clases sociales, sus conflictos, sus organizaciones, sus ideologías (el hombre y su relación con el poder político).

Echeverry (2002), consagra como corolario que un estudio del Estado contraído a sus órganos o reducido a un orden puramente normativo (a la manera Kelseniana) concluiría, como diría Heller (2004) “a una teoría del Estado sin el Estado”. Así mismo, continúa Echeverry (2002), que Engels la finalidad del Estado está dada por el orden para contener esos conflictos y procurar una función “cohesionante”, “integradora” (según Duguit), pero ese orden está destinado a asegurar la organización de la producción en unas pocas manos que tienen el predominio en lo económico, social, político e ideológico, es decir, la función de ese orden integrador, es una función de clase.

8.3 El Estado y su distinción con otros términos

El Estado suele identificarse con otras expresiones tanto por especialistas como por profanos, no obstante un sector de la doctrina establece diferencias conceptuales. Naranjo (2003), consigna las siguientes distinciones:

- a. *Nación*: Es el elemento humano, tiene por lo tanto un carácter sociológico, pero también tiene que ver con ese ethos histórico, cultural, con las tradiciones, la costumbre, la lengua y la religión, caracterizando una nación de otra. Se asimila a población o pueblo, pero desde el derecho público también se distingue de estos. Existen naciones sin territorio, como ocurrió con la nación judía y con la nación Palestina, aunque también ocurre que en un mismo territorio convivan diversas naciones, como ocurrió con la antigua Unión Soviética.
- b. *País*: Se refiere por lo general, a esa porción geográfica, a ese espacio físico, al paisaje, a la región, especialmente en Europa; desde esta óptica en un mismo Estado pueden coexistir distintos paí-

ses, así se menciona el País Vasco en España, o el País de Gales en Inglaterra o el país Bretón en Francia.

- c. *Patria*: La patria convoca los sentimientos más profundos, lo más íntimo del ser, es el particular estado de ánimo exaltado por los símbolos: el escudo, la bandera, los himnos. Es la sublimación de representaciones que despiertan la adhesión de los habitantes de un Estado.
- d. *República*: Es una expresión política y jurídica, como quiera que involucra no sólo los individuos de una sociedad, sino a la organización del Estado y del gobierno. Todo Estado es una república o monarquía, según lo afirmaba Maquiávelo en su obra "El príncipe", pero también modernamente la clasificación es pertinente. Igualmente, el Estado aunque tiene alcances diferentes, comprende básicamente todos los elementos descritos a saber: lo humano, lo territorial, lo anímico, lo político y lo jurídico.
- e. *Población*: Corresponde al conjunto de personas o a los habitantes de un Estado, tanto los nacionales como los extranjeros, los residentes y transeúntes, sean mayores o menores de edad. El término población constituye una acepción incluyente y permite, según algunos tratadistas, evidenciar los propósitos o fines del Estado contemporáneo, en la medida que éste precisa conocer el número de habitantes (mediante censos), para definir las políticas de satisfacción de necesidades en su búsqueda permanente de una mayor eficiencia.
- f. *Pueblo*: Corresponde de forma concreta a los ciudadanos, es decir, a aquéllos titulares de los especiales derechos políticos; derechos reputados como fundamentales en el sentido de posibilitar la conformación y ejercicio del poder: el derecho a elegir y ser elegido. En el pueblo reside, entonces, dentro del sistema democrático, el origen de la soberanía del Estado, siendo también el depositario de la autoridad política. La utilización del término pueblo en el lenguaje político ha tenido un sentido ambivalente: está conformado por los excluidos, por esa gran masa de explotados, de olvidados de siempre, es el proletariado el motor de la revolución mediante la cual se alcanzarán las conquistas reivindicadoras en condiciones de igualdad para todos, según las doctrinas marxistas.

Por otra parte, el ideario liberal-burgués, ha estigmatizado el térmi-

no pueblo, pues es una noción despectiva, dispersa y caótica; esta doctrina enaltece al héroe, al líder, al que consigue imponerse en la sociedad de la libre competencia, por ello se promueve la excelencia: “Es una especie de sociedad ulisiana. Los cantos homéricos que están a la base de su cultura, valoran la individualidad exitosa más que el gran número” (Velásquez, 2004, p. 90). Dicha concepción nos viene desde la Antigüedad cuando sus grandes filósofos (Platón y Aristóteles), expresaban sus reservas por la masa, por la muchedumbre, por la pretendida igualdad perseguida por el pueblo y por sus ideales democráticos. El pueblo es esa masa amorfa que sólo despierta compasión, es la destinataria de la caridad, de acuerdo al pensamiento cristiano.

La descalificación del uso del término ha llevado a extremos aberrantes, como cuando en el siglo XIX, la Constitución Colombiana de 1853 prohibió su uso: “Cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera negocios, se arrogue el nombre o la voz del pueblo o pretenda imponer a las autoridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa, y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición” (Velásquez, 2004, p. 91). Lo anterior no oculta su proscripción del lenguaje liberal-burgués en la plenitud de la llamada “guerra fría”, cuando los dueños del mundo lo dividieron entre capitalistas y socialistas y todo aquél que apelará a su utilización era insurgente. En la actualidad se invoca permanente al pueblo, con inocultables tintes demagógicos, para explicar y justificar todo, como lo afirma Velásquez (2004).

- g. *Sociedad*: Comprende un grupo o conglomerado de personas con una vida en común, no importa su forma, extensión o grado de desarrollo; la sociedad resulta de la propia naturaleza humana, pues el hombre es un ser social.

8.4 El Estado y la Iglesia

Héller (2004) conservando su posición de la territorialidad como determinante del Estado, asevera que:

El poder estatal que organiza y pone en ejecución las actividades sociales de los hombres que viven en un determinado territorio es, por su función, un poder secular. En cambio, la Iglesia ordena la conducta del hombre respecto a potencias supraterrrenales. Preci-

samente por eso falta en ella la función territorial que es necesaria al Estado; es esencialmente una agrupación personal y no una organización territorial (p. 242).

No puede, no obstante, interpretarse la ciudad del Vaticano como un espacio geográfico donde la Iglesia ejerce soberanía, independientemente que allí se ejerza una autoridad a la manera de los grupos políticos medievales, por cuanto la Iglesia en su función universal, no está circunscrita en un espacio físico determinado, lo cual no excluye las más estrechas relaciones, según el propio Héller (2004).

Es más, la influencia religiosa en el poder político no sólo ha estado presente desde los primeros tiempos, pasando por las teocracias orientales, la época greco-romana, los reinos medievales con su permanente tensión con el poder secular, sino en la actualidad

...aun allí donde se trata de la unión del trono y del altar, las promesas de salvación, en este mundo o en el otro, del poder sacerdotal, son siempre un factor de fuerza decisiva para la fundación ideal y material del poder político y también para la lucha contra él. Esta fuerza, legitimadora de la autoridad de los poderes eclesiásticos es, justamente, lo que ha conducido siempre y en todas partes a que el poder político se inmiscuya en la vida eclesiástica. Siempre se ha esforzado el Estado por ganarse el apoyo de la Iglesia, pero ésta siempre ha intentado mantener su legalidad propia y valerse del poder político en su propio servicio... (Heller, 2004, p. 243).

8.5 El Estado, el derecho y las relaciones de poder

Héller (2004) expresa que el poder deviene de la confluencia objetiva de todas las fuerzas del Estado: Entre gobernantes y súbditos, existe, entonces, una cooperación causal de todos para el poder del Estado. Ahora bien, hay que distinguir que el “gobernante tiene poder *en el* Estado pero nunca posee el poder *del* Estado” (Heller, 2004, p. 275), pues es la tendencia que existe de confundir el poder estatal con el Estado mismo, inclusive señala que algunos gobernantes acusan a sus contradictores de ser enemigos del Estado (por ejemplo el marxismo cuando identifica al Estado con una clase dominante), en una clara tendencia de la personificación del poder con el Estado, estrategia utilizada por caudillos o dictadores para descalificar a sus oponentes:

Los errores más extendidos del pensamiento político proceden de

que se confunde el núcleo de poder que realiza positivamente el poder estatal con el Estado mismo.

Del hecho, ciertamente exacto, de que el Estado se apoya en ese núcleo de poder, se extrae la falsa consecuencia de que este núcleo de poder <es> el Estado. Este sofisma está en la base de todas las inadmisibles concepciones que confunden el Estado con su gobierno y al poder del Estado con el poder del gobierno. En manera alguna debe admitirse que el poder del Estado, como unidad de acción objetiva, coincida con el del núcleo de poder ni con el de éste junto con el de sus adherentes (Heller, 2004, p. 275).

Un hecho contemporáneo parecería ratificar el pensamiento de Héller (2004): todo grupo humano políticamente organizado es un Estado, más allá de la forma que adopte, de su sistema de gobierno o de su régimen político (para quienes admiten toda suerte de distinciones entre unos y otros), inclusive los propios Estados socialistas o los propios regímenes totalitarios disfrazados de democráticos. Asunto diferente es que en cualquier caso se asimile al Estado como un instrumento de dominación de una clase y no con el sector o clase propiamente dicha.

Héller (2004) cuestiona severamente, también, a quienes con una visión idealista pretenden ver una solidaridad y representación de la comunidad en el poder del Estado, pues si bien es cierto hay un fragmento, mínimo casi siempre, que se identifica con el poder, no es menos cierto que para la sociedad en general le resulta no sólo ajeno sino que no es querido por ninguno de los que lo crean, por ello agrega Heller “Implica cuando menos engañarse a sí mismo el pretender, siguiendo al idealismo hegeliano del Estado, que este poder del Estado es la expresión de una conciencia de Estado general, de una voluntad de Estado común, o de un interés común, de tal suerte que todo miembro del Estado haya de ver en el poder del Estado su <verdadero> yo...(y) esa pretendida comunidad de voluntad de valores del Estado en su totalidad es aplicable únicamente a la solidaridad del grupo que constituye el núcleo de poder del Estado” (p. 275, 276).

No obstante el Estado y el poder del Estado no son más que la “conexión sistemática de actividades socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la organización de actos que intervienen en la conexión social de causas y efectos, y no la comunidad de voluntad y valores como tal y mucho menos cualesquiera comunidades naturales o culturales” (Heller, 2004, p. 276) y en su conexión de actividad que se denomina Estado han de incluirse “todos” los miembros.

El poder del Estado es siempre legal, o sea, política y jurídicamente organizado, aunque esto no basta dentro de la percepción del poder, es también necesario la justificación moral de su ordenación, es decir, la legitimidad. En estos términos el poder del Estado es “soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía del Estado significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo” (Héller, 2004, p. 282).

Por eso recuerda Monereo Pérez en el prólogo del texto “Teoría del Estado” de Héller (2004) que para éste el derecho como técnica de organización social está indisolublemente vinculado con la existencia del Estado, de ese Estado democrático y de derecho en el que creía, cuya base son las relaciones reales de poder, quizás por ello estaba persuadido que el socialismo no supone la desaparición del Estado, sino su utilización como instrumento para acometer la reforma democrático-social. Contrario a la idea de Marx y Engels, el Estado liberal y su modelo económico capitalista no es más que un momento de transición hacia la comunidad socialista, de esta manera la posición de Héller, según Monereo Pérez en el precitado prólogo, rompe con la tradición del materialismo histórico marxista y adhiere al pensamiento socialista democrático, hecho éste último que acredita mediante su afiliación al partido socialdemócrata alemán (SPD).

Continuando con Monereo Pérez, en el antedicho prólogo, Héller (2004) no sólo introduce en el lenguaje iuspublicista Alemán su fórmula del Estado de derecho social, sino que defiende su implementación en la República de Weimar, así como su expansión a los demás Estados liberales. Aprecia la autoridad dentro del Estado, pero lucha contra el Estado total: “El Estado democrático de derecho supone una autolimitación de los fines y de las condiciones de ejercicio del poder del Estado, pero no una neutralización completa de su poder soberano, el cual puede aparecer incluso al margen del Derecho en una situación crítica o de excepción. En este sentido el Estado democrático puede comportarse como Estado autoritario” (Héller, 2004, p. xxi). El Estado autoritario proscribía al Estado total, se trata de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de Derecho, pero no de eliminar el Estado de Derecho en general.

Tal vez, guardando las distancias, quepa la evocación al pensador Colombiano Estanislao Zuleta (1991), cuando a propósito del Estado Colombiano abogaba por un Estado fuerte, de alguna forma autoritario, no

totalitario, donde el ciudadano no tema pensar por sí mismo, ni a expresar su pensamiento, un Estado fuerte para llevar a cabo las transformaciones económicas necesarias, el respeto a los derechos sociales, para producir la redistribución del ingreso y de la riqueza, pero no apabullando o persiguiendo a los críticos, a los disidentes, puesto que ese, por el contrario, es un Estado débil: “En cuanto a los Estados que ahora suelen denominarse totalitarios, confiesen ellos mismos su debilidad esencial por el solo hecho de que no pueden permitirse, ya no digamos una posición, pero ni siquiera una diferencia, y se sienten amenazados hasta por un poeta o un pintor” (Zuleta, 1991, p. 223).

8.6 Doctrinas o teorías del Estado

8.6.1 Teorías jurídicas

Desde el campo del derecho las teorías más comunes son las formalistas (neutras); según Bobbio, éstas son propias de la reflexión de los juristas cuando desean aproximarse a una descripción del Estado. Uno de sus críticos es Héller (2004), para quien las teorías formalistas sobre el Estado, en particular a la defendida por Kelsen, lo lleva irónicamente a preguntarse en qué consistiría una teoría del Estado vaciada de contenido, es decir, a una teoría del Estado sin el Estado. No puede comprenderse el Estado desde una mirada exclusivamente normativa, puesto que el Estado es esencialmente social, es una ciencia de la realidad sociológica y no una ciencia del espíritu.

Continuando con Héller (2004), el Estado formalista desnuda profundas contradicciones como cuando se menciona la más radical igualdad formal, pues se torna en la “más radical desigualdad y la Democracia formal, Dictadura de la clase dominante. La democracia política queda en peligro por la disparidad económica entre las clases, si esta no es suprimida o mitigada” y, a propósito de la Constitución de Weimar por él defendida, agrega “el espíritu de la Constitución de Weimar, y de su sección V, relativa a la economía, no es el de la lucha de clases marxiana o el de la dictadura, sino el de la conciliación, y en lo posible, del acuerdo recíproco orientado al fin de una más justa distribución de los recursos” (p. 23).

Como se advirtió precedentemente las teorías normativistas o formalistas y también las finalísticas sobre el Estado, son fustigadas por Héller (2004), para proclamar la importancia de la función de sentido del Estado. Sin embargo, Héller advierte el análisis del Estado a partir de su realidad social, así mismo, la justificación ha de hacerse en su relación jurídica

como soporte existencial del Estado; nada es el Estado sin lo normativo: “Pues esta función social podrá, en todo caso, hacer comprensible y explicar por qué existe el Estado como institución, pero nunca justificar por qué la institución estatal o un Estado concreto debe existir. Toda explicación se refiere al pasado, toda justificación al futuro” (Héller, 2004, p. 250, 251), agregando seguidamente: “Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure <cualquier> ordenación socialterritorial, sino, tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica” (p. 250, 251). Está claro para Héller su posición antiformalista jurídica, por ello aboga por la incorporación del pensamiento realista y sociológico en el estudio del derecho y de la ciencia política, pero no desde una óptica exclusivamente jurídica sino integrada con el orden socialterritorial.

8.6.2 Teorías finalísticas.

Son muchas las teorías acerca del Estado, no obstante para algunos doctrinantes la respuesta al interrogante ¿para qué el Estado?, asimilable a la formulación de Bobbio cuando alude a las teorías racionalistas: ¿Por qué el Estado?, poseen un contenido finalístico, de utilidad, de identificación de lo que se persigue con él.

Pero las teorías acerca de la finalidad del Estado, ciertamente, según Héller (2004), han presenciado fuertes controversias. Desde la formulación extendida en la Antigüedad por Aristóteles, pasando por el criterio de los naturalistas de la ilustración al señalar que el Estado es una creación arbitraria de los hombres en busca de un fin consciente; o pasando por los románticos cuando desestimando el criterio del fin del Estado, aseguran que el Estado es un fin en sí mismo; hasta la conclusión de la doctrina cuando ignora la finalidad del Estado por juzgarla ficticia o superflua o, por lo menos, un problema sin solución o, cuando admite su justificación, sus respuestas no hallan científicamente respuestas satisfactorias.

La crítica al pensamiento teleológico del Estado halla en Héller (2004) un distinguido exponente, no obstante, él mismo reconoce:

Una vez aceptado que tales objeciones se hallan justificadas, hay que reconocer, sin embargo, que la cuestión del fin del Estado no sólo constituye un problema de importancia para la teoría del Estado, sino el más fundamental de la misma. Pues si bien es cierto que sólo los hombres son capaces de proponer conscientemente fines, no lo es menos que el Estado, como toda institución humana, tiene

una función objetiva llena de sentido que no siempre concuerda con los fines subjetivos de los hombres que lo forman (p. 233).

No obstante, acerca de esos contenidos teleológicos (fines), Velásquez (2004) encuentra respuestas en el pensamiento marxista, en las concepciones de la llamada derecha y en las doctrinas liberales:

8.6.2.1 Marxistas

Sus elementos participan de rasgos realistas, objetivos, materiales, en la lucha de clases, en los conflictos sociales, en las relaciones de fuerza suscitadas al interior de la sociedad, que generan para su estudio el método materialista-dialéctico y su método interpretativo el materialismo-histórico. Es el Estado, entonces, el resultado “del egoísmo individual, una categoría individual”, en síntesis, es un “mecanismo para asegurar privilegios”. Algo así como una sociedad “Darwinista” (sálvese quien pueda, el poderoso se impone sobre el más débil).

Dice la teoría marxista que el hombre es libre en la medida que satisfice sus necesidades, el Estado satisface las necesidades sosteniéndose mediante el ejercicio de la fuerza, por ello en la comunidad socialista con la atenuación de las necesidades, el Estado desaparecerá. Sin embargo, para la teoría marxista dicha premonición no se ha cumplido y, por el contrario, con la revolución bolchevique de 1917 se establecieron tres años como periodo de transición para implementar la concepción marxista del Estado, al cabo del cual hubo necesidad de retornar al Estado para desde éste fomentar una cultura y un civismo con contenidos marxistas, de un lado y, por otra parte, para conservar y defender la revolución en lo interno y en lo externo. Se fundó no un Estado sino un super Estado con un aparato coercitivo descomunal, inédito en la historia geopolítica reciente.

8.6.2.2 Extrema derecha

El Estado proviene de la sociedad, es el dominio de la fuerza, donde se imponen los mejores, las élites, es una visión realista. Esa realidad histórica es propia del nacionalsocialismo Alemán como concepción biológica y seudocientífica que se afirma en la superioridad racial, asegurando el predominio de los mejores.

En el fascismo Italiano el elemento trascendente es la patria, todo dentro del Estado, nada por encima del Estado, es buscar la salvación del individuo no como ser aislado sino colectivo dentro del Estado. El corporativismo va decantando los mejores espíritus, las élites.

Un aspecto notable es la personalización del poder (controvertida por otros teóricos que distinguen al Estado del poder que le regenta), es el poder con una cara, la simbiosis del Estado con el poder, la identificación del estado con un personaje, el gobernante es objeto de un culto colectivo, tornándose caudillo y anulando, de paso, la participación política en dichos Estados.

8.6.2.3 Liberalismo. Características:

Aunque en el apartado correspondiente a las fases del Constitucionalismo moderno, se han descrito algunos rasgos propios del Estado liberal, se relacionan nuevamente algunos de ellos, en aras de conservar el planteamiento del autor Velásquez (2004). En este orden de ideas, el Estado liberal producto de las revoluciones burguesas y como expresión o reacción a la arbitrariedad propia de las monarquías absolutas, participa de las siguientes características generales:

- a. Es un Estado de derecho:* Es decir tiene una existencia reglada, está sometido al derecho pero, además, asegura la eficacia de este derecho, al garantizar la libertad como fin último, oponible al Estado, como una limitación al ejercicio del poder público.
- b. Es un Estado Constitucional:* Los primeros Estados se organizan a partir de un documento escrito (con la excepción de Inglaterra, Israel y Nueva Zelanda, pues para esas sociedades lo importante es la “idea” que se tenga de la Constitución según Zagrebelsky (2002). Dicho documento tiene un doble valor, político y jurídico; en primer lugar lo político es la base, es su fundamento, definiendo sus contenidos, es decir, la relación de los ciudadanos entre sí y con el Estado y, de otra parte, lo jurídico se determina como el reconocimiento de un orden positivo superior (por ejemplo en Colombia, art. 4 C.N. de 1991), independientemente de los contenidos políticos. La Constitución es el símbolo de la democracia (art. 3 C.N. de 1991 de Colombia), del pacto entre gobernantes y gobernados, es la consagración del principio de legalidad (art. 29 C.N. de 1991 de Colombia), como presupuesto de esa democracia. Existe, además, una jerarquía de sus normas y una jerarquía de los órganos que las expiden, generando desencuentros políticos para lo cual existe el control o guarda de la Constitución para dirimirlos (art. 241 C.N. de 1991 de Colombia).

Como la Constitución es la expresión del Estado liberal, es una concepción del hombre, de la sociedad, se traduce en un instrumento

metodológico para distinguir entre Constitución material (aquella que define sus contenidos, sus órganos superiores, sus relaciones, su conformación, sus funciones, la forma de relacionarse los individuos con ella) y Constitución formal (aquella que asume ciertas solemnidades para su existencia, expedida por el órgano definido por el poder constituyente y mediante un procedimiento preestablecido).

Igualmente en este apartado se distingue la Constitución rígida o firme, como aquella que para ser modificada requiere procedimientos especiales y a través de un órgano específico, por ello se da dentro de la Constitución formal y permite distinguir entre poder legislativo ordinario y poder constituyente, en este caso también puede existir una cláusula que prohíba su revisión por un tiempo determinado (Naranjo (2003) asegura que la Colombiana es rígida, Vila (2007) que es semirígida). La Constitución rígida por antonomasia es la de USA (27 enmiendas). Por contraste, la Constitución flexible o elástica enseña para su revisión procedimientos utilizados para adoptar las leyes ordinarias y aún por la costumbre o por la jurisprudencia como la de Inglaterra.

Pero además, continuando con Velásquez (2004) la existencia de la Constitución dentro del Estado liberal supone a su vez ciertos contenidos:

- a. Consagra el reconocimiento de garantías individuales, personales y libertades políticas: El reconocimiento del hombre como ser en sí, se hace a partir de su dignidad y no desde una visión teológica, es decir, a partir de su existencia terrenal, en su existencia como tal es sujeto de derechos y obligaciones pero si vale entre sí y por sí, tiene derecho a que se le garantice su libertad. Los derechos humanos provienen del derecho natural y existen por fuera del derecho positivo, las libertades públicas son esos mismos derechos naturales reconocidos por la ley.
- b. Define la tridivisión del poder: No como una técnica sino como garante de la libertad individual y también como expresión de órganos deliberantes, abiertos, pues permiten la distribución del poder, rechazando opciones monolíticas o unitarias. En otros términos, la distribución del poder busca prevenir los abusos del poder de parte de individuos que al detentarlo se sienten seducidos a monopolizarlo y tornarse arbitrarios, por ello la división del poder en ejecutivo, legislativo y judicial con funciones consecuentes como la de dictar las normas generales, aplicarlas y resolver los conflictos que resulten de su aplicación corresponden a cada uno de dichos poderes,

tal como fue concebido originalmente por Montesquieu.

- c. El Estado liberal tiene un carácter no intervencionista: promueve un Estado no actuante, apenas encargado del mantenimiento del orden, de garante de las libertades y derechos de los individuos. Un Estado gendarme, cumpliendo funciones de policía únicamente.

8.6.3 Teorías Políticas del Estado

Distintas a las teorías jurídicas y con la condición de denominarse teorías políticas clásicas en la formación del Estado, el autor Colombiano, Rey (2005), realiza una magistral obra de paciente investigación, señalando tres teorías, las teocráticas, las contractualistas y la teoría marxista, de las cuales se resaltan apenas algunos aspectos que ilustran otra visión sobre el Estado y que, además, se alternan con los aportes de otros pensadores.

8.6.3.1 Teocráticas

Su examen se realiza a partir de la Biblia (antiguo testamento), pasando por la ascensión de David al trono de Israel, el nuevo testamento (Jesús ante Pilatos) y la patrística hasta la edad media. En esta última fase se destacan las tensiones permanentes entre el poder temporal y el poder espiritual y, en general, las relaciones que discurren entre el Estado y la Iglesia. Algunos de los momentos y los aspectos más sobresalientes en este último período fueron:

a. La patrística (doctrina de los padres de la iglesia)

Uno de sus más consagrados exponentes es San Agustín, nacido en Tagaste (África). En el siglo IV, siglo de oro de la ciencia eclesiástica, aparecieron obras importantes como la suya “La ciudad de Dios”, donde el aspecto central lo constituye la declaración de la existencia de dos ciudades: la ciudad terrestre (donde los hombres viven según el orden del propio hombre; en una sociedad predestinada a vivir eternamente con el diablo) y la otra, la ciudad celestial (donde los hombres viven según los mandatos de Dios; en una sociedad predestinada a vivir eternamente con Dios).

b. Las dos potestades

El ocaso de la edad antigua se presenta a finales del siglo IV, cuando el emperador Teodosio, el grande, estableció el cristianismo como la religión oficial del imperio romano; al morir éste se dividió en el imperio de occidente y el imperio de oriente o bizantino (por bizancio), cuya capital fue más adelante Constantinopla.

La edad media, entonces, duró diez siglos (V a XV), comenzó con la caída del imperio Romano de Occidente (año 476) y terminó con la caída de Bizancio en Constantinopla, o sea del imperio Romano de Oriente (año 1453). Las invasiones bárbaras o germánicas en Occidente y de los turcos en Oriente constituyen causas del desmoronamiento del imperio.

La edad media tiene dos fases que se destacan: la alta edad media (siglos V a XI) y la baja edad media (siglos XII a XV), esta última registra una mayor importancia por la paulatina formación de ideas y de acontecimientos determinantes para el nacimiento del Estado moderno.

El modo de producción imperante en la edad media fue el feudalismo; culturalmente presidido por el cristianismo que gana posicionamiento al pasar de los siglos como Iglesia romana, dicha Iglesia fue propietaria de grandes latifundios y recursos monetarios que le permitían prestar dinero a laicos arruinados, permitiéndole una incidencia en lo social, económico y político y, de contera, una justificación doctrinaria de la riqueza y pobreza de origen divino, justificando la desigualdad de los hombres y su aceptación con resignación para avanzar por el camino de la vida eterna.

Las dos potestades y la querella de las investiduras se origina con la Carta que el Papa Gelasio dirigió al emperador Anastasio, en cuyos apartes afirmaba: “Hay dos organismos, Augusto emperador, a través de los cuales se gobierna soberanamente este mundo: La autoridad sagrada de los pontífices y el poder real. Pero el poder de los sacerdotes es tan grande que en el juicio final tendrán que dar cuenta al señor de los propios reyes...” (Rey, 2005, p. 119). La consecuencia según Rey, fue la división en dos partes de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. En la primera, el papa debía sumisión al rey y, en la segunda, era el rey el que debía obediencia al Papa.

Con el papa Gregorio VII (su nombre verdadero era Hildebrando), se inició el llamado “periodo del poder Pontificio”, o sea la restauración eclesiástica, conocida como la reforma Gregoriana. De algunos de sus textos, se destacan las siguientes afirmaciones “ix. El Papa es el único hombre a quienes todos los príncipes besan los pies; xii. A él le está permitido deponer a los emperadores; xix. No debe ser juzgado por nadie; xxii. La iglesia romana nunca se ha equivocado; y, según el testimonio de la escritura, no se equivocará jamás” (Rey, 2005, p. 121, 122).

De esta forma se supera el dualismo gelasiano y se aplica en Enrique IV,

rey de Alemania (Santo imperio romano germánico), por cuanto éste, ignorando la posición del Papa Gregorio nombra arzobispo de Colonia; es, por lo tanto, excomulgado al declarar depuesto al Papa, una vez realizado concilio con los obispos Alemanes; los príncipes le otorgan un año para arrepentirse y pedir perdón, de lo contrario nombrarían sucesor; el emperador ofreció su perdón, pero es sabido históricamente como una farsa, por cuanto a las semanas, designó nuevamente obispos. Los sucesores de estos personajes suscribieron el concordato de Worms (1122), donde quedó claro la investidura canónica (báculo y anillo) como poder espiritual y la investidura laica (el cetro y la corona) como símbolo del poder temporal.

Por otra parte, el obispo Francés, San Bernardo de Claraval (expuso su teoría de las dos espadas), contribuyó al reconocimiento de la orden de los templarios (creada por Hugo de Payens) en Jerusalén para conquistar y defender la tierra santa. La teoría justificaba la independencia de la Iglesia, la sujeción del rey a la Iglesia, pues Dios le entregó a Pedro dos espadas, según San Bernardo, lo que simboliza tanto el poder espiritual en manos de la Iglesia (bajo el entendido que también se justifica la violencia cuando sea justa la causa, eso significa la espada y, tal vez, como lo recuerda Bobbio (2003), Isidoro de Sevilla reproduce ese pensamiento en el pasaje donde justifica el Estado como una necesidad, ante la inclinación natural del hombre a la maldad, se precisa entonces la espada, el llamado terror desde el Estado), como el poder temporal en el rey quien debería ejercerlo conforme a las instrucciones del Papa, de lo contrario, debería retornarlo al poder espiritual. Otra interpretación señala, sin embargo, que Dios entregó a cada autoridad su espada, lo cual es fundamento del pensamiento laicista, para entonces en ciernes.

Rey (2005) finaliza este apartado con el señalamiento de los tres periodos claramente establecidos en las relaciones entre la iglesia y el Estado:

Según Rey (2005) el Cesaropapismo, como la acción o tendencia a fundir en una sola persona el poder civil (César) y el religioso (Papa). Presuntamente se dio en el imperio bizantino, donde el poder del emperador abarca también el espiritual. Sin embargo, los historiadores niegan que tal vez esta situación no se presentó por cuanto los emperadores nunca intentaron subsumir la Iglesia al Estado; el clericalismo, de origen medieval, se refiere a la inclinación de los clérigos a tratar el Estado como servidor de la iglesia y “ejecutor de sus voluntades”; finalmente, el laicismo, establece la independencia estatal frente a la influencia religiosa y eclesiástica.

8.6.3.2 *Contractualistas*

De acuerdo a Rey (2005), los historiadores suelen ubicar dichas teorías en la edad moderna, la misma que transcurre desde la caída del imperio romano de oriente (la toma de Constantinopla por los turcos en 1453) y la convocatoria de los Estados Generales por la Revolución Francesa de 1789. Es decir, la edad moderna se inicia en el siglo XV con el llamado siglo del absolutismo monárquico; algunos de sus momentos fulgurantes lo constituyen, en primer término, el renacimiento (movimiento que reivindica la antigüedad clásica; es la afirmación de los Estados monárquicos unificados: Francia, Inglaterra, España; la abolición de la doble autoridad medieval del Papa: la espiritual y temporal; surge el humanismo cuyo fundamento es el antropocentrismo: El hombre es el centro de todas las cosas. Son dignos representantes de ese humanismo escritores como Erasmo de Róterdam y Thomas Moro; en el campo artístico autores como Miguel Ángel y Leonardo Davinci y en el campo filosófico y político, Nicolás Maquiávelo).

Por otro lado, el segundo movimiento intelectual se llamó “La reforma”, promovido en el siglo XVI por el teólogo alemán, Martín Lutero contra la Iglesia católica de Roma, por la corrupción que generó a partir de la “venta de indulgencias” para redimir a los fieles (o infieles) de los castigos después de la muerte por los pecados cometidos.

Todo fue contra el Papa León X, con Lutero se inicia “la reforma protestante”, protestantes se llamaron a todos los católicos que no pertenecían a la Iglesia católica, se independizaron entonces de la obediencia del Papa, sus principales tesis fueron: Negación del libre albedrío; rechazo a los sacerdotes como intermediarios con Dios; descalificación al celibato, a la confesión, al culto de las imágenes, a la adoración de María y oposición a los diezmos y a la expropiación de los bienes de la Iglesia. La reforma encontró su complemento en el pensamiento del teólogo francés Juan Calvino, con su teoría de la predestinación, según la cual unos hombres son predestinados para condenarse y otros para salvarse, los cuales pueden ejercer el poder temporal, por extensión se asimila al calvinismo con un comportamiento moral y austero tanto en la vida pública como privada.

El contractualismo surge filosóficamente de la concepción individualista, del proceso de secularización iniciado con el humanismo renacentista y con la reforma, promovido por el racionalismo, el empirismo y la filosofía de la ilustración (liberándose de la unidad religiosa medieval, fundamento de la explicación teológica del orden social y político), todo lo anterior

teniendo como soporte esa clase social emergente: La burguesía.

De su origen se especula en abundancia. Desde la Biblia (con las alianzas entre Abraham, Moisés y David con el Señor, o en tiempos de Pilatos con Jesús "...en esta alianza nueva y eterna..."), pasando por Aristóteles, Séneca y Ricardo Hooker. Según Hugo Grocio, el contrato como fuente de obligaciones deriva en el pueblo el deber de obediencia con el gobernante, alejando las expectativas del derecho de resistencia a la opresión; así mismo con Samuel Pufendorf, para la formación del Estado se requieren, el decreto para definir la forma de gobierno y el segundo pacto donde se acuerda que el gobernante protege a los gobernados y éstos se obligan a obedecerle -*pactum subiectionis*-; a su turno, con Thomas Hobbes se inaugura el *iusnaturalismo* moderno, con su teoría sobre el Estado de naturaleza, justificando la monarquía absoluta; con John Locke, defendiendo la sociedad civil y la monarquía Constitucional; con Juan Jacobo Rousseau, las teorías del contrato social, la soberanía popular y la democracia directa.

Los elementos del contractualismo son: el estado de naturaleza, el pacto del contrato social y el Estado. Los escritores clásicos sobre la formación del Estado, según Bobbio (2003), tienen su propia concepción:

Hobbes: "El hombre es un lobo para el hombre", el estado de naturaleza es un estado de guerra; Locke: En el estado de naturaleza el hombre vive en un "estado de perfecta libertad e igualdad; Rousseau: El hombre es el "buen salvaje", teniendo comida, descanso y mujer solo los males y enfermedades lo aquejarían.

Ahora bien, las teorías contractualistas han sido formuladas en el plano de lo hipotético, es ésta una de las críticas que se le formulan, no existe comprobación histórica y menos científica. Dice Rey (2005) que Arthur & Sutherland, señalan como único contrato social auténtico el celebrado a bordo del barco Mayflower, 102 inmigrantes europeos se instalaron en USA y pactaron organizarse política y civilmente mediante leyes, reglamentos, etc. Este pacto se llevó a cabo en 1620, en él se dan los distintos elementos del Estado: población, territorio, poder.

8.6.3.3 Teoría marxista

Dejando de lado observaciones de carácter histórico formuladas por Rey (2005) acerca del surgimiento del Marxismo, sin lugar a dudas importantes, pero bajo el entendido que una aproximación más exhaustiva sobre dicha teoría se hará desde la posición de Bobbio (2003), seguidamente

se concluye que para el pensamiento marxista la formación del Estado tiene como presupuesto la permanente lucha de clases a través de la historia, desde el nacimiento de la propiedad privada en la comunidad primitiva y formulada con acierto por Rousseau, hasta la concepción del Estado como instrumento de opresión de una clase, la burguesía, sobre las demás.

La teoría marxista se edifica a partir de las relaciones económicas, es por ello que la historia de la humanidad ha transcurrido por cinco formaciones económicas-sociales: “la comunidad primitiva, la esclavista, la feudal, la capitalista, la socialista y la comunista. Exceptuando la primera y la última, las demás han girado alrededor de las luchas de clases: esclavistas y esclavos; señores feudales y siervos de la gleba; burgueses y proletarios; en una palabra, opresores y oprimidos” (Rey, 2005, p. 268, 269).

8.6.4 Teorías positivas y teorías negativas del Estado

Continuando con Bobbio (citado por Fernández, 1997), desde la visión axiológica existe la concepción positiva y la concepción negativa del Estado; la positiva parte de Aristóteles y se difunde desde la segunda mitad del siglo XIII: El fin de la política no es el vivir o sobrevivir, sino el vivir bien.

Por otro lado, la concepción negativa del Estado que justifica la fuerza para conservarse se distingue en la concepción religiosa (un mal necesario) por cuanto se precisa reprimir las pasiones de los sujetos, mientras en la concepción Marxista (un mal no necesario) la fuerza se justifica para mantenerse en el poder la clase dominante, es decir, en una son los súbditos a los que se les aplica y en la otra, el príncipe, el que la aplica para mantenerse.

Otra diferencia consiste que en el pensamiento tradicional religioso el Estado-fuerza se justifica por la natural maldad del hombre requiriendo incluso el poder espiritual para domar la “bestia salvaje”, mientras para Marx se trata históricamente de las relaciones de producción y de la forma de producción las que justifican al Estado-fuerza, a tal punto que transformadas aquellas no será necesario el Estado.

Finalmente, la teoría tradicional religiosa coincidiría con la afirmación de que el Estado es un mal necesario, mientras la Marxista con la de que el Estado es un mal no necesario.

Otro tipo de teoría que no encuadra ni en la positiva ni en la negativa, es

la teoría neutra a la que son afectos los juristas (Kelsen, Weber), es decir, las teorías formales o formalistas consistentes en justificar la existencia del Estado cuando se tiene el monopolio de la fuerza legítima, excluyendo su uso por otro ente que no sea el Estado y por ello sería llamada ilegítima.

Por último, asegura Bobbio (1997a), los marxistas (y Engels) les importa determinar la fuerza a “quien sirve”, a la clase dominante, y “a qué cosa” sirve, a mantener el dominio.

8.6.5 Otras teorías políticas

Según Fernández (1997), Bobbio realiza una comparación de las concepciones marxistas con las formuladas por otros autores juzgados por él como clásicos del pensamiento político, al estilo de Platón y Hegel. Indica que para Marx el Estado no es el reino de la razón, sino de la fuerza; prima el interés particular sobre el bien común; no prevalece el bienestar de todos sino de los detentadores del poder; no es la salida de ese estado de naturaleza sino su continuación bajo otra forma: la salida de ese estado de naturaleza coincidirá con el fin del Estado, con su extinción, con su desaparición; su negación hace parte del pensamiento filosófico que prevé un devenir histórico que se mueve del Estado hacia el no-estado, quizás por ello la tendencia a considerar todo Estado como una dictadura y a considerar importante sólo quién gobierna (burguesía o proletariado) y no el cómo lo hace o cómo gobierna.

Por otra parte, si bien es cierto Marx no elaboró una teoría de las formas de gobierno, ausencia lamentable para sus seguidores según Bobbio, citado a su vez Fernández (1997), sí planteó la distinción de dos de sus formas como son el Estado representativo y el bonapartismo como dominio de una misma clase, la burguesía. Consecuente con la idea inexorable de la desaparición del Estado de parte de los marxistas, Bobbio destaca la creencia de los autores decimonónicos (anarquistas, socialistas utópicos, primeros positivistas con Saint Simón a los últimos como Spencer) consistente en que el progreso histórico atenuaría el poder político (como fuerza) y por el desplazamiento de la sociedad civil al Estado, conduciría a su desaparición.

Por ello, de acuerdo con Fernández (1997), se identifica esta postura antiestatista, con las teorías pacifistas decimonónicas alentadas por dichos pensadores. Sin embargo, el desmentido de estas previsiones lo constituyen los totalitarismos, las dos guerras mundiales, la guerra fría del siglo XX y las exportadas guerras norteamericanas en Afganistán,

Irak y el listado de amenazas e intimidaciones a los países que ignoren sus credos y sus políticas de control del universo.

En conclusión, la interpretación de las concepciones marxistas realizada por Bobbio, se pueden condesar en los siguientes puntos según Ruíz (2000): Una concepción negativa del Estado; el paso del estado burgués al Estado proletario; el Estado de transición o dictadura del proletariado y, finalmente, la extinción del Estado que se produce por la eliminación de las clases sociales en el Estado de transición. Bobbio sostiene de todas maneras la inexistencia de una teoría sistemática marxista sobre el Estado y sólo las conclusiones a que arriba son producto de su interpretación de las concepciones marxistas. Las causas de dicha carencia se sintetizan de la siguiente manera: “a) la preocupación por la conquista del poder (quien gobierna) y no por su ejercicio (cómo se gobierna); b) la <ilusión> de la extinción del Estado; c) y el abuso del principio de autoridad, por el que cuando los hechos contrastan con la teoría se tiende a dar una nueva interpretación de la teoría y no de los hechos” (Ruiz, 2000, p. 45).

Bobbio (citado por Fernández, 1997) agrupa las distintas teorías políticas sobre el Estado desde una mirada marxista en idealistas y realistas, incluyendo dentro de las realistas las racionalistas e historicistas, para realizar finalmente la distinción entre unas y otras en los términos siguientes:

8.6.5.1 *Idealistas*

Se refieren al Estado óptimo, al Estado ideal. No sólo contienen las doctrinas utópicas, sino las de gobierno mixto (la combinación o síntesis de las formas históricas), comprendiendo también dentro de este concepto la forma de Estado idealizado en la antigüedad como Atenas, Esparta, Roma, o modernamente la República de Venecia o la monarquía Inglesa o, contemporáneamente, por la Unión Soviética como Estado-guía.

8.6.5.2 *Realistas*

Se refieren a quienes consideran el Estado en su verdad efectiva, como el lugar donde se configuran relaciones políticas (como relaciones de dominio), desde Maquiavelo, pasando por Spinoza, hasta Hegel con su lapidaria y cáustica frase sintetizando la crítica a las teorías idealistas: “*búsqueda de un más allá que solo Dios sabe dónde esté*”. Las teorías realistas desprecian las idealistas por su carácter utópico, por cuanto sólo tienen cabida en la imaginación, en un mundo de quimeras y de poesía. Dentro de las teorías realistas se ubica el pensamiento Marxista pero no en el momento utópico propio de las teorías idealistas, sino en el sentido de la negación, de la desaparición del Estado, del no-Estado. Como que-

dó consignado precedentemente, esta idea llegó a avivarse además de los socialistas, por los anarquistas, por los positivistas, pacifistas y, en fin, por los antiestatistas del siglo XIX. En el marco de las teorías realistas, se ubican las teorías racionalistas e historicistas del Estado como seguidamente se relacionan.

a. Teorías racionalistas:

Buscan la justificación o el fundamento racional del Estado, por eso se preguntan ¿Por qué existe el Estado?; contrastan el estado de naturaleza antisocial con el estado (sociedad) civil como un cuerpo artificial. A este modelo lo ha denominado Bobbio iusnaturalista o hobbesiano, por cuanto su inspirador es Tomás Hobbes. La doctrina iusnaturalista parte de la concepción del hombre como ser naturalmente antisocial. Para salir de allí el hombre en un ejercicio racional opta por el Estado, donde realiza su propia naturaleza como ser racional. El Estado racional o Estado razón se identifica con el llamado Estado-potencia, pues es el monopolio de la fuerza legítima (según Weber), de ser el caso, lo que garantiza la convivencia social. Tienen entonces las teorías racionalistas su fuente en la voluntad de los individuos con el propósito de pactar artificialmente el Estado, rechazando su nacimiento como producto de la naturaleza, permitiendo, finalmente, las teorías racionalistas ubicar desde dicha perspectiva las llamadas teorías contractualistas o pactistas del Estado.

Por su parte Looke, asegura que sólo en la sociedad civil se cumplen las leyes naturales que son las leyes de la razón. Así mismo, para Kant la salida del Estado de naturaleza no es calculada, es un deber moral, el cual garantiza las condiciones de libertad.

Esta idea llega a Hegel (a pesar de su antiiusnaturalismo) cuando define al Estado como “racional en sí y por sí”, siendo también Estado – potencia y, por ello, solo en el Estado el hombre tiene una existencia racional.

En “Sociedad y Estado en la filosofía moderna” de Bobbio y Bovero (1997), la idea recurrente del pensamiento del primero sobre las formas de gobierno encuentra en la doctrina iusnaturalista terreno abonado para su reflexión. Según el autor Turinés, para los pensadores iusnaturalistas el problema de las formas buenas de gobierno podría tener la siguiente configuración si nos atenemos a las preferencias de los mismos: La monarquía para Hobbes; la democracia

para Spinoza y Rousseau, y la monarquía Constitucional y representativa para Locke y Kant. Desde la óptica de la ideología política la configuración sería la siguiente: Conservador Hobbes, liberal para Spinoza, Locke y Kant y, finalmente, revolucionario para Rousseau. Esta perspectiva ideológica se determina según el “valor primario al que ella sirve”, es decir, el propósito original que la sustenta será el orden, la paz social, la seguridad, la libertad individual vinculada a la propiedad, la igualdad social que no se realiza en la libertad individual sino en la libertad colectiva.

Continuando con el mismo texto “Sociedad y Estado en la filosofía moderna” de Bobbio y Bovero (1997), Bobbio continúa afirmando que todas las teorías políticas inscritas en el iusnaturalismo tienen un rasgo común, cual es la de construir una teoría racional del Estado. En este proyecto lo fundamental es el Estado y con él el derecho público en general el cual, para entonces, era el aspecto menos tratado teóricamente. Así, por ejemplo, Pufendorf tiene el mérito de despojar la teoría del Estado de todo fundamento religioso (también lo había planteado Grocio), de esta forma la teoría del Estado racional avanza paralelamente con “la secularización de la autoridad política”, pues las pasiones, los instintos, los intereses que involucran socialmente al hombre se contraen a esa naturaleza humana y son ellas las que originan el Estado (como creación humana) y no como las teorías tradicionales que referían la creación de la sociedad humana a un origen teológico. La teoría del Estado no es el “remedium peccati”, sino el remedio a las pasiones y afectos como sentimientos humanos, según Hobbes y Spinoza. Con Locke, los economistas y Kant, los intereses reemplazan las pasiones y los criterios de utilidad se ponen a la orden del día.

Así mismo, la supremacía del Estado queda entonces evidenciada: Fuera del Estado la guerra, el aislamiento, las pasiones, dentro del Estado la razón, la paz, la seguridad, la riqueza (según Hobbes; sólo en el Estado, se impone la razón como ley que garantiza la conservación, la verdadera “utilidad”, sobrevivir racionalmente, lo que no se consigue ni en el Estado de naturaleza donde prevalecen las pasiones y la religión nada puede hacer; por eso el Estado irracional es impotente y “un Estado impotente ya no es Estado”) (de acuerdo con Spinoza; “las leyes naturales son las mismas leyes de la razón; pero para observar las leyes de la razón son necesarios los seres racionales”, estas condiciones existen en la sociedad civil no en el estado de naturaleza) (conforme lo expresa Locke; la sali-

da del Estado de naturaleza es un deber moral, no una regla de prudencia: “si quieres la paz entra en el estado civil”, no un imperativo hipotético sino un imperativo categórico, un mandato de la razón práctica, un deber moral, el individuo es libre si entra en el derecho, el derecho privado-natural es sometido al derecho público-positivo, el ideal de la humanidad va de la libertad salvaje del Estado de naturaleza a la libertad frenada de la sociedad civil) de acuerdo Kant.

Por otra parte, y siguiendo el mismo texto “Sociedad y Estado en la filosofía moderna” de Bobbio y Bovero (1997), se afirma que Hegel define el Estado como lo “racional en sí y por sí” y agrega que “sólo en el Estado el hombre tiene una existencia racional”. Finalmente, la racionalidad del Estado se consagra a través del acto denominado ley, es, entonces, el derecho el presupuesto absoluto del Estado, por ello el Estado es autónomo, es soberano, por ello el proceso de racionalización del Estado es ante todo la reducción de la forma de derecho a derecho estatal, al poder legal-racional el cual alude a la laicización del Estado y a la subordinación del príncipe a las leyes naturales que son las leyes de la razón, en fin a la primacía de la ley sobre la costumbre que es lo tradicional (según Max Weber).

b. Teorías Historicistas:

Los historicistas se plantean el interrogante: ¿Cómo nació el Estado?, es decir, el problema es el origen histórico del Estado desde las organizaciones primitivas preestatales como la familia, la tribu, el clan que evolucionan hasta el modelo de sociedad organizada llamada Estado. A este modelo lo denomina Bobbio (2003), Aristotélico, pues ha quedado formulado claramente desde “la Política”, el cual considera al hombre como “animal político”.

Bobbio (citado por Fernández, 1997) describe la afinidad en Aristóteles cuando describe el nacimiento de la polis, a partir de la familia y de la aldea como unión de familias, con los escritos de Marx, cuando éste afirma que el hombre es un ser social, un *zoon politikón*, que se aísla únicamente en sociedad, para concluir cómo en ambos pensadores se evidencia una oposición a las teorías iusnaturalistas hobbesianas, guardando desde luego las distancias temporales. Por ello el estado de naturaleza no se agota en el Estado sino que se prolonga en la forma de conflicto permanente entre las clases sociales, que se mantienen por la fuerza. La salida del estado de naturaleza no será el Estado sino su fin, la sociedad futu-

ra sin Estado. La teoría marxista también se ubica, entonces, dentro de las teorías historicistas por cuanto es antiindividualista y anticontractualista.

Antes de Marx, Rousseau (citado por Fernández, 1997), señalaba que el Estado histórico, no el ideal del contrato social, emerge de la violencia y el engaño, inscribiéndose Rousseau en esa visión pesimista del Estado. Igualmente, las construcciones negativas del Estado sintetizadas en el Estado como un mal necesario para reprimir la maldad del hombre, llamada Agustiniana, o “terrorista”, fue planteada por Isidoro de Sevilla y retomada con vehemencia por Martín Lutero, cuando indicaba que Dios había impuesto además del reino divino el de la espada para contener la maldad del individuo, amarrándolo y encerrándolo como las bestias salvajes para que no puedan morder.

El Estado de naturaleza es el anticipo de la “sociedad civil” que es la sociedad de la libre competencia, el lugar donde nace la burguesía como clase, por eso las teorías individualistas y contractualistas lo que hacen es una reconstrucción artificial de la realidad histórica. El contexto Marxiano está relacionado, entonces, a una discusión desde la óptica de la economía política.

8.7 El Estado moderno. El Estado de derecho.

Según Héller (2004), el Estado moderno nace a partir de la consideración de un grupo de hombres que se tornan sedentarios y que al cabo reconociendo el espacio donde están asentados, precisan de la unidad de acción para defender esa porción geográfica, lo cual constituye un origen del Estado de tipo cultural y natural, un énfasis en lo territorial, en “la demarcación espacial”, lo cual llevó a Maquiavelo a bautizarlo con el nombre de Estado. Este tipo de Estado fue desconocido en la Antigüedad y en la edad media, por cuanto el desarrollo mercantil y de intercambio fue determinante:

Una organización comparable al *status* político actual solo podía desarrollarse entonces en aquellos lugares donde, como consecuencia de los mercados, se concentraban en un breve espacio división de trabajo e intercambio, a saber, en las ciudades. Por esta razón también, encontramos los inicios del estado moderno en aquellas ciudades donde se dan, al grado máximo de desarrollo, el trabajo y el intercambio, es decir, en las ciudades-repúblicas del norte de Ita-

lia (Heller, 2004, p. 234).

Dos hechos, según Vila (2007), permiten la paulatina configuración del Estado moderno: En primer lugar, la concentración del poder (lo que se traduciría en la dependencia del rey para la defensa de los dominios feudales y feudatarios, que gozaban de relativa autonomía económica, para aportar sus caballeros, vasallos y siervos al ejército, imponiendo la necesidad de un único ejército y, como consecuencia, la necesidad del régimen impositivo para atender los requerimientos del reino, facilitando a su vez, el nacimiento de la burocracia, es decir, una red de funcionarios con funciones administrativas y económicas-recaudadores- conformando todo un sistema de poder centralizado) y, por otra parte, la sistemática sustitución del régimen feudal por el capitalista (nacido en sus propias entrañas con los comerciantes, convertidos luego en la clase dominante como burguesía y que llevó en Francia al abate SITYES a preguntarse: ¿Qué es el tercer Estado? (burguesía): nada, ¿Qué está llamado a ser? Todo).

Con Vila (2007), es posible convenir, de forma resumida, como elementos facilitadores en la aparición del Estado moderno los siguientes:

- a. La fuerza unificadora de la Iglesia, a pesar de la constante tensión entre su poder (papa-religioso) y el sacro imperio Romano Germánico (emperador-secular). Sin embargo, la Iglesia como religión universal monoteísta, unificada y organizada (recuérdese que tenía un sistema organizado y ordenado de jerarquías para su administración, elección, etc., a través de las denominadas “Constituciones”), logró extenderse e imponer su dominio en Europa ante la dispersión del poder temporal.
- b. El aparato militar y la burocracia, aspecto comentado renglones atrás, adicionando un hecho contundente: La aprobación e imposición de la carga tributaria a todos los estamentos, confiriendo un criterio de unidad.
- c. Los factores económicos y la codificación jurídica, unidos a la evidencia de la centralización del poder político y el simultáneo desarrollo de la producción capitalista, justificaron la alianza, en un primer momento, entre la monarquía y la naciente burguesía contra la forma de producción feudal. Así mismo, el sinnúmero de ordenamientos jurídicos, generador de inseguridad jurídica, fue superado paulatinamente, logrando su unificación utilizando como referente el Derecho Romano; de esta manera se sustituyó el ejer-

cicio del poder como dominio del más fuerte por un reconocimiento del ejercicio legítimo de la fuerza sólo dentro del Estado (de acuerdo con Max Weber), como condición del Estado moderno.

El Estado moderno corresponde, entonces, al Estado de derecho el cual puede definirse desde visiones restringidas o amplias, según incorpore el reconocimiento y defensa de derechos. Es más, algunos autores defienden la idea del Estado de derecho condicionada a la existencia y garantía de los derechos fundamentales, lo cual implica el desconocimiento de un Estado de derecho sino se protegen eficazmente los derechos sociales, premisas que conllevan evidentes riesgos pues no se puede confinar la existencia, por ejemplo, de los derechos fundamentales a su eficacia pues se tornarían inocuos, lo que, desde luego, no oculta la complejidad de los derechos sociales originada en los costos y las dificultades de escasez de recursos en países como Colombia que, no obstante, ha determinado por el Tribunal Constitucional que dichos derechos sociales son de desarrollo progresivo, imponiendo a los demás poderes el deber de no retroceder en las reivindicaciones conquistadas. Estos planteamientos se reconocen en autores como Ansuátegui (2007), quien además propone una definición de Estado de derecho o, por lo menos, un núcleo conceptual con unos contenidos mínimos que lo identifiquen:

Posiblemente, la idea de imperio de la ley, en el sentido de sometimiento de los Poderes públicos (y de los particulares) al Derecho, la idea del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres constituye ese núcleo, al que habría que añadir, en función de las concepciones que se mantengan al respecto, la garantía de un sistema de derechos (p.39).

Coherente con los comentarios precedentes, la definición de Estado de derecho nos sitúa en la necesidad de identificar sus rasgos y los modelos de Estado susceptibles de dicha conceptualización. En cuanto a los modelos de Estado de derecho consecuente con la dimensión sustancial identificada con la protección y garantía de los derechos fundamentales atrás referida, el propio Ansuátegui (2007) apelando al pensamiento del autor Elías Díaz, señala cuatro rasgos del Estado de derecho, a propósito reconocidos por un amplio sector de la doctrina: imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la administración y derechos y libertades fundamentales. Compatible con estas características se admiten tres tipos de Estado de derecho, esencialmente históricos: el liberal (el primero históricamente hablando), el social (complemento del liberal, sin excluirlo) y el democrático (una meta a alcanzar, de acuerdo con Elías Díaz), a los que

con independencia de los otros tres rasgos, corresponden derechos liberales o de autonomía, derechos sociales o prestacionales y derechos ciudadanos o de participación política. Atendiendo la antedicha descripción, seguidamente se aborda el Estado de derecho según los tipos históricos referidos, a los cuales corresponden también la relación de derechos aludidos.

8.7.1 Del Estado liberal de derecho

El Estado liberal de derecho surge a partir de los procesos revolucionarios de Inglaterra, Norteamérica y Francia, constituye, en consecuencia, una reacción al Estado absoluto, a la forma de Estado medieval y a la influencia de la Iglesia en los asuntos públicos. Su aparición se da en Europa y se consolida en los siglos XVIII y XIX. El fundamento ideológico encuentra su inspiración en las teorías de Bodino y Hobbes, acerca de la soberanía con sus rasgos peculiares como son lo absoluto, originario e indelegable de la misma como antecedente del moderno concepto de soberanía popular proclamado por Rousseau; en las teorías pactistas o contractualistas del poder de Hobbes, John Locke, Montesquieu y Rousseau. El Estado de derecho no lo es por el simple hecho de estar presidido por normas, sino que supone una limitación del poder del Estado por ese derecho y una subordinación a la ley de parte de la organización de los poderes dentro del Estado.

En el texto “Justicia Constitucional”, cuyo coordinador académico es Ricardo Sanín (2006), el autor colombiano Carlos Bernal, enseña algunos de los elementos comunes del Estado liberal, los cuales coinciden con buena parte de la doctrina y que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a. La limitación del poder. La cual supone la no intromisión en la esfera de los particulares, a efectos de garantizar el ejercicio de la libertad individual, conocida por lo mismo como una libertad negativa.
- b. La igualdad en un sentido formal. El Estado liberal proclama la igualdad de todos los individuos ante la ley, pero sin que ésta se encargue de materializar los derechos de las personas para que sean verdaderamente iguales.
- c. La democracia representativa. Diferente a la democracia de los antiguos, permite a los ciudadanos elegir a través del voto a los mandatarios para que se conviertan en los representantes de su voluntad.

- d. El modo de producción capitalista. El fundamento de este tipo de Estado, lo constituyen la consagración de las libertades económicas y la sacralización del derecho de propiedad.
- e. La promoción y reconocimiento de derechos civiles. Esta clase de derechos históricamente se reconocen como derechos de primera generación.
- f. Principio de separación de poderes. Teoría formulada por Montesquieu, donde se destaca la distribución de los poderes dentro del Estado con precisión de funciones para cada uno de ellos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
- g. Principio de legalidad. Supone el sometimiento de las autoridades y no sólo de los individuos a la ley, bajo el entendido, en otro apartado comentado, que la Administración actúa de conformidad con leyes de autorización, lo cual conducía a la siguiente conclusión: lo que no está autorizado para la Administración le está vedado, mientras para los individuos lo que no estaba prohibido les estaba permitido como esencia del pensamiento liberal.
- h. El imperio de la ley. Era la norma superior de los sistemas jurídicos y su majestad se fundamentaba en la circunstancia de ser la expresión de la voluntad general, cuyo depositario era el legislador.

En síntesis,

El Estado Liberal de Derecho es el modelo de estado de derecho que resulta del contexto socio-económico e ideológico del liberalismo clásico. Es el primer tipo de Estado de derecho e históricamente nace con la Revolución francesa y llega hasta la primera guerra mundial. Es el resultado de la lucha contra el absolutismo y la concentración del poder en unas solas manos, así como el rechazo de la fundamentación del poder en el derecho divino o el contrato de sumisión que, según Hobbes, establece el Leviatán en el contrato social cuando se pasa del estado de naturaleza a la sociedad civil. La sociedad civil es la única titular del poder soberano.

Sus objetivos son: 1. la defensa de la libertad de los ciudadanos frente al Estado a través del reconocimiento de zonas libres de cualquier intromisión estatal. 2. Acabar con la arbitrariedad del poder y de los gobernantes; 3. Asegurar los derechos y libertades del ciudadano. La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de

1789 muestra claramente estos objetivos (especialmente, artículos 3, 6 y 16) (Añón y García, 2004, p. 19).

Ahora bien, los principios del Estado de derecho liberal, como se ha expresado de manera general anteriormente, tienen el siguiente significado:

- a. *El imperio de la ley*: La ley es la expresión de la voluntad general, emanada de un órgano representativo de esa voluntad, por lo menos teóricamente es esa su justificación, por cuanto realmente para la integración del poder representativo opera un voto censitario, por lo menos en un primer momento, donde están excluidas las mujeres y los no propietarios. No obstante, la soberanía de la ley como norma general y abstracta, es la manifestación de ese querer popular que, a través del órgano representativo, de forma racional reconoce la existencia de derechos y libertades de los individuos.
- b. *La ley como garantía de los derechos y libertades del individuo*: La libertad es el eje central del pensamiento liberal-burgués, es una libertad negativa por cuanto el Estado debe abstenerse de interferir la esfera de los particulares, el Estado sólo hace presencia para la protección y garantía de esas libertades. Los derechos reconocidos por la ideología burguesa son la libertad, la seguridad, la propiedad, libertad de pensamiento, de conciencia y de expresión, igualdad ante la ley, pero ni siquiera se admite el derecho de asociación.

La garantía de estos derechos se reduce a la reserva de ley. Por ello, aun cuando están contenidos en una constitución, esta sólo opera jurídicamente como simple directiva no vinculante. La realización y la protección de los derechos corresponde incondicionalmente al legislador (...) el control de legalidad de los derechos y la auténtica constitución jurídicamente operante no es la *Declaración de Derechos* sino el Código Civil. El principio que funciona es el de la libertad mientras la ley no regule" (Añón y García, 2004, p. 20).

- c. *Principio de división de los poderes*: Este principio es creación de Montesquieu, quien fundamentado en Locke, consagró la separación de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial. La división pretende la no intromisión de un poder en los asuntos del otro, un detener el poder con el poder, la distribución de las funciones comprende una supremacía del legislativo por aquello de la primacía de la ley, rasgo fundamental de la concepción estatalista formal; mien-

tras tanto al ejecutivo le corresponde la aplicación de la ley, lo cual significa que en todas sus actuaciones está sujeta al principio de legalidad, a lo que diga el derecho, es decir, todo lo que no le está permitido está prohibido, contrario a lo sucedido con los particulares, pues todo lo que no está prohibido les está permitido, finalmente, al poder judicial le corresponde la aplicación de la ley al caso concreto, juzgar en todo caso y la independencia judicial está subordinada a la ley.

8.7.2 Del Estado social de derecho

El Estado social de Derecho responde históricamente a los aportes dispensados desde orillas distintas, tanto ideológicamente como políticamente, por las cuatro grandes revoluciones del mundo moderno: inglesa, norteamericana y francesa, conocidas como revoluciones burguesas y, la rusa, conocida como la revolución socialista. Es, en consecuencia, desde finales del siglo XIX y comienzos del XX, como se ha expresado en otros apartes, cuando se empieza a hablar del Estado social de derecho y, probablemente, a quien se debe la influencia en el uso del término es a Héller (2004), a la expansión de su pensamiento en tiempos de la llamada República de Weimar. Así las cosas, el Estado social de derecho organiza su objeto a partir de las estructuras de poder del Estado liberal, Estado social y Estado democrático, sin desconocerlos individualmente sino como complemento y corolario de los mismos.

Héller (2004) estaba persuadido de la importancia en la sociedad moderna del Estado democrático y del Estado de derecho como relaciones de poder, de la importancia de su complemento. Héller, entonces, no considera, por ello, que en el Estado socialista desaparezca el Estado, sino que es el instrumento para realizar la reforma democrático-social. Tampoco desestima la existencia del Estado liberal, pues éste hace tan sólo el tránsito al Estado social o, como asegura un sector de la doctrina, si bien es cierto el Estado social tiene su origen en el Estado liberal, termina integrándose con él, para concluir: “De tal suerte, el Estado social encierra en sí mismo la prohibición y la obligación de intervención de la esfera pública en el ámbito social” (Osuna, 1995, p. 17), superando la contradicción de sendos propósitos. En consecuencia, el Estado social no excluye sino que integra dinámicamente en una instancia superior al Estado liberal y al Estado democrático con el estado social.

Una breve reseña evoca los detalles de su advenimiento: Las profundas contradicciones surgidas en el seno del liberalismo burgués, las enormes desigualdades promovidas por un capitalismo “salvaje” en pleno auge de

la sociedad industrial, trajeron la primera gran crisis del modelo individualista liberal, cuestionado severamente desde distintos frentes ideológicos: la doctrina social de la Iglesia, los partidos socialistas Europeos y los propios dirigentes progresistas de los partidos burgueses, conscientes como estaban del incontenible ascenso del descontento obrero que presagiaba el levantamiento social generalizado.

Ya en otro apartado, se ha establecido la distinción entre el Estado de Bienestar, como respuesta a la crisis del modelo capitalista y, por ello, su carácter coyuntural, y, de otro lado, el Estado Social de derecho, como una valoración ética de la sociedad que impone la realización de condiciones materiales de vida para todos los individuos no como respuesta a los sobresaltos de la propuesta liberal, sino como compromiso ineludible de alcanzar la realización de la justicia, la solidaridad y la dignidad del ser humano en las sociedades contemporáneas.

Deben, así mismo, como antesala de la crisis, mencionarse las revoluciones acaecidas en Europa después de 1848 vinculadas al proceso de industrialización, a la acumulación de capital, generando sensibles tensiones sociales, igualmente, deben reconocerse las políticas sociales de aseguramiento, como originales respuestas a la degradación social vivida, impulsadas por el canciller Otto Von Bismark, en las postrimerías del siglo XIX, en Alemania, así como los antecedentes de la Constitución de México de 1917 y de la República de Weimar de 1919, en la medida que fueron incorporando y reconociendo derechos económicos, sociales y culturales como antecedentes inmediatos del Estado social de derecho.

Este proceso de expansión de los derechos en sus diversas fases (los derechos civiles, libertad e igualdad ante la ley, propios del siglo XVIII; los derechos políticos, participación popular en la conformación y ejercicio del poder político, propios del siglo XIX y los derechos sociales, mínimo de bienestar económico y de seguridad para todos los individuos, propios del siglo XX), más allá de su clasificación histórica, se consolida y concede su mejor caracterización a lo que contemporáneamente conocemos como Estado social de derecho en la plenitud del siglo XX, una vez cerrado el capítulo nefasto de la segunda guerra mundial. Respecto a estos derechos propios del Estado social de derecho, son llamados por algunos como derechos de segunda generación o, por otros, como de tercera generación, no tanto por su contenido sino por su referencia histórica.

Sin embargo, el Estado social, de acuerdo con Marx, Lasalle y Berstein, destaca en la concepción de sus derechos con contenido social, la pro-

moción de una igualdad material y no formal, en el sentido de procurar la satisfacción de necesidades mínimas, exigiendo del Estado su intervención para contrarrestar las desigualdades existentes. Los estándares de calidad mínima se predicen en el desarrollo de programas políticos, económicos y sociales en la vivienda, salud, educación y servicios públicos básicos. Este tipo de derechos se denominan derechos económicos, es decir, derechos que demandan del Estado una prestación, por ello llamados también prestaciones o de segunda generación.

En el texto “Justicia Constitucional”, cuyo coordinador académico es Ricardo Sanín (2006), el autor colombiano Carlos Bernal, recuerda que todo lo anterior demanda una estructura económica no exenta de tensiones, implicando determinados comportamientos no sólo dentro de los poderes públicos (el privilegio de la inversión o el gasto público social, el suministro de servicios públicos de primera necesidad, la función social que debe cumplir la propiedad, el control de la inflación, la redistribución del ingreso), donde el operador jurídico juega un rol determinante en la procura real y material de dichos derechos, sino también el ciudadano que empoderado de los mecanismos Constitucionales, como en el caso de Colombia, la tutela, la acciones de cumplimiento, populares y de grupo, contribuye a la materialización de dichos derechos.

Ahora bien, el proceso de internacionalización de los derechos sociales, impulsado desde el compromiso de los propios Estados y las resoluciones de los distintos organismos que los agrupan, ha facilitado su reconocimiento por la mayoría de países. Un breve paréntesis, permite destacar el advenimiento de dichos derechos en Colombia, uno de los últimos países en Latinoamérica en ingresar a esta dinámica de los derechos sociales, como consecuencia del Estado Social de derecho, pilar de la Constitución de 1991. La propia Corte Constitucional Colombiana en diversas jurisprudencias, ha precisado su origen y, en general, los alcances del Estado Social de Derecho, reconociendo la confluencia en éste de varios Estados: El Liberal, el social y el democrático. Ha dicho la Corte:

- “1. Lo primero que debe ser advertido es que el término <social>, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.
2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización

sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado de bienestar (<welfare state>, <stato del benessere>, <L'Etat Providence>) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

- a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).
- b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.
3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social

⁹ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

de derecho”.⁹

8.7.3 Del Estado Constitucional democrático

Desde la óptica de Rousseau, Montesquieu y Diderot, citados en el texto “Justicia Constitucional”, cuyo coordinador académico es Ricardo Sanín (2006), el autor colombiano Carlos Bernal, manifiesta que el Estado democrático se distingue por enfatizar en la igualdad como derecho a acceder, elegir y tomar decisiones en la conformación del poder político. La fórmula diseñada para respetar las decisiones adoptadas es la de la mayoría, dentro del marco de la democracia representativa y participativa. Estas normas procesales encuentran expresión en los textos Constitucionales de los Estados que han adoptado dicha forma de gobierno, de acuerdo con la denominación dada por Bobbio. Colombia al consagrar en la carta de 1991, en los arts. 113 y 133, las ramas del poder público les ha ordenado a sus miembros, elegidos directamente por el pueblo y en su condición de representantes del mismo, actuar consultando la justicia y el bien común.

9. DERECHOS HUMANOS

Consideración aparte merece la consagración y evolución de los derechos humanos a partir del nacimiento del Estado liberal. No obstante, debe reconocerse la fuente de los derechos humanos en el derecho natural propio de la Antigüedad clásica, tanto en el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles, como en el de escuelas tan notables como la de los estoicos.

Pero es a partir del renacimiento con el humanismo como movimiento intelectual cuando se empiezan a agitar los modernos derechos humanos. El periodo que corre entre los siglos XVI y XVII, constituye la época de florecimiento de los mismos. Los iusnaturalistas contractualistas y racionalistas, la propia reforma protestante, contribuyen a dar forma a los derechos humanos, cuando autores como Locke, Spinoza conciben el primer liberalismo, al lado de Rousseau, Condorcet y Kant que le dispensan esa carga intelectual e ideológica, para desembocar en las cartas de derechos de las revoluciones del siglo XVIII, la Norteamericana de 1776 y la Francesa de 1789. La filosofía de la tolerancia y la creciente limitación al poder político y eclesiástico, obtienen sus frutos en las revoluciones burguesas. Los derechos humanos constituyen el eje central del pensamiento liberal, indicando, de acuerdo con Bobbio, que el asunto no se reduce exclusivamente tanto a su justificación como a su protección, no es en últimas, un problema filosófico sino político. La justificación ideológica de los derechos humanos se apoya en la teoría del derecho natural como doctrina que postula su existencia con anterioridad a la interven-

ción positivizada de la voluntad del legislador o la intervención del hombre. Dichos principios desde la mirada del derecho natural se reputan como inmutables, imprescriptibles y universales. Independientemente de la dicotomía derecho natural-derecho positivo, es importante dedicar un espacio al proceso histórico vivido por los derechos humanos a partir de la aparición de la sociedad individualista hasta su reconocimiento definitivo por los Estados modernos.

Las denominadas generaciones de derechos humanos pueden coincidir con los distintos estadios del ideario liberal después de las revoluciones burguesas. Así pues, la primera generación de derechos corresponde al siglo XVIII y surgen como una limitación al poder de la autoridad en el sentido de no interferir los asuntos particulares o para hacerlo con ciertas condiciones. Son los derechos civiles, personales o de autonomía como la inviolabilidad de domicilio, la prohibición de las detenciones arbitrarias, la prohibición impositiva sin contar con la autorización del Parlamento, la libertad de conciencia, de expresión, derecho a la vida.

Los derechos liberales son en realidad los derechos burgueses, tienen un carácter restrictivo, pues el movimiento liberal es, a pesar de todo, conservador, quedando en evidencia sus profundas contradicciones entre sus proclamas y la realidad. Se suele, por ello, distinguir entre el catálogo de derechos humanos y los derechos ciudadanos, estos últimos son

...gozados en su plenitud por el hombre-ciudadano, identificado en esa época con el varón, blanco y propietario. J. Locke, I. Kant y Benjamín Constant representarán perfectamente la síntesis liberal de esta concepción estanca y excluyente de los derechos del ciudadano para los que sólo pueden aducir la condición de hombre, de persona, diferente e inferior, no sólo en la realidad sino también en la teoría, de la de individuo ciudadano, agente económico y agente político (Añon y García, 2004, p. 17).

La ciudadanía es la de la burguesía (varones, blancos, burgueses, capacidad económica), están excluidas las mujeres, los no propietarios y los extranjeros, se trata de una ciudadanía limitada, pues su ejercicio a través del voto es también restringido, es el denominado voto "censitario". La ideología liberal, impulsada por la nueva clase burguesa, estimula la mercantilización de la sociedad y, con ella, surge el capitalismo; para conseguir su empeño consolida su vocación secular, combate las cerradas estructuras medievales, así como el primer Estado moderno (Estado absoluto), propugna por la concentración del poder en manos del Estado,

hasta consumir sus ideales en las revoluciones Inglesa, Norteamericana y Francesa.

La segunda generación de derechos, llamados políticos o de participación, surge como propósito del individuo de participar en la conformación o gestación y ejercicio del poder político. No olvidar, sin embargo, que para otros la segunda generación incluye los derechos económicos, sociales y culturales. Corresponden a esta generación el derecho al sufragio, de elegir y ser elegido a cargos de representación popular, son los llamados derechos de ciudadanía o de igualdad política. Son de alguna forma, una respuesta a esa primera generación que como se explicó era en lo atinente a los derechos ciudadanos profundamente excluyente.

La tercera generación de derechos es la llamada generación de derechos económicos, sociales y culturales o derechos de promoción. Son derechos de carácter prestacional pues buscan su reconocimiento a través de la inversión del Estado en la satisfacción de necesidades básicas en condiciones de igualdad para los individuos. No es la limitación del poder ni el propósito de intervenir en la conformación del poder de las dos precedentes generaciones de derechos, cuyo fundamento es la libertad (aunque los de la segunda generación también constituyen una demanda de democracia), sino la exigencia al Estado de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas. A esta categoría pertenecen los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la previsión o asistencia social.

A las dos primeras generaciones, corresponde el llamado Estado liberal, a la tercera generación se le conoce como la del Estado social, no significando la exclusión del primero sino más un complemento o fase superior para evitar la tensión ideológica de los fundamentos de ambos Estados: la libertad y la igualdad. Aunque no de forma absoluta, es posible destacar algunos rasgos de los derechos económicos, sociales y culturales que los distinguen de los derechos civiles, personales y políticos de la primera hora de las revoluciones:

a. Los derechos sociales como prestaciones

Los derechos sociales son expectativas que demandan acciones positivas, de hacer o de dar, del Estado o de los poderes públicos para su concreción o su realización (aunque, bueno es admitirlo, a la larga todos los derechos fundamentales exigen en un momento dado, acciones positivas del Estado y son, en algún sentido, prestacionales), mientras tanto los derechos individuales y los derechos políticos, exigen del Estado o de los demás sujetos absten-

ciones o comportamientos omisivos, en otros términos, acciones negativas, de no interferencia (de no hacer, de no dar: no censurar, no violar el domicilio), aunque bueno es aceptarlo también, es difícil no encontrar de parte del Estado el despliegue de acciones conducentes a garantizar, por ejemplo, los derechos individuales (libertad de conciencia, libertad de expresión).

b. Los sujetos de los derechos sociales

El sujeto de los derechos civiles y políticos es un sujeto abstracto, racional, dado el carácter formal del pensamiento liberal que buscaba asegurar la entronización del nuevo modelo burgués, o sea, correspondía a todos los hombres en general, tenía un componente universal de acuerdo con un sector de la doctrina. Mientras tanto los derechos sociales se atribuyen al sujeto histórico, contextualizado, concreto, determinado por las realidades sociales, económicas y culturales (el trabajador, el pensionado, el niño, la mujer), es el denominado proceso de especificación según Bobbio.

Es importante hacer una precisión acerca del componente de la universalización de los derechos: Inicialmente no se predica la universalización de los derechos sociales por cuanto son determinados grupos o sectores de la sociedad los que requieren la acción Estatal para corregir las desigualdades imperantes, es decir, para procurar el equilibrio: “Intuitivamente, todos los sujetos tienen un derecho (universal) a la integridad física, mientras que sólo determinados sujetos específicos (por ejemplo, los jubilados) tiene un derecho a beneficiarse de algún sistema de mantenimiento de ingresos llegado el momento de la vejez” (Añon y García, 2004, p. 64). Lo dicho anteriormente, no significa el deber de protección a todos los sujetos por parte del Estado con la pretensión de universalidad, sino que con esa misma condición de universalidad a aquéllos sujetos que se encuentran en una situación de necesidad, serán debidamente protegidos por el derecho. No obstante, contemporáneamente gira en torno a la universalización de los derechos humanos una agitada controversia, cuyos aspectos generales se examinarán más adelante.

Por su carácter prestacional (como deber del Estado de efectivizarlos) o de créditos (por ser exigibles por sus destinatarios) y por su creciente demanda ante la escasez de recursos y por el enfrentamiento de modelos económicos, donde se privilegia la eficiencia económica, la competitividad y la autonomía individual, los derechos económicos, sociales y culturales y la extensión dada por la jurisprudencia como fundamentales ha generado una permanente tensión en los poderes, lo que los

ubica como “derechos contra la corriente”, como afirman algunos, lo cual significa una constante lucha por su reconocimiento y protección.

El anterior panorama dificulta su reconocimiento y garantía generando su falta de justiciabilidad. Por ello, debe insistirse en su reivindicación, así como debe insistirse en la complementariedad del derecho de libertad, propio del Estado liberal, como del derecho a la igualdad, propio del sistema democrático, en la permanente aspiración de que los hombres además de libres sean también iguales, tal como lo consigna Squella (2005):

Iguales, vale la pena repetir, no sólo en el sentido jurídico y político del término, sino iguales también en las condiciones materiales de vida, con lo cual, sin embargo, no se quiere propiciar que todos deban ser iguales en todo respecto de sus condiciones de vida, sino que todos sean a lo menos en algo, a saber, la satisfacción de sus necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social (p. 209, 210).

Todo hasta conseguir sociedades libres y más igualitarias en sentido de darles un carácter de imbricación a ambos derechos como afirma seguidamente Squella (2005):

Con lo cual quiere decir que si tenemos derecho a la vida, también debemos tener derecho a cuidados y prestaciones que aseguren un cuerpo y espíritu sanos; que si tenemos derecho a la inviolabilidad de domicilio, también debemos tener derecho a poseer una vivienda; y, por colocar otro ejemplo, si tenemos derecho a elegir una profesión libremente, también debemos tener derecho a un puesto de trabajo, o a un seguro en caso de perderlo (p. 211, 212).

Ahora bien, hoy se menciona una cuarta generación de derechos humanos basado en la solidaridad ecuménica o en el llamado proceso de especificación, buscando la garantía presente de unos derechos que a la vez sustenta una garantía para las próximas generaciones de personas que habiten en la tierra. En esta categoría se ubican derechos como la paz, derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y aunque algunos Estados los empiezan a consagrar en su derecho positivo interno, su existencia empieza a extenderse a partir de su consagración a manera de recomendaciones por parte de resoluciones de la Organización de Naciones Unidas sin poder vinculante aún para los Estados.

No podría concluir este apartado, sin destacar los procesos subrayados

por Bobbio en los momentos históricos de los derechos humanos, aludidos por Squella (2005) y que irónicamente resaltan la sensibilidad y optimismo de un pensador positivista frente a unos derechos con una esencia de origen naturalista según otro importante sector de la doctrina. Los procesos atravesados por los derechos humanos, según Bobbio, son la positivización, generalización e internacionalización. Al primer aspecto corresponde el evidente hecho de su gradual incorporación en el derecho interno de los Estados a partir del siglo XVII. Por generalización se entiende que los derechos comprenden a todos los hombres y mujeres, sin distingo de ninguna especie: raza, sexo, ideología, posición social o económica, etc. Por la Internacionalización, se considera el proceso de globalización de los derechos, iniciado en 1948 con la Declaración Universal de los derechos humanos, lo cual trasciende el marco de los ordenamientos internos, creando una suerte de derecho positivo internacional de los mismos. No sobra reconocer en el proceso de internacionalización de los derechos humanos (también como derechos fundamentales), un proceso inacabado y reciente que se nutre, adicionalmente, de los tratados sectoriales tales como el reconocimiento de derechos de los niños, minorías y mujeres.

También se alude a Bobbio (citado por Añon y García, 2004), para agregar un proceso más en el transcurrir de los derechos humanos y es el de su especificación, es decir, en el reconocimiento de derechos en la persona “concreta”, en su titular y no del “hombre” o “ciudadano”, como generalizaciones racionalistas. La relevancia del proceso de especificación o concreción deriva de:

- a) De una condición social o cultural de las personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad (p. ej., derechos de la mujer, o derechos de los inmigrantes).
- b) De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. Obligan a una protección especial, pero no vinculada al valor de la igualdad, sino al de la solidaridad o fraternidad. Pueden ser de dos tipos: generales (p. ej., derechos de los niños) o específicas (p. ej., derechos de los minusválidos).
- c) De la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales. Son derechos en circunstancias concretas, cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico de superioridad, que exige equilibrar a sus correlativos por medio de una protección reforzada (p. ej., derechos del

consumidor o derechos del usuario) (Añon y García, 2004, p. 42, 43).

9.1 De la universalidad de los derechos humanos

El sentido de universalidad de los derechos humanos supone que todos los hombres, sin exclusión, son titulares de los mismos. Con el mismo sentido Bobbio alude al proceso de generalización, cuando consagra para los derechos humanos diversos procesos que comportan también la especificación, la internacionalización y la positivización. Dicho carácter es propio del legado revolucionario burgués, aún admitiendo las fisuras en el plano material que como cuestionamiento ideológico-político se le formulan. La universalidad descansa en el iusnaturalismo racionalista y en el contractualismo propios de la ilustración. Su origen moderno se remonta a la declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia y a la declaración de independencia de los Estados Unidos, ambos sucesos ocurridos en 1776 y, de otro lado, a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en Francia en 1789.

Antes del Estado moderno, el sentido de los derechos como situación jurídica que confiere a sus titulares libertades, apenas registra históricamente ocasionales y aisladas manifestaciones confinadas a unos pocos miembros de sociedades antiguas o medievales: la Grecia antigua con su sistema esclavista restringía los derechos a cierta categoría de individuos dentro de la polis; en los imperios orientales sólo un hombre era libre. En consecuencia, sólo en la edad moderna es factible hablar de derechos humanos con un sentido universalista, por lo menos así lo asegura Pérez Luño (2002).

9.2 Críticas a la universalidad de los derechos

En el plano filosófico autores como Jean-Francois Lyotard, citado a su vez por Pérez Luño (2002), formula frente a los valores como racionalidad, universalidad e igualdad propios del modernismo, otros alternativos como particularismo, pulsiones emocionales y el respeto por la diferencia desde el postmodernismo o, como Bernard-Henri Levy, al afirmar que la universalidad es posible para un hormiguero o un rebaño pero para el hombre es una forma de “barbarie con rostro humano”, o como Joseph de Maistre, caracterizado contrarrevolucionario del siglo XIX, quien de acuerdo a Pérez Luño, escribió: “la Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el *hombre*. Ahora bien; el *hombre* no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco” (p. 31).

Desde lo político, las críticas a la universalidad de los derechos humanos tampoco se han hecho esperar, así lo manifiesta Pérez Luño (2002), pues se cuestiona como una nueva forma de eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo o, también, se afirma que es una estrategia del mundo capitalista por generar hábitos universales que permitan la “Mcdonalización del mundo”. Al mismo tiempo, otras reservas se ciernen sobre la calificación universal de los derechos humanos, ante todo las que se refieren a la no imposición de instituciones de parte de Estados a otros so capa de la universalización o de los peligros que acechan frente a la estandarización de los derechos en sociedades diversas y desiguales para esconder esas diferencias y profundizar sus desigualdades.

Por su parte, desde el plano jurídico, los cuestionamientos se contraen a destacar la ausencia de homogeneidad en la protección de los derechos humanos por los distintos Estados, inclusive, en las propias sociedades Occidentales las diferencias son elocuentes: los países que respetan el Estado liberal de Derecho, protegen y tutelan con más intensidad los derechos personales, civiles y políticos que los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC), bajo la premisa que dichos derechos individuales son asumidos como derechos de defensa y su reconocimiento parte de la no injerencia y la autolimitación de los poderes públicos, mientras que sociedades que han adoptado el Estado social de Derecho (ESD), reconocidos como derechos de participación donde el estado debe desarrollar políticas activas (y no negativas como en el Estado liberal de Derecho), de prestación y de atención de servicios públicos, encuentran serias dificultades para su realización.

Concluyentemente asegura Pérez Luño (2002), el Estado social de Derecho, es prácticamente “inviabile” en los países tercermundistas, mientras que en los países desarrollados es problemático, por decir lo menos, por la necesidad de recursos para garantizar la eficacia y la justiciabilidad de los mismos.

9.3 De los derechos fundamentales

Muchas clasificaciones se hacen cuando se habla de derechos, para nuestro caso, importa recordar la distinción entre derecho objetivo (relacionado con el conjunto normativo propiamente dicho o sistema jurídico) y derecho subjetivo, según el lenguaje jurídico como la “situación” o “posición” “emparentadas semánticamente y a veces intercambiables (libertad, atribución, interés, permiso, facultad, pretensión, garantía, licencia, inmunidad, potestad, capacidad, privilegio y similares” (Añon y García, 2004, p. 56).

A pesar que el derecho subjetivo hunde sus raíces en el derecho Romano civilista, es en el siglo XIX con el pensamiento liberal-burgués, donde obtiene licencia como derecho fundamental, particularmente con la revolución Francesa de 1789, pero dimensionados plenamente en el siglo XX, puntualmente en Alemania, después de la segunda guerra mundial. Esos derechos públicos subjetivos, de acuerdo a los iuspublicistas del siglo XIX, eran concebidos como una autolimitación del Estado, la teoría, no obstante, se fue refinando hasta adoptarse la definición de derechos fundamentales como aquella “clase de derechos subjetivos universales, indisponibles y de jerarquía constitucional que establecen qué es lo que el poder público no puede hacer y qué es lo que no puede dejar de hacer” (Añón y García, 2004, p. 58).

Naturalmente a esta categoría pertenecían, en un primer momento, únicamente los derechos personales y civiles, promovidos por los intereses burgueses capitalistas con un rasgo de cuestionable formalismo. Poco después fueron reconocidos como fundamentales también los derechos políticos, recuérdese que la participación política fue restringida a los varones blancos, con posición económica y social en lo que se denominó como “voto censitario”. Más tarde hacen su aparición los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales no han estado exentos de permanente y agitada controversia, desde entonces y hasta nuestros días, cuando se les empieza a conferir el carácter de subjetivos y de fundamentales.

Hay, empero, a propósito de definiciones, autores como Ferrajoli (2009b) que ensaya una definición de los derechos fundamentales ajustada a sus tesis “garantistas” cuya construcción teórica históricamente corresponde a la década de 1970 en Italia. Ferrajoli señala como derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <*status*> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (p. 19).

Dicha definición es de carácter teórica, formal o estructural, como él mismo señala, además se trata de una definición universal ajena a los intereses tutelados y las circunstancias de hecho de una determinada socie-

dad, siendo válida para todo ordenamiento jurídico más allá que se trate, por ejemplo, de totalitarismos (donde ciertamente no existen derechos fundamentales, lo cual no necesariamente debe coincidir con el concepto, con la definición propuesta por Ferrajoli o de los ordenamientos premodernos. Agrega, Ferrajoli (2009b), la independencia de la definición anterior de los bienes, valores o necesidades tutelados por dichos derechos, así como indica que es ideológicamente neutral e independiente a la filosofía jurídica o política que se profese bien sea iusnaturalista o positivista, bien liberal o socialista o, inclusive, antiliberal y antidemocrática, todo lo cual, sin embargo, no ignora los intereses sustanciales agenciados por dichos derechos:

De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisonal: si son normativamente de <todos> (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados (Ferrajoli, 2009b, p. 21).

Aspecto central de la precedente definición lo constituye la base de la igualdad jurídica de los derechos fundamentales, que históricamente ha tenido que superar las desigualdades en la titularidad de los mismos reconocidos para los seres humanos, según Ferrajoli, como *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, en donde puede constatarse la superación discriminatoria del primer criterio, y, en relación a los restantes actualmente señala Ferrajoli lo siguiente “después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica” (p. 24), lo cual significa no sólo el progreso del derecho, sino la transformación de su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio y después ampliamente extendido y tendencialmente universal.

Pero la respuesta al interrogante ¿Cuáles son y dónde se encuentran los derechos fundamentales?, no obtiene satisfacción plena en el reconocimiento otorgado como tales a los derechos subjetivos, de acuerdo a las consideraciones anteriores. Una respuesta cómoda y formal indicaría que los derechos fundamentales son aquéllos que se encuentran en las dos instancias jurídicas más destacadas de los sistemas normativos: La Constitución y el derecho internacional (declaraciones, convenios, tratados, protocolos).

Sin embargo, cuando las Constituciones no consagran expresamente los derechos fundamentales o aún enlistando algunos de ellos, prevén, como en el caso Colombiano, en el art. 93 superior, la incorporación de aquéllos contenidos en el derecho internacional. Pero este tipo de respuesta para identificar el lugar donde se ubican habitualmente los derechos fundamentales es insuficiente. El autor Colombiano Néstor Osuna (1995) señala que se precisa el criterio material para dar cuenta al antedicho interrogante, bajo el entendido que lo material concierne a las prerrogativas de las personas que involucran la propia concepción, ideología, conciencia y cultura jurídica de un Estado y de la sociedad que lo integra. En este orden de ideas, las ideologías que promueven los derechos fundamentales son la liberal-burguesa, la democrática y la del Estado social de derecho.

Continuando con Osuna (1995), cada una de estas ideologías tiene su propia percepción de los derechos fundamentales. Así para el pensamiento liberal-burgués, la justificación de los derechos fundamentales es de carácter racional, la libertad goza de protección jurídica, su titular es el individuo autónomo como sujeto activo, es la libertad un fin en sí mismo. Paralelamente, el Estado es un sujeto pasivo, pues sólo interviene de forma limitada, en acatamiento a la regla que establece la no interferencia a una libertad que es ilimitada y existe con anterioridad al propio Estado. En este sentido, los derechos fundamentales tienen un propósito defensivo y delimitador, a manera de ejemplo son típicos de este modelo los siguientes:

Libertad individual, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia, libertades de conciencia y religión, igualdad ante la ley, inviolabilidad de domicilio, secreto de la correspondencia, derecho al debido proceso, libertad de locomoción, derecho a la libre manifestación de las opiniones, libertad de prensa, libertad de reunión y libertad de asociación, con la nota aclaratoria, respecto de esta última, de que no incluye la formación de grupos de presión asociaciones políticas (Osuna, 1995, p. 14).

Por su parte la ideología democrática promueve los derechos fundamentales a la participación política en una marco de libertad funcional hacia el proceso político-democrático del Estado. El fin de los derechos fundamentales enfatiza en lo público incentivando al ciudadano a vincularse con los asuntos colectivos como fundamento de su ideología. Los derechos así defendidos tienen que ver con los derechos políticos: el ejercicio del sufragio activo y pasivo, protección al pluralismo, derecho a formar asociaciones y partidos políticos y, como en Colombia, promover y participar a través de los llamados mecanismos de participación ciudadana en referendos, plebiscitos, consultas populares, etc.

Finalmente, en la ideología del Estado social de derecho, los derechos fundamentales se conciben a partir de un individuo no aislado como en el Estado liberal-burgués, sino insertado en la sociedad; así mismo, persigue este tipo de Estado la libertad material con fundamento en la igualdad real de todos los individuos en la sociedad y no sólo en la libertad e igualdad formal propia del pensamiento liberal. Surge, entonces, un nuevo tipo de derechos como son los de contenido económico llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), también identificados como los de segunda generación. Por su carácter prestacional el Estado es el sujeto pasivo, debiendo disponer los recursos financieros para su satisfacción. No obstante, también los particulares tienen el deber de contribuir a su plena realización. Estos derechos tienen no sólo un soporte jurídico, sino ante todo por su sentido prestacional, son principalmente económicos, exigiendo disponibilidad y distribución de recursos. Este aspecto conlleva complejidades para su plena realización en los países del llamado sur global por las limitaciones financieras de dichas sociedades.

El ambiente que propicie la efectivización y justiciabilidad de los derechos fundamentales está poblado de obstáculos. Y es que la resistencia a considerarlos como fundamentales por sectores regresivos y conservadores de la sociedad, se evidencia en algunos hechos como el de no haber estado siempre positivizados (como en el caso de la Constitución Alemana), lo cual ha sido una constante lucha por obtener su Constitucionalización; o por la dicente circunstancia de no aparecer en el capítulo de los señalados como fundamentales (caso de la Constitución Española y Colombiana); o por el hecho de aparecer como derechos subjetivos o también como normas programáticas, es decir, como mandatos que ordenan a los poderes públicos alcanzar determinados objetivos o, finalmente, por no aparecer dichos derechos con verdaderos instrumentos que aseguren su defensa y su protección. Este debate jurídico-polí-

co se expresa en la sociedad contemporánea, con mayor o menor intensidad, según el reconocimiento que tenga el proceso de Constitucionalización del derecho y, por ende, la justicia Constitucional.

9.3.1 De los derechos fundamentales en Colombia

En Colombia se vive el debate con particular intensidad, desde el primer interrogante formulado acerca de cuáles son los derechos fundamentales según la Constitución Colombiana de 1991, se ha desatado un interesante debate entre las altas Cortes, infortunadamente no siempre jurídico, para concretar la respuesta a dicha pregunta.

Una respuesta formalista la ha entregado originalmente el Consejo de Estado en un escrito sobre las observaciones a la acción de tutela, luego de expedido el decreto 2591, reglamentario de dicha acción. Afirmaba la alta corporación del Contencioso Administrativo, que los derechos fundamentales aludidos por el art. 86 de la Constitución eran exclusivamente los establecidos en el Capítulo I del Título II del texto superior, agregando que el art. 2º del referido decreto no podía deferir a la Corte Constitucional mediante el recurso de revisión, la facultad para determinar otros.

Olvidaba el Consejo de Estado los derechos de los niños (art.44 C.N.), calificados por el propio estatuto Constitucional como fundamentales a pesar de no estar dentro del Título II, Capítulo I; omitió también el Consejo de Estado lo expresado por el art. 94 Superior, cuando señala “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; o no tuvo en cuenta tampoco la Corporación Contenciosa los mencionados derechos innominados como la dignidad que, aunque figura como principio en el art. 1º de la Carta, no aparece enlistado como derecho en el texto fundamental, pero de acuerdo con la Corte Constitucional es derecho fundamental, o como acontece con la garantía para acceder a la administración de justicia de acuerdo al art. 229 de la C.N., pues es derecho fundamental así no aparezca contenido en el Título II, Capítulo I de la Constitución.

De cualquier forma, la Corte Constitucional ha establecido parámetros interpretativos para los Jueces de tutela a efecto de identificar cuándo un derecho es fundamental: existen criterios auxiliares y criterios principales, señalando inclusive como criterio auxiliar los señalados en el Capítulo I, Título II de la Constitución. Esta breve presentación sirve no sólo para desnudar los complejos escollos que deben sortear los derechos funda-

mentales en nuestro país, particularmente en la promoción y reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, sino para evidenciar los profundos desencuentros de las altas Cortes en el tema de la tutela como mecanismo protector de los derechos fundamentales, fuera de los demás escenarios donde intervienen todos los factores de poder, lo cual permite concluir que la controversia es además de jurídica, de hondo contenido político.

Finalmente, el Doctor Cepeda (1997) se encarga de enumerar aspectos importantes para reconocer los derechos fundamentales, los cuales contribuyen a precisar sus alcances:

1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del Capítulo I del Título II.
2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal, ni determinante, ni suficiente. Por eso aun derechos incluidos en el Capítulo I del Título II, podrían no ser “fundamentales”, como sucede con el derecho a la paz, el cual, a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo.
3. El concepto de “derechos fundamentales” es diferente del concepto de “derechos de aplicación inmediata”, al cual se refiere el art. 85 de la Constitución.
4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales (art. 94 de la Constitución).
5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así esta sea ley fundamental de la República.
6. Corresponde a los jueces señalar cuáles son los derechos fundamentales.
7. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar en esta tarea doctrinaria.
8. El carácter “fundamental” de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso (p. 5).

Como corolario de este difícil transitar de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de los derechos económicos, sociales y culturales, debe abogarse por un reconocimiento de todos los derechos a todas las personas como una constante imperiosa de la sociedad contemporánea, lo que supone la universalización de la satisfacción de necesidades, inclu-

yendo la permanente concesión de espacios de participación como reconocimiento de los derechos políticos a efecto de profundizar y robustecer la democracia, lo que traduce, así mismo, la utilización de un lenguaje incluyente (“La ciudadanía inclusiva”), proscribiendo la inicua división de los derechos en civiles, políticos y sociales.

10. FORMAS DE ESTADO

10.1 Generalidades

La doctrina define las formas de Estado como una técnica jurídica utilizada para identificar la manifestación del centro del poder en el territorio del Estado. Desde la óptica de la estructura interna del poder o su distribución dentro del territorio de un Estado, se acoge su conceptualización para identificar si dicho poder se localiza en un centro único o existe en centros diversos.

Para algunos autores como Velásquez (2004), la presencia de principios políticos y filosóficos permite hablar de Estados liberales, socialistas, corporativos como formas de Estado. Así mismo, otro grupo de tratadistas como Vila (2007), señalan como formas de Estado a la forma de ejercicio del poder político por los sujetos que lo detentan y, en tal virtud, mencionan la forma de Estado democrático o la forma de Estado autocrático. Otros, como Naranjo (2003), mencionan para distinguir las formas de Estado un criterio político (los Estados serán liberales o socialistas, o corporativos o teocráticos), y un criterio jurídico para distinguir Estados simples y Estados compuestos. Inclusive, para otro grupo, donde se destaca Echeverry (2002), las formas de Estado existen bajo la condición de relaciones socio-económicas que se dan en una sociedad, lo cual permite mencionar como formas de Estado históricas el despotismo Asiático (oriental), el Esclavismo, el Feudalismo (Estamentario y Absolutista), el Capitalista y el Socialista.

Las precedentes referencias doctrinarias aluden a tratadistas nacionales, pero si se trasciende a los autores internacionales, como Biscaretti di Ruffia (1997), igualmente se encuentra toda suerte de posiciones. Las formas de Estado moderno, para él (Biscaretti), responden a la influencia de las revoluciones burguesas de Norteamérica y de Francia principalmente, determinadas por peculiaridades juspublicistas como la limitación del poder a través del derecho y la existencia generalizada de Constituciones escritas, pero también algunas de ellas tienen manifestación en el siglo XX, puntualmente en el periodo transcurrido entre las dos guerras

mundiales; en este orden dichas formas de Estado serían el Estado de democracia clásica u Occidental, el Estado socialista contemporáneo y el Estado autoritario, todas desde luego con sus características y con un valor histórico definido.

Por otro lado, parecería que Héller (2004) admite dos formas de Estado: la democracia, donde el poder se conforma de abajo hacia arriba y donde jurídicamente y realmente la soberanía reside en el pueblo a pesar de sus restricciones y falseamientos; y, de otro lado, la autocracia, donde el poder se construye de arriba hacia abajo, inscribiendo la soberanía en el dictador lo que repugna no sólo a la democracia sino al Estado de derecho. Jellinek (2000), luego de admitir que la determinación de las formas de Estado y sus géneros es uno de los problemas más antiguos y después de describir algunas de esas formas a través del tiempo y con la advertencia de no querer incurrir en un esquematismo escolástico detallado y vacío, conviene en desarrollar como formas de Estado la monarquía y la República.

Para Jellinek (2000), los antiguos tomaban como base para la clasificación de dichas formas la Constitución del Estado como relaciones fundamentales de la voluntad y partían como principio para dividir las constituciones "...del número de personas directoras y de las cualidades éticas y sociales de éstas, con lo cual se introdujo precisamente un elemento indistinto y difícil de determinar en el principio de división, que en casos concretos puede dificultar la posibilidad de la aplicación" (p. 582 y 583), haciendo desde entonces confuso una clasificación, lo que lo conduce a afirmar tajantemente que todas las clasificaciones son arbitrarias.

Por esta razón de difícil determinación en la susodicha clasificación antigua, es que Jellinek (2000) afirma que la única manera de expresar esas relaciones de voluntad a través de la Constitución, sólo es posible atendiendo su carácter formal, es decir, desde la perspectiva jurídica, por ello concluye

...El que considere la vida real histórica del Estado reconocerá frente a la forma *jurídica* una forma *política*, la cual como todo lo que no es jurídico en el Estado, es imprecisa e indeterminada. Como depende de las relaciones concretas, siempre cambiantes, del Estado, cambia ella también de continuo, y es de poca utilidad el tratar de encerrar este momento del Estado de categorías firmes (p. 583).

Finalmente y, desde ahora, conviene precisar la diversa percepción de la doctrina acerca de las formas de Estado, formas de gobierno y hasta de Régimen político y Sistema político, lo cual contribuye a un enorme galimatías de formas, de sutilezas semánticas que confunden, por ejemplo, el propósito ilustrativo de los presentes apuntes. Así pues, apelando a Naranjo (2003) que recoge rasgos distintivos de Jellinek sobre lo qué son formas de Estado y formas de gobierno, las cuales se examinan seguidamente, transcribimos su aclaración al respecto: “La forma de Estado se deriva de la manera como están organizados y dispuestos los elementos que lo constituyen, esto es la población, el territorio y el poder público, y como se ejerce la soberanía en el interior del Estado. El sistema de gobierno, por su parte, se deriva de la organización y estructura de uno de esos elementos en particular: el poder público” (Naranjo, 2003, p. 286).

En síntesis y recogiendo el pensamiento de un importante sector de la doctrina se asumen como formas de Estado modernas, es decir, como formas influenciadas por el pensamiento liberal y donde actualmente juega un papel decisivo la división de los poderes (pero en una relación armónica entre ellos, como lo predica la Constitución Colombiana), el Estado unitario o centralista y los Estados compuestos, cuyo examen se abordará, una vez se consignent brevemente otras formas de Estado denominadas por algunos como formas arcaicas, conocidas como formas de Estado de unión personal, de unión real y la de confederación de Estados.

La de unión personal se presentaba cuando un soberano era simultáneamente el gobernante de dos Estados, como ocurrió con Gran Bretaña y el ducado y, posteriormente, reino de Hannover en los siglos XVIII y XIX, en dicha forma cada Estado conserva su estructura orgánica y sus leyes. Su disolución se precipitó cuando “Los súbditos del reino de Hannover no permitieron que Victoria fuera su reina, debido a que la ley sálica prohibía el acceso al trono de una mujer. Por ese hecho, se puso fin a la unión personal de los dos Estados, la que alcanzó a durar 123 años” (Vila, 2007, p. 338). También existió en los llamados países bajos y el gran ducado de Luxemburgo. Hoy completamente inexistente.

En el Estado de unión real existe también un monarca común, con la condición de que se comparten algunas instituciones propias del gobierno como el caso del gabinete. La evocación de este tipo de Estados nos conduce al imperio Austro-Húngaro, el cual se extendió desde el siglo XIX hasta el Siglo XX y desapareció con su derrota en la primera guerra

mundial, también existió en Suecia y Noruega, hoy absolutamente extintos como formas de Estado.

La confederación de Estados es típica de las trece colonias Norteamericanas una vez declarada la independencia de la metrópoli. También se toma como ejemplo la llamada confederación Helvética (Suiza), así como la confederación Germana, de las cuales se adoptaron posteriormente Estados federales. Colombia en su momento (27 de noviembre de 1811), conoció, la forma de Estado confederal, cuando las provincias de Antioquia, Cartagena, Neiva, Pamplona y Tunja, suscribieron el acta de federación de la provincias unidas de la Nueva Granada, donde se proclamó la confederación de las provincias dejando a salvo su soberanía y el derecho a expedir sus propias Constituciones.

De igual forma, la llamada “confederación granadina” de 1863 y 1868, fueron realmente Estados federados, pues sólo como confederados existieron de nombre. Los rasgos principales de esta forma de Estado lo constituyen el hecho de que el gobierno central no ejerce de manera directa la autoridad sobre el Pueblo, sino que lo hace a través de los Estados, así como ocurre con otros aspectos como el de que cada Estado conserva su autonomía y su soberanía interna.

10.2 Estado Unitario

También conocido como Estado simple, se reconoce por cuanto existe un solo centro de emanación del poder, se ejerce la soberanía sobre todos los habitantes del Estado de forma unificada. La doctrina en general suele evocar a Burdeau (1981) quien en los siguientes términos define el Estado unitario: “es el que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público, en la totalidad de sus atribuciones y funciones cuenta en él con único titular, que es la persona jurídica Estado. Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes” (p. 40). Sus rasgos más notables son la existencia de una sola constitución, unas mismas leyes, un único sistema de órganos de gobierno actuando sobre todo el territorio del Estado, un solo parlamento, un solo gobierno central cuyos decretos y resoluciones tienen vigencia en todo el territorio, una sola C.S. de J. con jurisdicción nacional.

Actualmente un Estado unitario que responda a la anterior conceptualización y caracterización es prácticamente desconocido, quizás las excep-

ciones pueden encontrarse en los Estados pequeños como San Marino, Mónaco o Andorra. Rodríguez (2004) enseña entonces una definición más real del Estado unitario: “aquella forma de organización estatal, en la cual existen unas autoridades centrales muy fuertes, frente a unas autoridades locales con muy poca autonomía, de manera que la mayoría de funciones las desempeña directamente la persona jurídica Estado, mientras que a las colectividades locales solo se les permite el ejercicio autónomo de unas cuantas tareas” (p. 15).

El propio Rodríguez (2004) destaca de las relaciones entre autoridades centrales y autoridades locales, los conceptos de centralización política (El Estado monopoliza todas las tareas y funciones públicas); la descentralización administrativa (traslado de competencias a las autoridades regionales o locales), la cual no es incompatible con la centralización administrativa; la desconcentración (funciones a un agente local del Estado o traslado de funciones a un agente físico que se desplaza al territorio, como en el caso Colombiano cuando el Estado a través del Ministerio de defensa establece una brigada militar en una región del País).

Colombia es, según el artículo 1 de la C.N., un Estado organizado en forma de República unitaria, lo cual, sin embargo, no acredita literalmente su existencia pues para muchos autores a pesar de dicha prescripción adopta formas semifederalizadas como las regiones o como las mentadas autonomías territoriales, conceptos que no constituyen objeto de examen de la presente obra.

10.3 Estado Federal

En el Estado federal la soberanía no se ejerce de forma constante y uniforme en todo el territorio nacional, pues está fragmentada. Existe una autonomía casi absoluta de todos los Estados para ejercer competencias y funciones. Según Naranjo (2003), el Estado federal es una asociación de Estados sometidos en algunos aspectos a un poder central único, pero conservan su autonomía funcional, de carácter administrativo o político.

Continuando con Naranjo (2003), las principales características del Estado federal son: el Estado federal a pesar de sus Estados miembros constituye una unidad, es decir, es una sola persona jurídica internacional; internamente también la unidad está representada en el poder supremo que ejerce el Estado federal, la soberanía también es única; los Estados miembros se reservan el derecho de manejar asuntos cuya competencia

no corresponda al Estado federal, bajo el entendido que conservan la facultad de ejercer el poder ejecutivo, legislativo y judicial, no sujetos jerárquicamente a los poderes pares a nivel nacional; el Estado federal también posee a nivel nacional todas las funciones: la constitucional, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Para este último efecto, debe comprenderse que los Estados federados participan en la conformación de los órganos nacionales. De cualquier forma las competencias entre los poderes federales y el poder de los Estados miembros, aparecen respectivamente enumeradas o, en su defecto, corresponden a los Estados miembros las no señaladas para el Estado federal.

Así mismo, el Estado federal se rige a través de dos principios: Participación (Contribuyen en la toma de decisiones) y la autonomía (tienen sus propios órganos: Legislativo, judicial y eligen su propio gobierno. Están unidos en sus relaciones internacionales).

Por último, la forma de Estado federal ha sido acogida por Estados Unidos de Norteamérica, Suiza, Canadá, Alemania, Rusia, Brasil, México, Argentina y Venezuela, entre otros. Sin embargo, como afirman algunos autores el federalismo de estos países no es más que una forma de descentralización atenuada, inclusive la autonomía de los Estados miembros cada vez es más restringida por los diversos problemas que los afectan, obligando a adoptar decisiones coherentes y unificadas, dentro de parámetros fijados por la Constitución federal.

10.4 Sistema de Gobierno

10.4.1 Generalidades

En idéntico sentido a las formas del Estado, acerca de las distintas formas de gobierno, se han ocupado profusamente los grandes pensadores a través de los tiempos; Bobbio (1997a) no sólo sistematiza sino que establece juicios de valor sobre las formas de gobierno desde el mundo Antiguo hasta el mundo moderno: Platón, Aristóteles, Polibio, Maquivelo, Bodino, Hobbes, Vico, Montesquieu, Hegel y Marx, desfilan en su estudio respecto a dichas formas. Al estudio descriptivo como prescriptivo, según Bobbio, se agrega un modelo o “uso histórico” que señala el desarrollo histórico en una determinada sociedad y cuya tipología puede variar de un autor a otro. Las formas de gobierno están determinadas de acuerdo a la Constitución, pero éstas no constituyen sólo formas de organizar la vida política de la sociedad, sino que son también momentos o etapas históricas diferentes y sucesivas, como sucedió en la Antigüedad clásica

cuyas formas eran necesariamente cíclicas, cuando una forma se disuelve para transmutarse en otra, “hasta dar lugar a una serie de etapas de desarrollo o de decadencia que representan el curso fatal de las cosas humanas” (Bobbio, 1997a, p.13).

No sobra recordar las formas clásicas de la Antigüedad formuladas por Aristóteles, en su famosa tríada de formas buenas: Monarquía, Aristocracia y Democracia, a las cuales correspondía unas formas degradadas o desviadas como eran la Tiranía, Oligarquía y Demagogia e, igualmente, debe recordarse la forma de gobierno mixto, examinada por Polibio y llamada a tener notoriedad en los estudiosos por su consistencia y su durabilidad que no perpetuidad.

Bobbio (1997a), asegura en su estudio sobre las formas de gobierno, que algunos autores han tomado posición para indicar cuál es la forma óptima y cuál es la peor y alude a la óptima República o al óptimo Estado, sin distinguir la forma de gobierno de la del Estado, concluyendo:

Se puede construir un modelo de óptimo Estado mediante la idealización de una forma histórica. Así sucedió, por ejemplo, como veremos, con Atenas y sobre todo con Esparta en la antigüedad (y no solamente en la antigüedad), con la república romana, considerada por algunos de los grandes escritores políticos como un modelo de Estado del que se debería descubrir el secreto de su fortuna y de su fuerza, con la república de Venecia en el Renacimiento, con la monarquía inglesa en la época moderna. Se podría agregar que el primer Estado socialista del mundo, la Unión Soviética, ha desempeñado la misma función en cuanto es considerado como Estado-guía por los partidos comunistas de los Estados que todavía no han sido transformados por una revolución (p. 12).

Para terminar estas generalidades, es importante consignar que para un autor del talante de Bobbio (2003), la teoría de las formas de gobierno es un tema sustantivo en la teoría del Estado: “La teoría de las formas de gobierno es desde Platón (piénsese en el Libro VIII de la *República*) y Aristóteles (téngase en mente los capítulos III y IV de la *política*) en adelante, hasta el último manual de derecho público o de ciencia política, uno de los apartados fundamentales de una teoría del Estado” (p. 139).

Por ello le intriga a Bobbio (2003), si existe en la teoría Marxista y Engelsiana una formulación de las formas de gobierno, a propósito de la

teoría del Estado vista desde la perspectiva de Marx. La conclusión es que si bien es cierto para Marx lo que realmente sucede en la sociedad capitalista son relaciones de dominación, importando la transición de una dictadura de la burguesía a la dictadura del proletariado (despojando al término dictadura de todo asomo peyorativo), lo cual no puede asumirse como una presentación de las formas de gobierno, sino con el significado de dominio de clase, queda abierta para Bobbio (2003) la siguiente conclusión: “Marx no elaboró una teoría completa de las formas de gobierno, pero delineó perfectamente la diferencia entre dos formas de gobierno distintas, el Estado representativo y el bonapartismo, ambas en el curso del mismo dominio de clase” (p. 142), tal vez importe precisar sobre el bonapartismo que se trata de la forma de gobierno personal o de la reflexión del cesarismo, como una nueva categoría de la teoría política, según Bobbio, la cual surge a partir de los extraordinarios eventos napoleónicos.

Modernamente los sistemas de gobierno responden más a la forma como están organizados los órganos del Estado, su estructura interna, sus titulares, ámbitos de competencia, funcionamiento y relaciones, pero en particular al órgano de gobierno (en sentido general: Ejecutivo y legislativo) como componente de la estructura del Estado, según la teoría clásica de división de los poderes. Es decir, hace relación a uno de los elementos del Estado como es el del poder público, de distribución del poder entre el ejecutivo y el legislativo.

Cabe observar, no obstante, que los sistemas de gobierno son formas ideales, abstractas, por lo cual no se encuentran modelos puros, así mismo, toda suerte de sistemas se suelen presentar pero la doctrina coincide en general y de acuerdo con los más comunes en el mundo contemporáneo, en señalar la forma de gobierno presidencial, parlamentaria y el sistema de convención o de asamblea o convencional. Se excluyen los gobiernos autocráticos o dictatoriales por cuanto éstos no observan la Constitución democrática no encajando en la presente clasificación; su estudio corresponde más a la ciencia política.

10.4.2 Parlamentario (o de gabinete)

El sistema parlamentario se origina en Inglaterra y aunque sus primeras manifestaciones se remontan a la Carta magna de 1215, con la asamblea de los lores, tan sólo con la “Revolución Gloriosa” de 1689 se adoptó su uso, así como formalmente se reconoció la monarquía Constitucional Inglesa. Sin embargo, fue en 1832 cuando en la Gran Bretaña se empezó a hablar consistentemente de sistema parlamentario. A partir de allí se ex-

tendió a buena parte de los países Europeos, así como a países de Asia y África. En dicho sistema el parlamento es el titular del poder, organiza el gobierno y éste responde políticamente ante él.

Características:

- a) Ejecutivo dualista: El poder ejecutivo está conformado por el Jefe de Estado (presidente o monarca), quien cumple con funciones generalmente de carácter formal y, de otra parte, por el jefe de gobierno (primer ministro, canciller o presidente del consejo), quien con el gabinete ministerial ejercen dicha función.
- b) Tanto el jefe de Estado como el jefe de gobierno asume diversas variantes dependiendo de circunstancias propias de cada país: El jefe de Estado es el rey, en los países que aún mantienen la monarquía, como Gran Bretaña, España, Bélgica, Holanda, países nórdicos y Japón, para citar algunos.
- c) En las repúblicas parlamentarias, el jefe de Estado es el Presidente de la República, elegido unas veces por votación directa de los ciudadanos, como en Austria, Finlandia, Irlanda y Portugal, y otras, de manera indirecta, ya sea por el parlamento, como en Grecia e Italia, o por una asamblea especial, como en Alemania. Al jefe del gobierno se le denomina generalmente <Primer Ministro>, pero en Alemania recibe el título de <Canciller> y en España, <Presidente del Gobierno>” (Vila, 2007, p. 366). El jefe de Estado “encarna y representa a la Nación y ocupa la más alta jerarquía dentro del Estado. Entre sus funciones figuran, por regla general, la de promulgar las leyes aprobadas por el Parlamento, sancionar los decretos, refrendar los tratados internacionales, designar al jefe de gobierno, aprobar la conformación del gabinete ministerial y, eventualmente, pronunciar la disolución del Parlamento” (Naranjo, 2003, p. 299).
- d) Responsabilidad política del gobierno ante el parlamento: El jefe de gobierno así como sus Ministros pueden ser objeto de moción de censura por el Parlamento, lo cual genera la separación del cargo del respectivo Ministro o, en su caso, la dimisión del Jefe de Gobierno con todo su gabinete. En consecuencia, el gabinete con el jefe de gobierno a su cabeza debe presentar su dimisión por la negativa del “voto de confianza” solicitada por el gobierno. El anterior sistema de frenos y contrapesos se completa con la característica que enseguida se describe propia del Gobierno como contrapeso de la negativa del “voto de confianza”.

- e) Derecho de disolución del parlamento por el Gobierno: Le asiste al gobierno por su parte el derecho de disolver anticipadamente al parlamento, lo cual se traduce en el equilibrio frente al derecho del parlamento de revocar al gobierno. La decisión, se comprende, sólo afecta a la cámara legislativa conformada por el voto directo de los ciudadanos, es decir, aquella que tiene un origen democrático. En este evento debe el pueblo arbitrar a través del sufragio universal directo para dirimir el conflicto.

10.4.3 Sistema de Gobierno Presidencialista

Existe, como en el parlamentario, en las democracias liberales y en algunas autocráticas. Se admite su origen en los Estados Unidos de Norteamérica con la promulgación de la Constitución federal de 1787 y, de allí, se extendió a la mayoría de países latinoamericanos, así como en la actualidad también existe en otros países de los demás continentes.

Características:

- a) Ejecutivo monocrático o unipersonal: -El Presidente es al tiempo Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, nombra y remueve Ministros (en Estados Unidos de Norteamérica los Ministros o Secretarios, aunque los nombra el Presidente deben ser aprobados por el Senado), es jefe de la Administración, es el representante de la Nación, maneja las relaciones internacionales. Debe precisarse que es el Presidente quien dirige el gobierno y no puede disolver el Congreso, ni éste puede destituir al Presidente.
- b) Elección popular directa o indirecta del Presidente (no existe derecho de disolución del Parlamento): -El Presidente es elegido por el voto de los ciudadanos para periodos fijos, lo cual supone la imposibilidad de recorte o de ampliación por el Parlamento (en países como Colombia el Congreso mediante los actos legislativos podría modificar el periodo presidencial si es acogida su Constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, tal como acogió la reelección inmediata del Presidente no autorizada por el Constituyente de 1991), como tampoco puede el gobierno disolver el Parlamento pues ello supondría un golpe de Estado. La precedente condición genera para el Presidente igualdad jurídica y política frente al parlamento, que también tiene un origen democrático popular y un periodo fijo, lo cual agita el debate sobre la titularidad de la soberanía dentro del Estado.
- c) No existe “el voto de censura” o de “confianza”: -Sin embargo, en

países como Colombia esta figura propia del sistema Parlamentario procede contra los Ministros del Despacho, pero nunca contra el Presidente de la República.

- d) No existe un verdadero equilibrio de poderes: La separación de poderes no es absoluta, el ejecutivo tiene facultades de colegislador y legislador delegado, es decir, no sólo puede presentar proyectos de ley, objetarlos o aprobarlos, sino también puede dictar decretos con fuerza de ley, en materias donde haya recibido facultad expresa del legislador. Indudablemente existe un marcado Presidencialismo que rompe con la separación y equilibrio de los poderes, por más que generalmente las Constituciones prescriban que los poderes colaboran armónicamente entre ellos en la consecución de los fines supremos del Estado.

10.4.4 Sistema de Gobierno de Asamblea o de convención

Al contrario de la forma de gobierno presidencial, en el sistema de Asamblea la preeminencia la tiene el órgano legislativo (elegido por el pueblo), quien elige una asamblea que ejerce la función ejecutiva, conservando la potestad de elegir y remover al gobernante. Dicho sistema operó en Francia después de la revolución, actualmente opera en Suiza y la mayoría de países socialistas. Echeverry (2002), reconoce esta forma de gobierno como una derivación del régimen Parlamentario, en donde el órgano legislativo es el depositario exclusivo del poder político que no sólo elige un organismo colegiado como ejecutivo, sino que también elige a un Tribunal Supremo como organismo superior de la judicatura y a un Fiscal General con funciones de investigación y acusación criminal. También señala Echeverry, al sistema llamado Presidencialismo, propio del Estado capitalista, como una derivación del sistema Presidencial, cuyo modelo lo constituye el Norteamericano desde la Constitución de Filadelfia de 1789.

11. FORMAS HISTÓRICAS DEL ESTADO

11.1 Noción

Las formas históricas del Estado se refieren a la organización económica social en un momento dado y su relación con el poder político, es decir, según el modo de producción de esa sociedad correspondería un determinado tipo histórico de Estado. Los tipos históricos de Estado, constituyen un referente histórico fundamental para la mejor comprensión del Estado moderno. Jellinek (2000), señala los factores social y jurídico como esenciales para identificar las formas históricas del Estado, sin embargo,

indica un tercer elemento como es el histórico, referido a ese fluir de las primeras organizaciones políticas de la Antigüedad en relación con el Estado moderno, bajo el entendido que la pretensión no es la del estudio integral del Estado, lo cual corresponde a otras disciplinas, sino tan sólo el reconocimiento de caracteres o antecedentes con la organización moderna de dicho ente.

De manera general, y desde esta perspectiva, se acoge la siguiente clasificación: Estado antiguo oriental o Estado Asiático, Estado esclavista, Estado feudal, Estado Capitalista y Estado Socialista. Sin examinar exhaustivamente cada forma particular por su gran extensión y por cuanto su estudio minucioso corresponde a otras disciplinas como la teoría del Estado, se destacarán seguidamente sus rasgos más relevantes.

11.2 Estado antiguo oriental (Estado despótico)

A pesar de la agitada controversia provocada por el pensamiento Marxista acerca de este tipo histórico de Estado, llamada por Marx “forma asiática” y por la forma como se ejercía el poder denominado “despotismo oriental”, importa aclarar, siguiendo a Echeverry (2002), que corresponde a ésta la primera forma estatal histórica, teniendo presente que aunque era una sociedad típicamente esclavista como lo eran también otras sociedades (Grecia y Roma, inclusive los imperios precolombinos en América), la esclavitud general en aquéllas era ejercida directamente por el Estado y los esclavos pertenecían a él y no a propietarios particulares como en la sociedad Greco-Romana. El término “despótico” carece de la connotación que actualmente se le otorga, pues se refería al poder absoluto e incuestionado que ejercía un único gobernante y no necesariamente al ejercicio arbitrario de ese poder. Corresponden a este tipo de Estados, organizaciones como China, Egipto, Babilonia, Israel, India y Asiria.

De dicha forma de Estado, dos aspectos relevantes merecen reevaluarse según Jellinek (2000): despotismo y teocracia. El despotismo ha sido extremado por la herencia descalificadora de Grecia, cuando la verdad nunca fue tan exasperante que evitara la existencia de un marco jurídico, pues hubo un derecho egipcio, persa, indio, etc., con instituciones muy determinadas, y un derecho ordenado. De otro lado, la teocracia enseña un tipo de representaciones con marcada influencia de la divinidad, bien por cuanto el Estado participa de ese carácter trascendente y suprahumano como en la cultura aria, o bien, por cuanto se estima la existencia dual del poder: uno humano y otro suprahumano, como en el caso de la cultura semita. Sin embargo, el Estado Antiguo de carácter teocrático sólo se

contrae a Israel (Judá), puntualmente en la época de dominación extranjera, tal vez por ello se encuentre, como en ningún otro pueblo, una agresividad tan directa contra el poder del rey:

En la literatura general no se halla pueblo alguno en que se encuentren juicios tan agrios y en que se vitupere a los reyes tan acerbamente como en el pueblo de Israel. La idolatría de los monarcas, tan frecuente en otros pueblos orientales, fue desconocida por el pueblo israelita, y aquel Mesías soberano que para el futuro anunciaban los profetas no era un hecho histórico, sino sólo una esperanza para el porvenir (Jellinek, 2000, p. 285).

Paralelamente a la condición teocrática, Jellinek (2000) destaca la presencia de democracia en la legislación judía, con singular intensidad para los desprotegidos, extranjeros y esclavos, que no encuentra, según él, parangón en el mundo Occidental Antiguo. Sólo frente a Jehová, continúa Jellinek, el Israelita está desposeído de todo derecho.

De forma general el modo de producción Oriental se caracteriza por:

- Pequeñas comunidades, aldeas, unidades familiares.
- Tierras propiedad del Estado.
- Producción para satisfacer necesidades, excedentes para el poder real o para los templos por medio de tributos.
- Centralización económica, del comercio como función pública y comerciantes como agentes del Estado.
- Crecimiento ciudades, comercio exterior, grandes obras de riego (desección de pantanos, construcción de canales).
- Estado manejaba esclavitud general (eran propiedad del Estado y no particular como en Grecia y Roma)
- Estado burocratizado: Escribas contabilizaban ganado, agricultura, impuestos, milicia, sacrificios a dioses; eran funcionarios reales que actuaban como autoridad delegada.
- El poder absoluto del monarca contrasta con la función social al servicio de la comunidad como “Padre de las comunidades”.

11.2.1 *Estado esclavista*

Coherentes con la descripción de la forma histórica oriental, el mundo esclavista en su momento de más desarrollo fue propio de los imperios orientales, cuyas características más generales se consignaron anteriormente, pero también incluye a Grecia y Roma. En consecuencia, y por su singular importancia, corresponde ahora una mirada a Grecia y a Roma de forma independiente.

a. Estado Helénico

Algunos autores ciertamente no reconocen el florecimiento de una auténtica democracia en Grecia. Aseguran que tanto Platón como Aristóteles se referían a un Estado ideal y no a un tipo de Estado empírico; el individuo no se pertenece, sino que pertenece íntegramente al estado; se cuestiona, así mismo, el reducido reconocimiento ciudadano, pues de dicha calidad se excluían los esclavos, metecos, mujeres y menores de 25 años. El cuerpo ciudadano como una de las clases sociales perfectamente diferenciada en Grecia (las otras eran los extranjeros o metecos, privados de la ciudadanía pues no tenían derecho a participar de la vida política pero eran libres y, finalmente, los esclavos que carecían de todos los derechos), era relativamente modesto al punto que Sabine expresa al respecto: “La democracia directa regida por todo el pueblo reunido es más bien un mito político que una forma de gobierno” (Sabine, 1994, p. 33). Si bien es cierto, desde los tiempos de Solón el derecho de palabra y de decisión era un rasgo fundamental de la democracia Ateniense, no es menos cierto que existían restricciones: “Todos los ciudadanos tenían derecho al uso de la palabra, pero en la práctica solo se permitía hacerlo a quienes no tuviesen antecedentes penales, fuesen propietarios de inmuebles y estuviesen a paz y salvo por concepto de impuestos. Además debían poseer el don de la oratoria; de lo contrario no eran escuchados” (Naranjo, 2003, p.160). Sin embargo, de todos los reproches a la democracia Griega, la registrada por Jellinek (2000), no deja de generar cierta perplejidad, cuando alude a la suerte como el factor que ha permitido preservar la obra de los dos más ilustres pensadores de Grecia y, en cambio, ha desaparecido una rica literatura política de otras escuelas.

Una crítica adicional al mundo Griego, surge del paralelo entre la libertad de los Antiguos y la libertad de los modernos, recreada exquisitamente por Bobbio (1999), aunque no precisamente como crítica. Se distingue en dicho cuestionamiento la libertad civil de la libertad política y se resalta la antítesis de ambas libertades, así como la posición ocupada por el individuo dentro del Estado, en razón a que para los Griegos antiguos o los Romanos, el individuo no significaba nada y lo público era todo, mientras para los modernos, el individuo lo es todo y lo público nada. El cuadro se completa cuando se señala que la libertad antigua significaba tanto como la participación en el poder del Estado; pero la libertad de los modernos quiere decir ser libre frente al poder del Estado, y poseer el

derecho, no de dominar, pero sí de influir en el poder del Estado para interés de los individuos o, como refiere Jellinek (2000) acerca de la antítesis de la libertad, enfatizada por pensadores Alemanes como R. von Mohl en su “Enciclopedia de las ciencias del Estado”, cuando afirma:

Entre los antiguos el individuo está al servicio del Estado, y halla la satisfacción de sus fines mediante el bien del estado. Entre los modernos es el Estado el que sirve para los individuos y alcanza su gloria cuando consigue el bien de sus ciudadanos. La libertad consiste entre los Griegos en la participación en el gobierno; hoy en ser gobernados por el mínimun de gobierno posible. En el Estado antiguo las prestaciones de los ciudadanos son como el remate de su personalidad; en la época moderna significa una limitación de la misma (Jellinek, 2000, p. 290).

En síntesis, según un sector importante de los estudiosos de las instituciones de la antigüedad, faltó para los griegos la idea del reconocimiento de derechos para los individuos en general como acontece para los individuos de la modernidad.

Por último, Jellinek (2000) invocando estudios recientes, controvierte la posición de algunos de esos autores como Constant, Stahl y Mohl, cuando aseguran que en Grecia no era reconocida la personalidad individual, pues según su juicio “El griego era sujeto de derecho, no sólo en beneficio del Estado, sino en beneficio propio”, para concluir seguidamente:

La distinción entre el lugar que ocupa el individuo en el Estado antiguo y en el mundo moderno, vista desde su aspecto jurídico, consiste en lo siguiente: en que la libertad del individuo moderno está expresamente reconocida dentro de la ley del Estado, en tanto que en la antigüedad, se consideraba esto tan evidente y claro, que jamás llegó a hallar un puesto en la legislación (p. 301).

De cualquier forma los rasgos esenciales de la organización Helénica, han de señalarse a partir de Atenas, por constituir el paradigma de la ciudad-Estado en la Antigüedad. Algunas de esas peculiaridades serían: el reducido espacio territorial de la polis, lo cual permite compararla con los cantones Suizos, según Jellinek (2000) o, con el tamaño de Rhode Island, según Sabine (1994); la polis resalta por su unidad interior, pues la relación de los individuos es muy estrecha; existía un sentimiento generalizado de aversión a la tiranía; la pluralidad de ciudades-Estado definía al mismo tiempo

una comunidad culturalmente distinta de la cultura de oriente; según algunos autores una particularidad del mundo Griego consiste en fundir en uno solo el gobierno y el aspecto religioso, dicha confluencia del Estado y el culto conducen al cultivo de la virtud y la moral como compatibles con la finalidad de la polis.

Para terminar, siguiendo a Echeverry (2002), concluiríamos como peculiaridades de esta forma de Estado la existencia de un poder centralizado, un rey con poderes divinos y con funciones para legislar, administrar y juzgar (aunque a veces se ejercían por delegación a gobernadores y representantes), o también, en un nivel más desarrollado se ejercían por órganos diferenciados: Agora o Asamblea, en Grecia y Senado en Roma; igualmente, se destaca la existencia de un poder burocrático caracterizado por recaudadores de impuestos, escribas, jefes militares, sátrapas o gobernantes de las provincias. El anterior cuadro obedecía a tres instituciones claramente definidas: la hacienda Pública, encargada del recaudo de impuestos, tributos; el ejército, con la finalidad de conquistar territorios y la consecución de fuerza trabajo representado en los esclavos; la institución dedicada a la construcción de obras públicas, como canales de riego, puentes, carreteras.

Las confrontaciones sociales fueron también una característica del mundo esclavista. El propio Aristóteles expresó su inquietud por las profundas diferencias entre ricos y pobres, las cuales contribuían a la degradación de la polis. Lo propio aconteció en Roma, que registraba los enfrentamientos entre “plebeyos” y “patricios”, o más adelante con los permanentes levantamientos producto del enfrentamiento entre esclavos y amos, que hizo memorable el nombre de Espartaco, por cuanto consiguió desafiar la “grandeza” Romana.

b. Estado Romano

Como se indicó para Grecia, Roma comparte como rasgos generales, según Jellinek (2000), la condición de ciudad-Estado y la comunidad cultural donde el *jus sacrorum* forma parte del *jus publicum*. Además la comunidad de ciudadanos está relacionada con la *civitas*, lo cual equivale a señalar que la comunidad de ciudadanos o res pública, es la comunidad del pueblo, o lo que es común al pueblo. De igual manera, y no obstante la variedad de gentes que lo conforman, el Estado Romano es desde el comienzo una unidad interior y general. Una característica especial la constituye la organización

familiar romana, la cual se soporta en la dirección autoritaria del *pater familias*, quien ostenta un poder político sobre los suyos duradero por toda la existencia. Les faltó, como a los griegos y por idénticas razones, la conciencia jurídica de una esfera política de libertad para los individuos.

11.2.2 Estado Feudal

De conformidad con la generalidad de los historiadores, entre ellos Naranjo (2003), el Estado feudal propio de la llamada edad media, transcurre del siglo V al siglo XV, es decir, desde la caída del imperio Romano de Occidente al colapso del imperio Romano de Oriente. De las razones más poderosas señalada como fuente del Feudalismo, se registra la costumbre, desde los tiempos Romanos, de entregar tierras a cambio de favores militares. Con el paso de los años se fue consolidando una nueva clase social integrada por grandes propietarios de tierras, terratenientes, cuya denominación común fue la de Señores Feudales, por contraste los campesinos sujetos a su autoridad fueron designados como siervos de la gleba, vinculados a la tierra y a su laboreo, considerados como ganado del Señor Feudal, que libremente podía dar y vender a su gusto. Empero, no eran esclavos propiamente, pues tenían nombre, familia y no podían ser expulsados de las parcelas, la cual explotaban sin alterar su esencia pagando un tributo al Señor por cuenta del usufructo, así como debía prestar auxilio militar al Señor en los eventos bélicos, a su vez el Señor Feudal brindaba protección y manutención al vasallo.

El sistema consistía, en consecuencia, en cierto tipo de relaciones contractuales donde el rey otorgaba tierras a los Señores Feudales, a cambio de lealtad, el proceso se repetía hacía abajo con más señores y vasallos, vasallos y arrendatarios, arrendatarios y subarrendatarios, en una cadena de poderes y lealtades, favorecido por la inseguridad de los entornos, la falta de vías de comunicación y una economía agraria que terminaba debilitando y fragmentando el poder del Estado.

De acuerdo a Echeverry (2002), se pueden sintetizar algunos rasgos correspondientes a esta tipología de Estado histórico:

Características:

- a) La fragmentación del poder lo cual generó un sistema conocido como “poliarquías” (pluralidad de poderes, lo cual lo hace necesariamente disperso). El Señor feudal ante la inexistencia de un poder central, ejercía como un verdadero soberano en el ámbito de su feudo. Existe, en tal virtud, una evidente influencia de la nobleza sobre el

monarca.

- b) La Iglesia ejerce un predominio en el mundo feudal con fundamento en su vocación universalista, evidenciada a través de su cubrimiento y presencia territorial; en razón a su organización debidamente jerarquizada; a su enorme poder económico y a su influencia ideológica sobre toda la sociedad como depositaria de los designios divinos; a su irrenunciable vinculación con el poder temporal, al cual se impone separando y coronando reyes, época conocida como el “cesaropapismo”, promovida por el Papa Gregorio VII y elevada a dogma en la encíclica “unam sanctam” de Bonifacio VIII.
- c) El Derecho feudal tenía un carácter particularista, establecido a favor de la nobleza como un sistema de privilegios (privi = particular, legis = legis). Dichos privilegios consistían en unos Derechos de Soberanía, como la facultad de condenar a muerte, percepción de impuestos y reclutamiento tropas. Igualmente, unos Derechos de señorío, consistentes en penas de prisión, multas, el censo y la talla (impuestos cobrados a campesinos), la corvea (obligación de realizar trabajos para el Señor), derecho de caza, fuero y primogenitura (derecho del hijo mayor de heredar todos los bienes a efectos de asegurar el Señorío).
- d) El sistema estamentario comportaba la igualdad de la nobleza, del cual el soberano no era más que otro feudal (“primus inter pares”, o sea, primero entre los iguales que se predicaba a favor del soberano). Así mismo, las deliberaciones para nombrar rey y para adoptar las decisiones se surtían a través de la reunión en cuerpos o asambleas (“Estados Generales” en Francia, “Dietas” en Alemania, “Parlamento” en Inglaterra, “Cortes” en España).

Por su parte, Jellinek (2000) resalta del Estado medieval su carácter dualista: el Derecho del rey y el Derecho del pueblo, lo cual se traduce en un poder limitado. Mientras que el Estado Antiguo era monista, pues les fue ajeno el enfrentamiento entre gobernantes y gobernados, éste fue un elemento común para el Estado de la edad media. De igual manera, el territorio que para los Antiguos no fue significativo en la construcción del Estado, pues el individuo estaba vinculado directamente con la polis, para la edad media empieza su reconocimiento como elemento fundamental en la definición del Estado. Igualmente, los poderes públicos en el Medioevo surgen rápidamente alimentados por el proceso de feudalización, lo cual lleva a reconocer la independencia de las ciudades con fundamento en la Constitución municipal Romana, proceso adelantado tanto en Italia

como en Alemania y Francia, mediante las denominadas cartas o fueros, lo cual condujo a la atomización del poder feudal. Y, finalmente, la Iglesia, con su vocación universalista, monista y autoritaria, con el muy significativo hecho de dominación sobre la existencia humana, termina sometiendo al Estado feudal, el cual carece para entonces de dichos elementos, aunados a la indiferencia del individuo por la estatalidad. El mérito de Jellinek reside en mostrar ciertos elementos que en un momento avanzado de la época feudal, prefiguran rasgos que contribuirán inevitablemente al derumbe de esta etapa, como es la paulatina limitación del poder mediante la sensibilización de sus derechos por la llamada comunidad política, consagrada también por autores como Fioravanti tal como se registró en otro apartado de los presentes apuntes.

11.2.3 Estado Capitalista

Previamente debe analizarse el denominado Absolutismo Monárquico, por cuanto si bien es cierto reemplaza el Estado estamental y según algunos autores como Echeverry (2002), por ejemplo, lo ubiquen como la última fase del Estado feudal, su auge al amparo de las teorías de la soberanía absoluta de Bodino y de Hobbes, así como su disolución frente al estado liberal de Derecho, ocurre en el desarrollo del Estado moderno que se suele ubicar a partir del siglo XV por un sector importante de los historiadores. De igual forma, la referencia será necesariamente breve por cuanto en el apartado correspondiente a las fases del Constitucionalismo moderno, se abordó su estudio y a ese capítulo remitimos a los lectores.

Absolutismo monárquico:

Con este término no sólo se identifican los regímenes de los Estados Europeos de los siglos XVI al XVIII que coinciden con los Estados-Nación, según Naranjo Mesa, caracterizados por la concentración del poder en cabeza del monarca, sino en general todas las organizaciones políticas de la antigüedad donde el poder estaba concentrado en una o unas solas manos. El absolutismo se consolida en la medida que el dualismo entre príncipes y estados del reino, fortalece la condición del monarca mediante la concentración del poder, que se convierte en el centro de gravedad del Estado (*L'état c'est moi*), la cual se expresa en la monarquía absoluta evocando la unidad de Roma. En tal virtud, la unidad interior de territorios, un ejército centralizado, una burocracia independiente del Estado, así como una administración de justicia sujeta al poder del monarca, termina solidificando la unidad estatal. Para tal efecto, sus principales rasgos se condesan siguiendo de nuevo a Echeverry (2002), en los siguientes términos:

Características:

- a) Poder ilimitado del monarca: Su principal fundamento ideológico lo constituyen los escritos de Bodino y Hobbes. Su posición acerca de la soberanía, le dispensa esa porción de legitimidad, por lo tanto, ese poder soberano es perpetuo (no está limitado en el tiempo), es Inalienable (no puede ser despojado), es suprallegal (no sometido a leyes, él es el “hacedor” de ellas), es irresponsable (no rinde cuentas).
- b) Centralización política: Dicho proceso se llevó a cabo mediante el sometimiento de los poderes locales (Señores feudales) al poder real, unificando lengua, religión, costumbres en países donde el afianzamiento de los Estados-Nación, como Francia, España, Inglaterra, contribuyó a la definición de unos patrones culturales.
- c) Poder Nacional: Es el poder político centralizado en el monarca, propiamente público, institucional, estatal, por oposición a lo privado imperante en los usos y costumbres feudales.
- d) Poder burocratizado: Supone una red de funcionarios en todo el territorio, quienes actúan como agentes del poder real, con competencias señaladas por el rey, por ello no actúan como gobernantes, pues gobernante sólo es el rey.
- e) Poder Legal: Está sustentado en el Derecho Romano justiniano que no eliminó los lazos feudales, sino que los reforzó para el príncipe: El territorio (Estado-Nación) era propiedad exclusiva real (Derecho “quiritario” romano=ciudadano), la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley (*quod principit placuit legis habet vicent*, está libre de obligaciones legales. En su voluntad arbitraria desconocía los privilegios medievales y el derecho consuetudinario.
- f) Ejército Nacional: Frente a los condicionamientos de los barones para facilitar sus ejércitos, se conformaron ejércitos pagados por la hacienda real al servicio del monarca, sometiendo a la nobleza al poder centralista del monarca absoluto.

Por su parte el **Capitalismo** como modelo económico se afianza en el Estado moderno Occidental. Coincide buena parte de la doctrina en caracterizar el Estado moderno a partir de la disolución de la dualidad entre gobernantes y gobernados, por una parte y, de otro, el poder espiritual y el poder temporal, permitiéndole conseguir la unidad a lo cual contribuye

eficazmente la reforma protestante.

Los procesos revolucionarios (de Inglaterra en el siglo XVII, de Norteamérica y Francia en el siglo XVIII) y los levantamientos de 1848, contribuyeron a consolidar la unidad del Estado moderno y a definir sus principales rasgos: “La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado moderno, y lo que los separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado” (Jellinek, 2000, p. 313, 314).

Características:

- a) Separación funciones poder político (legislar, ejecutar, juzgar), a partir de la formulación de la tridivisión de los poderes de Montesquieu y que antes estaban concentrados en el monarca.
- b) Carácter electivo y periodos fijos para cargos preeminentes, con la aclaración que originalmente el sistema electoral era “censitario”, pues los derechos a la conformación y ejercicio del poder estaban limitados a determinados grupos de individuos.
- c) Régimen de derechos y libertades de las personas (bills-leyes-de-derechos, declaración de derechos del hombre y del ciudadano y las primeras diez enmiendas de la Constitución de Filadelfia).

12. ELEMENTOS DEL ESTADO

12.1 Generalidades

En términos generales se asume por la doctrina que el componente humano (para algunos pueblo, población, Nación), el componente espacial o físico y el poder público (para otros gobierno, soberanía, autoridad) constituyen los elementos del Estado moderno. Sin embargo, un sector importante de tratadistas admiten un cuarto elemento propio del mundo globalizado como es el del reconocimiento internacional.

Siguiendo a Vila (2007), es preciso señalar que no existe unanimidad en la doctrina para su denominación, es decir, se suelen llamar elementos del Estado, elementos constitutivos del Estado, elementos esenciales del Estado, condiciones de existencia del Estado, presupuestos esenciales del Estado, etc., con lo cual se evidencia, sin embargo, que sin ellos difícilmente podría existir el Estado o podría llegar a existir, advirtiendo que históricamente se ha hablado de Estado sin la presencia de uno de sus elementos, como en el caso de Kurdistán (cuyo territorio está repartido

entre varios Estados de Asia menor, entre ellos Turquía, Irak, Irán y Siria y, donde a pesar de poseer actualmente más de 22 millones de personas y un territorio, carece de poder político autónomo, lo cual explica su lucha armada) o Palestina (de conformidad con los acuerdos de Oslo de 1993 entre Israel y la Organización para la liberación de Palestina OLP, existe una Autoridad Palestina de Cisjordania y Franja de Gaza, la cual maneja ciertos aspectos políticos y administrativos en una zona no sujeta a la soberanía Israelí), al cual no puede señalársele como Estado si no cuenta con un territorio definido ni con el reconocimiento internacional.

Con las anteriores aclaraciones, se examinan cada uno de los elementos constitutivos del Estado, terminología que se acoge por responder con más rigor a los propósitos didácticos de los presentes apuntes, apelando fundamentalmente a las elaboraciones de la doctrina Nacional.

12.2 El territorio

Jellinek (2000), lo refiere como el espacio geográfico hasta dónde puede llegar la actividad del poder del Estado. Además, el territorio supone necesariamente límites, lo cual conlleva complejidades por la indefinición de las fronteras entre Estados y por la existencia de otros componentes como consecuencia de los avances tecnológicos y científicos que dificultan los consensos y aumentan las tensiones. El territorio es, de cualquier forma, un elemento integrador, es el lugar donde comparten los individuos, donde se genera la convivencia y donde se afianza la comunidad, todo lo cual posibilita el surgimiento de la Nacionalidad. Desde la óptica jurídica, el territorio es el espacio donde el Estado puede desarrollar su actividad, o sea, la del poder público. En este sentido jurídico, el poder público en el territorio se expresa de una doble manera: una negativa, que prohíbe a otro poder ejercer autoridad dentro del territorio del Estado sin su consentimiento y, una positiva, en el sentido que todos los habitantes del territorio del Estado quedan sujetos al poder del Estado.

Una interesante controversia gira en torno a la distinción entre dominio e imperio, a propósito del territorio como elemento del Estado: “Jamás puede, pues, el Estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad. El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, *dominium*, sino *imperium*. El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres; de aquí que una cosa sólo pueda estar sometida al *imperium*, en tanto que el poder del Estado ordene a los hombres obrar de una cierta manera

con respecto a ella” (Jellinek, 2000, p.371, 372). Aunque sin que existan grandes consensos sobre el tema, Colombia postula en el artículo 102 de la C. N. que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación, como ocurre también con los bienes fiscales. La Asamblea Nacional Constituyente no incorporó al Estado sino a la Nación como dueña del territorio para darle una connotación alejada del derecho de propiedad, según Vila (2007), es la teoría del dominio eminente lo cual no significa que el Estado sea dueño del territorio, en el sentido del derecho de dominio patrimonial; en este sentido el dominio eminente no se puede confundir con el derecho de dominio patrimonial que ejercen sobre partes del territorio tanto los particulares como el propio Estado.

Finalmente debe observarse, como lo refieren la mayoría de tratadistas, que el concepto de territorio como elemento del Estado es una noción definitivamente moderna, desconocida en el mundo antiguo, donde el elemento fundamental era la población. Seguidamente se examinan los distintos componentes del territorio a partir de la concepción tridimensional formulada por Kelsen y los demás elementos que cada una comporta.

12.2.1 Lo terrestre, lo marítimo y lo aéreo

En torno a la definición Kelseniana suelen también coincidir los autores al otorgarle al territorio un espacio tridimensional, el cual comporta lo terrestre, lo marítimo y lo aéreo. Sin embargo, algunos países son más exhaustivos al definir su territorio, como sucede con Colombia, cuando en su art. 101 de la C. N. consagra como parte de su territorio el suelo, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria y el espectro electromagnético y el espacio donde actúa; algunos de ellos se relacionan en el examen a la fórmula tridimensional anteriormente indicada.

12.2.2 Lo terrestre

El componente terrestre está determinado por el suelo que se define como el espacio físico donde el Estado ejerce soberanía, está delimitado por fronteras, tanto naturales como artificiales, puede ser continuo o discontinuo como cuando el Estado posee islas. A pesar de las controversias limítrofes vigentes en los países latinoamericanos, las mismas han sido morigeradas en relación a los conflictos bélicos por las mismas circunstancias suscitados en Europa, en razón a la existencia desde los albores de la gesta emancipadora, del principio *Uti possidetis juris* de 1810. Dentro del ámbito terrestre, así mismo, se incorpora el subsuelo, el cual representa perspectivas económicas para los Estados por las riquezas na-

turales que conserva y cuya explotación pertenece a cada uno de ellos; el subsuelo se define como la porción del suelo que se prolonga verticalmente hasta el centro de la tierra en forma de cono.

12.2.3 Lo aéreo

El componente aéreo, mientras tanto, está comprendido por el espacio aéreo que es la atmósfera que cubre el territorio del Estado, el cual no puede confundirse con el aire pues gozan de características disímiles; es también considerado el espacio aéreo una columna imaginaria y vertical que se levanta desde el suelo, incluyendo no sólo el territorio continental sino las aguas territoriales adyacentes a ellas, dentro de dicho espacio se realiza la navegación aérea, las telecomunicaciones y la expresión contemporánea de otros conceptos como la órbita geoestacionaria y el espacio electromagnético.

El incremento de la explotación del espacio aéreo, demandará de la comunidad internacional la celebración de convenios delimitadores, pues actualmente no existen consensos sobre la altura del espacio soberano de los Estados, sino tan sólo algunas teorías que establecen con diversas consideraciones, alturas que van desde los 20 hasta los 800 kilómetros.

12.2.3.1 El segmento de la órbita geoestacionaria

El segmento de la órbita geoestacionaria es un recurso natural propio de los países ecuatoriales como Colombia, Ecuador, Brasil, Indonesia, El Congo, Uganda y otros países, el cual, no obstante, no goza de reconocimiento normativo internacional. Se trata de un fenómeno en forma de anillo que se extiende por la línea ecuatorial, realizando la misma velocidad de la órbita de la tierra, a una altura de 35.786 kilómetros por 150 kilómetros aproximadamente de ancho y con un espesor de 30 kilómetros. La órbita sincrónica geoestacionaria es un recurso escaso y congestionado por cuanto ofrece bondades tecnológicas de todo tipo: “permite 24 horas de servicio continuo en labores como telecomunicaciones, meteorología, detección de recursos naturales y observación científica. Una ventaja aún mayor de un satélite geoestacionario, es la posibilidad de transmisión de energía solar, lo que no es posible con satélites situados en otras órbitas” (Vila, 2007, p. 322). Colombia consagra como parte de su territorio en el artículo 101 de la C. N., el segmento de la órbita geoestacionaria.

12.2.3.2 El espectro electromagnético

Por otra parte, Colombia también considera como parte del territorio el

espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con lo establecido por el artículo 101 de la C. N. y por el artículo 75 de la carta cuando prescribe que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se define como “el conjunto de ondas electromagnéticas que van desde las de menor longitud de onda, como los rayos cósmicos, los gamma y los rayos X, pasando por la luz ultravioleta, la luz visible y los rayos infrarrojos, hasta las ondas de mayor longitud que son las ondas de radio” (Vila, 2007, p. 323).

12.3 Lo marítimo

Finalmente, el componente marítimo, está comprendido por el mar territorial y la plataforma submarina las cuales comportan las aguas costeras, el lecho del mar y subsuelo submarino. Debe aclararse, no obstante, que en la actualidad existen una serie de reglamentaciones en relación con el derecho ejercido por los Estados sobre el mar y sus zonas costeras, en virtud a la notable fuente de recursos naturales que representa, lo cual permite hablar modernamente del derecho del mar. El dominio marítimo se ejerce sobre espacios como el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental.

12.3.1 El mar territorial

El mar territorial es la franja de aguas que bordea las costas de un país y sobre la cual ejerce dominio el Estado litoral. Originalmente surgió como un concepto militar, de defensa y, luego, como un derecho carácter económico. En su extensión no hay unanimidad: tres millas náuticas (distancia que en el siglo XVIII alcanzaba la bala de un cañón, o sea, 5,556 Km., por eso su índole militar), 200 millas reclamadas por los países subdesarrollados, 12 millas reconocidas por los países desarrollados y que según la Convención sobre el derecho del mar, en su artículo 3°, es la extensión acordada desde 1982, la cual comprende también el espacio aéreo, el suelo y el subsuelo marítimos. Colombia ha establecido en la ley 10ª de 1978 que el mar territorial corresponde a una anchura de 12 millas marítimas o su equivalente a 22 kilómetros 224 metros, comprendiendo la soberanía el lecho y el subsuelo marino.

12.3.2 La zona contigua

Es una franja de mar contigua al mar territorial. Fue en la convención de Montego Bay (Jamaica, suscrita en diciembre de 1982 y conocida como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), cuando en su artículo 33 declaró que la extensión de la zona contigua no excedería las 24 millas náuticas, contadas desde las líneas de base del mar territorial, es decir, que tiene realmente una extensión de 12 millas náuti-

cas. En dicho espacio puede el Estado ribereño adoptar medidas fiscalizadoras tales como prevenir y sancionar infracciones de las leyes aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias.

12.3.3 La zona económica exclusiva

En la misma convención de Montego Bay de 1982 y después de dilatadas discusiones, se acordó a través de los artículos 55 y 56, un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico que le permite al Estado soberano la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos del lecho y del subsuelo del mar y aguas suprayacentes, así mismo, su derecho se extiende a la exploración y explotación económicas como la producción de energía del agua, de las corrientes y de los vientos. Igualmente, tiene jurisdicción el Estado ribereño para el establecimiento y utilización de islas artificiales, la investigación científica marina y la conservación y protección del medio marino. Finalmente, la extensión de la zona económica contigua no puede exceder las 200 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial. Tanto los Estados ribereños como no ribereños tienen establecidas obligaciones como derechos; para los Estados no ribereños existen derechos en dicha zona tales como son la navegación y el tráfico aéreo, tendido de cables y tuberías. Colombia, inclusive antes de la aprobación de la Convención de Montego Bay en 1982, adoptó unilateralmente como aconteció con su mar territorial, a través de la referida ley 10ª de 1978, no sólo las 200 millas náuticas sino sus contenidos básicos.

12.3.4 La plataforma continental

Es la prolongación del territorio que se encuentra cubierto por el mar y que se adentra hasta el talud o borde exterior del margen continental que se presenta generalmente a los 200 metros de profundidad, aunque también lo hace a 600 metros de profundidad. Esta prolongación del continente que se interna dentro del mar participa de similares características a las de la tierra firme, esta homogeneidad entre tierra firme y el suelo y subsuelo marítimos llamada plataforma continental, también se le denomina “zócalo submarino”. De acuerdo con el artículo 76 de la Convención de Montego Bay, la prolongación natural del territorio que se adentra en el mar y conocida como plataforma continental se extiende a las 200 millas náuticas y, en todo caso, no más allá de 350 millas marinas. En dicha extensión el Estado ribereño ejerce soberanamente según el artículo 77 de dicha Convención, la explotación de los recursos naturales que comprenden los recursos minerales y otros recursos no vivos del mar y del subsuelo, así como especies vivas sedentarias.

12.4 La Población

12.4.1 Definición

Es un conglomerado humano, social, política y jurídicamente constituido que incluye a la totalidad de habitantes, tanto nacionales como extranjeros, domiciliados o transeúntes. Es considerado como el elemento humano del Estado, donde convergen intereses individuales y colectivos.

No obstante las distinciones realizadas en otro apartado del presente texto entre el Estado y otros términos, es bueno precisar tal como lo asegura un sector de la doctrina, que es, hasta cierto punto, inútil la distinción entre sociedad, población, pueblo y nación. Para algunos tratadistas importa conocer el proceso de formación de las sociedades modernas, apelando a la descripción y caracterización de esas primigenias organizaciones como son la familia (donde el rasgo distintivo era la autoridad del padre), la horda (que se distinguía entre otras cosas por la promiscuidad, por ser nómadas y un definido sentido de la defensa), el clan (cuya característica era el sedentarismo y las labores agrícolas), la tribu (sus peculiaridades se referían a la división de la tierra y el trabajo y a una esmerada organización política), posteriormente aparece y se consolida la ciudad, surgiendo finalmente la nación.

12.4.2 Conformación de la población

Recordando las precisiones realizadas en el acápite correspondiente a la distinción del Estado con otros términos, convenimos en afirmar que la población está conformada por todos los habitantes permanentes o transeúntes, sean nacionales o extranjeros.

Los Estados prevén generalmente la sujeción de la población a sus normas, tal como acontece en Colombia cuando la Constitución de 1991, establece en su artículo 4°, el deber de nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y la ley, así como la obligación de respetar y obedecer a las autoridades.

12.4.3 La Nación

12.4.3.1 Generalidades

La nación germina en la época feudal, se consolida con el movimiento románticista el cual pregonaba y reivindicaba los derechos de fantasía, un volver a los sentimientos, a la aventura, a la pasión, propios del siglo

XVIII, es, en fin, un movimiento contra la “razón”, bastión de la ilustración. La idea de Nación corresponde al Estado liberal cuando se discutía sobre la titularidad del poder soberano, consumándose cuando se desplaza la soberanía popular por el concepto de Nación, como concepto abstracto de representación de la sociedad entera, en su conjunto, en su indivisibilidad y no referido a mayorías y minorías, propios de las definiciones y tensiones del poder. En este sentido, la patria con su sentido anímico e interior es la encarnación de la nación en la simbología representada en el honor, la soberanía y el poder a través del tiempo.

Para indagar por los elementos comunes que permiten identificar la Nacionalidad, dos escuelas particularmente se ocupan del asunto: la escuela Germánica, cuyo fundamento radica en los componentes étnicos como la raza, la religión y la lengua. Dicha doctrina tuvo especial relevancia en la época del nacionalsocialismo, actualmente enervada por la mezcla y proliferación de razas y religiones. De otra parte, la escuela latina invoca elementos comunes como el pasado histórico, la cultura, las costumbres, los anhelos colectivos y, en general, las identidades espirituales producto de ese ethos que permite distinguir una Nacionalidad de otra. Ahora bien, los Estados han dispuesto jurídicamente la distinción entre Nacionales por nacimiento y Nacionales por adopción. Para definir los nacionales por nacimiento, tradicionalmente se consideran los siguientes tres instrumentos:

- a. *Ius sanguinis*: Se define la nacionalidad por los vínculos de consanguinidad, este derecho por la sangre se contrae especialmente a los ascendientes cuando sean nacionales del correspondiente Estado.
- b. *Ius soli*: La nacionalidad se define por el lugar nacimiento. Es decir, es el llamado derecho por el suelo y se obtiene a partir del nacimiento en un determinado Estado.
- c. *Ius domicili*: La nacionalidad se adquiere por el domicilio o residencia. Es el llamado derecho por el domicilio, el cual se entiende en países como Colombia como la residencia con el ánimo de permanecer en ella, de acuerdo con el Código Civil (artículo 2° ley 43 de 1993).

Los antedichos mecanismos son combinados por los Estados para definir a sus nacionales por nacimiento. Colombia en su artículo 96 de la C.N. determina los siguientes casos para responder al interrogante de quiénes

son nacionales Colombianos:

- a. Los nacidos en Colombia de padre o madre Colombiana (ius soli-ius sanguini).
- b. Los nacidos en Colombia de padres extranjeros, siempre que alguno de ellos estuviere domiciliado en Colombia en el momento del nacimiento (ius soli-ius domicili).
- c. Los hijos de padre o madre Colombianos que naciendo en el extranjero, luego se domiciliaren en Colombia (ius sanguini-ius domicili).

Mientras tanto, la nacionalidad por adopción se obtiene mediante la satisfacción de algunos requerimientos diseñados por cada Estado de acuerdo con sus conveniencias. Los nacionales por adopción disfrutan, en general, de los mismos derechos establecidos para los nacionales por nacimiento, sin embargo, se suelen restringir el ejercicio de algunos de ellos como ocurre con los derechos políticos, para los que existen ciertas limitaciones como acontece en Colombia. En nuestro país la Constitución Nacional señala los nacionales por adopción de la siguiente forma:

- a. Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción.
- b. Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron.
- c. Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos (Art. 96).

Dos aspectos merecen destacarse en la legislación Colombiana y son el reconocimiento de la doble nacionalidad y el principio de reciprocidad. Lo primero se precisaba ante el desplazamiento de numerosos colombianos hacia el exterior por diversas circunstancias: sociales, políticas y económicas, entre otras. La principal motivación para reconocer la doble nacionalidad, consiste en que dichos Colombianos pueden regresar en cualquier momento y que la emigración a otros países en buena medida se realiza por necesidad sin que exista interiormente la intención de abandonar la nacionalidad colombiana, para tal efecto se consagró el principio de reciprocidad consistente en que los nacionales por adopción no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. De otro lado, el principio de reciprocidad se consagra cuando se concede la na-

cionalidad para los habitantes de países latinoamericanos y del Caribe, así como para los indígenas que habitan en zonas de fronteras, siempre que existan idénticas condiciones de tratamiento para los nacionales colombianos en dichos países.

12.5 Poder

Diversas manifestaciones tiene el poder, sin embargo, el poder que es anterior al Estado, es decir, el poder que constituye la estructura del Estado, en otros términos el poder público, según Naranjo (2003), se identifica por dos elementos que le son propios: la dominación, definida como la capacidad material del gobernante de hacer cumplir las decisiones a los gobernantes (dependiendo de su intensidad hablamos de un sistema autoritario o despótico o democrático) y la competencia, definida como la aptitud reconocida al gobernante para adoptar sus decisiones. En tal virtud, poder político o poder público como el que se ejerce desde el Estado, vinculando tanto a gobernantes como gobernados es el que se desarrollará seguidamente.

12.5.1 Teorías sobre el origen del poder político

Muchas teorías informan el origen del poder, comunes al origen del Estado en su mayoría, como son las teocráticas, contractualistas o populares. Sin embargo, en dos grandes teorías se suelen ubicar las concepciones acerca del origen del poder político:

a. Origen divino del poder.

Muchos son los autores que han sustentado el fundamento del poder político en la divinidad. Entre ellos, sin lugar a dudas, San Agustín enseñaba que la natural maldad del hombre demanda la existencia de la fuerza, del terror, de la espada, con la finalidad de contener las pasiones del hombre, inclinado al mal y al pecado. San Agustín destaca que el hombre es ciudadano de dos ciudades, la terrenal y la celestial; la primera se contrae al poder temporal y, la segunda, al poder espiritual.

Por su parte, Santo Tomás, después de la oposición de la iglesia, adaptó y adoptó el pensamiento Aristotélico para sustentar su teoría del origen divino del poder, doctrina que serviría de soporte a la teoría del derecho divino de los reyes, fundamento del absolutismo monárquico surgido en el siglo XV.

b. Origen Popular del Poder:

Si el poder se establece para beneficio de la comunidad, ella participa en su organización, funcionamiento, es la fuente no mediata sino inmediata del poder, los gobernantes reciben el poder del pueblo. Dicha teoría fue acogida por los Estados Unidos de Norteamérica mediante la declaración del buen pueblo de Virginia en 1776, consignada definitivamente en la Constitución de Filadelfia de 1787, así mismo, fue proclamada por la revolución francesa de 1789 y, posteriormente, extendida a las nuevas repúblicas hispanoamericanas. Contemporáneamente, el Constitucionalismo liberal lo ha incorporado como principio básico dentro de su fundamentación teórica, así como está considerado como soporte de la democracia representativa tanto en las sociedades liberales como en las democracias socialistas.

c. Poder y política.

El poder se ha definido de forma general como los medios para obtener una ventaja (Hobbes), o como los medios que permiten obtener los efectos deseados (Russell), lo cual conduce a definirlo, según Bobbio (2003), como la relación entre dos sujetos en la que uno impone al otro la voluntad propia y determina contra la de aquél su comportamiento. Imprescindiblemente el poder se encuentra vinculado con la política, asumiéndola como una forma propia de la actividad humana, cuya fuente la hallamos en la Antigüedad, puntualmente con Aristóteles en su obra "La política", en el sentido de vincularse con la polis, es decir, con la ciudad y la implicación que su uso tenía para los griegos: ciudadano, social, civil, público. Más adelante la connotación dada al poder atañe directamente al Estado como forma de organización social y política. Por eso la política, en un sentido general, constituye la expresión de la toma y ejercicio del poder último (supremo o soberano, de acuerdo con Bobbio), sobre una comunidad de individuos localizados en un determinado territorio.

La estrecha relación entre el poder y la política postulada por Bobbio (citado en Agudelo, 2006), lo convierten en un realista y en un radical de la política. El poder es la capacidad que tiene un individuo de influir en otro, lo cual determina la relación entre gobernantes y gobernados, por eso la relación de poder es una relación típicamente política. Bobbio es contundente al afirmar que el alfa y omega de la teoría política es el problema del poder. Interesa saber del poder, en consecuencia, cómo se adquiere, cómo se conserva y cómo se pierde, cómo se ejerce, cómo se defiende y

cómo nos defendemos de él. Bobbio, desarrolla magistralmente esta temática conduciéndola a un plano realista: la obediencia y la desobediencia al poder o, en otros términos, examinado desde dos puntos de vista distintos y opuestos, *ex parte principis* o *ex parte populi*.

La justificación consecuente dada por Bobbio (2003) es como sigue: por un lado Maquiavelo, la teoría de la razón de Estado, la teoría del Estado-potencia, la teoría del dominio de una minoría (burguesía), es decir, la vocería y la defensa de los intereses del Estado, de la nación como bien supremo (fingiendo ser defensores o ser portadores de esos intereses), en síntesis el deber de obediencia al Estado. En el lado opuesto, Rousseau, la teoría de los derechos naturales y el Constitucionalismo, la teoría de la soberanía popular, la teoría de la dictadura del proletariado según Marx y Lenin, es decir, la vocería y la defensa del pueblo, hablando en nombre del anti-Estado o del Estado del porvenir, en síntesis el derecho de resistencia (o a la revolución).

12.5.2 Resistencia. Desobediencia civil

De acuerdo a Baca (1998), Bobbio es un intelectual comprometido y, como tal, permite evidenciar la relación entre política y cultura, referido a un momento particular de tensión en el ejercicio del poder como fue el siglo XX, por la presencia del nazismo y del fascismo Europeo, que con ciertos matices movilizó a los intelectuales para combatir dichos movimientos. El derecho de resistencia contra la opresión, a propósito de aquellos acontecimientos, es planteado por Bobbio, combinando la teoría con la praxis, el pensamiento con la acción, la política con la cultura. El análisis del contexto histórico que transcurre entre las dos guerras mundiales y la función política de los intelectuales, es aprovechada por algunos analistas para realizar clasificaciones, como la expuesta por Baca (1998), cuando señala las siguientes: el intelectual puro, dentro del cual se ubican pensadores de la talla de Julien Brenda y Benedetto Croce, para quienes la labor del intelectual es eminentemente espiritual y no política; el intelectual con compromiso parcial, donde se localizan pensadores como Karl Mannheim y José Ortega y Gasset, cuya función es teórica, pero mediatamente política y educadora de masas; en tercer lugar el intelectual revolucionario, representando en la prominente figura de Antonio Gramsci, cuya función es ante todo política y cultural y, por último, el filósofo militante, representado en Carlo Cataneo, donde se reconoce la función política, pero no la de los gobernantes sino de la cultura, propicia para los tiempos de crisis.

Queda claro en la cultura y la intelectualidad Europea del siglo XX, la

presencia de la resistencia civil. Parecería ser que el tema tiene sus altibajos y se manifiesta a propósito de los avatares opresivos del poder a través de la historia, en los momentos de crudas arbitrariedades del poder. La base del planteamiento del problema de la resistencia y de la desobediencia civil, parte del deber de obedecer las leyes por parte de toda persona, lo cual se denomina obligación política.

La desobediencia civil como una de las formas de resistencia se materializa por una conducta contraria a una ley o varias leyes, es decir, por un desafío a la autoridad. Así mismo, es pública, es inherente a la conciencia, mientras que la desobediencia común es secreta y, por esto, debe ser reprimida. Además, la desobediencia civil como una de las múltiples formas de resistencia a la ley, se distingue de las otras por ser una acción de grupo y por la no violencia.

El argumento para la desobediencia civil es, según Bobbio (1997c), el siguiente: “el deber (moral) de obedecer a las leyes existe en la medida en que el legislador respeta el deber de promulgar leyes justas (esto es, conformes a los principios del derecho natural o racional, a los principios generales del derecho o como quiera llamárselos) y constitucionales (esto es, conformes a los principios esenciales y a las normas formales previstas por las constituciones)” (p. 116, 117). Las circunstancias motivadoras de la desobediencia civil o la consideración de la inexistencia de la obligación o el deber de obedecer la ley son la ley injusta, la ley ilegítima (promulgada por quien no tiene poder para ello) y la ley no válida o anticonstitucional. En los precitados casos la ley no es auténtica en la sustancia (para el primer caso) y formalmente (para el segundo y el tercer caso).

Bobbio (1997c) finaliza en una interesante reflexión sobre la diferencia de la resistencia (y su especie más importante: la desobediencia civil) de la contestación, manifestando su extrañeza por la falta de interés de un asunto actualmente trascendente, consciente de la falta de nitidez de las diferencias que se presentan en la práctica, mientras claras aparecen en la teoría. La mejor forma de comprender el fenómeno, de acuerdo a Bobbio, es apelando a los contrarios de cada uno de los términos: lo contrario de la desobediencia es la obediencia, lo contrario de la contestación es la aceptación. La desobediencia significa una ruptura, una rebelión, la revolución, en ella se asume una actitud activa. Mientras tanto, la contestación es de carácter ideológica, es una protesta verbal, una crítica, la posición contestaria se desarrolla habitualmente en la asamblea, en el foro. Reconoce, no obstante, Bobbio (1997c) que la contestación suele terminar con episodios de desobediencia civil, como también reconoce

que quien acepta un sistema lo obedece, pero “también se puede obedecer sin aceptación (la mayor parte de los ciudadanos obedece por inercia, por costumbre, por imitación o por un vago temor a las consecuencias de una posible infracción, sin por ello estar convencidos de que el sistema que obedece sea el mejor de los posibles)” (p.123, 124), lo cual es definitivamente cierto.

12.5.2.1 La resistencia actualmente

La concentración del poder se verifica cuando existe el monopolio del poder coactivo (el verdadero poder político), el poder económico y el poder ideológico, lo cual ha acontecido en distintos momentos de la historia política de las sociedades, despertando seguramente oposición y resistencia en sectores disidentes de la sociedad. No obstante, Bobbio (2003) advierte que la resistencia pierde algo de interés en el siglo XIX y consigna dos razones principales:

a. Ideológica

La ilusión decimonónica de la teoría política que creía en el agotamiento o extinción gradual del Estado, frente a fenómenos como la desconcentración del poder y su desmonopolización, tanto ideológica como religiosa y económica con la formación de empresarios independientes, factores todos (contrarios al pensamiento de los grandes filósofos del Estado moderno como Hegel, Kant, Rousseau que consideraban al Estado como el dominio de la razón en la historia), que redundarían en una supremacía de la sociedad civil sobre el Estado, fue una idea común en ciertos sectores de entonces.

b. Institucional

El Estado liberal, después democrático, se caracterizó por la acogida de las exigencias de la burguesía bajo la forma de un proceso de Constitucionalización del derecho de resistencia y a la revolución, a través del discurso del abuso de poder y la falta de legitimación del mismo. La Constitucionalización se dio a través de la separación de poderes y la subordinación de todos los poderes al derecho (Constitución). Se obtiene la Constitucionalización de la oposición como garantía a la usurpación del poder legítimo, es decir, se vuelve lícita la formación de un poder alternativo dentro de las reglas de juego y, de otro lado, la instauración de la investidura popular del gobernante y la periodicidad de su elección mediante la extensión del sufragio masculino y femenino, se constituyen en remedios contra los abusos del poder. El sufragio universal Constitucionaliza el poder del pueblo a deponer sus gobernantes que, anteriormente, estaba

reservado al hecho revolucionario.

Toda esta parafernalia que anunciaba la extinción del Estado no se ha cumplido, por el contrario lo sucedido en la actualidad, según Bobbio (2003), es lo siguiente:

- a) El desarrollo de la sociedad industrial no ha disminuido las funciones del Estado sino que se han incrementado.
- b) En los países socialistas, la desaparición del Estado ha quedado, de momento, abandonada.
- c) Las ideas libertarias (del Estado) alimentan algunos pequeños grupos de utopistas sociales sin ser verdaderos partidos políticos.
- d) La pretendida desmonopolización del poder económico e ideológico se manifiesta ahora inversamente como una remonopolización del poder económico (concentración de empresas y bancos) y formación de grandes partidos de masas.

Una nota marginal merece el último punto, en el aspecto de la democracia participativa, el ideal del poder de todos, el Estado basado en el consenso, los ideales rousseaunianos de libertad como autonomía y participación popular en los Estados democráticos reales, por cuanto están en crisis por lo menos por tres razones, dice Bobbio (2003):

- a. La participación se agota en la conformación de la voluntad de la mayoría parlamentaria, que ya no es el centro de poder real.
- b. La participación se limita a legitimar una clase política restringida que persigue su autoconservación.
- c. La participación se distorsiona por la manipulación informativa (propaganda) de las poderosas organizaciones religiosas, de partido, sindicales (de algunos de los llamados aparatos ideológicos del Estado). Además la participación no es directa, ni eficaz, ni libre.

Entonces en la actualidad donde se había constitucionalizado el derecho de resistencia, retornan las crisis (que iban de la obediencia pasiva al tiranicidio), que hoy van de la desobediencia civil a la guerrilla. Hoy lo que se aspira a derrocar no es la forma de Estado sino la forma de sociedad,

cuyas instituciones políticas son solo uno de sus aspectos, pues también se ha invertido la fórmula hobbessiana de que todos los Estados son buenos por el hecho de serlo, por todos los Estados son malos por el hecho de serlos. Bobbio (2003) asegura que la diferencia radica en que las viejas teorías discutían sobre la licitud o ilicitud de la resistencia, es decir, de lo jurídico, hoy se habla de su oportunidad o de su eficacia o su fin, o sea, en términos políticos (más maquiavélica o marxiana o leniniana – el fin justifica los medios). Finalmente, los dos caminos (resistencia, revolución) persiguen el mismo fin (sociedad más justa, ni oprimidos ni opresores), solo que la no violencia permite construir una alternativa de sociedad no nacida en la violencia (aún contra la violencia institucionalizada, contra la violencia del sistema), que la nacida de la violencia que tendrá que seguir utilizando la violencia para conservarse. La sensibilidad del tema no exime un tratamiento franco, sin ambages retóricos, cuando contemporáneamente existen sociedades con violencias endémicas, como la Colombiana, que no ha conseguido hacer la catarsis a sus profundas desigualdades, uno de los factores desencadenantes de su inveterada violencia, acudiendo a un diálogo directo sobre sus causas o a instrumentos como la desobediencia civil (la no violencia) para promover la resolución definitiva de sus diferencias.

12.5.2.2 De la violencia o de la no violencia

Así como las antiguas teorías justificaban la guerra, las modernas también justifican la revolución. La justificación hoy de la resistencia tanto desde la óptica revolucionaria (cuya fuente es el marxismo-leninismo), como desde la desobediencia civil (cuya fuente es el ghandismo), se encuentran en la violencia y en la no violencia. Sin embargo, el camino de la no violencia colectiva, inspirada en la teoría y práctica de Ghandi, no siempre ha resultado una alternativa a la violencia, ante todo si se considera que la guerra como factor desencadenante de la misma, ha convivido en la sociedad a través de la historia como un fenómeno de apelación ineluctable para la resolución de los conflictos, especialmente los referidos al poder, así se trate de la llamada guerra justa (todas, en últimas tienen argumentos para su justificación) o la revolución justa. La pregunta según Bobbio (2000) sería: ¿es justificable la violencia? La repuesta es tan intrincada como intrincado es el tema de la violencia. Como en la historia de la filosofía el problema puede ser examinado *ex parte principis* o *ex parte populi* y la violencia estará justificada, en el primer caso, para conservar el poder y, en el segundo caso, para sustituirlo por otro o, como el propio Bobbio lo señala: “Se puede decir de otro modo que no hay una sola ética de la violencia, sino que existen dos, diametralmente opuestas e incompatibles: opuestas, porque una parte de la valoración positiva de

la estabilidad, la segunda de la valoración positiva del cambio; opuestas porque, apelando la una al orden contra el desorden, la otra al orden nuevo contra el orden antiguo, se refieren a valores opuestos” (p. 192). El debate depende en últimas de qué lado de la puerta se esté, parafraseando a Bobbio, si del lado del gobernante o del lado de los gobernados.

Como se advirtió líneas atrás, la no violencia tiene también su justificación y sus propósitos, empero el propio Bobbio (2000), acepta con cierta desolación la ineficacia de sus técnicas o la ineficacia de la no violencia como alternativa. Así se expresa:

En líneas generales, las técnicas de la no violencia colectiva se pueden separar en dos categorías, las que aspiran a actuar sobre el poder económico, como el *boicot*, el sabotaje, etc., y las que aspiran a actuar sobre el poder político, como la desobediencia civil. ¿Pero también en este caso se puede hablar, todo considerado, de una verdadera alternativa? Confieso que la experiencia histórica me sugiere una respuesta más negativa que positiva. El resultado que logran alcanzar generalmente, las distintas técnicas de la no violencia colectiva es paralizar, poner en dificultades al adversario, no ya reducirlo totalmente a la impotencia y mucho menos destruirlo. Sirven para hacer más difícil el alcance del objetivo ajeno antes que para perseguir directamente el propio objetivo y sustituirlo al del otro. A hacer el adversario inofensivo antes que a ofenderlo. A hacer el poder momentáneamente impotente más que a contraponerle otro poder. Ciertamente, existen situaciones en que el empleo de las técnicas de la no violencia representa la manifestación más intensa de resistencia por parte de una fuerza que se proclama revolucionaria (p. 200, 201).

No obstante, seguidamente se reconocen como ejemplarizantes las luchas y reivindicaciones de los movimientos obreros como manifestaciones evidentes de la no violencia.

12.5.2.3 Tipos de resistencia

Los criterios para identificar la resistencia, depende como se asuma la desobediencia:

- *Omisiva o comisiva*, esto es, no hacer aquello que está prescrito (por ejemplo, el servicio militar) o hacer aquello que está prohibido (el caso del negro que se sienta en un local público prohibido a las personas de color);
- *Individual o colectiva*, según la practique un individuo aislado (el

caso típico del objetor de conciencia, que generalmente actúa solo, en virtud del dictado de su propia conciencia individual) o un grupo cuyos miembros comparten los mismos ideales (son ejemplos las campañas de Ghandi para liberar a la India de la dominación Británica);

- *Clandestina o pública*, es decir, preparada y practicada en secreto, como ocurre, y no podría ser de otra forma, en el atentado anarquista, que ha de contar con la sorpresa, o bien proclamada antes de su cumplimiento, como sucede habitualmente con la ocupaciones de fábricas, edificios y escuelas, realizadas para conseguir la anulación de normas represivas o preclusivas que se consideran discriminatorias;
- *Pacífica o violenta*, es decir, practicada con medios no violentos, como las *sentadas* y, en general, todas las huelgas (se entiende que allí donde las huelgas son ilegales, aunque también donde son lícitas existen siempre ciertas formas de huelga que se consideran ilícitas) o con armas propias o impropias, como ocurre generalmente en las situaciones revolucionarias (nótese que el paso de la acción no violenta a la acción violenta coincide a menudo con el paso de la acción omisiva a la acción comisiva);
- *Parcial o total*, es decir, dirigida a cambiar una norma, un grupo de normas o todo el ordenamiento. Ejemplo típico de la primera es la objeción de conciencia a la obligación de prestar el servicio militar, especialmente en circunstancia excepcionales tales como una guerra que se considera particularmente injusta (por tomar un ejemplo reciente que ha traído a la palestra el problema con especial intensidad, la guerra de Vietnam). Ejemplo de la segunda es por lo general el acto revolucionario;
- *Pasiva o activa*, es pasiva la que se efectúa contra la parte preceptiva de la ley, no contra la parte punitiva; en otras palabras, la que se practica con la voluntad precisa de aceptar la pena que conlleva, y en cuanto tal, aunque no reconoce al estado el derecho de imponer obligaciones que van contra la conciencia, sí le reconoce el derecho de castigar la violación de las leyes; activa es la que se dirige al mismo tiempo contra la parte preceptiva y la parte punitiva de la ley, de modo que quien la practica no se limita a violar la norma, sino que intenta evitar el castigo por todos los medios” (Bobbio, 1997b, p. 119 a 121).

12.5.3 Formas o tipologías del poder

Existen, por lo tanto, desde la Antigüedad, diversas modalidades del po-

der. Aristóteles señalaba el poder del padre sobre los hijos el cual se ejercía en interés de los hijos (llamado paternalista, patriarcal), el ejercido por el amo sobre el esclavo, donde prevalecía el interés del amo (patronalista, despótico) y el del gobernante sobre los gobernados (político), donde el interés es el de ambos, el interés común, aunque sólo se manifestaba en las formas buenas de gobierno, por cuanto en las formas desviadas el interés era el del gobernante. Dicha distinción obedecía a criterios axiológicos antes que analíticos, pues Aristóteles diferenciaba el gobierno bueno del gobierno malo.

Con similares propósitos, modernamente Locke distingue el poder del padre sobre sus hijos, el del capitán de una galera sobre los remeros y el del gobierno civil; Bobbio asegura que dicha distinción coincide con el fundamento de las obligaciones, por cuanto el primero se funda en la naturaleza (*ex natura*), el segundo en el derecho de castigar (*ex delicto*) y el tercero en el consenso (*ex contractu*).

Desde otro plano, el poder existente en la sociedad puede denominarse como poder de hecho (o de facto), cuando se evidencia el predominio del elemento dominación, de la imposición de la autoridad mediante la fuerza, por ello surge desde sectores minoritarios cuando se imponen a través de la fuerza como los llamados golpes de Estado o golpes de cuartel. La otra forma es llamada poder de derecho, la cual se presenta cuando opera el consentimiento al poder por los gobernados, cuando las condiciones de mando y obediencia se dan calmadamente, es decir, cuando se acepta por los gobernados. Una postulación contraria puede generar la disolución del Estado. En teoría ese consentimiento se confiere a la institución (de poder) y no a su titular por los peligros que encarna. Una vez surtido ese consentimiento de los gobernados, las decisiones gozan de legitimidad.

En tal virtud, el interrogante que surge inmediatamente es: ¿Qué es legitimidad? El fundamento de la legitimidad reside en la coincidencia de las expectativas del conglomerado social y los objetivos del poder, es la legitimidad racional (también existe la carismática y la tradicional según Weber) o es la coincidencia de las decisiones de la autoridad y la idea de derecho válida para esa sociedad, por ello cuando la teoría indica el consentimiento al poder no se refiere a fundar el poder de derecho sino a ratificarlo, no para crearlo, puesto que si lo que se cuestionara fuera el poder de su titular sería demasiado frágil la conceptualización del poder.

12.5.4 Del poder político. Criterios para su distinción

Sin embargo, ninguna de las anteriores distinciones permite identificar plenamente el poder político, como una de las innumerables relaciones del poder. Bobbio (2003) postula algunos criterios para caracterizar el poder político como son:

- a. En primer lugar, la función que desempeña y, para tal efecto, se remite de nuevo al pensamiento Antiguo cuando, a través de metáforas, se describía el gobierno como modelo biomorfo (el gobierno funciona como el cuerpo humano, donde la mente o el alma funcionan como guía y los demás miembros como ejecutores), o como modelo tecnomorfo (el gobierno se asimila a los oficios como el del pastor que cuida el rebaño, el del navegante que guía la nave, el del auriga que lleva y controla los caballos, el del médico que cura los males y el del tejedor que trabaja las telas en la urdimbre y la trama);
- b. En segundo lugar, por los medios de que se sirve y, para el efecto, una de sus formas es el poder ideológico, consistente en la influencia que ejercen quienes por virtud del conocimiento y la apropiación de ciertos saberes cumplen la misión de cohesionar e integrar el grupo, así anteriormente en las sociedades arcaicas dicho poder lo detentaba el sacerdote o de los intelectuales o científicos en las sociedades modernas; otra forma es el poder económico, consistente en la posesión de ciertos bienes que inducen a quienes no los poseen a adoptar una determinada conducta; y, finalmente, el poder político, el cual se caracteriza por el uso de la fuerza, la cual es necesaria pero no suficiente, puesto que la fuerza como el despliegue de la coacción no puede existir sin un titular legítimo dentro del Estado, es el monopolio de la fuerza del Estado el que permite distinguir el poder político, complementado con la criminalización y penalización de quienes desconozcan los titulares de ese poder. Bajo esta premisa el poder político devela la existencia de clases dominantes, se da en sociedades desiguales y, señala Bobbio, se explicita a través de la guerra como expresión inequívoca del poder político.
- c. Finalmente, por los fines que persigue el poder, los cuales son tan diversos como recurrentes cuando señalan que persigue el bien común (p. 238, 239).

12.5.4.1 Características del poder político

El autor Colombiano Naranjo (2003), siguiendo a Hauriou y con la denominación de poder público para distinguirlo de otras formas de poder relaciona las siguientes características:

- a) Es un poder centralizado y superpuesto (por contraposición al po-

der fragmentado estamental), propio de los modernos Estados unitarios e inclusive de los federales, donde la centralización gana espacio cada día como USA y Alemania.

- b) Es un poder político, donde, sin embargo juega un papel determinante el factor económico sobre el proceso de producción y distribución de la riqueza, como lo enfatian muchos autores. Tres razones respaldan la condición de la esencia política: Es un poder de arbitraje, pues debe intervenir cada día más frente al desbordamiento individual; no es patrimonial, en la medida que no es el patrimonio del Estado el del gobernante como en las monarquías absolutas y, por último, las sanciones aplicadas por el Estado son jurídicas.
- c) Existe una supremacía del poder civil sobre el militar.
- d) Es un poder temporal (por oposición al poder espiritual de la iglesia).
- e) Tiene el monopolio de la fuerza (coerción) dentro del Estado, en donde las fuerzas armadas están sometidas al poder civil y político del Estado y sólo él puede administrar justicia.
- f) Es un poder soberano.

No obstante, otros autores relacionan otros rasgos que hacen del poder político un poder distinto a otras formas de poder. Es el caso del autor Colombiano Echeverry (2002), para quien la generalidad (existe para toda la sociedad), la supremacía en el sentido que todos están subordinados de manera absoluta al poder supremo del Estado, sin embargo, el autor admite los condicionamientos del poder sobre todo en la naciones débiles sujetas a las más poderosas), la coactividad (en el sentido que posee los medios persuasivos y disuasivos frente a quien desafíe su autoridad, es la organización de la violencia, a través del monopolio de la fuerza), la legitimidad (integrado por el conjunto de creencias y valores dirigidos a justificar el ejercicio del poder, que explica la obediencia y la aceptación del poder o el denominado consentimiento al poder, logrado a través de las ideologías políticas), su carácter “interesado” (en el sentido que el poder político responde a intereses económicos y particulares, generalmente a los de una clase, lo cual toca con la finalidad del poder. Se manda, se ordena para algo y para alguien) y, finalmente, la “perpetuidad” (tiene que ver con su continuidad, con su estabilidad, con su eficacia, en definitiva con su proyección en el tiempo).

Para terminar, el propio Bobbio (2003) considera como características del

poder político, las siguientes: la exclusividad, la cual supone por los detentadores del poder el rechazo a otros grupos que en lo interior quieran competir con el poder político y, en lo externo, a no consentir las agresiones o infiltraciones extranjeras; en segundo lugar, la universalidad, como la capacidad de los detentadores del poder de adoptar decisiones legítimas para la colectividad y, por último, la inclusividad, la cual supone la intervención en todas las esferas de la vida comunitaria a través de normas, tanto primarias (dirigidas a los miembros del grupo), como secundarias (dirigidas a los funcionarios autorizados para intervenir en caso de violación de las normas primarias).

13. FUNCIONES DEL ESTADO

13.1 Generalidades

Como toda organización, el Estado requiere de una voluntad que permita su actividad y esta voluntad unificadora no es otra que la voluntad humana. Así ha sido siempre desde las primitivas organizaciones sociales, inclusive antes de cualquier intervención jurídica. Para entonces, la acción del individuo se reputaba como acción del grupo. El desarrollo histórico y psicológico le otorga a este aspecto un carácter eminente que compromete toda la asociación. La presencia del derecho permite la noción de órgano, activado también por una voluntad humana, la cual permite a la vez que se hable de una relación jurídica en el sentido que la acción desplegada por el órgano a través del individuo debe estar sujeta al derecho. Jellinek (2000) lo describe en los términos siguientes:

Quando en los tiempos antiguos o en pueblos de un grado primitivo de cultura, se encuentran grupos organizados, o sea, lo que denominamos asociaciones, la organización principia siempre por un puro hecho. La primera reglamentación de una organización y la designación de un órgano, en una palabra, la conversión de la organización en una relación jurídica, no aparece sino en un estadio superior de cultura, lo cual no impide que las personas elevadas a órganos, ya por sus propios méritos, bien a causa de las costumbres, aparezcan, en virtud de la fuerza jurídica de los hechos, ante la conciencia primitiva, como los poseedores legítimos de la situación que ocupan (p. 486).

De suerte que siendo el Estado una asociación organizada y, en razón a su propia naturaleza, se infiere la existencia de órganos dentro del Estado, pues sólo así adviene el Estado activo. Los órganos son los individuos, tal como lo advierte Jellinek (2000); cuando es un solo individuo el

que reúne todo el poder del Estado, se dice que tiene un sólo órgano, es decir, se trata de la monarquía absoluta. También existe el dominio de todos representado en un grupo como el parlamento y éste será un órgano donde se expresa la voluntad general. Sin embargo, debe distinguirse la persona titular del órgano mismo. Como también debe aclararse que no existen dos personas: el Estado y el órgano, sino que ambos son una unidad. El Estado existe mediante sus órganos y los órganos representan al Estado sólo mediante determinadas competencias, en otros términos, los órganos son los medios a través de los cuales el Estado cumple sus funciones para alcanzar sus fines. Igualmente, las funciones son las operaciones sistematizadas que buscan la realización de los fines del Estado.

Debe, en tal virtud, el Estado acometer las diversas funciones que le permitan acercarse a sus designios superiores, llámense el bien común, la paz, el bienestar de todos los asociados, la justicia, la igualdad, etc., funciones y fines que sólo se consiguen a través de la actividad desarrollada por sus órganos. Un Estado sin órganos no puede existir, sería la anarquía.

El desarrollo de las funciones por intermedio de órganos ha sido formulada desde la Antigüedad con Aristóteles quien las llamaba “partes”, hasta Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755), quien formuló consistentemente la teoría conocida como la tridivisión del poder cuyo fundamento radica en que la soberanía se distribuye entre los tres poderes para generar un equilibrio o balance, dando lugar a la teoría de “los frenos y contrapesos”. Sin embargo, autores como Schmitt (1966), atribuyen originalmente tal formulación a Bolingbroke, precisando que ya Europa desde el siglo XVI venía planteando la idea de un equilibrio entre fuerzas contrapuestas (importación y exportación en la balanza del comercio; entre los cinco Estados Italianos y, después, en Europa; en la teoría del equilibrio de atracción y repulsión en la teoría de gravitación de Newton, etc.). Su afirmación es como sigue:

El autor efectivo de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes es Bolingbroke que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco sólo en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero no en una exposición sistemática. Las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas recíprocas. De especial significación para las construcciones ideales de la Constitución inglesa es su pensamiento del triple contrapeso y del *equilibrium of powers*, de donde resulta el Gobierno libre o liberal: Rey, Cámara alta y Cámara

baja; entre Rey y Parlamento (es decir, aquí, Cámaras alta y baja tomadas en conjunto); entre Legislativo y Ejecutivo, entre las prerrogativas del Rey y la libertad del pueblo debe tener lugar el equilibrio (Schmitt, 1966, p. 213).

Bajo la influencia de Bolingbroke, según Schmitt (1966), en el capítulo VI del libro XI de su *Esprit des lois* “espíritu de las leyes” Montesquieu en 1748 consagró la separación de los poderes: el Legislativo para emitir las leyes; el Ejecutivo para declarar la paz o la guerra, enviar embajadas y recibirlas, velar por la seguridad y prevenir los ataques de los enemigos y, el judicial para castigar los crímenes y dirimir los conflictos civiles. Esta división clásica del poder fue plasmada en la Constitución Norteamericana de 1787, la cual materializó la conocida frase criticada por el pensamiento marxista que “el poder controle el poder”. De Norteamérica se extendió a las recién formadas repúblicas latinoamericanas y, en general, a las democracias Occidentales.

La teoría hoy está revaluada sin perder de vista su eficacia política, pues modernamente se habla de otro tipo de funciones que no encajan en la tridivisión clásica de los poderes como la función electoral o la función de control y fiscalización a la gestión pública. Sin embargo, debe concluirse que las funciones del Estado deben cumplirse por el Estado y, por ende, dichas funciones tienen un carácter jurídico y son reconocidas con las admoniciones anteriores, como función legislativa, ejecutiva y judicial, desde luego, sin considerar la simpleza de su formulación originaria sino atendiendo la complejidad funcional de los Estados modernos, lo cual supone no sólo la colaboración entre ellas sin menoscabo de su independencia, sino la asunción de funciones que en la formulación clásica no corresponderían a ninguno de los tres órganos.

Un sector de la doctrina insiste, no obstante, en hablar no de la separación de poderes sino de la separación de funciones acogiendo la realidad de su aplicación moderna o, inclusive, se habla de “distinción de poderes” como en el caso de Carl Schmitt (1966), (“separación” significa aislamiento completo y “división” comporta una distinción al interior de uno de los poderes, por ejemplo, la división del Poder Legislativo en dos Cámaras, un Senado y una Cámara de diputados, por ello la expresión más adecuada es “distinción de poderes”). Pero el Constitucionalismo liberal asume la separación de poderes como un dogma lo bastante arraigado en la conciencia del derecho público moderno, a pesar que ya a principios del siglo XX estaba lo suficientemente alejado de la realidad. Loewenstein (1970) es un caracterizado representante de esta postura. La separación

de poderes o, mejor, de funciones, responde a la visión mecanicista del Estado, algo así como el problema técnico de la división del trabajo, con el propósito de asegurar la libertad de los individuos en una clara reacción del liberalismo contra el absolutismo monárquico que lo precedió. Separación de funciones vinculada a la libertad de los individuos, pero también a la teoría de la representación como una condición previa e indispensable para la distribución del poder:

La idea de la distribución del poder está esencialmente unida a la teoría y práctica de la representación, así como a la técnica gubernamental que se basa en ella. La naturaleza jurídica de la representación es que los representantes –cualquiera que sea la manera de su investidura– reciben por adelantado el encargo y la autorización de actuar conjuntamente en nombre de sus representados, y de ligarles por sus decisiones colectivas. La técnica de la representación política fue completamente desconocida en la Antigüedad y en la Edad Media (Loewenstein, 1970, p. 57, 58).

Desde luego, posiciones como la de Loewenstein (1970), no dejan de traducir un riesgo para sociedades ingenuamente sedientas de democracia, frente a la sicología autoritaria de algunos líderes (o caudillos) en países tercermundistas como Colombia. Aunque también debe admitirse la realidad de la dependencia o subsunción del legislativo en el ejecutivo, como más adelante y en otros apartes de estos apuntes se expresa, generando la inocultable crisis del legislativo tanto en los sistemas Presidencialista como en el Parlamentario, lo cual constituye un desmentido a la clásica separación de poderes en el Estado actual. Así se expresa Loewenstein al respecto:

Un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, una integración de estos dos poderes. Sin embargo, es necesario reconocer que no sólo cuenta el hecho de que dogmas arraigados no pueden ser fácilmente descartados, sino que las razones para esta actitud conservadora de las nuevas constituciones yace en las dificultades casi insuperables de formular la nueva conformación del poder en el texto constitucional (p. 55).

De cualquier manera, el cumplimiento de las funciones del Estado, de forma separada pero en colaboración armónica, por intermedio de instituciones u órganos como el ejecutivo, legislativo y judicial y otros de Con-

trol, autónomos e independientes (como lo enseñan Constituciones como la Colombiana de 1991 en su artículo 113), permiten la manifestación del poder político institucionalizado. El poder es algo impersonal, no identificado con el funcionario que lo ejerce en un momento dado es, en consecuencia, permanente y continuo, Echeverry (2002) nos lo recuerda citando, a su vez, al autor Eduardo Rozo, al señalar:

Cuando se habla de <poder institucional>, <poder del Estado>, se está haciendo solo una imputación jurídica. En realidad, la institución, la organización, el Estado, no es, ni tiene, ni ejerce el poder. El poder, sociológicamente hablando, lo tienen los gobernantes y lo ejercen en la medida en que lo detentan. Pero es también cierto que, con la institucionalización del poder, para que estas personas (gobernantes) ocupen y desempeñen los cargos y funciones del poder, se requiere que haya normas jurídicas (instituciones) de las cuales se desprende claramente la competencia institucional que van a tener los gobernantes... (p. 205).

En conclusión, el poder y las funciones del Estado, en particular la legislativa y la ejecutiva, se materializan por los gobernantes, por los líderes políticos, según la expresión de Loewestein (1970): “La legislación y la ejecución de las leyes no son funciones separadas o separables, sino sencillamente diferentes técnicas del liderazgo político” (p. 61).

De todas formas, el Estado moderno a la luz de la división clásica de poderes, cumple en términos generales las funciones siguientes:

13.2 Función Legislativa

13.2.1 Generalidades

Aunque con los Estados generales Franceses, las dietas Alemanas o las llamadas Cortes Españolas, se realizaron intentos de implementar el régimen representativo (éstos fueron suprimidos por el surgimiento de los Estados Absolutos), suele ubicarse el origen del Parlamento en las postrimerías de la edad media, o en la llamada edad media baja, cuando en Inglaterra a pesar de que el Rey detentaba el poder ejecutivo y el legislativo, solía reunirse en épocas solemnes con el llamado Consejo de vasallos del Rey, el cual tenía un carácter consultivo y tan sólo en materia judicial. Un poco más tarde, a través del llamado “*Magnum concilio*” o “Consejo común del reino”, conformado por los prelados y los vasallos principales, se acostumbraba su convocatoria cuando el Rey antes de promulgar una reglamentación de importancia lo sometía a consideración del *Concilium*.

Su funcionamiento era periódico a finales del siglo XII y no sólo se le menciona en la Carta Magna de 1215, sino que se le atribuyen funciones como la de aprobar los impuestos y presentar peticiones. Inicialmente el *Magnum Concilium* “se componía solamente de los Pares laicos y eclesiásticos; correspondía un poco a la actual Cámara de los Lores. El 20 de Enero de 1265 se convocó, por primera vez, a dos caballeros de cada Condado al lado de los prelados y barones. Es éste acontecimiento cuyo séptimo centenario se celebró en 1965. En efecto, los ingleses consideran que, a partir de esta fecha, han tenido un Parlamento” (Haoriou, 1980, p. 255).

Dice Quinche (2008):

Posteriormente y a lo largo del siglo XIV, el Parlamento comenzó a sesionar en dos cámaras, la de los *Lores* (nobles) y la de los *Comunes* (delegados de los Condados), bajo la conducción de un *Speaker*, que dirigía las discusiones.

Paulatinamente el Parlamento iría asumiendo diversas funciones políticas, legislativas y judiciales, dentro de un proceso de expansión que se detendrá en el siglo XVI, cuando los reyes de la Dinastía de los Tudor, despojarán al Parlamento de las prerrogativas legislativas, hasta el siglo XVII y el advenimiento de los Estuardo, bajo cuyo mandato se fortalecerá el Parlamento, hasta consolidarse definitivamente a partir del año 1688 con la Revolución Gloriosa y la llegada al poder de Guillermo III, de la Casa de Orange. A partir de ese momento, la institución del Parlamento madurará de modo definitivo como un órgano de carácter político, colaborador del rey, limitador de sus poderes, con funciones legislativas y, algunas veces, judiciales (p. 452).

El pretendido equilibrio de poderes postulado por Montesquieu en su teoría de la división de los poderes, acogido además como fundamento contra el absolutismo monárquico, aunado a la teoría de la representación como justificación a la expresión de la voluntad general, condujo al Estado liberal a la denominada soberanía parlamentaria, inocultable reacción a la concentración de poderes en la persona del monarca. Importa aclarar desde ahora, que el parlamento es una institución política colegiada, deliberante, electiva y pluralista, por eso es el Parlamento una manifesta-

¹⁰ El tema de la pérdida de investidura es abordado con amplitud en el texto "La pérdida de investidura de Congresistas, Diputados, Concejales, Ediles y Miembros de Juntas Administradoras Locales", de los autores Fernando Brito Ruiz, Leonel Quintero González y John James Fernández López, publicado por la Editorial Leyer y la Universidad Libre de Pereira, 2007.

ción del espíritu democrático de un Estado y oficia como la expresión de la voluntad general, más allá de los cuestionamientos de diversa índole que se les endilgue. Debe, igualmente, precisarse la existencia de distintas modalidades adoptadas por los Parlamentos de acuerdo a razones históricas, políticas o convencionales en cada sociedad, así se habla de sistemas unicameral, bicameral y hasta de pluricameral.

Muchas transformaciones han sucedido desde entonces en la legislatura, particularmente en los Estados latinoamericanos, como consecuencia del desbalance generado por el marcado énfasis del ejecutivo en los sistemas presidencialistas de estos países. No obstante, las asambleas legislativas estar determinadas por la presencia de partidos políticos, teóricamente voceros y canalizadores de la opinión Nacional, la precaria ascendencia popular de los mismos y el descreimiento en la clase parlamentaria, foco de permanentes escándalos de corrupción, ha desatado la crisis de la institución parlamentaria latinoamericana, así mismo, consecuencia de la reprobación ciudadana al comportamiento inmoral de sus miembros, han surgido verdaderos estatutos que desembocan en la desinvestidura parlamentaria, como sucede en Colombia con el estricto establecimiento de rango Constitucional de un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a los miembros de las Cámaras, cuya inobservancia genera la acción de pérdida de investidura, extendiéndose a otros cuerpos de elección popular a nivel territorial como son los Diputados, concejales y ediles¹⁰.

Siguiendo a Álvarez, Delgado y Rodríguez (2000), también debe precisarse que en los regímenes parlamentarios Europeos o, por lo menos en algunos de ellos donde el gobierno cuenta con las mayorías en el parlamento, el sistema se ha tornado en una mascarada, pues la legislatura está indefectiblemente atada al gobierno lo cual anula los debates y la iniciativa parlamentaria, panorama que renueva la controversia entre parlamentarismo y presidencialismo. Si la función más importante del Parlamento es hacer las leyes y los parlamentarios tienen dicha facultad, la deficiencia de la producción legislativa, ante todo la que se origina en el propio parlamento, se ve frecuentemente desplazada por la iniciativa del Ejecutivo que, en últimas, tienen un mejor suceso al cabo de las legislaturas, terminando los parlamentarios convertidos en meros anfitriones de los debates.

La legislatura entonces tiene distintas funciones. La más importante ha sido la de producir los marcos normativos del Estado a través de las llamadas leyes. Con el paso del tiempo y ante la función colegisladora en cabeza del ejecutivo, el parlamento le otorga relevancia a otro tipo

de funciones como la de control político, no siempre eficaz por la dependencia del Ejecutivo que interfiere la labor por medio de prebendas burocráticas o presupuestales que terminan desnaturalizando su verdadera esencia.

13.2.2 *Funciones del Legislativo*

Además de la función productora de leyes o función legislativa propiamente dicha, de ejercer control político al Ejecutivo, de reformar la Constitución como Constituyente derivado (como lo señalan expresamente Constituciones como la Colombiana de 1991 en su artículo 114), el Parlamento cumple otras funciones como son: función presupuestaria y financiera, función judicial, función administrativa y electoral y función de expresión y representación política. Seguidamente se describen de forma general cada una de ellas:

- a) Función legislativa: Consiste en hacer o producir la ley, modificarla y derogarla, así como también interpretarla.
- b) Función de control político: Se ejerce en nombre de la opinión pública, citando, solicitando informes a los altos funcionarios del gobierno. Para el efecto existen comisiones investigadoras y de acusación que facilitan la satisfacción de esta función. Las actividades de los legisladores en este sentido se encaminan a escrutar los actos, las políticas públicas y las actuaciones de los funcionarios, labor que en algunos países como Colombia, puede desencadenar en la llamada “moción de censura” contra altos funcionarios lo cual implica la separación del cargo, institución propia, no obstante, de los regímenes parlamentarios.
- c) Función presupuestaria y financiera: Le corresponde al Parlamento discutir y aprobar impuestos, discutir y aprobar los presupuestos de rentas y gastos del Estado, así como también autorizar al gobierno para la apertura de créditos. Esta función toca directamente con la hacienda pública y la economía de un país, empero debe precisarse que la iniciativa para este tipo de leyes la tiene el Ejecutivo, por lo menos así acontece en países como Colombia.
- d) Función judicial: El ejercicio de dicha función tiene un carácter excepcional, por ejemplo en Colombia está distribuida entre la Cámara de representantes y el Senado, cuando la primera tiene asignada la tarea de investigar penal o disciplinariamente a los altos funcio-

narios del Estado y al segundo, cuando le corresponde el juzgamiento de los mismos funcionarios (artículos 178 y 179, respectivamente, de la Constitución de 1991).

- e) **Función Administrativa y electoral:** Es el poder que le asiste al Congreso para la provisión de ciertos cargos, además del nombramiento de sus propios empleos para el funcionamiento de la institución como elección de mesas directivas, secretario de la Corporación, etc.; así mismo, en países como Colombia cuya conformación es bicameral, por ejemplo el Senado elige los magistrados de la Corte Constitucional de ternas presentadas por el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, igualmente elige el Procurador General de la Nación y aprueba los ascensos militares; mientras tanto, la Cámara elige el Defensor del pueblo y el Congreso en pleno elige el Contralor General de la República y al Vicepresidente de la República en los casos de falta absoluta del Presidente.
- f) **Poder Constituyente derivado:** El parlamento posee la facultad de reformar la Carta mediante procedimientos más complejos que los ordinarios mediante los cuales se elaboran las leyes. En estos eventos el Parlamento en ejercicio de su potestad de reforma Constitucional actúa como constituyente derivado.

13.3 Función Ejecutiva o Administrativa

13.3.1 Generalidades

Constituye la institución dominante dentro de la organización Estatal. Algunos autores atribuyen dicha preeminencia al hecho manifiesto de disponer de la fuerza física en el Estado, al ejercicio legítimo de la fuerza de acuerdo con la expresión Weberiana, porque no obstante la prédica teórica atribuir dicha fuerza al Estado, realmente quien dispone de ella es el titular del poder Ejecutivo. Por tal motivo, tanto las autoridades militares como de policía están generalmente adscritas al gobierno o la función Ejecutiva. A la función Ejecutiva se le denomina también función Administrativa, en el sentido que le corresponde el diseño, ejecución y administración de las políticas públicas en el Estado.

Cuando se habla del Ejecutivo se relaciona éste de inmediato con el gobierno (gobernante) o el Presidente, Naranjo (2003) enseña que cuando se alude al gobierno, éste debe entenderse de diversas maneras: En sentido amplio, incluye además del Ejecutivo la institución Parlamentaria,

pues comporta en general la atribución de gobernar; en sentido restringido, se refiere exclusivamente al Ejecutivo por oposición al Legislativo y, finalmente, en sentido estricto, se refiere concretamente a un elemento del poder Ejecutivo, es decir, al Presidente y sus Ministros en el sistema presidencial o al gabinete Ministerial en el sistema Parlamentario. Igualmente, continúa Naranjo, indicando que él acoge el sentido estricto cuando se menciona al gobierno, o sea, el órgano Ejecutivo del poder público y, que dentro de dicho órgano, existe un titular que puede ser monocrático o unitario, cuando existe como su titular una persona, quien ejerce como jefe de Estado y jefe de gobierno, lo cual acontece en los regímenes Presidencialistas; dualista, cuando sus titulares son dos personas, una como jefe de Estado y otra como jefe de gobierno, lo cual sucede en los sistemas Parlamentarios; puede ser Directorial, cuando el Ejecutivo está constituido por un número plural de personas (más de dos), el cual existe en buena parte de los Estados socialistas y, por último, puede ser Colegial, cuando existen más de dos personas como cabeza del Ejecutivo, que se alternan en la jefatura del Estado, como existe actualmente en Suiza y como existió en Uruguay en otro tiempo.

En Estados como el Colombiano, la rama Ejecutiva está conformada, en el nivel Nacional, por el Presidente, quien es además de Jefe de gobierno, el Jefe de Estado y la suprema autoridad administrativa; igualmente, está integrado por el Vicepresidente, por los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, los Establecimientos Públicos descentralizados del orden Nacional, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta. También en Colombia hacen parte del Ejecutivo en el nivel territorial (seccional o Departamental) los Gobernadores y los Alcaldes (en el orden local o municipal).

De igual forma, en los Estados modernos como consecuencia de la complejidad de las tareas por cumplir, existen Regiones o Departamentos, provincias, municipios o localidades en las cuales está dividido el territorio con la finalidad de descentralizar las funciones del Estado y conseguir una respuesta más ágil y una mayor eficacia en la gestión administrativa. Colombia, por ejemplo, se encuentra dividido en un nivel Nacional y nivel territorial, a este último corresponden los Departamentos y los Municipios; así mismo, se encuentran consagrados Constitucionalmente las Regiones y las Provincias en espera de desarrollo legal. También existen los territorios indígenas, Constitucionalmente calificados como entidades autónomas.

13.3.2 *Funciones del Ejecutivo*

En este orden de ideas el Ejecutivo o la Administración o el gobierno en países como Colombia, cumple entre otras, según Naranjo (2003), las siguientes funciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir las leyes.
- b) Manejar los bienes del Estado.
- c) Orientar la política del Estado.
- d) Dirigir las relaciones exteriores.
- e) Preservar el orden público.
- f) Planificar la economía.
- g) Defender la soberanía Nacional.
- h) Suministrar los servicios públicos.

Funciones del ejecutivo frente al legislativo:

Las anteriores funciones no obstante estar ligadas al sistema jurídico Colombiano, responden de forma general aunque no homogénea, a las atribuciones que cumple el órgano ejecutivo en los regímenes presidencialistas. También referido al orden interno Colombiano, pero con la advertencia de existir actualmente una marcada influencia del ejecutivo en buena parte de los Estados que han acogido dicho sistema, existen funciones frente al poder legislativo que rompen el esquema de equilibrio de poderes ante la acumulación de funciones del presidente en desmedro de los otros poderes, puntualmente de la función legislativa. Algunas de esas atribuciones, de acuerdo con la doctrina Nacional, serían:

- a) Colegisladora: Consistente en la atribución que tienen no sólo los Congresistas sino el propio gobierno para proponer o presentar proyectos de ley, con la claridad que respecto a algunos asuntos (plan de desarrollo e inversiones públicas, rentas, empréstitos, estructura de la administración, banco de la república, etc.), la iniciativa corresponde exclusivamente al gobierno, según el artículo 154 de la C. Nacional.
- b) Delegación de funciones extraordinarias: Otorgadas por el Congre-

so de la República hasta por seis meses para que el presidente pueda expedir decretos con fuerza de ley, supliendo, no sólo temporalmente sino con fines específicos, al legislador ordinario, establecida por el artículo 150 numeral 10 de la C. Nacional.

- c) Facultad de objetar y sancionar las leyes: Dicha función consiste en la facultad del gobierno de objetar por inconveniencia o por inconstitucionalidad, sino es sancionada, un proyecto de ley.
- d) Facultad de solicitar trámite urgencia: El Presidente puede solicitar trámite de urgencia de un proyecto de ley, lo cual define plazos perentorios para las cámaras en su decisión, la prelación en el orden del día y la sesión conjunta de la discusión en las comisiones de dicha iniciativa, tal como lo prescriben los artículos 165 a 168 de la C. Nacional.
- e) Convocar a sesiones extraordinarias: El gobierno podrá convocar a sesiones extraordinarias al Congreso por el tiempo que éste defina. Se entiende el ejercicio de dicha facultad por fuera de las sesiones ordinarias que Constitucionalmente cumple el Congreso, de acuerdo al artículo 138 de la C. Nacional.
- f) Potestad reglamentaria: El Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria respecto a las leyes expedidas por el Congreso, a través de decretos, resoluciones y órdenes que buscan la cumplida ejecución de las mismas, de conformidad con el artículo 189 numeral 11 de la C. Nacional.
- g) Instalación y clausura: Son facultades de carácter formal cumplidas por el Presidente de la República, cuando las realiza conjunta y públicamente al momento de iniciar y culminar las sesiones por parte del Congreso, tal como lo prescribe el artículo 139 de la C. Nacional.
- h) Facultades excepcionales: Tiene lugar esta facultad en momentos de crisis o en casos excepcionales, pudiendo el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, expedir decretos legislativos sujetos a control político de parte del Congreso y control jurisdiccional por la Corte Constitucional. Dichas circunstancias excepcionales se denominan “estados” y son el estado de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia económica y social, tal como lo señalan los artículos 212, 213, 214 y 215 de la C. Nacional.

13.4 Función Judicial

13.4.1 Generalidades

La judicatura está conformada por jueces y tribunales gobernados por principios como la independencia, autonomía y la imparcialidad, principios que garantizan el impartir justicia en idénticas condiciones para toda la comunidad. Sin embargo, tal como lo sostienen tratadistas de diversas nacionalidades, la independencia como principio rector de la administración de justicia, ha demostrado a través de la historia, su adhesión al sistema político-económico imperante, por la tentación de pagar el favor desempeñando el cargo complacientemente. Un ejemplo lo constituye la Suprema Corte de Norteamérica respecto a las leyes contra la esclavitud y, en general, sobre derechos políticos o sobre ciertas libertades sociales declaradas inconstitucionales por la convicción anacrónica de su individualismo del siglo XVIII y la defensa a ultranza de la propiedad y la ley de “seguridad interna” – denominada “macartismo”. También la Corte Suprema de Colombia, cuando cumplía funciones de control Constitucional tuvo posiciones pendulares, como en la década de los 50 del siglo XX, al declarar conforme a la norma superior el enjuiciamiento de civiles por cortes marciales y la justicia penal militar, mientras que en 1961 se retrató y un año después volvió a su posición original; lo propio ha acontecido con la actual Corte Constitucional respecto a los Estados de excepción, cuya interpretación no ha sido homogénea.

A todo esto, desde sus orígenes el principio de independencia y la relevancia del poder judicial fue considerado más un postulado político y no funcional, según Loewenstein (1970) motivado “en Inglaterra por el deseo de quebrar la prerrogativa real y de introducir el Estado de derecho. En Francia, las constituciones revolucionarias, influidas por las experiencias habidas con los *parlements*, prescindieron significativamente de elevar la función judicial a la categoría de *partner* con los mismos derechos en el proceso político, mientras que pusieron, es bien cierto, especial empeño en insistir sobre la independencia judicial”. Pero también se reconoce el estatus del poder judicial por el mismo autor, cuando seguidamente agrega: “El *judicial review* americano (control judicial), por el cual los tribunales al oponerse a las decisiones del congreso y del presidente se han constituido en un tercero y auténtico detentador del poder, no pertenece en absoluto a la teoría clásica de la separación de los poderes” (p. 67).

Las citas anteriores respaldan, por un lado, la apreciación general de

percibir el poder judicial como el más débil dentro de la clásica tridivisión planteada por Montesquieu y sólo en Norteamérica con su sistema de control judicial se viene a equipar o se le da el rango equivalente al de los otros dos poderes y, por otra parte, destacar la necesidad de una verdadera independencia. Con todo Loewenstein (1970) es concluyente al afirmar que ni el propio Montesquieu ni John Locke le concedieron el mismo rango al poder judicial, pues lo que el juez realmente hace es aplicar la norma general al caso concreto, sin embargo y, aunque con distintas observaciones, se reconoce el principio de independencia en el cumplimiento de sus funciones, es decir, en el desarrollo de su tarea el poder judicial debe estar libre de influencias bien sea del gobierno, del congreso o de la opinión pública, como garantía de la imparcialidad de sus decisiones, lo cual está necesariamente vinculado con la forma determinada para su nombramiento.

La función judicial en los Estados modernos de todas formas no se reduce a la comprensión simplista de la división de los poderes y, por ello, la jurisdicción como lo enseña Quinche (2008), no está organizada para

Avalar las políticas del ejecutivo o las decisiones del legislativo, sino que forma parte de lo que Ferrajoli denomina *la esfera pública interna*, es decir, <el conjunto de funciones y de instituciones sometidas a reglas y a controles, a efectos de garantizar los derechos de todos>. En este sentido la función judicial y la justicia Constitucional, operan como factor de garantía de los derechos de las personas frente a las limitaciones que se les imponen a los ciudadanos desde lo que se ha dado en llamar <las amplias potestades del legislativo>. Adicionalmente, la función judicial ha de operar como verdadero contrapeso, que restituye el perdido equilibrio entre los poderes públicos, toda vez que la experiencia demuestra que el pactismo presidencial y el juego de las mutuas conveniencias, ha ocupado el lugar de la deliberación seria del debate parlamentario (p. 497).

13.4.2 Funciones

Las principales funciones cumplidas por el órgano judicial o jurisdiccional pueden condensarse de la siguiente forma:

- a) Dirimir los conflictos suscitados entre particulares.
- b) Resolver los conflictos entre los particulares y el Estado.
- c) Sancionar las infracciones a la ley penal.

d) Garantizar la existencia del principio de legalidad.

13.4.3 Poderes jurisdiccionales

El mundo contemporáneo sostiene en torno a los poderes jurisdiccionales una agitada polémica. La judicatura tradicionalmente el poder más débil, asume ahora poderes como el de crear el derecho al interior de la función de interpretación, lo cual ha generado una ardiente controversia académica en países como Colombia donde a partir de la Constitución de 1991 con la creación de La Corte Constitucional, la acción de tutela y la protección a los derechos fundamentales, el operador jurídico asume no sólo su función de legislador negativo (de acuerdo con la fórmula Kelseniana), sino que ahora crea derecho a través de sus sentencias, es Juez activo.

Dicho poder de interpretación, se reitera, en tiempos recientes (segunda mitad siglo XX) con la presencia de la llamada justicia Constitucional, en países como Alemania, Italia, España, Francia y en Latinoamérica en países como Colombia, ha extendido sus funciones, no ya sólo derogando las leyes del Parlamento, sino rehaciéndolas o reconstruyéndolas a través de adiciones o sustracciones a su texto original, o permitiendo la existencia de la norma en el ordenamiento bajo la interpretación Constitucional fijada por el Juez Constitucional, al diferir la inconstitucionalidad de la norma o reemplazándola, rompiendo con su tradicional función judicial, posición descalificada por los adversarios del activismo judicial quienes la denominan peyorativamente como “el gobierno de los jueces”. Naturalmente la disputa parte del supuesto de considerar la jurisdicción como un verdadero poder, pues en países del *common law* la cuestión no resulta polémica, en virtud que el juez como una parte del gobierno es creador de derecho, pero como afirma Troper (2004):

En cambio, en Francia se admite después de Montesquieu que juzgar no constituyen un poder, porque la función del juez consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor. Siendo que la única fuente del derecho es la ley, que es expresión de la voluntad general, debido a que emana del pueblo o de sus representantes, un juez que produjera derecho sería una autoridad antidemocrática. Así, la manera más segura de sostener que el sistema es efectivamente democrático consiste en negar que el juez posea cualquier participación en la producción del derecho. Todos admiten que un gobierno de jueces sería antidemocrático y el debate se refiere sólo a la cuestión de

saber si en Francia existe o no (p. 128).

Y es que la controversia se reduce generalmente a la condición antidemocrática de la función judicial, cuando dicho argumento se desploma ante la evidencia de su integración que se surte por los demás poderes de origen democrático, tal como acontece en el caso Colombiano.

De acuerdo a López Medina (2006), de todas formas la lucha por las fuentes del derecho y, particularmente, por el carácter de fuente principal o secundaria de la jurisprudencia y de la posición de la judicatura en casos como el de Colombia, pone de relieve una disputa de vieja data que convoca conceptos como el de la llamada “doctrina probable” y el de “la doctrina Constitucional” y sus transformaciones desde el siglo XIX hasta nuestros días, objeto de estudio por tratadistas Nacionales (como Diego Eduardo López Medina). Asimismo, la existencia o no del precedente judicial, producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la pugna entre el llamado derecho tradicional positivista, propio de la jurisdicción común del país, apreciación muy general desde luego, y el llamado <nuevo derecho> que incorpora las modernas tendencias promovidas por pensadores como H.L.A. Hart, John Rawls, R. Dworkin, R. Alexy y J. Habermas, han contribuido a avivar el debate académico en Colombia cuya remisión es necesaria por cuanto dicho asunto no es propósito de estos apuntes.

En este contexto, finalmente, se reconocen como poderes judiciales, además del poder de interpretación, el cual reside en crear el derecho al mismo tiempo que se aplica por el Juez, el poder de decisión de ejecutoria, el cual consiste en ordenar el cumplimiento de obligaciones y, finalmente, la autoridad de la “cosa juzgada”, por el cual las decisiones judiciales tienen carácter definitivo, gozan de eficacia y seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Agudelo Martínez, M. (2006). El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Álvarez, M., Delgado, A. y Rodríguez, R. (directores académicos y editoriales). (2000). El poder legislativo. Primer curso regional andino sobre el poder legislativo en la democracia y la integración. Bogotá, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ansuátegui Roig, F.J. (2007). De los derechos y el estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Añón Roig, M.J. y García Añón, J. (2004). Lecciones de derechos sociales. Valencia España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, globalización y derecho. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), El canon neoconstitucional (573-589). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Baca Olamendi, L. (1998). Bobbio: los intelectuales y el poder. México, D.F: Editorial Océano.
- Bernal, C.A. (2006). La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad. En R. Sanín (Coord.), Justicia Constitucional (245-257). Bogotá Colombia: Editorial Legis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Biscaretti Di Ruffía, P. (1997). Introducción al derecho constitucional comparado. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1993). Igualdad y libertad. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Bobbio, N. (1995), Tomás Hobbes. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1997a). La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Santafé de Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1997b). El futuro de la democracia. Santafé de Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1997c). El tercero ausente. Madrid, España: Ediciones Cátedra, S.A.
- Bobbio, N. (1999). Liberalismo y democracia. Santafé de Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2000). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

- Bobbio, N. (2002). Entre dos repúblicas. México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Bobbio, N. (2003). Teoría general de la política. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Bobbio, N. (2006). Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. y Bovero, M. (1997). Sociedad y estado en la filosofía moderna. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino, G. (2002). Diccionario de política. México, D.F: Editorial Siglo Veintiuno Editores.
- Burdeau, G. (1981). Derecho constitucional e instituciones políticas. Madrid, España: Editorial Nacional Cultura y Sociedad Torregalindo. Traducción de la 18 edición francesa por Ramón Falcón Tello.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Cepeda, M.J. (1997). Los derechos fundamentales en la constitución de 1991. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Cepeda, J.M., Montealegre, E. y Estrada, A. (2007). Teoría constitucional y políticas públicas. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Chevallier, J.J. (2006). Las grandes obras políticas. Desde la antigüedad hasta nuestros días. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), El canon neoconstitucional (175-190). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Di Castro, E. (1998). Razón y política. México, D.F: Distribuciones Fontamara S.A.
- Dueñas Ruiz, O.J. (2001). Lecciones de teoría Constitucional. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Echeverry Uruburu, A. (2002). Teoría Constitucional y ciencia política. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería el Profesional.
- Fernández Santillán, J. (1997). Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología). México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2009a). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009b). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Fioravanti, M. (1996). Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Fioravanti, M. (2007). Constitución- de la antigüedad a nuestros días. Madrid, España: Editorial Trotta.

- García de Enterría, E. (2006). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A.
- Haoriou, A. (1980). Derecho Constitucional e Instituciones políticas. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Héller, H. (2004). Teoría del estado. Granada, España: Editorial Comares.
- Hernández Galindo, J.G. (2001). Poder y constitución. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Jellinek, G. (2000). Teoría general del Estado. México, D.F: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Loewenstein, K. (1970). Teoría de la Constitución. Barcelona, España: Ediciones Ariel.
- López Medina, D. (2006). Derecho de los jueces. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Mai, M. (2004). Breve historia del mundo para jóvenes lectores. Barcelona, España: Ediciones Península.
- Monroy Cabra, M.G. (2005). La interpretación constitucional. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Naranjo, V. (2003). Teoría Constitucional e instituciones políticas. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Osuna Patiño, N.I. (1995). Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales. Revista del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta. 37, 17.
- Paoletti, M. y Bravo, P. (1999). Borges verbal. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores.
- Peces-Barba, G. (2006). La Constitución y los derechos. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, número 39. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Luño, A.E. (2002). La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, número 23. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Quinche Ramírez, M.F. (2008). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá, Colombia: Editorial Grupo Editorial Ibañez y Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario.
- Ramírez Cleves, G.A. (2005). Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rey Cantor, E. (2005). Teorías políticas clásicas de la formación del estado. Bogotá, Colombia: Edición Ernesto Rey Cantor E.R.C.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2004). Estructura del poder público en Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Ruiz Miguel, A. (2000). Política, historia y derecho en Norberto Bobbio. México, D.F: Distribuciones Fontamara S.A.
- Sabine, G.H. (1994). Historia de la teoría política. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- SÁCHICA A., L.C. (1999). Derecho constitucional general. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Sánchez Ferris, R. (1999). Introducción al Estado Constitucional. Barcelona, España: Editorial Ariel Derecho.
- Schmitt, C. (1966). Teoría de la constitución. México, D.F: Editora Nacional.
- Sierra Porto, H.A. (1998). Conceptos y tipos de ley en la constitución colombiana. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Squella, A. (2005). Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo. Santiago de Chile, Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Troper, M. (2004). Ensayos de teoría constitucional. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política No. 92. México, D.F: Distribuciones Fontamara S.A.
- Velásquez Turbay, C. (2004). Derecho constitucional. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Vila Casado, I. (2007). Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Wallerstein, I. (1998). Liberalismo y democracia: ¿hermanos enemigos?. México, D.F: Universidad Autónoma de México.
- Zagrebelsky, G. (2002). El derecho dúctil. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Zagrebelsky, G. (2005). Historia y constitución. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Zuleta, Estanislao. (1991). Colombia: violencia, democracia y derechos humanos. Bogotá, Colombia: Altamir Ediciones.



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

Editorial Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia.
Este libro se imprimió en el Centro de Medios Audiovisuales,
con un tiraje de 100 ejemplares.

La composición tipográfica se realizó
empleando las familias Futura y Arial.

2010