

Colección Centenario **1**

Iván Vila Casado

---

# Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo

---

Tercera Edición Actualizada



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

Vigilada Mineducación

FUNDAMENTOS DEL  
DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÁNEO

IVÁN VILA CASADO



# FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

IVÁN VILA CASADO



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**  
Vigilada MinEducación



Vila Casado, Iván  
Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo / Iván Vila Casado -- 3ª  
ed. – Bogotá: Universidad Libre, 2021.

673 p.

Incluye bibliografía

ISBN impreso: 978-958-5578-63-0

ISBN digital: 978-958-5578-65-4

1. Derecho constitucional – Colombia 2. Constitucionalismo – Colombia 3.  
Democracia

342.861 SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo

© Iván Vila Casado

© Facultad de Derecho, 2021

ISBN impreso: 978-958-5578-63-0

ISBN digital: 978-958-5578-65-4

Tercera edición 2021

Revisada y actualizada

Segunda edición 2012

Primera edición 2007

Comentarios y sugerencias: vilacasado@gmail.com

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo electrónico: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80. Teléfono: 3821000, Bogotá, D. C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Impresión: Panamericana, Formas e impresos

Esta obra está financiada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Printed in Colombia

**DIRECTIVAS**  
**UNIVERSIDAD LIBRE**

**Presidente Nacional:**

Dr. Jorge Alarcón Niño

**Vicepresidente Nacional:**

Dr. Jorge Gaviria Liévano

**Rector Nacional:**

Dr. Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

**Censor Nacional:**

Dr. Ricardo Zopó Méndez

**Secretario General:**

Dr. Floro Hermes Gómez Pineda

**Director Nacional de Planeación:**

Dr. Alejandro Muñoz Ariza

**Presidente Seccional Bogotá:**

Dra. María Elizabeth García González

**Rector Seccional Bogotá:**

Dr. Fernando Arturo Salinas Suárez

**Decano Facultad de Derecho Seccional Bogotá:**

Dr. Luis Francisco Ramos Alfonso

**Secretaria Académica Facultad de Derecho:**

Dra. Ana Rocío Niño Pérez



A la Universidad Libre de Colombia, faro de libertad, escuela de democracia y obra fecunda del general Benjamín Herrera, en la que tuve el privilegio de formarme como abogado y realizarme como profesor y como divulgador de la ciencia jurídica a través de mis libros.



# ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	27
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	37
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	41
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO	41
UNA PROPUESTA METODOLÓGICA	42

## INTRODUCCIÓN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	45
1.1 Lo que interesa es la constitución concreta	46
1.2 Correspondencia con la realidad social	47
2. AUTONOMÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	47
2.1 No se puede confundir el Derecho con la Ciencia Política	49
3. CIENCIAS AFINES AL DERECHO CONSTITUCIONAL	51
3.1 Teoría del Estado	51
3.2 Teoría de la constitución	52
3.3 Derecho Internacional	53
3.4 Ciencia política	53

## PRIMERA PARTE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO

### CAPÍTULO I. EL CONSTITUCIONALISMO INGLÉS

1. ACERCA DEL CONSTITUCIONALISMO	59
2. DE LA CARTA MAGNA A LA GUERRA CIVIL	60

2.1	La singularidad de la constitución inglesa	61
2.2	La Carta Magna	64
2.3	El Parlamento	65
2.4	La Petition of Rights	67
2.5	Cromwell y la guerra civil	68
2.6	La República de Cromwell	69
3.	LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL	70
3.1	El <i>Bill of Rights</i>	72
3.2	La supremacía del Parlamento	74
3.3	Ampliación de la democracia	75
4.	UNA CONCLUSIÓN NECESARIA	76

**CAPÍTULO II.  
EL MODELO NORTEAMERICANO  
DE CONSTITUCIÓN**

1.	LA FORMACIÓN DE LAS COLONIAS	79
1.1	Virginia, la pionera	80
1.1.1	Las Cartas reales	80
1.1.2	Las semillas de la autonomía	82
1.1.3	Virginia se convierte en provincia real	83
1.2	Maryland, refugio de los católicos	84
1.3	El Pacto de Mayflower	86
1.4	Massachusetts, el reino de los puritanos	88
1.4.1	De sociedad comercial a sociedad política	88
1.4.2	La teocracia puritana	89
1.4.3	El Body of Liberties	90
1.5	Rhode Island y la libertad religiosa	91
1.6	Los Preceptos Fundamentales de Connecticut	92
1.7	Pennsylvania, el experimento cuáquero	93
1.8	La presencia holandesa	95
1.8.1	Una colonización semifeudal	96
1.8.2	El zarpazo de los ingleses	97
1.9	La singular constitución de Carolina	98
1.10	Georgia, la última colonia	99

1.11	La consolidación institucional de las colonias	100
1.11.1	El autogobierno de las colonias	101
1.11.2	Las colonias pasan a la Corona	102
1.12	La compleja cuestión religiosa	103
1.12.1	La libertad religiosa y la demanda de la independencia norteamericana	105
2.	LA REVOLUCIÓN DE INDEPENDENCIA	106
2.1	Progresivo rechazo al parlamento británico	108
2.2	Los conflictos económicos	109
2.3	El Primer Congreso Continental	110
2.4	El Segundo Congreso Continental	112
2.5	La Declaración de Independencia	114
2.6	Las constituciones de los Estados	115
2.7	Los Artículos de Confederación	118
3.	LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1787	120
3.1	Fórmulas de compromiso	122
3.1.1	Mayorías y minorías	124
3.1.2	El temor al “despotismo del legislativo”	125
3.1.3	Frenos y contrapesos	126
3.2	La ratificación por los Estados	128
3.3	Las primeras enmiendas	131
4.	LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	132
4.1	Revisión judicial de constitucionalidad	133
4.1.1	Los poderes implícitos	136
4.1.2	Scott vs. Sandford, una nefanda interpretación	138
4.1.3	De la autolimitación al activismo judicial	139
4.1.4	La Corte es obligada a corregir el rumbo	141
4.1.5	La era Warren: un activismo progresista	143
4.2	Corolario: una constitución jurídicamente vinculante	144

**CAPÍTULO III.  
EL MODELO FRANCÉS**

1.	LAS INSTITUCIONES PRERREVOLUCIONARIAS	149
1.1	La herencia medieval	149
1.2	El absolutismo	151



2. LA REVOLUCIÓN DE 1789	153
2.1 La Asamblea Nacional	154
2.2 La Asamblea Nacional Constituyente	156
2.3 Los Derechos del Hombre y la Constitución de 1791	156
2.4 La Convención y el Régimen del Terror	158
2.4.1 El debut del sufragio universal	159
2.4.2 La guillotina igualitaria	160
2.4.3 La violencia devora a su principal instigador	162
2.4.4 La de 1793, una constitución ultrademocrática	162
3. DEL DIRECTORIO AL PRIMER IMPERIO	163
3.1 Napoleón y la democracia cesarista	165
4. VICISITUDES CONSTITUCIONALES	166
4.1 La Restauración borbónica y el principio monárquico	166
4.2 El liberalismo doctrinario y la soberanía compartida	167
4.3 La efímera Segunda República	169
4.4 El Segundo Imperio	171
4.5 El asentamiento definitivo de la República	172
4.6 La Quinta República	173
4.7 El derecho constitucional se <i>rejuridiza</i>	174
5. EUROPA SIGUE EL MODELO FRANCÉS	176
5.1 La Constitución de Cádiz	178
5.2 La influencia francesa en Italia	178
5.3 El constitucionalismo alemán	180
5.3.1 La unificación alemana alrededor de Prusia	181
5.3.2 La Constitución de Weimar	183
6. UNA CONCLUSIÓN PERTINENTE	185

**CAPÍTULO IV.  
VIRAJE DE EUROPA HACIA UN  
NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL**

1. INTRODUCCIÓN	189
2. EL APOORTE DE KELSEN	189
3. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947	190

4. LA LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA	192
4.1 Primacía de la dignidad humana	193
4.2 Surge el Estado social de Derecho	194
5. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	195
5.1 Estado social y democrático de Derecho	196
5.2 La jurisdicción constitucional	198

## SEGUNDA PARTE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA

### CAPÍTULO V. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO	205
1.1 La Constitución medieval	205
1.2 El concepto moderno de constitución	206
2. CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO	208
2.1 Interdependencia entre la constitución y la realidad socio política	209
2.2 La juridificación del poder político	210
3. LAS TAREAS DE LA CONSTITUCIÓN	212
3.1 La unidad política de la comunidad	214
3.1.1 El aseguramiento de la convivencia social pacífica	216
3.2 Organización y coordinación del poder estatal	217
3.3 Configuración de un modelo de vida hacia el futuro	218
4. ESQUEMAS TRADICIONALES DE CLASIFICACIÓN	220
4.1 Constitución en sentido formal y en sentido material	220
4.2 Constitución rígida y constitución flexible	221
4.3 Constitución escrita y constitución consuetudinaria	222
5. CLASIFICACIÓN ONTOLÓGICA	222
5.1 Constitución normativa	222
5.2 Constitución nominal	223
5.3 Constitución semántica	223

**CAPÍTULO VI.**  
**JURIDICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

1. GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN PLURALISTA	227
1.1 Reformas frustradas	227
1.2 El asesinato de Luis Carlos Galán	228
1.3 La torpedeada reforma del presidente Barco	229
1.4 Una constitución para afrontar la crisis	231
2. CONDICIONES DE LA JURIDICIDAD	233
3. EL PODER CONSTITUYENTE	234
3.1 La Corte Suprema reconoce el constituyente primario	235
3.2 Negación del constituyente primario	236
3.3 Precedentes y antecedentes	238
3.3.1 Antecedentes jurisprudenciales	239
3.3.2 Ratificación por la Corte Constitucional	241
3.4 La teoría del poder constituyente	241
4. LEGITIMIDAD EN CONTINUA RATIFICACIÓN	243
5. CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN	245
5.1 Juridicidad expresa e inequívoca	247
6. GARANTÍAS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	249
6.1 Garantías sociales	250
6.2 Garantías políticas	251
6.3 Garantías jurídicas	251
6.4 Control de constitucionalidad en Colombia	253
6.4.1 Sistema de control mixto	254
6.5 Control abstracto de constitucionalidad	256
6.5.1 Control previo	256
6.5.2 Control automático	256
6.5.3 Control por vía de acción	257
6.5.4 Efectos de la sentencia de constitucionalidad	259
6.5.5 Diferencia entre inexecutable e inconstitucionalidad	261

6.6	La excepción de inconstitucionalidad	262
6.6.1	Sujetos de la excepción de inconstitucionalidad	262
6.6.2	Normas objeto de la excepción	264
6.6.3	El grado de la incompatibilidad	265
6.6.4	Efectos <i>inter pares</i>	267

## CAPÍTULO VII.

### LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1.	RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY	271
1.1	La ley no se limita a ejecutar la constitución	272
1.2	Normas de carácter abierto	273
2.	REGLAS, PRINCIPIOS Y VALORES	274
2.1	Las reglas constitucionales	274
2.2	Los principios constitucionales	275
2.3	Los valores constitucionales	276
2.4	Diferencias entre reglas y principios	278
2.4.1	Conflicto de reglas y colisión de principios	279
2.4.2	Principios contra reglas, un conflicto aparente	280
2.5	Diferencias entre principios y valores	281
2.6	Los valores y el preámbulo	283
2.6.1	La constitución como sistema material de valores	283
2.6.2	Poder vinculante del preámbulo	284
3.	TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	285

## CAPÍTULO VIII.

### LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1.	LA NECESIDAD DE INTERPRETAR	291
1.1	¿Qué es interpretar?	292
1.2	Razones para la interpretación jurídica	293
2.	FINALIDAD O META DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	294
2.1	Teorías subjetivas	294
2.2	Teorías objetivas	295

3. CRITERIOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN	297
3.1 Criterio gramatical	298
3.2 Criterio sistemático	299
3.3 Criterio histórico	299
3.4 Criterio lógico	300
3.5 Criterio teleológico	301
4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	301
4.1 Interpretación con base en la norma	303
4.2 Interpretación con base en la realidad	304
4.3 La tónica o interpretación basada en casos	305
4.3.1 Variedad de los <i>topoi</i>	306
4.4 La interpretación como concretización	307
4.4.1 Condiciones de la interpretación constitucional	308
4.4.2 Concretización de las normas constitucionales	310
4.4.3 Programa normativo, ámbito normativo	311
4.4.4 La concretización en la Corte Constitucional	312
5. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	313
5.1 Unidad de la constitución	313
5.2 Principio de armonización	314
5.3 La corrección funcional	315
5.4 Eficacia integradora de la constitución	316
5.5 Interpretación de acuerdo con tratados internacionales sobre derechos humanos	318
5.6 Interpretación conforme a la constitución	321
5.7 Interpretación orientada a la constitución	322
5.8 Principios relevantes para la resolución de conflictos	322
5.8.1 La ponderación de bienes	322
5.8.2 El principio de proporcionalidad	324
5.8.3 El juicio de razonabilidad	325

**CAPÍTULO IX.  
LA CORTE CONSTITUCIONAL,  
MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN**

1. SU LEGITIMIDAD	331
1.1 Órgano político jurisdiccional	332
1.2 Factor clave en la institucionalización	332
2. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	334
3. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN	335
4. MODULACIÓN DE LAS SENTENCIAS	336
4.1 Sentencias interpretativas	337
4.2 Sentencias integradoras	338
4.3 Sentencias de inconstitucionalidad diferida	340
5. LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES	341
5.1 En los fallos de constitucionalidad	342
5.2 En los fallos de tutela	343
5.2.1 Inicial negación del precedente	343
5.2.2 La Corte rectifica y acepta el precedente	344

**CAPÍTULO X.  
LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN**

1. LA NECESIDAD DE REFORMAR	351
2. LÍMITES PROCEDIMENTALES	352
2.1 Reforma mediante Acto Legislativo	353
2.2 Reforma por Asamblea Constituyente	354
2.3 Reforma a través de referendo	355
2.3.1 Modificación del texto del referendo por el congreso	356
2.3.2 El rechazo del congreso y el referendo directo	358
3. LÍMITES MATERIALES AL PODER DE REFORMA	359
3.1 Inexistencia de límites materiales	360
3.2 La sustitución como límite material	362
3.2.1 El sofisma de la competencia	362
3.2.2 De la sustitución total a la parcial	366

3.2.3	Los elementos definitorios de la identidad constitucional	369
3.2.4	La confrontación de contenidos es control material	370
3.3	La ampliación de los límites implícitos al poder de reforma de la constitución	372
3.3.1	La conveniencia como criterio de control material	375
3.4	El poder de reforma y la democracia directa	376
3.5	La sorprendente influencia de Schmitt en la Corte Constitucional	379
3.6	La discrecionalidad del juez constitucional es regresiva	381
3.7	El contenido de la constitución lo define el soberano	382

**TERCERA PARTE**  
**EL ESTADO CONTEMPORÁNEO**

**CAPÍTULO XI.**  
**ACERCA DEL ESTADO**

1.	LA NOCIÓN DE ESTADO	389
1.1	Supuestos históricos del Estado	390
1.1.1	La fuerza unificadora de la Iglesia	390
1.1.3	Transformación económica y codificación jurídica	392
1.2	Aparición del Estado en Europa	393
1.2.1	Inglaterra	393
1.2.2	Francia	394
1.2.3	España	394
1.2.4	Italia y Alemania	395
1.3	Origen del Estado colombiano	395
1.3.1	En 1810 nace el Estado colombiano	396
1.3.2	El Estado no desapareció en 1816	400
1.4	Naturaleza del Estado	402
1.4.1	La dificultad del concepto	403
1.4.2	La discusión jurídica	404
1.4.3	El Estado según Heller	404

2. ATRIBUTOS DEL ESTADO	406
2.1 La soberanía	406
2.2 Personalidad jurídica	407
2.3 El Estado como institución	409
3. FINES DEL ESTADO	411

**CAPÍTULO XII.  
ELEMENTOS DEL ESTADO**

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA	415
1.1 Determinación de los elementos del Estado	416
2. EL TERRITORIO	417
2.1 El suelo	418
2.2 El subsuelo	419
2.3 El mar territorial	420
2.4 La zona contigua	421
2.5 La zona económica exclusiva	422
2.6 La plataforma continental	423
2.6.1 Concepto jurídico de la Convención de Ginebra	424
2.6.2 Concepto jurídico de la Convención de Montego Bay	425
2.6.3 Derechos que otorga la plataforma continental	426
2.7 El espacio aéreo	427
2.8 Segmento de la órbita geoestacionaria	428
2.9 Espectro electromagnético y el espacio donde actúa	429
2.10 El dominio eminente	430
3. LA POBLACIÓN	431
3.1 La Nación	432
3.2 El pueblo	433
3.3 La nacionalidad	434
3.3.1 Fuentes de la nacionalidad por nacimiento	435
3.3.2 La nacionalidad por adopción	436
3.4 La nacionalidad en Colombia	436
3.4.1 La naturalización en Colombia	437
3.4.2 La doble nacionalidad	438



3.5	La ciudadanía	439
3.6	Derechos de los extranjeros	440
4.	EL PODER PÚBLICO	441
5.	EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL	443

**CAPÍTULO XIII.  
FORMAS DE ESTADO**

1.	INTRODUCCIÓN	447
2.	FORMAS DE ESTADO ARCAICAS	448
2.1	Estados de unión personal	448
2.2	Estados de unión real	449
2.3	Confederación de Estados	449
2.3.1	La confederación en Colombia	451
3.	FORMAS DE ESTADO CONTEMPORÁNEAS	452
3.1	El Estado unitario	453
3.2	El Estado federal	454
3.2.1	Unión de estados autónomos con división de poderes con la nación	454
3.2.2	Existencia dentro de cada Estado de un aparato legal completo	456
3.2.3	Supremacía del poder federal	456
3.3	El Estado regional	457
3.3.1	Las regiones en Italia	458
3.3.2	Las Comunidades Autónomas de España	460
4.	LA FORMA DE ESTADO EN LA COLOMBIA ACTUAL	462
4.1	Un Estado unitario complejo	463
4.2	La descentralización administrativa	464
4.2.1	Descentralización territorial	465
4.2.2	Descentralización por servicios	465
4.2.3	Descentralización por colaboración	466
4.3	La autonomía territorial en Colombia	467
4.3.1	Elementos de la autonomía	469
4.3.2	Limitaciones y debilidades de la autonomía territorial	471
4.3.3	La Corte Constitucional y la autonomía territorial	472

**CAPÍTULO XIV.  
SISTEMAS DE GOBIERNO**

1. INTRODUCCIÓN	477
2. EL SISTEMA PARLAMENTARIO	478
3. EL SISTEMA PRESIDENCIAL	480
4. COLOMBIA: ¿SISTEMA PRESIDENCIALISTA?	482
4.1 Lo que se entiende por presidencialismo	483
4.2 La crisis del sistema presidencial	484
5. PROPUESTA DEL SISTEMA PARLAMENTARIO	486
5.1 Argumentos a favor	487
5.2 Argumentos en contra	488
5.3 Ponderación de la propuesta	489
5.3.1 Gobernabilidad y estabilidad	489
5.3.2 Flexibilidad y fortaleza del sistema	491
5.3.3 El gobierno de partidos	492
5.3.4 El peso de la tradición	493
5.3.5 Una conclusión necesaria	495

**CAPÍTULO XV.  
DEL ESTADO DE DERECHO  
AL ESTADO CONSTITUCIONAL**

1. CONCEPTO ORIGINAL DEL ESTADO DE DERECHO	499
1.1 Fundamentos del Estado de Derecho	500
1.2 Conceptos material y formal	501
2. FORMALIZACIÓN DEL CONCEPTO	501
3. HERENCIA DEL CONCEPTO FORMAL	503
4. EL ESTADO MATERIAL DE DERECHO	505
4.1 Polémica sobre el Estado material de Derecho	506
4.2 Se amplía la recepción del concepto material	507
5. EL ESTADO CONSTITUCIONAL	507
5.1 La ley, la Administración y los ciudadanos	508
5.2 Reducción de la generalidad y abstracción de las leyes	509

5.3 Heterogeneidad del Derecho en el Estado Constitucional	510
6. FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CONSTITUCIÓN	512

**CAPÍTULO XVI.  
EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

1. ANTECEDENTES	517
1.1 Respuesta a la crisis del Estado liberal	517
1.2 El origen del concepto	518
2. SIGNIFICADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	519
2.1 La supuesta incompatibilidad conceptual	520
2.2 Principios con idéntico rango	521
3. VALORES Y FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	522
3.1 Diferencias entre los tipos de Estado	523
3.2 Del mínimo vital a la procura existencial	525
4. COLOMBIA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	526
4.1 Un Estado sometido a la Constitución	526
4.2 Un nuevo tipo de Estado	527
5. UN ESTADO INTERVENCIONISTA	529
6. PROBLEMAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	530
6.1 Fortalezas y debilidades	530
6.2 Respuestas creativas a tensiones inevitables	531
7. LÍMITES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	532
7.1 La necesaria mediación de la ley	533
7.2 El peligro de la dictadura de los jueces	534
7.3 La sostenibilidad fiscal	535

**CAPÍTULO XVII.  
DEMOCRACIA Y PLURALISMO**

1. SIGNIFICADO DE LA DEMOCRACIA	541
2. SOBERANÍA POPULAR	542
2.1 Soberanía popular vs. Soberanía nacional	543
2.2 Significado de la soberanía popular	544

3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	545
4. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	546
5. DEMOCRACIA DIRECTA-REFRENDARIA	548
5.1 Las falacias de la democracia refrendaria	548
5.2 La falta de libertad individual en Grecia	550
6. LA POLIARQUÍA COMO TIPO DE DEMOCRACIA	551
7. LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	553
7.1 De la democracia representativa a la participativa	553
7.2 Democracia electoral y partidos políticos	555
7.2.1 Elección directa de los órganos de decisión política	556
7.2.2 Modernización del sistema electoral	557
7.2.3 Fortalecimiento de los partidos políticos	559
7.2.4 Garantías a la oposición	561
7.3 Mecanismos de participación ciudadana	562
7.3.1 El voto	563
7.3.2 La iniciativa popular	565
7.3.3 El referendo	566
7.3.4 Trabas al referendo	567
7.3.5 El plebiscito	568
7.3.6 La consulta popular	570
7.3.7 El cabildo abierto	571
7.3.8 La revocatoria del mandato	572
7.4 Negación de la democracia participativa	574
8. EL PLURALISMO	575
8.1 Pluralismo político	576
8.2 Pluralismo étnico y cultural	577
8.3 Pluralismo religioso	578
8.4 Pluralismo educativo	579
8.5 Pluralismo informativo	580
8.6 Pluralismo en la política exterior	581

**CAPÍTULO XVIII.**

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

1. NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	585
1.1 Derechos humanos y derechos fundamentales	586
1.2 Fundamentalidad de los derechos fundamentales	588
1.2.1 El elemento formal	589
1.2.2 El elemento material	590
1.3 La dignidad humana	590
1.3.1 Su carácter esencial	590
1.3.2 Su relatividad histórica	591
1.4 Las generaciones de los derechos humanos	592
2. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	594
2.1 Criterios de identificación	596
2.2 La transmutación de los derechos	600
3. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	604
4. PRERROGATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	606
4.1 Aplicación inmediata	607
4.2 Protección a través de la acción de tutela	608
4.3 Reserva de ley estatutaria	609
4.4 Prohibición de suspensión en los estados de excepción	610
4.5 Poseen un <i>plus</i> para su modificación	611
5. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SUS LÍMITES	613
5.1 El núcleo esencial	613
5.1.1 Significado del núcleo esencial	614
5.1.2 Directrices para su determinación	614

**CAPÍTULO XIX.**

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

1. GARANTÍAS NORMATIVAS	619
1.1 Presunción de la buena fe	620
1.2 Prohibición de exigencias no previstas en las normas generales	622

1.3	Responsabilidad patrimonial del Estado	623
1.3.1	Responsabilidad con base en el Código Civil	624
1.3.2	Responsabilidad por falla en el servicio	624
1.3.3	Responsabilidad de fuente constitucional directa	625
1.4	Responsabilidad de los agentes públicos	627
2.	GARANTÍAS JURISDICCIONALES	629
2.1	<i>Habeas corpus</i>	630
2.2	La acción de tutela	631
2.2.1	Sujeto activo	632
2.2.2	Sujeto pasivo	633
2.2.3	Objeto de la tutela	634
2.2.4	Carácter subsidiario de la acción	635
2.2.5	No procede contra sentencias judiciales	636
2.2.6	Tutela contra vía de hecho judicial	637
2.2.7	Causales genéricas de procedibilidad de la acción	638
2.2.8	Procedimiento preferente y sumario	643
2.3	La acción de cumplimiento	645
2.3.1	Significado de la acción	645
2.3.2	Limitaciones de la acción de cumplimiento	647
2.3.3	Trámite preferencial	648
2.4	Las acciones populares	649
2.4.1	Naturaleza de las acciones populares	650
2.4.2	Trámite de las acciones populares	651
2.4.3	El pacto de cumplimiento	652
2.4.4	Incentivos y medidas coercitivas	653
2.5	Las acciones de grupo	653
2.5.1	Trámite de las acciones de grupo	654
2.5.2	Conformación del grupo	654
2.5.3	Contenido y efectos de la sentencia	655
2.6	Acciones y recursos de orden legal	656
3.	GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES	657
3.1	El presidente de la República	658
3.2	La Policía Nacional	659

3.3	Las Fuerzas Militares	659
3.4	El Procurador General de la Nación	660
3.5	El Defensor del Pueblo	661
3.5.1	Las funciones del Defensor del Pueblo	662
3.5.2	Características del control que ejerce	663
BIBLIOGRAFÍA		665

## PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Para la Universidad Libre de Colombia es motivo de enorme satisfacción entregar al público colombiano la tercera edición del libro *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, obra de Iván Vila Casado, jurista y catedrático formado en esta Casa de Estudios.

El profesor Vila Casado, nacido en Cúcuta, es egresado de la Facultad de Derecho de la sede de Bogotá en 1972. Inicialmente se especializó en Derecho Comercial en la Universidad del Rosario y viajó luego a México, en donde cursó en los años 1977 y 1978 la maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Años más tarde, realizó la especialización en Derecho Constitucional Comparado en el Externado de Colombia, en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid, lo que le permitió tener como docentes a destacados constitucionalistas españoles, en especial, al tratadista Manuel Aragón Reyes, a la sazón decano de la Facultad de Derecho de esa universidad y luego, magistrado del Tribunal Constitucional de España, desde 2004 hasta 2013. En el año 2014, Iván Vila Casado obtuvo el título de Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, seccional Cali, para lo cual presentó como trabajo de investigación una monografía que denominó *Los acontecimientos del 20 de julio y el nacimiento del Estado de la Nueva Granada*.

La Universidad Libre ha contado con la amplia labor como docente de Iván Vila Casado desde 1974, cuando se vinculó como catedrático en la sede de Bogotá y, luego de su regreso de México, en la seccional de Cúcuta. Desde 2008 ha sido profesor de posgrados en los programas de especialización y maestría en las sedes de la



Universidad Libre en Bogotá, Cúcuta, Cali, Barranquilla, Cartagena, Socorro y Pereira. En octubre de 2019 tuvo el honor de ser conferencista invitado en el programa de doctorado de la Universidad de Salamanca, España, en donde presentó una disertación sobre el carácter normativo de la Constitución colombiana de 1991.

En el año 2002 publicó *El Nuevo Derecho Constitucional*, a través de Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y en el 2005, *Los límites de la Corte Constitucional* por medio de la Editorial Legis. Su libro *Reflexiones constitucionales* fue publicado por la Universidad Libre, Seccional Cúcuta en 2011. En el año 2018 conocimos su obra *Historia del Constitucionalismo Colombiano*, editada por el Grupo Editorial Ibáñez.

Las dos primeras ediciones del presente libro *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* fueron publicadas por Legis Editores en 2007 y en 2012, con varias reimpressiones. Ha querido el maestro Vila Casado que esta tercera edición, ampliada y actualizada, sea publicada, tanto en versión digital como en la impresa, por nuestra Universidad, y para esos efectos ha renunciado a los derechos económicos a favor de la Corporación Universidad Libre. La versión digital será de circulación libre en el ciberespacio para que miles de estudiantes, profesores, abogados y personas interesadas, lo puedan consultar de manera gratuita, en donde quiera que se encuentren, a través de las distintas plataformas existentes.

*Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* no es un libro de interés exclusivamente para abogados y estudiantes de Derecho. Es también, una obra de cultura general con un importante contenido histórico. Está dividido en tres partes: la primera es sobre la historia del constitucionalismo, la segunda se ocupa de la constitución normativa y la tercera, del Estado contemporáneo.

La primera parte comienza con el surgimiento del constitucionalismo inglés a partir de la invasión de los normandos en 1066, liderados por el duque de Normandía Guillermo el Conquistador, y el desarrollo de las instituciones políticas en un país gobernado por extranjeros de habla francesa. Se explica allí cómo surge el *common*

*law*, la Carta Magna, el Parlamento, la *Petition of Rights*, el *Habeas Corpus*, el *Bill of Rights* o Carta de Derechos, documentos que ponen de presente que el constitucionalismo inglés ha girado alrededor de los derechos de las personas, es antropocéntrico, característica que, según el autor, llega a Colombia con la Constitución de 1991.

Se ocupa, además, de la guerra civil de mediados del siglo XVII, encabezada por el parlamentario puritano Oliverio Cromwell, la que terminó con la decapitación del rey Carlos I y el establecimiento de la República, en 1649, breve interregno de la monarquía inglesa que durará hasta 1660. El Estado de Derecho en Inglaterra se consolida con la supremacía del parlamento, asegurada con el triunfo de la Revolución Gloriosa en 1688 y la derrota de Jacobo II, el último rey de la casa de los Estuardo, la que pretendía la restauración del catolicismo en Inglaterra.

La historia de EE. UU. a partir de la formación de las famosas trece colonias, con orígenes muy diferentes, el desarrollo de sus instituciones coloniales, el proceso jurídico político de su independencia, la debilidad del sistema confederal, las singulares condiciones que hicieron posible la Constitución federal de 1787, sus características centrales que aparecieron por primera vez en la historia de la humanidad, el concepto de la supremacía de la constitución, su carácter normativo y su protección judicial hasta nuestros días, son aspectos contenidos en un apasionante relato en el que el autor invierte más de sesenta páginas del libro, información difícil de conseguir en una sola obra.

El modelo norteamericano de constitución contrasta con el francés, el que heredó Colombia desde sus primeros pasos como Estado soberano en las constituciones de la primera república liberal (1810-1816), siguió durante la Constitución de 1821 y las demás constituciones del siglo XIX, hasta llegar a la de 1886. La Constitución de 1991, siguiendo el modelo surgido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, significó el viraje hacia el constitucionalismo norteamericano. La supremacía de la ley, el valor meramente político de las constituciones francesas y la consecuente

imposibilidad de protección judicial, son características que se contraponen al modelo norteamericano.

El constitucionalismo francés es explicado por el autor a partir de lo que significó el absolutismo, la Revolución Francesa, la Constitución de 1791, el Régimen del Terror de los radicales jacobinos encabezados por Robespierre, el cesarismo democrático de Napoleón y las vicisitudes constitucionales producidas en Francia hasta nuestros días.

El autor llama la atención sobre el hecho de que tan solo en la reforma constitucional de 2008 se autoriza en Francia la anulación de una disposición legislativa cuando ella perjudica los derechos y las libertades que garantiza la constitución. Al respecto, afirma: “De esta manera, ya en el siglo XXI, se establece por fin en Francia la supremacía constitucional plena. La supremacía de la ley, el legado de más de dos siglos dejado por Rousseau, debió dejar paso a una reformulación hecha con mucho acierto por el propio Consejo Constitucional al señalar en una de sus directivas: *la ley sólo expresa la voluntad general en el marco de la constitución*”.

La segunda parte de la obra comienza por identificar el concepto moderno de constitución, su interdependencia con la realidad socio política que ha conducido a lo que el autor llama la *juridificación del poder político*, las tareas u objetivos que tiene la constitución contemporánea a diferencia de la que le correspondía en el constitucionalismo clásico.

Al referirse a la génesis de la Constitución de 1991, el autor señala los intentos de reforma promovidos por los presidentes López Michelsen, Turbay Ayala y Barco Vargas, frustrados por diferentes causas, lo que produjo “la sensación, un tanto desesperada, de que se habían agotado las posibilidades de reforma y que no era posible superar la obsolescencia de la constitución”. A lo anterior, se agregó el asesinato de Luis Carlos Galán, carismático dirigente liberal que proponía la renovación de la política y de las instituciones.

Aspecto clave en el nacimiento de la actual constitución colombiana es el reconocimiento del poder constituyente que hizo la Corte

Suprema de Justicia en la Sentencia del 9 de octubre de 1990, al declarar exequible el decreto del presidente César Gaviria mediante el cual se creaban las condiciones para que el pueblo colombiano pudiera decidir si se convocaba una asamblea constitucional. El autor se detiene en la explicación del alcance del poder constituyente, sus precedentes y antecedentes, para defender la legitimidad de la Constitución de 1991 frente a sus detractores, los nostálgicos de la Constitución de 1886 y del antiguo derecho positivista, legitimidad en continua ratificación.

A lo largo del libro, Iván Vila Casado, insiste en destacar que la característica toral de la Constitución de 1991 es su carácter normativo, la eficacia jurídica de todas sus cláusulas, a diferencia de lo que sucedía con la anterior. Señala las garantías sociales, políticas y jurídicas de la supremacía constitucional con el consiguiente control judicial de la misma.

El carácter vinculante de la constitución llevó al autor a dedicar sendos capítulos al estudio de las normas constitucionales, reglas, principios y valores, y a la interpretación constitucional, privilegiando en este punto el método de la concretización desarrollado por el jurista alemán Konrad Hesse. Dedicó especial atención a la Corte Constitucional, a los límites de la jurisdicción constitucional, y a las controvertidas sentencias moduladas, cuya legitimidad defiende como necesarias expresiones de la supremacía constitucional y de su naturaleza normativa. Se ocupa, además, de la inicial renuencia y posterior aceptación de los precedentes en los fallos de tutela por la Corte Constitucional.

Especial énfasis pone el autor en el tema de la reforma constitucional, que fue pacífico hasta el año 2003. Señala que, desde la Sentencia del 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia se declaró competente para decidir acerca de la exequibilidad de los actos reformativos de la constitución, pero solamente por vicios de procedimiento, limitación que continuó la Corte Constitucional, por mandato expreso del artículo 241 constitucional, numeral 1, y al respecto cita sentencias de 1998 y de 2002, en las que la Corte

advierde que su competencia frente a actos reformatorios de la constitución se limita a los vicios de procedimiento y no sobre su contenido material.

El asunto cambió con la Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que introdujo la tesis de la sustitución como límite material del poder de reforma de la constitución. El profesor Vila Casado discrepa de ese criterio que ha venido siendo apoyado por la mayoría de los magistrados, porque considera que, a través de sofismas, la Corte Constitucional se ha atribuido competencias supraconstitucionales. A refutar la posición de la Corte, el autor dedica un cuidadoso estudio que comienza con el análisis crítico de la sentencia originaria de la que considera nueva y sorprendente función jurisdiccional, el que extiende a la que denomina regresiva discrecionalidad del juez constitucional.

La última parte del libro se ocupa del Estado contemporáneo. Comienza por el estudio de los supuestos históricos del Estado, su surgimiento en Europa y en Colombia, la dificultad del concepto, la discusión jurídica acerca del mismo y la tesis de Hermann Heller, en oposición a la de Kelsen. Temas como los elementos del Estado, las formas antiguas y contemporáneas de Estado y los sistemas de gobierno, son analizados, inicialmente desde una perspectiva general, pero se concretan con la explicación de la manera como ellos están desarrollados en la constitución colombiana.

Es interesante el planteamiento que hace el profesor Vila Casado sobre la posibilidad del sistema parlamentario en nuestro país, para lo cual aporta argumentos a favor, argumentos en contra y una detenida ponderación de la propuesta. En este tema, que debiera tener eco en el ámbito académico, acoge la iniciativa planteada por López Michelsen, Tito Livio Caldas y un grupo de juristas y politólogos, la que fue recogida en el libro *El sistema parlamentario, el mejor sistema para Colombia*, publicado por Legis en 2004.

De gran importancia es el análisis del paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional y del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, temas a los que dedica sendos capítulos. En

relación con el primer asunto, se plantean los fundamentos del Estado de Derecho, la formalización del concepto, la que alcanza su punto más alto en la obra de Kelsen, y la aparición, después de la Segunda Guerra Mundial, del concepto material de Estado de Derecho, que pone el centro de gravedad de la actividad estatal orientado no sólo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino, en especial, a establecer una situación jurídica justa en sentido material.

En cuanto a la noción de Estado constitucional, el autor se apoya en Zagrebelsky, quien realizó el ejercicio de comparar las características del Estado de Derecho del siglo XIX con las del actual Estado constitucional y comprobó, de esa manera, la profunda transformación operada, argumentos que el autor confronta con nuestra realidad jurídico-política, lo que le permite apreciar con claridad la evolución operada en Colombia del Estado de Derecho al Estado Constitucional.

El paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho es uno de los más grandes logros de la Constitución de 1991. El autor, siguiendo al profesor español García Pelayo, presenta un interesante cuadro comparativo del alcance de los derechos en los dos tipos de Estado; analiza el origen del concepto Estado social de Derecho, el significado de esa fórmula, el que ofrece dificultades al fusionar dos conceptos disímiles, el de Estado de Derecho y el de Estado social, término este afectado de polisemia, ya que le caben varios contenidos bajo la denominación genérica de derechos sociales.

Desde sus primeros meses de funcionamiento, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de la fórmula en Colombia, como la de un nuevo tipo de Estado, sometido a la constitución, que deriva su legitimidad de la democracia, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales. Se plantean aquí los problemas del Estado social de Derecho, sus fortalezas y debilidades y sus límites tanto materiales como formales, mencionando entre estos últimos, la necesaria mediación de la ley, lo que ha llevado a la Corte a advertir sobre el peligro de la dictadura de los jueces.

En lo que se refiere al capítulo de la democracia y el pluralismo, se destaca el análisis de lo que el autor denomina, falacias de la democracia refrendaria, y el de las limitaciones normativas de los mecanismos de participación, agravadas con algunas decisiones de la Corte Constitucional que han conducido a una real ineficacia de importantes mecanismos de la democracia participativa, como el referendo.

En relación a la noción de derechos fundamentales, el autor se ocupa de su diferencia con los derechos humanos, de la fundamentalidad de aquellos, del carácter esencial y relatividad histórica de la dignidad humana, de los criterios de identificación de los derechos fundamentales, de las prerrogativas de las que ellos gozan en nuestro ordenamiento constitucional y de las restricciones a las que ellos pueden ser sometidos, teniendo como límite insuperable el núcleo esencial, cuyo origen y significado explica, lo mismo que las directrices trazadas por la Corte Constitucional para su determinación. Menciona, además, el concepto de bloque de constitucionalidad y la línea jurisprudencial elaborada por la Corte frente a la supuesta supraconstitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El último capítulo de esta obra está dedicado a la protección de los derechos constitucionales a través de las garantías normativas, las jurisdiccionales y las extrajudiciales. Dentro de las primeras, hace mención especial de la presunción de la buena fe, principio constitucional que invierte la carga de la prueba cuando se enjuician las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. Esta garantía normativa se estudia junto a la prohibición de exigencias no previstas en las normas generales y la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los agentes públicos.

Las garantías jurisdiccionales constituyen la columna vertebral de la protección de los derechos constitucionales con las vigorosas instituciones de la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares, poderosos instrumentos que les permiten a las personas obtener, a través de los jueces, protección efectiva de

los derechos que les ofrece una constitución antropocéntrica y con eficacia jurídica, como la de 1991.

Con las garantías que llama extrajudiciales, cierra el profesor Vila Casado su obra. Se refiere al conjunto de garantías en virtud de las cuales determinadas instituciones no pertenecientes a la rama jurisdiccional se encuentran constitucionalmente obligadas a la protección y defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. La vinculación de tales instituciones a la tarea de proteger los derechos de las personas obedece a mandatos expresos de la constitución, se ejercen con desigual intensidad en ámbitos diferentes, con instrumentos jurídicos y procedimientos de distinta índole, según la naturaleza de la entidad obligada. Menciona aquí al presidente de la República, a la Policía Nacional, a las Fuerzas Militares, al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo.

No dudo en recomendar este libro a los profesores de nuestra universidad y de las distintas universidades del país. Y, obviamente, a los estudiantes de todos los programas académicos, porque la Constitución de 1991 se ha convertido en el faro que guía el desarrollo socio político de nuestro país, ya que ella, como diría Schneider, posee el carácter de un amplio modelo de vida para la comunidad política, orientado hacia el futuro, por lo que conocerla con alguna profundidad es casi una obligación de todas las personas cultas. La obra está soportada en una amplia bibliografía para quienes quieran profundizar en algunos de sus diferentes temas.

Con esta obra, la Universidad Libre comienza la colección de libros que publicará con motivo de cumplirse en el año 2022 el centenario de su fundación.

**Jorge Alarcón Niño**  
Presidente Nacional de la Universidad Libre





## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

*La idea del Derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas.*

*Gustavo Zagrebelsky*

La frase del destacado jurista italiano mueve a reflexiones. El derecho constitucional se ha transformado en Colombia a partir de la Constitución de 1991 y con base en ésta, se ha transformado la relación entre el Derecho y el Estado en la medida en que el primero se ha venido *constitucionalizando*”.

Es imposible desconocer el profundo impacto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como intérprete de la constitución, ha producido en la sociedad colombiana en las dos últimas décadas. El reconocimiento de derechos fundamentales a sectores de la sociedad desprovistos de ellos desde siempre y la percepción de su efectividad han calado hondamente en la comunidad y han aliviado inevitables tensiones sociales. Las bondades de la Constitución, como resultado de todas las sumas y restas que puedan hacerse, son evidentes e indican un norte optimista para el país.

Se requiere ahondar, desde la perspectiva de la teoría constitucional, en lo que significa esta nueva realidad constitucional, resaltando como punto de partida que el principal objetivo de la constitución es el aseguramiento de la convivencia social pacífica. Como muy bien lo expresa Schneider, la constitución se caracteriza sustancialmente por hacer posible una consolidación democrática asegurando una convivencia social pacífica mediante la exclusión de la violencia para el logro de objetivos políticos, estableciendo el

marco institucional para una actividad estatal unificadora, y realizando una libertad, igualdad y solidaridad concretas. Ella deviene en un verdadero *pactum societatis* en el que se acuerdan las condiciones de la convivencia, lo que implica descartar cualquier régimen arbitrario *impuesto desde arriba*, así como toda violencia *impuesta desde abajo*, con lo que se logra evitar fenómenos de ruptura equivalentes a las guerras civiles, y garantizar al mismo tiempo una participación activa lo más alta posible<sup>1</sup>.

Hay que tener siempre presente que la constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad política y como tal le corresponde fijar los aspectos esenciales de la organización del Estado, determinar la conformación de los órganos del poder público y asignarles las competencias correspondientes para que puedan cumplir con las funciones que les han sido señaladas. De esa manera se crea un poder estatal ajustado a derecho, un poder que debe actuar de conformidad con los mandatos otorgados. La Constitución ordena cuáles son los cometidos que deben cumplir los órganos estatales de manera que se complementen entre sí y se garantice la cooperación, la responsabilidad, el control y la limitación del poder y, finalmente, para que se impida el abuso del poder, como muy bien lo advierte Hesse<sup>2</sup>.

A la Constitución le corresponde la función de coordinar el poder fijando límites jurídicos a ese poder estatal, lo que implica impedir la arbitrariedad y la discrecionalidad de todos y cada uno de los órganos del poder público mediante la efectiva y funcional división de poderes y el establecimiento de zonas indisponibles para el poder político por medio de las cuales se otorgan efectivas garantías a los derechos fundamentales, las que impiden su desconocimiento o lesión y permiten rodearlos de una amplia protección jurídica.

---

<sup>1</sup> Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 42.

<sup>2</sup> Hesse, Konrad, "Constitución y derecho constitucional", en: Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 4.

Significa lo anterior que la constitución crea y sostiene el Estado de Derecho; pero a partir de la Carta Política de 1991 no se limita a ello. Tiene ahora el cometido de configurar las condiciones sociales de la comunidad política a través de una serie de regulaciones dotadas de fuerza vinculante que encuentran su fundamentación jurídico-constitucional en el principio del Estado social de Derecho. Con esta función, la constitución adquiere una sólida legitimidad, un amplio consenso dentro de la comunidad política que la percibe como un valioso instrumento en la búsqueda de mejores condiciones de vida para la inmensa mayoría de sus integrantes.

Schneider afirma que la constitución posee el carácter de un amplio modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro, por lo que siempre tiene algo de *utopía concreta*. Resalta la orientación finalista que tiene el derecho constitucional con respecto a directivas y mandatos constitucionales que reflejan las esperanzas consignadas por el poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales, lo que significa que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes.

Agrega el destacado profesor alemán que tales objetivos de la constitución pretenden la convivencia social; el respeto de la dignidad humana; el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad; la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humanas, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática<sup>3</sup>.

Todo lo anterior es posible porque la Constitución de 1991, a diferencia de la de 1886, tiene carácter normativo, lo que significa que sus prescripciones y mandatos son vinculantes, generan efectos jurídicos. El carácter normativo es, sin lugar a dudas, la característica más relevante de la constitución, la que permite la protección judicial directa de los derechos fundamentales y la que hace del Estado social de Derecho no un programa sino un mandato con fuerza jurídica.

---

<sup>3</sup> Schneider, ob. cit., p. 49.

Consecuencia directa del carácter normativo de la constitución y de su supremacía frente al resto del ordenamiento jurídico, es la obligación que tienen los operadores jurídicos de interpretar las leyes y todas las demás normas infraconstitucionales, en el sentido que resulta de las reglas y principios constitucionales, tanto generales como específicos, referentes a la materia de que se trate, lo que es conocido como el *principio de la interpretación orientada hacia la constitución*. Con base en este principio se ha venido construyendo lo que se ha dado en llamar “la constitucionalización del derecho”.

La juridicidad de la constitución irradia todo el ordenamiento jurídico; ella debe ser claramente percibida, integralmente asumida y vigorosamente desarrollada. Responde, sin lugar a dudas, a la idea del derecho que el actual Estado constitucional colombiano implica. Es obligación de los estudiosos del derecho y de todos los operadores jurídicos, desde la Corte Constitucional hasta el más modesto de los servidores públicos, velar por la inalterabilidad del carácter jurídico de la constitución para que ella pueda mantener su condición de Carta de navegación fiable y segura del país entero hacia el modelo de vida plasmado en sus normas.

En esta segunda edición se ha hecho una revisión de la obra con el propósito de ajustarla a las modificaciones que ha tenido la constitución en los últimos años y a los desarrollos que en algunos temas vitales ha producido la Corte Constitucional. Se mantiene la línea de explicar y comentar el derecho constitucional desde una perspectiva dinámica y crítica, como corresponde a los tiempos actuales.

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El derecho constitucional colombiano de nuestros días difiere de manera notoria del que existía antes de 1991. Se ha presentado una profunda transformación que parte de la Constitución de 1991, una Carta Política muy distinta en su esencia a la de 1886. Esta última no podía ser aplicada de manera directa, por cuanto solo vinculaba al poder legislativo. Como consecuencia, el derecho aplicable se encontraba en las leyes; solo a través de ellas podía impetrarse el reconocimiento de los derechos.

La Constitución de 1991 es otra cosa. Su fuerza normativa la ha convertido en un poderoso instrumento jurídico que el ciudadano común y corriente utiliza en forma cotidiana en procura de la defensa de sus derechos constitucionales. Tiene, además, el invaluable mérito de servir de modelo de vida para la comunidad política, un marco contentivo de reglas de juego dirigido a lograr la convivencia pacífica bajo un nuevo tipo de organización estatal, el Estado social de Derecho.

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

El derecho constitucional adquirió una trascendencia sorprendente. De la mano de la profusa jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho colombiano se ha venido *constitucionalizando*, hasta el punto de que buena parte de los pleitos jurídicos de mayor relevancia en Colombia, en los últimos años, han terminado resolviéndose alrededor de la interpretación de las normas constitucionales.

No se trata solamente de las impresionantes cifras que han alcanzado las acciones de tutela<sup>1</sup>, ni de la utilización cada día mayor de la acción de cumplimiento y de las acciones populares y de grupo, en todas las cuales se debe acudir a la constitución. Se trata, también, del resto del ordenamiento jurídico.

Se empiezan a ver, cada vez con mayor frecuencia, fallos de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y de las secciones del Consejo de Estado en los que se acude para la decisión judicial a las normas constitucionales de manera directa y en los que la argumentación jurídica de fondo gira alrededor de la consideración de encontrarnos en un Estado social de Derecho.

La situación, pues, ha cambiado. Ni el derecho penal, ni el civil, ni el comercial, ni el laboral, están en su totalidad en los códigos respectivos y en las leyes que los complementan. La matriz de todos ellos está en la constitución; quien no la maneje adecuadamente no solo está desactualizado; carece de la brújula que le indique el camino correcto por el que se debe transitar en el complejo mundo jurídico de nuestros días.

## **UNA PROPUESTA METODOLÓGICA**

La nueva realidad jurídica colombiana tiene que reflejarse en los currículos académicos. Al derecho constitucional se le debe dispensar una atención mayor que la que tenía en las facultades de derecho antes de 1991, cuando esta disciplina revestía, para los efectos prácticos, un interés secundario. Se podía ser un exitoso abogado sin manejar la constitución, ya que, como se anotó arriba, todo el derecho utilizado en los juzgados y tribunales estaba en los códigos y en las leyes que los complementaban.

Es necesario profundizar el estudio del derecho constitucional colombiano. El presente libro contiene una propuesta metodológica

---

<sup>1</sup> Las tutelas pasaron de 10.400 en el año 1992 a 262.619 durante el año 2005: cfr. *Ámbito Jurídico* N° 204, Legis, Bogotá, 3 de julio de 2006, p. 21.

que apunta en esa dirección. Aborda los temas que tradicionalmente han venido siendo incluidos en el llamado *derecho constitucional general*, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano. Así, cuando se habla de las formas de Estado, de los sistemas de gobierno o de la democracia, por ejemplo, se acude al análisis crítico de lo que acontece en esos aspectos en la realidad colombiana.

Igual sucede con la constitución. Después de hacer una referencia general a la idea de constitución, con énfasis en lo que ella significa en el derecho contemporáneo, la obra se ocupa de temas que son imprescindibles hoy en día, tales como la juridicidad de la constitución, la tipología de las normas y la interpretación constitucionales. Se dedica un capítulo a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la constitución y, en especial, a la manera como se ha venido desarrollando su labor hermenéutica.

Es de suponer que con esas herramientas jurídicas, el estudiante, el abogado y, en general, cualquier persona interesada, podrá realizar un estudio adecuado de la Constitución de 1991 en su conjunto. Estará entonces en condiciones de comprender sus instituciones jurídicas y orgánicas, la razón de ser del Estado social de Derecho, y, sobre todo, la naturaleza normativa y garantista de una constitución que tiene como el más importante de sus objetivos el reconocimiento y la defensa de los derechos constitucionales de los colombianos.

Todo indica que ha surgido en Colombia un nuevo derecho constitucional. Demostrar esa nueva realidad fue el propósito de mi primer libro, *El Nuevo Derecho Constitucional*<sup>2</sup>. Considero que ese objetivo ha sido cumplido, razón por la cual, no se volverá a editar. Buena parte de sus capítulos, corregidos y aumentados, son rescatados aquí y conforman, junto con otros nuevos, esta obra, con la que se persigue presentar, en forma sistemática y coherente,

---

<sup>2</sup> Vila Casado, Iván, *El nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.



una perspectiva del constitucionalismo actual, con especial énfasis en lo que significa la Constitución colombiana de 1991.

No se trata de una obra que se limite a describir el contenido normativo. Contiene juicios y valoraciones que hemos considerado inevitables, porque el derecho constitucional no puede limitarse a la explicación de las normas, sino que debe analizar la correspondencia de la normatividad con la realidad social y política, pues el derecho es dinámico. Así como el Estado social de Derecho se construye día tras día, de la misma manera se configura el derecho constitucional de un país cuya sociedad presenta elevados grados de conflictividad y tensión.

# INTRODUCCIÓN

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL

### 1. OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es una ciencia. Esta es una afirmación que no comparten quienes solo aceptan como ciencia el conocimiento que busca la formulación de leyes que rigen diferentes fenómenos mediante un lenguaje riguroso y preciso, preferiblemente matemático. En esta acepción caben las ciencias exactas y las ciencias de la naturaleza; nada tiene que hacer allí la disciplina del Derecho.

Hay, sin embargo, otras acepciones de ciencia igualmente aceptadas en el lenguaje corriente. Una de ellas es la que trae el Diccionario de la Lengua Española (DRAE), aplicable perfectamente a nuestro caso: “Cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano”.

Conviene resaltar el hecho de que el saber jurídico alcanza el *estatus* de ciencia y no se reduce a una mera técnica. Y ello, no tanto porque de esa manera las diferentes disciplinas jurídicas se ven revestidas de una mayor dignidad, sino porque así se logra transmitir una correcta idea del derecho como un conjunto normativo ordenado y sistematizado.

Con mucha propiedad lo dice Larenz: “La Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no solo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del derecho vigente<sup>1</sup>.”

---

<sup>1</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, 1994, p. 26.

De acuerdo con lo anterior, el derecho constitucional contemporáneo es ciencia porque desarrolla métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable de la Constitución vigente en un país determinado, y de su interrelación con la organización social a la cual está dirigida.

## 1.1 Lo que interesa es la constitución concreta

Hay que tener en cuenta que no existe un tipo o modelo general de Constitución con validez universal. Existen solo constituciones particulares, históricas, concretas, como lo ha planteado con toda claridad Hesse, al señalar que preguntarse por un concepto abstracto de Constitución que dé cabida a lo que es común a todas o, al menos, a un buen número de constituciones históricas, dejando de lado las peculiaridades de tiempo y lugar, puede tener sentido para la Teoría de la Constitución, en cualquier caso no para el derecho constitucional vigente.

Para el derecho constitucional, un concepto así resultaría vacío de contenido y, por lo mismo, incapaz de fundamentar una comprensión susceptible de encauzar la resolución de los problemas constitucionales prácticos de aquí y de ahora. Agrega Hesse que la única cuestión que cabe plantearse en el contexto de la tarea de exponer los rasgos básicos del derecho constitucional vigente es la relativa a la Constitución actual, individual y concreta<sup>2</sup>.

A Hesse le asiste la razón. En efecto, no tiene mucho sentido hablar de un derecho constitucional general, para contrastarlo con el derecho constitucional particular de un Estado determinado. Lo que realmente le corresponde al derecho constitucional como disciplina jurídica, es el estudio de una Constitución concreta, como la colombiana de 1991, y de su interrelación con la realidad social, lo que no excluye –por el contrario, obliga a– el análisis de algunos conceptos y desarrollos teóricos que por trascender fronteras de tiempo y espacio tienen valor universal.

---

<sup>2</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3.

## **1.2 Correspondencia con la realidad social**

El concepto de constitución, su fuerza normativa, el poder constituyente, la supremacía constitucional, el Estado social de Derecho, la democracia participativa, la interpretación constitucional son, entre otras, elaboraciones jurídico-políticas de carácter general que hacen parte del derecho constitucional de la mayoría de los Estados democráticos e inciden de manera directa en nuestro ordenamiento constitucional. Para la adecuada comprensión de esos conceptos se debe acudir a modelos históricos y a fuentes doctrinales y jurisprudenciales de amplia aceptación en el ámbito internacional.

Nuestro derecho constitucional se ocupa no solo del contenido normativo de las disposiciones constitucionales; también de su eficacia, de la forma como las aplican los diferentes operadores jurídicos y de su incidencia en la sociedad. Lo anterior significa que el derecho constitucional no puede reducirse al mero análisis de las normas, como lo hacen el formalismo y el normativismo, enfoques que no tienen en cuenta las fuentes de producción de las normas, las instituciones que con ellas operan y, mucho menos, la relación entre las normas constitucionales y la realidad social de la cual surgen y sobre la cual inciden.

Es necesario examinar si las instituciones políticas funcionan en correspondencia con las normas plasmadas en la constitución o si estas últimas son meras entelequias. Pero hay que tener el cuidado de no invadir los terrenos propios de la Politología, la Sociología, la Economía Política y de otras ciencias que se ocupan de los fenómenos sociales desde perspectivas distintas y con métodos diferentes a los del derecho constitucional

## **2. AUTONOMÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

En la célebre conferencia pronunciada en Berlín en 1862, Ferdinand Lasalle afirmó que la constitución real y efectiva es la que está formada por la suma de los factores reales de poder que rigen en

una sociedad determinada, mientras que la constitución escrita no es sino una simple hoja de papel; agregó que de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder.

El dirigente socialdemócrata alemán agrupaba dentro de esos factores reales de poder, presentes en la Prusia de entonces, a la monarquía, al poder militar, al poder social de la nobleza terrateniente, al poder económico de la burguesía industrial y financiera y, dentro de ciertos límites, al poder espiritual, representado por la conciencia colectiva y la cultura general; incluía también, en casos extremos y desesperados, a la pequeña burguesía y a los obreros.

Lasalle sostenía, en forma categórica, que los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de Derecho sino de poder; que la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y que las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social<sup>3</sup>.

En esa misma dirección se ubica Duverger, quien sostiene que el cometido de los constitucionalistas es el estudio de las instituciones políticas, un objeto mucho más amplio que el derecho constitucional, porque éste solo ofrece una visión incompleta y falsa de las instituciones políticas<sup>4</sup>.

El célebre profesor francés erige como pilar de su concepción politológica del derecho constitucional, la noción de poder político, la distinción entre los que mandan y los que obedecen, los dirigentes y los dirigidos. Entiende el poder como la suma de dos elementos: por una parte, la coacción material, la presencia de las distintas manifestaciones de la fuerza (física, económica, social), y por otra, la creencia según la cual, la coacción está bien fundada, es justa y necesaria, lo que genera la legitimidad del poder.

---

<sup>3</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 2ª ed., Madrid, Ariel, 1976, p. 97.

<sup>4</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1970, p. 60.

Duverger afirma que el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder en las sociedades modernas. No reconoce diferencias esenciales entre la constitución y el resto del ordenamiento jurídico, ya que afirma que las constituciones, los códigos, las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas, las sentencias de los tribunales, son procedimientos de acción fundamentales del poder; en ellos se fundan sus dos elementos: la coacción y la legitimidad<sup>5</sup>.

Es manifiesta su actitud de menosprecio por el derecho constitucional y su orientación hacia lo que él denomina sociología política, que no es otra cosa que la moderna Ciencia Política, importante instrumento de análisis del comportamiento y ejercicio del poder dentro de la sociedad de nuestro tiempo, pero disciplina muy diferente al derecho constitucional.

## **2.1 No se puede confundir el Derecho con la Ciencia Política**

Reducir las cuestiones constitucionales a la problemática del poder político tiene su atractivo retórico. Al fin y al cabo, el derecho constitucional se ocupa de la distribución y limitación del poder político; está íntimamente vinculado con la problemática de lo político en la medida en que la constitución contiene las directrices fundamentales de la organización y de la actividad del Estado y es, por lo tanto, un orden de configuración política.

Como dice Schneider, el derecho constitucional aparece como *derecho político* en tres sentidos: (i) un derecho sobre lo político, ya que tiene por objeto formas y procedimientos de formación de la voluntad política; (ii) un derecho de lo político, en cuanto expresión de la correlación de fuerzas sociales y políticas, y (iii) un derecho para lo político, dado que fija los límites y los objetivos del proceso político<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>6</sup> Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, ob. cit., p. 43.

Pero de ninguna manera puede confundirse el derecho constitucional con la ciencia política; no puede reducirse la constitución a un mero problema de poder. Como muy bien lo anota Hesse, si las normas de la constitución no son sino la expresión de relaciones de hecho en continuo cambio, el derecho constitucional queda reducido a una disciplina jurídica sin Derecho, a la que no le queda otra tarea que la de constatar y comentar en forma ininterrumpida los hechos producidos por la realidad política<sup>7</sup>.

En esas condiciones, no habría diferencia alguna con la ciencia política, lo que en últimas significaría la negación del derecho constitucional como disciplina autónoma, como ciencia jurídica. Tal negación se halla justificada cuando la constitución jurídica no es más que la expresión de la efectiva constelación de fuerzas en un momento dado. Pero carece de fundamento cuando la constitución posee una fuerza propia motivadora y ordenadora de la vida política, aunque sea limitada<sup>8</sup>.

El profesor García de Enterría advierte que la Sociología Política, la Ciencia Política, la Antropología, la Historia y otras ciencias sociales, no pueden pretender sustituir con sus conceptos al Derecho. Afirma:

“[Esas disciplinas] tendrán el interés que tengan, que es mucho, sin ninguna duda; su conocimiento tendrá interés instrumental para el jurista, también sin duda; pero en ningún caso pueden pretender sustituir con sus conceptos, más o menos afinados, certeros y gratificantes, a los conceptos propios del Derecho ni, sobre todo, al inevitable funcionalismo social que a éste, y a él solo, toca cumplir. El Derecho como realidad y como técnica no es en modo alguno disoluble por esas otras ciencias, una por una o todas juntas –contra lo que tantos pensaron y algunos llegaron a intentar justificar<sup>9</sup>”.

---

<sup>7</sup> Hesse, ob. cit., p. 63.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>9</sup> García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 26.

### **3. CIENCIAS AFINES AL DERECHO CONSTITUCIONAL**

El derecho constitucional se distingue de otras disciplinas que también se ocupan del Estado y de la constitución, tanto por su objeto específico como por los métodos que se utilizan, distinción que no es clara en el ámbito académico. Al revisar los currículos de las diferentes facultades de derecho se encuentra que en el primer semestre y como prerrequisito del derecho constitucional colombiano, aparecen indistintamente las cátedras de teoría del Estado, teoría constitucional, instituciones políticas o derecho constitucional general.

Semejante confusión conceptual le causa un enorme daño al derecho constitucional porque impide una mejor comprensión de su objeto específico y la necesaria profundización de una disciplina cada día más importante tanto en el quehacer jurídico como en la vida asociada. Dentro de las ciencias que son afines al derecho constitucional pero que no pueden confundirse con éste, debemos mencionar: (i) la teoría del Estado; (ii) la teoría de la constitución; (iii) el derecho internacional y, (iv) la ciencia política.

#### **3.1 Teoría del Estado**

Se trata de una ciencia que, al decir de Heller, aspira a comprender al Estado en su estructura y función actuales, su devenir histórico y las tendencias de su evolución<sup>10</sup>. La teoría del Estado solo parcialmente es jurídica, ya que se ocupa de responder a la pregunta ¿Qué es un Estado? desde puntos de vista muy diversos y utilizando nociones y métodos no solo del derecho sino también de la sociología, de la politología, de la economía, de la historia, de la antropología social. De hecho, para Heller la teoría del Estado hace parte de la ciencia.

---

<sup>10</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 19.



A fines del siglo XIX surgió en Alemania la *Teoría general del Estado*, con pretensiones de universalidad para todos los tiempos. Son muy conocidas las obras que bajo dicho título escribieron Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen, en Alemania, y Carré de Malberg, en Francia.

La teoría general del Estado tiene por objeto exponer el concepto, la esencia, los fines y funciones, las formas de manifestación más importantes y la justificación del Estado, así como su configuración organizativa e institucional con base en sus principios generales.

El Estado concreto y la constitución concreta son únicamente el material empírico, la materia, a partir de la cual han de ser deducidos y desarrollados los conocimientos, los elementos comunes, los principios generales<sup>11</sup>. Pretende una síntesis unitaria y comprensiva de todos los aspectos que tienen que ver con el Estado, pero como dice Biscaretti, sólo consigue una amalgama, más o menos feliz, de materias intrínsecamente diferentes<sup>12</sup>.

### **3.2 Teoría de la constitución**

Su objeto está dirigido a la construcción de un tipo abstracto de constitución en el que figuren características que sean comunes a un buen número de constituciones, sin tomar en consideración circunstancias específicas de tiempo y lugar. No se ocupa, por lo tanto, de ordenamientos jurídicos propios y determinados, más que para abstraer elementos que puedan contribuir a elaborar conceptos totalizadores.

La teoría de la constitución tampoco se ocupa del Estado, la organización social en la que opera la constitución. Como lo dice Loewenstein, uno de sus más connotados exponentes, la teoría de la constitución pretende presentar de manera sistemática, desde un

---

<sup>11</sup> Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 172.

<sup>12</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 74.

punto de vista unitario y ordenador, la esencia de la constitución y la posición del orden constitucional en la dinámica del proceso político<sup>13</sup>. Como se puede apreciar, la teoría de la constitución difiere notablemente del derecho constitucional.

### **3.3 Derecho Internacional**

Es una ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio del Estado en su relación con otros Estados y con organismos internacionales, con énfasis en las normas que reglamentan esas relaciones. Tiene puntos de contacto con el derecho constitucional en lo que tiene que ver, por ejemplo, con el fenómeno de la limitación de la otrora soberanía absoluta y con los elementos que integran el concepto de Estado.

El avance incontenible de la integración internacional y de la globalización que se observa en los últimos tiempos, ha creado una estrecha interrelación que ha llegado hasta el punto del surgimiento de nuevas disciplinas jurídicas que han nacido del derecho internacional, como el derecho comunitario europeo, en el que se fusionan elementos del derecho constitucional con otros propios del derecho internacional.

De otra parte, la aparición de organismos internacionales de protección de los derechos humanos y otros de regulación de actividades como las del comercio internacional, todos ellos dotados de normas jurídicas que vinculan a los Estados, hace que en algunos aspectos específicos y solo en ellos, se desdibujen las fronteras entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

### **3.4 Ciencia política**

La ciencia política se ocupa, en lo fundamental, del ejercicio, distribución y organización del poder en una sociedad determinada. Tiene por objeto el estudio de los hechos políticos, es decir, los

---

<sup>13</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, p. 18.

acontecimientos y procesos relacionados de manera directa con el poder político, así como el estudio de la conducta política que aparece de manera real y concreta en la interacción que se da en el seno de la sociedad.

Existe una cercana relación entre la ciencia política y el derecho constitucional. Se trata, sin lugar a dudas, de disciplinas que tienen mucho en común, en lo que al objeto y área de investigación se refiere, pero que se diferencian en los métodos y objetivos del análisis.

La ciencia política no trabaja analizando las normas sino la realidad; valorándola críticamente y efectuando recomendaciones, tareas en las que la norma jurídica solo actúa como criterio de orientación. Para la ciencia política es imprescindible utilizar los conceptos jurídicos constitucionales de manera tal que conozca la forma en la que se producen las normas, pues de lo contrario se pierde en las especulaciones<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Stern, ob. cit., p. 180.

# Evolución histórica del constitucionalismo

## Primera parte



Pintura: Washington como estadista en la Convención Constitucional  
Junius Brutus Stearns, óleo sobre lienzo, 1856.





# Capítulo I



## El constitucionalismo inglés





## 1. ACERCA DEL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo clásico es la teoría que sustenta la limitación jurídica del poder arbitrario<sup>1</sup>. El concepto incluye las ideas de gobierno limitado, exclusión del poder arbitrario y reconocimiento de los derechos de las personas con la consiguiente prohibición de su afectación injustificada. No caben, por tanto, en el campo del constitucionalismo, los documentos de organización del Estado que se limitan a señalar una determinada estructura para su funcionamiento pero que carecen de elementos imperativos que tengan por objeto impedir la tiranía y garantizar los derechos fundamentales de los gobernados. Con mucha claridad lo señaló el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

Se suele afirmar que el constitucionalismo moderno se configura a partir del siglo XVI. Sin embargo, hay que tener en cuenta que mucho antes de esa época surgieron en Inglaterra dos instituciones que jugaron y siguen jugando un rol clave en el origen y desarrollo del constitucionalismo. Se trata de la Carta Magna de 1215, aún vigente, y del parlamento, elementos que permiten señalar, sin discusión alguna, a Inglaterra como la cuna del constitucionalismo.

A partir de la experiencia inglesa, el constitucionalismo evolucionó en dos tendencias o modelos con características diferentes y en gran medida divergentes: el modelo norteamericano y el francés. En el primero se impone la supremacía de la constitución y en el segundo, la de la ley. Con el transcurso del tiempo, el modelo francés demostró

---

<sup>1</sup> Mellwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 37.



su ineficacia e hizo crisis, lo que condujo a que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y después de las monstruosidades producidas por el fascismo y por su versión más criminal, el nazismo, surgiera en Europa continental un nuevo tipo de constitución y una nueva concepción de esta, el neoconstitucionalismo.

Como reacción a las terribles experiencias totalitarias de la primera mitad del siglo XX, la constitución de nuestros días es antropocéntrica, gira alrededor del reconocimiento y respeto de la dignidad humana. Todo lo demás, incluyendo a las más elevadas instituciones del Estado, está en función de ese eje. El ser humano es el sujeto principal y objeto prioritario de la constitución, no el Estado.

La concreción en la práctica política de la regulación jurídica del poder del gobierno para garantizar los derechos ciudadanos la inició el pueblo inglés, como ya se enunció. Esa es la razón que obliga a comenzar el estudio de los orígenes del constitucionalismo contemporáneo en Inglaterra.

## **2. DE LA CARTA MAGNA A LA GUERRA CIVIL**

La invasión normanda en el siglo XI cambió para siempre la historia de Inglaterra. En el año 1066, los normandos, liderados por Guillermo II, Duque de Normandía, invadieron Inglaterra, derrotaron a los anglosajones en la batalla de Hastings y se quedaron allí para nunca más salir. Guillermo consideraba que tenía derecho al trono de Inglaterra luego de la muerte de su primo Eduardo El Confesor, quien no había dejado descendencia. El nuevo rey, convertido en Guillermo I El Conquistador, estableció un nuevo linaje de estirpe normanda del que provienen las diferentes dinastías que han ocupado el trono inglés hasta nuestros días.

Fue la última invasión triunfante en la isla, adonde en el pasado habían llegado numerosas invasiones provenientes del continente europeo: celtas, romanos, anglos, sajones, vikingos y daneses. En adelante hubo otros intentos de invasión pero todos fracasaron, incluido el último de ellos, el de la Alemania nazi en 1940.

Con la conquista normanda se completó la integración socio-política y cultural de la nación inglesa. Su geografía insular le sirvió de protección natural y contribuyó a que realizara un desarrollo político e institucional muy diferente al resto de Europa. Los normandos establecieron desde un comienzo un poder real muy fuerte que dominó la organización feudal e impidió el grado de dispersión del poder que se observó en la Europa continental en la Edad Media.

El constitucionalismo moderno nació en Inglaterra como resultado de un largo y singular proceso histórico que no tiene parangón con ningún otro Estado de Europa o del mundo. Las circunstancias históricas y geográficas propias explican en buena parte el hecho de que Inglaterra tomara distancia de las instituciones medievales que, por el contrario, florecieron en la Europa continental y que fueron antesala del absolutismo monárquico.

La historia inglesa no registra abruptas rupturas institucionales, si se exceptúa el paréntesis de la guerra civil de mediados del siglo XVII, lo que no significa que no se hubieran presentado, con relativa frecuencia, fuertes tensiones y abiertos enfrentamientos alrededor de su devenir político institucional.

El constitucionalismo inglés produjo una singular transformación del Medioevo a la modernidad y a la democracia contemporánea en un proceso fuertemente ligado a la tradición, proceso que tuvo como eje la relación Monarca – Parlamento. Los momentos cumbres del desarrollo constitucional inglés y británico deben ser analizados en su conjunto, desde una perspectiva histórica, para poder entender el constitucionalismo moderno.

## **2.1 La singularidad de la constitución inglesa**

No deja de ser paradójico que Inglaterra, que vio nacer las instituciones constitucionales más importantes, comenzando por el Parlamento, no tenga una constitución escrita, un documento único que responda a las características universalmente aceptadas hoy, de

lo que debe ser una constitución. Eso ha llevado a algunos escritores políticos a considerar que allí simplemente no existe constitución, tal como lo expresara a fines del siglo XVIII Thomas Paine: “La utilización continuada en el parlamento inglés de la palabra ‘constitución’ muestra que no hay ninguna y que estamos ante una forma de gobierno sin constitución, que se constituye a sí mismo con el poder que quiere”<sup>2</sup>.

La experiencia ha demostrado que eso no es cierto. La opinión predominante en Gran Bretaña y en el mundo, es que se trata de un modelo constitucional *sui generis* forjado a lo largo de los siglos. Sigue teniendo vigencia la descripción hecha por Lord Bolingbroke en 1733:

“Por constitución queremos significar, cuando hablamos con propiedad y exactitud, el conjunto de leyes, instituciones y costumbres, deducidas de determinados principios racionales tendientes a determinados objetos del bien común, que integran el sistema general conforme al que la colectividad ha acordado ser gobernada”<sup>3</sup>.

McIlwain da su propia explicación:

“La verdadera razón por la cual Inglaterra, seguramente la más constitucional de las naciones europeas modernas, ha permanecido también la única cuya constitución no se ha plasmado en un documento formal, no es porque no tenga constitución, como a veces gustan decir los franceses, sino más bien porque la convicción de la necesidad de limitaciones sobre el gobierno arbitrario está tan firmemente arraigada en la tradición nacional que ningún tipo de amenazas contra dicha convicción se ha considerado lo bastante peligroso para justificar la adopción de un código formal”<sup>4</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la constitución inglesa, hoy británica, está conformada por una serie de elementos que en forma paulatina

---

<sup>2</sup> Citado por McIlwain, ob. cit. p. 16.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>4</sup> Ibidem p. 31.

y gradual fueron adquiriendo el carácter de un derecho superior que garantiza los derechos básicos del pueblo inglés y fija las bases de su organización política. Un bosquejo afortunado de las distintas fuentes que integran la constitución inglesa es el que presenta el profesor Fernández Segado, siguiendo al autor inglés Ivor W. Jennings<sup>5</sup>:

a) **El derecho legislado** (*statute law*). Está conformado por las normas jurídicas emanadas del parlamento que formalmente se expiden como leyes ordinarias, pero que por su contenido alcanzan naturaleza constitucional. Se incluyen aquí la Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689, la Ley de Instauración de 1701, las Actas de Unión con Escocia (1707) y con Irlanda (1800), las Leyes de Representación del Pueblo de 1832 y 1867, los *Parliament Acts* de 1911 y 1949 y el Estatuto de Westminster de 1931.

b) **El derecho común** (*common law*). Es el conjunto de costumbres o reglas no escritas que han logrado reconocimiento judicial en las razones dadas por los jueces para las decisiones de los casos presentados ante ellos, después de la invasión de los normandos, Antes de que triunfara el principio de la soberanía del parlamento, especialmente bajo Jacobo I, los tribunales, y a la cabeza de ellos, el juez sir Edward Coke, elevaron el *common law* a la categoría de norma superior, por encima de las prerrogativas del rey y del propio derecho estatutario, lo que constituye un importante antecedente de la revisión judicial de las leyes que habría de adoptar más adelante el constitucionalismo norteamericano.

Al respecto, hay que mencionar el histórico fallo del caso Bonham en el que en 1606 el juez Coke, en su calidad de *chief of justice*, equivalente a presidente del Tribunal de Justicia, precisó la supremacía del *common law* frente a las decisiones violatorias de los derechos de los ingleses por parte de la Corona y del parlamento. El fallo sostiene:

---

<sup>5</sup> Fernández Segado, Francisco, *El régimen político británico*, p. 73, en Ferrando Badía, Juan y otros, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

“Aparece en nuestros libros, que en muchos casos el *common law* controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y a la razón, o repugna o es de imposible aplicación, el *common law* lo controla y se impone sobre tal Act, anulándolo”.

c) **Las convenciones constitucionales.** Son ciertas reglas de la práctica política que se han asentado con el paso del tiempo que a pesar de no provenir del derecho legislado son obligatorias y vinculantes. Por no ser reglas legislativas no pueden ser accionables ante los tribunales ni ante el parlamento. Sin embargo, el respeto a dichas convenciones es muy sólido lo que las convierte en fuerte elemento del constitucionalismo británico.

Las convenciones constitucionales han definido las características de instituciones como el primer ministro, el gabinete, la Muy Leal Oposición de su Majestad, la responsabilidad política, la moción de censura, el derecho de disolución de la Cámara de los Comunes a petición del primer ministro y el nombramiento de éste entre los miembros de la mayoría parlamentaria. Las convenciones constitucionales se diferencian de los meros usos o prácticas por la obligatoriedad que adquieren las primeras y de la que están desprovistas las segundas.

## 2.2 La Carta Magna

Enrique I, hijo de Guillermo el Conquistador, para ganarse el favor de los barones normandos y asegurar el trono frente a las pretensiones de Roberto, su hermano mayor, firmó con aquellos un pacto en el año 1100, denominado Carta de Coronación o Carta de Libertades. En ella, Enrique reconoció que el poder del rey tenía límites y se comprometió expresamente a no incurrir en los excesos cometidos por su antecesor, su hermano Guillermo II, el Rojo.

Dicho documento no fue cumplido por el rey, ni por sus inmediatos sucesores, pero creó un precedente que habría de tener enormes repercusiones en el reino, como quiera que en el siguiente

siglo fue utilizado como argumento para imponerle a la monarquía la Carta Magna.

En 1215 gobernaba en Inglaterra el rey Juan Sin Tierra, quien había sucedido a su hermano Ricardo Corazón de León, muerto sin haber dejado descendencia. Juan era un monarca ambicioso y cruel, que había sometido al país a una insoportable exacción mediante gravosos impuestos, por lo que era muy impopular. Acababa de ser derrotado por los franceses y había perdido todas las posesiones que la Corona inglesa tenía en Francia, incluyendo a Normandía.

Aprovechando su debilidad, los barones, con la valiosa ayuda del arzobispo de Canterbury, le impusieron la llamada Carta Magna, un documento de 60 artículos mediante el cual el rey se comprometía a respetar antiguos derechos y costumbres que favorecían a la Iglesia de Inglaterra, a los barones, a los caballeros, a los comerciantes y a los centros urbanos como la ciudad de Londres. Se estableció el derecho a la libertad, a la seguridad personal y a los juicios justos para todos los hombres libres, que más tarde lo fueron todos los ingleses.

La cláusula más conocida de la Carta Magna es la que contiene la obligación que asume el rey de no exigir nuevos impuestos o tributos sin el consentimiento general, la que al cabo de los siglos se convertiría en el célebre principio *no taxation without approbation* (no puede haber impuestos que no hayan sido aprobados por el parlamento). Como medida de seguridad, los barones incluyeron en la Carta Magna una cláusula que les permitía elegir a veinticinco de ellos para que formasen un organismo ante el cual se pudiesen presentar quejas sobre violaciones al contenido del documento<sup>6</sup>.

## 2.3 El Parlamento

El avance del Estado medieval, en el que el poder se compartía entre el rey y los estamentos feudales, al Estado Nación, caracterizado por la centralización y unificación del poder, encuentra su punto

---

<sup>6</sup> Asimov, Isaac, *La formación de Inglaterra*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 260.

culminante en el siglo XVI. Pero mientras que en Francia y en el resto de la Europa continental tal fenómeno tuvo como eje la entronización del monarca absoluto, en Inglaterra el sujeto alrededor del cual se forjó la unidad nacional, es decir política, fue el Parlamento<sup>7</sup>.

En esa tarea de unificación nacional jugó un papel muy importante, desde el siglo XII la figura de los jueces itinerantes, creación de los reyes normandos. Estos jueces recorrían las distintas regiones del reino administrando justicia y con sus sentencias, basadas en el *common law*, hacían posible que se fuera formando un derecho nacional, un conjunto de normas aplicables a todos los ingleses.

Esa es una característica inglesa relevante que marca una diferencia importante con Europa continental, porque uno de los rasgos del feudalismo europeo es la administración de justicia por parte de los señores feudales, lo que hacía que el Derecho fuera diferente en cada feudo.

El parlamento, la institución clave del sistema constitucional inglés, se remonta en sus orígenes al reinado de Enrique II (1154-1189), quien creó el *Magnum Concilium*, o Gran Consejo, integrado por los principales personajes del reino. Tenía el encargo de asistir al rey, principalmente en la labor de administrar justicia. Con el tiempo, ese Consejo se transformó en la Cámara de los Lores.

En 1264, Simón de Monfort, Conde de Leicester, dirigió una victoriosa guerra de la nobleza contra Enrique III, a quien le impuso una convocatoria del *Magnum Concilium*, al que debían asistir también representantes elegidos por los condados, ciudades y villas, llamados “comunes”. Esa reunión se realizó el 20 de enero de 1265, fecha considerada como el nacimiento del parlamento británico.<sup>8</sup>

Inicialmente se reunía en una sola asamblea, pero más tarde los Lores espirituales (arzobispos y obispos) y los Lores temporales decidieron reunirse por separado. Hacia 1337, los Comunes

---

<sup>7</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 67.

<sup>8</sup> Fernández Segado, ob. cit., p. 78.

adoptaron la costumbre de elegir un vocero (*speaker*), que los representara ante el rey y ante los lores y que presidiera las reuniones, con lo que quedó configurado el *Commune Concilium* o Cámara de los Comunes<sup>9</sup>.

El parlamento así conformado con sus dos cámaras, fue adquiriendo progresivamente una serie de privilegios como la inmunidad parlamentaria y el *impeachment* o derecho a acusar a los ministros del rey ante la Cámara de los Lores. Durante los siglos XV y XVI pasó de ser un órgano que se limitaba a presentar súplicas o peticiones al monarca, a un cuerpo que elaboraba los proyectos que luego de obtener la sanción real se convertían en leyes.

Con el advenimiento al trono de la casa de los Tudor, especialmente bajo Enrique VIII (1509-1547), se reforzó el poder del rey al mismo tiempo que se reforzaba el poder del parlamento, hasta el punto de que los actos más importantes del rey se expresaban como decisiones del parlamento, con el obvio propósito de aprovechar la autoridad de esa institución.

De esa manera, fueron presentadas por Enrique VIII la reforma religiosa, la proclamación de la supremacía del monarca frente al papado, la cancelación de la autoridad del Papa en Inglaterra y la autorización de su divorcio. No pudo imaginarse este inquieto y enérgico monarca que con el realce que le estaba dando daba al Parlamento de Inglaterra estaba cavando la tumba del poder real.

## 2.4 La *Petition of Rights*

La llegada al trono de Inglaterra de la casa de los Estuardo, con Jacobo I (1603-1625), inició una larga y dura confrontación del rey con el parlamento. Jacobo nunca ocultó su pretensión de establecer la monarquía absoluta, basándose en la teoría del derecho divino de los reyes, política que continuó su hijo Carlos I (1625-1649). El objeto

---

<sup>9</sup> Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 142.



de la contienda estaba centrado en redefinir los límites de la prerrogativa real por un lado, y mantener los privilegios del parlamento, por otro.

La firme resistencia de la Cámara de los Comunes a los embates absolutistas se vio cristalizada en la *Petition of Rights*, documento impuesto a Carlos I en 1628, redactado en gran parte por el juez sir Edward Coke, miembro de esa cámara, mediante el cual se logró el restablecimiento de derechos que venían siendo conculcados por los reyes Estuardo, de linaje escocés.

Allí se estableció que ningún noble podía ser obligado a efectuar donación alguna, facilitar préstamos, pagar tasa o impuesto, sin el consentimiento del parlamento; se reafirmó el derecho a la seguridad y a la libertad personal, la prohibición de los encarcelamientos injustificados y se reiteraron los principios de la Carta Magna, según los cuales todos los ingleses debían ser juzgados por las leyes de los ingleses.

## **2.5 Cromwell y la guerra civil**

Los conflictos de Carlos I con el Parlamento llegaron a tal grado de agudización que provocaron en 1642 una guerra civil, que terminó en 1649 con la ejecución pública del rey. En ella se destacó Oliverio Cromwell (1599-1658), un miembro de la Cámara de los Comunes perteneciente a la pequeña nobleza rural, de profundas convicciones puritanas. La confrontación adquirió ribetes religiosos, ya que ubicó al lado del rey a los anglicanos y católicos y en el otro bando, a los presbiterianos y puritanos, grupos religiosos de estirpe calvinista.

Cromwell creó un aguerrido cuerpo armado de disciplinados puritanos instruidos en modernas tácticas de combate, y muy pronto se convirtió en el jefe de un poderoso ejército, inicialmente a órdenes del parlamento. Luego de derrotar a Carlos I en 1646, Cromwell logró plena autonomía y llegó a concentrar en sus manos el poder político y militar de Inglaterra. Al verse derrotado, el rey se refugió en Escocia, pero su soberbia e intolerancia le generaron

serias desavenencias con los escoceses, quienes prefirieron entregarlo como prisionero a las tropas de Cromwell.

A pesar de su condición, Carlos I no cejó en sus pretensiones absolutistas; sus maquinaciones produjeron un breve y violento estallido armado en 1648, el que culminó con la derrota definitiva de las fuerzas leales monárquicas. Al saber Cromwell que la mayoría parlamentaria negociaba con el rey y se proponía licenciar el ejército, ordenó el traslado de las tropas a Londres y expulsó a los miembros de la Cámara de los Comunes que simpatizaban con el monarca. La minoría restante conformó lo que se conoce como el “Parlamento depurado” entidad que procedió a suprimir la Cámara de los Loes y a condenar a muerte a Carlos I.

## 2.6 La República de Cromwell

Después de decapitado el Rey, el Parlamento decretó el fin de la monarquía y el establecimiento de la República, en 1649, breve interregno de la monarquía inglesa que durará hasta 1660. Cromwell, apoyado en su ejército, asumió de hecho la dictadura militar y con mano fuerte gobernó a Inglaterra durante varios años. Logró la unificación económica y legislativa con Escocia y con Irlanda y reafirmó su autoridad sobre las colonias.

Hizo aprobar una ley de navegación que excluía de los puertos ingleses y de sus colonias los barcos de otros países, lo que generó conflictos internacionales de los cuales salió victorioso. Preconizó una política de tolerancia religiosa, salvo frente a los católicos, y tuvo que afrontar serios enfrentamientos con el parlamento, al que cerró en varias oportunidades. Tuvo el cuidado de rechazar la propuesta de sus oficiales de convertirse en rey y se limitó a recibir el título de Lord Protector de Inglaterra.

En 1653, Cromwell promulgó el *Instrument of Government*, documento elaborado por un consejo de oficiales que contenía un conjunto de reglas de organización política que pretendían ser inviolables y permanentes frente a las cambiantes mayorías

del parlamento. Se atribuía el poder legislativo a los representantes del pueblo reunidos en el parlamento y el poder ejecutivo al Lord Protector, asistido por un Consejo de Estado. El *Instrument of Government* tiene el mérito de contener una autolimitación del inmenso poder adquirido por Cromwell, razón por la cual algunos autores lo consideran como el primer ejemplo de una moderna constitución escrita<sup>10</sup>.

En realidad, el *Instrument of Government* es un acto aislado en la historia inglesa. Su vigencia fue muy corta ya que desapareció con la restauración de la monarquía en cabeza de los Estuardo. Su influencia en el ulterior proceso institucional inglés es casi nula. Llama la atención el hecho de que a la muerte de Cromwell y por espacio de casi dos siglos, el pueblo inglés lo considerara como un tirano y un hipócrita. Tan solo a mediados del siglo XIX los ingleses pudieron reconocer los méritos de Oliverio Cromwell, gracias a la biografía que escribiera Thomas Carlyle<sup>11</sup>.

### 3. LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL

La República, con protectorado incluido, no sobrevivió a la muerte de Cromwell. Su hijo y heredero Ricardo, no alcanzó a gobernar seis meses. En 1660, el Parlamento llamó a ocupar el trono a Carlos II (1660-1685), hijo del rey ejecutado, a pesar del profundo malestar que a la mayoría le causaba la presencia de un rey abiertamente católico.

Prevaleció en el seno de las cámaras el interés por restablecer la continuidad monárquica por encima de los prejuicios religiosos. Se produjo de esa manera la restauración de la casa de los Estuardo, con sus pretensiones a la monarquía absoluta, acogidas por el nuevo rey a pesar de que ellas le habían costado la vida a su padre y generado serios conflictos a su abuelo.

---

<sup>10</sup> Véase Schmitt, ob. cit., p. 61.

<sup>11</sup> Grimberg, Carl, *Historia Universal*, Tomo 8, Bogotá, Círculo de Lectores, 1984, p. 57.

El reinado de Carlos II se desarrolló en medio de una permanente tensión con el parlamento, lo que dio lugar a que aparecieran por primera vez los partidos políticos. Al lado del rey se colocaron los *tories* o conservadores, que respaldaban la teoría del derecho divino de los reyes; enfrentados a ellos estaban los *whigs*, antecesores de los liberales, partidarios de ejercer controles políticos sobre las prerrogativas del rey.

El Monarca se vio obligado a pactar con el Parlamento para poder gobernar. A pesar de su disgusto, tuvo que aceptar nuevas leyes como la que le restableció a la Iglesia Anglicana el carácter de Iglesia del Estado y la que le permitió a la Corona retomar el control del ejército pero con la condición de excluir a los católicos de sus filas.

El Rey obtuvo la aprobación de la Declaración de Indulgencia, por medio de la cual se estableció una relativa tolerancia religiosa al quedar derogadas las leyes penales contra los no anglicanos. Sin embargo, esa tolerancia fue restringida casi enseguida con nuevas leyes que bloquearon el intento del rey de enrolar en el ejército a católicos y puritanos y prohibieron el acceso al parlamento y al servicio civil de los no anglicanos<sup>12</sup>.

El documento constitucional más importante de esa época es el *Habeas Corpus Act* de 1679, ley del parlamento dirigida a garantizar la libertad personal y a evitar la arbitrariedad, obligando a los funcionarios a manifestar en el plazo de tres días la causa de la detención de un individuo, a presentar a un detenido sin mandato judicial ante los tribunales y a abstenerse de detener de nuevo a quien había quedado en libertad gracias a un *habeas corpus*.

En dicho documento se estableció un riguroso procedimiento para hacer públicas las órdenes de arresto; se fijó un tiempo límite para los interrogatorios; se redujo la posibilidad de errores por parte de los jueces y carceleros al interpretar sus funciones y se

---

<sup>12</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 116.

prohibió el traslado de prisioneros a territorios de ultramar; se estableció, además, que no podían producirse arrestos arbitrarios basados en ofensas políticas.

### 3.1 El *Bill of Rights*

La muerte de Carlos II en 1685 permitió la llegada al trono de su hermano Jacobo, quien como duque de York había gobernado en forma despótica la colonia de Nueva York, la que le había sido concedida por Carlos II. Contra Jacobo II hicieron causa común en el Parlamento tanto los *tories* como los *whigs*, ya que el nuevo rey no ocultaba sus intenciones de devolver a Inglaterra al catolicismo, y para tal efecto tenía movilizado un ejército de treinta mil hombres al mando de oficiales católicos. El Rey disolvió el Parlamento y restableció la Alta Comisión, organismo que le permitía someter a su voluntad a la iglesia anglicana<sup>13</sup>.

El nacimiento de un heredero de Jacobo II de su segunda esposa, la católica María de Módena, fue la gota que rebosó la copa del Parlamento porque con este hecho quedaba garantizada la continuidad de los Estuardo en el trono. Los conservadores renunciaron a la teoría de la no-resistencia y aliados con los *whigs* decidieron en 1688 desconocer a Jacobo II como rey y ofrecerle el trono a su propia hija María II Estuardo, en forma conjunta con su esposo, el príncipe protestante holandés Guillermo III de Orange, a quien se le otorgó el poder ejecutivo.

Guillermo desembarcó con sus tropas en la isla y tras unas cuantas escaramuzas militares logró la expulsión del país de Jacobo II Estuardo, el último rey católico que tuvo Inglaterra. Guillermo y María fueron coronados como nuevos reyes, luego de que éstos aceptaran el *Bill of Rights*, momento a partir del cual se consolida lo que la historia conoce como la Revolución Gloriosa, el triunfo definitivo del parlamento sobre el trono de Inglaterra.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 143.

El *Bill of Rights* de 1689 es un verdadero contrato social entre el parlamento, intérprete de la Nación, y el rey, en el que a través de una serie de cláusulas se limita la prerrogativa real y se establecen las condiciones constitucionales mediante las cuales la monarquía puede existir y funcionar. No contiene principios abstractos; por el contrario, se reivindican como un patrimonio heredado de los antepasados, los derechos concretos de los ingleses que los Estuardo habían violado sistemáticamente y se limita el poder del rey, con el fin de evitar que en el futuro pudieran existir aspectos inciertos que dieran ocasión a nuevos conflictos.

La ofensiva del parlamento hacia el control político no se quedó ahí. En el año siguiente se aprobó la Ley de Reconocimiento, en la que se sostiene que la pretensión al trono de Guillermo y María no estaba fundada en el derecho hereditario ni en el divino, sino decidida por el Parlamento, lo que significó el abandono definitivo del principio de la monarquía de derecho divino como la norma del derecho consuetudinario que regulaba la sucesión del trono. En su lugar se reconoció la omnipotencia del parlamento.

Se sostiene con mucha razón que la Revolución Gloriosa significó el advenimiento del Estado de Derecho, al quedar consagrada la supremacía de la ley frente a la voluntad del monarca y al definirse que el ámbito de las prerrogativas del rey depende de las leyes y que su utilización debe ser, en todo caso, conforme al Derecho<sup>14</sup>. Debe anotarse que con Guillermo III y María II nació formalmente en Inglaterra la monarquía constitucional.

La fortaleza del parlamento se incrementó, aún más, con las leyes que limitaron el control de la Corona sobre el ejército; establecieron la libertad de cultos, exceptuando a los católicos; reafirmaron la obligación del rey de convocar elecciones cada tres años y de permitir que el parlamento pudiera ejercer libremente sus funciones.

---

<sup>14</sup> Desdentado Daroca, Eva, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, España, Ediciones Tirant lo Blanch, 1999, p. 16.

La fase constitucional de la Revolución Gloriosa terminó en 1701 con la Ley de Instauración, que estableció el orden de sucesión de la Corona, la que a la muerte de Guillermo III debía pasar a Ana, también hija de Jacobo II y después de ella a la Princesa Electora y Duquesa de Hannover, Sofía, nieta de Jacobo I, así como a sus descendientes, con la prohibición expresa de que al trono de Inglaterra acceda un católico o quien esté casado con un católico. Merced a dicha ley, nueva expresión del poder del parlamento, llegó al trono inglés en 1714, con Jorge I, la casa alemana de Hannover, dinastía que en 1917 cambió su nombre por el de Windsor, a la cual pertenece la actual casa real de la Gran Bretaña.

### **3.2 La supremacía del Parlamento**

A lo largo del siglo XVIII se presentó un paulatino desplazamiento del centro del poder, desde el rey hacia el parlamento, al final del cual este último quedó posicionado como un órgano omnipotente. Su máximo teórico, William Blackstone (1723-1800), sostuvo que lo que el parlamento hace, no puede ser deshecho por ninguna autoridad sobre la tierra. Resaltó su omnipotencia al afirmar: “Si el parlamento promulgase algo que no fuese razonable, no conozco poder que pudiese controlarlo”.

En el asentamiento de la hegemonía del parlamento jugó un papel decisivo la aparición coyuntural de las figuras del Gabinete y del Primer Ministro. El Gabinete surgió del Consejo Privado del Rey como un grupo reducido de consejeros al que se le encargó por el rey el manejo de los asuntos políticos y administrativos. A sus miembros se les llamaba ministros o servidores del rey y lo representaban ante el parlamento. Inicialmente, el soberano los escogía entre los que mejores relaciones tuvieran con el parlamento; luego pasaron de ser meros servidores del rey a miembros de un órgano político homogéneo, el gabinete ministerial, controlado por el partido político que detentaba el gobierno.

La aparición de la figura del Primer Ministro es coyuntural, ya que se consideraba que esa institución, tradicional en Francia, no tenía

recibo en la constitución británica. Como Jorge I y su hijo Jorge II no hablaban inglés y pasaban la mayor parte del tiempo en el ducado de Hannover, encargaban a uno de sus ministros para que presidiera el gabinete. En el ulterior fortalecimiento de dicha institución influyó de manera decisiva la personalidad de primeros ministros como Robert Walpole, quien duró 21 años en el cargo, un verdadero maestro en el arte de gobernar. Con el tiempo y de manera sutil, el gabinete ministerial pasó a tener su propia responsabilidad política, lo que lo llevó a depender del parlamento.

### 3.3 Ampliación de la democracia

El siguiente paso del constitucionalismo inglés se dio en la dirección de la progresiva ampliación de la participación política. La Ley de Representación del Pueblo de 1832 amplió el derecho al sufragio y a causa del aumento de la población modificó los distritos electorales, lo que produjo saneamiento y democratización del sufragio. A partir de esa reforma se empezó a hablar de la existencia en Gran Bretaña de un sistema de gobierno parlamentario.

En 1873 se estableció el voto secreto y cuatro años más tarde se concedió ese derecho a los obreros de las ciudades. En 1884 se extendió el voto a los trabajadores agrícolas y prácticamente a todos los varones que fueran cabeza de familia; quedaron por fuera los hijos de familia, los empleados del servicio doméstico y la totalidad de las mujeres. En 1918 el derecho al sufragio se concedió a todos los varones mayores de 21 años y mujeres mayores de 30. Tan solo en 1928 quedó implantado en forma definitiva el sufragio universal para todos los hombres y mujeres mayores de 21 años, sin discriminación alguna, edad que en la actualidad ha quedado reducida a 18 años, según lo dispuesto por la Ley de Representación del Pueblo de 1969.

La democratización del sistema político de la Gran Bretaña se fortaleció de manera significativa con la reforma del parlamento que permitió que la labor legislativa quedara en manos de la Cámara de los Comunes. En efecto, con el *Parliament Act* de



1911, se eliminó la posibilidad de veto de la Cámara de los Lores a las leyes de carácter financiero; en relación con las demás leyes, los lores podían suspender por dos años su vigencia. Además, se bajó de siete a cinco años el período del mandato parlamentario. En 1949 se redujo a un año el veto de la Cámara de los Lores, la que terminó convertida en lo que es hoy, una cámara de consulta y depuración del legislativo. Sus funciones como el máximo tribunal de justicia terminaron en 2009 cuando entró en vigor la reforma que creó el Tribunal Supremo del Reino Unido como el nuevo tribunal de última instancia en Gran Bretaña.

#### **4. UNA CONCLUSIÓN NECESARIA**

De todo lo que en este capítulo se ha dicho, queda claro que a Inglaterra le cabe el honor de haberle dado vida al constitucionalismo moderno. De manera especial, debe resaltarse que su rica historia demuestra que la constitución gira básicamente alrededor del reconocimiento y protección de los derechos de las personas, lo que quiere decir que ella es antropocéntrica, característica que el constitucionalismo colombiano hereda en la Constitución de 1991, como se ha podido apreciar en sus casi treinta años de vigencia.

A pesar de no contar con un texto constitucional único, formalmente ubicado por encima de la ley, es notable el respeto del pueblo y de las autoridades británicas a las instituciones que tienen carácter constitucional, una particularidad muy propia de la nación inglesa.

La constitución escrita, formal y materialmente colocada por encima de la ley, fue obra de un pueblo desprendido del inglés, el norteamericano. Las circunstancias en las que tan trascendental fenómeno político y jurídico se produjo serán tratadas en el capítulo siguiente.



## Capítulo II



### El modelo norteamericano de constitución



## 1. LA FORMACIÓN DE LAS COLONIAS

“El constitucionalismo americano es un hecho nuevo y original, porque los bosques de Norteamérica transformaron profundamente, desde el inicio de la colonización, aquel patrimonio cultural que los emigrantes trajeron de Inglaterra”, afirma el profesor italiano Matteucci al responder su propia indagación sobre la arcana sabiduría de la cual pudo surgir un proceso constitucional tan rápido, tan intenso, pero sobre todo dotado de tanta fantasía creadora como el que allí se dio<sup>1</sup>.

Lo anterior pone de presente que la comprensión del constitucionalismo norteamericano debe necesariamente tener en cuenta la estrecha relación que existe entre la herencia constitucional aportada por Inglaterra y las propias condiciones históricas que dieron lugar al nacimiento de Estados Unidos y a su transformación en un Estado independiente, dotado de constituciones elaboradas de acuerdo con fórmulas desconocidas hasta entonces.

Las trece colonias que dieron origen a los Estados Unidos de América nacieron en un período que comprende todo el siglo XVII y el primer tercio del XVIII. Surgieron por distintas causas que van desde el espíritu de aventura y el afán de riquezas (el mito del oro americano), hasta motivaciones religiosas (la búsqueda de refugio para escapar a las persecuciones).

En el proceso de formación de esas colonias se encuentran los elementos históricos que permiten entender el decurso político que las conduciría al acto de integración constitucional que, después de más de dos siglos, se mantiene como ejemplo de perdurabilidad

---

<sup>1</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 170.

institucional. De ahí la necesidad de escudriñar su historia, ya que es difícil comprender el origen de la constitución norteamericana y su peculiar desarrollo, sin conocer las condiciones en las que surgieron esa nación y ese Estado.

## 1.1 Virginia, la pionera

La primera colonia inglesa en Norteamérica fue Virginia, nombre que le fue dado por Walter Raleigh en homenaje a Isabel I, la llamada “reina virgen”, denominación que, evidentemente, carece de rigor histórico. Raleigh, favorito de la Reina, había heredado de su hermano medio, Humphrey Gilbert, el permiso real para iniciar empresas de colonización en tierras que estaban bien al norte de las posesiones españolas.

### 1.1.1 *Las Cartas reales*

La reina Isabel le concedió a Raleigh una Cédula de Privilegios, en marzo de 1584, en la que le otorgaba concesión para descubrir y poblar “tierras remotas paganas y bárbaras”. Con esa limitación, la reina pretendía impedir la reacción adversa del entonces poderoso reino español que en el Tratado de Tordesillas (1494) se había repartido con Portugal los derechos de conquista y colonización de todas las tierras recién descubiertas.

La Carta fue muy importante para el futuro de la colonización norteamericana. En ella la Reina se reservaba para sí la quinta parte del oro y la plata que se obtuvieran en las tierras que se conquistaran y a Raleigh se le entregaban amplios poderes para corregir, castigar y perdonar; para gobernar, ya fuera por sí mismo o por medio de sus ayudantes, lo mismo que total autoridad en causas civiles y criminales. Es decir, se le otorgaban plenas facultades ejecutivas, legislativas y judiciales, lo que demuestra que la Corona renunciaba a intervenir políticamente en las nuevas tierras.

Una fórmula similar se adoptó en documentos reales posteriores, lo que le dio a la colonización norteamericana una impronta de

autonomía que la habría de marcar para siempre. A los ingleses que emigraran a las colonias se les concedían expresamente en la Cédula “todos los privilegios de ciudadanos libres y de personas naturales de Inglaterra, de manera tan amplia como si hubieran nacido y residieran personalmente en nuestro dicho reino de Inglaterra”<sup>2</sup>.

Los intentos de colonización de Raleigh no tuvieron éxito. El primer grupo de colonos llegó a la isla Roanoke, frente a las costas de Carolina del Norte, en 1585, pero al poco tiempo decidió regresar a Inglaterra llevando consigo matas de tabaco y de papas que cultivaban los nativos. Sir Walter decidió estimular su cultivo en Europa, en lo que tuvo éxito ya que a partir de entonces se popularizó su consumo en los distintos países europeos.

El segundo grupo de colonos llegó en 1587, bajo el mando de John White y tuvo peor suerte. Arribó también a Roanoke, pero al poco tiempo debió regresar White a Inglaterra a buscar suministros. La guerra que entonces se libraba entre Inglaterra y España retrasó su regreso a América y cuando finalmente lo logró, en 1591, no encontró vivo a ninguno de los colonos.

En vista del fracaso inicial, la Corona decidió entregar la tarea de colonización a dos compañías por acciones, dotadas de suficientes recursos económicos para aprestar las naves y financiar el establecimiento de los colonos: la de Londres, que luego adoptó el nombre de Compañía de Virginia, y la de Plymouth. Las compañías debían suministrar el capital suficiente para transportar y ubicar los colonos; a cambio de ello, recibían amplias facultades para administrar las colonias, nombrar el gobernador y reservarse parte de los ingresos que se logaran.

La compañía de Londres envió en 1607 tres naves que llegaron a la bahía de Chesapeake. Se fundó un asentamiento al que se le dio el nombre de Jamestown, en honor a Jacobo I, el primer rey inglés de la

---

<sup>2</sup> Citado por Aparisi Miralles, Ángela, *La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 258.

casa de los Estuardo. A partir de allí se desarrolló el poblamiento de Virginia con inmensas dificultades que estuvieron a punto de dar al traste con el proyecto.

### 1.1.2 *Las semillas de la autonomía*

En las Cartas concedidas a la compañía se observa una paulatina evolución hacia formas autónomas de gobierno. En la primera Carta (1606) se aseguró a todos los colonos y a sus descendientes “las libertades, franquicias e inmunidades de ciudadanos libres, como si permanecieran en Inglaterra”, cláusula que aparecería luego en las demás Cartas de Virginia y en las de otras colonias norteamericanas. El rey se reservaba el control de la empresa, ya que los dos consejos que gobernarían la colonia, uno en Londres y otro en América, debían ser nombrados por él.

La segunda Carta (1609) estableció que el Consejo residente en América debía ser elegido por los accionistas y le correspondía la potestad de nombrar gobernadores y los funcionarios que se consideraran necesarios. El rey le reconoció al Consejo y al gobernador facultades ejecutivas, legislativas y judiciales. En la tercera Carta (1612) se obligaba a la compañía a realizar cada año cuatro asambleas grandes del Consejo y de la compañía.

En la colonia se implantó un severo régimen, casi militar. En 1618, los elementos más liberales de la compañía lograron que se convocara una asamblea general de representantes de todos los colonos con el fin de elaborar un reglamento para las plantaciones. El 30 de junio de 1619 se reunió la asamblea, integrada por dos delegados por cada una de las once plantaciones existentes, elegidos por todos los hombres mayores de 17 años. La asamblea adoptó el nombre de Cámara de los Burgueses, designó su propio *speaker*, imitando a la Cámara de los Comunes de Londres, y aprobó una serie de medidas legislativas que debían ser ratificadas por el Consejo de la compañía.

La Cámara de los Burgueses de Virginia se convirtió en el primer cuerpo representativo que existió en el Nuevo Mundo, lo que significó la continuación en tierras americanas de la tradición parlamentaria

inglesa<sup>3</sup>. Los colonos adquirieron así el derecho a participar en la elaboración de sus leyes, asunto de capital importancia para el futuro de la nación que empezaba a formarse.

En 1621, el rey expidió una nueva Carta, la llamada “Ordenanza de Virginia”, mediante la cual se crearon dos órganos de gobierno: el Consejo de Estado, con miembros designados directamente por el Consejo de Inglaterra para asesorar al gobernador, y la Asamblea General, conformada por el Consejo de Estado y representantes elegidos por los pobladores, con competencia para dictar leyes, las que podían ser objeto de veto por parte del gobernador.

El primero de estos organismos llegó a convertirse con el paso del tiempo en una verdadera Cámara Alta de Virginia. La Asamblea General, por su parte, actuó como un cuerpo parlamentario y en ese sentido adoptó decisiones tan importantes como las de ordenar que el gobernador no podía imponer ninguna contribución sin contar con la autoridad legislativa, que el dinero recaudado tenía que ser empleado como dispusiera el Congreso y que los diputados no podían ser detenidos. La Asamblea impuso la tesis de que nada podía contravenir una disposición legislativa y adoptó medidas para salvaguardar el juicio con jurados<sup>4</sup>.

### 1.1.3 *Virginia se convierte en provincia real*

La prosperidad que se insinuaba en Virginia hizo que la Corona fijara sus ojos en la colonia. Aprovechando las dificultades generadas por enfrentamientos violentos con los indios, los que habían dado como resultado la desaparición de una tercera parte de los pobladores, el rey Jacobo despojó a los accionistas de sus derechos en la compañía y la disolvió en 1624. Virginia se convirtió así en una provincia real o colonia de la Corona; el gobernador pasó a ser nombrado por el rey y quedó sometido en forma directa a sus instrucciones.

---

<sup>3</sup> Aparisi Miralles, *La revolución norteamericana*, cit., p. 37.

<sup>4</sup> Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 409.



Ante esta nueva situación, los colonos propusieron al monarca que no se restringieran sus derechos y que, por el contrario, se reforzara el sistema representativo otorgándosele a la Asamblea el poder de votar los impuestos. El Rey consideraba que una colonia que ya no era privada, sino de la Corona, no podía pretender autogobernarse. Sin embargo, se abstuvo de tomar cualquier decisión.

La Asamblea siguió reuniéndose y legislando. Solo algunas de las leyes aprobadas se enviaban al Rey para su ratificación. Carlos I se vio obligado a aceptar en 1641 que Virginia era una colonia que se autogobernaba, por lo que tuvo que reconocerle a la Asamblea el derecho a dictar leyes. Se sentó así un decisivo precedente para las colonias reales<sup>5</sup>.

En cuanto al asunto religioso, debe anotarse que la Carta concedida por la reina Isabel a Sir Walter Raleigh impuso en Virginia como religión oficial la anglicana, exigencia que se mantuvo en las subsiguientes Cartas. Este es un factor que influyó posteriormente en el proceso de gestación de la Independencia, ya que los conflictos con sectores religiosos disidentes tomaron el cariz de confrontaciones con Inglaterra debido al carácter oficial de la religión anglicana que tiene al rey como su máxima autoridad.

## **1.2 Maryland, refugio de los católicos**

Maryland fue una colonia entregada en propiedad a sir George Calvert, un fiel servidor del rey Carlos I. Calvert tenía el propósito de crear un asentamiento que sirviera de refugio a los católicos ingleses que padecían persecución en su país. El Rey le entregó la concesión de unas tierras situadas al norte del río Potomac.

En la llamada Carta de Maryland, Carlos I le otorgó a Calvert el título de Lord Baltimore y lo designó propietario de las tierras asignadas “conjuntamente con ciertos privilegios y con ciertas jurisdicciones que son dignas de un sabio gobierno”, lo que constituye

---

<sup>5</sup> Matteucci, ob. cit., p. 198.

una auténtica concesión feudal, la que tenía como contraprestación la obligación de enviar cada año al rey dos flechas indias como símbolo de fidelidad.

Esta fue la primera de las colonias patrimoniales, llamadas así por haber sido concedidas no a una compañía por acciones sino a una persona o pequeño grupo de personas. En la Carta se le atribuyó a Calvert poder libre, pleno y absoluto para ordenar, elaborar y promulgar las leyes que a bien tuviera, con el consejo y aprobación de los hombres libres de la provincia o de gran parte de ellos o de sus delegados o diputados. En dicho documento se les concedieron a los colonos los privilegios, franquicias y libertades propios de los súbditos ingleses.

Sir George Calvert murió dos meses antes de que le llegara la Carta real. Su obra la continuó su hijo Cecilius, segundo Lord Baltimore, quien en 1634 envió el primer grupo de pobladores a la nueva colonia, a la que se le había dado el nombre de Maryland en honor a Enriqueta María, la católica esposa del rey Carlos.

El propósito no era fundar una colonia exclusivamente católica sino constituir un lugar en el que todas las religiones pudieran convivir en paz. Con tal objeto, Calvert hizo que la Asamblea de Maryland aprobara en 1649 una ley en la que se les reconocía a los colonos el derecho a no ser humillados ni molestados en modo alguno a causa de la religión profesada.

La llamada Ley de Tolerancia de Maryland señalaba que ninguna persona que profesara su creencia en Jesucristo podía ser molestada a causa de su religión, ni en el libre ejercicio de su culto, y tampoco podía ser compelida a adoptar otra religión contra su consentimiento. Cuando con el tiempo Maryland fue convertida en provincia real, los anglicanos allí residentes presionaron hasta obtener que se erigiera la Iglesia de Inglaterra como la oficial en la colonia, quedando en ese aspecto en condición similar a Virginia<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Aparisi Miralles, ob. cit., p. 288.

### 1.3 El Pacto de Mayflower

El 21 de diciembre de 1620 arribó a las costas de Cape Cod, en la bahía de Massachusetts, el buque Mayflower, con un grupo de 102 puritanos ingleses de humilde condición social. Huían de la persecución religiosa desatada contra ellos por el régimen de Jacobo I, agravada por el hecho de que se trataba de puritanos separatistas, facción que planteaba el rompimiento de todo vínculo con la Iglesia de Inglaterra.

Estos inmigrantes se habían refugiado inicialmente en Holanda, en donde permanecieron algunos años, con poco éxito. Estaban decididos a organizar en las nuevas tierras de América comunidades en donde pudieran practicar libremente su credo religioso, de origen calvinista.

Al llegar a tierra, los 41 padres de familia que venían en el barco, conocidos en la historia norteamericana como los “Padres Peregrinos”, firmaron el llamado “Pacto de Mayflower”, en el que se comprometieron solemnemente a conformar una colonia y a constituirse como un cuerpo político civil con facultades para:

“Dictar, constituir y establecer, de tiempo en tiempo, todas aquellas justas y equitativas leyes, ordenanzas, actas, constituciones y dignidades que se consideren más adecuadas para el bien de la Colonia; a las cuales prometemos toda la debida sumisión y obediencia”<sup>7</sup>.

El anterior es un episodio muy conocido de la historia de la colonización inglesa en América. Pero no fue la fundación de una colonia totalmente autónoma el objetivo inicial de los puritanos emigrantes, ni el sitio al que llegaron el destino de ruta que se habían fijado.

Los puritanos se dirigían a tierras situadas más al sur, las que les habían sido adjudicadas en concesión por la compañía de Plymouth, sociedad por acciones que había recibido de la Corona el encargo

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 258.

de colonizar Virginia del Norte, territorio que recibió más tarde el nombre de Nueva Inglaterra. Como la nave perdió su rumbo por una fuerte tempestad, los viajeros terminaron desembarcando en unas tierras sobre las que carecían de título de dominio, problema jurídico que resolvieron con el “Pacto de Mayflower”, es decir, tomando simple y llanamente posesión de ellas.

La colonia fundada por los Padres Peregrinos recibió el nombre de Plymouth. Desde un comienzo, estos nuevos colonos tuvieron la feliz ocurrencia de entablar amistad con los indígenas, quienes les enseñaron a cultivar el maíz y a pescar, lo que les permitió subsistir en medio de las difíciles condiciones de la región.

Se debe anotar, como un interesante dato histórico que en noviembre de 1621, ante la recolección de una buena cosecha y la llegada de un buque inglés con suministros, los colonos acordaron realizar una celebración de tres días en acción de gracias, hecho que decidieron repetir en los años siguientes: así nació una de las celebraciones más importantes del pueblo norteamericano, el Día de Acción de Gracias.

El “Pacto de Mayflower” es un documento del que surge un verdadero contrato social fundacional de una comunidad política, en el que se confunden elementos del gobierno civil y del religioso. El poder legislativo y el judicial recaen en una asamblea general, elegida con la participación directa de todos los hombres libres, la que se encarga de escoger el gobernador.

La existencia de Plymouth como colonia autónoma terminó en 1691, cuando por orden real pasó a formar parte de Bahía de Massachusetts, colonia de origen también puritano, situada al norte de sus fronteras. A pesar de su corta existencia, Plymouth ejerció decisiva influencia en el desarrollo de las demás colonias por su régimen de distribución de tierras en libre propiedad a todos los miembros de la comunidad y como ejemplo de gobierno autónomo con ejercicio de democracia directa, lo que, dicho sea de paso, fue posible por la escasa población de la colonia.

## 1.4 Massachusetts, el reino de los puritanos

Massachusetts fue escenario de un exitoso proyecto de colonización por parte de puritanos que estaban en condiciones diferentes a las de los peregrinos del Mayflower. En efecto, un grupo de calvinistas de holgada situación económica, liderado por el influyente abogado John Winthrop, formó una compañía similar a la de Virginia con el objeto de solicitarle al monarca inglés la concesión de territorios para fundar una colonia en Nueva Inglaterra que llevaría el nombre de Bahía de Massachusetts.

A Carlos I no le disgustaba la idea de librarse del mayor número posible de sus contradictores puritanos y con gusto otorgó en 1629 la Carta respectiva, con garantías similares a las concedidas en la tercera Carta de Virginia. Se estableció en ella que habría un gobernador, un vicegobernador y dieciocho asistentes, elegidos todos anualmente por los accionistas; además, cuatro asambleas grandes y generales de los accionistas para admitir nuevos socios, hacer las leyes y elegir a los funcionarios locales.

### 1.4.1 *De sociedad comercial a sociedad política*

El Rey, en su afán de salir de los puritanos y ocupado como estaba en atender graves problemas internos, se olvidó de especificar en la Carta de fundación que la compañía debía efectuar sus reuniones anuales en Londres, en donde podría ser fácilmente controlada. Aprovechando la omisión, los accionistas trasladaron la sede legal a tierras americanas.

Este fue un hecho de trascendental importancia porque transformó su naturaleza jurídica: la Compañía de la Bahía de Massachusetts pasó así de sociedad comercial a sociedad política, una sociedad política semindependiente, casi soberana, que tenía como jefe al rey de Inglaterra, pero con asamblea y magistrados propios para expresar su voluntad, lo que significó un paso muy importante hacia el autogobierno de las colonias<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Matteucci, ob. cit., p. 177.

En una flota de diecisiete barcos zarparon de Inglaterra más de novecientas personas que en 1630 fundaron Boston, ciudad a la que siguieron otras seis. Estos puritanos se diferenciaban de los de Plymouth por sus condiciones económicas, por tener una situación jurídica definida al haber obtenido concesión real y, además, por razones religiosas: sostenían que los puritanos no debían abandonar la Iglesia de Inglaterra, sino que debían luchar dentro de ella para reformarla y ajustarla a sus creencias, razón por la cual se denominaban “congregacionalistas”.

### 1.4.2 *La teocracia puritana*

La Carta de Massachusetts concedía algunos privilegios comerciales y otorgaba a los colonos derechos e inmunidades iguales a los que poseían los ciudadanos residentes en Inglaterra. La nueva colonia estableció una organización religiosa y política que giraba alrededor de la idea del pacto social: cada iglesia se constituía mediante un nuevo pacto que ligaba a toda la comunidad.

De esta manera, al mismo tiempo que se creaba un vínculo religioso se establecía una obligación social y política. Los problemas de las aldeas se resolvían en reuniones que se realizaban en el centro religioso, en las que participaban todos los ciudadanos con derecho a votar, expresión de una incipiente pero promisoría democracia local<sup>9</sup>.

La organización política que se le dio a Massachusetts desde un comienzo fue la de un severo régimen que tenía su fuente de inspiración y autoridad en la Biblia. Puede decirse que allí se instauró una teocracia de amplia base social, en la que se combinó la autoridad de los pastores con la masiva participación de los fieles en la toma de decisiones. Solo tenían derecho a votar los miembros de la Iglesia, de la cual emanaba toda autoridad política.

Al frente de la organización política se designó al gobernador Winthrop junto con un Consejo de asesores. Ante el manejo

---

<sup>9</sup> Aparisi, ob. cit., p. 42.

autoritario del Gobernador, los colonos presionaron para que fueran admitidos en el manejo de la colonia delegados de las plantaciones, formándose así una asamblea bicameral: en una cámara sesionaban los colaboradores del gobernador y en la otra, los representantes de los ciudadanos.

### 1.4.3 *El Body of Liberties*

La Asamblea General de Massachusetts decidió que las leyes de la colonia debían fundarse en “los derechos tradicionales de los ingleses”, tal y como eran acogidos en la Carta Magna, y también en la palabra de Dios. Como obra importante de ese órgano legislativo merece citarse el *Body of Liberties* (1641), cuerpo de normas en el que, a modo de principios constitucionales, se reconocían los derechos básicos tradicionales de los ingleses como el derecho a la vida, al honor, a un juicio justo, a la aplicación general de las leyes, a no ser desterrado, desprovisto de propiedades o privado de la libertad sin un juicio previo, a la igualdad ante la ley.

Se concedía a todo hombre el derecho a expresarse libremente en la Asamblea General o en cualquier otra de carácter público y se consagraban garantías para evitar la autoincriminación. El profesor español Peces-Barba considera ese documento como “el primer catálogo norteamericano de derechos humanos”<sup>10</sup>.

Massachusetts creció y se fortaleció en forma considerable, hasta el punto de que Boston se convirtió en la ciudad más poblada de las colonias norteamericanas. Su influencia se extendió a los territorios vecinos. En 1622, Ferdinando Gorges y John Mason recibieron autorización real para colonizar la parte septentrional de la costa de Nueva Inglaterra. Siete años más tarde se dividieron la colonia, correspondiéndole a Gorges el sector norte, al que se le dio el nombre de Maine; la parte meridional le correspondió a Mason, quien la llamó New Hampshire.

---

<sup>10</sup> Mencionado por Aparisi Miralles, ob. cit., p. 264.

El gobierno puritano de Massachusetts hizo todo lo posible para que la región septentrional de Nueva Inglaterra cayera en su jurisdicción y logró que algunas poblaciones de Maine reconocieran su soberanía. Al fallecer Gorges, el gobierno de Boston compró los derechos a sus herederos, debido a lo cual Maine pasó a formar parte de Massachusetts durante casi siglo y medio, a pesar de no existir contigüidad territorial. Esta situación se mantuvo hasta 1820, año en el cual Maine se separó y fue admitido como el Estado 23 de la Unión Americana<sup>11</sup>.

## 1.5 Rhode Island y la libertad religiosa

La intolerancia de los dirigentes religiosos, quienes se hacían llamar “los elegidos”, generó manifestaciones de inconformidad y rechazo en Massachusetts. Una de ellas provino del pastor Roger Williams, quien predicaba la libertad religiosa entendida como el derecho concedido por Dios al individuo para rendirle culto como lo creyera más conveniente y quien defendía la tesis de que la conciencia de una persona le pertenece solo a ella y nunca al Estado. Tal postura lo enfrentó con las autoridades de la colonia, las que no admitían ningún tipo de cuestionamiento a su doctrina.

Williams fue desterrado, por lo que decidió marchar hacia el sur. En 1636 compró tierras a los indios y en ellas fundó la población de Providence. Cerca de allí, otros disidentes religiosos fundaron las poblaciones de Portsmouth, New Port y Warwick, las que actuaron inicialmente como comunidades independientes, gobernadas directamente por una asamblea de todos los ciudadanos libres. Con el tiempo, por conveniencia para todas ellas, decidieron convertirse en una nueva colonia que recibió el nombre de “Rhode Island y Plantaciones de Providence”, largo nombre oficial que aún conserva ese Estado de la Unión Americana.

---

<sup>11</sup> Asimov, Isaac, *La formación de América del Norte*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 117.



En un histórico documento conocido como *Plantation Agreement at Providence* (1640), los fundadores, a manera de pacto fundamental, se comprometieron a respetar las libertades, especialmente la de conciencia, y a obedecer las leyes dictadas por la mayoría, limitadas éstas a los asuntos civiles. Se estableció que cinco hombres, elegidos libremente por la comunidad, se encargarían de dirigir los destinos del resto de las familias con base en una serie de normas encaminadas a asegurar la convivencia pacífica.

En el prefacio del documento se señalan como razones para unirse y delegar sus poderes en tales representantes las diferencias que pudieran darse entre los pobladores y la necesidad de conservar la unidad y la paz. Es sorprendente encontrar convertidos en texto legal aquellos argumentos que, en un plano teórico, esgrimían los filósofos del Siglo de las Luces acerca del origen del poder político<sup>12</sup>.

Cuando la monarquía fue restaurada en Inglaterra, después de la guerra civil, los dirigentes de la colonia consideraron conveniente obtener la autorización oficial de la Corona. Lograron de Carlos II, en 1663, una Carta mediante la cual se reconoció la existencia de la colonia; se mantuvieron intactas las estructuras de gobierno que los colonos se habían dado de manera autónoma, lo mismo que los principios que establecían la plena libertad religiosa. El único límite impuesto a la autonomía de la colonia fue la prohibición de aprobar leyes contrarias al derecho inglés<sup>13</sup>.

## 1.6 Los Preceptos Fundamentales de Connecticut

Hubo más emigración de Massachusetts. En 1636, tres congregaciones religiosas decidieron abandonar la colonia por razones económicas y religiosas. Lideradas por el pastor Thomas Hooker, fundaron en 1639 una nueva colonia a la que le dieron el nombre indígena de Connecticut. Rechazaban cualquier tipo de teocracia y

---

<sup>12</sup> Aparisi Miralles, ob. cit., p. 266.

<sup>13</sup> Matteucci, ob. cit., p. 179.

exigían el libre consentimiento de los gobernados como base de la autoridad política.

Prueba de ello es el documento fundacional de la nueva colonia, conocido como “Preceptos Fundamentales de Connecticut”, en el que se afirma que los pobladores han decidido constituirse como una sociedad política con el fin de conservar la libertad del Evangelio y gobernarse conforme a las leyes en los asuntos civiles. Esta distinción entre cuestiones civiles y religiosas es un temprano ejemplo de separación del poder político del religioso, lo que convirtió a Connecticut en una de las colonias más tolerantes de la época.

Los Preceptos Fundamentales contienen una detallada descripción de la forma de organización política adoptada, a la cabeza de la cual se ubicaba una asamblea elegida con el voto de los hombres libres de la colonia, la que debía reunirse dos veces al año. Se señalaban allí sus funciones, límites y prerrogativas, una de las cuales era la designación del gobernador y de los demás funcionarios y magistrados.

Los Preceptos revelan que sus creadores poseían la profunda conciencia de estar constituyendo un gobierno sobre la base de un pacto social. Connecticut fue otro claro ejemplo de autogobierno en la Norteamérica colonial. Esta colonia obtuvo en 1662 el reconocimiento real mediante una Carta otorgada por Carlos II, la que le permitía mantener su autonomía y su libertad religiosa.

En esa misma Carta se aceptó la integración a Connecticut de New Haven, una pequeña colonia fundada por puritanos que habían llegado de Inglaterra en 1638 y se habían asentado en tierras compradas directamente a los indios. Se habían organizado como una comunidad a través de un pacto o *covenant*, en el cual se establecía un “gobierno civil de acuerdo con Dios”.

## **1.7 Pennsylvania, el experimento cuáquero**

El ciclo de las colonias creadas por motivaciones religiosas se cerró con la fundada por los cuáqueros, comunidad religiosa tolerante y pacifista que rechazaba tanto la autoridad de la Iglesia como la de la

Biblia, sosteniendo que Dios dirige directamente el alma humana. Los cuáqueros afirmaban no necesitar iglesia ni sacerdotes de ninguna clase porque cada hombre es sacerdote de sí mismo.

Ofrecían resistencia pasiva frente a las persecuciones, lo que les permitió ganar simpatías entre los que estaban desencantados con el rigor puritano y con la indiferencia de la iglesia anglicana. Uno de esos conversos fue William Penn, filósofo, teólogo y empresario inglés cuyo padre, el almirante Sir William Penn, había luchado por la restauración monárquica y a quien Carlos II debía una considerable suma de dinero.

Ante las continuas y duras persecuciones a las que eran sometidos los cuáqueros, tanto en Inglaterra como en las colonias norteamericanas, William Penn solicitó el derecho a fundar su propia colonia al oeste del río Delaware. El Rey aprovechó la oportunidad para saldar la deuda contraída con el almirante, ya fallecido, concediéndole al joven Penn, con derecho de transmisión a sus herederos, una vasta porción de tierras en la que debía fundarse la colonia Pennsylvania, denominación que debía llevar la nueva colonia para perpetuar el nombre de su viejo amigo.

El propio Penn se ocupó de la organización de la colonia y para tal efecto elaboró en 1682 el documento conocido como *Frame of Government*, texto normativo en el que, a modo de constitución, se incorporaron una declaración de derechos y una clara definición de los órganos de gobierno. El régimen de derechos partía de la base de una amplia libertad religiosa ya que, según Penn, nadie puede ser compelido a cumplir una obligación espiritual. El celo por proteger los “derechos de los ingleses” se tradujo en la inserción de todo un capítulo de la Carta Magna, el 40, en el documento colonial.

La forma de gobierno acogida era muy singular. Cada año debía ser elegida una asamblea de representantes de los colonos dueños de tierras. Su convocatoria debía efectuarse con independencia de la voluntad del gobernador, elegido éste por el propietario de la colonia. Del seno de la asamblea se escogía un consejo, al que se le entregaba la facultad de proponer leyes para que la asamblea las aprobara o las

negara. De esta manera se conformaba un sistema político balanceado: el Consejo proponía las leyes, la Asamblea las aprobaba y el Gobernador tenía el derecho de vetarlas.

Años más tarde, en 1701, se adoptó en Pennsylvania la “Carta de Privilegios”, acordada entre el propietario y los colonos, considerada como la más famosa constitución de la época colonial norteamericana, la que mereció elogiosos conceptos de dirigentes de la Revolución Francesa como los girondinos Brissot y Condorcet<sup>14</sup>.

En dicho cuerpo normativo los colonos fueron facultados para proponer nuevas leyes y se ampliaron los derechos ciudadanos en relación con la libertad personal y las garantías del debido proceso. Se incorporaron derechos como el que tiene el acusado a ser asistido por un abogado y el de la contradicción en el juicio. También se estableció en forma expresa la nulidad de las disposiciones que alteraran, modificaran o disminuyeran la eficacia de la Carta, claro antecedente del control de constitucionalidad de la ley.

## 1.8 La presencia holandesa

A partir de 1614 los holandeses empezaron a incursionar a lo largo del río Hudson creando pequeños asentamientos. Ese año, Adriaen Block navegó alrededor de Manhattan y Long Island y comprobó que ambas eran islas. En la primera de ellas se estableció en 1624 un pequeño grupo de colonos.

Para entonces, los comerciantes holandeses ya habían creado la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales con el propósito de organizar en debida forma una colonia en esas tierras americanas, la que llamaron Nueva Holanda. El primer director de esa compañía, Peter Minuit, realizó en 1626 uno de los más asombrosos negocios de finca raíz de la historia: compró a los indios la isla de Manhattan pagándoles con baratijas que no tenían un valor superior a los 24 dólares<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Matteucci, ob. cit., p. 202.

<sup>15</sup> Asimov, *La formación de América del Norte*, cit., p. 127.

El asentamiento fundado en dicha isla recibió el nombre de Nueva Ámsterdam y se convirtió en capital de la incipiente colonia, la que encontró serios problemas para su crecimiento debido a que los holandeses no estaban interesados en emigrar en forma masiva hacia América, entre otras razones, porque no tenían los graves problemas sociales y religiosos de los ingleses. Los viajeros neerlandeses que se aventuraban a incursionar en las tierras recién descubiertas estaban movidos por su interés en el comercio, especialmente de pieles.

### 1.8.1 *Una colonización semifeudal*

Para fomentar la explotación agrícola y generar así una población permanente, la Compañía Holandesa actuó en dos direcciones. Por un lado, decidió recibir colonos de cualquier parte de Europa, sin discriminación religiosa alguna; llegaron hasta judíos portugueses, recién expulsados de Brasil. Esto le dio a la colonia un carácter cosmopolita que se consolidó con el tiempo<sup>16</sup>.

Por otro lado, la compañía creó el sistema *patroon* que consistía en ofrecer a los accionistas la posibilidad de adquirir grandes extensiones de tierra si se comprometían a instalar cincuenta pobladores a lo largo del río Hudson, en un término de cuatro años. El patrón les entregaba a los colonos ganado, herramientas y construcciones, a cambio de una renta y de la obligación de someterse al tribunal de justicia que el primero establecía libremente. Este sistema semifeudal permitió crear una oligarquía bastante cerrada en la colonia holandesa.

El gobierno de la colonia se confió a un gobernador enviado por la compañía, el que ejercía un mando casi absoluto, debido al escaso control que aplicaban desde Holanda los directores. El sistema político de Nueva Holanda difería notablemente del adoptado por las colonias inglesas, especialmente en lo relacionado con el régimen de derechos y libertades de los colonos y con su participación en el gobierno.

---

<sup>16</sup> Un viajero anotó en 1643 que en las calles de Nueva Ámsterdam se hablaban 18 idiomas.

Un poco más al sur, sobre la bahía de Delaware, se formó en 1638 una colonia de súbditos suecos organizada por la Compañía de la Nueva Suecia. La colonia tuvo un rápido auge, pero sus vecinos holandeses decidieron tomársela, al considerar que esas tierras les pertenecían, lo que lograron con relativa facilidad en 1651, gracias al escaso número de habitantes de la colonia sueca.

### 1.8.2 *El zarpazo de los ingleses*

Nueva Holanda quedó convertida en una cuña introducida entre las colonias de Nueva Inglaterra y el bloque conformado por Maryland y Virginia, lo que empezó a generar molestias en el gobierno inglés. Muerto Cromwell en 1658, después de ejercer el poder en Inglaterra como Lord Protector durante cinco años, y producida la restauración monárquica en cabeza de Carlos II, la Corona decidió volver los ojos a las tierras americanas, dejadas a su suerte durante el largo lapso de la revolución promovida por el Parlamento. Una de sus principales preocupaciones tenía que ver con la presencia de los holandeses.

Carlos II decidió acabar de un tajo con la molesta presencia de los holandeses. Otorgó las tierras de Nueva Holanda, que obviamente no eran suyas, a su hermano el Duque de York, el futuro Jacobo II. El duque conformó una flota de cuatro barcos y la envió a ocupar las tierras generosamente concedidas. En septiembre de 1664, Nueva Ámsterdam se rindió sin disparar un solo tiro. Lo mismo hicieron Fort Orange y los colonos situados a lo largo del río Delaware. Nueva Ámsterdam pasó a llamarse Nueva York; igual nombre recibió toda la colonia<sup>17</sup>.

La parte sur de Nueva Holanda fue cedida a dos amigos del duque de York, Lord Berkeley y Georges Cartaret, quienes formaron la colonia Nueva Jersey. El área de Delaware fue cedida a William Penn y pasó a ser parte de Pennsylvania hasta 1701, fecha en la que adquirió autonomía y se convirtió en la colonia Delaware, con derecho a elegir su propia asamblea.

---

<sup>17</sup> Asimov, La formación de América del Norte, cit., p. 142.

Numerosos holandeses decidieron quedarse en la que había sido su colonia. Los ingleses no los obligaron a cambiar su modo de vida y, por el contrario, respetaron su lengua, su religión e incluso el sistema *patroon*. La política inglesa se limitó a estimular la presencia de nuevos colonos ingleses.

La herencia holandesa está plasmada en nombres de sitios famosos como Wall Street y Broadway y en apellidos de figuras notables en la historia norteamericana como los presidentes Martin van Buren y los dos Roosevelt, Teodoro y Franklin Delano. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la génesis de las instituciones constitucionales norteamericanas, nada aportó la efímera colonización holandesa.

## 1.9 La singular constitución de Carolina

Mención especial merece la colonia Carolina por la extraña y singular constitución con la que fue dotada. En 1663, el rey Carlos II otorgó una importante extensión de tierras al sur de Virginia a un grupo de ocho cortesanos muy cercanos a sus afectos, entre los que se encontraba el Conde de Shaftesbury, quien llegó a ser más tarde ministro de Hacienda y fundador del partido *Whig* en Inglaterra. La colonia recibió el nombre de Carolina como homenaje al rey, utilizándose para ello su nombre latino, *Carolus*.

El conde le pidió a su amigo John Locke que le elaborara una constitución para su colonia. El documento es uno de los más curiosos de la historia colonial norteamericana: se le denominó “Constituciones Fundamentales de Carolina” y a decir verdad, no le hace ningún honor al famoso autor de los dos *Tratados sobre el gobierno civil*, ya que a diferencia de los demás textos normativos coloniales, Locke diseñó un sistema político semifeudal, con cinco Estados, ocho Cortes Supremas, un Chambelán, un Lord Almirante y títulos de Barón, Cacique y Landgrave, de acuerdo con la cantidad de tierras adquiridas<sup>18</sup>. Se debe destacar, sin embargo, el alto grado de tolerancia en materia religiosa consignado en esta constitución,

---

<sup>18</sup> Aparisi Miralles, ob. cit., p. 266.

justificada por el interés en propiciar la inmigración, lo que permitió que Carolina recibiera gentes con toda clase de ideas religiosas, sin exclusión de los judíos y de los no creyentes.

Desde un comienzo Carolina generó dos centros de población bastante diferenciados. La parte norte, conocida como Albemarle, con condiciones geográficas difíciles, tuvo un lento desarrollo económico, lo que llevó a los ocho propietarios a fijar su atención en la parte sur, la que fue favorecida con un crecimiento más acelerado y una rápida inmigración estimulada por sus condiciones climáticas.

Unos años más tarde, los habitantes de la parte meridional impulsaron una campaña a favor de su autonomía, la que lograron en 1719 al crearse Carolina del Sur como una colonia dependiente en forma directa de la Corona. Carolina del Norte se mantuvo durante diez años más en poder de sus propietarios hasta cuando éstos decidieron transferir sus derechos a la Corona, por lo que pasó a convertirse en otra colonia real<sup>19</sup>.

## **1.10 Georgia, la última colonia**

La creación de la última de las colonias inglesas fue motivada por dos clases de razones: militares y filantrópicas. Entre los límites de Carolina del Sur y Florida, en ese entonces territorio español, quedaba una importante extensión de tierra no ocupada por ningún país, hacia donde se estaban desplazando algunos colonos de Carolina. Razones de defensa aconsejaban establecer una nueva colonia que pudiera servir de contención frente a los españoles de Florida.

Por otra parte, el militar y filántropo James Oglethorpe, quien estaba interesado en solucionar el problema del hacinamiento en las cárceles inglesas, especialmente de los reos que pagaban prisión por deudas, le propuso a Jorge II el traslado de tales prisioneros a América.

---

<sup>19</sup> Tindall, George y SHI, David, *Historia de los Estados Unidos*, Tomo I, Bogotá, TM Editores, 1995, p. 30.



Al Rey le pareció magnífica la idea de enviar barcos cargados de deudores pobres a un sitio en donde podían servir para resistir los ataques de españoles e indios contra sus dominios. En 1732, cedió las tierras comprendidas entre los ríos Savannah y Altamaha a 21 fideicomisarios, encabezados por el general Oglethorpe, mediante una Carta en la que por primera vez se le ponía a una concesión límite de tiempo: veinte años.

En el año siguiente arribaron los primeros 120 colonos, quienes se establecieron en la orilla meridional de la desembocadura del río Savannah y fundaron una ciudad con el mismo nombre. Poco tiempo después, llegaron numerosos refugiados protestantes de Europa central, especialmente alemanes, así como escoceses, judíos portugueses, galeses y gentes de variadas nacionalidades, quienes le dieron a la colonia una composición multiétnica.

A la colonia se la denominó Georgia en honor del rey británico. Oglethorpe hizo todo lo posible por organizar la colonia con base en principios humanitarios: se fijó un límite a la formación de grandes propiedades, las que no podían exceder de 200 hectáreas, se prohibió la importación de esclavos, medida bastante avanzada para la época, y se prohibió también la venta de bebidas fuertes.

Georgia funcionó con éxito como proyecto de defensa contra los españoles, pero el experimento filantrópico fracasó. La prohibición de importar esclavos y de vender licor se fue debilitando con el tiempo, hasta desaparecer, y Georgia adquirió el tipo de cultura de las demás colonias. En 1753, al vencerse el término de la concesión, expiró el título de los fideicomisarios y Georgia se convirtió en una nueva colonia de propiedad de la Corona. Años más tarde, en 1759, se eliminaron todas las restricciones sobre la tenencia de la tierra<sup>20</sup>.

### **1.11 La consolidación institucional de las colonias**

La colonización inglesa en Norteamérica en muy poco se parece a la realizada en las colonias españolas de Latinoamérica. Esta última fue

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 34.

obra directa de la Corona y se caracterizó por el excesivo control político, administrativo y jurídico ejercido desde la Península. Las colonias norteamericanas, por el contrario, surgieron con base en la iniciativa privada y con un débil control de la Corona, factores que favorecieron la autonomía en su manejo y permitieron una rica innovación en materia de organización política.

Hay que anotar que la colonización del territorio norteamericano se caracterizó por un marcado rechazo de los colonos hacia los indígenas, gran parte de los cuales fueron exterminados de manera violenta o perecieron por enfermedades que no conocían los nativos, como la viruela. Como resultado de lo anterior, el mestizaje en las colonias norteamericanas fue mínimo, lo que no sucedió en las españolas, en donde los indígenas fueron objeto de leyes especiales de la Corona que buscaban su protección frente a las tropelías y vejaciones de los colonos y encomenderos españoles. Hizo carrera en las épocas de la conquista y de la colonia en Hispanoamérica la expresión “se obedece, pero no se cumple” con la que se recibían por las autoridades coloniales y los encomenderos gran parte de las normas que producía la Corona española en su intento de proteger a los nativos.

Las dificultades geográficas y la ausencia de grandes ríos de penetración impidieron que las colonias inglesas se expandieran hacia el oeste; por fuerza de las circunstancias debieron concentrarse en las zonas costeras. Tal situación, unida a las dificultades surgidas en la relación con la metrópoli, condujeron a necesarios acercamientos y a notorios desencuentros entre las colonias, los que incidieron en el proceso independentista que terminó enfrentando a todas ellas con el gobierno británico<sup>21</sup>.

### 1.11.1 *El autogobierno de las colonias*

Circunstancias especiales favorecieron el considerable autogobierno que caracterizó el proceso de formación de las colonias

---

<sup>21</sup> Inglaterra, Gales y Escocia conformaron en 1707 el Reino Unido de la Gran Bretaña mediante la llamada Acta de Unión.

norteamericanas. En primer lugar, el nivel de libertades políticas alcanzado en Inglaterra, gracias a la incesante lucha que libró el Parlamento contra la Corona para defender sus privilegios e impedir que prosperaran las tentativas de establecer la monarquía absoluta, especialmente por parte de los reyes pertenecientes al linaje de los Estuardo, de origen escocés y de convicciones católicas.

En segundo lugar, la ausencia de dominios señoriales de la nobleza, pese a algunos débiles intentos, lo que dio lugar a nuevos tipos de organización política, algunos de ellos inspirados en la idea del convenio o pacto social. Por último, la entrega de cartas coloniales que garantizaban a los colonos los mismos derechos que tenían los ingleses en la metrópoli y les reconocían sus novedosos órganos de autogobierno.

Dentro de su peculiar marco histórico, las colonias norteamericanas fueron creando sus propias instituciones legislativas, administrativas y judiciales, las que debieron coexistir con la autoridad real expresada a través del gobernador, representante de la Corona y máxima autoridad civil y militar, con facultades para aprobar o vetar las decisiones de las asambleas coloniales.

Los órganos legislativos se integraban a través de elecciones en las que intervenían los colonos con derecho a voto (generalmente los dueños de grandes extensiones de terreno o los que pagaban altos impuestos). En la Europa continental de la época no existía posibilidad alguna de participar mediante el voto en la toma de decisiones que interesaran a la comunidad, como sucedía en las colonias norteamericanas, hecho que se convirtió en un enorme atractivo para la inmigración europea.

### ***1.11.2 Las colonias pasan a la Corona***

Las colonias, que habían surgido de las concesiones a compañías de accionistas (Virginia, Massachusetts) y las que habían sido entregadas a personas individualmente consideradas (Maryland, Carolina, Pennsylvania), con el correr del tiempo fueron pasando a manos de la corona inglesa, convirtiéndose en provincias reales. Ya se vio cómo

Virginia le fue arrebatada a la Compañía en 1624 por el rey Jacobo I; a Massachusetts se le canceló la Carta de Concesión en 1684; Nueva York pasó a la Corona en 1685 cuando su propietario, el Duque de York, se convirtió en el rey Jacobo II.

Es de anotar que la transferencia de propiedad de las colonias no se tradujo en cambios significativos para los pobladores. La organización política se mantuvo sin mayores alteraciones y, lo que es más importante, los colonos conservaron el *common law* que habían heredado de Inglaterra, un derecho que en el clima cultural de la época era sinónimo de libertad, derecho que habían defendido ante el concesionario y seguirían defendiendo ante el propio rey<sup>22</sup>.

Las colonias norteamericanas quedaron así insertas en el esquema organizativo del imperio británico, en el que los órganos supremos de decisión eran el rey y el parlamento. Cada una de éstas era tratada como provincia real, separada de las otras, directamente relacionada y regulada en última instancia por los órganos ejecutivos del Imperio. Las relaciones entre las colonias eran muy débiles debido a la prohibición de comerciar entre ellas en forma directa; cualquier intento de comercio debía realizarse a través de Inglaterra.

## 1.12 La compleja cuestión religiosa

La cuestión religiosa jugó un papel muy importante en la formación de Estados Unidos, en la lucha por la independencia y en su ulterior desarrollo constitucional. El problema de la tolerancia religiosa condujo necesariamente al de la libertad religiosa, “la madre de todas las libertades<sup>23</sup>” y a la separación de la Iglesia y del Estado, único punto de conciliación de intereses posible cuando se tiene al frente tan variado mosaico de cultos y creencias como el conformado en ese país durante la época colonial.

---

<sup>22</sup> Matteucci, ob. cit., p. 182.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 37.

En Virginia, la primera colonia, se implantó desde un comienzo el anglicanismo como la religión oficial y se obligó a todos los habitantes a contribuir al sostenimiento de las parroquias. En la medida en que fueron apareciendo otros credos, se adoptó una política de intolerancia y persecución que afectó especialmente a los cuáqueros y a los católicos.

Por su parte, los puritanos de Massachusetts, que habían llegado huyendo de la persecución religiosa, optaron por imponer en la colonia que fundaron un severo e intransigente régimen de ortodoxia religiosa, negándoles a otros los derechos que a ellos se les negaban en la Madre Patria.

Sin embargo, pronto soplaron en tierras americanas vientos a favor de la tolerancia. Maryland, la colonia fundada por los católicos, no solo ofreció garantías a personas de credos diferentes para que se domiciliaran en sus tierras, sino que aprobó en 1649 una ley de tolerancia religiosa, la *Maryland Toleration Act*, la que, aunque se limitaba a quienes profesaran creencias basadas en Jesucristo, significó un importante avance hacia la libertad de cultos.

Fenómeno similar se presentó en Carolina del Norte. En las *Fundamental Constitutions* se estableció como oficial la Iglesia de Inglaterra, pero se permitió en forma expresa el libre ejercicio religioso a otras comunidades cristianas, al mismo tiempo que se prohibía y castigaba toda coacción en materias propias del ámbito de la conciencia.

De la intolerante Massachusetts surgió el reformador Roger Williams, fundador de la colonia Rhode Island. Allí, en abierto rechazo al puritanismo, se impuso una clara separación entre los asuntos de la Iglesia y los del Estado y se consagró la libertad de conciencia. Situación parecida se dio en Connecticut, en donde Thomas Hooker y sus compañeros, emigrados también de Massachusetts, se constituyeron como una sociedad política en la que, para preservar la libertad, se separaban los asuntos religiosos de las leyes civiles, lo que generaba tolerancia en ese ámbito.

A un grado más elevado de libertad religiosa se llegó en Pennsylvania, la colonia de los cuáqueros. En la Carta de 1701 se consignó, en el artículo 1º, que un pueblo, aun cuando goce de las más amplias libertades, no es verdaderamente feliz si no tiene reconocida la libertad de conciencia. Para garantizar esa libertad para siempre, William Penn prohibió a sus sucesores modificar este derecho mediante una hermosa norma, que Voltaire se complacía en citar:

“Porque la felicidad de la humanidad depende mucho de su disfrute de la libertad de conciencia tal y como se ha reseñado, Yo declaro solemnemente, prometo y garantizo por mí que el primer artículo de esta Carta, referente a la libertad de conciencia será mantenido y permanecerá sin ninguna alteración, inviolablemente por siempre”<sup>24</sup>.

### ***1.12.1 La libertad religiosa y la demanda de la independencia norteamericana***

Entre 1740 y 1750 surgió en Nueva Inglaterra un movimiento religioso de carácter místico que buscaba un renacer del fervor evangélico denominado “El gran despertar”. Elocuentes y exaltados predicadores ambulantes sacudieron la tranquilidad colonial acusando a los ministros eclesiásticos de perezosos y dedicados a la buena vida, lanzando fuertes ataques a la Iglesia de Inglaterra y a los dirigentes puritanos que negaban la libertad de conciencia a los colonos. Demandaban no una mera tolerancia, sino absoluta libertad de conciencia para predicar y enseñar en todo momento, la que vinculaban con el interés de la libertad norteamericana.

El movimiento místico produjo una proliferación de nuevos grupos y sectas religiosas que debilitaron el concepto de iglesias sostenidas por el Estado, lo que contribuyó a generar condiciones favorables a la revolución de independencia y al establecimiento posterior de una absoluta separación entre la Iglesia y el Estado. Esta separación quedó consagrada expresamente en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: “El Congreso no

---

<sup>24</sup> Aparisi Miralles, ob. cit., p. 296.

legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma”.

Es forzoso citar como antecedente de la norma constitucional, el Estatuto de Libertad Religiosa de Virginia, redactado por Thomas Jefferson y adoptado por ese Estado en 1786. En dicho documento se estipuló que a ningún hombre se le puede obligar a frecuentar ni a respaldar un culto, lugar o ministerio religioso, cualquiera que sea; que nadie debe sufrir por causa de sus opiniones y creencias religiosas, y que todos los hombres son libres de profesar y defender con argumentos sus opiniones en materia de religión.

## **2. LA REVOLUCIÓN DE INDEPENDENCIA**

Los problemas que enfrentaron políticamente a los colonos norteamericanos con su madre patria surgieron de pugnas sobre asuntos económicos, pero adquirieron la forma de un conflicto jurídico de primer orden. Los colonos se consideraban súbditos ingleses, con todos los derechos y las prerrogativas propias de dicha condición, tal como había quedado estipulado en las Cartas de fundación de las colonias que les habían entregado los diferentes monarcas. Pero no reconocían la soberanía del Parlamento por no tener allí representación.

En efecto, Inglaterra no se había preocupado por asignarles escaños en la Cámara de los Comunes a sus colonias de ultramar. Los colonos aceptaban la autoridad del rey, pero en el siglo XVIII el centro del poder se había desplazado ya hacia el parlamento, como consecuencia de la “Revolución Gloriosa”, como se vio en el capítulo anterior. En esas circunstancias, quedó planteada una clara colisión de intereses; la presencia de un conflicto serio era solo cuestión de tiempo.

Los norteamericanos se enfrentaron a algunas de las leyes expedidas por el parlamento haciendo suyas las tesis de Locke sobre la existencia de derechos individuales anteriores al surgimiento de todo gobierno, los derechos naturales. Los consideraban

incorporados en el Derecho que los ingleses habían conformado a lo largo de los siglos, el *common law*. Apoyados en ese derecho secular, se resistían a aceptar la subordinación a un parlamento que les era extraño porque allí no tenían representantes ni para su conformación habían sido llamados a votar.

James Otis, de Massachusetts, uno de los pensadores más lúcidos del movimiento independentista, sostenía que la vida, la propiedad y la libertad están aseguradas, tanto por la ley de la naturaleza como por el *common law*. En un célebre caso judicial que tuvo lugar en 1761, el abogado Otis, al oponerse al registro del domicilio de un colono acusado de contrabando basó su defensa en el argumento de que la ley que autorizaba el allanamiento, conocida como “Mandatos de Asistencia”, era nula por ser contraria al *common law*, derecho que tenía establecido desde hacía varios siglos que la casa de un inglés es su castillo y por tal razón no podía ser requisada. Otis señaló como precedente judicial el fallo Bonhan (1610), en el que el famoso juez inglés sir Edward Coke sostuvo que si los actos del parlamento son contrarios al derecho común y a la razón, deberán tenerse por nulos.

Otis no podía ignorar que la doctrina elaborada por Coke no tenía ya vigencia en Inglaterra debido a que, a partir de la Revolución Gloriosa de 1688, había sido reemplazada por la de la soberanía del parlamento. Como ya lo señalamos, Blackstone sostenía que lo que el parlamento hace, no puede ser deshecho por ninguna autoridad sobre la tierra. El planteamiento de Otis estaba dirigido a demostrar que la supremacía del parlamento no era oponible a los americanos porque para ellos prevalecía el *common law*.

Es interesante constatar el hecho de que los dirigentes de los colonos adoptaron desde entonces la idea de la existencia de un derecho más alto, *higher law*, que está por encima de las normas del parlamento, principio que se traduciría más tarde en el *Judicial Review*, control judicial de constitucionalidad de las leyes, una de las características más sobresalientes del constitucionalismo norteamericano.



## 2.1 Progresivo rechazo al parlamento británico

En 1763, con la firma del Tratado de París que puso fin a la guerra de los Siete Años que implicó a varios países europeos y produjo como resultado la victoria de Gran Bretaña sobre Francia y su aliada España, terminó un conflicto bélico en el que se disputó el control de la India y de Canadá, entre otros territorios. El triunfo de las tropas británicas en tierras americanas fue total y para ello contaron con la valiosa participación de los colonos. Francia, que tuvo el apoyo de los indígenas, fue obligada a retirarse de Norteamérica.

El orgullo inglés estaba en la cúspide, pero su economía seriamente afectada por tan prolongada guerra. Ante la nueva situación, el Parlamento consideró que había llegado la hora de someter a sus decisiones a los indóciles americanos y recabar dinero de esas posesiones, vía impuestos. Los colonos, por su parte, creyeron que ya era oportuno plantear a los ingleses los reclamos que tenían pendientes desde tiempo atrás.

En las colonias había consenso acerca del derecho que tenía el Imperio a regular el comercio y la navegación y, por lo tanto, a establecer aranceles aduaneros, los que eran considerados como imposición externa, exigencia inevitable de la organización político-económica de la metrópoli. No sucedía lo mismo con la pretensión del Parlamento de imponer tributación interna. Como las colonias no tenían representación allí, se declaraban amparadas por el principio *no taxation without representation* (no puede haber impuestos sin aceptación de los afectados), reconocido por el derecho inglés desde la Carta Magna de 1215.

Gobernaba a la sazón en Gran Bretaña Jorge III, quien subió al trono en 1760 y reinó hasta su muerte en 1820. Su primer ministro, Neville, en abierto desafío al sentimiento norteamericano, instó al Parlamento a que aprobara, en marzo de 1765, una ley que extendía a las colonias el impuesto de timbre, de común aplicación en Gran Bretaña. Se la conoció como *Stamp Act* y debía entrar en vigencia el 1° de noviembre de ese mismo año. Esa ley imponía a los colonos la obligación de utilizar papel sellado en todo tipo de documentos

y fijaba un impuesto de timbre especial a los libros, periódicos, folletos, almanaques y naipes.

La reacción no se hizo esperar. Las colonias protestaron de manera airada contra el que consideraban un impuesto interno no consultado y en cuya adopción no habían intervenido. Sostenían, además, que el impuesto constituía un atentado contra la libertad de imprenta. El de timbre, era el primer impuesto directo que establecía en las colonias el gobierno británico. En forma simultánea, se expidió la ley de acuartelamiento, mediante la cual se imponía a los colonos la obligación de alojar en sus casas a los soldados británicos en caso de ser necesario. Era evidente que esta última medida estaba dirigida a disuadir a los inconformes de cualquier manifestación de protesta.

## **2.2 Los conflictos económicos**

Un congreso reunido en 1765 en Nueva York, con delegados de nueve colonias, aprobó una proposición de rechazo a la ley de timbre, con el reiterado argumento de que el parlamento no podía imponerla a los colonos por carecer éstos de representación. De las declaraciones se pasó a los hechos. En muchas ciudades se formaron tumultos callejeros. Los comerciantes de Boston, Nueva York y Filadelfia se unieron y decretaron un boicot a todos los productos británicos. El contundente rechazo de los colonos sorprendió a los ingleses y generó graves consecuencias económicas para los productores y comerciantes de la isla. El Parlamento se vio obligado a derogar la ley, en marzo de 1766, a los pocos meses de su expedición.

A pesar del revés, el gobierno británico no renunció a la idea de imponerle tributos a las colonias. Nunca consideró la posibilidad de que las propias asambleas coloniales aprobaran los impuestos a los americanos, ya que ello suponía reconocer una intolerable derrota y admitir la pérdida del control político de las colonias. Se acudió entonces al mecanismo de establecer nuevos impuestos indirectos, los que hasta entonces venían aceptando los colonos.

En junio de 1766, el Parlamento aprobó leyes que imponían aranceles de importación a productos como el té, vidrio y papel, las que modificaban las regulaciones comerciales existentes, en detrimento de los colonos. El objetivo declarado era recaudar 40.000 libras anuales para sostener un ejército de 6.000 hombres y pagar a los gobernadores y jueces de la colonia, con lo que se perseguía el efecto político de situar a los ejecutivos y magistrados coloniales bajo el control del parlamento, ya que sería éste y no las legislaturas coloniales, el que pagaría sus sueldos<sup>25</sup>.

Los británicos se equivocaron una vez más en sus previsiones: las colonias consideraron intolerable el aumento de los aranceles. El conflicto se agudizó. Los comerciantes revivieron el boicot a las mercancías inglesas. Un grupo de exaltados colonos lanzó al mar un cargamento de té, en Boston, incidente que produjo una dura respuesta del gobierno: la ciudad de Boston fue objeto de ocupación militar y su puerto, cerrado.

Algunas legislaturas coloniales, como las de Nueva York, Massachusetts y Virginia, fueron disueltas. En marzo de 1770, en un incidente callejero en Boston, soldados británicos dispararon contra una muchedumbre que se les había enfrentado con bolas de nieve, palos y piedras. El resultado: tres americanos muertos y dos heridos. El incidente es conocido como “la matanza de Boston”. Estos hechos, y algunos otros, exaltaron los ánimos y fueron conduciendo las fricciones al punto de no retorno.

## 2.3 El Primer Congreso Continental

El 5 de septiembre de 1774 se reunió en Filadelfia el Primer Congreso Continental, con la participación de doce colonias; Georgia no pudo hacerse presente. Los delegados habían sido elegidos de diferente manera: unos, por las legislaturas de sus colonias; otros, por congresos provinciales con representación de los condados; los

---

<sup>25</sup> Asimov, Isaac, *El nacimiento de los Estados Unidos, 1763-1816*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 36.

de Virginia, por una convención. Se le llamó Congreso Continental para diferenciarlo de los encuentros y reuniones de carácter regional que se habían realizado y para resaltar el hecho de que se trataba de la primera gran manifestación de unidad de acción de las colonias.

El Congreso, declarado ilegal para las autoridades británicas, adoptó el 14 de octubre la “Declaración de Derechos y Agravios”. En dicho documento se exigían para los colonos todos los derechos y privilegios que poseían los ingleses; se reclamaba la abolición de las llamadas Leyes Intolerables y se reiteraba el principio de la no aceptación de impuestos sin representación.

Las reclamaciones se basaban en “las leyes inmutables de la naturaleza, los principios de la constitución inglesa y las Cartas coloniales”. Los firmantes de la Declaración alegaban que esos fundamentos jurídicos dotaban a los colonos de un poder de legislación libre y exclusiva en sus diversas provincias.

Unos días después, el Congreso aprobó el llamado “Acuerdo de Asociación”, por el que todos los participantes se comprometieron a no importar ni consumir productos que llegaran de Gran Bretaña, ni exportar nada hacia la metrópoli, lo que debería realizarse en forma escalonada y en fechas precisas. El incumplimiento del compromiso sería objeto de un severo tratamiento de condena pública:

“Que en cada condado, villa y ciudad, aquellos que están calificados para votar representantes en la legislatura elijan una asamblea, cuya ocupación consistirá en observar atentamente la conducta de toda persona afectada por esta Asociación; y cuando por mayoría, los miembros de una de tales asambleas hayan comprobado que cualquier persona, dentro de los límites de su jurisdicción, ha violado este pacto, entonces que esa mayoría publique la verdad del caso en la gaceta; con el fin de que todos esos enemigos de los derechos de la América Británica sean públicamente conocidos, y universalmente condenados como enemigos de la libertad norteamericana; y a partir de entonces suspenderemos todo trato con ella o con él, respectivamente”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Citado por Aptheker, Hebert, *Historia de la Revolución Norteamericana*, Buenos Aires, ED. Futuro, 1965, p. 81.

Las resoluciones del Congreso fueron aprobadas en convenciones y asambleas provinciales en todas las colonias. Se crearon juntas locales de observación, inspección o seguridad, con la misión de hacer cumplir el Acuerdo de Asociación. En muchas localidades esas juntas se convirtieron en verdaderos órganos de gobierno que se encargaron de organizar y proteger la lucha colonial en su totalidad.

## **2.4 El Segundo Congreso Continental**

Filadelfia fue también la sede escogida para el histórico Segundo Congreso Continental, inaugurado el 10 de mayo de 1775 con la participación de las trece colonias. Los delegados fueron elegidos en esta oportunidad por congresos provinciales, realizados ilegalmente. El propósito que movía a las colonias no era declarar la independencia; las instrucciones recibidas por los delegados se limitaban a ordenar las medidas apropiadas para la recuperación de las libertades y derechos norteamericanos y para restaurar la armonía entre Gran Bretaña y las colonias.

Es de anotar que el Segundo Congreso Continental tuvo una larga existencia ya que comenzó como un congreso de las colonias unidas y luego de lograda la independencia continuó, pero ya como Congreso de la Confederación de los Estados Unidos hasta que se expidió la Constitución de 1787 y comenzó funciones el Congreso federal allí previsto, el 6 de abril de 1789.

Poco antes de iniciarse las sesiones, se produjeron las batallas de Lexington y Concord, localidades de Massachusetts, en donde colonos armados en forma rudimentaria y apresurada se enfrentaron por primera vez a las tropas británicas. El gobierno y el parlamento de Londres incrementaron las medidas represivas y amenazaron con conducir a los dirigentes patriotas a Inglaterra para juzgarlos como traidores.

En respuesta, el Segundo Congreso decidió crear un ejército, nombrar como Comandante en Jefe a George Washington, quien

había sido coronel de las milicias de Virginia y había combatido junto a los británicos en la guerra franco-india, la que hizo parte de la Guerra de los Siete Años en la fracción desarrollada en tierras americanas. Fue enviado a reforzar a los millares de habitantes de Nueva Inglaterra que sitiaban las tropas del rey en Boston, con un exitoso resultado para los patriotas que lograron expulsar a los británicos de la histórica capital de Massachussets.

El 6 de julio de 1775, el Segundo Congreso aprobó la “Declaración de las causas y de la necesidad de empuñar las armas”, en la que, después de enumerar los agravios y atropellos de que eran víctimas los colonos, se justifica la resistencia armada en defensa de los derechos y libertades con la angustiosa esperanza de no tener que acudir a la ruptura total:

“Se nos reduce a la alternativa de elegir entre una sumisión incondicional a la tiranía de ministros irritados, o resistir por la fuerza. Esta última es nuestra elección.

[...] No pretendemos disolver la unión (con el Imperio), que tanto y tan felizmente ha subsistido entre nosotros, y que sinceramente deseamos ver restaurada. La necesidad no nos ha arrastrado todavía a esa medida desesperada.

[...] En nuestra propia patria, en defensa de la libertad que es nuestro derecho innato (...) para protección de nuestra propiedad, adquirida por la sola labor honesta de nuestros antepasados y de nosotros mismos, contra la violencia que se nos opone, hemos empuñado las armas. Las depondremos cuando hayan cesado las hostilidades por parte de los agresores y desaparecido todo peligro de que sean renovadas, pero no antes”<sup>27</sup>.

Los poderes que tenía el Congreso para organizar la lucha armada eran muy limitados, debido a que las instrucciones recibidas por los delegados de las colonias eran restringidas. Tan solo en febrero de 1776 se pudo designar una comisión de cinco miembros, encargada de organizar el Tesoro, decisión que se complementó el 1º de abril con la creación de un órgano administrativo. Se fueron generando

---

<sup>27</sup> Aptheker, Hebert, ob. cit., p. 91

así condiciones que habrían de conducir al rompimiento definitivo e irreversible con la metrópoli.

Una importante contribución en esa dirección se dio con la aparición, en enero de 1776, de un folleto titulado “Sentido común”, escrito por Thomas Paine (1737-1809), un inglés recién llegado a Filadelfia que se había sumado a la causa de las colonias. En el folleto, el autor enfiló sus baterías contra la única institución británica en la que aún confiaban los colonos, la Corona, y llamó a una ruptura total con Inglaterra. En solo tres meses se vendieron más de 120.000 ejemplares del folleto, cifra bastante alta si se tiene en cuenta que en aquella época las colonias tenían algo menos de tres millones de habitantes<sup>28</sup>.

## 2.5 La Declaración de Independencia

La primera colonia en dar el paso hacia la independencia fue Virginia. La autoridad allí era ejercida por una asamblea provincial desde diciembre de 1774, cuando el último gobernador abandonó su territorio. El 15 de mayo de 1776, la Convención de Virginia les impartió a sus delegados ante el Congreso Continental la siguiente instrucción:

“A los efectos de proponer a esa respetable institución que declare a las colonias unidas estados libres e independientes y que en nombre de esta colonia avalen tal declaración, y otras medidas cualesquiera que se consideren apropiadas y necesarias para concertar alianzas con potencias extranjeras, así como una confederación de las colonias a realizarse en la ocasión y forma que consideren más conveniente”.

El ejemplo de Virginia fue seguido por otras colonias. El 11 de junio, el Congreso integró una comisión de cinco de sus miembros para redactar un documento en el que se plasmara la decisión de separarse de Gran Bretaña<sup>29</sup>. El 2 de julio, el Congreso votó formal-

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>29</sup> Fueron ellos: Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, Robert Livingston y Roger Sherman.

mente la independencia con doce votos a favor y la abstención de Nueva York, cuyo delegado no había recibido aún instrucciones en ese sentido. El 4 de julio se aprobó la Declaración de Independencia, texto que se debe, en su mayor parte, a la pluma de Thomas Jefferson, delegado de Virginia, quien años después se convertiría en el tercer presidente de Estados Unidos.

Es interesante destacar que en la Declaración de Independencia, en el empeño por cortar en forma definitiva los lazos con la Madre Patria, ya no se apela al *common law*, a los derechos de los súbditos británicos, ni a las franquicias de la constitución inglesa. Inspirándose en las tesis del iusnaturalismo político de John Locke, se invocan como fundamento “las leyes naturales y de Dios”. Sus palabras iniciales han recorrido el mundo y mantienen hoy en día la claridad y la contundencia que el paso de los siglos no ha hecho sino reforzar:

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrezca las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”.

## 2.6 Las constituciones de los Estados

La guerra de independencia fue ardua, prolongada y costosa. Generó una profunda división política en el seno de la sociedad norteamericana entre los partidarios y los enemigos de romper los vínculos políticos con el reino. Los primeros eran llamados *whigs* y los segundos, *tories*, a semejanza de los partidos políticos que existían en Inglaterra. Importantes dirigentes *whigs* ingleses se habían



pronunciado en el seno del Parlamento a favor de los derechos de los colonos norteamericanos<sup>30</sup>.

Una de las primeras tareas asumidas por las antiguas colonias fue reorganizar sus instituciones para ajustarlas a la nueva situación. Los dirigentes revolucionarios habían defendido los derechos que la constitución inglesa les garantizaba frente a la que consideraban indebida intromisión del parlamento. Sin embargo, su propia experiencia los llevaba a recelar de una normatividad algo vaga e imprecisa, que en gran parte no estaba escrita. Decidieron entonces plasmar las bases de la nueva organización política en un documento formal y solemne.

Históricamente le corresponde a la Constitución de Virginia, de mayo de 1776, el honor de haber sido la primera normativa orgánica escrita del Estado moderno. El 12 de junio de ese mismo año, se aprobó la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, prototipo de las modernas declaraciones de libertades y derechos ciudadanos, la que pasó a ser parte integrante de la Constitución de Virginia y sirvió de modelo a las de otros Estados.

Solo Connecticut y Rhode Island se abstuvieron de adoptar textos constitucionales y decidieron mantener vigentes sus cartas coloniales, depurándolas de las partes que las ataban a Gran Bretaña. La mayoría de las constituciones de los nuevos estados estaban precedidas de la declaración de derechos y libertades. Otras, como la de Nueva York, no la incluían. En cuanto a la organización del Estado, se introdujo en casi todas, el principio de la división de poderes, con lo que hizo su aparición en documentos constitucionales la doctrina elaborada por Montesquieu. Es elocuente lo que sobre este aspecto consignó la Constitución de Massachusetts, expedida en 1780:

“En el gobierno de esta república, el departamento legislativo no ejercerá los poderes ejecutivo y judicial o uno cualquiera de ellos; el judicial no ejercerá los poderes legislativo o ejecutivo o uno cualquiera

---

<sup>30</sup> Asimov, *El nacimiento de los Estados Unidos*, cit., p. 29.

de ellos; el ejecutivo no ejercerá los poderes legislativo o judicial o cualquiera de ellos, a fin de que pueda tener lugar un gobierno de leyes y no de hombres”.

Contrariamente a lo que pueda pensarse después de tan categórica advertencia, la tridivisión del poder público no fue nunca absoluta en las constituciones de los estados norteamericanos. Madison señaló que en todas ellas existía el entrelazamiento de funciones entre el legislativo, el ejecutivo y la rama judicial, a través de una serie de ejemplos que les permitieron demostrar que prevalecía, en casi todos los estados, el entonces llamado departamento legislativo, fenómeno que presentó como un factor negativo<sup>31</sup>. En la conformación del órgano legislativo se optó por el sistema bicameral, heredado de Inglaterra; Pennsylvania, con su asamblea unicameral, fue la excepción.

La importancia que tienen las constituciones de las antiguas colonias inglesas de Norteamérica en la historia del constitucionalismo moderno es innegable. Refiriéndose a ellas, escribió el profesor García Pelayo:

“Todas han sido establecidas por asambleas constituyentes y especiales y algunas ratificadas por dos tercios del voto popular. Es desde aquí, desde América, desde donde el concepto racional normativo de constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su soberanía de la ley, su distinción entre poder constituyente y constituido y su división de la constitución en parte dogmática y orgánica, pasa a Europa, y son los *bills* de derechos de las constituciones americanas los que inspiran, sin perjuicio de su originalidad, la Declaración francesa de 1789 y, a través de ella, al derecho constitucional moderno”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, cartas 47 y 48, México, FCE, 1987.

<sup>32</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 333.

## 2.7 Los Artículos de Confederación

Declarada la independencia, el Segundo Congreso Continental pasó a ocuparse de la creación de una confederación que agrupara a los nuevos Estados y organizara la guerra contra los británicos. Para tal efecto se nombró una comisión integrada por un representante de cada Estado, presidida por John Dickinson. La comisión presentó el proyecto de lo que se llamó “Artículos de Confederación y Unión Perpetua”.

Su discusión duró más de un año y el documento fue finalmente adoptado por el Congreso el 15 de noviembre de 1777. La ratificación por parte de los estados fue bastante demorada, siendo Maryland el último en aprobarlo, en 1781. Las funciones de gobierno fueron asumidas desde el 1º de marzo de 1781 por el Congreso de la Confederación de los Estados Unidos, entidad que ocupó el lugar que hasta entonces había correspondido al Segundo Congreso Continental.

Los Artículos de Confederación no conforman, en estricto sentido, una constitución. La forma adoptada es la de un convenio de asociación de estados, fundado en el derecho internacional. En el artículo 1º se señaló que la Confederación se denominaría Estados Unidos de América. En el artículo 2º se consignó: “Cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho que no sea expresamente delegado por esta confederación a los Estados Unidos, en reunión del Congreso”.

Fueron escasas las atribuciones de la Confederación: estaban limitadas a asuntos que tenían que ver con las relaciones internacionales, la defensa militar y la regulación de la moneda. Cada Estado enviaba entre dos y siete delegados, pero tenía un solo voto. Se requería el apoyo mínimo de nueve estados para que se adoptara cualquier decisión; la enmienda de los artículos requería la aprobación de la totalidad de los estados.

El Congreso tenía muy poco poder. No era en realidad un órgano legislativo; se asemejaba más a un organismo de cooperación

internacional, en el que los delegados de los estados actúan como embajadores. No tenía facultad para decretar impuestos, lo que lo obligaba a depender de los aportes que suministraran los estados.

Tenía autoridad sobre la emisión de moneda, el servicio postal y los asuntos indígenas y, especialmente, sobre todo lo que tuviera que ver con el Ejército y la Armada. Sin embargo, carecía de medios para hacer cumplir sus decisiones. No existía un poder ejecutivo, dada la desconfianza de los estados frente a una autoridad central; las labores se coordinaban a través de comités. Tampoco existía un poder judicial confederal.

El problema fundamental radicaba en el hecho de que las decisiones del Congreso solo vinculaban a los estados miembros y de ninguna manera a los individuos, lo que impedía la expresión de la voluntad nacional y supeditaba el gobierno a los estados confederados.

A pesar de todas sus limitaciones, la Confederación jugó un papel muy importante en la guerra que durante varios años se libró contra los británicos. Logró mantener la débil cohesión entre las antiguas colonias para enfrentar la tarea más importante, la consolidación de la independencia. Tal objetivo no fue fácil de conseguir por lo demorada y costosa que resultó la guerra.

Tanto el Congreso de la Confederación como los estados tuvieron que recurrir a la emisión de bonos para pagar a los proveedores, en ocasiones forzados a vender. Como consecuencia, se generó una inmensa deuda pública y millares de ciudadanos terminaron prácticamente arruinados, dueños apenas de bonos con dudoso respaldo. Numerosos productores agrícolas se vieron obligados a contraer enormes deudas con los grandes comerciantes de las ciudades.

Después de varios años de duros episodios bélicos, que en ocasiones pusieron en peligro la suerte de la revolución, se selló el triunfo definitivo de las armas norteamericanas el 17 de octubre de 1781 en la histórica batalla de Yorktown, en el Estado de Virginia. Gran Bretaña se vio forzada a reconocer formalmente la independencia de sus antiguos territorios en el Tratado de Paz firmado en París el 3 de septiembre de 1783.

Las tropas vencedoras habían contado con la inteligente y afortunada conducción del general George Washington, quien había sido coronel y comandante de las milicias de Virginia y había luchado contra los franceses. Terminada la guerra y disuelto el ejército continental, Washington se retiró a su hacienda *Mount Vernon*, en Virginia, renunciando así a cualquier propósito de sacar ventaja política de su inmenso prestigio, caso muy raro en la historia universal en la que se registra que el jefe militar victorioso en una guerra de liberación pasa automáticamente a ejercer el poder político del Estado.

### **3. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1787**

Consolidada la victoria militar de los patriotas norteamericanos, se hicieron visibles graves conflictos que afectaban internamente los diferentes estados y que los enfrentaban unos con otros, unas veces por razones de límites y otras, por cuestiones económicas. Como el Congreso no tenía competencia para regular el comercio, los estados fijaban tarifas de aduanas discriminatorias y ejercían entre sí represalias económicas, lo que generaba un verdadero caos en materia de transporte y comercio interestatales con gran disgusto y rechazo de los comerciantes.

Por otra parte, la difícil situación económica dejada por la guerra produjo un profundo malestar en amplios sectores de la sociedad. Las personas con mayores recursos económicos se vieron amenazadas con la posibilidad de una revolución social. En 1786 se presentó en Massachusetts una rebelión de granjeros arruinados que protestaban contra los juicios hipotecarios, encabezada por Daniel Shays, un veterano del ejército libertador. La llamada *Rebelión de Shays* fue fácilmente aplastada, pero puso en evidencia una grave situación social que se extendió a otros estados.

Los deudores presionaban a las asambleas legislativas para emitir papel moneda; el trueque en productos agrícolas y ganado se generalizó. Los acreedores, alarmados, procedieron a formar partidos

políticos para defender sus intereses y la lucha entre deudores y acreedores asumió proporciones nunca vistas. En unos estados se impusieron las tesis de los deudores y en otros, las de los acreedores. La desintegración producida por esta contienda amenazaba la precaria unidad de la república americana<sup>33</sup>. Se hizo entonces evidente para una buena parte de los dirigentes políticos que la estructura de la Confederación tenía que ser reformada.

En marzo de 1785, el general Washington reunió en su casa de *Mount Vernon* a delegados de Virginia y Maryland para tratar cuestiones importantes relacionadas con la navegación en el río Potomac y en la bahía de Chesapeake, que ambos estados comparten. En dicho encuentro, James Madison propuso que se citara a los trece estados a una convención en la ciudad de Annapolis, Maryland, en septiembre de 1786, con el objeto de discutir acerca de los problemas que afectaban el comercio.

La convención no tuvo éxito ya que solo asistieron cinco estados. Sin embargo, el delegado de Nueva York, Alexander Hamilton, aprovechó la oportunidad para proponer una nueva convención, esta vez en Filadelfia, con el objeto de considerar todas las medidas necesarias “para adecuar la constitución del gobierno federal a las exigencias de la Unión”.

La Convención de Filadelfia se instaló el 25 de mayo de 1787. George Washington, delegado por Virginia, fue aclamado como presidente de la Convención debido a su inmenso prestigio. El único de los trece Estados que no participó fue Rhode Island. Consciente de su pequeño tamaño, no quería saber nada de una convención que podría establecer el principio federal, con el consiguiente despojo de sus derechos particulares; suponía que los estados grandes y populosos dominarían y que Rhode Island sería entonces “una diminuta e ignorada mancha de tierra<sup>34</sup>”.

---

<sup>33</sup> López Michelsen, Alfonso, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1983, p. 208.

<sup>34</sup> Asimov, *El nacimiento de los Estados Unidos*, cit., p. 170.

### 3.1 Fórmulas de compromiso

La confrontación de tesis en el seno de la Convención fue intensa. Se acordó que las sesiones fueran secretas con el propósito de impedir la presión del público, el que, obviamente, solo representaba una ínfima parte de la población. Las tareas para realizar no eran nada fáciles. Fueron grandes y complejos los problemas que debió resolver la Convención de Filadelfia:

1. Forma de Estado (confederación o federación).
2. Al adoptarse la federación surgía el problema de conciliar intereses entre estados grandes y estados pequeños.
3. Para establecer el mecanismo de la representación popular se debía resolver el problema que en tal aspecto enfrentaba a los estados esclavistas con los estados que habían prohibido la esclavitud, llamados abolicionistas.
4. Frente al temor al posible despotismo de las mayorías, debían buscarse mecanismos constitucionales que garantizaran los derechos de las minorías.
5. La implementación de controles efectivos entre los poderes públicos (*checks and balances*).
6. ¿Constitución o ley? La supremacía de la constitución o de la ley. Al acogerse la primera de ellas surgía la necesidad de garantizar dicha supremacía.

Muy pronto se definieron en el seno de la Convención dos corrientes antagónicas: (i) la que propugnaba por una amplia estructura de carácter nacional capaz de conformar un gobierno fuerte al que estuvieran sometidos los estados, cuyos partidarios se declaraban federalistas, y (ii) la que prefería mantener la confederación con algunas mejoras, pero preservando la soberanía de los estados; sus defensores se denominaban antifederalistas o partidarios de los derechos de los estados.

Dos factores influían notablemente en esa división: el relacionado con la representación de los estados y los intereses económicos

prevalecientes en cada uno de ellos. Sobre este último aspecto hay que anotar que la inmensa mayoría de los miembros de la Convención eran hombres acaudalados, de ideas conservadoras, que representaban definidos intereses económicos. López Michelsen, siguiendo las directrices de la obra de Beard *Una Interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos*, ha identificado siete clases de intereses económicos reflejados en la Convención, los que relaciona con su postura a favor o en contra de la estructura federal<sup>35</sup>.

Desde un comienzo, los partidarios del federalismo empezaron a obtener victorias. Se decidió, por ejemplo, que se elaboraría una nueva constitución y que no serían usados como base de discusión los Artículos de Confederación. Alrededor de muchos temas, la pugna fue muy fuerte, lo que obligó a los delegados a llegar de manera pragmática a arreglos conciliatorios, los que se plasmaron en fórmulas de consenso. Los compromisos se dieron básicamente entre federalistas y antifederalistas, estados grandes y estados pequeños, esclavistas y abolicionistas, partidarios de la democracia y defensores de los intereses de los grupos sociales ricos y aristocratizantes, como lo advierte el profesor García-Pelayo<sup>36</sup>.

El primer gran acuerdo giró alrededor del problema de la representación. Los estados más pequeños temían ser arrollados por los grandes y por eso exigían un legislativo con participación igualitaria y voto por estados, a la manera de la Confederación, propuesta a la que se oponían los estados con mayor población. La fórmula de transacción adoptada consistió en otorgarles igualdad de representación a todos los estados en el Senado (dos senadores por cada uno), pero con voto por individuos y no por estados; la Cámara de Representantes, por el contrario, debía integrarse en proporción al número de habitantes, lo que aseguraba que los Estados más populosos tuvieran un mayor número de representantes.

Otro punto de conflicto tuvo que ver con la esclavitud, pero no sobre su existencia y justificación, a pesar de que algunos estados

---

<sup>35</sup> López Michelsen, ob cit., pp. 220 y ss.

<sup>36</sup> García Pelayo, ob. cit., p. 336.



norteños la habían abolido. Los estados del sur, con una gran población de esclavos, exigían que éstos fueran contados como parte de la población para efectos de determinar el número de representantes a la Cámara, pero que no se tuvieran en cuenta para fijar la participación de cada estado en la contribución económica que debía pagarse a la Federación; los estados norteros reclamaban exactamente lo contrario. El compromiso al que se llegó consistió en contar las tres quintas partes de los esclavos como base para la distribución tanto de representantes a la Cámara como para la contribución económica de los estados a la Federación.

### 3.1.1 *Mayorías y minorías*

Una de las preocupaciones centrales de los convencionistas fue la de idear mecanismos que permitieran combinar los derechos de las mayorías con los de las minorías. Las experiencias vividas en varios estados norteamericanos generaban en los “Padres Fundadores” profunda desconfianza frente a las legislaturas estatales.

James Madison, delegado por Virginia, considerado el más influyente y notable pensador político de la época, hablaba de las permanentes agresiones de las mayorías sobre los derechos de los demás; de la tendencia propia de la mayoría en cada comunidad a despojar y esclavizar a la minoría de los individuos; de la irresistible tendencia de las mayorías a actuar movidas por la mera pasión, lo que hacía que actos que los individuos aisladamente se negarían a llevar adelante por su propia cuenta, pasaran a convertirse en realidad cuando tales individuos se reunían en asambleas populares<sup>37</sup>.

El concepto de minorías para los Padres Fundadores no es igual al que se maneja en la actualidad, especialmente cuando se habla de “minorías marginadas y discriminadas”. Hamilton utilizaba el término como sinónimo de “ricos y bien nacidos”; Madison les otorgaba el mismo significado cuando sostenía que el Senado debía

---

<sup>37</sup> Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México D.F., Ediciones Fontamara, 1997, p. 28.

estar determinado a proteger a “la minoría de los opulentos frente a la mayoría<sup>38</sup>”.

Madison denunció el espíritu de facciones como algo muy negativo, como fuente de corrupción en la administración pública. Definió la idea de facción como “un número de ciudadanos que corresponden a una mayoría o a una minoría que actúan movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en su conjunto”.

Sostenía que las causas de la división en facciones tienen su origen en la naturaleza del hombre y que ellas no pueden suprimirse so pena de destruir la libertad, que es esencial para la vida política; agregaba que lo que se puede y se debe hacer es regular sus efectos a través de adecuados mecanismos constitucionales<sup>39</sup>.

### 3.1.2 *El temor al “despotismo del legislativo”*

El temor al desbordamiento del poder legislativo era enorme. Madison opinaba que “el órgano legislativo extiende por doquier la esfera de su actividad y arrastra todo el poder bajo su torbellino impetuoso<sup>40</sup>”. En una carta posterior sostuvo: “Cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades<sup>41</sup>”.

El recelo contra el poder legislativo era compartido por otros Padres Fundadores, tanto federalistas como antifederalistas: James Wilson afirmaba que si la autoridad legislativa no es restringida, no habrá ni libertad ni estabilidad, ya que el despotismo del legislativo

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>39</sup> *El Federalista*, cit., carta 10.

<sup>40</sup> *El Federalista*, cit., carta 48.

<sup>41</sup> *El Federalista*, cit., carta 58.

es, de todas las clases de despotismo, el más terrible y el más difícil de ser corregido<sup>42</sup>.

Thomas Jefferson lanzó una verdadera diatriba contra lo que llamó *despotismo electivo*, en sus *Notas sobre el Estado de Virginia*, al afirmar:

“Todos los poderes del Gobierno –legislativos, ejecutivos y judiciales– recaen finalmente en el cuerpo legislativo. Concentrarlos en las mismas manos es precisamente la definición del gobierno despótico. No lo mitigará el hecho de que tales poderes sean ejercidos por una pluralidad de manos, en vez de serlo por una solamente. Ciento setenta y tres déspotas serán sin duda tan opresivos como uno solo.

[...] No hemos luchado por un *despotismo electivo*, sino por un gobierno no solo basado sobre principios libres, donde los poderes del gobierno se encuentren tan divididos y equilibrados por diversos cuerpos de magistratura que nadie pueda trascender sus límites legales sin verse efectivamente detectado y contenido por los otros”<sup>43</sup>.

La evidente prevención que predominaba en el seno de la Convención de Filadelfia frente al poder de las asambleas legislativas explica la razón por la cual se adoptó allí una fórmula de gobierno novedosa, el sistema presidencial, ejemplo que luego se extendería a Latinoamérica. Europa, por su parte, se inclinó por una fórmula diferente, el sistema parlamentario.

### 3.1.3 Frenos y contrapesos

La Convención de Filadelfia acogió el esquema de separación de poderes desarrollado por Montesquieu para impedir la hegemonía de un grupo, pero acompañado de un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*), orientado 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

---

<sup>42</sup> Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, p. 93.

<sup>43</sup> Citado *ibidem*, ob. cit., p. 94.

entre el principio democrático, representado en las mayorías, y los derechos de las minorías.

El complejo sistema de frenos y contrapesos consignado en la constitución norteamericana permite un difícil equilibrio entre la independencia y autonomía de cada uno de los poderes públicos y la necesaria coordinación entre ellos para hacer posible el gobierno de la Unión y para su recíproco control. Lo anterior significa que no solamente el Congreso decide sobre las leyes que se deben adoptar, que no solo el ejecutivo gobierna y que en la función de administrar justicia intervienen además de los jueces, el congreso y la administración.

El sistema de contrapesos tiene múltiples expresiones. El presidente de la República tiene el derecho a vetar cualquier proyecto de ley que apruebe el Congreso, veto que solo puede ser superado con la insistencia de las cámaras con una mayoría igual o superior a las dos terceras partes; la elección de los secretarios de Estado, embajadores y demás altos funcionarios de la Unión la realiza el Presidente pero debe ser aprobada por el Senado; los tratados internacionales los suscribe el Presidente pero deben ser ratificados por el Senado; para el enjuiciamiento político del Presidente de la República le corresponde a la Cámara de Representantes formular la acusación y al Senado realizar el juicio y decidir la sentencia; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son designados por el Presidente pero se requiere la ratificación del Senado; la Corte Suprema puede declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la constitución.

Al diseñar el mecanismo de frenos y contrapesos, los redactores de la constitución no se limitaron a los controles Inter orgánicos; pensaron también en procedimientos que sirvieran de contrapeso entre el principio democrático y los derechos de las minorías. Por esa razón, mientras la Cámara de Representantes se elegía por votación popular directa, los senadores debían ser designados por las legislaturas<sup>44</sup>; el período de los primeros es de solo dos años mientras

---

<sup>44</sup> A partir de la Enmienda XVII (1913), los senadores son elegidos directamente por los votantes de cada Estado.

que el de los senadores es de seis; el presidente de la República no se elige directamente sino a través de los compromisarios designados por el pueblo (elección indirecta). Sobre este último aspecto hay que anotar que si bien es cierto que los compromisarios pueden apartarse del mandato electoral recibido, solo en muy raras ocasiones lo han hecho.

Al respecto de esta maraña de pesos y contrapesos, verticales y horizontales, son ilustrativas las palabras de John Adams, firmante de la Declaración de Independencia y segundo presidente de Estados Unidos de América:

“¿Hay en la Historia una constitución más complicada de balanzas que la nuestra? En primer lugar, dieciocho Estados y algunos territorios contrapesan al Gobierno Nacional. En segundo lugar, la Cámara de Representantes contrapesa al Senado y el Senado contrapesa a la Cámara. En tercer lugar, la autoridad ejecutiva contrapesa, en cierta medida, a la autoridad legislativa. En cuarto lugar, el poder judicial contrapesa a la Cámara, al Senado, al poder ejecutivo y a los gobiernos de los Estados.

En quinto lugar, el Senado contrapesa al Presidente en todos los nombramientos para funciones públicas y en todos los tratados. En sexto lugar, el pueblo tiene en sus manos la balanza contra sus propios representantes con las elecciones bienales. En séptimo lugar, las legislaturas de los diferentes Estados contrapesan al Senado por elecciones sexenales. En octavo lugar, los electores secundarios contrapesan al pueblo en la elección del Presidente. Hay en ello una complicación sutil de balanzas que, en cuanto yo recuerde, es una invención nuestra propia, y nos es particular”<sup>45</sup>.

### **3.2 La ratificación por los Estados**

Los trabajos de la constitución culminaron el 17 de septiembre de 1787 y de inmediato se pasó a la ratificación por parte de los trece estados. La Convención había decidido que la Carta entraría

---

<sup>45</sup> Citado por Planas, ob. cit., p. 427.

en vigencia cuando fuera aprobada por nueve estados, mediante convenciones elegidas por votación popular expresamente con tal fin, y no por las legislaturas estatales. Ese procedimiento fue duramente atacado por los antifederalistas que lo acusaban de ilegal por cuanto los Artículos de Confederación exigían la aprobación unánime de los estados para su reforma.

Del debate público entre partidarios y enemigos de la nueva constitución ha quedado como un valioso legado la serie de 85 artículos publicados como cartas al pueblo de Nueva York, bajo el seudónimo de *Publius*, escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, recogidos luego en un libro que tiene como título en la versión española *El Federalista*.

Los autores defendieron con entusiasmo la ratificación destacando las bondades de una autoridad nacional suprema y desvirtuando las amenazas de una posible tiranía por parte del nuevo gobierno federal. *El Federalista* es el gran clásico del constitucionalismo norteamericano que hasta ahora ha permanecido insuperado<sup>46</sup>.

Una de las objeciones más fuertes a la constitución federal se centraba en la ausencia en el texto de un *Bill of rights*, un catálogo de derechos a la manera de los que existían en las constituciones de los Estados. A esa objeción respondió Hamilton con los postulados del derecho natural y el principio de la soberanía popular: sostuvo que a diferencia de lo sucedido en Inglaterra, en donde los barones, espada en mano le habían arrancado sus derechos a los reyes, en Norteamérica el poder provenía del pueblo y éste era por tanto titular de todos los derechos, razón por la cual no necesitaba reservarse ninguno de ellos. Afirmó:

“Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular [...] Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no solo son innecesarias en la constitución proyectada, sino que resultarían hasta

---

<sup>46</sup> Matteucci, ob. cit., p. 216.

peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar?”<sup>47</sup>.

Los defensores de la constitución también argüían que como las constituciones estatales contenían Carta de derechos, no había necesidad de introducirla en la constitución federal. Sin embargo, la presión no cedió. En varios Estados se insistió en su reclamo. Algunos de ellos, como Massachusetts, Maryland y Virginia, solo se decidieron a ratificar la constitución cuando obtuvieron garantías de que mediante el procedimiento de las enmiendas se incluirían los derechos y libertades. Carolina del Norte fue más allá: ratificó la constitución en noviembre de 1789, dos meses después de que el Congreso Federal adoptara las primeras diez enmiendas y las pusiera en consideración de los Estados para su aprobación.

El primer Estado en acoger la constitución norteamericana fue Delaware, el 7 de diciembre de 1787, y el último, Rhode Island, el 29 de mayo de 1790. Particularmente difícil fue la lucha por la ratificación en Virginia y en Nueva York. En el primero de esos estados fue necesario que el general Washington pusiera todo su inmenso prestigio a favor del sí, el que finalmente se consiguió por estrecho margen, el 25 de junio de 1788, siendo el décimo Estado en hacerlo.

En Nueva York, los partidarios de la aprobación debieron esperar a la ratificación de Virginia para convencer a los indecisos y tan solo lograron su propósito el 26 de julio de 1788, con una votación de 30 contra 27. A partir de ese momento, el Congreso de la Confederación empezó a elaborar planes para la transferencia ordenada del poder y designó a Nueva York como sede del nuevo gobierno.

---

<sup>47</sup> *El Federalista*, cit., carta 84.

### 3.3 Las primeras enmiendas

La Constitución de Estados Unidos no podía quedar completa sin su Carta de Derechos. Cumpliendo con lo ofrecido, el primer congreso federal aprobó una serie de enmiendas a la constitución, diez de las cuales empezaron a regir en diciembre de 1791, luego de haber sido ratificadas por los estados miembros.

En ellas se consagran derechos fundamentales como la libertad religiosa, acompañada de la prohibición de establecer una religión oficial, la libertad de expresión, la de prensa, la de reunión, la inviolabilidad del domicilio, el debido proceso judicial, la prohibición de la expropiación sin indemnización justa, el derecho del acusado a un juicio público ante jurado, a controvertir las pruebas y a contar con asistencia jurídica para su defensa, el derecho a que los juicios civiles se ventilen ante un jurado y la prohibición de multas excesivas y de castigos crueles.

El derecho de la población a poseer y portar armas fue incluido como un derecho constitucional en la segunda enmienda, derecho que de ninguna manera puede ser considerado como fundamental. A pesar de que la justificación que consigna la norma hace referencia a situaciones históricas ya superadas, no ha sido posible derogarla. Los clamores de diferentes sectores sociales que exigen restricciones para la venta de armas, ante los frecuentes y dolorosos episodios de asesinatos colectivos perpetrados incluso por niños, no han podido superar los intereses económicos de los fabricantes y comerciantes de armas que se escudan en la susodicha enmienda constitucional.

Cabe destacar la cláusula general de derechos constitucionales contenida en la Novena Enmienda según la cual, el hecho de que en la constitución se enumeren ciertos derechos no debe interpretarse como una negación de otros derechos que también son prerrogativas del pueblo, lo que abre las puertas para que la jurisdicción reconozca nuevos derechos que merezcan la tutela de la constitución.



## 4. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

A la constitución norteamericana se la revistió desde un principio de una característica clave que la distingue del modelo adoptado posteriormente en Francia: la supremacía frente a las leyes y a todo el ordenamiento jurídico. Para que esa supremacía no se quedara en meras formulaciones retóricas se les confirió a los jueces la facultad de protegerla, de hacerla respetar.

Lo anterior significa que la constitución ha sido concebida como un conjunto de normas jurídicas de valor superior, aplicables en forma directa para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y su voluntad democráticamente expresada, y asegurar, al mismo tiempo, la protección de las minorías contra cualquier atropello de sus derechos fundamentales por parte de las mayorías.

Los Padres Fundadores tuvieron muy clara la idea de la superioridad de la constitución frente a la ley y la obligación de los jueces de protegerla cuando se generen conflictos con las leyes, cumpliendo así con la voluntad del pueblo expresada en la constitución. Alexander Hamilton, lo planteó con suma claridad en una de las cartas de *El Federalista*<sup>48</sup>:

“Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

[...] Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo.

---

<sup>48</sup> *El Federalista*, cit., carta 78.

[...] Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus agentes”.

En respuesta a la acusación de que tal potestad supondría la superioridad del poder judicial, Hamilton señaló:

“Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gobernarse por la última, de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.

#### **4.1 Revisión judicial de constitucionalidad**

Le correspondió a John Marshall, quien durante treinta y cuatro años actuó como presidente de la Corte Suprema, concretar en la práctica judicial la supremacía constitucional, tan ardorosamente defendida por Hamilton. En el célebre caso *Marbury vs. Madison*, fallado en 1803, defendió con una poderosa argumentación la supremacía constitucional y con ella, la obligación judicial de declarar nulas las leyes federales contrarias a la constitución.

Con este fallo, el primero en declarar la nulidad de una ley federal, se dio inicio a la ya muy sólida institución norteamericana de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes (*Judicial Review*). Marshall señaló:

“La pregunta acerca de si una ley contraria a la constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EE. UU. pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer

ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes.

El gobierno de los EE. UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

[...] Si una ley contraria a la constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo, la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la constitución, o conforme a la constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante, tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

[...] Mediante estos y muchos otros artículos que podrían seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura. ¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces jurar su cumplimiento? Este juramento apela, ciertamente, a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial. ¿Qué inmoralidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos y como instrumentos conscientes de la violación de lo que juran respetar!

El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso, es también completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión. Este juramento dice: “juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre

como al rico; y que desempeñaré leal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como..., de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la constitución y las leyes de los EE. UU”.

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE. UU. si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él? Si fuera ése el estado real de las cosas constituiría algo peor que una solemne burla. Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los EE. UU. tienen esta calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la constitución. De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE. UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento”.

La evolución de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos es rica en matices, vaivenes y altibajos, vinculados de una u otra forma al proceso social y político de ese país. Inicialmente se consideró que el poder conferido a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la ley era excepcional, ya que ello suponía en últimas un desencuentro entre dos maneras de interpretar la constitución, la del legislador y la del juez. Esto explica el hecho de que después del fallo *Marbury vs. Madison* fue necesario esperar 54 años para que se volviera a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal.

#### 4.1.1 *Los poderes implícitos*

Lo anterior no significa que la revisión judicial se hubiera suspendido en el entretanto. Por el contrario, fue muy rica la producción de la Corte, bajo la presidencia de Marshall, en la revisión de constitucionalidad de las leyes aprobadas en los estados, tarea de máxima importancia si se tiene en cuenta que durante esos años se estaba

consolidando la estructura del nuevo Estado norteamericano y definiendo las relaciones entre la unión federal y los estados que la conforman.

A Marshall, “el mejor juez de la historia del derecho norteamericano”<sup>49</sup> no solo le correspondió fijar la función de la Corte como intérprete supremo de la constitución, sino que a través de ella asumió el papel de construir unos cimientos jurídicos lo suficientemente sólidos como para edificar una nación fuerte, dotada de la autoridad necesaria para ser gobernada con eficacia. Son muy elocuentes las palabras de un autor del siglo XIX: “Marshall se encontró con un papel, la constitución, y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso”<sup>50</sup>.

En la definición de los ámbitos de competencia de las autoridades nacionales y la de los estados, la esencia del sistema federal jugó un papel determinante la tesis de los poderes implícitos planteada por Marshall en el fallo *McCulloch vs. Maryland* (1819). De acuerdo con la constitución federal, tanto los estados como la nación tienen determinadas sus propias esferas de competencia. Para prevenir la expansión excesiva del gobierno central se limitaron sus poderes a los que figuran enumerados taxativamente en la constitución; todos los demás se reservaron expresamente a los estados, como lo prescribe la Décima Enmienda.

En el caso en mención se discutió la constitucionalidad de la creación por parte del congreso federal del Banco de Estados Unidos, como banco depositario de los fondos del gobierno y con autoridad para imprimir billetes que se utilizasen como medio de cambio y medida de valor, ya que en el texto constitucional no se concede facultad al gobierno federal para establecer un banco nacional.

Marshall sostuvo en su sentencia que el gobierno federal está investido de amplios poderes enumerados en la constitución. Por

---

<sup>49</sup> Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, Editorial Civitas, 1980, p. 27.

<sup>50</sup> Garfield, James, citado por Schwartz, *Los diez mejores jueces*, p. 22.

consiguiente, a un gobierno al que se le confían tan amplios poderes, de cuya debida ejecución dependen tan vitalmente la felicidad y prosperidad de la nación, se le han de conferir también amplios medios para su ejecución. Lo anterior significa que las autoridades federales no solo ostentan las facultades expresa y específicamente concedidas, sino también los poderes implícitos, aquellos que son necesarios para el ejercicio efectivo de las facultades expresas. En palabras de Marshall:

“El establecimiento de un banco o la creación de una compañía no figura dentro de los poderes enumerados. Pero tampoco hay nada en dicho instrumento (la constitución) que excluya poderes implícitos o tácitamente incluidos, ni que exija que todas las atribuciones estén expresa y minuciosamente descritas.

[...] Reconocemos, como todos deben hacerlo, que los poderes del Gobierno central son limitados y que estos límites no deben ser rebasados. Sin embargo, estimamos que una correcta interpretación de la constitución exige que se reconozca al legislativo nacional la facultad para seleccionar los medios a emplear para ejercitar de la manera más provechosa para el pueblo los poderes que le han sido conferidos. Si el fin que se persigue es legítimo y conforme a los objetivos previstos por la constitución y las medidas son adecuadas y apropiadas para tal fin, debemos concluir que son constitucionales, siempre que no estén expresamente prohibidas o vayan contra la letra o el espíritu de la constitución”<sup>51</sup>.

#### 4.1.2 *Scott vs. Sandford, una nefanda interpretación*

Mención especial merece el tristemente célebre fallo *Dred Scott vs. Sandford* producido por la Corte Suprema en marzo de 1857. El caso es como sigue: en 1820, el Congreso había convertido en ley federal el llamado “Compromiso de Missouri”, documento mediante el cual se excluía la esclavitud en los territorios aún no organizados como estados que estuvieran situados al norte de una determinada línea

---

<sup>51</sup> Citado por Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Edit. Cívitas, 1984, p. 22.

geográfica. Dred Scott, un esclavo de una población de Missouri, reclamó judicialmente su libertad por haber vivido con la familia de su amo por varios años en Illinois y Wiscosin, estados sin esclavitud, acogiendo a la mencionada ley federal, a pesar de haber regresado con su amo a Missouri, estado esclavista.

El juez de primera instancia falló a su favor con el argumento de que “una vez libre, libre por siempre”. La Corte de Justicia de Missouri revocó la sentencia con la tesis de que un estado esclavista no tenía que respetar la libertad concedida a los esclavos por los estados abolicionistas. El litigio llegó a la Corte Suprema en donde había mayoría de magistrados originarios de estados esclavistas.

La Corte decidió que Scott no podía demandar por ser negro, ya que los negros no tenían ningún derecho que el hombre blanco estuviera obligado a respetar. Sostuvo la sentencia que cuando la constitución dice “Nosotros, el pueblo de Estados Unidos” se está refiriendo a los antiguos colonos que eran los hombres libres de las ciudades, lo que de ninguna manera cobijaba a las personas traídas de África.

No contenta con eso, la Corte declaró inconstitucional la ley que acogió el “Compromiso de Missouri” porque, de acuerdo con su criterio, el congreso federal no tenía derecho a prohibir la esclavitud en ningún territorio; solo los estados podían hacerlo, de conformidad con la Décima Enmienda. El fallo en mención constituye una ominosa página en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América; por desgracia, no la única.

#### ***4.1.3 De la autolimitación al activismo judicial***

La revisión judicial de constitucionalidad en Estados Unidos ha oscilado entre la autolimitación (*self restraint*) y el activismo judicial, posturas adoptadas con base en lecturas diferentes de la constitución. Para justificar la autolimitación se ha sostenido que el principio de la separación de poderes obliga al poder judicial a abstenerse, hasta donde ello sea posible, de anular los actos del poder legislativo. Para ello se ha recurrido al concepto “cuestión política”, que le permite



a la Corte declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de determinados asuntos por considerarlos de naturaleza política, no judicial.

La tendencia opuesta a la anterior es el activismo judicial. En diversas épocas, la Corte norteamericana ha decidido intervenir vigorosamente frente al legislativo e imponerle una determinada interpretación de la constitución. El primero de esos períodos de activismo judicial se inició en 1873, con el fallo pronunciado en el *Slaughterhouse case*, reforzado con el *Civil Rights Case* (1883), período que se extiende hasta 1937.

Los mencionados fallos no engrandecen la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Al ser derrotados los esclavistas sureños en la guerra civil, se introdujo en la constitución la Enmienda XIV (1868), en la que, entre otras cosas, se estableció que ningún Estado puede dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos, ni tampoco puede Estado alguno privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal, ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales, la protección de las leyes, igual para todos.

La Corte Suprema interpretó la enmienda XIV en el sentido de que, si bien era cierto que ella consagraba beneficios para la población negra que acababa de ser liberada, ese aspecto era apenas incidental frente a la pretensión más amplia contenida en la misma norma de elevar a rango constitucional el principio liberal del *laissez faire*, expresado en la libertad de acción, la libertad de empresa y la libre competencia, lo que significaba, ni más ni menos, sostener que la doctrina del liberalismo manchesteriano era parte integrante de la constitución norteamericana.

En la sentencia del *Civil Rights Case* se declaró inconstitucional la regulación consagrada en la Ley de Derechos Civiles de 1875, en lo concerniente a la libertad de circulación y acomodo en lugares públicos para toda la población, sin discriminación de raza o color. La Corte consideró que esa norma constituía una invasión federal de

los derechos privados (en la medida en que se obligaba a los propietarios de locales a no discriminar la clientela por motivos de raza o color), interpretando la Enmienda XIV en el sentido de que su texto no autorizaba al legislativo federal a dar órdenes a los estados.

Como resultado de ese fallo, los derechos que la minoría negra había ganado con el triunfo de los estados nortños en la cruenta y prolongada guerra civil, los perdió en los escritorios de los magistrados de la Corte Suprema.

El activismo judicial norteamericano con orientación conservadora se hizo muy intenso a partir de 1890. Merece ser citado el caso *Lochner vs. Nueva York* (1905) porque revela con claridad hasta dónde llegaba la interpretación basada en la supuesta naturaleza liberal manchesteriana de la constitución norteamericana. Una ley aprobada por el Estado de Nueva York que limitaba el trabajo de los operarios de las panaderías a 10 horas diarias, con un máximo de 80 horas semanales, y que establecía condiciones de protección y seguridad para los trabajadores, fue llevada a los estrados judiciales por un empresario de apellido Lochner.

La Corte Suprema consideró que dicha ley no constituía un ejercicio imparcial, razonable y apropiado del poder político del Estado, sino una interferencia arbitraria, innecesaria y no razonable en el derecho del individuo a sus libertades personales, por lo que la declaró inconstitucional. La Corte Suprema devino así en una especie de *supralegislatura*, un poder eminentemente político, pero sin legitimidad democrático-representativa, como lo denunció el juez Louis Brandeis en un salvamento de voto producido en 1924.

#### ***4.1.4 La Corte es obligada a corregir el rumbo***

El activismo intervencionista judicial con orientación ultraconservadora hizo crisis en el gobierno de Franklin Delano Roosevelt (1933 a 1945). La política del *New Deal*, diseñada para hacer frente a la grave crisis económica mundial iniciada en 1929, llevó a Roosevelt a impulsar una serie de nuevas leyes de tendencia intervencionista que imponían reformas dirigidas a dinamizar la economía y mejorar las

condiciones de vida de gran parte de la población norteamericana, pero la Corte frenó ese esfuerzo: entre 1934 y 1937 fueron declaradas inconstitucionales doce leyes del *New Deal*.

El presidente Roosevelt reaccionó. En varios mensajes a la nación afirmó que el país necesitaba avanzar pero que había unos ancianos en la Corte Suprema, lejanos de toda cuestión real, alejados de la sociedad, que no entendían las necesidades del país y que cada vez que se adoptaba una medida en bien del pueblo norteamericano la bloqueaban basándose en las teorías de Adam Smith.

Decidido a acabar con tal situación, Roosevelt impulsó un proyecto de reforma de la Corte Suprema denominado *Court Packing Plan*, mediante el cual se proponía aumentar al doble el número de miembros de la Corte para llevar allí jueces más jóvenes y progresistas, y se establecía un retiro forzoso a los 70 años, lo que obligaba a algunos de los magistrados a jubilarse en forma inmediata.

En vista del grave conflicto creado y ante las medidas que se veían venir en su contra, la Corte Suprema, en una pragmática decisión, muy norteamericana, resolvió cambiar de jurisprudencia. En marzo de 1937, en el caso *Jones vs. Laughlin*, aceptó la constitucionalidad del derecho laboral federal, con el argumento de que la Constitución de Estados Unidos no está sustentada en ninguna teoría económica y que en ese aspecto es neutra.

Se inició entonces una nueva etapa en la orientación de la Corte, con énfasis en la autolimitación, lo que la condujo a defender la presunción de constitucionalidad de las leyes, excepto cuando se tratara de restricciones a los derechos y libertades consagrados en las diez primeras enmiendas, caso en el cual la inconstitucionalidad se presumía y la necesidad de las limitaciones debía ser suficientemente justificada.

Esa orientación hacia la protección de las libertades individuales se mantuvo hasta 1948, cuando la histeria de la “amenaza comunista”, impulsada por el tristemente célebre senador Joseph

McCarthy, y la agudización de la Guerra Fría, hicieron mella en la Corte y la llevaron a considerar que el peligro de destrucción del Estado justificaba la limitación de las libertades preferentes.

#### 4.1.5 *La era Warren: un activismo progresista*

Es bastante conocida la intensa actividad proteccionista de los derechos civiles desplegada por la Corte Suprema bajo la presidencia del juez Earl Warren, desde 1953 hasta 1969. Ese período se distinguió por decisiones que fortalecieron de manera significativa la libertad de expresión, de pensamiento, y la libertad política, pero, sobre todo, por la labor antisegregacionista.

La Corte declaró contrarias a la constitución las bases legales del segregacionismo racial en los estados sureños y eliminó los residuos de la esclavitud de los negros, mantenidos casi un siglo después de la Guerra Civil, con la aquiescencia de una Corte Suprema empeñada en impedir la conciliación de la democracia norteamericana con el principio de la igualdad de los seres humanos.

La Corte Warren no se limitó a intervenir en ámbitos hasta entonces vedados, por considerárseles políticos, sino que llevó su activismo judicial hasta el punto de imponerles obligaciones *afirmativas* a los poderes públicos, con el objeto de lograr la plena realización de los derechos que la constitución consagra.

En el famoso fallo *Brown vs. Board of Education* (1954), la Corte consideró que la distribución de los niños en las escuelas estatales con base en su color violaba el principio de la igual protección de las leyes, consagrado en la Enmienda XIV, lo que produjo una ola de fallos judiciales en los tribunales de rango inferior contra toda clase de discriminación legal por razones de sexo, minusvalidez, residencia o pobreza.

Sin embargo, la discriminación en las escuelas continuó porque no se daban garantías para impedir que los niños negros fueran agredidos y rechazados de hecho, lo que llevó a la Corte Suprema, algunos años después, a considerar que no era suficiente establecer la

libre elección de escuelas, ya que la falta de protección y la ausencia de medidas efectivas de la administración perpetuaban la discriminación racial. Por esa razón, en el fallo *Griffin vs. School Board* (1964), le ordenó al Departamento de Educación que adoptara medidas concretas para establecer un sistema educativo integrado y unitario, lo que obligó al gobierno federal a utilizar la Guardia Nacional para ofrecer mediante las armas protección a los escolares negros.

A partir de entonces, algunas sentencias de la Corte se convirtieron en verdaderos *decretos judiciales*, con el argumento de que no es suficiente, frente a situaciones de segregación de hecho, limitarse a un reconocimiento del principio constitucional que la proscribiera, sino que es necesario exigir a la Administración una actuación contraria a la discriminación para la realización práctica de un sistema racialmente integrado de educación.

## **4.2 Corolario: una constitución jurídicamente vinculante**

La supremacía constitucional y su carácter jurídico se confunden con la historia de la Constitución de Estados Unidos y han sido sus pilares. El ordenamiento jurídico de Norteamérica y sus instituciones políticas se han ido configurando a lo largo de más de dos siglos teniendo como eje la Constitución de 1787, o mejor, sobre la base de la lectura que de ella ha realizado la Corte Suprema en las diferentes etapas de su historia.

La definición de los alcances del federalismo; el rechazo a cualquier forma de intervención del Estado para proteger los intereses de los trabajadores y de los sectores sociales más vulnerables y la ulterior rectificación de dicha postura, para darle paso al Estado benefactor; la vigorosa política antisegregacionista de los años sesenta del siglo XX; la despenalización del aborto; el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y muchos otros asuntos de trascendencia social y política, han sido decisiones de la Corte Suprema basadas en la lectura que ha hecho de la constitución, decisiones

que han sido acatadas por todos los órganos del poder público, independientemente del criterio que sobre esos asuntos tengan los ciudadanos.

Dicho de otra manera, la constitución norteamericana ha tenido siempre fuerza normativa, valor jurídico. El desarrollo institucional de ese país ha tenido como eje la interpretación que de la constitución ha efectuado la Corte, la que siempre ha sido respetada por las autoridades federales, estatales y por la comunidad, a pesar de las reticencias y disgustos que toda decisión judicial despierta en quienes no comparten su contenido. La supremacía de la constitución, el carácter normativo de esta y el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) serán los grandes ausentes en el modelo francés de constitución, como se verá en el capítulo siguiente.





## Capítulo III

### El modelo francés





## **1. LAS INSTITUCIONES PRERREVOLUCIONARIAS**

Los primeros estados europeos que perduraron hasta los tiempos actuales se formaron en Francia e Inglaterra; todos los demás se vieron fuertemente influidos por el ejemplo de esos precursores. Esta es la razón por la que los dos países se presentan como los prototipos de conformación del Estado moderno<sup>1</sup>. El caso de Inglaterra fue muy singular por las razones que se anotaron en el capítulo I, lo que hizo imposible que la progresiva evolución de sus instituciones políticas pudiera darse en otro país.

La situación de Francia, conformada por ducados y condados virtualmente independientes, era mucho más representativa de la realidad política europea. El hecho de que Francia pudiera superar esa realidad y conformar un estado fuertemente centralizado, la convirtió en el modelo a seguir en Europa.

Los estados europeos de finales de la Edad Media y principios de los tiempos modernos, en su mayoría, se conformaron, más o menos, según el modelo francés<sup>2</sup>. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que un buen número de pensadores y dirigentes liberales europeos pusieran sus ojos en Inglaterra y miraran con admiración su desarrollo institucional.

### **1.1 La herencia medieval**

Las diferencias entre los dos procesos son muy marcadas. Francia vivió a plenitud el feudalismo, que se prolongó hasta el siglo XIII,

---

<sup>1</sup> Strayer, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Edit. Ariel, 1986, p. 6.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 69.

lo que generó una notable fragmentación del poder político. En Inglaterra, por el contrario, las sucesivas invasiones, primero de los daneses y luego de los normandos, truncaron el asentamiento de señoríos feudales y permitieron una temprana y completa autoridad real sobre todo el territorio.

La administración de justicia se unificó en Inglaterra a través de los jueces itinerantes enviados por el rey, los que aplicaban en todo el territorio el *common law*. El derecho a administrar justicia por parte de los señores feudales produjo, en cambio, notables diferencias jurídicas en las diferentes regiones de Francia, hasta el punto de que el derecho consuetudinario de París era muy distinto del de Aquitania, Bretaña o Normandía. La diversidad se hizo aún más manifiesta entre las leyes del norte y las del sur, por la fuerte influencia que ejerció en el sur de Francia el derecho romano.

En la Edad Media se fueron forjando órganos que cumplían la función de concertar los diferentes estamentos con el rey. Surgió así el Parlamento en Inglaterra, con sus dos Cámaras, la de los Comunes y la de los Lores; también los Estados Generales en Francia, con sus tres segmentos: la nobleza, el clero y los burgueses.

Pero mientras el parlamento inglés mantuvo continuidad y gozó de un respeto creciente, hasta lograr el predominio político, en Francia, los Estados Generales fueron convocados en muy contadas oportunidades; la última vez fue en 1789, en un desesperado intento por resolver la grave crisis que atravesaba la monarquía en vísperas de la Revolución.

Los parlamentos franceses actuaron como órganos judiciales; sus miembros eran inicialmente elegidos por el rey, pero con el tiempo se convirtieron en cargos venales, es decir, magistraturas que se compraban al rey con carácter vitalicio y con derecho de transmisión a los herederos.

Los parlamentos juzgaban tanto asuntos penales como civiles y eran los custodios de las leyes, las que debían ser registradas allí para que adquirieran vigencia. A través de la facultad de registro de las disposiciones reales, lo que implicaba el derecho a devolver las

que consideraban inaplicables, los parlamentos limitaban el poder del rey y podían frenar las reformas que el soberano intentara, con lo que se pretendía establecer una monarquía limitada por la aristocracia.

Durante los siglos XIII a XVI, época que marca el surgimiento del Estado francés y su lento desarrollo institucional hasta las vísperas del absolutismo, la monarquía era concebida como un poder limitado y moderado, tal como lo describió Claude de Seyssel en su obra *La Monarchie de France* (1519). La más importante prerrogativa del rey, la de hacer justicia, estaba limitada por el Derecho administrado por las Cortes soberanas, que podían incluso actuar contra el rey.

La autoridad soberana no era superior a los derechos privados de los súbditos. La *police*, o política de gobierno, estaba enmarcada en varias ordenanzas emanadas del rey, confirmadas y aprobadas por el tiempo, algunas de las cuales eran consideradas como verdaderas leyes fundamentales que el rey no podía violar.

El monarca no podía enajenar el patrimonio real sin el control del Parlamento y, en especial, del Tribunal de Cuentas que vigilaba cada gasto, ordinario o extraordinario del rey. Además, los derechos o privilegios de los grupos sociales (Estados) formaban parte de la *police*, razón por la cual el rey no podía exigir tasas o impuestos sin su consenso. Existía, por tanto, una estructura de gobierno que imponía formas y procedimientos a las manifestaciones de voluntad del rey, los que impedían que ésta fuera irracional y despótica<sup>3</sup>.

## 1.2 El absolutismo

Con el surgimiento de la monarquía absoluta, el modelo de Estado de Francia se separó radicalmente del inglés. El viraje hacia el absolutismo se dio en Francia en el siglo XVI, con posterioridad a las guerras de religión, y tuvo como elemento definitorio la matanza de la noche de San Bartolomé (1572), donde se asesinó gran parte de

---

<sup>3</sup> Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., p. 48.

la aristocracia francesa que se había pasado al protestantismo, los llamados hugonotes.

No deja de ser paradójico el hecho de que con el antiguo jefe de la aristocracia hugonote, opuesta por principio a la monopolización del poder político por el rey, se inicie el absolutismo en Francia. En efecto, Enrique de Navarra, jefe de la casa de los Borbones y legítimo heredero del trono francés, tuvo que abjurar de sus creencias protestantes para poder ser coronado como rey con el nombre de Enrique IV. Es muy conocida la frase que se le atribuye: *Paris bien vaut une messe* (Paris bien vale una misa), con la que justificó el su cambio de religión. Con el reinado de Enrique IV se sentaron las bases de la monarquía absoluta.

Es imposible entender el constitucionalismo en Francia sin tener presente la formación del Estado absoluto como nueva forma históricamente determinada de organización del poder. El Estado absoluto se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior, que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional, ni en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político<sup>4</sup>.

La monarquía absoluta alcanzó su máxima expresión con Luis XIV, nieto de Enrique IV, quien gobernó durante 72 años (1643-1715). Fue tal la concentración del poder en sus manos que llegó a expresar *L'État c'est moi*.

El absolutismo tuvo teóricos que lo exaltaron, como Cardin Le Bret, quien escribió una obra que tituló *De la soberanía del rey*, en la que señalaba que el poder supremo está deferido al rey de manera absoluta mientras que a los súbditos solo les corresponde obedecer todos los mandatos del rey.

Sostuvo que el poder del soberano para hacer leyes no tiene límites; que las leyes fundamentales se reducen a la ley sálica<sup>5</sup>; las

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>5</sup> Ley de los antiguos salios o francos que prohíbe el acceso al trono de las mujeres.

leyes naturales no tienen fuerza vinculante y las leyes divinas pueden derogarse por razón de Estado; el rey solo es responsable ante Dios. La propiedad queda indefensa no solo por el derecho del rey a requisarla y expropiarla, sino también porque a la soberanía del rey pertenece imponer impuestos, derecho que, afirmaba, había obtenido por prescripción.

## **2. LA REVOLUCIÓN DE 1789**

Los años que precedieron a 1789 se caracterizaron en Francia por una crisis económica de grandes proporciones, la que generó una intensa agitación social. Fue causada por la incapacidad de la monarquía de reformarse, pese al inocultable agotamiento político del Estado absoluto.

La influencia de pensadores de la Ilustración como Voltaire, Rousseau, Montesquieu y los enciclopedistas, encabezados éstos por Diderot y D'Alembert, había generado un ambiente de intensa agitación política, aumentada con las repercusiones de la revolución norteamericana, a la cual se había vinculado Francia con armas y hombres que lucharon junto a Jorge Washington por la libertad y por el establecimiento de un Estado constitucional y republicano.

A diferencia de Inglaterra, que había producido una paulatina transformación de sus estructuras políticas y económicas, lo que permitió el acceso gradual de la burguesía al poder y la implantación pacífica y definitiva del capitalismo, a través de procesos coincidentes y concordantes como la Revolución Gloriosa y la Revolución Industrial, en Francia se mantenían incólumes las estructuras sobre las que se había asentado la monarquía absoluta.

Si bien es cierto que el triunfo del absolutismo sobre la nobleza había requerido la alianza del rey con el pueblo, representado por la burguesía, también lo era que el sistema mantenía los derechos feudales y los excluyentes privilegios políticos de la nobleza, factores que condujeron finalmente al divorcio y posterior enfrentamiento entre la burguesía y el trono, con resultados catastróficos para este último.

Francia soportaba un grave déficit fiscal que se remontaba a los tiempos de Luis XIV, el llamado Rey Sol, originado en el exagerado gasto de la Corte, alimentado por la conducta dilapidadora de sus sucesores y agravado por la intervención francesa en la guerra americana. La situación obligaba a serias reformas de la monarquía, como lo aconsejaban algunos ministros del rey.

Luis XVI intentó tímidamente acometer algunas reformas, pero todos los intentos fracasaron en el Consejo de Notables, integrado en forma exclusiva por aristócratas, debido a la intransigencia de la nobleza que se obstinaba en mantener intactos sus privilegios. Las reformas lesionaban sus intereses y ponían en peligro sus prerrogativas, por lo que la aristocracia no vaciló en emprender la lucha contra el absolutismo para restablecer su preponderancia política y salvaguardar unos privilegios sociales superados. Al minar el poder real, la aristocracia no se daba cuenta que estaba anulando al defensor de sus privilegios y abriendo el camino al Estado llano<sup>6</sup>.

La gravedad de la crisis y la necesidad de buscar remedio a la desastrosa situación financiera obligaron al rey a convocar los Estados Generales, un órgano de representación de los distintos estamentos de Francia que no se consultaba desde hacía 175 años. La nobleza, el clero y el pueblo, tomaban las decisiones por separado de manera tal que cada Estado tenía un voto.

## 2.1 La Asamblea Nacional

La instalación se efectuó el 5 de mayo de 1789 y a los pocos días, el 17 de junio, el Tercer Estado, con el apoyo de un amplio sector de los delegados del clero y de un grupo de aristócratas liberales, adoptó el nombre de Asamblea Nacional, lo que implicaba una auténtica revolución jurídica al convertirse en un órgano representativo de la soberanía nacional.

---

<sup>6</sup> Soboul, Albert, *La Revolución Francesa*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, p. 20.

En esa decisión jugó un papel decisivo el abate Sieyès, un eclesiástico que se había hecho elegir diputado por el Tercer Estado a pesar de su condición religiosa y que había escrito meses atrás un pequeño folleto titulado *¿Qué es el Tercer Estado?*, el que contenía un virulento ataque a la nobleza y al clero como estamentos privilegiados y una exaltación del Estado llano.

Sieyès había expresado en su folleto que el Tercer Estado constituye casi la totalidad de la población y, sin embargo, es la clase que frente a la nobleza y el clero no tiene privilegios; es la fuerza real dentro de la nación y solo con su consentimiento y con su garantía puede conformarse un gobierno democrático; solo el pueblo constituido en nación tiene derecho a expedir la constitución.

De su pluma surgió con nitidez el concepto de poder constituyente, al afirmar que la nación está antes que todo, es el origen de todo, crea no solo la ley sino también la legalidad; en consecuencia, la nación puede modificar a su antojo las disposiciones constitucionales, cosa que no puede hacer el legislador ordinario. Con toda razón Marcel Prélot considera a Sieyès como “el verdadero constructor del Estado liberal”<sup>7</sup>.

Con la audaz y resuelta decisión de convertirse en Asamblea Nacional, la burguesía, elemento director del Tercer Estado, tomó el relevo, al decir de Soboul<sup>8</sup>. Sus objetivos eran revolucionarios: destruir el privilegio aristocrático y establecer la igualdad civil en una sociedad sin órdenes ni cuerpos. Todo en el marco de un estricto legalismo, aunque muy pronto se vio empujada hacia la acción violenta.

A partir de ese momento, los hechos tomaron una sorprendente dinámica. Luis XVI vetó la conformación de la Asamblea y expulsó a sus miembros de la sala de reuniones, los que optaron por congregarse en la Sala de Juegos de Pelota, en donde el 20 de junio realizaron el histórico juramento del Juego de Pelota (*Jeu de Paume*):

---

<sup>7</sup> Prélot, Marcel y Lescuyer, Georges, *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1986, p. 291.

<sup>8</sup> Soboul, ob. cit., p. 37.



“Se acuerda que todos los miembros de esta Asamblea presentarán en este instante juramento de no separarse jamás y de reunirse siempre y donde las circunstancias lo exigieren, hasta el momento en que la Constitución del reino quede establecida y afirmada sobre fundamentos sólidos”.

## **2.2 La Asamblea Nacional Constituyente**

Siguiendo las orientaciones de Sieyès, la Asamblea Nacional se convirtió el 9 de julio en asamblea nacional constituyente. Vino luego la caída de la Bastilla, el 14 de julio, a manos del pueblo parisino que buscaba armas para su defensa, fecha a partir de la cual se considera finalizada la monarquía absoluta y abierto el paso a un nuevo orden social, político y económico dirigido por la burguesía, que reclamaba el poder para sí misma a nombre del pueblo francés.

En la noche del 4 de agosto, la Asamblea declaró abolido el régimen feudal y a los campesinos liberados de toda obligación personal hacia sus antiguos señores. Se proclamó el principio de la igualdad jurídica y el libre acceso a las funciones públicas. Para mantener un eje tradicional en torno al cual pudiera edificarse el mundo nuevo, la Asamblea decidió conceder a Luis XVI el título de “Restaurador de las libertades francesas”. La monarquía sería conservada y el rey se convertiría en el primer magistrado de la Nación, en ejecutor de la voluntad nacional y en el portaestandarte del pabellón tricolor.

## **2.3 Los Derechos del Hombre y la Constitución de 1791**

La Asamblea Nacional Constituyente expidió el 26 de agosto de 1789 la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, documento que denota el influjo de la Carta Magna, de los filósofos de la Ilustración y de la Declaración de Independencia de Estados Unidos.

La Declaración se convirtió en paradigma universal de los derechos y libertades individuales, los que son concebidos como derechos naturales, es decir, derechos que nacen con el hombre, de manera tal que la ley no hace más que reconocerlos o declararlos, pero no establecerlos: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art. 1°); “El fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (art. 2°).

Se reconocieron como derechos universales, la libertad personal, la propiedad, la seguridad y el derecho de resistencia a la opresión, lo mismo que la libertad de pensamiento y sus manifestaciones, la escritura y la prensa, reivindicaciones específicas que respondían de manera directa a los intereses de la burguesía. En el artículo 6° se consignó el principio “la ley es la expresión de la voluntad general”, principio inspirado en Rousseau, que habría de generar trascendentales consecuencias para el constitucionalismo francés.

Al establecerse que todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en la formación de la ley, lo mismo que a aspirar a los cargos públicos sin más requisitos que su capacidad, la Declaración consagró el derecho a la igualdad y desconoció toda legitimidad a la organización que dividía la sociedad en estamentos. Los privilegios de cuna fueron reemplazados por el principio de la ley igual para todos.

Se introdujo en el artículo 3° el principio de que la soberanía reside esencialmente en la nación y que ninguna corporación o individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente, lo que significó despojar al rey del poder soberano. Se consagró la separación de poderes al acogerse en el artículo 16 la fórmula de Montesquieu: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.

La primera constitución francesa es la del 3 de septiembre de 1791; en ella se incluyó como preámbulo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La constitución parte de la reafirmación de la soberanía de la nación, enunciada en el preámbulo, la que

ejerce sus poderes mediante representantes. Se acogió así la tesis de Sieyès sobre la democracia representativa y se descartó la democracia directa, esbozada por Rousseau.

El derecho al voto se reservó a los ciudadanos “activos”, aquellos que contribuían al Estado con una determinada suma de dinero. El sufragio no solo era censitario sino también indirecto, ya que los ciudadanos “activos” escogían los “electores”, quienes debían pagar una contribución mayor; éstos eran los que votaban para la elección de los diputados. Para ser elegido diputado se requería tener una propiedad y hacer una alta contribución económica. Con el sistema adoptado quedaba por fuera del derecho al voto el 85% de la nación, lo que le permitía a la burguesía asegurar el control absoluto de las instituciones democráticas<sup>9</sup>.

En el texto constitucional de 1791 se configuró el Estado liberal de Derecho, al prescribirse que no hay en Francia autoridad superior a la ley, que no mandan los hombres sino las leyes y que los órganos del Estado son tales y pueden exigir obediencia, solo en cuanto sean expresión de la ley.

Se instituyó la monarquía constitucional y el rey pasó a ser considerado como delegado de la nación, sujeto a la soberanía de la ley. Bajo el influjo de Montesquieu se acogió la separación de poderes, correspondiéndole al rey el poder ejecutivo, sin iniciativa legislativa pero con derecho a veto. El predominio político se reservó al poder legislativo a través de un órgano unicameral, la Asamblea Legislativa, la que no podía ser disuelta por el rey y a la que se la dotó de amplias facultades.

## 2.4 La Convención y el Régimen del Terror

Muy poca vida tuvo la primera constitución francesa. La exclusión del derecho al sufragio de millones de franceses, el deterioro de la

---

<sup>9</sup> Núñez Riveros, José María, “El régimen político francés”, en: Ferrando Badía, Juan y otros, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 1995, p. 329.

situación económica y el cerco impuesto por las monarquías absolutas de Europa, condujeron a la radicalización del proceso revolucionario, al frente del cual se colocaron los sectores más combativos de la pequeña burguesía.

A ello contribuyó en forma determinante la conducta del propio monarca, quien había recibido el aplauso entusiasmado de su pueblo cuando instaló en solemne ceremonia los Estados Generales. En junio de 1791 intentó fugarse del país con su familia, pero fue capturado cerca de la frontera con Alemania, en Varennes, hecho que atrajo hacia su real figura el repudio general y la animadversión popular, agravada ésta por el rechazo al veto que impuso, un año después, a unas medidas de carácter militar adoptadas por el gobierno revolucionario para hacerle frente a la guerra contra Austria.

Acontecimientos trascendentales sucedieron, uno tras otro, con gran velocidad. El 10 de agosto de 1792 se produjo la insurrección de la Comuna de París. El pueblo se tomó el palacio de Las Tullerías y puso preso al rey, eventos considerados como la expresión de una segunda revolución: la del triunfo de los sectores radicales sobre los moderados, los que querían mantener la monarquía constitucional. El 21 de septiembre se declaró derogada la constitución, abolida la monarquía y proclamada la república. La Asamblea Legislativa decidió convocar a elecciones para integrar una convención nacional que se encargara de redactar una nueva constitución.

#### *2.4.1 El debut del sufragio universal*

Las elecciones para integrar la Convención fueron las primeras en la historia de Francia realizadas mediante sufragio universal, con exclusión de las mujeres. Hubo escasa participación y fueron ganadas por una coalición de sectores de la pequeña burguesía: artesanos, trabajadores y campesinos, en la que ocupó papel dominante el grupo de los jacobinos, del que hicieron parte figuras como Danton, Marat, Saint Just y, sobre todo, Robespierre, llamado “El Incorruptible”. La Convención asumió todas las riendas del gobierno; a partir de entonces se instauró una cruenta dictadura, la del llamado “Régimen del Terror”.

En abril de 1793 se creó el Comité de Salud Pública, presidido inicialmente por Danton, con el objeto de velar por el Estado y de impulsar la guerra, comité que concentró tanto poder, que se convirtió en el verdadero gobierno. Al mismo tiempo, se conformó un tribunal revolucionario con muy amplios poderes y veredicto inapelable para juzgar a los que fueran considerados como enemigos de la Revolución, desde adversarios declarados hasta revolucionarios que no compartían los métodos jacobinos, con la inclusión de los tibios e indiferentes en política.

### *2.4.2 La guillotina igualitaria*

La guillotina empezó a funcionar en forma intensa. Se trataba de un invento del doctor Guillotin, profesor de Anatomía de la Universidad de París y diputado a la Asamblea Nacional. Éste estaba inconforme con la discriminación que existía en Francia desde siglos atrás, ya que los miembros de la nobleza condenados a muerte eran decapitados mediante espada o hacha, mientras que los reos de las clases inferiores eran ahorcados.

Para establecer la igualdad, principio fundamental de la Revolución Francesa, propuso y diseñó la guillotina como un aparato rápido y seguro que tenía el propósito de abreviar los sufrimientos de los condenados a muerte de todas las clases sociales.

Uno de los primeros usuarios del nuevo invento fue el rey Luis XVI, quien fue condenado a muerte por decisión mayoritaria de la Convención Nacional y ejecutado en acto público el 21 de enero de 1793. Unos meses más tarde, el 16 de octubre, su esposa la reina María Antonieta corrió la misma suerte.

Por la guillotina pasaron durante el terror jacobino decenas de miles de personas: no solo los partidarios de la reacción aristocrática y los curas que se oponían a la Constitución Civil del Clero, ley de 1790 que puso a la Iglesia al servicio de la Revolución, en total enfrentamiento con el Papa. También corrieron la misma suerte destacados jefes revolucionarios y gentes del común. Hay un dato escalofriante: el 8.5% de los ejecutados durante el Régimen del Terror pertenecían

a la nobleza, el 6.5% al clero y el 85%, la inmensa mayoría, al Tercer Estado<sup>10</sup>.

El 2 de junio de 1793, los jacobinos dieron un golpe de Estado. Las tropas se tomaron Las Tullerías, en donde funcionaba la Convención, y arrestaron a un gran número de diputados girondinos. El 31 de octubre de ese mismo año fueron guillotinado Jacques Brissot, el máximo dirigente de los girondinos, Pierre Vergniaud, quien fuera presidente de la Asamblea Nacional y de la Convención, y más de dos docenas de personalidades girondinas, que hasta unos cuantos meses atrás habían dirigido el gobierno revolucionario e impulsado con gran entusiasmo la guerra contra Austria. De ese grupo de ejecutados hizo parte la célebre madame Roland, alma e inspiración de los girondinos: todos ellos murieron cantando “La Marsellesa”.

De la guillotina no se escaparon revolucionarios del otro lado del espectro político, como Hébert, uno de los jefes de la Comuna de París, editor de un periódico muy difundido y defensor de tesis radicales, como la de sustituir el cristianismo por un curioso ateísmo centrado en el culto a la diosa Razón. Danton y Robespierre no compartían esas tesis, por lo que ordenaron la detención y posterior ejecución de Hébert y de un grupo de sus partidarios, guillotinado el 24 de marzo de 1794, con lo que quedó demostrado que El Terror no solo negaba las libertades políticas, también la libertad de conciencia.

En ese frenesí de represión y sangre, la Revolución terminó devorando a sus propios hijos: a la guillotina fue condenado el mismísimo Danton, uno de los más audaces y brillantes jefes de la Revolución, auténtico líder de “los cordeleros”<sup>11</sup>, ejecutado por orden de Robespierre el 5 de abril de 1794, acusado de derrotista.

---

<sup>10</sup> Soboul, ob. cit., p. 93.

<sup>11</sup> Revolucionarios agrupados en un club fundado en París en 1790, instalado en un antiguo convento de los franciscanos. A diferencia de los jacobinos, eran de origen popular y se caracterizaban por expresar opiniones más radicales que las de aquellos.

### ***2.4.3 La violencia devora a su principal instigador***

El ciclo de la sangrienta dictadura promovida por unos cuantos “elegidos”, que actuaban a nombre del pueblo francés, se cerró llevándose a su principal instigador: Maximiano de Robespierre, llamado El Incorruptible. El 28 de julio fue conducido junto con su hermano Agustín, con Saint-Just y con otros diecinueve dirigentes jacobinos a la guillotina, el instrumento que tanto había utilizado contra sus enemigos. Fueron apresados el día anterior por un grupo de convencionales que habían sido señalados por Robespierre como sospechosos de oposición. Ante la inminente depuración y segura muerte, se adelantaron en la acción, de manera que los acusadores terminaron de acusados; los verdugos implacables pasaron a ocupar el lugar de las víctimas.

De los dirigentes revolucionarios se salvó de morir en la guillotina Marat, porque el 13 de julio de 1793 había sido acuchillado en su tina de baño por Carlota Corday, una joven y bella mujer monárquica, que lo consideraba la encarnación del mal. También se salvó Mirabeau, porque tuvo la buena idea de morir de muerte natural en 1791; el general La Fayette, porque abandonó sus tropas y huyó del país en 1792, y el abate Sieyès, porque durante esos tormentosos años optó por el mutismo y por un refugio seguro dentro de Francia, dedicado al estudio de las teorías constitucionales.

### ***2.4.4 La de 1793, una constitución ultrademocrática***

Unas palabras sobre la Constitución de 1793: fue expedida por la Convención en junio de ese año, pero nunca entró a regir, lo que resulta apenas lógico, ya que no eran propicios aquellos tiempos de terror político para que entrara en vigencia un ordenamiento constitucional con tan amplio catálogo de derechos. A pesar de no haber sido nunca aplicada, o tal vez por eso, la Constitución de 1793 ha sido muy publicitada en todo el mundo y se la invoca con frecuencia.

Dicha constitución está fundada en una teoría ultrademocrática que, en la práctica, solo da espacio a las élites más dinámicas y combativas, pues se centra en la acción democrática directa. No

contiene equilibrio de poderes; predomina la Asamblea, un órgano legislativo con facultades para expedir decretos de gobierno; dispone que las leyes deben ser sometidas a referéndum, lo que da lugar a una democracia semidirecta.

La gama de derechos se amplió considerablemente. Se pasó de los meramente individuales, contenidos en la Declaración de 1789, a otros de carácter social, como la obligación impuesta a la sociedad de proporcionar socorro, subsistencia y trabajo a quienes los necesiten y el derecho a la enseñanza; se consignó, además, el derecho a la insurrección contra la injusticia.

Se cambió el concepto de soberanía de la nación por el de soberanía del pueblo; se elevó a rango constitucional el sufragio universal masculino y directo, lo mismo que la reducción del mandato a los representantes populares a un solo año. Los mandatarios y agentes del pueblo carecían del derecho a la inviolabilidad y eran responsables en todo momento por sus actos.

### **3. DEL DIRECTORIO AL PRIMER IMPERIO**

Con el ajusticiamiento de Robespierre se desmoronó el régimen jacobino, que había aglutinado sectores de la mediana y pequeña burguesía con los llamados *sans culottes*, artesanos, tenderos, obreros y campesinos inflamados de sentimientos radicales, partidarios de la acción directa. El péndulo político osciló entonces hacia los sectores conservadores y moderados de la burguesía, que habían vivido horrorizados el Régimen del Terror y del que habían salido con una conciencia de clase endurecida y fortalecida, decididos a organizar celosamente el poder, dentro de los estrechos marcos del sufragio censitario<sup>12</sup>.

En agosto de 1795, la Convención o mejor, lo que quedaba de ella, expidió la llamada Constitución del año III, la que estuvo precedida de una nueva Declaración de Derechos, cuyo contenido marca un

---

<sup>12</sup> Soboul, ob. cit., p. 114.



claro retroceso frente a la de 1789. Por ejemplo, se eliminó el artículo 1º que señalaba que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, con el argumento de que constituía una incitación a la rebelión de quienes habían sido suspendidos en sus derechos políticos.

La Constitución de 1795 estableció el legislativo bicameral, integrado por el Consejo de los Quinientos (edad mínima: 30 años) y el Consejo de Ancianos (40 años). El poder ejecutivo estaba conformado por un Directorio de cinco miembros. Se redujeron los derechos ciudadanos, los cuales quedaron consignados en un capítulo denominado “Disposiciones generales”, y se introdujo una declaración de deberes. La soberanía no quedó radicada en la nación, como en 1791, ni en el pueblo, como en la Constitución de 1793, sino en “la universalidad de los ciudadanos franceses”.

Se le dio un giro a la definición de la ley, la cual pasó a ser “la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos”, que no eran muchos franceses, si se tiene en cuenta que para ejercer el derecho al voto era necesario pagar una elevada contribución económica (sufragio censitario).

Una innovación importante de esta constitución fue la separación de la Iglesia y el Estado; se estableció la libertad de cultos, ninguno de los cuales sería retribuido por el Estado. También se declaró abolida la Constitución Civil del Clero, lo que permitió la reconciliación de la Iglesia Católica con el Estado francés, luego de que aquella aceptara la pérdida definitiva de numerosos inmuebles que le habían sido confiscados por la Revolución.

La separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo era absoluta, ya que el primero no tenía manera de influir en el segundo y el gobierno carecía de iniciativa legal, capacidad de veto y facultad para disolver las Cámaras. No había quien pudiera resolver los conflictos que surgieran entre esas dos ramas del poder (no se podía acudir a los jueces), lo que creaba condiciones favorables para que se dieran continuos golpes de Estado, en detrimento del orden constitucional.

### 3.1 Napoleón y la democracia cesarista

Un golpe de Estado de la mayor trascendencia se verificó en septiembre de 1797, después de que los monárquicos ganaran la mayoría en los dos Consejos, en las elecciones de marzo de ese año. La nueva mayoría, en colusión con dos de los integrantes del Directorio, se proponía deslizar la República hacia la monarquía, previa destitución de los otros tres miembros, pero éstos se adelantaron y con el apoyo de tropas enviadas por Napoleón hicieron ocupar militarmente las salas de sesiones y produjeron la anulación de las actas de elección de 145 diputados, muchos de los cuales fueron enviados al destierro<sup>13</sup>.

Se asentó de esa manera en el poder, la tendencia que había liquidado a los jacobinos y que, al mismo tiempo, se oponía a permitir el regreso a la escena política de los monárquicos constitucionales. Figura principal de esa tendencia y el más destacado miembro del Directorio fue el vizconde Barras, un antiguo jacobino, hombre elegante y sin escrúpulos que había votado la condena a muerte a Luis XVI, pero también a Robespierre, y quien le preparó a Napoleón el camino para que iniciara su fulgurante carrera.

El 18 Brumario, 9 de noviembre de 1799, se produjo el más importante de los golpes de Estado de la época del Directorio. Fue propiciado por Napoleón Bonaparte, un general nacido en Córcega, que se había llenado de gloria militar al frente de las tropas francesas en Italia, Egipto y Siria. El Consejo de los Quinientos fue tomado por el ejército y depurado. Una fracción del Consejo aprobó un proyecto de ley que daba por terminado el Directorio y en su lugar instituía tres cónsules. El proyecto fue aprobado enseguida por el Consejo de Ancianos y Napoleón asumió el mando como Primer Cónsul.

Con el acceso de Napoleón Bonaparte al poder se instauró en Francia lo que se ha dado en llamar la *democracia cesarista*, el gobierno de un jefe con gran prestigio que logra, mediante la

---

<sup>13</sup> Pirenne, Jacques, *Historia Universal*, Tomo V, Edit. Cumbre, México, 1979, p. 106.

utilización recurrente del plebiscito, que el pueblo le confíe el poder que originariamente le pertenece y que la constitución formalmente le atribuye. Napoleón pasó así de Primer Cónsul a emperador, ejerciendo en la práctica un poder omnímodo.

Durante su gobierno se expidieron tres constituciones: la de 1799 o Constitución del año VIII, redactada por Sieyès; el Senadoconsulto de 1802, que convirtió a Napoleón en Cónsul vitalicio, y el Senadoconsulto de 1804, que lo elevó a la dignidad de emperador.

Todas ellas fueron el resultado de plebiscitos y se identifican en el objetivo de asegurar y mantener el poder personal de Napoleón. En realidad, se trataba de meras fachadas constitucionales frente a una realidad política incuestionable, el gobierno absoluto de Bonaparte; cuando le faltaba alguna competencia, se la arrogaba mediante simple decreto, sin tener en cuenta las normas que él mismo había diseñado.

Napoleón representa la consumación última de la Revolución Francesa. No deja de ser una paradoja que, mientras que en Francia el constitucionalismo se debilitaba al extremo por obra del cesarismo bonapartista, se presentara una considerable expansión de las ideas constitucionales en el continente europeo, de la mano del mismo Napoleón Bonaparte que iba imponiendo, a nombre de la Revolución, Constituciones y Cartas otorgadas en los territorios por donde pasaban victoriosos sus ejércitos<sup>14</sup>.

## **4. VICISITUDES CONSTITUCIONALES**

### **4.1 La Restauración borbónica y el principio monárquico**

Con la derrota militar de Napoleón a manos de la Europa coaligada, se dio paso a la Restauración, el regreso al poder de la llamada monarquía legítima, en cabeza de Luis XVIII, hermano del ejecutado

---

<sup>14</sup> Núñez Riveros, ob. cit., p. 334.

Luis XVI. No se trata, sin embargo, de una vuelta al absolutismo, sino de un intento de conciliación entre el “Antiguo régimen” y las conquistas revolucionarias.

Dentro de ese contexto fue otorgada la Carta de 1814, asentada en el llamado principio monárquico, según el cual la soberanía está depositada en el rey, por mandato divino, pero éste, en ejercicio de su potestad, decide autolimitarse, cediendo parte de su poder a órganos que él mismo crea a través de Cartas, Estatutos o Constituciones otorgadas. El texto constitucional es una concesión de la voluntad del rey, un traslado a las Cámaras del ejercicio de ciertas y determinadas funciones que por derecho de sangre le pertenecen, reservándose el derecho a delimitarlas y reglamentarlas.

La Carta de 1814 significó un grave retroceso en el constitucionalismo francés, porque con el principio monárquico se niega la idea revolucionaria de constitución y, por tanto, se desconocen los derechos fundamentales, la división de poderes y la soberanía popular. El Parlamento estaba conformado por dos cámaras, la de los pares, nombrados directamente por el rey y de carácter hereditario, y la de los diputados, elegidos por un reducido sector de la población, debido a que el derecho al voto estaba limitado a los ciudadanos ricos.

Las cámaras eran convocadas por el rey cuando éste a bien lo tenía, quien podía disolverlas a su arbitrio. La iniciativa legislativa estaba reservada en su totalidad al monarca, lo mismo que la facultad de veto absoluto contra todo texto aprobado. A pesar de esas limitaciones, se fue desarrollando bajo Luis XVIII un incipiente parlamentarismo que su sucesor Carlos X frenó.

## **4.2 El liberalismo doctrinario y la soberanía compartida**

Carlos X sucedió en el trono de Francia a su hermano Luis XVIII, en 1824. Su reinado se caracterizó por el autoritarismo y una política regresiva que añoraba el absolutismo, fomentada por los aristócratas que exigían la devolución de sus antiguos privilegios.

En julio de 1830 expidió unas ordenanzas por medio de las cuales disolvió la Cámara de Diputados y abolió la libertad de prensa, medidas que generaron una revuelta impulsada por dirigentes burgueses, en la que participaron vastos sectores del pueblo parisino que se apoderaron del palacio de las Tullerías y del Louvre, provocando la caída de Carlos X y con ella, la desaparición definitiva de los Borbones en el trono de Francia.

La corona pasó entonces a Luis Felipe, Duque de Orleans, con el título ya no de rey de Francia sino de rey de los franceses, para significar con ello que no era dueño del reino sino jefe de los franceses. El siguiente acto político fue la expedición de una nueva constitución, la de 1830, expresión de los intereses políticos y económicos de los nuevos detentadores del poder.

Con la Constitución de 1830 se intentó revivir el concepto medieval de pacto entre la Corona y la Nación, con un Estado en el que se pretendió conciliar el poder del rey con el poder del pueblo, lo viejo con lo nuevo, la tradición con la razón, los intereses de la burguesía con los de la monarquía.

El resultado fue la monarquía constitucional, fórmula de equilibrio defendida por una doctrina política conocida como “liberalismo doctrinario”, auspiciada por los partidos liberales moderados, vinculados a la burguesía financiera y comercial, en oposición al liberalismo radical, que representaba los intereses de la pequeña y mediana burguesía.

Para el liberalismo doctrinario la soberanía no radicaba en el monarca; tampoco en el pueblo; solo en la nación, una entidad cultural y espiritual de la que forman parte las generaciones pasadas, presentes y futuras. La constitución no puede provenir de un acto del poder constituyente popular, porque la generación del presente solo constituye una fracción muy pequeña de la nación y no puede hablar, por tanto, en nombre de las generaciones pasadas, y mucho menos de las futuras.

El pasado de la nación francesa está representado por el rey, quien por ser titular de una magistratura hereditaria y simbólica

con muchos siglos de existencia expresa la tradición, el pasado; al mismo tiempo, el rey representa las generaciones futuras, debido a la vocación de perennidad que tiene la Corona. El presente de la nación está representado por el parlamento, elegido por el pueblo. Solo la confluencia de esas dos voluntades, la del parlamento y la del rey, puede expresar la soberanía nacional.

De acuerdo con el liberalismo doctrinario, el poder constituyente lo integraban en el mismo plano el rey y el parlamento. Igual pasaba con el poder legislativo: la ley se discutía en el parlamento, pero requería la sanción real. En relación con el gobierno, se estableció que los ministros del rey eran responsables ante el parlamento, lo que significaba que debían gozar de doble confianza: la del rey y la de las cámaras. Es interesante anotar que entre 1830 y 1848 hubo 16 gobiernos, unos destituidos por el monarca y otros, por el parlamento<sup>15</sup>.

En la Constitución de 1830 se observa la influencia de instituciones inglesas como el gobierno mixto, o sea, la dualidad de poderes expresada por el rey y el parlamento. Este último adquirió iniciativa parcial para presentar proyectos de ley, en detrimento del monopolio exclusivo que en esa materia tenía el rey.

El presidente de la Cámara de Diputados dejó de ser designado por el monarca y pasó a ser elegido por la propia cámara. Se mantuvo el sistema de sufragio censitario, aunque se disminuyeron los requisitos para tener derecho a votar y para ser elector, lo que aseguraba en forma amplia el control del poder por parte de la burguesía, razón por la cual la constitución francesa de 1830 pasó a convertirse en el nuevo modelo de los liberales europeos.

### **4.3 La efímera Segunda República**

En febrero de 1848 se dio inicio a una verdadera revolución social y política que trascendió las fronteras de Francia y se propagó a

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 336.

varios países de Europa<sup>16</sup>. Se situaron en un mismo frente la burguesía industrial, la pequeña burguesía y el naciente proletariado, lográndose la caída de la monarquía orleanista. La presencia combativa de obreros y artesanos de París impidió que se designase al nieto de Luis Felipe como nuevo rey y a su madre como regente.

En lugar de ello se proclamó la segunda República y se conformó un gobierno provisional encabezado por el famoso poeta Alphonse de Lamartine, del que entraron a formar parte el teórico socialista Luis Blanc y un desconocido obrero, Alejandro Albert. De esta manera, aparecen por primera vez en la historia de Francia, jugando un papel protagónico, los obreros y las ideas socialistas.

La crisis económica que sobrevino produjo un agudo enfrentamiento político entre sectores radicales y moderados, lo que se reflejó en las elecciones para integrar la Asamblea Constituyente, la que se eligió mediante sufragio universal. A partir de entonces quedó establecido en forma definitiva el sufragio universal y directo en Francia. Sin embargo, el conflicto se agravó y derivó hacia una insurrección popular, el 23 de junio, promovida por la dirigencia obrera y sofocada a sangre y fuego por un gobierno del que habían sido previamente excluidos Blanc y el obrero Albert. La implacable represión que se desató a continuación produjo encarcelamientos masivos, fusilamientos y deportaciones a las colonias.

El 4 de noviembre de ese mismo 1848 se promulgó la nueva constitución. A pesar de que en la Asamblea predominaban los partidarios de la monarquía constitucional, se optó por la república. Se estableció un ejecutivo fuerte y un legislativo también fuerte, conformado por una sola Cámara. Al frente del Ejecutivo se puso al presidente de la República, quien debía ser elegido directamente por el pueblo para un período de cuatro años, sin posibilidad de reelección. El presidente no podía disolver el parlamento y éste a su

---

<sup>16</sup> En la Nueva Granada despertó gran entusiasmo, hasta el punto de considerársela como factor influyente en la Revolución del Medio Siglo, impulsada por José Hilario López.

vez no podía destituir al jefe del Estado, quien, además, no respondía políticamente por sus actos.

Una división de poderes tan rigurosa hacía prever una grave crisis institucional, y en efecto, ella se produjo. En la primera y única oportunidad en la que el pueblo fue convocado para elegir presidente triunfó por una amplia mayoría Luis Napoleón Bonaparte, sobrino del célebre emperador, quien el 2 de diciembre de 1851, ante la inminencia del vencimiento de su período, produjo un golpe de Estado para permanecer en el poder, acto de fuerza que legitimó mediante un plebiscito que le fue favorable y en el que, además, obtuvo facultades para expedir una nueva constitución.

#### **4.4 El Segundo Imperio**

Como era de esperarse, la Constitución de 1852 se diseñó a la medida de las ambiciones de Luis Napoleón: el período presidencial se elevó a diez años y sus poderes crecieron en forma exagerada. La representación nacional se componía de una asamblea nacional, elegida por sufragio universal, y de un Senado, nombrado por el presidente con la función principal de presentar enmiendas a la constitución.

Cumpliendo con el encargo de su nominador, el Senado no tardó en presentar un proyecto de reforma constitucional que le confería al gobernante el título de emperador hereditario. Fue sometido a plebiscito, el que una vez más resultó favorable a Luis Napoleón; el 2 de diciembre de 1852, un año después del golpe, se convirtió en emperador con el nombre de Napoleón III.

El Segundo Imperio francés, al igual que el primero, se caracterizó por un ejecutivo excesivamente fuerte y un parlamento débil, carente de independencia y sometido a la disolución por el emperador, lo mismo que por el uso frecuente del plebiscito, lo que convirtió a la constitución en texto meramente semántico, sin vigencia efectiva.

El Segundo Imperio se hundió con el estruendoso fracaso del ejército francés frente a los prusianos en Sedán, en septiembre de 1870, con la captura de Napoleón III por las tropas del káiser



Guillermo I, lo que dio lugar a que en forma inmediata se produjeran disturbios en París, que condujeron a la proclamación de la Tercera República. Al poco tiempo, se produjo la insurrección popular de París, que en marzo de 1871 estableció la Comuna, el primer gobierno revolucionario de la historia con amplia participación obrera. La Comuna de París fue aplastada por el gobierno republicano en el mes de mayo del mismo año y sus partidarios sometidos a una despiadada represión.

#### **4.5 El asentamiento definitivo de la República**

Con la instauración de la Tercera República comenzó el más extenso período del constitucionalismo francés en toda su historia, el que se prolongó hasta la invasión nazi en 1940. Estuvo basado en la Constitución de 1875, conformada no por un texto único sino por varias leyes fundamentales expedidas ese año.

Esta constitución se diferencia de las anteriores por la carencia de una declaración de derechos. Estableció la supremacía del poder legislativo con el sistema de gobierno parlamentario. El parlamento estaba integrado por la Cámara de Diputados y el Senado, con atribuciones casi iguales. El Ejecutivo estaba en cabeza del presidente de la República, elegido por las dos Cámaras para ejercer las funciones de jefe de Estado y a quien le correspondía nombrar y remover al jefe del Gobierno y a los ministros.

Con la invasión de los nazis a Francia y la capitulación del mariscal Pétain, en 1940, se creó un gobierno títere de los alemanes, con sede en la ciudad de Vichy, ciudad situada a más de 300 kilómetros de París, el cual fue presidido por el propio Pétain. Dicho gobierno dio por terminada la vigencia de la Constitución de 1875 y pretendió remplazarla por un Acta Constitucional, de inspiración fascista.

Después de finalizada la Segunda Guerra Mundial nació la Cuarta República, con una nueva constitución, la de 1946, aprobada mediante referéndum por escaso margen, después de que un primer proyecto fuera rechazado por el pueblo francés. Se incluyeron innovaciones

importantes como los conceptos democracia social y democracia económica; se continuó el sistema parlamentario con una composición bicameral desigual, ya que la Asamblea tenía el monopolio de las leyes frente a la otra Cámara, denominada Consejo de la República.

El presidente de la República pasó a ser elegido solo por la Asamblea Nacional y quedó con menos atribuciones que las que tenía bajo la constitución anterior, ya que no podía disolver las Cámaras, y la facultad de nombrar al presidente del Consejo de Ministros, jefe del Gobierno, era apenas nominal.

La suerte del gobierno dependía de la mayoría que controlara la Asamblea, convertida ésta en el órgano esencial del régimen, hasta el punto de que en el artículo tercero se señalaba que el pueblo ejercía su soberanía a través de sus diputados en la Asamblea Nacional, lo que significaba, ni más ni menos, la transposición de la soberanía nacional en soberanía parlamentaria, en beneficio de la asamblea<sup>17</sup>.

Una estructura de poder así concebida produjo una inestabilidad política de grandes proporciones, hasta el punto de que en los doce años que duró la Cuarta República se sucedieron veinte gabinetes ministeriales. Este hecho, unido a los problemas creados por el desmoronamiento del poder colonial y la necesidad de modernizar el aparato estatal francés para hacerle frente al enorme desarrollo económico y tecnológico de los años cincuenta, generaron una profunda crisis que solo pudo ser conjurada con la llegada al poder del general De Gaulle, el héroe francés de la Segunda Guerra Mundial.

## 4.6 La Quinta República

De Gaulle impulsó e hizo posible la expedición de la Constitución de 1958 con la que se dio el paso hacia la Quinta República. Se fortaleció la institución del presidente de la República, especialmente a partir de la reforma de 1962, en la que se consagró su elección popular directa, por el sistema de doble vuelta o *ballotage*. El jefe del gobierno es el

---

<sup>17</sup> Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2ª ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1980, p. 595.

primer ministro, elegido por el presidente, con base en la mayoría política de la asamblea.

En la práctica, se ha establecido en Francia una compleja y singular coparticipación entre el presidente y el primer ministro, la que ha merecido la denominación de “diarquía desigual con distribución incierta de poderes y de responsabilidades<sup>18</sup>”.

El poder legislativo está conformado por la Asamblea y el Senado en forma desigual, ya que las atribuciones más importantes, en especial el control político, le corresponden a la Asamblea, mientras que el Senado, elegido en forma indirecta, tiene participación en los trámites legislativos, pero no tiene facultades para provocar la caída del gobierno.

En la actual constitución de Francia, adoptada por referéndum el 28 de septiembre de 1958, no existe una Carta de Derechos propiamente dicha, los que se señalan, de manera general, en el preámbulo, en donde se reafirman los derechos de libertad, civiles y políticos de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, lo mismo que los derechos sociales y económicos contenidos en el preámbulo de la Constitución de 1946, adicionado lo anterior con los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003. Quedaron, así, integrados en el preámbulo de la constitución actual los derechos de primera, segunda y tercera generación.

#### **4.7 El derecho constitucional se *rejuridiza***

Como se ha podido apreciar, el modelo francés de constitución se ha caracterizado por la ausencia de fuerza normativa. En caso de conflicto entre la constitución y la ley, prevalecía la ley. Esa es la herencia de Rousseau, quien sostenía que “la ley es la expresión de la voluntad general”; por tanto, nada puede estar por encima de ella. Bajo ese modelo, la constitución había sido considerada en Francia como un conjunto de normas políticas que no vinculaba en forma directa a los poderes públicos.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 601.

Esta característica explica, en buena medida, el porqué de la turbulenta historia político-institucional de Francia después de la Revolución. Ha marchado en forma zigzagueante entre períodos de revolución republicana, de terror revolucionario, de imperio cesarista, de monarquía restaurada, de soberanía compartida a través del gobierno mixto, de república con débiles e inestables gobiernos parlamentarios e, incluso, un período de sojuzgamiento militar extranjero acompañado de gobiernos colaboracionistas entregados al enemigo. En toda esta historia, la constitución no jugó ningún papel relevante.

Sin embargo, en Francia se inició a partir del 16 de julio de 1971 una verdadera revolución en relación con el derecho constitucional, debido a la decisión del Consejo Constitucional de esa fecha, conocida como Libertad de Asociación, mediante la cual se le reconoce fuerza jurídica al preámbulo, lo que abrió las puertas para declarar la inconstitucionalidad de proyectos de ley por violación de los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en lo que los franceses denominan *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*<sup>19</sup>.

En un vigoroso trabajo publicado en Francia en 1980, Louis Favoreu señala que el derecho público francés, gracias a la jurisprudencia del Consejo Constitucional, ha emprendido una mutación tan importante que de ella deberá hablarse como de “revolución”, lo que ha supuesto que el derecho constitucional se *rejuridiza*; que ya no se está más ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio, en el que la ciencia política tenía más importancia que el derecho.

El golpe definitivo hacia la juridificación de la constitución francesa se dio con la reforma de 2008, la que en su artículo 61-1 dispuso: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a

---

<sup>19</sup> Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Edit. Ariel, 1994, p. 107.

los derechos y las libertades que garantiza la constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.”

La ley orgánica respectiva entró en vigencia el 1 de marzo de 2010, la que quedará como la fecha inicial de un cambio profundo para los derechos de los justiciables. Con la CPC (Cuestión prioritaria de constitucionalidad), se abre la veda o prohibición de las leyes inconstitucionales; los derechos y libertades que la constitución garantiza no admitirán ya ninguna contradicción por parte del legislador<sup>20</sup>.

De esta manera, ya en el siglo XXI, se establece por fin en Francia la supremacía constitucional plena. La supremacía de la ley, el legado de más de dos siglos dejado por Rousseau, debió dejar paso a una reformulación hecha con mucho acierto por el propio Consejo Constitucional al señalar en una de sus directivas: “la ley sólo expresa la voluntad general en el marco de la constitución”.

## **5. EUROPA SIGUE EL MODELO FRANCÉS**

El modelo francés de constitución se extendió por gran parte de la Europa continental, desde los últimos años del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX. Las ideas motoras de la Revolución Francesa, consignadas en la Constitución de 1791, catalizaron los sentimientos liberales europeos; la Constitución de 1795 fue literalmente impuesta a varios países; la Carta otorgada por Luis XVIII en 1814 sirvió de ejemplo a no pocos monarcas europeos.

Las pautas del liberalismo doctrinario consignadas en la Constitución de 1830 fueron seguidas por los sectores conservadores de la burguesía europea al acordar con los diferentes monarcas pactos sustentados en el concepto de soberanía dividida entre

---

<sup>20</sup> Pinon, Stéphane, El sistema constitucional de Francia, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 14, Universidad de Granada, España, 2010, p. 43.

la Corona y el pueblo. La influencia política de las constituciones francesas se reflejó, incluso, en las constituciones de las repúblicas hispanoamericanas.

Napoleón Bonaparte, aún antes de ser cónsul, impulsó el constitucionalismo en Europa por medio de las Cartas que les impuso a los estados controlados por Francia, las que fueron recibidas inicialmente con entusiasmo por las burguesías locales, entusiasmo que luego desaparecería ante el trato de territorios ocupados que se les dio. Tal es el caso de la República Cispadana, en el norte de Italia, la que después de la anexión de Lombardía se convirtió en la República Cisalpina (1797), a la que se le impuso una constitución inspirada en la francesa de 1795.

Las tropas francesas llegaron incluso a ocupar Roma, la sede del papado, y la convirtieron en república (1798), con su respectiva constitución. No sobra advertir que todas estas constituciones impuestas no fueron más que meros experimentos constitucionales producidos al paso de las tropas de Napoleón, porque en la práctica eran ellas las que detentaban el verdadero y único poder. Sin embargo, sirvieron como fermentos ideológicos que coadyuvaron a la formación del movimiento constitucional liberal y de independencia nacional italiana, conocido como *Risorgimento*<sup>21</sup>.

Con la incorporación de Bélgica a Francia, en 1797, desaparecieron los privilegios medievales de los Estados Generales belgas y se asimilaron principios políticos provenientes del constitucionalismo francés, aspectos que fueron tenidos en cuenta más adelante, al adoptarse la monarquía constitucional, conforme a lo regulado por la Constitución de 1831, aún vigente en el reino belga.

En Suiza se impusieron durante la hegemonía francesa (1789-1815) dos constituciones que tenían como base la constitución francesa de 1795: la Constitución de 1798, que creó la República Helvética, y el Acta de Mediación de 1803, que restauró el régimen confederal suizo.

---

<sup>21</sup> Ferrando Badía, Juan, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, p. 368.

## 5.1 La Constitución de Cádiz

Cabe aquí hacer mención de la constitución española de 1812, adoptada por las Cortes de Cádiz en momentos en que el rey Fernando VII se encontraba prisionero de los franceses. Siguiendo el ejemplo de la constitución francesa de 1791 se acogió el principio de la soberanía nacional y se limitaron los privilegios del estamento aristocrático al adoptarse un parlamento unicameral, lo que negó la posibilidad de una Cámara para la nobleza.

La Constitución de Cádiz consagró el principio de la división de poderes, reservando importantes funciones al monarca. Aunque no se incluyó una expresa Carta de Derechos, se consignaron en forma dispersa algunos derechos propios del liberalismo clásico, como el de propiedad, la libertad de pensamiento e imprenta y el sufragio universal indirecto.

La Constitución fue derogada en 1814, al recuperar Fernando VII el poder absoluto. Unos años más tarde, en 1820, el pronunciamiento militar del coronel Riego obligó al Rey a restablecer la vigencia de la Constitución de 1812 y jurar fidelidad a ella, lo que dio inicio al llamado “Trienio Liberal”, un régimen de monarquía constitucional que produjo, por vía de la ley, un amplio catálogo de derechos y libertades. Este experimento constitucional fue aplastado por la Santa Alianza, la que envió a España en 1823 un ejército francés llamado “Los cien mil hijos de San Luis” que ocupó el país para permitir que Fernando VII retornara a la monarquía absoluta.

## 5.2 La influencia francesa en Italia

La Constitución de Cádiz ejerció una importante influencia en el proceso de independencia de las colonias hispanoamericanas, lo mismo que en Portugal y en los territorios italianos. En este último país, se hizo muy popular en los círculos liberales que apreciaban el hecho de que hubiera sido impuesta a un monarca absoluto como

Fernando VII. Una revolución impulsada por los *Carbonarios*, con el apoyo de sectores populares napolitanos, obligó al rey de las Dos Sicilias a otorgar en 1820 la constitución española de 1812, con algunas reformas.

Un fenómeno similar se presentó en el año siguiente en el reino de Cerdeña y Piamonte. Una revolución popular condujo a la proclamación en varias ciudades de la Constitución de Cádiz, la que fue finalmente aceptada en Turín por el príncipe Carlos Alberto. La reacción de las tropas austriacas sofocó los esfuerzos constitucionales en los dos reinos y restableció el absolutismo, pero no pudo ahogar el sentimiento nacional italiano.

La Revolución de 1848, promovida por los obreros franceses, ejerció un gran influjo en Italia, al igual que en toda Europa. Un movimiento revolucionario originado en Sicilia expulsó a los austriacos y promulgó una constitución. El movimiento se extendió a Nápoles, en donde se obligó al rey a adoptar una constitución que seguía el modelo de la francesa de 1830. Similar imposición se le hizo al rey Carlos Alberto de Cerdeña y Piamonte, al Papa y al Duque de Toscana, gobernantes que fueron forzados a promulgar constituciones inspiradas en la francesa de 1830.

Los austriacos aplastaron nuevamente esos intentos de establecer un régimen constitucional y forzaron el regreso del absolutismo, excepto en Cerdeña y Piamonte. En este reino, Víctor Manuel II, sucesor de Carlos Alberto, mantuvo contra viento y marea la constitución promulgada por su padre el 4 de marzo de 1848, la que pasó a la historia con el nombre de Estatuto Albertino. Cuando se produjo, finalmente, la unificación italiana en 1870, el Estatuto Albertino quedó convertido en la constitución del reino de Italia, la que mantuvo su vigencia durante casi un siglo, hasta 1944, cuando la derrota de Italia en la Segunda Guerra Mundial produjo la desaparición definitiva de la monarquía en dicho país y el final de la influencia del modelo francés en Italia con la Constitución de 1947, enmarcada ésta en los principios del neoconstitucionalismo.



### 5.3 El constitucionalismo alemán

No puede dejar de mencionarse, así sea en forma breve, el proceso de surgimiento del constitucionalismo alemán, por la notoria autoridad que tiene ese país en la teoría constitucional contemporánea y, particularmente, por la evidente influencia que ha venido ejerciendo en el constitucionalismo colombiano en las últimas décadas.

Como se verá más adelante, después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania e Italia rompieron con el modelo francés y establecieron un nuevo tipo de constitución, el normativo, adoptado luego por España, en 1978, y por Colombia, en la Carta Política de 1991.

Alemania llegó en forma tardía a convertirse en un Estado nacional. Durante muchos siglos, los territorios que hoy conforman la República Federal Alemana hicieron parte del Sacro Imperio Romano Germánico, conocido también como el Primer Reich (962-1806). Se trataba de una serie de reinos, principados y ciudades libres, que contaban con amplia autonomía y débiles lazos de unión con el Imperio, los que se extendían por Austria, Alemania e Italia, gran parte de los cuales cayeron bajo el dominio de las tropas de Napoleón.

Tras la derrota definitiva de Bonaparte, el Congreso de Viena (1814-1815) auspició la creación de la Confederación Germánica, una alianza poco firme de 34 Estados monárquicos y cuatro ciudades libres, todos los cuales giraban alrededor de dos grandes centros de poder: Prusia al norte y Austria al sur, países que se disputaban la unificación del pueblo alemán bajo la égida de cada uno de ellos.

La agitación desencadenada en Europa por los hechos revolucionarios sucedidos en Francia en 1848 también se sintió en los territorios alemanes. Nació allí un sentimiento nacional generalizado que exigía la reunificación de Alemania bajo una forma federal constitucional, basada en el principio de la soberanía popular. Los levantamientos populares en Viena y Berlín obligaron a la reunión de la Asamblea Nacional en Frankfurt, con el propósito de elaborar la primera constitución alemana.

Sin embargo, la derrota de los revolucionarios en Austria y la imposibilidad política de Prusia de erigirse en Estado alemán a causa de las amenazas del emperador austriaco, dieron al traste con la constitución alemana de marzo de 1849, conocida también como la Constitución de la Iglesia de San Pablo de Frankfurt, documento que contenía un importante conjunto de derechos del pueblo alemán, combinaba la monarquía hereditaria con formas parlamentarias de gobierno, introducía la responsabilidad política de los ministros y establecía el sufragio universal<sup>22</sup>. Dicha constitución nunca tuvo vigencia, por falta de un Estado donde aplicarla.

### 5.3.1 *La unificación alemana alrededor de Prusia*

Prusia tuvo su primera constitución en 1850. Se trataba de una Carta otorgada por el káiser Federico Guillermo IV, a semejanza de la Carta francesa de 1814. En ella se estableció un parlamento, con escasa capacidad de actuación frente al rey, quien se reservaba la facultad de veto absoluto contra los proyectos de ley que fueran aprobados.

El sistema electoral, diseñado por el propio monarca, dividía la masa de electores en tres clases, de acuerdo con el volumen de pago de impuestos, con derecho a elegir igual cantidad de diputados, lo que permitía que los más ricos tuvieran una fuerza electoral desproporcionada en relación con la inmensa mayoría de la población.

El parlamento tenía una conformación bicameral y la Cámara Alta se elegía únicamente por los electores de primera clase, en un comienzo; más tarde, pasó a ser integrada por miembros de la aristocracia, con carácter hereditario. Los proyectos de ley debían ser aprobados por las dos Cámaras. Esa constitución, con muy poco parecido con lo que en el constitucionalismo contemporáneo se entiende como tal, es la que conoció Lasalle y a la cual hizo referencia en su célebre opúsculo “¿Qué es una Constitución?”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 199.

<sup>23</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª ed., Madrid, Ariel, 1976.

El agravamiento de la pugna entre Prusia y Austria hizo inevitable la guerra entre los dos países, la que perdió Austria en 1866, lo que condujo a la disolución de la Confederación Germánica, la exclusión de Austria de los asuntos alemanes y la creación de la Confederación Alemana del Norte, bajo el control del rey de Prusia.

Se produjo luego la incorporación de los estados alemanes del sur, con lo que se dio el paso que faltaba para la formación del Imperio Alemán o Segundo Reich, en 1871, el que tuvo solo tres monarcas: Guillermo I, su hijo Federico III (por pocos meses) y su nieto Guillermo II. Detrás de toda esa obra de construcción de la unificación alemana, alrededor del reino prusiano, estuvo la mano maestra del autoritario primer ministro Otto von Bismarck, conocido como el Canciller de Hierro.

El nuevo Imperio se reguló por la Constitución de 1871, otra constitución otorgada, en la que se estipuló que el rey de Prusia era al mismo tiempo el Emperador o Káiser de Alemania. Se acordó una estructura federal de la que formaban parte cuatro reinos, seis ducados, cuatro condados, ocho principados, tres ciudades libres y un territorio (Alsacia-Lorena)<sup>24</sup>. La Dieta Nacional (*Reichstag*), integrada por sufragio universal igual y directo, tenía muy limitadas facultades legislativas y ninguna posibilidad de control político.

La Constitución no preveía la designación de ministros que conformaran un gobierno federal. Tan solo se hacía referencia al canciller, denominación que se le da en Alemania al primer ministro, quien no respondía ante la Dieta Nacional, porque su nombramiento dependía del rey de Prusia, lo que hizo imposible el establecimiento de un gobierno parlamentario. En el Consejo Federal se encontraban representados todos los estados, en proporción a su tamaño, pero en la práctica, el poder estuvo controlado siempre por Prusia.

---

<sup>24</sup> García Cotarelo, Juan, "El régimen político de la República Federal Alemana", en Ferrando Badía y otros, *Regímenes políticos actuales*, cit., p. 257.

### 5.3.2 *La Constitución de Weimar*

Con la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial (1918), llegó a su fin el Imperio y se produjo la abdicación del káiser Guillermo II y la de todos los príncipes que gobernaban los Estados que integraban el Segundo Reich. El poder fue asumido por los *soviets* de obreros y soldados, los que establecieron un gobierno provisional dirigido por el “Consejo de Comisarios del Pueblo”.

Se trató de un régimen de tendencia socialista que, a diferencia del establecido por los bolcheviques en Rusia, se declaró provisional y convocó una Asamblea Nacional en Weimar, para que elaborara una constitución democrática, asamblea que se eligió por sufragio universal igual y directo y expidió el 11 de agosto de 1919 la célebre Constitución de Weimar.

Para que esa solución política se diera fue necesario que el gobierno que presidía el socialdemócrata Friedrich Ebert, con la colaboración del alto mando militar, aplastara en forma violenta una insurrección armada en Berlín, promovida por los comunistas alemanes dirigidos por Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht.

Con la Constitución de Weimar se introdujo un gobierno parlamentario *sui generis*. La jefatura del Estado le correspondía al presidente y éste designaba al Canciller, jefe del Gobierno, quien respondía ante la Dieta Nacional, parlamento unicameral. Existía un desequilibrio a favor del presidente, ya que éste podía disolver la Dieta, pero dicho órgano parlamentario no tenía facultad para revocar al presidente.

El mandato presidencial duraba siete años, reelegible indefinidamente, mientras que el de los diputados era de solo cuatro años. Todo ello hacía del presidente una especie de sucedáneo del emperador. Hay que agregar que la nostalgia por el pasado régimen se evidenció en el extraño primer artículo de la Constitución: “El Imperio Alemán (*Reich*) es una República”.

De la Constitución de Weimar merece destacarse la inclusión de un buen número de libertades y derechos fundamentales. Es de anotar,

sin embargo, como lo hace Schneider, que a pesar de la exuberancia lingüística que la Constitución de Weimar les otorgó a los derechos fundamentales, su tratamiento jurídico fue parco y negligente. El hecho de que se le hubiera confiado al legislador la determinación del contenido de la mayor parte de tales derechos hizo que solo siguieran de forma aparente una vía democrática consecuente. Al no tener validez jurídica directa, los derechos fundamentales siguieron siendo manifestaciones marginales extraestatales de la constitución, con un carácter meramente programático<sup>25</sup>.

Es un hecho evidente que la ausencia de mecanismos constitucionales que permitieran una protección directa y eficaz de los derechos fundamentales en la constitución alemana de 1919 hizo que ellos quedaran simplemente en el papel, como se demostró unos cuantos años después con el arrollador ascenso del nazismo, movimiento populista que con base en expresiones de fuerza que agredían los más elementales derechos ciudadanos, dio al traste con la Constitución y con el Estado de derecho.

Cuando Hitler, con su partido nazi, ganó las elecciones, fue designado Canciller o jefe del Gobierno, en enero de 1933. Con su política agresiva y provocadora concentró en muy poco tiempo todo el poder, anulando el del presidente, el anciano mariscal Von Hindenburg, no sin antes comprometer en sus planes ultranacionalistas al alto mando militar.

Cuando el Presidente falleció en 1934, no se le remplazó. Hitler asumió las funciones del presidente, en especial las de jefe de las fuerzas armadas; disolvió el parlamento y la organización federal; prohibió el funcionamiento de los sindicatos y partidos políticos; declaró al nacional socialismo como ideología oficial del Estado alemán; creó el Tercer *Reich* y se convirtió en su *Führer* (conductor).

Desapareció así cualquier vestigio de régimen constitucional. Lo que siguió es muy conocido: las anexiones de Austria y

---

<sup>25</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

Checoslovaquia, la invasión a Polonia, la Segunda Guerra Mundial, la instauración del régimen de terror nazi fascista y, finalmente, la derrota de Alemania a manos de los países aliados en 1945.

## **6. UNA CONCLUSIÓN PERTINENTE**

Como se ha podido apreciar en este capítulo, el modelo de constitución que produjo la Revolución Francesa, fue muy diferente al norteamericano en tres aspectos clave: la supremacía de la ley, en seguimiento del mandato imperativo de Rousseau; la ausencia de carácter normativo o eficacia jurídica de las normas constitucionales; la consiguiente imposibilidad de control constitucional por parte de los jueces, la que surge de la profunda desconfianza de los revolucionarios franceses ante los jueces, los que eran considerados proclives a la monarquía.

Ese modelo de constitución fue el que adoptaron los nuevos estados latinoamericanos, entre ellos el nuestro. Las constituciones de la primera república liberal, de 1810 a 1816; la de 1821 y las demás del siglo XIX, hasta la de 1886, estuvieron enmarcadas en el modelo francés de constitución.

La situación cambió en 1991 al acogerse por la Asamblea Nacional Constituyente, el modelo surgido en Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial, el de una constitución normativa y pluralista inmersa en la tendencia conocida como la del neoconstitucionalismo, lo que se analizará en los capítulos siguientes.





## Capítulo IV

# Viraje de Europa hacia un nuevo derecho constitucional





## 1. INTRODUCCIÓN

La enorme desgracia que significó para la humanidad el fascismo, en su intento por imponer un modelo totalitario de Estado, hundió al Estado liberal de Derecho en su más profunda crisis, ya que no fue capaz de detener tal desastre. El modelo francés de constitución demostró su incapacidad.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los ojos de Europa empezaron a mirar hacia el modelo norteamericano, en el que la constitución no solo tiene el carácter de norma jurídica, sino que, además, cuenta con un eficaz sistema de justicia constitucional que la protege. Se inició, entonces, un viraje hacia un nuevo constitucionalismo que tomó prestados elementos esenciales del modelo norteamericano para construir un nuevo tipo de Estado, levantado sobre la base del respeto a la dignidad humana y el compromiso por una sociedad más justa e igualitaria.

En ese sentido, deben ser tenidos como precedentes la creación en la Constitución de Weimar de un tribunal encargado de resolver los conflictos entre los poderes constitucionales, especialmente entre las distintas entidades territoriales, y, sobre todo, la aparición del sistema austriaco de justicia constitucional concentrada, obra personal de Kelsen, calificada por García de Enterría como una de las más grandes creaciones históricas debidas a un solo jurista<sup>1</sup>.

## 2. EL APORTE DE KELSEN

A Hans Kelsen se le debe la introducción en Europa continental de la idea de la justicia constitucional, elemento que permite darle

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1983, p. 56.

coherencia a la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento, la famosa pirámide invertida, que tiene a la constitución como el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico. Kelsen no solo diseñó la institución del Tribunal Constitucional de Austria en la Constitución de 1920, sino que, además, hizo parte de él por espacio de nueve años.

Para Kelsen, el tribunal constitucional no ejerce una verdadera función jurisdiccional. De acuerdo con su teoría, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside, ante todo, en que ésta crea normas generales mientras que la primera solo crea normas individuales.

Anular una ley es dictar una norma general porque la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su producción. En consecuencia, un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es un órgano del poder legislativo, es un legislador negativo<sup>2</sup>.

De acuerdo con la doctrina kelseniana, la constitución es una norma dotada de eficacia jurídica que no vincula a todos los poderes; vincula directamente al legislador y solo en forma mediata a los demás poderes. Kelsen sostenía que las disposiciones constitucionales referentes al procedimiento y al contenido de las leyes no pueden precisarse más que por medio de las leyes y que, por tanto, las garantías de la constitución no son más que medios contra las leyes inconstitucionales.

### **3. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947**

Pasada la Segunda Guerra Mundial se inició, especialmente en los países que fueron cuna del totalitarismo fascista (Italia y Alemania), un viraje hacia un nuevo tipo de constitución, de carácter normativo, dotada de derechos fundamentales, orientada hacia el Estado social

---

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Edit. Debate, 1988, p. 130.

de Derecho y protegida por una vigorosa justicia constitucional concentrada.

Expresiones de esa nueva concepción constitucional son la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, casi tres décadas más tarde, la Constitución española de 1978. Todas ellas ejercieron una significativa influencia en la elaboración de la Constitución colombiana de 1991, influencia que se ha prolongado hasta nuestros días, a través de la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales y de la exposición doctrinaria de sus profesores y tratadistas de derecho constitucional.

El 2 de junio de 1946, el pueblo italiano, mediante referéndum, se pronunció a favor de la abolición de la monarquía y por el establecimiento del sistema republicano. Ese mismo día, se eligieron los miembros de la asamblea que habría de redactar una nueva constitución para Italia, asamblea controlada por los tres principales partidos políticos de la época: la democracia cristiana, el comunista y el socialista. Esa situación los obligó a establecer compromisos que se expresaron en el contenido del documento constitucional, es decir, ninguno de ellos pudo imponer su propio modelo de Estado.

Un tratadista italiano sostiene que un acuerdo como el logrado entre grupos tan dispares sería difícil de explicar, si no se cae en la cuenta de que todos ellos tenían en común un ideal no solo negativo, el antifascismo, sino también positivo, la democracia, entendida como un conjunto de principios, de normas, de instituciones, que permite la más amplia participación de los ciudadanos en la cosa pública y, por consiguiente, el más amplio control de los poderes del Estado<sup>3</sup>.

La Asamblea Constituyente cumplió con la tarea de redactar la Carta Política, al mismo tiempo que desempeñaba las funciones de órgano legislativo. La nueva constitución fue promulgada el 27 de diciembre de 1947 y empezó a regir el primero de enero de 1948.

---

<sup>3</sup> Spagna Musso, E., citado por Ferrando Badía, Juan, *Regímenes políticos actuales*, cit., p. 403.

En la configuración de un constitucionalismo de nuevo tipo ha jugado un papel fundamental la Corte Constitucional, que solo pudo entrar en funciones en 1956. La Corte realiza su labor a través del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad por vía de acción y también por la vía de la excepción propuesta por cualquiera de las partes, el Ministerio Público o el propio juez, en el curso de un proceso ordinario; se trata de la cuestión de inconstitucionalidad, la que, una vez planteada ante la Corte Constitucional y aceptada por ésta, suspende toda la actuación procesal hasta que la Corte se pronuncie.

A través de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional italiana ha realizado una obra de gran importancia en materia de protección de los derechos constitucionales. Ha llegado incluso a declarar que ciertos derechos sociales, como el derecho a la salud, son directamente aplicables en las relaciones entre particulares<sup>4</sup>. Con el control incidental de constitucionalidad por vía de excepción, el derecho constitucional italiano suple, en buena parte, la ausencia del recurso de amparo, que sí aparece en las constituciones alemana y española.

#### **4. LA LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA**

Las condiciones en las que surgió la actual Constitución alemana fueron diferentes a las que se dieron en Italia. La parte occidental de Alemania se dividía en tres zonas de ocupación (británica, francesa y norteamericana), al frente de cada una de las cuales se encontraba un gobernador militar del respectivo país.

El proceso de reconstrucción institucional del país estaba sometido a la aprobación de las potencias aliadas. Los primeros pasos en esa dirección se dieron con las Constituciones de los *Länder*, que son los estados que conforman la República federal, las cuales se adoptaron entre 1946 y 1947.

---

<sup>4</sup> Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, cit., pp. 98-99.

En enero de 1947 se fusionó la zona de ocupación británica con la norteamericana, en lo que se llamó la *bizona*. Unos meses más tarde, ante el fracaso de una reunión de ministros-presidentes de todos los *Länder* alemanes, efectuada en Múnich, que incluyó los de la zona de ocupación soviética, Francia decidió integrarse a la *bizona*, con lo que quedó sellada la división de Alemania en dos partes: la occidental y la oriental.

En julio de 1948 se reunieron en Rittersturz, los ministros-presidentes de la zona occidental con el objeto de discutir la elaboración de una norma fundamental para los estados alemanes que se encontraban ocupados por las potencias occidentales. No se aceptó allí que se conformara una asamblea constituyente, solo un consejo parlamentario que se debía encargar de elaborar una ley fundamental, por tanto, provisional, y no una constitución, en sentido estricto.

#### **4.1 Primacía de la dignidad humana**

En el seno del Consejo Parlamentario se dio una intensa lucha entre los partidarios de un Estado federal y los que preferían una Confederación, con una muy débil ligazón institucional entre los *Länder* miembros, encabezados estos últimos por los dirigentes de Baviera.

La situación se veía complicada por el hecho de que los ocupantes franceses y norteamericanos estaban interesados en un futuro poder central alemán debilitado, por lo que le negaban a la Federación no solo importantes competencias legislativas, sino también impuestos propios, e incluso, una administración fiscal compartida<sup>5</sup>. Se impuso finalmente la tesis federal y la historia les dio la razón a sus promotores.

El Consejo Parlamentario inició sus labores en Bonn en septiembre de 1948. Sus reuniones estuvieron marcadas por un agudo enfrentamiento entre las dos fuerzas políticas más importantes de Alemania

---

<sup>5</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, cit., p. 27.

occidental: la coalición de la Unión Demócrata Cristiana y la Unión Cristiano Social, de una parte, y el Partido Social Demócrata alemán, de la otra. La Ley Fundamental para la República Federal Alemana fue aprobada el 8 de mayo de 1949 por amplia mayoría del Consejo, firmada por los representantes de EE. UU., Gran Bretaña y Francia el 12 de mayo y promulgada el 23 de ese mismo mes.

La constitución alemana se inicia con el capítulo de los derechos fundamentales, claro reconocimiento de la primacía de la persona humana sobre el Estado y señal inequívoca de rechazo al fascismo, para el cual el Estado lo es todo y el hombre concreto es apenas un elemento accidental que debe girar en función de aquel. Esa primacía de la persona humana la corrobora la sencilla y contundente fórmula del artículo 1º de la Ley Fundamental: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

El carácter normativo, su eficacia jurídica, es punto clave de la nueva constitución alemana. Apartándose del carácter meramente programático que tenían los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, también conocida como Ley Fundamental de Bonn, señala en forma expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable (art. 1-3), lo que permite que ante cualquier medida del poder público, el ciudadano pueda invocar sus derechos fundamentales y solicitar, en caso de lesión, protección judicial (art. 19-4).

## **4.2 Surge el Estado social de Derecho**

El Estado alemán es definido como federal, democrático y social. El concepto *Estado social* aparece de esta manera incorporado en un texto constitucional, ejemplo que será seguido por la Constitución española y, mucho más tarde, por la colombiana de 1991. Como lo anota un autor alemán, el principio *Estado social* se basa en el

continuo esfuerzo por implantar la justicia social, obliga al Estado a proteger a los estratos socialmente desfavorecidos y permite que se configuren como fundamentales los derechos económicos y sociales que sean consustanciales a la dignidad del hombre<sup>6</sup>.

A la validez directa de las normas constitucionales le es concedida una efectividad práctica y una eficacia real en virtud de una jurisdicción constitucional totalmente desarrollada en la Ley Fundamental. Al Tribunal Constitucional Federal le corresponde el control abstracto de constitucionalidad de las normas por la vía del control concentrado, mal llamado kelseniano (art. 93-2).

Dicho tribunal realiza también control de constitucionalidad en casos concretos, cuando los tribunales ordinarios suspenden un proceso y plantean una cuestión de constitucionalidad (art. 100) y, por último, cuando decide un recurso de amparo interpuesto por quien se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales (art. 93-4).

## **5. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

La instauración del régimen falangista en España en 1939, como consecuencia del triunfo del levantamiento militar del general Francisco Franco, que produjo la terminación abrupta y violenta de la efímera Segunda República (1931-1939), supuso el abandono de cualquier forma de legalidad constitucional y el establecimiento de un sistema autoritario de un corte similar al del fascismo italiano y al del nacionalsocialismo alemán.

En lugar de constitución se acudió a las leyes fundamentales, sistema que no expresa cosa distinta que la personalización del poder político con la atribución de la soberanía al jefe del Estado. Los derechos y libertades no eran reconocidos o solo lo eran de forma nominal. Se crearon órganos como las Cortes, el Consejo Nacional del Movimiento y el Consejo del Reino, los que no tenían capacidad

---

<sup>6</sup> Renken, Gerd, citado por Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 210.



de decisión alguna<sup>7</sup>. Todo el poder estaba concentrado de manera absoluta en el generalísimo Francisco Franco, quien se hacía llamar *Caudillo de España por la gracia de Dios*.

La dictadura franquista duró demasiado tiempo, hasta que Franco tuvo a bien morir en 1975. Franco pretendió prolongar las características esenciales de su régimen y con tal propósito dispuso que a su muerte retornara la monarquía, y se encargó personalmente de la formación del futuro rey, Juan Carlos de Borbón, hijo de Juan de Borbón, conde de Barcelona y pretendiente al trono de España que había dejado vacante su padre Alfonso XIII en 1931, al ser proclamada la República.

El proyecto sucesoral de Franco se desmoronó con la caída del gobierno presidido por el franquista Carlos Arias Navarro y su remplazo por el líder centrista Adolfo Suárez, gobierno que con el apoyo del rey Juan Carlos creó las condiciones para el establecimiento de un régimen democrático bajo la forma de monarquía constitucional.

La transición hacia la democracia en España fue impulsada por el gobierno presidido por Adolfo Suárez y su ley para la reforma política, de enero de 1977, lograda después de que se superara el rechazo de las familias herederas del régimen franquista, de un lado, y la oposición de la izquierda, de otro. La reforma hizo posible que se realizaran elecciones libres el 15 de junio de 1977 para integrar las Cortes, con el encargo de redactar una constitución, la que fue aprobada por las dos cámaras el 31 de octubre de 1978 y ratificada por referéndum popular el 29 de diciembre de ese mismo año.

## 5.1 Estado social y democrático de Derecho

La constitución define a España como un Estado social y democrático de Derecho, cuya soberanía reside en el pueblo y cuya forma política

---

<sup>7</sup> Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Vol. I, Madrid, Edit. Tecnos, 1994, p. 79.

es la monarquía parlamentaria. Hay que anotar que tal denominación es redundante porque todo Estado de Derecho es democrático. La monarquía es hereditaria; el rey es el jefe del Estado y de las Fuerzas Armadas.

El poder legislativo es ejercido por las Cortes Generales, conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, con facultades desiguales, ya que el primero ejerce funciones legislativas plenas, mientras que el Senado solo puede discutir los proyectos previamente aprobados por el Congreso de los Diputados.

El monarca designa como presidente del gobierno al jefe del partido político que resulte triunfador en las elecciones generales y éste debe recibir el voto de confianza del Congreso. Los ministros son nombrados por el rey, a propuesta del presidente del gobierno, pero deben recibir el voto de confianza de las Cortes. El jefe del gobierno tiene la facultad de disolver las Cortes Generales y convocar a nuevas elecciones.

Mención especial merece el tratamiento que la constitución le otorga al histórico problema de las diferencias étnicas, lingüísticas y culturales de los antiguos reinos, principados, condados y señoríos que a partir de los Reyes Católicos conformaron el hoy reino de España; también, al asunto relacionado con las tradicionales libertades o fueros que provienen de la época de la reconquista de España frente a los moros.

La gran novedad en este aspecto la constituyen las Comunidades Autónomas (art. 143), entidades territoriales con competencias legislativas en materias tales como la organización de sus instituciones políticas, la autonomía financiera y de políticas de desarrollo, el fomento de obras públicas, las políticas de salud, asistencia social, desarrollo cultural y otros aspectos (art. 148). El régimen autonómico español se presenta como una fórmula intermedia entre el asfixiante centralismo del régimen franquista y el federalismo.

## 5.2 La jurisdicción constitucional

Una de las grandes fortalezas de la constitución española reside en su jurisdicción constitucional, a cuya cabeza ha sido colocado el Tribunal Constitucional, entidad que empezó a operar el 15 de julio de 1980. El Tribunal está integrado por doce miembros nombrados por el rey, pero nominados por diferentes órganos: cuatro por el Congreso de Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. El mandato de sus magistrados es de nueve años y la corporación se renueva en una tercera parte cada tres años.

La jurisdicción constitucional española ha recibido una influencia directa del modelo alemán, aunque con ciertas variantes. El control de constitucionalidad de las leyes puede hacerse por dos vías: a través del recurso directo de inconstitucionalidad o por la vía indirecta, la que opera cuando se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con carácter de ley solo puede ser incoado por el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores. Cuando se trate de leyes que puedan afectar la autonomía de las comunidades autónomas, la inconstitucionalidad puede ser solicitada, además, por los órganos colegiados ejecutivos de dichas comunidades (art. 162-1).

La cuestión de inconstitucionalidad se presenta cuando dentro de un proceso, el juez o tribunal competente considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la constitución. En ese caso, deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que éste decida (art. 163).

Los derechos fundamentales encuentran un vigoroso mecanismo de defensa en el recurso de amparo constitucional, que permite proteger determinados derechos y libertades, particularmente los reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo 2º del título I de la constitución.

La amplia y sólida jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha logrado un coherente desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, lo que le ha permitido ganar legitimidad y autoridad en el conjunto de las instituciones españolas y superar conflictos con los órganos tradicionales de la administración de justicia, especialmente con el Tribunal Supremo, el que, a pesar de sus reticencias, terminó por aceptar la superioridad normativa de la constitución y la autoridad de su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional.



# La Constitución normativa

Segunda parte









## Capítulo V



## La idea de Constitución





## 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

El concepto de Constitución figura entre los más difíciles de la ciencia jurídica por la abundancia de significados que se le atribuyen, muchos de ellos contradictorios. El que aquí nos interesa es el que sirve de base al constitucionalismo, entendido éste como la limitación jurídica del poder y la existencia de garantías dentro de la comunidad política.

Aunque el vocablo proviene del latín *constitutionem*, la mayoría de los autores modernos coinciden en señalar que quien primero hizo uso del concepto fue Aristóteles, quien preocupado por el problema de la búsqueda de una forma de gobierno adecuada a su época para reforzar la unidad de la *polis*, amenazada desde diferentes frentes, utilizó la expresión *politeia* para referirse a un instrumento conceptual que plasmara la forma de la unión de los atenienses, término que la gran mayoría de los autores modernos ha traducido como constitución.

Cicerón utiliza el término *constitutio* para referirse a la búsqueda de la forma de gobierno ideal, el que pudiera garantizar estabilidad y equilibrio. Lo anterior indica que el concepto de constitución entre los antiguos tiene que ver con un tipo ideal de organización política de la comunidad y no con algo que haya existido realmente, lo que marca una diferencia sustancial con el significado del término en el mundo moderno<sup>1</sup>.

### 1.1 La Constitución medieval

Fioravanti sostiene que, aunque en la época medieval no hubo constituciones, en el sentido moderno, sí existió lo que podría

---

<sup>1</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 29.

llamarse un cierto tipo de constitución medieval, caracterizada de una parte por la limitación intrínseca (no contenida en textos) de los poderes públicos y, de otra, por la concepción por parte de quienes eran titulares de los poderes, de que el conjunto de las relaciones económicas, sociales y políticas obedecía a algo que ya estaba en sí jurídicamente ordenado.

Es decir, correspondía a un orden jurídico dado, estructurado por mil vínculos y convenciones, tan concretado en los hechos que provocaba la más extrema fragmentación, el más amplio particularismo, una casi ilimitada variedad constitucional<sup>2</sup>.

La praxis medieval del poder monárquico, moderado por la presencia de otros poderes de origen feudal y por las tradiciones históricas, desapareció ante el embate del absolutismo, el que, amparado en el moderno concepto de soberanía (Bodino y Hobbes), desconoció en forma expresa cualquier limitación al poder del rey.

La constitución medieval tuvo que ceder el paso a la ilimitada concentración de los poderes, bajo la consideración de que el rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados en él y solo en él, por un carácter particular, el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto.

## 1.2 El concepto moderno de constitución

El término *constitución* vinculado a una organización del Estado que garantice la limitación del poder político, apareció por primera vez en Norteamérica. En mayo de 1776 se expidió la Constitución de Virginia, complementada en el mes siguiente con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, prototipo de las modernas declaraciones de libertades y derechos ciudadanos. A la Constitución de Virginia le cabe el honor de haber sido la primera normativa orgánica escrita del Estado moderno, la que responde

---

<sup>2</sup> Ibidem, pp. 33 a 37.

plenamente a la idea de los límites del poder y a las garantías, es decir, al concepto moderno de constitución.

En 1787 se aprobó la Constitución Federal de Estados Unidos de América, modelo de constitución normativa que consagra un complejo sistema de frenos y contrapesos, orientado 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.

Cuando se expidió la Constitución Federal, la mayoría de las antiguas colonias americanas se habían dado ya sus propias constituciones. En las deliberaciones de la Convención de Filadelfia, pero especialmente en el proceso de ratificación de la constitución por parte de los estados, se produjo una muy rica discusión sobre lo que debía ser la constitución americana, de la cual surgió una memorable obra que sigue siendo considerada como una de las más completas en el ámbito del derecho constitucional norteamericano, *El Federalista*<sup>3</sup>.

La Francia revolucionaria acogió inicialmente el concepto de constitución como límite de poder. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 quedó consignado en forma expresa el concepto moderno de constitución, al señalarse en el artículo 16 que toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene constitución.

Sin embargo, la idea primigenia de constitución sufrió modificaciones sustanciales debido al hipertrofiado valor que la Revolución Francesa le dio al principio de la soberanía popular, de acuerdo con el cual, cuando un poder está auténticamente legitimado por el consenso popular, cuando está controlado por el pueblo y es responsable ante él, ya no tiene sentido insistir en el aspecto del límite. Esa

---

<sup>3</sup> Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

tesis produjo un grave detrimento al concepto de constitución como límite del poder, en beneficio de la supremacía de la ley, entendida ésta como expresión de la soberanía popular<sup>4</sup>.

## 2. CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO

La inescindible relación entre el poder político y la constitución de un país es compleja. En su famosa obra *¿Qué es una Constitución?* el dirigente socialdemócrata alemán Lasalle sostenía en forma categórica que los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; que la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y que las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. Agrupaba dentro de esos factores reales de poder, presentes en la Prusia de entonces, a la monarquía, al poder militar, al poder social de la nobleza terrateniente, al poder económico de la burguesía industrial y financiera y, dentro de ciertos límites, al poder espiritual, representado por la conciencia colectiva y la cultura general; incluía también, en casos extremos y desesperados, a la pequeña burguesía y a los obreros<sup>5</sup>.

La tesis de Lasalle corresponde a una situación histórica determinada. Prusia contaba con una constitución otorgada por el káiser Federico Guillermo IV en 1850, similar a la francesa de 1814, la que se consideraba como una concesión graciosa del soberano y en la que se permitía la existencia de un parlamento con escasas atribuciones propias. La situación actual es muy diferente. El derecho constitucional contemporáneo parte de la idea-fuerza de que la constitución tiene eficacia jurídica, está conformada por normas jurídicas. Ha quedado superada la vieja concepción de la constitución como mero manifiesto político-ideológico, reducido en su aspecto prescriptivo

---

<sup>4</sup> Fioravanti, ob. cit., p. 102.

<sup>5</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª ed., Madrid, Ariel, 1976, p. 97.

a señalar el conjunto de normas de organización político estatal y en el que los derechos son considerados como cláusulas programáticas, es decir, recomendaciones al legislador.

## 2.1 Interdependencia entre la constitución y la realidad socio política

Hoy, cuando en muchas partes del mundo la constitución ha adquirido valor normativo al convertirse en un conjunto de normas jurídicas, se ha puesto en evidencia un camino de doble vía: la constitución expresa la realidad social y política de un país, pero al mismo tiempo, gracias a la fuerza normativa de la que está dotada, ordena y conforma esa realidad.

Como lo afirma Konrad Hesse, la constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo; no puede ignorar las condiciones económicas, sociales, políticas o culturales de una sociedad determinada; no es ajena a los conflictos de poder; pero tampoco es pura y simplemente dependiente de esos elementos fácticos.

Agrega el profesor alemán que, en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas, la constitución no tiene que ser necesariamente la más débil. Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa incluso en caso de conflicto. Solo cuando esos presupuestos no se atienden, las cuestiones constitucionales devienen en cuestiones de poder, debiendo ceder la constitución jurídica ante la constitución real. Pero esto no autoriza a negarla sin más: el derecho constitucional no se encuentra en contradicción con la naturaleza de la constitución<sup>6</sup>.

Existe pues, una mutua y recíproca relación de dependencia entre la constitución y la realidad social y política. La norma constitucional carece de existencia propia, independiente de la realidad; su

---

<sup>6</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 77.

naturaleza estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar el Estado por ella normado. Esta pretensión de vigencia no puede desvincularse de las condiciones históricas de su realización, las condiciones naturales, técnicas, económicas, sociales y culturales, en interdependencia múltiple. En la medida en que consigue realizar esta pretensión de vigencia, la constitución alcanza fuerza normativa<sup>7</sup>.

## 2.2 La juridificación del poder político

Queda claro que la constitución surge de las relaciones de poder dadas en su momento, pero no permanece atada a las fluctuaciones generadas por las vicisitudes del poder político de manera tal que se deba modificar necesariamente cada vez que cambia la correlación de las fuerzas políticas. Por el contrario, su carácter jurídico le permite incidir de forma determinante en la realidad socio política del país. Tomemos como ejemplo la Constitución Federal norteamericana de 1787. Tal como se analizó en un capítulo precedente, para que ella fuera posible hubo que llegar a acuerdos y transacciones entre factores de poder que representaban a federalistas, antifederalistas, esclavistas y antiesclavistas. La situación hoy es muy diferente y sin embargo la constitución mantiene su vigencia y a partir de ella se ha regulado la existencia misma de los EE. UU. durante más de 200 años.

El poder político se ha juridificado en la medida en que la constitución normativa asume la formación del poder estatal a partir del libre ejercicio del poder político, asigna competencias a los diferentes órganos del Estado, limita y controla la función pública. Además, establece como zona indisponible para la actividad estatal los derechos constitucionales fundamentales y los dota de mecanismos de protección que les permiten hacer frente a la arbitrariedad y al desborde del poder público.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 66.

En la génesis y en el desarrollo de la constitución colombiana de 1991 se puede apreciar con bastante claridad la relación que existe entre el poder político y la constitución normativa. En la Asamblea Nacional Constituyente no hubo una fuerza política y social dominante, lo que hizo que fuera necesario llegar a acuerdos y consensos que vincularon a delegatarios comprometidos con los más poderosos grupos económicos, sociales y políticos del país, con los que representaban sectores populares e incluso, con actores que provenían de la insurgencia armada, recientemente desmovilizados.

El carácter progresista y avanzado de la Constitución de 1991 es, sin lugar a dudas, el producto de la correlación de fuerzas políticas y sociales que se dio en esa coyuntura histórica. Dicha correlación de fuerzas políticas ya no existe, pero la Constitución quedó y sigue irradiando su fuerza normativa sobre toda la sociedad con un vigor cada día mayor, sin que pueda decirse que ella favorezca a determinados factores de poder, exclusivamente.

La incidencia de los factores reales de poder, para utilizar la expresión de Lasalle, en la configuración de la constitución, es un hecho innegable. En algunas ocasiones la actuación de esos factores de poder es precisa y determinada; en otras, se presenta de manera coaligada con otros factores sociales de diferente índole. Como ejemplo del primer caso podemos recordar que debido a la Sentencia No. C-141 de marzo de 1995 de la Corte Constitucional que declaró inconstitucional la presencia de militares activos en los tribunales penales militares, un punto de honor para las Fuerzas Militares, éstas presionaron a favor de reformar el artículo 221 de la Constitución para que se insertara allí de forma expresa que dichos tribunales pueden estar integrados por militares en retiro o en servicio activo, lo que se produjo de manera muy rápida al expedirse el Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 1995. Se solucionó así un conflicto que afectaba a un factor de poder que tiene mucho peso en la comunidad por la vía institucional, la de la reforma constitucional.

No es difícil rastrear los intereses políticos que han intervenido en las numerosas reformas a la constitución colombiana. Otro caso que podemos mencionar al respecto, es el presentado con los artículos



134 y 361 de la Constitución de 1991 mediante los cuales se eliminó la figura de los suplentes de los congresistas. Estos, importante factor de poder, se sintieron afectados y reaccionaron promoviendo el Acto Legislativo 03 de 1993 que permitió la vacancia por faltas temporales e incluyó dentro de ellas, la licencia no remunerada no inferior a tres meses, lo que permitía que esa falta temporal pudiera ser suplida por el candidato que le siguiera en la misma lista electoral. Se revivió así, de manera encubierta, la figura de los suplentes.

Años después, por presión de la opinión pública, el Acto Legislativo 01 de 2009, en su artículo sexto, volvió a prohibir los suplentes de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, disposición que fue ratificada por el Acto Legislativo 02 de 2015 en su artículo cuarto. De esta manera, el poderoso Congreso de la República terminó siendo afectado en sus privilegios por el duro embate que en su contra promovió la opinión pública hasta el punto de tener que aceptar la figura de la *silla vacía*, que impide que puedan ser reemplazados los congresistas que sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad, como lo prevé el artículo cuarto ya mencionado.

Lo que hay que destacar es que las soluciones a esos conflictos de poder han tomado el camino previsto por los mecanismos constitucionales y una vez convertidas en normas adquieren carácter vinculante para todos, lo que refleja en la praxis la juridificación del poder político, que no es otra cosa que la expresión clara y diáfana del carácter normativo de la constitución.

### **3. LAS TAREAS DE LA CONSTITUCIÓN**

Jellinek, el más importante de los juristas alemanes de finales del siglo XIX y comienzos del XX, hizo una admirable descripción de lo que significaba la constitución para el derecho constitucional clásico, del que fue uno de sus más brillantes exponentes. Están contenidos en

esa descripción los aspectos esenciales de la organización del Estado, de la competencia de sus órganos y de los límites de la actuación estatal:

“Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución. Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera sería una anarquía.

[...] La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, 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<sup>8</sup>”.

Como lo indica Hesse, la descripción realizada por Jellinek aparece *prima facie* como inobjetable, pero en realidad es insuficiente. Corresponde al significado que tenía la constitución en Europa en una época históricamente superada, pero no al que tiene en nuestros días, particularmente, a partir del viraje presentado después de la Segunda Guerra Mundial.

El sentido y significado de una constitución vigente en la época actual, como la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución colombiana de 1991, solo se revelan cuando se adquiere conciencia de que, dentro de la realidad vital de una comunidad política moderna, le incumben a la constitución, además de la función organizativa, la función integradora y la función de directriz jurídica<sup>9</sup>.

En efecto, el derecho constitucional actual reconoce el papel de la constitución como instrumento regulador de la actividad

---

<sup>8</sup> Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 457.

<sup>9</sup> Hesse, Konrad, “Constitución y derecho constitucional”, en: Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 2.

sociopolítica, con miras a la consolidación democrática y al aseguramiento de la convivencia pacífica, dentro de un marco jurídico institucional de amplia aceptación. Para lograrlo, la constitución tiene hoy unos cometidos o tareas en los que se combinan la limitación del poder con la promoción de los derechos económicos y sociales de la comunidad.

Siguiendo esa orientación, Schneider sostiene que la constitución se debe entender, en un sentido funcional, como el estatuto jurídico fundamental para la formación de la unidad política, la asignación del poder estatal y la configuración social de la vida; por consiguiente y ante todo, como un instrumento de control social del proceso de *consociación*, término que el autor utiliza para referirse a la forma de organización estatal de convivencia social regulada democráticamente<sup>10</sup>.

Ante la pregunta planteada sobre lo que persigue la constitución, un amplio sector de la doctrina alemana coincide en señalarle tres funciones o tareas fundamentales, las que son perfectamente aplicables a la actual Constitución colombiana:<sup>11</sup>

(i) La formación de la unidad política de la comunidad; (ii) la organización y coordinación del poder estatal como un orden que limita el poder y garantiza los derechos fundamentales, y, iii) la configuración social de las condiciones de vida de la comunidad política a través de un orden que promueva y persiga un sistema socioeconómico legítimo y justo.

### **3.1 La unidad política de la comunidad**

La convivencia humana solo es posible en el Estado y a través del Estado. Como lo señala Hesse, el Estado y el poder estatal no son entidades preexistentes. Adquieren realidad en la medida en que

---

<sup>10</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, cit., p. 42.

<sup>11</sup> Sector en el que se aprecia una clara conexión conceptual entre Smend, Heller, Hesse y Schneider, para citar los más conocidos.

consiguen reducir a una unidad de actuación los múltiples intereses, las diversas aspiraciones y formas de conducta existentes en el seno de una comunidad, en la medida en que se logra producir la unidad política, es decir, la integración de la comunidad bajo unos parámetros que hagan posible la convivencia pacífica.

La unidad política debe ser perseguida constantemente y se realiza mediante el acuerdo o compromiso expreso, el asentimiento tácito e incluso mediante la coerción ejercida con resultado positivo; es decir, se trata de una unidad de tipo funcional que permite, en últimas, que exista un Estado que evite la anarquía y la guerra civil.

La unidad política no significa un armónico estado de coincidencia general en el que desaparezcan las diferencias sociales, políticas o de tipo institucional y organizativo, a través de la nivelación total. La unidad política no resulta imaginable sin la presencia de conflictos en la convivencia humana, conflictos que preservan del estancamiento y son la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría.

Es claro, entonces, que la formación de la unidad política no elimina las diferencias sociales, políticas o institucionales. Esos conflictos existirán siempre y constituyen la fuerza motriz de la historia. Lo que se persigue es garantizar la formación y mantenimiento de la unidad política sin ignorar o reprimir el conflicto en nombre de la unidad política y, a la vez, sin sacrificar la unidad política en nombre del conflicto<sup>12</sup>.

El éxito del proceso de integración estatal depende de que éste sea sostenido, de que los ciudadanos se hagan responsables de él y lo defiendan. Solo en la medida en que ello sea así se podrá decir que se trata de un Estado consolidado. Esas condiciones dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la tradición, el nivel de conciencia política o los líderes. Pero necesita también del derecho, del ordenamiento jurídico.

---

<sup>12</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., pp. 8 y 9.

Las tareas del Estado requieren de organización y de un proceso ordenado; pero para conciliar voluntades que hagan posible ese proceso, se necesita que se configure el contenido del ordenamiento jurídico de un modo tal que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esa tarea la cumple la Constitución por medio de sus derechos fundamentales<sup>13</sup>.

### 3.1.1 *El aseguramiento de la convivencia social pacífica*

Para Schneider, el significado de una Constitución no se agota en la regulación de procedimientos de decisión y acción estatales, ni ella tiene por finalidad crear una integración armónica ajena a cualquier conflicto, ni superar las necesidades e intereses antagónicos para lograr un sistema social homogéneo.

La Constitución se caracteriza sustancialmente por hacer posible una consolidación democrática asegurando una convivencia social pacífica mediante la exclusión de la violencia para el logro de objetivos políticos, estableciendo el marco institucional para una actividad estatal unificadora, y realizando una libertad, igualdad y solidaridad concretas.

Sostiene el jurista alemán que, desde ese punto de vista, la libre *consociación* en la comunidad democrática descarta cualquier régimen arbitrario “impuesto desde arriba”, así como toda violencia “impuesta desde abajo”, con lo que se logra evitar fenómenos de ruptura equivalentes a las guerras civiles, y garantizar al mismo tiempo una participación activa lo más alta posible<sup>14</sup>.

El cometido de fortalecer el proceso de integración estatal en Colombia es tarea prioritaria. La nación ha padecido históricamente el flagelo de la violencia fratricida, agravada en ocasiones con acciones terroristas que rebasan los límites del horror. Grupos insurgentes armados expresan un abierto rechazo del ordenamiento jurídico nacional e incluso, del derecho internacional humanitario. Esta situación no se puede prolongar de manera indefinida.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>14</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, cit., p. 40.

Solo una constitución normativa, democrática y pluralista puede ofrecer las garantías suficientes para superar diferencias de cualquier naturaleza, sin tener que acudir a la violencia armada, dentro de un marco adecuado para la atención y resolución civilizada de los conflictos sociales, por graves y delicados que ellos sean.

### **3.2 Organización y coordinación del poder estatal**

El carácter democrático del Estado constitucional no admite la radical separación entre Estado y sociedad. Los ciudadanos no solo son destinatarios de la acción estatal, también son generadores de esta.

Ahora bien, si el Estado solo existe a través de la actuación humana, es necesario organizar la cooperación planificada y consciente que conduzca a la formación de la unidad política en la que deben realizarse las tareas del Estado. Para ello se requiere un orden jurídico que garantice el éxito de esa cooperación. Pero ese orden jurídico también se requiere para regular la estructura del Estado y la acción de sus órganos.

La Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad política. Le corresponde, como función primaria, fijar los aspectos esenciales de la organización del Estado, determinar la conformación de los órganos del poder público y asignarles las competencias correspondientes para que puedan cumplir con las funciones que les han sido señaladas.

Al fundar precisas competencias, se crea un poder estatal ajustado a derecho, un poder que debe actuar de conformidad con los mandatos otorgados. La constitución ordena cuáles son los cometidos que deben cumplir los órganos estatales de manera que se complementen entre sí y se garanticen la cooperación, la responsabilidad, el control y la limitación del poder y, finalmente, para que se impida el abuso del poder<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Hesse, *Constitución y derecho constitucional*, cit., p. 4.

A la constitución no solo le corresponde asumir el problema de la formación del poder estatal a través del ejercicio del poder político legítimo y mediante precisas regulaciones por medio de las cuales se constituyen y actúan los órganos estatales. A ella también le corresponde la coordinación de la vida política dentro de la comunidad asegurando la libre actuación de los partidos y grupos sociales en la tarea de la formación de la voluntad estatal, todo ello en desarrollo de su función democrática.

La constitución ejerce, además, la función de coordinar el poder fijando límites jurídicos a ese poder estatal. Se impide la arbitrariedad y la discrecionalidad del poder público mediante la división de poderes y el establecimiento de zonas indisponibles para el poder político por medio de las cuales se otorgan efectivas garantías a los derechos fundamentales, las que impiden su desconocimiento o lesión y permiten rodearlos de una amplia protección jurídica.

Las funciones de integración de la comunidad política y de organización del Estado se encuentran, en lo fundamental, interrelacionadas. El buen éxito de la organización y actividad de los órganos estatales depende, en gran parte, del nivel que haya alcanzado la unidad política de la comunidad. De igual manera, habrá un buen clima de integración social si existe una actuación estatal eficaz y eficiente que logre adhesión y apoyo de la comunidad.

### **3.3 Configuración de un modelo de vida hacia el futuro**

La Constitución no se limita a la organización del poder y a la distribución de competencias estatales, con base en reglas claras de limitación de ese poder y de garantía de los derechos de libertad, es decir, con sujeción a la juridicidad (Estado de Derecho). Va más allá. Tiene como cometido un orden político, económico y social justo, para utilizar la misma expresión contenida en el preámbulo de la Constitución colombiana de 1991.

La constitución se ocupa de la configuración de las condiciones sociales de la comunidad política a través de una serie de regulaciones dotadas de fuerza vinculante, que encuentran su fundamentación jurídico-constitucional en el principio del Estado social de Derecho. Con esta función, la constitución adquiere una sólida legitimidad, un amplio consenso dentro de la comunidad política que la percibe como un valioso instrumento en la búsqueda de mejores condiciones de vida para la inmensa mayoría de sus integrantes.

Schneider sostiene que la constitución posee el carácter de un amplio modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro, por lo que siempre tiene algo de *utopía concreta*. Resalta la orientación finalista que tiene el derecho constitucional con respecto a directivas y mandatos constitucionales que reflejan las esperanzas consignadas por el poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales, lo que significa que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes.

Afirma, además, que tales objetivos de la constitución pretenden la convivencia social; el respeto de la dignidad humana; el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad; la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humanas, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática<sup>16</sup>.

La Constitución colombiana de 1991 responde en buena medida al cometido de configurar las condiciones de vida de la comunidad y proyectarlas como un modelo de vida orientado hacia el futuro. Sobre la base del Estado social de Derecho como directriz fundamental, la constitución incluye una amplia Carta de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y ecológicos, y los ha dotado de eficaces mecanismos jurídicos de protección.

La Corte Constitucional ha desarrollado esa directriz con acierto, en la inmensa mayoría de los casos. Como resultado de todo

---

<sup>16</sup> Schneider, ob. cit., p. 49.



lo anterior, la Constitución de 1991 es percibida por la comunidad en general como un orden jurídico garantista de los derechos y una carta de navegación hacia un futuro mejor.

## **4. ESQUEMAS TRADICIONALES DE CLASIFICACIÓN**

En los manuales de derecho constitucional se suelen incluir algunas categorías clasificatorias de la constitución sobre la base de criterios, que fueron importantes en el pasado, pero que ya no lo son tanto, por diversas razones. A guisa de información, mencionaremos las más conocidas de esas categorías, no sin antes advertir que la distinción más importante en nuestra época es la que enfrenta a la constitución normativa, que produce efectos jurídicos, con la no normativa, que solo produce efectos políticos y recomendaciones al legislador.

### **4.1 Constitución en sentido formal y en sentido material**

Es esta una distinción que se debe a los autores alemanes de finales del siglo XIX y, en especial a Jellinek, quien consideraba que la característica jurídica esencial de la constitución es el hecho de poseer una fuerza de ley formalmente superior<sup>17</sup>.

Solo puede ser considerada como constitución, en sentido formal, un documento específicamente elaborado, expedido de manera solemne por un órgano al que previamente se le ha conferido la potestad constituyente, que no puede ser reformado por los procedimientos legislativos ordinarios y que está por encima de las otras normas jurídicas de un Estado.

Jellinek no se conformaba con una definición formal de constitución. En sentido material, la consideraba como un conjunto de normas jurídicas que definen los órganos supremos del Estado,

---

<sup>17</sup> Jellinek, ob. cit., p. 480.

determinan la forma de su creación, su relación recíproca y su ámbito de actuación, y fijan la posición básica del individuo en relación con el poder del Estado<sup>18</sup>. Según este criterio de clasificación, Gran Bretaña no tiene Constitución desde el punto de vista formal, pero sí la tiene, y muy vigorosa, por cierto, desde el punto de vista material.

La clasificación entre formal y material ha entrado en desuso en la medida en que la teoría constitucional de nuestro tiempo no acepta que pueda existir una constitución meramente formal, es decir, sin un contenido que responda a los lineamientos generalmente aceptados en un Estado democrático.

## **4.2 Constitución rígida y constitución flexible**

La constitución flexible es aquella que no exige procedimientos especiales para su modificación, por lo que puede ser reformada por leyes ordinarias y aun por la costumbre. Es el caso de la constitución inglesa. Pero también son flexibles las constituciones francesas del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, en la medida en que podían ser modificadas por leyes ordinarias.

La constitución rígida, por el contrario, es la que exige procedimientos extraordinarios y complejos que dificultan en gran medida su reforma. El prototipo de constitución rígida es la de Estados Unidos, la que, debido a las dificultades introducidas en el texto para su modificación, solo ha tenido 27 breves y muy concisas enmiendas en toda su larga historia.

La Constitución colombiana de 1991 bien puede ser considerada como semirrígida, puesto que, aunque exige procedimientos extraordinarios para su reforma, permite que uno de ellos, el Acto Legislativo, no ofrezca muchas dificultades para su adopción, lo que explica que a comienzos del año 2020 ya se hubieran producido 38 reformas constitucionales.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 457.

### **4.3 Constitución escrita y constitución consuetudinaria**

La inmensa mayoría de las constituciones que en el mundo existen constan en un documento único expresamente redactado con el fin de servir de Carta Política del Estado. Hay también constituciones no escritas, las consuetudinarias. Son las que se han formado de manera lenta y progresiva en el curso del desarrollo histórico del Estado.

Como se vio en su oportunidad, la Constitución inglesa, hoy del Reino Unido, está integrada por documentos y leyes de naturaleza constitucional de inigualable valor jurídico, provenientes del parlamento, pero también por el *common law* y por convenciones constitucionales. Al igual que en el Reino Unido, existen constituciones consuetudinarias en Israel y en Nueva Zelanda.

## **5. CLASIFICACIÓN ONTOLÓGICA**

Lowenstein ha introducido una categoría de clasificación que ha denominado ontológica. En lugar de analizar la naturaleza misma y el contenido de las constituciones, tiene en cuenta el problema de la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder dentro del respectivo país. De acuerdo con ese criterio funcionalista, la constitución puede ser: (i) normativa; (ii) nominal y, (iii) semántica<sup>19</sup>.

### **5.1 Constitución normativa**

Es la que se caracteriza porque sus normas dominan todo el proceso político. El concepto parte del criterio de que una constitución no funciona por el solo hecho de haber sido adoptada por el pueblo, sino que debe ser vivida tanto por sus destinatarios como por los detentadores del poder.

---

<sup>19</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, p. 216.

Para que sea real y efectiva, la constitución deberá ser acatada lealmente por todos y necesitará un ambiente socio político favorable para su realización. En resumen, hay constitución normativa cuando todos los elementos del proceso político de un Estado están efectivamente sometidos a las normas constitucionales.

## **5.2 Constitución nominal**

Cuando la constitución es jurídicamente válida pero el proceso político no se adapta a sus normas, se está frente a una constitución nominal. Corresponde este tipo a la situación que se presenta cuando no existe concordancia plena entre las normas constitucionales y las prácticas utilizadas en el ejercicio del poder, debido a los precarios presupuestos sociales y económicos existentes en el país.

Lowenstein cita como ejemplos, la carencia de una educación en general y educación política en particular, la inexistencia de una clase media independiente, los problemas derivados del subdesarrollo y otros factores que impiden una realización plena de las normas constitucionales. Sin embargo, cuando hay buena fe en los detentadores y destinatarios del poder, existe la esperanza de que tarde o temprano la realidad del proceso político coincida con las normas constitucionales, para que así la constitución nominal se convierta en normativa.

## **5.3 Constitución semántica**

Se trata aquí de constituciones que, aunque sean aplicadas, en su realidad ontológica no son sino la formalización de la existente situación del poder político ejercido en beneficio exclusivo de los detentadores del poder de hecho, gracias a que disponen del aparato coactivo del Estado.

Mientras que la tarea original de la constitución fue limitar el poder, con el correspondiente libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social bajo

la constitución semántica tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada conforme a la voluntad de los dominadores fácticos para estabilizar y mantener su ejercicio del poder político. Esto equivale a señalar que no habría mayores diferencias si simplemente no existiera ninguna constitución.



## Capítulo VI

# Juridicidad de la Constitución de 1991



## **1. GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN PLURALISTA**

En 1991 irrumpió en Colombia, con sorprendente intensidad, un nuevo tipo de constitución. Después de casi 180 años de una rica historia constitucional, que se inició el 20 de julio de 1810, en la que se sucedieron numerosas Cartas Políticas que tenían como pilar la hegemonía de la ley, se produjo un significativo viraje histórico en el constitucionalismo colombiano.

La Constitución de 1991 no partió de cero; no significa un borrón y cuenta nueva en el derecho constitucional colombiano. Por el contrario, sus raíces se hunden en la tradición constitucional de casi dos siglos.

Su novedad consiste en que se inserta en la tendencia constitucional surgida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, que hizo de la constitución un ordenamiento que se caracteriza por la naturaleza vinculante de sus normas, su eficacia jurídica, por su carácter pluralista y por su pretensión de servir como modelo de vida para la comunidad política. Esas características le han otorgado a la constitución una indiscutida legitimidad y un amplio y creciente respaldo popular, situación que nunca antes se había presentado en la historia del país.

### **1.1 Reformas frustradas**

Al iniciarse el último cuarto del siglo XX era evidente el desgaste del sistema político institucional colombiano. El régimen del Frente Nacional había logrado que se superara la absurda violencia entre los dos partidos tradicionales, pero había debilitado la esencia de la democracia.



La reforma constitucional de 1968 había hecho del Congreso un actor secundario en el proceso de la toma de decisiones, lo que convirtió a los partidos políticos en entidades desdibujadas que marchaban a remolque del gobierno, reclamando cuotas burocráticas y contratos oficiales.

Se creó un contubernio entre los organismos de fiscalización y el Congreso, en especial entre la Contraloría General de la República y la Cámara de Representantes, que generó escandalosos actos de corrupción. La impunidad criminal llegó a límites insostenibles.

En la opinión pública se fue abriendo paso la idea de que se requerían reformas de fondo que tocaran todas las ramas del poder público, los organismos de control y las entidades territoriales. Sin embargo, las modificaciones que la constitución demandaba con urgencia se habían convertido en empresa casi imposible. Los intentos de hacer reformas constitucionales de fondo, realizados entre 1977 y 1989, habían terminado, por una u otra razón, en el fracaso.

Unas veces lo fueron por sentencias de inexecutableidad de la Corte Suprema de Justicia; otra, por decisión del Consejo de Estado, y una más, por la férrea oposición de un sector del partido conservador<sup>1</sup>. Todo ello contribuyó a minar la legitimidad constitucional y generó la sensación, un tanto desesperada, de que se habían agotado las posibilidades de reforma y que no era posible superar la obsolescencia de la constitución. Lo anterior condujo al constituyente primario a imponer una salida extraconstitucional, aunque democrática, que puso fin a la Constitución de 1886 y dio paso a un nuevo tipo de constitución.

## 1.2 El asesinato de Luis Carlos Galán

La actual constitución surgió en una difícil coyuntura histórica como resultado de un dinámico y complejo proceso socio político.

---

<sup>1</sup> Una descripción de las reformas frustradas durante ese lapso se puede ver en Vila Casado, Iván, *Historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 185 y ss.

Al desgaste institucional se había sumado la violenta irrupción del narcoterrorismo con su ola de crímenes, intimidaciones y escandalosos actos de corrupción. Jueces, magistrados, periodistas y candidatos presidenciales, cayeron acribillado por sicarios a órdenes de los multimillonarios capos del narcotráfico que habían decidido hacerse al poder político.

Su principal enemigo en la escena política era el candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento. Su asesinato en la noche del 18 de agosto de 1989 fue la gota que desbordó la copa de la insatisfacción popular con el estado de cosas.

Con Galán quedaron tendidas en la tarima levantada esa fría noche en el parque principal del municipio de Soacha, Cundinamarca, las ilusiones de millones de colombianos que habían acogido con entusiasmo las banderas de transformación social y política que venía agitando desde hacía varios años el carismático líder del Nuevo Liberalismo. Su liderazgo había crecido de tal manera, que muy pocos dudaban de que sería elegido presidente de la República en las elecciones de 1990.

Un sentimiento combinado de dolor, rabia y frustración se apoderó de los colombianos. La reacción popular no se expresó, como inicialmente se había temido, en desórdenes, destrucción y saqueos. Por el contrario, se tradujo, de manera proactiva, en un amplio movimiento de masas que iniciaron los estudiantes en Bogotá, con caudalosas movilizaciones, bajo la consigna “Todavía podemos salvar a Colombia”, movimiento que se trazó como objetivo central hacer posibles las reformas institucionales que el país requería y que Galán se había propuesto realizar.

### **1.3 La torpedeada reforma del presidente Barco**

En ese entonces, se tramitaba en el Congreso de la República una reforma de la constitución propuesta por el presidente Virgilio Barco Vargas. El proyecto recogía, en lo fundamental, los puntos programáticos consignados en el acuerdo mediante el cual Luis Carlos

Galán había accedido a regresar, junto con su movimiento político, al seno del Partido Liberal. Se trataba de una muy amplia reforma de 181 artículos que perseguía modernizar las instituciones con cuatro objetivos fundamentales:<sup>2</sup>

1. Estimular y facilitar la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas.
2. Asegurar el respeto de la dignidad y de los derechos de todas las personas por igual, con la inclusión de nuevos derechos, la ampliación de los existentes y el establecimiento de mecanismos especiales para hacer posible que todos ellos tuvieran plena vigencia.
3. Establecer responsabilidades claras de todos los funcionarios públicos y de los partidos políticos, tanto de gobierno como de la oposición, con el objeto de suprimir la existencia del poder sin responsabilidad.
4. Hacer más eficiente al Estado, con mecanismos adecuados de colaboración entre las distintas ramas del poder público y con el mejoramiento de cada una de ellas para que el Estado pueda cumplir debidamente sus deberes y preste diligentemente los servicios a quienes los necesitan.

La opinión pública seguía con optimismo la discusión de la reforma constitucional y confiaba en que ella sería un buen instrumento para hacerle frente a los males de la República. Diversas circunstancias presentadas en los años anteriores habían generado consenso alrededor de la idea de que la Constitución de 1886 se había tornado obsoleta.

A la expectativa reinante había contribuido la insistente prédica de Galán en contra de la corrupción política, del narcotráfico y por cambios sustanciales que se tradujeran en mejores condiciones de vida para la población. Muy pronto, las ilusiones se desvanecieron. Cuando la iniciativa de reforma pasó por la Cámara de Representantes

---

<sup>2</sup> Exposición del presidente Virgilio Barco para explicar su proyecto de reforma constitucional, véase: *Derecho colombiano*, Tomo 58, N° 321, septiembre de 1988.

en su segunda y definitiva vuelta, algunos congresistas le agregaron una norma que prohibía la extradición de nacionales. El Gobierno la consideró inadmisibles porque con ella se buscaba favorecer a los carteles dedicados al narcotráfico, por lo que trató de detenerla en el Senado de la República, con infructuoso resultado.

Ante la imposibilidad de recomponer el proyecto, que estaba a un paso de su aprobación final, el presidente Barco prefirió que se hundiera la iniciativa por la que tanto había trabajado. El 13 de diciembre de 1989, el Gobierno solicitó el archivó del proyecto, lo que produjo un sentimiento de decepción en la opinión pública que veía así escaparse la oportunidad de transformación de las instituciones públicas.

## **1.4 Una constitución para afrontar la crisis**

Al desconcierto creado por la caída de la reforma constitucional en el Congreso, siguió la respuesta audaz y creativa de sectores de la opinión pública liderados en esta oportunidad por los estudiantes universitarios, quienes promovieron la idea de la “séptima papeleta”. Esta consistía en depositar en las urnas en las elecciones del 11 de marzo de 1990 una papeleta adicional en la que los votantes expresaran que estaban de acuerdo con la convocatoria de una asamblea nacional constituyente<sup>3</sup>.

La iniciativa cobró fuerza en todo el país y tuvo un gran despliegue en los medios de comunicación. Los partidos políticos no tuvieron opción distinta a sumarse a ella. La Registraduría Nacional del Estado Civil anunció que, si bien no estaba autorizada legalmente para escrutar la séptima papeleta, su inclusión en el sobre electoral no anulaba el voto.

El resultado extraoficial fue el de cerca de dos millones de votos a favor de convocar una asamblea constituyente, una cifra bastante

---

<sup>3</sup> En esa oportunidad los colombianos podían depositar en las urnas seis papeletas para elegir alcalde, concejales, diputados a la Asamblea, representantes a la Cámara, senadores y candidato a la presidencia por el Partido Liberal.

elevada, si se tiene en cuenta el temor a una posible anulación judicial del voto y el hecho de que una buena parte de los jurados no contabilizó dicha papeleta.

Esa era la oportunidad que esperaba el presidente Barco. Consciente de que había consenso en el país para romper las ataduras constitucionales que impedían acudir de manera directa a los ciudadanos para que se dieran las reformas que a bien quisieran, Barco expidió el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, en el que ordenó a la organización electoral contabilizar los votos que se emitieran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de ese mismo año, a favor o en contra de la convocatoria a una asamblea constitucional para reformar la Constitución Política.

El decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia por unanimidad, lo que permitió que el 27 de mayo de 1990 se produjera la más contundente expresión del constituyente primario colombiano en toda su historia: 5.236.863 ciudadanos dijeron que estaban de acuerdo con reformar la constitución a través de una asamblea constituyente, a pesar de que las normas constitucionales vigentes lo prohibían expresamente; tan solo 230.080 dijeron que no. Siguieron luego varios acontecimientos, que mencionamos más adelante, que desembocaron finalmente en la expedición de la Constitución de 1991.

Merece ser resaltado el hecho de que el país hubiera decidido encarar la grave crisis que lo agobiaba con la determinación de modificar la constitución y modernizar las instituciones jurídico-políticas. Ante el tamaño de la crisis y el grado de obsolescencia al que había llegado la Carta Política, el país le apostó a un nuevo modelo de constitución y a construir, en consecuencia, un nuevo tipo de Estado que dejara atrás el Estado liberal de Derecho.

El pueblo colombiano optó por la decisión de considerar que la solución a la crisis debía partir de la constitución. Los hechos demuestran que se trató de una decisión acertada. La constitución actual se ha convertido en un eficaz instrumento de transformación social.

## 2. CONDICIONES DE LA JURIDICIDAD

El éxito que ha tenido la Constitución colombiana de 1991 se debe, en lo fundamental, al hecho de que, al igual que la alemana, la italiana o la española, está concebida como una “constitución jurídica”, y en tal sentido, obliga en forma inmediata y directa a los poderes públicos a garantizar la efectividad de los derechos constitucionales. Sus contenidos están escritos y codificados en un documento, lo que hace que el texto normativo adquiera una fuerza vinculante especial y determine los límites de la interpretación constitucional posible.

Las reglas de juego establecidas con el objeto de hacer factible la convivencia pacífica solo logran afincarse cuando sus normas son obligatorias para los poderes constituidos; cuando los mecanismos que aseguran su vigencia no quedan a disposición del poder ejecutivo, del legislativo o del judicial; en otras palabras, cuando la constitución tiene eficacia jurídica y se ubica en el más elevado nivel del ordenamiento normativo.

La juridicidad de la constitución ha traído como consecuencia inmediata la configuración de Colombia como un Estado constitucional. Se ha quebrado la hegemonía material de la ley y el lugar privilegiado que ésta ocupaba dentro de la comunidad política ha sido tomado por la constitución.

Hay un proceso dinámico, no exento de altibajos, dirigido a asegurar la superioridad jurídica de la constitución y a enraizarla en la vida de la sociedad, como la única alternativa viable para la convivencia pacífica de los colombianos. Los argumentos que demuestran de manera fehaciente el carácter jurídico que tiene la Constitución de 1991 son los siguientes:

- Su origen democrático, expresado por la inequívoca manifestación del poder constituyente primario, como nunca antes había sucedido en la historia del país.
- La consagración expresa del carácter normativo de la constitución.
- La existencia de garantías jurídicas para la protección de la constitución y de la supremacía de la que está revestida.

- Su vocación de permanencia, reforzada con procedimientos extraordinarios para su reforma.

### **3. EL PODER CONSTITUYENTE**

El 24 de agosto de 1990, el recién posesionado presidente de la República, César Gaviria Trujillo, dictó el Decreto Legislativo 1926, con base en las facultades del Estado de Sitio, mediante el cual se ordenó a la organización electoral contabilizar los votos que los ciudadanos depositaran el 9 de diciembre para decidir si se convocaba o no una asamblea constitucional.

En ese mismo decreto se fijaron las fechas entre las cuales debía sesionar la asamblea y se estableció el contenido de las papeletas, en las que se debía incluir la lista de candidatos por la que cada ciudadano votaba en caso de que decidiera apoyar la convocatoria. Se señaló, además, el temario previamente acordado por los dirigentes políticos nacionales, al que se debía circunscribir el trabajo de la asamblea.

El Decreto 1926 de 1990 pasó a revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, corporación en donde tuvo lugar una dura confrontación entre los partidarios de su viabilidad jurídica y los que se oponían a ella.

La sentencia del 9 de octubre de ese año, que puso fin a la discusión y dio vía libre para que el pueblo decidiera mediante referendo si se convocaba una asamblea nacional constituyente, produjo una gran conmoción en el país. La gran mayoría de la opinión pública la recibió con beneplácito, pero un sector importante del ámbito jurídico la cuestionó acremente y aún la sigue censurando.

Esta última reacción es explicable. La dinámica socio política generada por las nuevas reglas de juego constitucionales ha puesto de presente que no se trató de un mero retoque cosmético de la normatividad que venía de atrás, sino de un cambio de profundo calado, con hondo sentido progresista, y ello produce, como es natural, el rechazo de quienes prefieren la seguridad del viejo Estado liberal de

Derecho a la inquietante expectativa de la búsqueda de justicia y paz social que encarna la fórmula del Estado social de Derecho.

A pesar de todo, el origen democrático de la constitución colombiana está fuera de discusión y, por consiguiente, su legitimidad. La supuesta ilegitimidad que unos cuantos le endilgan, se basa en una falacia que pretende atribuir su nacimiento a una indebida y antijurídica utilización del poder de reforma de la entonces vigente Constitución de 1886, con lo que se confunde el poder constituyente con el poder de reforma.

### **3.1 La Corte Suprema reconoce el constituyente primario**

El hecho de que se hubiera acordado una nueva constitución por procedimientos que las normas constitucionales entonces vigentes prohibían expresamente, no tiene ninguna otra explicación válida que la presencia creadora del poder constituyente del pueblo colombiano expresada por más de cinco millones de ciudadanos que votaron el 27 de mayo de 1990 a favor de que se convocara una asamblea constituyente para reformar la Constitución Política de Colombia.

La Sentencia del 9 de octubre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia reconoció, en el acto del 27 de mayo, una manifestación inequívoca del poder constituyente, la que como tal, no estaba ni podía estar sometida a las normas constitucionales hasta entonces vigentes, razón por la cual la asamblea constitucional, pensada inicialmente para reformar la constitución, quedó convertida en asamblea constituyente, es decir, en un órgano que como mandatario del constituyente primario había quedado facultado para expedir una nueva constitución.

La Corte Suprema de Justicia escribió en dicha sentencia una de las páginas más brillantes del constitucionalismo colombiano en toda su historia. Allí se les da cabida, con juicioso criterio hermenéutico, a las modernas teorías constitucionales y se valoran en la perspectiva del desarrollo democrático, la evolución del derecho



constitucional y el papel que juegan las constituciones en el mundo de hoy. Todo ello, junto a un certero análisis de la realidad fáctica y jurídica de la Colombia de entonces.

Es aconsejable el estudio de esta sentencia, así como del salvamento de voto de los magistrados que a ella se opusieron, ya que esto permite comparar dos concepciones antagónicas sobre aspectos esenciales de la teoría constitucional y de la democracia, especialmente lo que tiene que ver con el papel que le corresponde al pueblo como constituyente primario.

El punto clave, el *quid* de la confrontación en el seno de la antigua Corte Suprema de Justicia, tiene que ver precisamente con este último concepto. La mayoría de sus miembros acogió la tesis de que el pueblo tiene el derecho inalienable a actuar como constituyente primario y cuando hace uso de tal poder no está limitado por las normas vigentes. La Corte, en términos muy claros y contundentes dijo:

“... Así pues, la Nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. [...] Como la Nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba.

[...] Siendo la Nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos”.

### **3.2 Negación del constituyente primario**

Los magistrados derrotados en la votación rechazaron, como ajena y meramente circunstancial, la anterior tesis y afirmaron que en Colombia no era posible acudir al constituyente primario para modificar la constitución. En el extenso salvamento de voto en el que consignaron su oposición al fallo, expresaron:

“El origen del concepto titulado ‘constituyente primario’, que el fallo pretende identificar con el pueblo colombiano, estuvo ligado al esfuerzo de los revolucionarios franceses empeñados en la construcción del Estado capitalista frente a la derrocada monarquía absolutista. [...] Tales circunstancias nos indican, desde entonces, que tal concepto no es universal, que su nacimiento y evolución carece de generalidad y que ha tenido aplicación exclusivamente para la identificación y el provecho de ciertas determinaciones políticas particulares”.

Frente al argumento de que el artículo 2º de la Constitución de 1886 consagraba expresamente que la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, los magistrados disidentes afirmaron:

*“No surge de esta explicación que el ‘constituyente primario’ sea el fundador del Estado, ni de la democracia, ni de nada. Fue un concepto político de utilidad coyuntural que cada vez que se necesita se trae para legitimar decisiones políticas extrajurídicas y extraconstitucionales. Es una fórmula recurrente de práctica política”* (resaltado fuera del texto).

Reforzaron su posición adversa al Decreto 1926 con el argumento de que el hecho de que se hubieran depositado más de cinco millones de votos a favor de la convocatoria a la Asamblea Constituyente no era más que un dato sociológico, un hecho que solo servía para recoger la opinión ciudadana sobre asunto que preocupaba notoriamente la conciencia pública. En forma expresa señalaron:

*“El acto eleccionario, en cuanto referido a la posible convocatoria de la Asamblea, no constituyó ejercicio del sufragio en el sentido propio de este concepto, porque solo estaba encaminado a procurar una manifestación de opinión, a obtener conocimiento cierto de la actitud real de los sectores de opinión pública que aceptaran expresarse a través del medio peculiar de investigación ofrecido por el Decreto en torno a un problema, y sin que el resultado asumiera en manera alguna connotación imperativa o jurídico-normativa”* (resaltado fuera del texto).

### 3.3 Precedentes y antecedentes

No se puede descalificar la Constitución de 1991 con el argumento de que los delegatarios fueron convocados para reformar la constitución vigente en ese entonces y no para expedir una nueva. A las razones jurídico-políticas que explican el poder constituyente primario, hay que agregarles un precedente de la mayor importancia.

Como se vio en su oportunidad, los “Padres Fundadores” de Estados Unidos fueron convocados para reformar los Artículos de la Confederación, documento que requería para su modificación la aprobación unánime de los Estados soberanos miembros de la Confederación. Los delegados a la Convención de Filadelfia no se limitaron a una mera reforma, sino que expedieron un acto totalmente diferente, la Constitución federal de 1787. Establecieron, además, que la nueva constitución no requería la aprobación unánime de los Estados, sino tan solo la de las dos terceras partes, es decir, nueve Estados.

En la historia de Colombia encontramos varios antecedentes. Desde el punto de vista de la teoría constitucional, no puede explicarse la Constitución de 1821 sino como expresión del constituyente primario, el resultado de la voluntad soberana del pueblo recién liberado de fundar la República de Colombia.

Pero hay más. La mayor parte de las constituciones que ha tenido el país se expedieron sin consideración a las normas constitucionales que venían rigiendo. Tan solo las de 1843, 1853 y 1858 fueron adoptadas conforme a los procedimientos constitucionales previstos. Las demás, son constituciones expedidas de manera extraconstitucional.

Es de recordar que el Congreso Constituyente de 1830 fue convocado por el decreto del 27 de agosto de 1828, mediante el cual el Libertador Simón Bolívar asumió la dictadura y suspendió la Constitución de 1821. Tampoco tuvo un origen ajustado a las normas entonces vigentes, la Constitución de 1832, ya que ella fue adoptada por un congreso constituyente convocado por el gobierno *de facto* del general venezolano Rafael Urdaneta.

Mención especial merecen las constituciones de 1863 y 1886. La primera fue producto de la única revolución triunfante en la historia de la República. El poder constituyente fue ejercido, en forma plena, por las fuerzas triunfadoras a través de los delegados pleni-potenciarios de siete estados que suscribieron el llamado “Pacto de Unión”, que contenía las bases fundamentales del nuevo Estado y de la nueva constitución que debía adoptar la Convención Nacional.

La Constitución de 1886 fue, al contrario de la anterior, el resultado de una revolución frustrada. Tras la derrota de las tropas de los radicales liberales en la batalla de La Humareda, el 17 de junio de 1885, el presidente Rafael Núñez anunció públicamente la muerte de la Constitución de 1863, y un poco más tarde, señaló por decreto el procedimiento para la conformación del Consejo Nacional de Delegatarios que tenía el encargo de expedir la Constitución de 1886<sup>4</sup>.

### 3.3.1 *Antecedentes jurisprudenciales*

Desde bastante tiempo atrás, la Corte Suprema venía reconociendo la presencia del constituyente primario en el proceso constitucional colombiano. Un ejemplo claro lo encontramos a raíz del plebiscito de 1957, respaldado de manera abrumadora por los colombianos el 1º de diciembre de ese año.

Por medio de dicho acto no se expidió una nueva constitución, pero se produjo una reforma de hondo calado a la Constitución de 1886 por un procedimiento no contemplado en sus normas. Tres días antes de que se produjera la votación y frente a la evidente extraconstitucionalidad del plebiscito, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente,

---

<sup>4</sup> Al respecto, puede consultarse Vila Casado, Iván, *Historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018

o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”<sup>5</sup>.

Treinta años después, la Corte Suprema de Justicia, ante una demanda trasnochada contra el mismo plebiscito de 1957, ratificó la tesis de que cuando el pueblo actúa como constituyente primario no está sometido a las normas jurídicas anteriores a su decisión. Dijo en esa oportunidad la Corte:

“Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden”<sup>6</sup>.

De manera pues que la argumentación aducida por el grupo de magistrados que trató de impedir por extraconstitucional el referendo de 1990 y la consiguiente conformación de una asamblea nacional constituyente, no tenía asidero razonable en la historia nacional. Es más, se le oponía la muy clara jurisprudencia de la propia Corte.

Podría argumentarse que una cosa es aprobar una constitución por fuera de la normatividad previa cuando se ha producido una guerra, una revolución o un cambio abrupto y radical del gobierno, y otra, cuando no se dan esas circunstancias. Tal argumento es inadmisibles por ser contrario a la esencia de la soberanía popular y porque condena al constituyente primario al ejercicio de la violencia y de los actos de fuerza para que su soberanía sea reconocida, cuando lo que se debe perseguir es todo lo contrario, la canalización de la voluntad popular por cauces pacíficos.

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de noviembre de 1957, M. P. Guillermo Hernández Peñalosa.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 54, del 9 de junio de 1987, M.P. Hernando Gómez Otálora.

### 3.3.2 *Ratificación por la Corte Constitucional*

El reconocimiento del poder constituyente como expresión de la soberanía popular ha sido ratificado por la Corte Constitucional al decidir de manera negativa una demanda contra la Constitución de 1991, jurisprudencia que mantiene incólume esa corporación. En esa oportunidad, la Corte señaló:

“El poder constituyente es el pueblo, el cual posee *per se* un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad.

[...] Este proceso de expresión del poder constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista<sup>7</sup>”.

## 3.4 La teoría del poder constituyente

De manera inevitable surgen aquí algunos interrogantes: ¿Qué es el constituyente primario?, ¿tiene dicho concepto algún significado para el derecho constitucional contemporáneo, o se trata simplemente de una entelequia ideologizante desprovista de contenido jurídico?

Para responder, hay que empezar por recordar que el concepto nació en el fragor de la Revolución Francesa y su paternidad se le atribuye a uno de sus más importantes ideólogos, el abate Sieyès, considerado por muchos motivos como el verdadero constructor del

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Estado liberal<sup>8</sup>, para quien la nación, es decir, el pueblo entendido como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, es el sujeto del poder constituyente.

Sieyès sostuvo que la soberanía popular consiste esencialmente en el poder constituyente del pueblo y que éste, al conservarlo en sus manos, no queda obligado por la constitución, la que podrá obligar a las autoridades constituidas, pero no puede encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo que siempre es dueño de cambiarla.

El poder constituyente todo lo puede, no está sometido a una constitución dada. La nación, que entonces ejerce el más grande y el más importante de sus poderes, en esta función debe hallarse libre de toda coacción, de toda forma distinta de la que le place adoptar.

Frente al argumento de que el constituyente primario es un concepto que carece de generalidad, se halla limitado a la gesta revolucionaria francesa y ha tenido aplicación exclusivamente en provecho de ciertas determinaciones políticas particulares, se puede responder que, por el contrario, para el constitucionalismo contemporáneo la cuestión del poder constituyente en todas sus facetas se ha convertido en tema central.

Stern, uno de los más importantes constitucionalistas alemanes de nuestros días, sostiene que una constitución creada presupone un acto del poder constituyente y que éste, a su vez, exige un sujeto que crea la constitución. Agrega que la constitución y el poder constituyente están en íntima relación, están vinculados el uno al otro. Al poder constituyente le corresponde la competencia de crear la constitución, de engendrarla. Mediante el acto del poder constituyente nace el derecho, el derecho constitucional, por lo que el proceso constituyente es por tanto creación de derecho constitucional<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Prelot y Lescuyer, *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1986, p. 291.

<sup>9</sup> Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 314.

El poder constituyente es un poder originario, es decir, independiente de las normas positivas existentes y se determina de manera inmediata por sí mismo. Stern afirma que la legitimidad de una constitución no puede hacer referencia al hecho de que el poder constituyente haya actuado constitucionalmente, en el sentido de una constitución anterior. La legitimidad ha de ser diferenciada de la legalidad, de la coincidencia con el derecho positivo, ya que tal derecho no existe precisamente para el poder constituyente<sup>10</sup>.

Las tesis de Sieyès y de los revolucionarios franceses siguen teniendo vigencia. Se sostiene hoy, como entonces, que el poder constituyente reside en el pueblo como consecuencia de la soberanía popular y es, por lo tanto, extraconstitucional. Todos los demás poderes parten del pueblo como consecuencia de la decisión del poder constituyente, tal como ha sido tomada en la constitución.

#### **4. LEGITIMIDAD EN CONTINUA RATIFICACIÓN**

De todo lo dicho, queda claro que la Constitución de 1991 tiene un origen legítimo, es el resultado del más vigoroso, transparente y democrático proceso constituyente de toda la historia de Colombia. Pero la legitimidad no se circunscribe a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Se extiende a la amplia participación popular en la formulación de iniciativas y propuestas constitucionales y, sobre todo, a la forma abierta y de cara a la opinión pública como trabajaron los constituyentes en las comisiones y en las reuniones plenarias de la Asamblea.

Pero hay más. La legitimidad de la constitución se halla reforzada con el amplísimo grado de aceptación y respaldo que la Carta del 91 tiene dentro de la sociedad colombiana. Es indudable que la inmensa mayoría de los ciudadanos percibe la constitución como un instrumento que protege sus derechos y garantiza la dignidad humana. Se trata de un hecho notorio.

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 318.



La constitución registra un elevado nivel de adhesión dentro de la comunidad. Se debe, sin lugar a dudas, a la incidencia que ella ha tenido en la realidad social colombiana, con resultados significativos que se expresan en:

1. La existencia de un nuevo clima en la protección de los derechos fundamentales.
2. Un avance considerable en el reconocimiento de los derechos de las minorías.
3. La sensación generalizada de que a través de la constitución y por medio de mecanismos expeditos como la acción de tutela, se puede encontrar defensa efectiva de los derechos de los más débiles.
4. La identificación del compromiso del Estado con la promoción de condiciones para una igualdad real y efectiva a través del Estado social de Derecho.

Esta situación contrasta con la que existía antes de 1991. A la Constitución de 1886 se le tenía como un conjunto normativo que solo utilizaban los expertos. Las normas constitucionales muy raras veces eran consultadas por los jueces, abogados y funcionarios públicos en su práctica profesional.

La constitución colombiana es hoy otra cosa. Sus normas, sobre todo las que garantizan la protección de los derechos fundamentales, son invocadas y aplicadas diariamente y en forma masiva en todo el país, como lo atestiguan millones de acciones de tutela incoadas y falladas a lo largo y ancho de la geografía colombiana desde que la Carta entró en vigencia, lo que constituye una demanda de aplicación directa de las normas constitucionales sin antecedentes en la historia colombiana<sup>11</sup>. La confianza en la constitución le otorga una legitimidad continuada y permanente.

---

<sup>11</sup> Según fuentes de la Corte Constitucional, en septiembre de 2018 se contabilizaban siete millones de tutelas incoadas en Colombia desde 1991, con un promedio de 1.664 tutelas diariamente.

Los distintos operadores jurídicos han ido asimilando gradualmente las reales dimensiones de la eficacia jurídica de las normas constitucionales y el verdadero sentido de la supremacía constitucional.

De otro lado, diferentes sectores de la comunidad, en especial los más débiles, fundamentan buena parte de sus reclamos y exigencias dentro de su accionar socio político en los derechos consagrados en la constitución, y a ella recurren en busca de respaldo a sus demandas y reivindicaciones. Se trata, sin lugar a dudas, de una constitución con vida y fuerza propias, un poderoso e insustituible instrumento para la construcción, día tras día, de un mejor país.

## **5. CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN**

La constitución colombiana tiene fuerza normativa. Vincula a todos los sujetos públicos y privados, vinculación jurídica que se ubica en el nivel más alto del Derecho, en el vértice del ordenamiento jurídico, por encima de cualquier otra clase de normas. Le son aplicables las palabras de Stern, cuando afirma que la constitución es el supremo orden fundamental normativo. De ahí procede su pretensión de vigencia y su respeto por parte de todos los órganos del Estado y de los ciudadanos<sup>12</sup>.

Sin lugar a dudas, la fuerza normativa es la característica más sobresaliente que tiene la Constitución de 1991 cuando se la compara con la anterior, la de 1886. Pero ¿en dónde reside el carácter normativo de la constitución? La piedra angular se encuentra en el artículo 4º en el que se señala en forma contundente y categórica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Podría argüirse en contra, que no hay ninguna novedad porque existía una norma similar en la Constitución de 1886, artículo 215,

---

<sup>12</sup> Stern, ob. cit., p. 371.

creada por el Acto Legislativo 3 de 1910, cuyo tenor literal era el siguiente: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

Como se puede apreciar al confrontar las normas, la semejanza es solo aparente; existen diferencias fundamentales. En la constitución actual se señala con absoluta claridad su doble condición: es norma jurídica y está por encima de las demás normas jurídicas. Como es norma jurídica y como es norma superior, es aplicable directamente, sin que sea forzosa la mediación de la ley. Tal precisión conceptual no existía en la constitución anterior.

Además, en esta última se estipulaba que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se debían aplicar de preferencia las disposiciones constitucionales, lo que dejaba abierta la opción para no hacerlo, opción que la actual Carta Política no admite de ninguna manera.

A lo anterior hay que agregar que la constitución actual prescribe, con rigor jurídico, que ella se aplica no solo frente a la ley incompatible sino frente a cualquiera norma jurídica, sin excepción. No hay posibilidad alguna de que la constitución deje de aplicarse válidamente frente a normas que le sean contrarias.

Ahora bien, la diferencia entre las dos constituciones no se queda en la confrontación de las normas mencionadas. Va mucho más allá. El control judicial de constitucionalidad de la ley, existente desde 1910, permitía verificar si una ley era, o no, contraria a la constitución. Pero, realizado ese examen, era la ley la que se aplicaba. Los jueces no acudían a las normas constitucionales para resolver los conflictos puestos a su consideración.

Esa es la razón que explica el hecho de que el título III de la Constitución de 1886, el que se ocupaba de los derechos civiles y garantías sociales, hiciera parte del Código Civil, por mandato del artículo 52 de la misma constitución. No se trataba de ningún capricho del constituyente, ni de norma absurda, como lo señalaron en su oportunidad algunos comentaristas. Se buscaba darles efectividad a esos derechos dentro de la concepción de la hegemonía de la

ley, ante la tácita prohibición que tenían los jueces de acudir directamente a la constitución. Al estar incorporados en el Código Civil, esos derechos quedaban insertos en la ley y podían ser aplicados por los jueces.

## 5.1 Juridicidad expresa e inequívoca

La condición normativa de la constitución no deja lugar a las llamadas cláusulas programáticas, enunciados que le señalan al legislador propósitos o programas a desarrollar en relación con los derechos, pero que al carecer de fuerza vinculante quedan reducidos a orientaciones generales no susceptibles de ser exigidas judicialmente.

Por el contrario, todas las cláusulas contenidas en la Carta Política son verdaderas normas jurídicas; por el solo hecho de hacer parte de la constitución son vinculantes, producen efectos jurídicos, aunque con diferentes grados de determinación y de eficacia. Es perfectamente válido para el derecho constitucional colombiano el juicio que sobre la constitución española emitió en afortunada síntesis el profesor García de Enterría:

“No existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y solo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos”<sup>13</sup>.

La Constitución de 1991 no se limita a indicar su carácter jurídico en el artículo 4°. Esa condición se refuerza en el artículo 85, en el que se prescribe que las normas sobre derechos allí mencionadas son de aplicación inmediata, es decir, no se requiere la mediación de la ley.

Pero es con la Acción de Tutela que la fuerza normativa llega a su máxima expresión. El artículo 86 permite que cualquier persona pueda solicitar a un juez la protección inmediata de sus derechos

---

<sup>13</sup> García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 71.

constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, en determinadas circunstancias.

Esto significa que el accionante le exige al juez que haga descender de las alturas constitucionales las normas que garantizan sus derechos fundamentales amenazados y las aplique directamente a su caso. La relación jurídica que aquí se establece entre la constitución y la persona que acude a la tutela es directa e inmediata, lo que genera una muy saludable cercanía entre la cúspide del ordenamiento jurídico y las personas a las que está dirigido.

La claridad con la que la constitución expresa su carácter jurídico es aún mayor cuando se observa la amplia gama de competencias asignadas a la Corte Constitucional en el artículo 241 para la defensa de la constitución, y con los breves y perentorios plazos asignados para la expedición de las sentencias correspondientes.

La Corte, por su parte, ha producido una vigorosa y variada jurisprudencia mediante la cual ha profundizado el contenido jurídico de la Carta Política acogiendo, en lo fundamental, los lineamientos básicos trazados por los tribunales constitucionales europeos, especialmente los de Alemania y España, y por lo mejor de la doctrina extranjera.

Consecuencia directa del carácter normativo de la constitución y de su supremacía frente al resto del ordenamiento jurídico, es la obligación que tienen los operadores jurídicos de interpretar las leyes y todas las demás normas infraconstitucionales, en el sentido que resulta de las reglas y principios constitucionales, tanto generales como específicos, referentes a la materia de que se trate, lo que es conocido como el *principio de la interpretación orientada hacia la constitución*.

De acuerdo con ese principio, el juez colombiano está obligado a interpretar la ley de manera que se ajuste a las normas constitucionales y si todas las interpretaciones posibles resultan contrarias a ella, deberá aplicar directamente la constitución y abstenerse de aplicar la ley, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad.

El carácter normativo es, pues, el principio toral de la Constitución de 1991, el que marca la diferencia de fondo con las constituciones anteriores de nuestro país y el que ha hecho posible los significativos cambios efectuados en la sociedad en lo que tiene que ver con el reconocimiento y protección de los derechos constitucionales de los colombianos.

Gracias a ese carácter normativo, la Corte Constitucional ha podido, interpretando la Constitución de 1991, eliminar restricciones que afectaban la igualdad de derechos de las mujeres, proteger las familias surgidas de sociedades de hecho, garantizar derechos de igualdad a las personas con diversa orientación sexual, entre los muchos logros obtenidos por la sociedad, en especial por los sectores más vulnerables desde el punto de vista social y económico.

Hay que tener en cuenta que cambios de trascendencia como el derecho al aborto, en los casos señalados por la Corte, la eutanasia, en las condiciones exigidas por la Corte, se han producido por sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional ha bajado de la Carta Política principios constitucionales y los ha integrado al ordenamiento legal. Eso ha sido posible por la eficacia jurídica de la constitución y en ningún caso, por decisión del congreso de la República.

Digamos finalmente, en relación con este punto, que la construcción permanente del Estado social de Derecho es posible y cuenta con herramientas para ello, porque se trata de un principio constitucional y como tal, tiene carácter normativo, eficacia jurídica.

## **6. GARANTÍAS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

La supremacía constitucional debe ser asegurada para que la constitución no se convierta en “una mera hoja de papel”, para utilizar la expresión de Lasalle. Esa protección se logra con una serie de garantías di No es difícil rastrear los intereses políticos que han intervenido en las numerosas reformas a la constitución colombiana

rigidas a asegurar el respeto a la constitución. Las garantías de la supremacía constitucional pueden clasificarse en: (i) sociales; (ii) políticas, y (iii) jurídicas, según la naturaleza de la protección ofrecida a la constitución.

## 6.1 Garantías sociales

Están contenidas en el arraigo que se logra en la conciencia popular de la necesidad del respeto a las normas adoptadas, como condición básica de la vida social. Corresponde a lo que algunos autores denominan “sentimiento constitucional”. Se trata de las garantías más fuertes, más sólidas. Su presencia indica que el respeto al orden constitucional por los poderes públicos y por los particulares es parte integral de la cultura ciudadana.

Juega aquí papel primordial el compromiso franco y abierto de los partidos políticos con el mantenimiento de la regularidad constitucional y con la defensa del pluralismo como pilar de la democracia. Se requiere una actitud responsable de los medios de comunicación masiva para el logro de una sólida conciencia colectiva de respeto a las reglas de convivencia contenidas en la constitución.

Entre más amplios sean el consenso y la legitimidad logrados alrededor de la constitución, más fuertes serán las garantías sociales que la protejan. En ese sentido, el ejemplo de Inglaterra es proverbial. Diferentes circunstancias históricas han hecho posible que el pueblo inglés sea un modelo de convivencia ciudadana y de acatamiento a las reglas que le permiten dirimir las contradicciones socioeconómicas y los conflictos políticos en las urnas, al mismo tiempo que se preservan y respetan instrumentos legales de lucha de los movimientos populares como la huelga de los trabajadores.

En Colombia se ha avanzado en esa dirección, en la medida en que mecanismos constitucionales como la acción de tutela han permitido que los ciudadanos se acerquen a la constitución para buscar la protección de sus derechos fundamentales, lo que ha logrado que el común de las gentes le reconozca una legitimidad no dispensada antes a ningún estatuto constitucional.

## 6.2 Garantías políticas

Surgen de la actividad política y se manifiestan a través del libre juego de los partidos y movimientos políticos, especialmente en su actuación en el Congreso, en los demás organismos de representación política y en todas las instancias de la vida pública.

El ejercicio legítimo de la actividad política, dentro y fuera del gobierno, el control parlamentario, los debates, la dinámica presencia de la oposición política, la actuación libre de la prensa, las movilizaciones y protestas populares, todo ello conforma un conjunto de instrumentos de control político del poder público que contribuye a garantizar la vigencia plena de la constitución.

El control político tiene que contar con la fuerza suficiente para impedir o neutralizar el desborde del poder por la vía de los hechos y, en último caso, para recomponer los desajustes institucionales que afecten en materia grave el orden constitucional.

## 6.3 Garantías jurídicas

Son las que mayor peso específico tienen en la defensa de la constitución. En primer lugar, por su carácter objetivo ya que se encuentran en normas preexistentes; en segundo lugar, por su carácter necesario u obligatorio, a diferencia de lo que sucede con las garantías políticas, control voluntario que se puede efectuar o no. Dentro de las garantías jurídicas encontramos: (i) las garantías normativas, y (ii) las garantías jurisdiccionales.

Las garantías jurídicas normativas son aquellas cláusulas de la constitución que tienen como objeto asegurar la protección de la integridad y de la supremacía constitucionales, al igual que su permanencia en el tiempo, con la introducción de requisitos que dificulten el cambio o la derogatoria de sus normas. Se trata de las normas que prescriben la supremacía constitucional, como el artículo 4º constitucional, y, en segundo lugar, de las cláusulas de reforma, en las que están contenidos los procedimientos para su modificación.



Se busca con ellas permitir la adaptación de la constitución a las nuevas realidades socio políticas del país, pero solo a través de mecanismos extraordinarios que obligan a obtener un amplio consenso, al tiempo que evitan que sea modificada por los jueces en sus sentencias o por el Congreso a través de simples leyes.

Las garantías jurídicas jurisdiccionales exigen la intervención del juez con el objeto de mantener la regularidad constitucional a través de decisiones judiciales que concretan la eficacia normativa y aseguran el respeto a la constitución. El instrumento más importante en esa dirección es el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes que busca hacer efectiva la protección de la norma constitucional frente a las normas subordinadas que le sean incompatibles.

La teoría constitucional, especialmente a partir de los estudios de Mauro Cappelletti,<sup>14</sup> reconoce dos grandes sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad: (i) el concentrado, y (ii) el difuso.

1. *El control concentrado*. Se caracteriza por el hecho de que la función de proteger la constitucionalidad de las leyes y garantizar la supremacía del texto constitucional se le otorga a un único órgano, que recibe el nombre de tribunal o corte constitucional, con facultad para expulsar del ordenamiento las leyes inconstitucionales mediante sentencia que produce efectos *erga omnes*. Los modelos de sistema de control concentrado aparecieron en Europa continental con la Constitución austriaca de 1920, según proyecto de Kelsen, y se desarrollaron después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Italia, Alemania y, posteriormente, en España.
2. *El control difuso*. Tiene como modelo a Estados Unidos, a partir del famoso fallo *Madbury vs. Madison* de 1803. Todos los jueces tienen la oportunidad de acudir a la constitución en forma directa y abstenerse de aplicar una norma legal cuando la consideren incompatible con aquella, haciendo uso de la excepción de

---

<sup>14</sup> Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966.

inconstitucionalidad. Opera cuando se resuelven casos judiciales concretos y produce efectos solo entre las partes que intervienen en el litigio.

En el sistema judicial norteamericano, las posibles discrepancias de apreciación entre los jueces se resuelven con la aplicación del principio *stare decisis*, mediante el cual, el juez queda vinculado por su propio precedente y por el precedente contenido en los fallos de los jueces o tribunales superiores.

Un juez o tribunal puede apartarse de un precedente, pero en ese caso deberá explicar de manera suficiente y adecuada las razones que lo llevan a tal determinación. Cuando la inconstitucionalidad es declarada por la Corte Suprema, los efectos jurídicos de esa sentencia equivalen en la práctica a un pronunciamiento *erga omnes*, porque en la práctica ningún juez se atreve a apartarse de los precedentes establecidos por el máximo tribunal norteamericano de justicia.

## 6.4 Control de constitucionalidad en Colombia

Venezuela y Colombia fueron los primeros países en el mundo en establecer el control jurisdiccional de constitucionalidad por vía de acción. La Constitución de Venezuela de 1893, en su artículo 110, consagró la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y resoluciones violatorios de la constitución<sup>15</sup>.

En Colombia, el artículo 41 del Acto Legislativo 03 de 1910 le confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la constitución, al otorgarle la facultad de decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados como inconstitucionales por el gobierno, lo mismo que de las leyes o decretos acusados por cualquier ciudadano como violatorios del orden jurídico constitucional. Además, en el artículo inmediatamente anterior se introdujo la excepción de inconstitucionalidad, al prescribirse que en todo caso de incompatibilidad entre

---

<sup>15</sup> Brewer-Carías, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Javeriana y Externado, 1995, p. 10.

la constitución y la ley debían aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

El malogrado profesor Manuel Gaona Cruz afirmó que en la Constitución de Cundinamarca de 1811 se instauró, por primera vez en el mundo, el control de constitucionalidad por vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos, a cargo del Senado de Censura. También sostuvo que en la Constitución de 1858 se organizó un sistema mixto de control de constitucionalidad, pero omitió mencionar que solo recaía sobre los actos de las legislaturas de los Estados que violaran la constitución y no sobre las leyes que produjera el Congreso federal<sup>16</sup>. De todas maneras, esos hechos históricos son antecedentes válidos del control judicial de constitucionalidad de las leyes en Colombia.

#### 6.4.1 *Sistema de control mixto*

Con la aparición de la acción de tutela en la Constitución de 1991, se amplió de manera considerable la función de control de la supremacía constitucional, porque se les atribuyó a todos los jueces de la República la obligación de proteger los derechos fundamentales, que son hoy el indiscutido eje central de la constitución. Los jueces adquirieron la posibilidad de aplicarla directamente en circunstancias específicas, individuales y concretas, en hipótesis no comprendidas por la legislación ordinaria o por el conjunto tradicional de las relaciones dentro del Estado de Derecho<sup>17</sup>.

El profesor venezolano Brewer-Carías sostiene que el modelo de control jurisdiccional que opera en Colombia es mixto, porque contiene elementos tanto del concentrado como del difuso. Por su parte, Julio César Ortiz es de la opinión de que en Colombia se ha configurado un verdadero régimen de control difuso de

---

<sup>16</sup> Gaona Cruz, Manuel, *Aspectos del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado, 1984, p. 76.

<sup>17</sup> Ortiz, Julio César, “El control difuso de constitucionalidad de las leyes en la Constitución colombiana de 1991”, en: *III Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Valencia, 1997, p. 82.

constitucionalidad, ahora con un procedimiento directo con fines subjetivos y de carácter concreto, de defensa de los derechos constitucionales fundamentales contra la acción o la omisión de las autoridades públicas y aun de los particulares, que no encontraba similar siquiera remoto en la Carta de 1886, con todas sus reformas<sup>18</sup>.

Por el número de jueces que intervienen en la protección constitucional, el sistema colombiano parece ser difuso; pero el hecho de que exista una Corte Constitucional que actúa como tribunal supremo de constitucionalidad y como máximo intérprete de la Carta Política le permite al sistema un control unificado de la materia constitucional, aun en los casos concretos de la acción de tutela, lo que lo aleja de las características propias del sistema difuso y refuerza la conclusión, un tanto ecléctica, de que el sistema de control de constitucionalidad que opera en Colombia es mixto.

La Corte, a través de la revisión de los fallos de tutela, ha venido realizando una labor de unificación jurisprudencial de la interpretación constitucional con la adopción del principio de la obligatoriedad del precedente y para tal efecto ha señalado:

“Las sentencias de revisión de la Corte Constitucional en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad<sup>19</sup>”.

En otra decisión, la Corte Constitucional, en Sala Plena, afirmó que el sistema de control constitucional adoptado en Colombia es mixto, en la medida en que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado, ya que para preservar la supremacía constitucional se han tomado decisiones encaminadas a asegurar que los elementos concentrados del sistema de control constitucional

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

sean respetados por los jueces cuando fallan una tutela. Incluso, la Corte ha admitido que los fallos de tutela proferidos por sus salas de revisión son anulables cuando se apartan de la doctrina que en sede de unificación ha sentado la sala plena de la corporación<sup>20</sup>.

## 6.5 Control abstracto de constitucionalidad

### 6.5.1 *Control previo*

La constitución colombiana prevé dos clases de control jurisdiccional de las leyes: el previo y el posterior. El control previo se realiza, en algunos casos frente a proyectos de ley y, en otros, frente a leyes ya aprobadas y sancionadas por el presidente de la República pero que no tienen vigencia hasta que no superen el examen de constitucionalidad en la Corte. Hay control previo en los siguientes eventos:

1. Cuando el presidente de la República objeta proyectos de ley aprobados por el Congreso, por razones de presunta inconstitucionalidad (art. 167-4).
2. Cuando se trata de un proyecto de ley estatutaria (art. 153-2).
3. Cuando se trata de leyes a través de las cuales se pretenda una convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la constitución, control que solo podrá ocuparse de vicios de procedimiento en su formación (art. 241-2).
4. Cuando se trata de decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban.

### 6.5.2 *Control automático*

El control jurisdiccional posterior es: (i) automático, y (ii) por vía de acción. El control automático se da en los casos en los que la Corte está obligada a intervenir en forma inmediata, sin necesidad de demanda alguna.

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Auto 071 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Es lo que sucede con los decretos que declaran los estados de excepción y con los decretos legislativos que el gobierno expide durante esos estados de excepción. Todos ellos deben ser enviados a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición para revisar su constitucionalidad. Si el gobierno incumple con esa obligación, la Corte debe iniciar de oficio la revisión.

### 6.5.3 *Control por vía de acción*

A diferencia del anterior, el control jurisdiccional por vía de acción requiere la presentación en debida forma de una demanda. Las características que tiene la acción de inconstitucionalidad en Colombia difieren considerablemente de las de otros países, especialmente de Europa.

La principal diferencia estriba en el hecho de que en el país la acción está al alcance de cualquier ciudadano, lo que ha llevado a que se diga, con razón, que Colombia tiene el sistema de control de constitucionalidad más abierto y accesible del mundo<sup>21</sup>, mientras que en Europa, por el contrario, el acceso a la acción de inconstitucionalidad está vedado a los ciudadanos, como sucede en Alemania y en España<sup>22</sup>.

La acción de inconstitucionalidad puede ser incoada por cualquier ciudadano colombiano, sin requisito adicional alguno; solo está vedada a los extranjeros, los menores de edad y las personas jurídicas. La acción no tiene términos de caducidad, puede interponerse en cualquier tiempo, con excepción de las que tengan como causal única vicios de forma, ya que éstas caducan al año de publicación del respectivo acto (art. 242).

---

<sup>21</sup> Cepeda Espinosa, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001, p. 24.

<sup>22</sup> En Alemania la acción solo la puede incoar un gobierno regional o un tercio de los miembros del parlamento federal (art. 93-2 constitucional); en España pueden interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores o los órganos colegiados de gobierno de las Comunidades Autónomas (art. 162 C.P.).

El procedimiento es bastante rápido y se le imponen a la Corte Constitucional términos breves y perentorios para que se produzca el fallo respectivo, so pena de sanción por mala conducta (art. 242). Los actos sujetos al control de la Corte Constitucional por vía de la acción popular son:

1. Los actos reformatorios de la constitución, pero solo por vicios de forma o procedimiento.
2. Los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo pueden ser demandados por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
3. Las leyes, tanto por su contenido como por vicios de procedimiento en su formación. Las leyes estatutarias, a pesar de ser sometidas al control previo, pueden ser objeto de acción de inconstitucionalidad posterior, cuando se demuestre que los aspectos tachados como violatorios de la constitución y sus fundamentos no fueron examinados en forma expresa por la Corte, ya que en tal caso no puede hablarse de cosa juzgada.
4. Los decretos leyes expedidos por el gobierno nacional para hacer efectivas las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, conforme a lo previsto en el artículo 150-10.
5. Los decretos con fuerza de ley mediante los cuales se pongan en vigencia proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas, según lo previsto en el artículo 341-3.

Es necesario señalar que el Consejo de Estado ejerce en Colombia funciones de control de constitucionalidad de los actos jurídicos que no le han sido atribuidos en forma expresa a la Corte Constitucional, control que se realiza a través de mecanismos y procedimientos de naturaleza diferente a los utilizados por la Corte. Se trata, entre otros, de los decretos reglamentarios, los decretos ejecutivos, los decretos autónomos (los que corresponden a las facultades que la constitución otorga en forma privativa al presidente de la República), y los que desarrollan las llamadas leyes-cuadro, todos los cuales pueden ser demandados por inconstitucionales ante el Consejo de Estado por la vía de la acción pública de nulidad (art. 237-2).

### 6.5.4 *Efectos de la sentencia de constitucionalidad*

1. *Hace tránsito a cosa juzgada.* El contenido material de una norma declarada inexecutable por razones de fondo no podrá ser reproducido por ninguna autoridad mientras subsistan las disposiciones constitucionales que les son contrarias (art. 243). Cuando una norma es declarada ajustada a la constitución podrá ser nuevamente demandada, cuando se considere que viola una norma constitucional posterior: es lo que se denomina inconstitucionalidad sobreviniente.

Además, las normas declaradas constitucionales pueden ser objeto de nueva demanda cuando se demuestre que los aspectos que se presentan como violatorios de la constitución y sus fundamentos no fueron examinados en forma expresa por la Corte; en tal caso, no se puede hablar de cosa juzgada.

2. *Produce efectos erga omnes.* La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma legal produce efectos derogatorios, en el sentido de que desaparece del ordenamiento jurídico. Esto significa que el alcance del fallo se extiende a todas las personas naturales o jurídicas, sin importar si tenían o no interés directo en el proceso. Su contenido resolutorio es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y para los particulares.

3. *Efectos diferentes con respecto al tiempo.* Por regla general, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma producen efectos hacia el futuro. Así lo era bajo la Constitución de 1886: las sentencias que declaraban la inexecutable de una norma eran siempre no retroactivas, es decir, solo producían efectos hacia el futuro.

La Ley 270 de 1996 estableció en su artículo 45 que las sentencias de control abstracto de constitucionalidad debían tener efectos hacia el futuro a menos que la Corte resolviera lo contrario. La Corte Constitucional declaró inconstitucional la parte de dicha norma que limitaba a tres los casos en los que la Corte podía fijar efectos retroactivos a sus sentencias, con el argumento de que solo ella puede definir los efectos de sus sentencias<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.



De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sentencias de constitucionalidad pueden clasificarse en tres clases, en relación con sus efectos en el tiempo:

1. No retroactivas o *ex nunc*, lo que significa que solo se aplican hacia el futuro.
2. Retroactivas o *ex tunc*, es decir, que se aplican hacia el pasado, se retrotraen al momento en el que la norma había entrado en vigencia.
3. De inconstitucionalidad diferida. Se presenta cuando la Corte estima que la norma es inconstitucional, pero mantiene su vigencia durante un tiempo determinado para dar tiempo a que el Congreso expida una norma que la remplace.

Como ejemplo de sentencia de inconstitucionalidad diferida se puede citar la C-700 de 1999, en donde se decidió que las normas que sustentaban el sistema de financiación de vivienda UPAC mantendrían su constitucionalidad hasta junio de 2000, fecha a partir de la cual se tornarían inconstitucionales. La Corte consideró que para evitarle graves traumatismos a la economía nacional se otorgaba un plazo para que el Congreso de la República sustituyera las normas acusadas con una ley que se ajustara a la constitución.

Mediante las sentencias C-252 y C-253 de 2010, la Corte encontró inexecutable la declaratoria del Estado de emergencia social, pero se difirieron sus efectos en lo relacionado con las medidas tributarias adoptadas para permitir que el Congreso de la República estableciera mediante ley las fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

A todo lo anterior, hay que agregar que las normas que han sido derogadas por una ley que luego es declarada inconstitucional, adquieren nuevamente vigencia, a menos que la Corte Constitucional decida lo contrario, como lo ha señalado dicha corporación en la Sentencia C-055 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. No sucede lo mismo cuando la ley que deroga unas normas es a su vez derogada por otra ley, caso en el cual las normas derogadas no reviven debido al principio de la irretroactividad de la ley.

### 6.5.5 *Diferencia entre inexecutable e inconstitucionalidad*

Aunque a primera vista parece que los dos términos son similares en su contenido conceptual y en sus efectos jurídicos, resulta que no lo son. La inexecutable hace referencia a la decisión judicial mediante la cual se declara que la norma acusada no podrá aplicarse más porque ha sido considerada inexecutable; por lo tanto, los efectos de la decisión son necesariamente hacia el futuro. Por su parte, la inconstitucionalidad significa que la norma acusada es contraria a la constitución, caracterización que no indica de por sí la dirección de sus efectos.

El artículo 214 de la Constitución de 1886 facultaba a la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la executable de las leyes y de los llamados decretos ley. La vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue unánime al considerar que los efectos de la sentencia de inexecutable no podían ser retroactivos.

No sucede lo mismo con la actual constitución. El artículo 241 utiliza la expresión *decidir definitivamente sobre la constitucionalidad*, concepto que tiene una mayor amplitud que el de inexecutable, lo que le ha permitido a la Corte Constitucional decidir, según el caso, si le otorga o no efectos retroactivos a la sentencia. De hecho, la Corte ha dictado varias sentencias con efectos que se retrotraen al momento mismo de la aprobación de la ley o de la expedición del decreto ley o del decreto legislativo. Ahora bien, el numeral 10 del mencionado artículo 241 señala que le corresponde a la Corte “decidir definitivamente sobre la executable de los tratados internacionales y de los tratados que las aprueben”, lo que es lógico, porque en tratándose de tratados internacionales sería absurdo otorgarle a la sentencia que decide su constitucionalidad efectos retroactivos; éstos deberán ser siempre hacia el futuro.

En la distinción anterior se cuidó mucho la Corte en sus primeros años. Sin embargo, debe anotarse que en los últimos tiempos la Corte Constitucional colombiana ha venido utilizando

indistintamente los términos inconstitucionalidad e inexequibilidad al señalar la decisión que retira del ordenamiento jurídico una norma contraria a la constitución.

## **6.6 La excepción de inconstitucionalidad**

El artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910 introdujo en Colombia la excepción de inconstitucionalidad, al prescribir que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley debían aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

La norma fue incluida en la codificación de 1936 en el artículo 150, dentro del Título XV, que correspondía a la administración de justicia. Más adelante, en la codificación de 1945, se la trasladó al Título XX, denominado “De la jurisdicción constitucional”, y le correspondió el artículo 215, en el que se mantuvo hasta la desaparición de la Constitución de 1886.

La Constitución de 1991 le dio un tratamiento diferente al instituto de la excepción de inconstitucionalidad. En el Título I se incluyó el principio de la supremacía constitucional en el artículo 4º: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La supremacía pasó de ser un elemento de la jurisdicción constitucional, ubicado en la entonces llamada parte orgánica de la constitución, a convertirse en un principio fundamental. La excepción deviene entonces en instituto jurídico complementario de la supremacía; en consecuencia, inevitable. Si la constitución es norma y además es norma superior, no podrá ceder ante una norma de inferior jerarquía que le sea contraria; el conflicto que en ese sentido se presente se debe resolver con la aplicación de la norma constitucional.

### ***6.6.1 Sujetos de la excepción de inconstitucionalidad***

Es muy antigua la polémica sobre quiénes pueden hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad. Existe una tendencia restrictiva

que pretende limitar esa facultad a los jueces, tal como sucede en el sistema norteamericano.

La tendencia contraria sostiene que son competentes para inaplicar las normas inconstitucionales quienes tienen autoridad o jurisdicción y en últimas, cualquier operador jurídico que deba aplicar la ley. Esas tendencias se han expresado en fallos encontrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como en la opinión de diferentes autores nacionales<sup>24</sup>.

La afirmación de que solo los jueces están facultados para hacer uso de la excepción significa, *a contrario sensu*, que los demás operadores jurídicos pueden aplicar normas inconstitucionales, resultado que riñe con la fuerza normativa de la constitución y con el principio del carácter unitario de la misma.

La tendencia restrictiva, inaceptable ya bajo la vigencia del artículo 215 de la constitución anterior, lo es aún más en la constitución vigente. En efecto, cuando el artículo cuarto señala en forma enfática que la constitución es norma de normas está resaltando su carácter jurídico, su eficacia, la imposibilidad de eludir su aplicación. Además, la norma anterior podía prestarse a confusión al prescribir que se *aplicarán de preferencia* las disposiciones constitucionales. Esa posibilidad de selección desapareció en la norma vigente, en la que se ordena que en caso de incompatibilidad se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Eso significa que nadie está exento de responsabilidad por aplicar normas inconstitucionales; todos los operadores jurídicos no solo pueden, sino que deben hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad cuando requieran aplicar una ley o cualquier norma jurídica incompatible con la constitución.

---

<sup>24</sup> Para mayor información véase Charry Urueña, Juan Manuel, *La excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Jurídica Radar, 1994, pp. 115 y ss.

### 6.6.2 *Normas objeto de la excepción*

La discusión sobre qué tipo de normas son susceptibles de excepción de inconstitucionalidad tenía razón de ser bajo la vigencia de la constitución anterior. Una lectura exegética del artículo 215 servía de base a la tesis de que solo las leyes podían ser inaplicadas.

Sin embargo, desde los primeros años de vigencia de dicha institución se adoptó, por un sector de la jurisprudencia y la doctrina, el criterio que extendía la excepción a otras normas de carácter general. Baste para ello mencionar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 26 de octubre de 1915, M. P. Gnecco Laborde, en la que se reconoció la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a ordenanzas departamentales y acuerdos municipales.

La constitución vigente no deja lugar a dudas. El artículo 4º se refiere a la incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, con el evidente propósito de no dejar por fuera del control constitucional ningún sector del ordenamiento jurídico. Caben aquí las diferentes clases de leyes, los decretos con fuerza de ley, los decretos reglamentarios, los que desarrollan leyes marco, las ordenanzas, los acuerdos y, en general, toda clase de actos jurídicos.

Frente a la cuestión de si se puede utilizar la excepción de inconstitucionalidad frente a actos jurídicos de carácter particular, la Corte Constitucional ha dicho que eso no es posible ya que ella solo cabe frente a actos jurídicos de carácter general. Al respecto la Corte ha dicho:

“Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular<sup>25</sup>”.

---

<sup>25</sup> Sentencia C-069/95, M. P. Hernando Herrera, concepto ratificado por la Sentencia SU-544/01, M. P. Eduardo Montealegre.

### 6.6.3 *El grado de la incompatibilidad*

Un asunto de no poca monta es la discusión acerca de si la incompatibilidad de la norma de inferior jerarquía con la constitución debe ser de tal magnitud que resulte ostensible, sin esfuerzo alguno de elaboración jurídica, o si es suficiente cualquier nivel de contradicción entre ellas. Por la primera tesis se inclinó la Corte Constitucional, la que en una sentencia de revisión de tutela señaló:

“El Diccionario de la Real Academia Española define la incompatibilidad en términos generales como ‘repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí’. En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea.

Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos *erga omnes* el juez de constitucionalidad<sup>26</sup>”.

En sentido contrario se pronunció en salvamento de voto dentro del mismo proceso, el magistrado Ciro Angarita Barón, quien sostuvo que la contradicción entre normas no puede reducirse a una mera confrontación de expresiones literales porque eso deja por fuera del conflicto a los principios y valores constitucionales. Al respecto afirmó:

“Es claro que en la etapa simplemente preliminar de la confrontación de los textos bien puede partirse de su tenor literal. Pero no se agota allí la labor que debe realizar el juez cuando, por vía del control

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-614 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

constitucional difuso consagrado en el ordenamiento nacional, le corresponde ocuparse de decidir acerca de la inaplicación de una norma que puede estar en conflicto con los mandatos de la Carta. En este caso debe necesariamente tomar en cuenta el conjunto de sus valores, principios y normas globalmente considerados, cuya efectividad es deber ineludible de las autoridades de la República, según lo dispuesto por el artículo segundo de la Carta.

La manifestación de la contradicción entre el texto constitucional y el texto legal no es, pues, simple cuestión de expresiones literales. Es asunto que supone necesariamente considerar la norma legal frente al conjunto natural y formal de la Carta dentro de una perspectiva que permita aplicarla a las situaciones concretas por la obvia prevalencia jerárquica que ella tiene en el conjunto del ordenamiento”.

Hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que el operador jurídico no puede suplantar al juez de constitucionalidad recurriendo a minuciosos y prolijos análisis hermenéuticos para darle forma a una excepción de inconstitucionalidad, también lo es, que para que esta última se dé, no puede pedirse el virtual remplazo de la norma cuestionada con la constitucional.

Las normas constitucionales se caracterizan por su *incomplitud*, al decir del jurista español Alejandro Nieto<sup>27</sup>, y por ser abiertas, lo que las distingue del resto del conjunto normativo. Señalar que para que la excepción prospere se requiere que sea posible la introducción de la norma constitucional en una estructura lingüística de carácter legal, no deja de ser una inaceptable exigencia mecanicista.

La incompatibilidad de la constitución con una norma que le está subordinada debe ser demostrable *prima facie*, sin que se requieran profundos análisis y elucubraciones jurídicas; no puede limitarse a una mera confrontación de textos, sino que deberá extenderse a los principios que sirven de base y orientan el ordenamiento constitucional.

---

<sup>27</sup> Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en: *Revista de Administración Pública*, Nos. 100-102, enero-diciembre de 1983, Madrid.

#### 6.6.4 *Efectos inter pares*

Tradicionalmente se ha sostenido que la excepción de inconstitucionalidad solo produce efectos *inter partes*, es decir, efectos que solo cobijan a las partes involucradas en el conflicto o litigio. Sin embargo, cuando la decisión de inaplicar una norma y aplicar de manera preferente un precepto constitucional es proferida por la Corte Constitucional, la resolución adoptada produce efectos respecto de todos los casos semejantes, *inter pares*, siempre que se presenten simultáneamente una serie de condiciones.

Así lo señaló la Corte al pronunciarse en Sala Plena sobre las numerosas decisiones de excepción de inconstitucionalidad producidas frente al Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, mediante el cual se fijaron reglas de competencia para la acción de tutela. Esas condiciones son:

1. Que la excepción de inconstitucionalidad resulte de la simple comparación de la norma inferior con la constitución, de la cual surja una violación, no solo palmaria, sino inmediata y directa de una norma constitucional específica.
2. Que la norma constitucional violada, según la interpretación sentada por la Corte, defina de manera clara la regla jurídica que debe ser aplicada.
3. Que la inconstitucionalidad pueda ser apreciada claramente, sin que sea necesario sopesar los hechos particulares del caso y, por tanto, la inconstitucionalidad no dependa de tales hechos.
4. Que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida por la constitución de una responsabilidad especial, como es el caso de la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales.
5. Que la decisión haya sido adoptada por la sala plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia, o haya sido reiterada por ella<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Auto 071 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda.







## Capítulo VII



## Las normas constitucionales



## **1. RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY**

El carácter normativo de la constitución, la consideración de que ella es Derecho y debe ser aplicada por todos los operadores jurídicos, sean ellos jueces o funcionarios de la Administración, obliga a examinar la relación que existe entre ésta y la ley en el derecho constitucional actual.

Desde la perspectiva ontológica hay diferencias sustanciales entre la constitución y la ley. Al decir de Pérez Royo, esta última es solo un concepto, una categoría normativa aplicable a miles de creaciones legislativas que se refieren a temas de la más diversa naturaleza, mientras que la constitución es al mismo tiempo un concepto y una norma real y efectiva. Además, las leyes son expresión de la regularidad de los comportamientos de los individuos en sus relaciones sociales; expresan millares de comportamientos humanos, de operaciones jurídicas con algunas correcciones introducidas por el legislador a fin de alcanzar objetivos que no se consiguen espontáneamente o evitar consecuencias no deseadas; la constitución, por el contrario, es un cauce para que la sociedad se autodirija políticamente con un mínimo de seguridad, una norma que canaliza el enfrentamiento político en la sociedad estableciendo unos mínimos al mismo<sup>1</sup>.

Hay diferencias sustanciales entre la constitución y las leyes en cuanto a quiénes se encargan de su interpretación. Pérez Royo llama la atención acerca del hecho de que son los ciudadanos los que interpretan la ley y se ajustan a ella; en un conflicto, el juez escoge cuál de las interpretaciones hechas por las partes es la que se ajusta a

---

<sup>1</sup> Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 117.

la ley. La constitución, en cambio, tiene intérpretes privilegiados. El legislador es el intérprete político y la Corte Constitucional es el único órgano que puede revisar la interpretación política hecha por el legislador<sup>2</sup>.

Ahora bien, en relación con el proceso de interpretación, se debe tener en cuenta que los preceptos legales se deben interpretar de conformidad con las normas constitucionales, mientras que estas últimas no pueden ser interpretadas o concretadas acudiendo a una norma superior porque no la hay; la constitución es su propio techo y para su interpretación solo es dable apelar a la teoría constitucional, que se halla inserta en la propia constitución<sup>3</sup>.

## **1.1 La ley no se limita a ejecutar la constitución**

No se puede afirmar que la ley es simple ejecución o mero desarrollo de la constitución, como el reglamento lo es de la ley. La constitución no pretende sustituir a la ley. Deja las puertas abiertas para que el legislador, que tiene un amplio margen de decisión política, utilice esa discrecionalidad con el objeto de configurar el orden jurídico. El Congreso es un órgano auténticamente político que debe asumir la plena responsabilidad de sus actos. La constitución puede, sin embargo, limitar, dirigir e iniciar dichos actos.

El legislador es el intérprete político de la constitución por excelencia pero a la Corte Constitucional le corresponde la interpretación jurídica. La Corte solamente puede declarar inconstitucional una ley cuando ella está en clara contradicción con el texto constitucional.

La ley goza de presunción de validez por lo que, en caso de duda, ella debe resolverse a favor del legislador. En el Estado constitucional, la ley ya no ejerce la supremacía pero sigue cumpliendo un papel fundamental como configuradora del ordenamiento jurídico, dentro de los márgenes establecidos por la constitución.

---

<sup>2</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>3</sup> Aragón Reyes, Manuel, Apuntes de clase.

## 1.2 Normas de carácter abierto

La constitución, por su brevedad (a pesar de que algunas parezcan un tanto extensas), por su vocación de permanencia y por contener los pilares fundamentales del orden jurídico, contiene gran cantidad de normas abiertas, con un alto grado de indeterminación y carencia de exactitud en el detalle, que requieren, por tanto, ser concretadas en gran medida.

El carácter abierto normativo, de cualquier manera que se lo entienda, es en parte, un instrumento conscientemente utilizado con el fin de no sustraer a las fuerzas políticas, al legislador ordinario y al gobierno, el margen de maniobra necesario para las decisiones que son de su responsabilidad<sup>4</sup>. Es el caso de los principios constitucionales y entre ellos, los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 11 constitucional establece que el derecho a la vida es inviolable, pero nada indica la norma acerca de los diferentes aspectos que tienen que ver con el derecho a la vida, tales como tipos de homicidio, legítima defensa, aborto, etc. De todo ello se encarga la ley penal.

Otras normas, por el contrario, tienden a ser cerradas. Se trata de las reglas que regulan de una forma concreta e inequívoca asuntos como los relacionados con la organización del Estado, la distribución de competencias entre los órganos del poder público, la manera como deben ser designados ciertos altos funcionarios del Estado. En esos casos, lo que la constitución hace es precisar con detalles lo que considera que no debe quedar abierto. Es lo que sucede, por ejemplo, con las normas que establecen la oportunidad, las condiciones y el procedimiento para la elección del presidente de la República y los demás altos funcionarios del Estado. Aquí la constitución no deja cabo suelto, ni posibilidad de maniobra al legislador.

---

<sup>4</sup> Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 222.

## **2. REGLAS, PRINCIPIOS Y VALORES**

De lo dicho en el punto anterior se desprende que existen diferencias sustanciales en la forma como se expresan las normas constitucionales, diferencias que afectan su comportamiento y los efectos jurídicos que generan. Reconocer la variedad que revisten las normas constitucionales en su enunciación tiene gran importancia para el derecho constitucional contemporáneo, contribuye a una cabal comprensión de la constitución normativa y se convierte en elemento esencial de la teoría de la interpretación constitucional.

La constitución normativa consta de: (i) reglas; (ii) principios, y (iii) valores. Todos ellos tienen la calidad de normas jurídicas, aunque con diferentes grados de eficacia.

### **2.1 Las reglas constitucionales**

Son prescripciones que contienen mandatos de acción, dentro de los que generalmente figuran supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. Las reglas son mandatos que permiten o prohíben algo; pertenecen al mundo del “deber ser”, es decir, tienen naturaleza deontológica: están establecidas para que se cumplan en el sentido que ellas contienen.

Tomemos como ejemplo el artículo 190 de la Constitución que prescribe la forma como se elige al presidente de la República. Si ningún candidato obtiene la mitad de los votos más uno será necesario realizar una segunda votación en la que solo participan los dos candidatos con mayores resultados.

En esta norma aparece un supuesto de hecho unido a unas consecuencias jurídicas previamente determinadas, lo que la convierte en una regla jurídica cerrada, con un contenido preciso, unívoco. La elección del presidente debe ser así, como lo ordena el artículo 190 y no de otra manera.

Las reglas constitucionales pueden ser completas, como el ejemplo que se acaba de indicar, o incompletas. Estas últimas son

las que, aunque gramaticalmente aparezcan como completas, desde la perspectiva jurídica requieren complementarse con otras normas que están en la propia constitución (remisión intranormativa) o fuera de ella (remisión internormativa).

Ejemplo de las primeras, es la contenida en el artículo 272 constitucional, que prescribe que los contralores departamentales tendrán, en el ámbito de su jurisdicción, las mismas funciones atribuidas al Contralor General en el artículo 268. Se trata de una norma que se completa con el contenido de otra que está ubicada en el mismo cuerpo normativo.

Como ejemplo de remisión internormativa puede citarse el inciso primero del artículo 101 de la Carta, en el que se señalan como límites de Colombia los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la nación. Lo anterior significa que para conocer cuáles son los límites de Colombia habrá que acudir a los tratados y laudos en donde hayan quedado establecidos esos límites.

## **2.2 Los principios constitucionales**

El rol que juegan los principios en el ordenamiento jurídico, específicamente en la constitución, es objeto de intensas disputas entre los teóricos y filósofos del Derecho; contienda que enfrenta a los positivistas, en sus variadas versiones, con los neo iusnaturalistas y los simplemente antipositivistas.

En Colombia ha quedado poco espacio para esa discusión: la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, es rica en principios explícitos, los cuales están dotados de fuerza jurídica por el carácter normativo que tiene toda la constitución.

Un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento. Los principios jurídicos son cláusulas de derecho condensado que no tienen la misma estructura de las reglas, aunque están dotadas de significado jurídico externo e interno: externo,



porque hacen parte del ordenamiento jurídico, se han incorporado al derecho positivo; pero además, tienen un significado interno por sí mismos, un contenido jurídico relativamente preciso, aceptado convencionalmente por la comunidad jurídica<sup>5</sup>.

Por ejemplo: el principio fundamental del Estado social de Derecho tiene significado jurídico externo, porque está consagrado en el artículo 1° de la constitución, e interno, porque la jurisprudencia y la doctrina han elaborado una construcción conceptual coherente y razonable sobre el significado que tiene ese principio, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Los principios, al igual que las reglas, son mandatos que permiten o prohíben algo; forman parte del mundo de los deberes. A diferencia de las reglas, se trata de normas con estructura abierta, indeterminada; proposiciones en las que no aparecen unos supuestos de hecho a los cuales atribuirles consecuencias jurídicas precisas y determinadas.

No tiene aceptación, hoy en día, la tesis según la cual los principios son declaraciones programáticas que solo poseen obligatoriedad jurídica cuando encuentran desarrollo en reglas de aplicación directa e inmediata. Por el contrario, los principios constitucionales son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la constitución misma y están dotados de fuerza normativa. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución en un caso concreto. No obstante el hecho de estar dotados de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y, por tanto, una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita su eficacia directa.

## 2.3 Los valores constitucionales

Los valores son conceptos axiológicos; responden al criterio de lo que puede ser calificado como bueno, como lo mejor. En el plano de la moral, tenemos que la bondad y la valentía son valores humanos

---

<sup>5</sup> Aragón Reyes, Apuntes de clase.

socialmente reconocidos como tales, mientras que la maldad y la cobardía son antivalores.

En el plano del derecho constitucional, los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Expresan las preferencias acogidas por el poder constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva.

Dice Pérez Luño que los valores constitucionales configuran las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural de un Estado. Tienen una triple dimensión:

1. Sirven de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto.
2. Orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional.
3. Ejercen una función crítica en cuanto sirven de criterio o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas<sup>6</sup>.

A diferencia de los principios, los valores solo tienen de jurídico su significado externo, el hecho de que estén mencionados en la constitución. Los valores son normas jurídicas porque hacen parte de la constitución. Fuera de ese contexto pueden tener un significado muy diferente, ya sea moral, filosófico o religioso, dependiendo del ámbito en el que aparezcan insertos.

Cuando se habla de la igualdad de los hombres ante la ley, el valor igualdad tiene un significado jurídico constitucional; cuando un abogado afirma que ofrece igualdad de trato a sus clientes, está hablando de un valor ético; cuando se dice que todos los hombres

---

<sup>6</sup> Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 288.

son iguales ante los ojos de Dios, el valor igualdad adquiere un significado religioso.

Hay conexidad entre valor, principio y regla. Los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido; los principios, a su vez, se incorporan en reglas o disposiciones específicas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión<sup>7</sup>. Tenemos, por ejemplo, que el valor igualdad, que se encuentra enunciado en el preámbulo de la Constitución, aparece inserto en el principio de la igualdad real del artículo 13; este principio, a su vez, está incorporado en la regla que prescribe que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes dentro de la pareja (art. 42).

## 2.4 Diferencias entre reglas y principios

El criterio más utilizado para distinguir la regla del principio es la generalidad. Se suele afirmar que el principio es mucho más general, menos preciso, que la regla. Aragón Reyes sostiene que los principios enuncian cláusulas generales y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas. Agrega que los principios son prescripciones jurídicas generalísimas o, si se quiere, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas<sup>8</sup>.

Alexy va más allá. Afirma que las reglas y los principios no solo se diferencian por el grado de generalidad, sino que también hay diferencias cualitativas: se trata de dos tipos de normas diferentes. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 292.

<sup>8</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, cit., pp. 47 y 53.

Los principios son, por tanto, mandatos de *optimización* caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, fácticas, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos<sup>9</sup>. La libertad de prensa, por ejemplo, es un principio que en determinadas ocasiones debe ceder ante el principio del respeto a la intimidad personal.

Las reglas, en cambio, son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Las reglas son mandatos no de optimización, sino definitivos.

Tenemos el caso de los requisitos y del procedimiento para la designación del Contralor General de la República. El artículo 267 de la Constitución señala cuáles son. El ajustarse exactamente a dicha regla es lo que hace que la designación del contralor sea jurídicamente posible y sea válida. De manera que para Alexy no hay ninguna duda en cuanto a que la diferencia es cualitativa y no de grado, ya que toda norma que prescribe un deber ser es una regla o un principio<sup>10</sup>.

#### ***2.4.1 Conflicto de reglas y colisión de principios***

La distinción entre reglas y principios se demuestra con la forma diferente como se tratan las colisiones de principios y los conflictos de reglas. El conflicto entre dos reglas plantea un problema de validez; una de las reglas es válida, la otra no. Por el contrario, los conflictos entre principios se resuelven por su peso o importancia, sin afectar su validez, como lo anota Dworkin<sup>11</sup>, planteamiento que acoge y desarrolla Alexy<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p. 77.

<sup>12</sup> Alexy, ob. cit., pp. 88 y 89.

El conflicto entre reglas solo puede ser solucionado introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas.

Veámoslo a través de un ejemplo. El artículo 155 de la Constitución señala que el treinta por ciento de los concejales o diputados del país puede presentar proyectos de reforma constitucional, mientras que el artículo 375 exige solo el veinte por ciento de concejales y diputados. La Corte Constitucional resolvió este conflicto de reglas inclinándose por el treinta por ciento del artículo 155, razón por la cual la regla del veinte por ciento carece de validez<sup>13</sup>.

Las colisiones de principios se solucionan de forma diferente. Aquí no se trata de que uno sea válido y el otro no. Ambos son válidos, pero uno deberá ceder ante el otro. Se hace necesario realizar la ponderación que corresponda para que, en las circunstancias propias del caso, el principio que tenga menor peso ceda ante el que aparece con un peso mayor.

En condiciones diferentes, la ponderación puede arrojar el resultado contrario. Los ejemplos son numerosos en los fallos de tutela: en unos casos concretos, el principio de la libertad de información debe ceder ante el derecho a la intimidad de las personas, pero en otros, especialmente cuando se trata de personajes con notoria actividad pública, prevalece el derecho a la información.

#### ***2.4.2 Principios contra reglas, un conflicto aparente***

La teoría constitucional enseña que el conflicto entre una regla y un principio constitucionales es un conflicto hermenéutico aparente, ya que como se vio en líneas atrás, el principio sólo alcanza eficacia jurídica directa en ausencia de una regla aplicable al caso. Dicho de otra manera, en la interpretación constitucional el principio debe ceder siempre ante la regla.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

La Corte Constitucional se apartó de esa precisión conceptual en la Sentencia SU 214 de 2016 en la que, en decisión dividida, señaló que al entrar en colisión un principio con una regla constitucional, la cuestión que se juzga no está inserta en el campo de la validez, pues el operador judicial no tendría competencia para retirar una de las normas del ordenamiento superior. El asunto es de grado, es decir, de peso específico frente al caso concreto. Y agregó que, en esa medida, son las circunstancias del asunto las que determinan el mayor peso de un principio o de una regla y, para lo cual, el operador constitucional debe tener en cuenta varios aspectos. (Corte Constitucional, Comunicado N° 17 de 28/04/2016).

## **2.5 Diferencias entre principios y valores**

Las diferencias que existen entre los principios y los valores son más complejas que las que existen entre aquellos y las reglas. Los principios, como ya se indicó, son conceptos deontológicos; pertenecen, por tanto, al mundo del deber ser. Los valores son, en cambio, conceptos axiológicos; responden al criterio de lo bueno, lo mejor.

Se desprende de lo anterior una diferencia clave. Los principios sirven para interpretar las normas, es decir, tienen eficacia indirecta. Pero no se quedan allí. En ausencia de una regla constitucional, solo en esa circunstancia, alcanzan eficacia directa, son aplicables al caso, adquieren lo que Aragón Reyes denomina *proyección normativa*.

Los valores, por el contrario, solo tienen eficacia indirecta o interpretativa. Sirven para ayudar a resolver un caso difícil, en la medida en que el juez debe optar por la solución que sea acorde con los valores constitucionales. Esa eficacia opera de modo distinto, según que el intérprete sea el legislador (intérprete político de la constitución) o el juez (intérprete jurídico).

Solo el legislador puede, al interpretar la constitución, proyectar o convertir el valor en una norma legal, es decir, crear una norma

como proyección de un valor. Al juez le está vedada tal conducta. No puede crear normas y suplantar así al legislador; lo que puede hacer en nuestro sistema de Derecho es interpretar las normas, y en ese proceso anudar el valor a una norma que le viene dada y que él no puede crear<sup>14</sup>.

La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez. Dworkin afirma que en el sistema jurídico norteamericano tampoco puede el juez crear normas, contrariamente a lo que sostiene la escuela realista del Derecho. Lo que el juez debe hacer ante un caso difícil es descubrir la norma aplicable dentro de los principios jurídicos vigentes, ya que, si crea una norma nueva al fallar un caso, necesariamente estará aplicando dicha norma de manera retroactiva, solución que repugna al Derecho<sup>15</sup>.

García Máynez señala que todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. Cuando se asevera que el Derecho ha sido instituido para el logro de valores, se está indicando un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Los valores condicionan a los fines y no al contrario<sup>16</sup>.

Los valores están indisolublemente ligados a los principios pero no se identifican con éstos. Los principios, como mandatos de deber ser, indican la dirección hacia algo; el valor es ese algo al que la dirección apunta. Los principios se desarrollan, los valores se realizan. Valores y principios se hallan en correlación estricta y se determinan recíprocamente. Los principios especifican o concretan valores. Los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que el Derecho tiene la misión de realizar<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Aragón Reyes, ob. cit., p. 53.

<sup>15</sup> Dworkin, ob. cit., pp. 146 y ss.

<sup>16</sup> García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 413.

<sup>17</sup> *Ibidem.*, pp. 414 y 429.

## 2.6 Los valores y el preámbulo

La constitución colombiana proclama sus valores fundamentales en el preámbulo, valores a partir de los cuales se derivan el sentido y la finalidad de todo el ordenamiento constitucional. Allí se señala que la constitución tiene el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Todo ello dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

Se notan diferencias sensibles entre el Preámbulo de 1886, adicionado con el de la reforma de 1936, y el de la constitución vigente. Aquel se limitaba a mencionar como valores los de justicia, libertad y paz.

### 2.6.1 *La constitución como sistema material de valores*

Hay que aclarar que de todos los fines que menciona el preámbulo, la libertad y la igualdad se destacan como los auténticos valores materiales cuya realización propugna la constitución. Los demás, no son exactamente valores. La justicia no necesariamente es un fin en sí mismo; es una función del Estado y, al mismo tiempo, un requisito estructural de su condición de Estado de Derecho<sup>18</sup>.

Es claro que la vida es mucho más que un valor jurídico. Es la condición necesaria del ser humano como sujeto y objeto del derecho, y su defensa es un principio fundamental. La convivencia, el trabajo, el conocimiento y la paz no son valores jurídicos propiamente dichos, sino situaciones que se derivan del cumplimiento de los fines; porque si hay libertad en condiciones de igualdad, habrá necesariamente convivencia, paz, conocimiento y trabajo.

La constitución democrática es finalista. Su fin específico es el de realizar la libertad y la igualdad. No es posible concebir a un pueblo

---

<sup>18</sup> Aragón Reyes, ob. cit., p. 116.



como soberano si no tiene libertad, y no puede ser libre si esa libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos, es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad.

Por esa razón, la libertad y la igualdad son los valores que integran el fin de la constitución en una asociación tensa, que es precisamente la que caracteriza al Estado social y democrático como Estado constitucional de nuestro tiempo, como lo afirma con mucha propiedad el profesor Aragón Reyes<sup>19</sup>.

Queda claro, entonces, que se debe considerar a la constitución como un sistema material de valores, no por criterios metajurídicos fundamentados en el derecho natural, sino por criterios jurídicos. Los valores son normas jurídicas porque están contenidos como tales en la constitución y por esa razón hacen parte del derecho positivo.

### *2.6.2 Poder vinculante del preámbulo*

Acerca de la juridicidad del preámbulo, ha dicho la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones.

Restarle eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar los mandatos constitucionales para que coincidan con los fines perseguidos por el constituyente, que les dan sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana, cuyo amparo se ha establecido en la constitución.

Para la Corte, el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma, sea de índole legislativa o de otro nivel, que desconozca o quebrante

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 117.

cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la constitución, porque traiciona sus principios. Afirmó la Corte:

“Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y les confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto”<sup>20</sup>.

### **3. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES**

La constitución no establece una jerarquía de normas; todas tienen el mismo rango, aunque se diferencian en su estructura interna y en su alcance normativo. Estudiar esas diferencias conduce a una mejor comprensión de la normatividad constitucional. Hay que descartar la posibilidad de fijar una clasificación taxonómica, de la forma como un biólogo divide los seres vivos en géneros, especies y subespecies, método éste inaplicable a la constitución, por razones ontológicas.

Lo conducente es establecer una tipología que permita agrupar y distinguir las diferentes clases de normas que se encuentran en el texto constitucional, sin pretender que ese sea un esfuerzo exhaustivo y sin olvidar que todas las normas constitucionales, sin excepción, son normas jurídicas. No se pretende con ello fragmentar la constitución ni ignorar su carácter unitario.

A lo largo de la constitución colombiana encontramos diferentes tipos de normas, incluso en un mismo artículo. La tipología que presentamos abarca todo el contenido de la constitución. Parte del esquema elaborado por el jurista alemán U. Scheuner, acogido por Rubio Llorente<sup>21</sup>. El esquema ha sido complementado por el profesor

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>21</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 54.

Aragón Reyes. El resultado es una tipología que, en nuestra opinión, se ajusta a la constitución colombiana. Tenemos, entonces que los tipos de normas constitucionales son: (i) derechos fundamentales; (ii) garantías institucionales; (iii) principios fundamentales y fines del Estado; (iv) mandatos al legislador; (v) cláusulas de habilitación, y (vi) normas organizativas y procedimentales.

1. *Derechos fundamentales*. Se incluyen aquí los derechos que protegen a las personas frente al Estado (derechos fundamentales clásicos) y los que garantizan condiciones mínimas de existencia que preserven la dignidad humana. Se trata de normas que son fuente de derechos exigibles directamente de la constitución, sin necesidad de que medie la ley. No hacen parte de este tipo los derechos sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente, que requieren necesariamente de una ley, los que deben ser incluidos en los mandatos al legislador.

2. *Garantías institucionales*. Son aquellas cláusulas constitucionales de las que se desprende una protección que impide que los poderes constituidos supriman o desfiguren las instituciones que la misma Constitución reconoce expresamente, tales como la familia (arts. 5º y 42), la propiedad (art. 58), la autonomía universitaria (art. 69), la autonomía de las entidades territoriales (art. 287) y la carrera administrativa (art. 125).

El concepto es obra de Schmitt<sup>22</sup>, aunque tiene la oposición de quienes consideran que las garantías simplemente hacen parte de los derechos. Hay, sin embargo, una diferencia importante: mientras que los derechos fundamentales recaen sobre personas, las garantías institucionales tienen como sujetos titulares a las instituciones constitucionalmente protegidas, lo que ofrece connotaciones jurídicas diferentes.

3. *Principios fundamentales y fines del Estado*. Aparecen como los faros orientadores de la constitución y de la actividad del Estado. Se trata de los principios fundamentales del orden jurídico-político y de los fines concretos que persigue el Estado. Se hallan de preferencia,

---

<sup>22</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 175.

en el Título I de la Constitución. Es el caso del principio del Estado social de Derecho, que constituye una directriz básica para la interpretación de la constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto y cuyo propio carácter doctrinal dota de una elasticidad profunda a la constitución<sup>23</sup>.

También se encuentran principios fundamentales a lo largo del texto constitucional, como sucede con la libertad económica y la libre competencia (art. 333), los principios que orientan la función pública (arts. 122), la administración de justicia (art. 228) y la prestación de los servicios públicos (art. 365), para mencionar algunos.

4. *Mandatos al legislador*. Son órdenes que la constitución le señala al legislador para que produzca unos actos que permitan un desarrollo jurídico específico, sin que existan términos precisos para cumplirlas, ni posibilidad de constreñirlo para que las cumpla. De ese tenor son las normas constitucionales en las que aparecen locuciones como “la ley regulará”, “la ley protegerá”, “la ley establecerá”.

Con los mandatos se persigue que el legislador complete la estructura del Estado y, sobre todo, que se expidan leyes que hagan posible el ejercicio de ciertos derechos constitucionales. Ejemplo del primer caso es el artículo 130, que ordena crear una comisión nacional del servicio civil que se encargue de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos. Ejemplos de mandatos para que se expidan leyes que configuren derechos que la constitución contempla solo *in nuce*, abundan en los capítulos 2 y 3 del Título II de la Constitución.

Los mandatos al legislador crean la obligación en general, señalan los objetivos básicos que debe desarrollar la ley, pero dejan en manos del legislador la oportunidad, las condiciones y los mecanismos adecuados para cumplir con esos objetivos. No tiene el legislador un plazo determinado para hacer efectivo el mandato y no puede el juez compelerlo a que lo haga. Sin embargo, la Corte Constitucional puede verse obligada a reconocer que la omisión legislativa está generando efectos ilegítimos y declarar la existencia de una situación

---

<sup>23</sup> Rubio Llorente, ob. cit. p. 60.

de inconstitucionalidad. Todo lo anterior es consecuencia del hecho de que los mandatos al legislador son normas jurídicas, como todas las demás cláusulas contenidas en la Constitución.

5. *Cláusulas de habilitación.* Son normas que facultan al legislador para establecer limitaciones a derechos existentes o para crear nuevos derechos, sin apremio de ninguna clase. En unos casos, se permite que el legislador actúe de acuerdo con su libre arbitrio, y en otros, se le fijan condiciones previas. Ejemplo de la primera clase de normas, es la contenida en el artículo 57 constitucional, en la que se señala que la ley podrá establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas: el legislador es libre de establecerlos o no.

Ejemplo de la segunda clase de cláusulas de habilitación es el artículo 100, que faculta a la ley a limitar o negar a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos civiles, por razones de orden público. Aquí la autorización constitucional al legislador está condicionada a que se presenten razones de orden público que justifiquen la limitación de esos derechos.

Las cláusulas de habilitación otorgan licencia previa al legislador para que expida las leyes a las que esas normas hacen referencia. La no existencia de esas normas podría conducir a que las leyes que se adoptaran fueran declaradas inconstitucionales, por desconocer o limitar derechos que tienen reconocimiento constitucional. Cláusulas de habilitación se encuentran también en los artículos 48, 58, 98, 108, 109, 289, 306, 308, 310 y 337 de la Constitución.

6. *Normas organizativas y procedimentales.* Son las que determinan la estructura de organización del Estado y las que establecen los distintos procedimientos para su funcionamiento.

Son numerosas en la Carta Política. Tenemos, por ejemplo, las que determinan la composición del Congreso; del gobierno; de las Altas Cortes; las que fijan el trámite para la elaboración de las leyes; para la elección de altos funcionarios del Estado; las que reparten competencias entre las distintas jurisdicciones; en fin, las que determinan el funcionamiento de los distintos órganos del poder público.



## Capítulo VIII



## La interpretación de la constitución



## **1. LA NECESIDAD DE INTERPRETAR**

A partir de 1991, la interpretación de la constitución ha adquirido entre nosotros una importancia de primer orden. Comoquiera que ésta tiene fuerza normativa y se caracteriza por contener normas amplias y abiertas, se impone la necesidad de reflexionar seriamente sobre la forma como deben ser interpretadas las normas constitucionales y sobre los métodos que permiten indagar acerca de su significado y su alcance en situaciones concretas. Para ello hay que partir de la idea general de interpretación, continuar con la interpretación de la ley y, finalmente, llegar a la interpretación constitucional.

La tarea de interpretar los textos ha sido siempre conflictiva. Por ejemplo, en el campo de la teología, los numerosos cismas y conflictos religiosos que han surgido son precisamente por la forma como se interpretan los textos bíblicos. En la parte jurídica, es bueno recordar que en Francia, durante el largo período del absolutismo, se les prohibía a los jueces interpretar las ordenanzas y disposiciones reales, porque se consideraba que ello conducía a darles poder.

Idéntica actitud se adoptó por parte de los dirigentes de la Revolución Francesa, debido a la profunda desconfianza que les generaban los jueces, provenientes en su totalidad del régimen absolutista. Al acogerse el principio de que la ley es la expresión de la voluntad popular, fundamento de la soberanía, se le prohibió en forma categórica a los jueces, so pena de graves sanciones, interpretar la ley. Se debían limitar a su aplicación mecánica, a través de un sencillo razonamiento lógico que permitiera subsumir los hechos en la norma.



## 1.1 ¿Qué es interpretar?

El diccionario de María Moliner trae como primera acepción: “Atribuir cierto significado a una expresión o a otra cosa”. Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española (DRAE) señala: “Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad”.

Como se desprende de esas dos acepciones, desde la perspectiva lexicológica caben dos sentidos diferentes cuando se trata de interpretar textos. De acuerdo con el primero de ellos, habrá interpretación siempre que se trate de entender el significado de cualquier texto; el segundo sentido es restrictivo, ya que limita la interpretación a los textos faltos de claridad.

En cuanto a la interpretación jurídica, Larenz sostiene que constituye un error inaceptable aseverar que los textos jurídicos solo necesitan interpretación cuando aparecen como poco claros, oscuros o contradictorios. En su opinión, todos los textos jurídicos, por más completos que parezcan, son en principio susceptibles de y requieren interpretación<sup>1</sup>.

Desde esa perspectiva, la interpretación es un razonamiento con el que se busca no solo responder la cuestión del significado de un texto normativo, sino también la relación que existe entre ese texto y una situación concreta dentro de la cual deba ser aplicado. Es decir, hay interpretación cuando se analiza el texto en abstracto, lo mismo que cuando se plantea el problema de la aplicación de lo contenido en el texto a un caso concreto.

Hesse afirma que, en sentido estricto, solo la interpretación resulta necesaria cada vez que se ha de dar respuesta a una cuestión constitucional que la constitución no permite resolver de forma concluyente. De acuerdo con ese criterio, interpretar un texto quiere decir decidirse por una entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo; adoptar la que aparece como la *pertinente*, en el sentido

---

<sup>1</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, 1994, p. 193.

de lo que necesariamente se impone en la solución jurídica de un conflicto concreto.

El cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable; fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando certeza y previsibilidad jurídicas<sup>2</sup>.

Como se puede apreciar, la afirmación de Larenz corresponde a un concepto amplio o lato de la interpretación (*lato sensu*), mientras que la de Hesse pertenece a un sentido estricto (*stricto sensu*), como él mismo lo admite. Ahora bien, al derecho constitucional, disciplina normativa que se ocupa de la constitución actual de un Estado determinado, le interesa fundamentalmente el estudio de la problemática de la interpretación constitucional en sentido estricto.

## 1.2 Razones para la interpretación jurídica

No tiene asidero en la teoría jurídica contemporánea la vieja tesis positivista de que la aplicación de las normas jurídicas tan solo requiere de una subsunción lógica de los hechos en la norma, a través del socorrido silogismo según el cual la norma se encuadra en la premisa mayor, los hechos en la premisa menor y las consecuencias jurídicas, en la conclusión.

Robert Alexy sostiene que existen al menos cuatro razones que demuestran que la decisión jurídica que pone fin a un conflicto, no necesariamente se sigue de manera lógica de las formulaciones contenidas en las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los supuestos de hecho que hay que reconocer como verdaderos o probados, lo que obliga a realizar una labor de interpretación:

1. Por la vaguedad del lenguaje jurídico, a diferencia de lo que sucede con los rigurosos términos de las matemáticas o de las ciencias naturales.

---

<sup>2</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., pp. 35 y 37.

2. Porque con mucha frecuencia se presentan conflictos entre normas aplicables al mismo supuesto de hecho.
3. Porque en la actividad judicial surgen casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente.
4. Por la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma para evitar un resultado abiertamente injusto, lo que se presenta en los llamados “casos límite”<sup>3</sup>.

## **2. FINALIDAD O META DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

La investigación del sentido de una norma jurídica plantea un problema que se ha debatido desde hace mucho tiempo entre los autores que se han ocupado del tema. Se trata de determinar si la meta o finalidad de la interpretación es indagar la voluntad del creador de la norma (teorías subjetivas) o el sentido que ella tiene incorporado, es decir, la “voluntad” de la norma (teorías objetivas).

### **2.1 Teorías subjetivas**

Lo primordial para las teorías subjetivas es indagar cuál fue la voluntad del creador de la norma para aplicarla en ese sentido y solo en ese. Se sostiene, por quienes defienden dicha tendencia, que se obtiene mayor seguridad jurídica cuando en el caso de la interpretación de la ley se busca qué es lo que quiso el legislador, que cuando la búsqueda se orienta a saber qué es lo que hubiera querido éste con el paso del tiempo, en el momento en el que se pretende aplicar la norma. Según esta tendencia, el juez debe respetar la voluntad del legislador y para ello debe averiguar lo que éste quiso; de ninguna manera darle a la ley el sentido que quiere el juez, cuando no coincide con el del legislador.

---

<sup>3</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

Un argumento en contra de las teorías subjetivas es el de que no siempre se puede saber con certeza cuál fue la voluntad del creador de la norma. La forma como muchas normas son aprobadas no permite inferir, con un razonable grado de precisión, cuál fue el sentido que le quiso imprimir a la ley la mayoría parlamentaria. Por eso se corre el riesgo de que se imponga la voluntad discrecional del juez, so pretexto de interpretar la voluntad del creador de la norma jurídica.

Por tanto, más peso tiene el argumento de que lo que importa es lo incorporado en la norma. Sucede con la ley lo mismo que pasa con los libros: una vez que han sido publicados, su contenido se vuelve autónomo para sus lectores y críticos, quienes con frecuencia encuentran en ellos significados y repercusiones que no pasaron por la mente del autor.

Pero hay un problema aún mayor. Las teorías subjetivas presentan dificultades insuperables cuando se trata de colmar lagunas jurídicas, situaciones tanto de hecho como de Derecho que el legislador no previó o no podía prever. En un caso tal, el juez estaría atado de manos para resolver el conflicto, porque no podría realizar una interpretación que fuera valedera para dirimirlo, con sujeción al Derecho.

## **2.2 Teorías objetivas**

Para las llamadas teorías objetivas de la interpretación, lo que importa averiguar no es el sentido que el legislador le quiso dar a la norma, sino el sentido que ella tiene incorporado. Se habla entonces de oponer a la voluntad del legislador, la voluntad de la ley; la norma aparece así independizada de su autor.

A su favor se argumenta la seguridad jurídica, al señalarse que hay menos arbitrariedad cuando se averigua lo que la ley pretende, que cuando se busca qué es lo que quiso el legislador. Sin embargo, se trata de una afirmación poco convincente, ya que es evidente que hay una mayor discrecionalidad para el intérprete cuando éste “descubre” la voluntad de la norma.

La fortaleza de las teorías objetivas estriba en la posibilidad de integrar las normas en el ordenamiento vigente. Bien puede ser que la norma haya tenido un significado determinado en el momento en el que se la creó, pero como lo más probable es que al cabo de muchos años el ordenamiento jurídico presente cambios sustanciales, es necesario interpretar la norma dentro del nuevo contexto.

Como ejemplo puede citarse el importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, que tiene como soporte legal el artículo 2356 del Código Civil colombiano, que data de 1873, año en el que por la Ley 84 del 26 de mayo de ese año, los Estados Unidos de Colombia adoptaron como Código Civil de la Unión, el Código Civil de Chile, mejor conocido como el Código de don Andrés Bello. A pesar de que dicha norma exige que para que surja responsabilidad por el daño causado éste debe imputarse a malicia o negligencia, se la interpreta hoy en el sentido de que frente a los daños causados en ejercicio de cualquier actividad peligrosa, la mayoría de ellas inimaginables en la época en que se redactó el código, se presume la culpa del agente y se establece la consiguiente responsabilidad por los daños que se causen.

En el derecho contemporáneo se observa un evidente predominio de las teorías objetivas de la interpretación, aunque no se descarta el tener que acudir, en ocasiones, a la indagación acerca de la voluntad del legislador. Lo que se busca hoy en día es la mayor claridad posible en la norma; que se determine cuál es la finalidad que persigue la ley dentro del contexto normativo vigente. Radbruch afirmó que el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y que la ley puede ser mucho más inteligente que su autor; es más, tiene que ser más inteligente que su autor<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 148.

### 3. CRITERIOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN

La interpretación jurídica plantea, de entrada, el problema de si se puede considerar al Derecho como una ciencia, dado que no tiene la exactitud de las ciencias naturales y que buena parte de su contenido solo tiene validez temporal, ya que una institución que hoy es jurídica mañana puede dejar de serlo por una reforma legal.

Es claro que el Derecho, o lo que los alemanes llaman Jurisprudencia (en mayúsculas), no es una ciencia, si se parte del significado que trae el *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española* de Guido Gómez de Silva: “Observación, descripción y explicación de fenómenos naturales”; o de la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española (DRAE): “Conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas”. Sin embargo, como ya se advirtió, el Derecho deberá ser tratado como una ciencia cuando se adopta el sentido enunciado en la segunda acepción del DRAE: “Cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del ser humano”.

Sostiene Larenz que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no solo una tecnología, aunque también sea esto), porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente; es más, que se trata de una ciencia “comprensiva”, que procura interpretar de un modo determinado el “material” que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho “positivo”<sup>5</sup>. Partiendo de esa premisa conceptual, se debe aceptar que la ciencia del Derecho trabaja con métodos que le son propios, los cuales tienen como eje central la cuestión de la aplicación de la norma.

Los problemas generados alrededor de la aplicación de las leyes han obligado a buscar reglas y principios que sirvan como pautas objetivas que permitan saber de qué manera hay que interpretar la

---

<sup>5</sup> Larenz, ob. cit., p. 26.

ley. La sistematización mejor lograda es la elaborada por Savigny, en su monumental obra *Sistema del Derecho Romano actual*.

Dicho autor sostuvo que la labor de interpretación puede ser definida como la reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley. Desarrolló en su obra los llamados criterios tradicionales de interpretación de la ley: gramatical, sistemático, histórico y lógico. Estos cuatro elementos, a los que hay que agregar el teleológico, pueden ser considerados como momentos diversos de un solo método.

### 3.1 Criterio gramatical

Parte de la consideración de que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras. La primera tarea será entonces determinar la autenticidad del texto legal y luego, el sentido gramatical de las palabras y de las proposiciones. Hay que buscar, en principio, el significado literal de las normas, propósito que ha conducido a consagrar las reglas de interpretación dentro de normas legales, como sucede con el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil colombiano, en el que se encuentran las precisiones normativas frente a los diferentes niveles de complejidad de la interpretación gramatical a los que hace referencia el tratadista español Enrique Alonso García<sup>6</sup>.

En el mencionado capítulo se establece que cuando hay claridad en los términos, cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (art. 27). En relación con el significado de los términos utilizados por la ley, hay que acudir al uso ordinario o habitual de los términos, antes que a significados técnicos o complejos como lo ordena el artículo 28: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”.

Ahora bien, en relación con los conceptos, hay que acudir en primer lugar al uso ordinario que de él hace el común de las gentes. Si

---

<sup>6</sup> Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 92.

el concepto tiene connotación jurídica y es utilizado por los juristas, deberá interpretarse conforme al uso especializado, el que en no pocas ocasiones difiere considerablemente del ordinario. El artículo 28 del Código Civil indica que cuando el legislador haya definido las palabras para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal. Por su parte, el artículo 29 señala: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

### **3.2 Criterio sistemático**

Apunta a la interpretación de la norma en función del contexto del cual hace parte. Significa esto que debe tenerse en cuenta el resto de las palabras de la norma o también otras normas de la misma ley o de otras leyes relacionadas con el mismo asunto.

El criterio sistemático intenta poner de presente la conexión interna de todas las instituciones y reglas jurídicas como un todo coherente. Así lo consagra el artículo 30 del Código Civil: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

### **3.3 Criterio histórico**

Este criterio considera la génesis de cada ley en una situación histórica determinada. Busca, en primer lugar, averiguar los antecedentes de la norma, los que se encuentran tanto en la exposición de motivos del proyecto como en los debates parlamentarios. En segundo lugar, se pretende relacionar la norma con las normas anteriores, porque muchas veces ella es repetición de la que existía con anterioridad, y otras veces se puede inferir con facilidad que la nueva norma fue creada para modificar una situación jurídica existente, por lo que su contenido es necesariamente diferente al anterior.



El criterio histórico se vincula con las teorías subjetivistas porque está dirigido a tratar de identificar la voluntad del legislador. Lo recoge y autoriza el Código Civil cuando en el inciso 2° del artículo 27 señala: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

### 3.4 Criterio lógico

Consiste en el análisis estructural del pensamiento expresado por el legislador. Parte de la idea de que la norma ha sido elaborada con total sometimiento a las reglas de la lógica, lo que le da coherencia. Supone que no se crean deliberadamente normas absurdas, carentes de razón o contradictorias. Para interpretar la norma es válido, por tanto, acudir a las reglas y argumentos de la lógica formal.

Este criterio responde a las teorías objetivas, pues lo importante es determinar qué es lo que quiere la norma, cuál es su espíritu, y no qué es lo que quiso el legislador ya que el tenor literal puede conducir a soluciones no deseadas por el autor de la norma, ni por la comunidad jurídica.

En la praxis jurídica, es muy difícil separar el criterio lógico del sistemático, razón por la cual el profesor Jacobo Pérez Escobar prefiere hablar del criterio lógico-sistemático, integración que permite acudir, en auxilio de la interpretación, a poderosos argumentos lógico-jurídicos decantados por la doctrina a lo largo de los siglos<sup>7</sup>. Resulta útil mencionar algunos de ellos:

1. *A contrario sensu*. Se utiliza cuando se deduce una consecuencia opuesta a lo afirmado o negado en una premisa dada. Si en una norma jurídica se prevé una cierta solución jurídica a una situación determinada, debe inferirse que los casos contrarios deben resolverse en forma opuesta.

---

<sup>7</sup> Pérez Escobar, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1997, p. 91.

2. *A pari ratione, a simili* (“por igual razón”, “por semejanza”). Son el fundamento de la analogía. Estos argumentos se expresan en el conocido aforismo latino: *Ubi eadem ratio ibidem jus* (“donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho”).
3. *A fortiori ratione* (“con mayor razón”). Una regla jurídica no prevista puede obtenerse de otra cuando los motivos para sostener la primera son mayores que los que se invocan para la que está reconocida. Se expresa a su vez en los argumentos *a majori ad minus*, o sea, quien puede lo más, puede lo menos; desde otro ángulo, a quien le está prohibido lo menos, con mayor razón no puede lo más.
4. *Sedes materiae*. Tiene que ver con el lugar que ocupa una disposición dada dentro de un conjunto normativo. Del lugar en donde esté ubicada una norma dependen su sentido y alcance, porque no es dable pensar que su ubicación sea arbitraria y caprichosa.

### **3.5 Criterio teleológico**

Tiene en cuenta la finalidad perseguida por la norma. Se fundamenta en la consideración de que el legislador actúa en busca de unos fines determinados utilizando como medio para lograrlos a la ley, razón por la cual el intérprete debe atender esos fines en su labor hermenéutica.

## **4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

Los criterios tradicionales mencionados conforman el método clásico de interpretación jurídica y han sido bastante eficaces en la tarea de interpretar las leyes, aunque no suficientes cuando se trata de resolver casos difíciles. No tienen la misma eficacia cuando se debe interpretar la constitución, dado el carácter abierto y amplio de la gran mayoría de sus normas, lo que las diferencia de las legales.

En la constitución se encuentran normas que tienen estructura diferente, con una singular presencia interconectada de principios

y valores que indican las directrices fundamentales, el sentido y la finalidad del ordenamiento constitucional. El juez Marshall lo planteó con mucha propiedad, cuando en uno de sus célebres fallos afirmó: “No debemos olvidar que es una constitución lo que estamos interpretando<sup>8</sup>”. Con ello puso de presente que no es lo mismo interpretar la constitución que la ley; que debe respetarse la especificidad de la primera.

Hasta 1991 los jueces en Colombia sólo aplicaban la ley; no había, por lo tanto, conflictos de interpretación constitucional. No se producían sentencias interpretativas y, mucho menos, sentencias aditivas o integradoras. No se presentaban *choques de trenes* entre las Altas Cortes; sólo conflictos de competencia frente a la ley para dilucidar si el conflicto generado por un contrato de la administración le correspondía a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa, o si un delito cometido por un militar debía ser investigado por la justicia penal militar o por la jurisdicción penal ordinaria. Esos asuntos los resolvía el Tribunal Disciplinario, creado por la reforma constitucional de 1968, y antes, por el Tribunal de conflictos, según reforma de 1945.

La interpretación constitucional se convirtió en problema jurídico a partir del momento en el que la constitución adquirió carácter normativo, cuando dejó de contener solo normas políticas y pasó a ser un conjunto de normas con eficacia jurídica. Esta última condición es la que permite que surjan conflictos sobre el sentido de las normas constitucionales a aplicar, lo que hace necesaria la interpretación y la existencia de un tribunal que determine con precisión jurídica cuál es ese sentido.

La anterior consideración lleva a Rubio Llorente a afirmar que la interpretación constitucional es, concretamente, la interpretación judicial de la constitución. Entiende por interpretación constitucional la actividad que el juez lleva a cabo para determinar, mediante un razonamiento fundado en Derecho, el sentido de una norma

---

<sup>8</sup> Caso *McCulloch vs. Maryland*, 1819.

constitucional que es entendida de modo diverso por las partes de un litigio<sup>9</sup>.

La especificidad de la norma constitucional responde de alguna manera a la indeterminación que en cierto grado la caracteriza, lo que a su vez genera un doble efecto: i) la indeterminación de la norma constitucional hace imperiosa la interpretación, y ii) esa misma indeterminación es un límite de la interpretación, en el sentido de que si el constituyente no ha decidido, el juez constitucional no puede decidir. El legislador tendrá, en los campos no tocados por la constitución, libertad para adoptar una u otra posición, ya que el juez constitucional no puede ponerse en el lugar del constituyente<sup>10</sup>.

#### **4.1 Interpretación con base en la norma**

Algunos autores, como el alemán Forsthoff y el español Ignacio de Otto, defienden la necesidad de interpretar la constitución como si fuera una ley, con el argumento de que solo con la utilización de los criterios tradicionales se garantiza su carácter normativo y se genera seguridad jurídica.

Es una tesis demasiado formalista que no niega la especificidad de la constitución, pero considera que esa especificidad es solo un dato que debe tener en cuenta el intérprete. Para dicha tendencia, no es posible sustituir el método tradicional o clásico por un método nuevo, ya que la interpretación debe centrarse de manera exclusiva en la exégesis de la norma.

Muy poca aceptación tiene esa tendencia en la teoría constitucional contemporánea, dado que la experiencia de los tribunales constitucionales ha puesto de presente que los criterios tradicionales son insuficientes para resolver los complejos problemas de la interpretación constitucional.

---

<sup>9</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 585.

<sup>10</sup> Gómez Montoro, Ángel, Apuntes de clase.

Como ya se ha puesto de presente, hay diferencias notables entre la constitución y la ley. La constitución es fragmentaria y fraccionada. Fragmentaria, porque no regula todo lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas; fraccionada, porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren, por tanto, ser completadas con datos que deben ser tomados de la realidad social.

Además, hay que tener en cuenta que una ley es, junto con las demás leyes, parte integrante del ordenamiento jurídico, lo que permite que para su interpretación se la pueda relacionar con otras leyes y se pueda acudir a la constitución, techo del ordenamiento. Ello no es posible cuando se trata de interpretar la constitución, ya que ésta se encuentra sola en la cúspide de la pirámide normativa y no puede ser relacionada con otros conjuntos jurídicos, todos ellos de inferior jerarquía.

## **4.2 Interpretación con base en la realidad**

Un amplio sector de la doctrina rechaza enfáticamente la utilización de los criterios tradicionales en la labor de interpretar la constitución, con el argumento de que, por ser las normas constitucionales abiertas a la realidad social y política, es desde esa realidad desde donde deben interpretarse los preceptos constitucionales.

El autor más significativo del llamado método sociológico es Rudolf Smend, quien resalta el carácter político que tiene el derecho constitucional; define la constitución como la ordenación jurídica del proceso de integración. La constitución es para Smend una norma de interacción; es la organización jurídica de ese proceso de integración que no se consigue solo con la aprobación del texto constitucional, sino que debe mantenerse vivo en todo tiempo. En cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales, la constitución requiere asentimiento; el éxito de una integración satisfactoria depende de la interacción de las fuerzas políticas vitales de todo el pueblo<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Citado por Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, cit., pp. 234 y 284.

Los defensores del método sociológico sostienen que para la labor interpretativa debe tenerse en cuenta la elasticidad que caracteriza las normas constitucionales, ya que así es posible adaptarlas a las exigencias de la realidad; que la constitución es más lo que no se decide que lo que se decide; que ella no limita ni delimita en muchas ocasiones y que, por tanto, las decisiones fundamentales hay que buscarlas por fuera de la constitución.

La constitución debe ser integrada desde la realidad social, por lo que la solución a los conflictos está en esa misma realidad y la norma viene a ser casi una excusa para justificar la decisión que con amplia libertad adopte el órgano judicial. En síntesis, la solución no se busca en la norma sino fuera de ella; la interpretación debe partir de la realidad social y no de la norma.

Los principales argumentos en contra de este método parten del hecho de que de esa manera se diluye el carácter normativo de la constitución, ya que la solución de un conflicto se busca es en la realidad, y la norma se convierte en casi una excusa para que el juez tome la decisión que quiera.

Como consecuencia, desaparece la previsibilidad y con ella la seguridad jurídica, porque es imposible prever lo que en cada caso vaya a decidir el órgano jurisdiccional. Además, si la interpretación de la constitución se hiciera desde la realidad social, los órganos que la aplican serían más políticos que jurídicos.

### **4.3 La tónica o interpretación basada en casos**

La tónica jurídica es para el jurista alemán Theodor Viehweg, su más claro exponente, una técnica de pensamiento que se orienta al problema; se la conoce como *técnica del pensamiento problemático*. Se trata de un procedimiento especial de discusión de problemas jurídicos que se distingue por el empleo de determinados puntos de vista, fundamentos o argumentos generalmente aceptados, los que son denominados *topoi*. La palabra *topos* viene del griego y significa lugar; *topoi* es el plural.

Los *topoi* son puntos de vista polifacéticos que actúan como elementos estructurantes de la argumentación que se utilizan a favor o en contra de una opinión. Se caracterizan por su fuerza persuasiva y no tanto por su contenido de verdad. Su mayor fortaleza estriba en el hecho de ser puntos de vista u opiniones comúnmente aceptados, que hacen referencia a lo que es conocido.

Para el jurista alemán, la función de los tópicos es servir a la discusión de problemas; su conocimiento supone la posesión de una especie de repertorio para facilitar la invención, esto es, para el hallazgo de puntos de vista resolutivos del problema. Una vez que se plantea el problema, los tópicos funcionan como posibilidades de orientación e hilos conductores del pensamiento. Los tópicos de que se disponga, se invoquen o apliquen al caso, poseen relevancia no solo para la solución del problema, sino incluso para su entendimiento<sup>12</sup>.

#### 4.3.1 *Variedad de los topoi*

Los tópicos pueden ser de alcance general, lo que significa que sirven para cualquier problema, o particular, los que solo pueden ser utilizados frente a determinados tipos de problemas. El número de los tópicos es ilimitado, lo que impide que puedan ser sistematizados. Caben bajo la noción de tópicos elementos de diferente naturaleza como los cánones de la interpretación, las máximas o refranes jurídicos o de sentido común, los principios generales del derecho e incluso, para algunos, las mismas normas legales.

Los *topoi* pueden aparecer como argumentos debidamente estructurados, pero también como meros lugares comunes, dichos, conceptos. Lo decisivo en cada *topoi* es su capacidad para proporcionar argumentos para una determinada problemática. Struck menciona como ejemplos los tópicos culpa y confianza, y advierte que para que estos conceptos puedan servir, en cuanto *topoi*, para fundamentar una decisión, se han de formular como argumentos.

---

<sup>12</sup> García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 121.

Por ejemplo: *quien tiene la culpa debe cargar con los daños; o la confianza debe ser protegida*<sup>13</sup>.

La interpretación tópica se fundamenta en los casos. Lo determinante para las decisiones judiciales no son las normas, sino los casos. Sus defensores en el campo del derecho constitucional argumentan que la realidad es mucho más rica que lo que el constituyente ha podido prever; que la constitución contiene normas abiertas, y que, si se les aplican los métodos tradicionales, esas normas tenderían a cerrarse, lo que les impediría cumplir con las funciones que el propio constituyente les ha asignado.

Sostienen, además, que la tópica jurídica permite un continuo mejoramiento del Derecho con su adaptación al caso concreto, sin caer en el sociologismo; que con ella no se desconoce el conjunto normativo, pero se le da mayor relevancia al caso. De acuerdo con esta teoría, el contenido exacto de la norma se conoce en el momento de resolver cada caso.

En contra de la tópica jurídica se afirma que con ella se diluye el carácter normativo de la constitución y se afecta seriamente la seguridad jurídica porque habrá que esperar en cada caso cuál es la decisión del juez frente a los tópicos planteados en el debate judicial. Además, la argumentación se abre en forma casi ilimitada, con lo que se corre el riesgo de que, en un caso determinado, el órgano judicial adopte primero la solución y luego proceda a resolver la manera como fundamenta jurídicamente esa solución.

#### **4.4 La interpretación como concretización**

Entre el excesivo formalismo de los métodos clásicos y su palmaria insuficiencia para la interpretación del derecho constitucional, de un lado, y el desconocimiento de la normatividad que conllevan el método sociológico y la tópica, de otro, surge una teoría que defiende la normatividad pero considera que no se debe pretender una racionalidad absoluta sino una racionalidad posible.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 131.



Considera dicha teoría que se debe actuar con pragmatismo y buscar soluciones que sean satisfactorias, que respeten el carácter normativo de la constitución, pero sin perder de vista la peculiaridad de la norma constitucional, su específica estructura, el carácter abierto de la misma, condiciones que impiden una racionalidad perfecta. Esa teoría tiene como sus principales exponentes a Konrad Hesse y a Friedrich Müller.

Para Hesse, la interpretación constitucional es concretización. Ello significa que lo que no aparece de forma clara como contenido de la constitución, debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad social. La interpretación no debe realizarse en abstracto, sino con base en casos concretos.

El intérprete debe acudir primero a la norma como criterio fundamental; solo en la medida en que la norma sea incompleta o insuficiente para resolver el caso, la interpretación deberá ser rellenada o concretizada con los datos que ofrezca el análisis de la realidad. Dicho de otra forma, el contenido de la norma interpretada solo queda completo con su interpretación, lo que le da a esta última carácter creativo; la actividad interpretativa queda así vinculada a la norma<sup>14</sup>.

#### 4.4.1 *Condiciones de la interpretación constitucional*

La concretización presupone la comprensión del contenido de la norma. Lo anterior significa que se debe tener en cuenta: a) la *precomprensión* del intérprete, y b) el problema concreto a resolver<sup>15</sup>.

1. *La precomprensión del intérprete.* El intérprete no puede captar el contenido de la norma situado fuera de la existencia histórica, sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales y ha condicionado sus conocimientos y sus prejuicios. El hombre no puede ser desligado de sus circunstancias.

---

<sup>14</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 43.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 44 y 45.

El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una precomprensión, un acercamiento al objeto. Ese acercamiento le permite observar la norma a partir de las expectativas que ella le genera, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto, el que necesita ser comprobado, corregido y revisado a través de un análisis más profundo; hasta que, como resultado de una progresiva aproximación a “la cosa”, se logre fijar claramente una unidad de sentido.

Se observa hasta aquí y en lo que sigue, que la teoría de Hesse hunde sus raíces en la filosofía hermenéutica que tiene como su máximo exponente a Gadamer<sup>16</sup>. Dada la presencia del pre-juicio en toda comprensión, hay que evitar ejecutar las anticipaciones de la precomprensión.

Si se quiere evitar la arbitrariedad, hay que ser consciente de las anticipaciones y prestar atención a las *cosas mismas*. El fundamentar la pre-comprensión es, ante todo, una tarea de la teoría constitucional que debe ser confirmada y corregida por la praxis del supuesto concreto, en un continuo intercambio, el círculo hermenéutico que, como lo señala Gadamer, trata de la cuestión en torno de la originaria remisión entre el texto significado y lo que significa; entre el lenguaje y la cosa en él mentada.

2. *El problema concreto a resolver*. La segunda condición de la interpretación constitucional es el problema específico que debe resolverse. Solo puede distinguirse de la captación del contenido de la norma conceptualmente y no en el proceso real, porque una y otra se dan simultáneamente.

Comprender, y con ello concretizar, solo es posible con respecto a un problema dado. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la aplicación de la norma al caso concreto, constituyen un

---

<sup>16</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993.

proceso único. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.

La captación del problema también presupone un “comprender”; por eso se halla igualmente en situación de dependencia de la precomprensión del intérprete, lo que a su vez necesita una fundamentación teórico constitucional. La teoría de la constitución deviene en condición, tanto de la comprensión de la norma, como del problema.

#### 4.4.2 *Concretización de las normas constitucionales*

Hesse sostiene que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación, que es la constitución, y por el problema concreto que en cada caso se debe resolver. Se inclina por un procedimiento de concretización basado en una actuación tópica, pero orientada y limitada por la norma, con lo cual toma distancia de Viehweg.

Deberán encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por la vía de la invención, sean sometidos al juego de las opiniones a favor y en contra, para fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible. Si esos puntos de vista, o *topoi*, contienen premisas adecuadas y fecundas, aportarán consecuencias que conduzcan a la solución del problema. Ello significa que no quedan a discreción del intérprete los *topoi* que pueda utilizar en los casos concretos puestos a su consideración. El intérprete tiene dos limitaciones importantes:

1. *La estricta limitación al problema planteado.* En efecto, el intérprete solo puede utilizar en la tarea de concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con el problema, lo que excluye *topoi* extraños a la cuestión. Por tanto, no se puede pretender, cuando se resuelve un caso que tiene sus propias peculiaridades, elaborar construcciones teóricas que permitan su aplicación en el futuro a casos distintos.

2. *Debe haber una referencia objetiva a la argumentación.* A la hora de aplicar la constitución, hay que buscar una argumentación que

pueda considerarse como válida y sea aceptada como tal. El intérprete se halla obligado a incluir los elementos de concretización que le proporciona la norma constitucional misma, así como las directrices que la constitución contiene, en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema<sup>17</sup>.

#### 4.4.3 *Programa normativo, ámbito normativo*

En un intento por precisar la teoría de la interpretación constitucional, Friedrich Müller distingue el programa normativo del ámbito normativo<sup>18</sup>. El programa normativo se halla contenido, básicamente, en el texto de la norma a concretar. Para la interpretación de ese texto, tienen cabida los diferentes criterios de interpretación tradicionales.

Normalmente, la sola interpretación del texto no proporciona una concretización suficiente. Es necesario acudir a los datos aportados por el ámbito normativo que tengan relación con el problema en cuestión, es decir, se debe acudir al examen de las circunstancias de la realidad que la norma está llamada a regular o dicho de otro modo, al conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto.

Tenemos entonces que para la interpretación de un texto dado hay que acudir primero a lo que él dice, con la ayuda de los criterios tradicionales. Cuando esto sea insuficiente, será necesario apoyarse en la realidad social. Como la realidad es cambiante, la teoría de la concretización permite, de alguna manera, la adaptación de las normas constitucionales a las necesidades de cada momento. Si una norma constitucional contiene mucho programa normativo quedan pocas posibilidades de rellenarla con la realidad; queda poco espacio para el ámbito normativo, y viceversa.

---

<sup>17</sup> Hesse, ob. cit., p. 46.

<sup>18</sup> Citado por Hesse, ob. cit., p. 46.

#### 4.4.4 *La concretización en la Corte Constitucional*

Los tribunales constitucionales, incluyendo la Corte Constitucional colombiana, no se comprometen con un método específico de interpretación. Por el contrario, suelen combinar el uso de los distintos métodos, dependiendo del caso puesto a su consideración. Debe anotarse, sin embargo, que la ya considerable jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional refleja un evidente distanciamiento de los métodos tradicionales de interpretación.

En los fallos de la Corte Constitucional, en su conjunto, se puede apreciar la influencia de la teoría de la concretización. Las sentencias parten siempre del análisis de las normas confrontadas; si de ellas no se desprende en forma clara y razonable la solución del conflicto, se acude a los datos que ofrece la realidad social, con el objeto de *rellenar* la interpretación, de concretizarla.

Prueba de lo anterior se encuentra en la Sentencia C-221 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz, sobre la despenalización del consumo mínimo de sustancias farmacodependientes. En ella se realiza una confrontación entre las normas legales acusadas y la constitución, especialmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, artículo 16 (programa normativo).

Como la mera confrontación de normas no arrojaba luces suficientes para una adecuada solución al conflicto planteado, la Corte acudió al testimonio de expertos en los efectos sociales del consumo de drogas; al estudio de la relación entre el drogadicto y la comunidad; al análisis de los deberes del individuo consigo mismo, y a la comparación de los efectos del consumo de drogas con los del alcohol (ámbito normativo).

Procedimiento similar se encuentra en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional durante los años 1999 y 2000, mediante las cuales se declaró inconstitucional el sistema UPAC; se ordenaron sustanciales modificaciones al régimen legal de financiación de viviendas; se redefinieron las competencias del Banco de la República en relación con la fijación de tasas máximas de interés para los créditos destinados a la adquisición de vivienda, y se señaló

un procedimiento específico para tal efecto<sup>19</sup>. En esas sentencias, la Corte acudió a los datos suministrados por la realidad social para concretizar la interpretación de las normas constitucionales que garantizan el derecho a la vivienda.

Hay que anotar, sin embargo, que en ocasiones la Corte expide sentencias soportadas en consideraciones sociológicas y en contra de las previsiones constitucionales. Es el caso, para citar un ejemplo, de la Sentencia T-778/05, M. P. Manuel José Cepeda, en la que con base en ambiguos argumentos sociológicos y etnológicos ordenó suspender un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había anulado la elección de una concejala de Bogotá, de ascendencia indígena, por violación de claras y precisas normas legales

## **5. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

La rica experiencia de los tribunales constitucionales, analizada y sistematizada por la doctrina, ha permitido reconocer una serie de principios que orientan y encauzan el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema por parte del intérprete constitucional.

Se trata de un catálogo de tópicos jurídicos estrechamente vinculados con las normas constitucionales, tópicos que han sido aceptados plenamente por el derecho constitucional contemporáneo y que son utilizados por los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, en especial por la Corte Constitucional colombiana,

### **5.1 Unidad de la constitución**

El principio de la unidad de la constitución parte de la idea de que ella no es un conglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas las unas a

---

<sup>19</sup> Véanse las Sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, C-208, C-955 y C-1140 de 2000.

las otras, sino que está sostenida por una concepción, por una idea, que intenta ser un todo cerrado del orden de la vida de la comunidad y del Estado<sup>20</sup>. Todas las normas constitucionales deben ser interpretadas a la luz de esa pretensión unitaria, de manera tal, que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

En la práctica, es difícil evitar que aparezcan fisuras e incluso contradicciones en el texto constitucional, riesgo que se corre en cualquier ordenamiento jurídico. Lo que se persigue con el principio de la unidad constitucional es equilibrar las discrepancias que puedan surgir en la aplicación de las normas constitucionales.

Ahora bien, en el contenido global de la constitución se destacan ciertos principios fundamentales que sirven de faros a cuya luz debe interpretarse toda determinación constitucional. Se trata de principios como el Estado social de derecho, la soberanía popular, el pluralismo, la democracia participativa, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la igualdad, la autonomía de las personas. Esos principios juegan un papel relevante en la labor de interpretar la constitución, sin que por ello se pueda afirmar que tienen una mayor jerarquía. Los conflictos que enfrenten entre sí normas constitucionales en la solución de un problema concreto deberán ser resueltos por el intérprete a través de una labor de armonización o concordancia práctica.

## **5.2 Principio de armonización**

Está íntimamente relacionado con el de la unidad constitucional. Las normas constitucionales que se enfrentan en una tensión recíproca tienen que ser armonizadas, puestas en concordancia la una con la otra. Ningún bien jurídico puede ser considerado de rango superior, a menos que la misma constitución lo ordene. Así sucede con el artículo 44 de la Constitución colombiana que señala en forma categórica que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los adultos.

---

<sup>20</sup> Stern, ob. cit., p. 292.

Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de bienes, realizar uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de la unidad de la constitución exige una labor de optimización; es preciso establecer los límites de los bienes enfrentados a fin de que alcancen una efectividad óptima.

La fijación de límites entre bienes jurídicos enfrentados debe responder, en cada caso específico, al principio de proporcionalidad; no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos<sup>21</sup>. De lo dicho se desprende que la armonización constitucional exige una prudente ponderación de bienes y una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad.

### **5.3 La corrección funcional**

El juez constitucional no puede alterar las funciones que la constitución atribuye a cada uno de los órganos, ni modificar la distribución de las funciones, so pretexto de interpretarla. El principio de la corrección funcional juega un papel importante en el análisis de la interacción que se da entre el ámbito propio del legislador y el de la Corte Constitucional.

A esta última le corresponde ejercer la altísima función de controlar la constitucionalidad de las normas y preservar la vigencia plena de la constitución. Pero no le está permitida una interpretación que conduzca a desconocer o restringir la libertad de configurar el derecho que le pertenece al legislador; tampoco puede restringir el pluralismo político, más allá de los límites indicados en la constitución. Dicho de otra manera, no puede el juez constitucional, al realizar la labor de interpretación, invadir la esfera propia del legislador, porque con ello se alteran las funciones constitucionalmente atribuidas.

---

<sup>21</sup> Hesse, ob. cit., p. 48



La Corte Constitucional se ocupó de manera expresa de este tópico, al señalar que la corrección funcional que reclama en todo caso la interpretación constitucional, con fines de armonización y coherencia de las disposiciones constitucionales, impide que se puedan ejercer las competencias del presidente la República sin consideración a los límites que debe establecer la ley, cuando la propia constitución señala ese marco delimitativo<sup>22</sup>.

## **5.4 Eficacia integradora de la constitución**

Como la constitución tiene como objetivo central crear y mantener la unidad política, es necesario darle prelación en la solución de los problemas jurídicos constitucionales a los puntos de vista dirigidos a mantener esa unidad y la integración territorial, es decir, que apunten a la integración nacional. Este principio de interpretación tiene mayor relevancia en Estados con una fuerte estructura federal, como Alemania, o con una sensible problemática de autonomía territorial, como Italia y España.

En Colombia, el principio de la eficacia integradora de la constitución juega un papel muy importante, porque le indica a la Corte Constitucional que no puede favorecer soluciones judiciales que produzcan efectos catastróficos en lo económico o en lo social. Sería el caso de imponer obligaciones con cargo al fisco público que superen las posibilidades reales del Estado u ordenar medidas que produzcan muy graves efectos económicos o insuperables enfrentamientos sociales, porque esas soluciones generarían consecuencias desintegradoras de la unidad política nacional.

Un ejemplo de la aplicación de este principio se encuentra en la Sentencia C-700 de 1999, en donde se decidió que las normas que sustentaban el sistema de financiación de vivienda, UPAC, seguirían vigentes hasta junio de 2000, porque una caída inmediata de ese sistema de financiación provocaría graves traumatismos a la economía nacional, por lo que se le otorgó al Congreso de la

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.

República el citado plazo para que creara mediante ley un sistema de financiación de vivienda que se ajustara a la Constitución.

Considero que otra aplicación razonable de ese principio hermenéutico se encuentra en la Sentencia C-45 de 2020, mediante la cual la Corte consideró exequible el decreto 417 de ese mismo año que declaró el Estado de Emergencia para hacer frente a la crisis generada en Colombia y en el mundo por el CONAVID 19. En esa providencia se dijo:

“Para la Corte no cabe duda de que las dimensiones de la calamidad pública sanitaria y sus efectos en el orden económico y social son devastadoras, al producir perturbaciones o amenazas en forma grave e inminente que impactan de manera traumática y negativamente en la protección efectiva de los derechos constitucionales de millones de personas. Ello se verifica con el volumen de infectados y personas fallecidas, la virtualidad de poner en serio peligro los derechos constitucionales al desconocerse aún la cura del COVID-19, además de las grandes repercusiones económicas y sociales al desequilibrar intensamente la sostenibilidad individual, de los hogares y de las empresas, así como las finanzas del Estado”. (Considerando 94).

Agregó la Corte, más adelante, que la gravedad de la crisis provocada por la pandemia:

“...no podía ser conjurada en esta oportunidad con el ejercicio de las atribuciones ordinarias que le otorga el ordenamiento jurídico, al resultar insuficientes y no permitir responder con inmediatez las muchas áreas puntuales que requieren medidas específicas de nivel legislativo y no solo administrativas, haciendo necesarias medidas extraordinarias para atender la calamidad sanitaria y los efectos negativos al orden económico y social. El riesgo indeterminado y el desafío que enfrenta la humanidad constituyen una amenaza directa, cuya respuesta dada la prontitud y eficiencia requerida no descansa en los medios tradicionales” (Considerando 98).

Fue consciente la Corte Constitucional colombiana que una decisión contraria a la adoptada hubiera producido efectos

catastróficos, al impedir al gobierno nacional adoptar las medidas extraordinarias necesarias para hacerle frente a la más terrible pandemia sufrida por Colombia en toda su historia con sus incommensurables daños a la salud pública y a la economía nacional. Prevalció, frente a cualquier otra consideración, el principio de la eficacia integradora de la Constitución.

### **5.5 Interpretación de acuerdo con tratados internacionales sobre derechos humanos**

El artículo 93 de la Constitución estipula que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Una norma similar existe en la constitución española. En Alemania no hay norma que así lo exprese, pero el Tribunal Constitucional ha admitido ese principio.

El Estado colombiano está vinculado a una serie de tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, entre los que podemos mencionar: Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en París en diciembre de 1948 con el voto afirmativo de Colombia; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 74 de 1968; Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Ley 16 de 1972; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, Ley 319 de 1996; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Ley 742 de 2002.

Este principio es utilizado con frecuencia por los tribunales constitucionales, los cuales resaltan el hecho de que los tratados internacionales son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. La Corte Constitucional ha sostenido que, tratándose del derecho fundamental de la libertad y en aplicación del artículo 93 de la constitución, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de

los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia<sup>23</sup>.

El punto de si los tratados internacionales están por encima de la constitución no ha sido pacífico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Todo comenzó con la Sentencia C- 27 de febrero de 1993, en la que la primera Corte, conformada por tan sólo siete magistrados, con ponencia de Simón Rodríguez y con sólo un salvamento de voto, declaró inconstitucionales varias normas que conformaban la columna vertebral del Concordato con el Vaticano, contenido en la ley 20 de 1974, normas que privilegiaban a la Iglesia Católica frente a los demás credos religiosos, y contrariaban el carácter laico de la constitución.

Posteriormente, en la Sentencia C-276 de julio de ese mismo año, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa y en votación dividida de cinco contra cuatro, la Corte consideró que los tratados ya perfeccionados no pueden ser revisados por la jurisdicción constitucional.

En agosto de 1998, la Corte modificó expresamente la jurisprudencia anterior mediante la Sentencia C-400 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), con votación seis tres. En ella se expone que la Corte ha sido clara en señalar que, en el orden interno colombiano ni siquiera los tratados de derechos humanos previstos por el artículo 93 de la Carta tienen jerarquía supraconstitucional, por cuanto la Constitución es norma de normas y para ello cita la Sentencia C-225 de 1995, con ponencia del mismo magistrado Martínez Caballero, en la que se sostuvo que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos es que éstos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone a la ley, con lo que se armoniza el principio de la supremacía de la Constitución, consagrado en el artículo 4°, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, contemplada en el artículo 93.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Por su parte, la Sentencia C-028 de 2006, con ponencia de Humberto Sierra Porto, señala que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el texto fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.

Tiene razón la Corte. El bloque de constitucionalidad permite confrontar las leyes con las diferentes normas que lo integran, pero de ninguna manera pueden estas ser confrontadas con las disposiciones constitucionales. Esa es la razón por la cual no puede haber conflicto entre el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, y las normas constitucionales que estructuran el *ius puniendi* disciplinario en Colombia.

Se puede decir, entonces, que se ha consolidado una línea jurisprudencial según la cual los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción hacen parte del bloque de constitucionalidad que se impone a la ley pero que no pueden ser confrontados con la Constitución misma, o sea, que no tienen rango supraconstitucional.

Se debe citar, por último, la Sentencia C-500 del 16 de julio de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, en la que se desestimó la supuesta supranacionalidad del artículo 23 del Pacto de San José por configurarse el fenómeno de cosa juzgada derivado de la sentencia C-028 de 2006. Con esta sentencia quedó blindada la constitucionalidad de las discutidas expresiones del poder disciplinario colombiano.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Vila Casado, Iván, “Poder Disciplinario, Garantías Constitucionales y Eficacia Integradora de la Constitución”, en *Estudios sobre Derecho Penal, Constitucional y Transicional*, tomo II, Cali, Editorial Universidad Santiago de Cali, pp. 303 y ss.

## 5.6 Interpretación conforme a la constitución

Según este principio, una ley no debe ser declarada inconstitucional cuando cabe una interpretación que se ajuste a la constitución. Tampoco cuando haya duda acerca de su constitucionalidad. El principio de la interpretación conforme a la constitución fue formulado desde hace ya algún tiempo por el Tribunal Constitucional Federal alemán y ha sido sostenido en jurisprudencia repetida, de manera consistente:

“Una ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada de manera congruente con la constitución; pues no solo juega a favor de ello la presunción de que una ley es compatible con la constitución, sino que el principio que se expresa en esta presunción exige también en caso de duda una interpretación conforme a la constitución<sup>25</sup>”.

El mismo tribunal ha sostenido que en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, cuando únicamente existen dudas o reservas, por serias que ellas puedan ser<sup>26</sup>.

La interpretación conforme parte del presupuesto de que la ley en cuestión admite pluralidad de interpretaciones. Las leyes con un contenido unívoco son compatibles o incompatibles con la constitución, y en esos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la constitución, lo que significa que ésta tiene límites.

No hay lugar a la interpretación conforme cuando se entra en contradicción con el tenor literal de la ley o con la voluntad claramente reconocible del legislador, o cuando se le da a la ley un sentido completamente opuesto, es decir, cuando en lugar de lo querido por el legislador se le da cabida a una regulación nueva o distinta. Dicho de otra manera, no es posible una interpretación contraria al texto de la ley o a la finalidad legislativa; el juez no puede hacerle decir a la ley lo que la ley no dice, con el fin de declararla ajustada a la constitución.

---

<sup>25</sup> Jurisprudencia citada por Stern, ob. cit., p. 297.

<sup>26</sup> Hesse, ob. cit., p. 54.

## 5.7 Interpretación orientada a la constitución

La interpretación conforme a la constitución se debe diferenciar de la interpretación orientada a la constitución, que es la que resulta del significado que tiene la constitución para todo el ordenamiento jurídico, en razón de estar colocada en la cúspide de este por mandato de su artículo 4º y debido al principio de la supremacía constitucional.

La interpretación orientada a la constitución le corresponde aplicarla a todo operador jurídico, mientras que la interpretación conforme a la constitución está reservada a los jueces constitucionales, cuando realizan el control de normas<sup>27</sup>.

Con base en este principio se ha venido produciendo el fenómeno conocido como *constitucionalización del Derecho*, reconocido ya por los diferentes sectores de la jurisdicción después de una evidente renuencia inicial y de no pocas fricciones entre tribunales de la jurisdicción ordinaria y administrativa y la Corte Constitucional. Lo anterior significa que en caso de cualquier conflicto hermenéutico debe optarse por la interpretación que esté en correspondencia con los principios constitucionales.

## 5.8 Principios relevantes para la resolución de conflictos

### 5.8.1 *La ponderación de bienes*

Con mucha frecuencia, el juez constitucional tiene que resolver un conflicto entre dos bienes o valores constitucionalmente protegidos, lo que sucede especialmente cuando se fallan acciones de tutela. Por ejemplo: en un caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, el operador jurídico tiene que decidir cuál de esos dos bienes debe prevalecer, a través de una cuidadosa labor de armonización de las normas constitucionales. Para ello es necesario realizar una operación jurídica que los juristas alemanes denominan *ponderación de bienes*.

---

<sup>27</sup> Stern, ob. cit., p. 298.

No se trata de un principio de interpretación en sentido estricto, porque carece de un criterio orientador en lo que se refiere a sus valoraciones; es tan solo una actuación, un procedimiento del intérprete en busca de la armonización de las normas constitucionales<sup>28</sup>.

Cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos, en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia. Se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando cuál de los derechos sopesados determina la solución del conflicto.

Aunque la ponderación de bienes depende siempre del caso concreto, el Tribunal Constitucional español ha intentado sistematizar una construcción teórica con base en la elaboración de algunos test. Por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad, el tribunal ha dicho que hay que tener en cuenta si la persona tiene relevancia pública o no; en efecto, el ámbito de la intimidad de un político es, por ejemplo, menor que el de un simple particular.

En Colombia sucede lo mismo. Una investigación sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información revela que la Corte ha inclinado la balanza, en la práctica, a favor del derecho a la intimidad, por influencia de las doctrinas del Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, la Corte acepta que entre más notoriedad pública tenga una persona, su derecho a mantener en la intimidad su vida privada se verá mayormente disminuido<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Hesse, ob. cit., p. 49.

<sup>29</sup> Gutiérrez Boada, John Daniel, *Los límites del derecho a la intimidad frente al derecho a la información según la Corte Constitucional colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 69.



### 5.8.2 *El principio de proporcionalidad*

A través del principio de proporcionalidad se examina la ponderación realizada previamente por un poder público para limitar un derecho fundamental de los ciudadanos. En algunas ocasiones, los poderes públicos realizan intromisiones mediante las cuales limitan los derechos de los particulares: esa limitación se basa en una ponderación. Cuando se demanda un acto del poder público, el juez tiene que revisar si la ponderación que ha hecho el legislador o la Administración es correcta.

Se trata, en definitiva, de un principio que se utiliza para examinar los límites que los poderes públicos pueden imponer a los derechos de los ciudadanos, sin afectar su núcleo esencial. Opera sobre todo frente al legislador, para precisar en qué casos se puede limitar un derecho y verificar si esas limitaciones son o no necesarias.

La Corte Constitucional ha señalado que el concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales. Cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado<sup>30</sup>.

Ha dicho la Corte que es indispensable que el fallador, en la ponderación de derechos fundamentales en juego, aprecie y evalúe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se ejercen los derechos, de manera que, a la luz de la situación de hecho concreta, pueda establecerse si el ejercicio de uno de ellos resulta desproporcionado, lo que sucedería en caso de vulnerar el núcleo esencial de un derecho fundamental específico. La proporción o justa medida del ejercicio legítimo de un derecho constitucional está determinada por los efectos que sobre otros derechos, igualmente tutelados por

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

el ordenamiento, pueden tener los medios escogidos para ejercer el derecho<sup>31</sup>.

El principio de proporcionalidad, elaboración que se debe a la jurisprudencia y doctrina alemanas, exige que la medida restrictiva de un derecho constitucionalmente reconocido, para darle prelación a otro de igual jerarquía, ha de ser:

1. *Idónea*. Los medios escogidos deben ser adecuados para lograr la finalidad perseguida, la cual debe ser constitucionalmente válida.
2. *Necesaria*. No debe existir un medio menos restrictivo para el derecho intervenido, de entre todos lo que sean idóneos para alcanzar el fin perseguido. Es decir, si hay varias opciones idóneas se debe escoger la menos restrictiva.
3. *Efectivamente proporcional o equilibrada*. Significa esto que debe existir proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, o sea, que con la medida adoptada no se sacrifiquen principios que tengan una mayor relevancia para el caso en cuestión, que el principio que se pretenda satisfacer. Dicho de otra manera, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general<sup>32</sup>.

### 5.8.3 *El juicio de razonabilidad*

Zagrebelsky incluye en el más difundido de sus libros en nuestro medio, un epígrafe en el que contrapone la *juris prudentia* con la *scientia juris* para expresar su rechazo a la idea de tratar “científicamente” al derecho actual, al estilo de una disciplina lógico-formal, como las matemáticas. Cuando se trata de aplicar la constitución, hay que acudir a una racionalidad no formal sino material, a la

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>32</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 67.

razonabilidad, término que el autor italiano considera discutible, ya que corresponde a lo que siempre se ha denominado prudencia<sup>33</sup>.

Lo racional debe diferenciarse de lo razonable. La racionalidad exige un respeto integral a las reglas de la lógica deductiva; no admite, por tanto, que se incurra en contradicciones lógicas; respeta los principios de la racionalidad práctica: consistencia, coherencia, eficiencia, generalización y sinceridad; no elude la utilización como premisa de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; no parte simplemente de la buena voluntad o del sentido común; no permite que se utilicen criterios éticos, ideológicos o políticos que no estén previstos en el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

Pero no siempre se pueden exigir todos los supuestos que reclama la racionalidad. Hay ocasiones en las que hay que sacrificar alguna de sus reglas y, sin embargo, la decisión sigue siendo válida. Se puede hablar entonces de razonabilidad, para referirnos a decisiones que no son racionales en sentido estricto, pero que por su argumentación se consideran válidas en Derecho.

Hay circunstancias que justifican salirse de la racionalidad y acudir a la razonabilidad. Están, en primer lugar, los supuestos en los que no es posible tomar ninguna decisión como resultado de una operación lógico-deductiva, o en los que no se podría justificar la decisión tomada. En segundo lugar, los casos en los que aplicando la racionalidad podría llegarse a soluciones no deseables, materialmente injustas o contrarias a los valores que se pretende preservar.

La razonabilidad aparece así como un método intermedio entre la deducción estricta y la decisión política, basada esta última en criterios de conveniencia u oportunidad. Principios y valores constitucionales como justicia social, dignidad de la persona humana, preservación de la intimidad de las personas, libertad, igualdad, convocan al intérprete constitucional a la búsqueda de soluciones razonables.

---

<sup>33</sup> Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 122.

<sup>34</sup> Atienza, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, 1989, p. 93.

El profesor Atienza sostiene que para que una decisión jurídica sea razonable se requiere:

1. Que se tome en situaciones en las que no se podría adoptar una decisión estrictamente racional.
2. Que se logre equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión.
3. Que se obtenga el máximo de consenso posible de manera tal que cualquier ciudadano, y no solo los expertos en derecho, pueda entender que la medida es aceptable<sup>35</sup>.

La Corte Constitucional colombiana ha defendido en numerosas oportunidades la necesidad de recurrir a la razonabilidad, incluso por encima de la racionalidad. Al respecto ha dicho:

“La razonabilidad hace relación a que un juicio está conforme con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen para el caso concreto, es decir, implica una coherencia externa, con los supuestos fácticos. La razonabilidad supera la tradicional racionalidad porque ésta exige una coherencia interna, una lógica formal.

En lo razonable, si la coherencia es externa, cobra fuerza la relación con lo constitucionalmente admisible, con la finalidad de la norma y su efecto útil y con la caracterización del Estado democrático; por eso cuando dos hipótesis jurídicas son racionales, para preferir una de ellas hay que apelar a lo razonable<sup>36</sup>”.

---

<sup>35</sup> Atienza, “Sobre lo razonable en el derecho”, cit., p. 108.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-322 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.





## Capítulo IX

La Corte Constitucional, máximo  
intérprete de la constitución



## 1. SU LEGITIMIDAD

Uno de los mayores aciertos de la Asamblea Nacional Constituyente fue la creación de la Corte Constitucional. Gracias a su ingente labor, la Constitución de 1991 se situó a la altura de las más modernas y eficientes constituciones democráticas del mundo. El constitucionalismo colombiano pasó de ser un receptor del constitucionalismo francés, que se rezagó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, para convertirse en activo beneficiario de lo mejor de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales de Alemania, Italia y España.

Acerca de las bondades de la jurisdicción constitucional y del papel que juegan los tribunales constitucionales en la democracia moderna, valen las palabras del profesor García de Enterría:

“La existencia de un tribunal constitucional afianza y arraiga el papel rector de la constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven. Esto es un hecho, por de pronto, que por sí solo refuta el convencional catálogo de objeciones teóricas a la justicia constitucional<sup>1</sup>”.

A la Corte Constitucional se le debe la ingente labor de desentrañar los contenidos de la Constitución de 1991 y, en especial, de la rica veta de derechos fundamentales allí incluida. El carácter normativo de la constitución, su efectiva supremacía y la protección de los derechos fundamentales de las personas a través de la acción de tutela, son los aspectos centrales del aporte que ha venido realizando la Corte Constitucional, lo que le ha merecido un alto grado de legitimidad y un amplio reconocimiento ciudadano.

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1983, p. 86.



## 1.1 Órgano político jurisdiccional

Contrario a lo que sucede con la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, que no hacen parte de la rama judicial del Estado, en Colombia no hay ninguna duda de que la Corte Constitucional ejerce una función jurisdiccional y es parte integrante del aparato orgánico jurisdiccional.

En efecto, el artículo 116 constitucional establece que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. Además, la Constitución dedica un capítulo a la jurisdicción constitucional (el número 4), y lo ubica en el Título VIII, bajo la denominación Rama Judicial.

Hay, sin embargo, una diferencia importante entre la Corte Constitucional y los máximos tribunales de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa: la manera como se conforman. En la integración de la Corte Constitucional intervienen autoridades políticas, lo que no sucede con la Corte Suprema de Justicia, ni con el Consejo de Estado. Mientras que los magistrados de estos dos últimos tribunales son designados por las respectivas corporaciones judiciales, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (cooptación restringida), los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República, de sendas ternas enviadas por la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el presidente de la República (art. 239).

Tiene sentido el hecho de que en la conformación de la Corte Constitucional intervengan las tres ramas del poder público ya que su función es político jurisdiccional. Se trata del máximo intérprete y guardián de la Constitución Política, la que tiene como cometido esencial la formación y preservación de la unidad política del Estado.

## 1.2 Factor clave en la institucionalización

Nadie puede desconocer, con criterio razonable, que la jurisdicción constitucional ha sido factor clave en el proceso de institucionalización

del país. La explicación es elemental: el paradigma del Estado social de Derecho y la expedita herramienta de la acción de tutela han creado un inédito ambiente de cercanía entre los sectores populares y la constitución. Ello ha conducido a un mayor compromiso de la comunidad con la juridicidad, la que tiene en la Corte Constitucional a su máxima autoridad y a su primer garante.

Gana mucho la estabilidad democrática cuando grupos y personas inconformes con el estado de cosas acuden a la acción de tutela, a una acción popular o a una acción de cumplimiento, en lugar de promover violentos actos de protesta o de intentar hacer justicia por su propia mano. Constituye, por tanto, una inexcusable insensatez pretender la abolición de la Corte Constitucional y tratar con ello de minimizar el Estado social de Derecho.

Lo que el interés nacional, la prudencia y el patriotismo aconsejan a todos los colombianos, es aceptar sin reticencias la Constitución; contribuir con generosidad y grandeza a la formación en la conciencia nacional de la “voluntad de constitución”, de la que habla Hesse; intensificar el estudio de la constitución y de la teoría constitucional que le es inherente.

Todo ello para crear las condiciones sociales y políticas que permitan la construcción del modelo de vida y de Estado allí pergeñado, lo que con toda seguridad impedirá cualquier posibilidad de desborde populista, dictatorial o demagógico de los órganos del poder público.

Debe tenerse siempre presente que sin claras reglas constitucionales no es posible construir un Estado democrático y mantener una comunidad en paz y armonía. Lo ha dicho en sabias palabras el tratadista alemán Helmut Simon:

“Se ha impuesto la idea de que la jurisdicción constitucional halla su auténtica legitimación en la primacía de la constitución, que como consenso fundamental vincula a los poderes públicos. La jurisdicción constitucional sensibiliza en el espíritu constitucional a órganos y ciudadanos y desempeña, mediante su interpretación y

aplicación en los procesos pluralistas de composición de intereses, una función pacificadora mantenedora y desarrolladora de consenso<sup>2</sup>.

## **2. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

Se trata de uno de los problemas que más polémicas y tensiones genera en el constitucionalismo contemporáneo. El determinar hasta dónde llegan los límites de la constitución implica, de manera correlativa, fijar los límites de hasta dónde puede llegar el poder legislativo en su función de configurar el orden jurídico. Dicho en otras palabras, se trata del problema del hasta dónde llega el ámbito jurídico regulado por la constitución y comienza la libertad de decisión de las mayorías representadas en el Congreso.

El asunto es muy conflictivo. Se traduce, con frecuencia, en duros enfrentamientos entre la Corte Constitucional y el Congreso, lo mismo que entre aquella y las demás Altas Cortes. El conflicto es comprensible, porque entre mayor sea el cubrimiento normativo de la Constitución, más amplia será la potestad de control de la Corte Constitucional y más reducido el espacio de la libre configuración política del legislador, por lo que la interpretación de la constitución tiende a convertirse en un problema de poder.

Es indiscutible que, en caso de conflicto, la ley debe ceder ante la constitución porque le está subordinada. Pero ello no significa, de ninguna manera, que la ley no tenga su propio espacio; que su función se limite a ejecutar la constitución.

La ley no puede estar en contradicción con las normas constitucionales, pero es erróneo sostener que el contenido de las leyes puede ser deducido inmediatamente de la constitución, porque ello va en contra del principio fundamental del pluralismo político, elemento esencial de un régimen democrático. Si todo el ordenamiento

---

<sup>2</sup> Simon, Helmut, "La jurisdicción constitucional", en Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 846.

jurídico de un país pudiera deducirse de la constitución, el Congreso no tendría razón de existir y carecería de objeto la lucha por el poder político, lo que, a su vez, obligaría a quienes estuvieran en contra del estado de cosas a situarse por fuera del Derecho.

Una constitución que pretendiera regular todo el Derecho sería inaceptable por negar el pluralismo político, no podría ser tenida como constitución democrática y, en últimas, no sería constitución. De manera, pues, que no puede ser desconocida la libre configuración política del legislador, dentro del marco límite que la constitución establece.

### **3. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN**

Schneider afirma que la cualidad de una constitución se mide en función de si deja suficiente espacio a las fuerzas políticas que configuran el futuro de un pueblo para que puedan realizar sus objetivos sin provocar efectos desintegradores. Agrega el destacado profesor alemán que, si la amplitud concreta de libertades protegidas jurídicamente ha de valer como criterio esencial de una buena constitución, también es decisiva para la determinación de su estructura la relación entre la forma ya configurada y la libertad por configurar<sup>3</sup>.

La cercana relación entre la constitución y la política genera el peligro de que se confundan sus ámbitos y de que se invadan los espacios propios del legislador; que la Corte Constitucional decida por razones políticas o de oportunidad, es decir, por lo que a ella le parezca conveniente o inconveniente y no por razones jurídicas, que es a lo que está obligada por mandato expreso de la Constitución.

Ese es el punto clave. Si la constitución es jurídica, como en efecto lo es, su interpretación por la Corte debe estar siempre limitada por la constitución. Lo recuerda el profesor Simon:

“Dado que la función de la jurisdicción constitucional reside en la interpretación vinculante de una constitución dotada de fuerza

---

<sup>3</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, cit., p. 50.

normativa y de primacía y que su influencia reside en su competencia de interpretación, habrá que buscar los límites de su jurisprudencia precisamente en la constitución<sup>4</sup>.

No puede ser de otra manera. Hay que tener presente que el constituyente primario colombiano se decidió por un régimen democrático con una muy definida separación de poderes, lo que le impide a la Corte Constitucional desvanecer los linderos entre la interpretación y la potestad de crear nuevas normas porque, como lo dice Simon, ello conduciría a convertir de manera subrepticia en soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución<sup>5</sup>.

La facultad de configuración política que le corresponde al legislador, elegido democráticamente, no puede ir más allá de lo que la constitución ha establecido como materia no susceptible de decisión por parte de las mayorías. Eso es claro, pero también lo es que el ámbito de lo que no puede ser decidido por el legislador no puede ser ampliado por la Corte Constitucional, sin una clara e irrefutable base constitucional.

#### **4. MODULACIÓN DE LAS SENTENCIAS**

El modelo kelseniano de control de constitucionalidad solo admitía sentencias simplemente declarativas. El tribunal constitucional solo podía decidir si la norma enjuiciada estaba o no ajustada a la constitución; si se inclinaba por la segunda opción, la norma era retirada del ordenamiento jurídico y el tribunal actuaba como *legislador negativo*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Simon, ob. cit., p. 850.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 854.

<sup>6</sup> Véase *supra* capítulo IV, numeral 1. Esa fue también, en líneas generales, la conducta asumida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, aunque en algunas ocasiones produjo fallos condicionados, como lo ha recordado la Corte Constitucional en la Sentencia C-109 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

El carácter normativo de las constituciones contemporáneas ha llevado a los tribunales constitucionales a separarse del rígido patrón kelseniano y permitir la modulación de las sentencias cuando ello es necesario para asegurar de la mejor manera posible la integridad y supremacía de la constitución. Dentro de esa tendencia se ubica la Corte Constitucional colombiana.

Las sentencias de constitucionalidad de la Corte pueden ser agrupadas en cuatro tipos, según la relación establecida entre la norma legal confrontada y la constitución: (i) simplemente declarativas; (ii) interpretativas; (iii) integradoras, y (iv) de inconstitucionalidad diferida. Las sentencias simplemente declarativas son las que se limitan a señalar que la norma revisada es constitucional o inconstitucional, sin consideraciones adicionales. Las otras, son sentencias moduladas por la Corte, y de ellas nos ocuparemos a continuación.

#### **4.1 Sentencias interpretativas**

Se producen como consecuencia del principio de la interpretación conforme a la constitución, según el cual, una ley no debe ser declarada inconstitucional cuando cabe una interpretación que se ajuste a la constitución. Mediante la sentencia interpretativa la Corte se abstiene de declarar la inconstitucionalidad de una norma y determina cuál de las interpretaciones posibles es la que se ajusta a la constitución. Es decir, la Corte condiciona la constitucionalidad a una determinada y única interpretación.

Las sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada aparecen con mucha frecuencia en la labor jurisprudencial de la Corte Constitucional. Sirva como ejemplo la Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, que revisó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia. Buena parte de los artículos de esa extensa ley fueron declarados exequibles, pero con constitucionalidad condicionada a la interpretación señalada expresamente por la Corte.

Un ejemplo concreto ilustra la naturaleza de este tipo de sentencias: los artículos 164 a 167 de la citada ley establecen que cuando se presente una vacante de funcionario de la carrera judicial, el Consejo Superior de la Judicatura debe realizar el concurso de méritos y elaborar la lista de elegibles, la cual debe ser enviada a la entidad nominadora para que proceda a hacer el nombramiento respectivo.

La Corte Constitucional, en la sentencia que se acaba de mencionar, declaró exequible el artículo 167 pero con constitucionalidad condicionada, ya que advirtió que “el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación”. La entidad nominadora, por tanto, no puede interpretar el artículo que se comenta en el sentido de que tiene libertad para escoger a cualquiera de la lista; por el contrario, está obligada a designar al de mayor puntuación porque esa es la interpretación que se ajusta a la constitución.

## **4.2 Sentencias integradoras**

Con las sentencias integradoras o aditivas, la Corte proyecta de manera directa los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria para integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a inevitables indeterminaciones de orden legal, bajo la consideración de que la guarda de la constitución así lo exige. Las sentencias de este tipo son las que mayor polémica generan en el campo jurídico nacional, porque algunos las acusan de invadir el campo del legislador. Situación similar se ha presentado en países como Alemania y España.

Hay que decir, sin embargo, que cuando en las sentencias integradoras se aplican principios constitucionales claramente identificados, la Corte no legisla, solo hace respetar la supremacía constitucional, integrando dentro de la ley las normas constitucionales. Situación distinta se presenta cuando la apelación a los principios es confusa o simplemente improcedente. En tal caso, sí habría sustitución del legislador.

La Corte Constitucional se ha ocupado de la tarea de precisar lo que son las sentencias integradoras y de responder a la aseveración de que con ellas se usurpan las funciones propias del legislador y se afecta seriamente la seguridad jurídica. Ha dicho la Corte:

“La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (art. 4° C.P.), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal.

[...] Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (art. 4° constitucional)<sup>7</sup>”.

Una de las sentencias integradoras que mayor polémica ha generado, por la trascendencia de sus efectos, es la que exoneró de responsabilidad penal a una determinada forma de eutanasia. El caso es como sigue: un ciudadano solicitó a la Corte Constitucional que se declarara inexecutable el artículo 326 del Código Penal de 1980 (D.L. 100 de 1980) por considerar que al estipularse que el homicidio por piedad daba lugar a la fijación de una pena menor a la señalada para el homicidio simple y para el homicidio agravado, se violaban principios y derechos constitucionales.

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.



La Corte Constitucional declaró exequible la norma acusada, con la advertencia de que “en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”. Además, la Corte exhortó al Congreso de la República “para que, en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, la sentencia aludida declaró justificada la llamada eutanasia activa cuando: (i) se trate de un enfermo terminal; (ii) la solicitud de morir sea hecha de manera libre e inequívoca por el propio enfermo, y (iii) la cesación de los padecimientos del solicitante sea ejecutada por el médico tratante.

De manera que el fallo de la Corte incorporó en la norma respectiva del Código Penal, una exoneración de responsabilidad que allí no existía. La Corte consideró que las normas constitucionales que consagran el derecho a vivir con dignidad (art. 1º), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y el deber de solidaridad social y humanitaria (art. 95-2), están por encima de la ley y deben ser, por tanto, integradas en las normas que se ocupan de la eutanasia activa. La exhortación al legislador para que regule el tema de la muerte digna constituye otra expresión de la jurisprudencia integradora, propia de los tribunales constitucionales contemporáneos.

### **4.3 Sentencias de inconstitucionalidad diferida**

Se presentan cuando la Corte constata la inconstitucionalidad de una ley pero advierte que su inmediato retiro del ordenamiento jurídico provocaría efectos muy graves de orden económico, social o político, por lo que decide mantener su vigencia y darle un plazo al legislador para que expida una ley que remplace a la encontrada contraria a la Constitución. En estos casos se privilegia la razonabilidad sobre la racionalidad.

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ejemplo de esta excepcional clase de Sentencias es la C-700 de 1999, en donde se decidió que las normas que sustentaban el sistema de financiación de vivienda UPAC seguirían vigentes hasta junio de 2000, fecha a partir de la cual se tornarían inconstitucionales. La Corte consideró que una caída inmediata de ese sistema de financiación provocaría graves traumatismos a la economía nacional, por lo que se le otorgó al Congreso de la República el citado plazo para que creara mediante ley un sistema de financiación de vivienda que se ajustara a la Constitución.

Otro ejemplo de fallos de inconstitucionalidad diferida se encuentra en las interrelacionadas Sentencias C-252 y C-253 de 2010, en las que la Corte encontró inconstitucional la declaratoria del estado de emergencia social que estaba revisando, pero difirió sus efectos en lo relacionado con las medidas tributarias adoptadas, para permitir que el Congreso de la República estableciera mediante ley las fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

## 5. LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

La vinculación de los fallos de la Corte Constitucional como precedentes que la obligan a ella y a los demás jueces a decidir de la misma manera casos similares es un tema complejo. Si bien es cierto que el sistema de precedentes es propio del derecho anglosajón, y no lo es del sistema de tradición romano-germánica al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico, también lo es que el respeto a las decisiones previas contribuye a la seguridad jurídica, porque hace que los fallos judiciales sean razonablemente previsibles. Además, permite una adecuada realización del principio de la igualdad de las personas ante el ordenamiento jurídico, porque favorece decisiones iguales en casos similares. El asunto ha sido objeto de agudas controversias en la Corte Constitucional entre dos tendencias que López Medina denomina *tradicionalista de fuentes y reformista*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes y Legis, 2006, p. 34.

## 5.1 En los fallos de constitucionalidad

El artículo 243 de la Constitución prescribe que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Por su parte, el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 señala que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Surge aquí un aspecto problemático que tiene que ver con cuáles partes de la sentencia de constitucionalidad tienen carácter obligatorio y constituyen, por tanto, precedente, y cuáles no. Se debe tener en cuenta que en las sentencias de la Corte Constitucional se pueden diferenciar tres partes integrantes: (i) la parte resolutive; (ii) la *ratio decidendi*, y (iii) los *obiter dicta*.

1. *La parte resolutive*. Es la que contiene la decisión de la Corte, la determinación concreta y específica del caso, por lo que se la denomina 'cosa juzgada explícita'. No ofrece ninguna duda su obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades y de los ciudadanos, es decir, produce efectos *erga omnes*. Así lo dispone el artículo 243 de la Constitución.

2. *La ratio decidendi* (razón de la decisión). Está conformada por los considerandos del fallo que guardan relación directa con la sentencia, de manera tal, que no es posible entender el sentido de esta, sin acudir a aquellos. Estos considerandos tienen la fuerza de cosa juzgada implícita y en ella la Corte realiza una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional, sino obligatoria.

Sostiene la Corte que considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la corporación guardiana de

la integridad y supremacía de la Carta, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello, de paso, atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior<sup>10</sup>.

3. *Los obiter dicta* (dichos de paso). Así se denominan los considerandos en los que la Corte vierte una serie de disquisiciones o reflexiones para motivar las sentencias, muchas veces con un propósito pedagógico, pero que no tienen una vinculación directa con el fallo. Esos considerandos no son obligatorios, no tienen fuerza vinculante; tan solo un valor indicativo o incidental, que debe ser tenido como criterio auxiliar para la actividad judicial.

## 5.2 En los fallos de tutela

El Decreto 2067 de 1991, mediante el cual se regularon los procedimientos ante la Corte Constitucional, estableció en su artículo 21 que las sentencias de dicha corporación tienen el valor de cosa juzgada y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. El artículo 23 del mismo decreto señaló que la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

### 5.2.1 *Inicial negación del precedente*

En ninguna de esas dos normas se hizo distinción entre las sentencias de constitucionalidad abstracta y las de tutela. Sin embargo, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, reglamento de la acción de tutela, señaló de manera expresa que las sentencias en las que se revise una acción de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto. A pesar de esa norma, un sector de la primera Corte, amparado en el artículo 23

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

del Decreto 2067 de 1991, sostenía que los fallos de tutela tenían el alcance de precedente vinculante<sup>11</sup>.

La Corte, al revisar el artículo 21 citado, limitó el alcance de la norma al precisar que ella solo se refiere a las sentencias de constitucionalidad abstracta, lo que excluye a las de revisión de tutelas<sup>12</sup>.

En un fallo posterior, la Corte declaró inconstitucional la palabra obligatorio contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 por considerarla contraria a los artículos 241 y 230 de la Constitución<sup>13</sup>. De acuerdo con ese fallo, solo la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma es obligatoria. De esa manera, la jurisprudencia de la propia Corte cerró las vías para que los fallos de revisión de tutelas pudieran ser considerados precedentes judiciales.

### *5.2.2 La Corte rectifica y acepta el precedente*

La Corte abrió, posteriormente, un camino hacia el precedente, al revisar la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, artículo que en su numeral 2 prescribe que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y que su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

La Corte Constitucional le otorgó a la norma constitucionalidad condicionada y les dio a esos fallos, en cierta forma, el carácter de precedentes al señalar que los jueces se pueden apartar de la jurisprudencia fijada en las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, pero en tal caso, deberán justificar de manera suficiente y adecuada las razones para hacerlo. Con esa decisión, la Corte Constitucional

---

<sup>11</sup> Sirva como ejemplo la Sentencia T-414 de 1992, de la que fue ponente Ciro Angarita Barón, en la que se estipuló en la parte resolutive que, en todos aquellos casos similares por sus hechos o circunstancias al decidido, la doctrina constitucional enunciada en la sentencia tendrá carácter obligatorio para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

esbozó una doctrina que se acerca bastante al sistema norteamericano de los precedentes<sup>14</sup>.

En una sentencia posterior, la Corte señaló que las sentencias de revisión pronunciadas por la Corte Constitucional, cuando interpretan el ordenamiento fundamental, construyen también doctrina constitucional que debe ser acatada por los jueces, a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquellos que dieron lugar a la interpretación efectuada. Agregó, que resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina<sup>15</sup>.

La clara tendencia esbozada por la Corte hacia la aceptación del precedente en los fallos de tutela pareció detenerse con la Sentencia T-321 de 1998 en la que, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, se afirmó que exigir al juez que mantenga inalterable su criterio e imponerle la obligación de respetar el precedente para no desconocer el principio de igualdad, implicaría intromisión y restricción a su autonomía garantizada por el artículo 228.

Sin embargo, la Corte regresó a la senda que venía trazando con una decisión de Sala Plena en la que se afirmó que la revisión de las sentencias de tutela contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y que, en este campo, la revocación de las sentencias o actos de los jueces lesivos de los derechos fundamentales se revela como un instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-640 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Cuatro años más tarde, la Corte, con una nueva composición de sus miembros, ratificó la tesis anterior al advertir que la posición asumida por esa corporación en relación con el alcance de una norma constitucional se convierte en criterio obligatorio para todas las autoridades judiciales a quienes les compete interpretar y aplicar la norma. Agregó, de manera enfática, que el desconocimiento del precedente constitucional, en últimas, se traduce en un desconocimiento directo de la Carta Política<sup>17</sup>.

Con el paso del tiempo se ha asentado aún más la obligatoriedad del precedente en materia de tutela. Mediante la Sentencia C-539/11, con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional. De igual forma, precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi* constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

En la misma sentencia se señaló que “los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general”.

En relación con la posibilidad del apartamiento judicial del precedente por parte de los jueces, la Corte ha dicho que para que eso sea posible es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Al

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-082 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

respecto, la Corte sostuvo en la Sentencia C-621 de 2015 M. P. Jorge Pretelt Chaljub:

“Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga”.







## Capítulo X



## La reforma de la Constitución



## 1. LA NECESIDAD DE REFORMAR

La Constitución Política tiene vocación de permanencia: le son consustanciales las pretensiones de estabilidad y de vigencia perdurable. A pesar de eso, contiene normas que indican los procedimientos para su reforma, lo que a simple vista parece una antinomia. Pero no es así. Por el contrario, a partir del autorreconocimiento de que su contenido no debe ser inmodificable, se persigue que la constitución tenga una larga vida.

La antinomia es aparente porque el Derecho no opera con términos absolutos, pertenece al mundo de lo relativo, de la limitación. Si una constitución no permite reformas, no tiene posibilidades de subsistencia. De hecho, la más antigua de las constituciones del mundo, la norteamericana, ha sufrido 27 enmiendas desde que fue expedida en 1787, la última de las cuales entró en vigencia en 1992. En Colombia, la Constitución de 1886 perduró casi 105 años gracias a las reformas a las que fue sometida a lo largo del siglo XX.

Debe anotarse, sin embargo, que el exceso de reformas debilita la constitución, le hace perder fortaleza. Hesse califica de peligrosa para la fuerza normativa de la constitución la tendencia a su frecuente revisión, so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables. Sostiene que toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la regulación normativa vigente. Agrega que, si esas modificaciones se hacen muy frecuentes, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 74.

El poder de reforma de la constitución radica en una competencia extraordinaria que ella misma otorga al Congreso de la República, al pueblo a través del referendo, o a un órgano *ad hoc*, la asamblea constituyente, para que se revise o modifique su contenido. Lo extraordinario reside en que se trata de un poder constituyente constituido o si se prefiere, de un poder constituyente no preconstitucional sino sometido a las regulaciones constitucionales<sup>2</sup>.

Dicho de otra manera, la modificación de la constitución debe someterse a las normas que contienen los requisitos y trámites para que la reforma sea posible; obedece a facultades de naturaleza jurídica, a diferencia del poder constituyente que, como ya se ha anotado, es por naturaleza extraconstitucional, no sometido al Derecho preexistente<sup>3</sup>.

El poder de reforma es expresión de la soberanía popular que se autorregula, que se autolimita, que se juridifica, al someterse a los procedimientos previstos en la misma constitución<sup>4</sup>.

## 2. LÍMITES PROCEDIMENTALES

Existen dos clases de límites al poder de reforma de la constitución: los de forma o procedimiento y los materiales. Los límites procedimentales están contenidos prácticamente en todos los textos constitucionales. Se trata de los mecanismos que la Carta Política establece de manera expresa para su reforma, los cuales deben ser cumplidos en forma rigurosa. Los límites materiales se refieren al contenido mismo de las normas introducidas por la reforma; son excepcionales en las constituciones democráticas de nuestra época.

Los procedimientos de reforma contemplados en las diferentes constituciones colombianas tuvieron siempre como eje al Congreso de la República. Es conveniente recordar aquí una precisión

---

<sup>2</sup> Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, cit., p. 326.

<sup>3</sup> Véase supra capítulo VI.

<sup>4</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, p. 16.

histórica: las constituciones de 1843, 1853 y 1858 fueron adoptadas por el poder legislativo como reformas de la constitución entonces vigente y sufrieron los trámites previamente fijados.

Todas las demás constituciones del siglo XIX fueron originarias: la de 1821, por tratarse de la Carta fundacional de la Gran Colombia; la de 1832, porque al desintegrarse la Gran Colombia se hizo necesario organizar el Estado de la Nueva Granada, y las otras, 1830, 1863 y 1886, porque se expidieron después de haberse dejado sin efecto la constitución anterior.

La Constitución de 1991 consagra en su Título XIII tres procedimientos de reforma: (i) por acto legislativo; (ii) por asamblea constituyente, y (iii) por referendo. Todos ellos requieren de la participación y del asentimiento del congreso. En el primer caso, por tratarse de un procedimiento que compete exclusivamente al congreso; en los otros dos, porque se necesita una ley que permita convocar el referendo o la asamblea constituyente.

## **2.1 Reforma mediante Acto Legislativo**

La protección de la supremacía constitucional exige que la reforma que se realice a través del congreso requiera de un acto jurídico con requisitos y formalidades especiales que se diferencien, por su nivel de exigencia, de los utilizados para producir las leyes. El procedimiento que le permite al congreso reformar la constitución recibe en Colombia el nombre de Acto Legislativo, denominación que se utilizó por primera vez en la Constitución de 1843, se mantuvo en la de 1853 y reapareció en la de 1886, para continuar en la actual.

Un Acto Legislativo es mucho más exigente que una ley, ya que, de acuerdo con el artículo 375 constitucional, debe ser aprobado en dos períodos ordinarios y consecutivos del congreso y por mayoría absoluta de sus miembros en la segunda vuelta. En la segunda vuelta solo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera. Se requiere, además, que antes de que se surta la segunda vuelta, el gobierno publique en el Diario Oficial el texto aprobado en la primera.

La misma norma establece que tienen iniciativa para presentar proyectos de Acto Legislativo, el gobierno nacional, diez congresistas, el veinte por ciento de los concejales y diputados del país y los ciudadanos, en un número no inferior al cinco por ciento del censo electoral vigente. Aquí se presenta una contradicción con el artículo 155, en el que se señala que puede presentar proyectos de ley o de reforma constitucional el treinta por ciento de los concejales o diputados.

El conflicto entre las dos normas lo resolvió la Corte Constitucional en sentencia en la que señaló que no resulta coherente que para presentar proyectos de ley por parte de diputados o concejales se requiera una participación mínima del treinta por ciento, mientras que para los proyectos de reforma constitucional, mucho más importantes y con mayores exigencias, solo sea necesario el veinte por ciento, razón por la cual decidió que el porcentaje de diputados y concejales debía ser del treinta por ciento, como lo ordena el artículo 155<sup>5</sup>. También puede presentar proyectos de reforma constitucional el Consejo de Estado (art. 237-4).

El trámite de los actos legislativos tiene otras características que lo diferencian aún más del previsto para la expedición de las leyes. De acuerdo a lo señalado en las Sentencias C-222 de 1997 y C-387 de 1997, cuando se discute una reforma constitucional no es admisible el mensaje de urgencia del gobierno nacional, ni se podrán realizar sesiones conjuntas de las comisiones constitucionales, ni tampoco le es permitido al gobierno sancionar u objetar el acto legislativo.

## **2.2 Reforma por Asamblea Constituyente**

El artículo 376 de la Constitución dejó abierta la posibilidad de su reforma por medio de una asamblea constituyente, pero con una serie de condiciones que la dificultan en grado sumo.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Se requiere, en primer lugar, que el congreso disponga mediante una ley, citar a los ciudadanos para que en votación popular decidan si convocan una asamblea constituyente, con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine, ley que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. En segundo lugar, es necesario que la convocatoria a la asamblea sea aprobada por un número de ciudadanos no inferior a la tercera parte del censo electoral.

El hecho de que deba ser el congreso el que autorice la consulta al pueblo para indagar si éste convoca una asamblea constitucional es un requisito difícil de satisfacer, debido a la natural resistencia del legislativo a despojarse de sus prerrogativas para trasladarlas a un órgano temporal pero poderoso, y porque desde que se produzca la elección hasta que se venza el término señalado para que la asamblea cumpla sus funciones, queda en suspenso la facultad del congreso para reformar la constitución.

Si a esa dificultad se le agrega la exigencia del voto favorable de por lo menos la tercera parte del censo electoral, se llega a la conclusión de que la reforma constitucional vía asamblea constituyente es algo casi imposible, a menos que se imponga como solución a un grave conflicto sociopolítico.

## **2.3 Reforma a través de referendo**

La posibilidad de reformar la constitución a través de un referendo es un tema que ha generado una intensa discusión jurídica y una vehemente confrontación política. De acuerdo con el artículo 378 constitucional, pueden someterse a referendo reformas a la constitución, siempre que se cumpla con una serie de condiciones:

1. La iniciativa debe provenir del Gobierno nacional o de un grupo de ciudadanos que represente por lo menos el cinco por ciento del censo electoral.
2. El proyecto debe ser incorporado en una ley, la que requiere ser aprobada por mayoría absoluta en las dos cámaras.



3. El texto del referendo debe ser presentado de tal manera que los electores puedan escoger libremente cuáles puntos votan a favor y cuáles, en contra.
4. Para que la reforma se considere aprobada se requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de estos últimos sea superior a la cuarta parte del censo electoral.

La Corte Constitucional, en la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, mediante la cual se convocó al referendo de ese año, propuesto por el presidente Uribe Vélez, precisó que la ley de convocatoria debe ser tramitada como una ley ordinaria, con el requisito adicional de su aprobación por mayoría absoluta, lo que permite que sea discutida en sesiones extraordinarias y que pueda ser objeto de mensaje de urgencia por parte del gobierno nacional<sup>6</sup>.

### *2.3.1 Modificación del texto del referendo por el congreso*

Ante la controversia acerca de si el congreso puede modificar el texto de la iniciativa, la Corte Constitucional resolvió que como el proyecto debe tramitarse como una ley ordinaria, el congreso conserva sus facultades constitucionales. Por tanto, puede introducirle modificaciones al texto presentado por el gobierno, “dentro de ciertos límites” (sic), en su tránsito por las dos cámaras legislativas, pero de ninguna manera éstas le pueden introducir temas nuevos<sup>7</sup>.

Pero ¿qué pasa cuando el proyecto de referendo no proviene del gobierno sino de los ciudadanos? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la Sentencia C-141/10, M. P. Humberto Sierra Porto, en la que se establece una distinción entre las dos clases de proyectos debido a la “imposibilidad fáctica y jurídica en que se encuentran los ciudadanos para manifestar su visto bueno respecto de las modificaciones introducidas por el congreso”, lo que sí es posible cuando el proyecto tiene origen gubernamental, porque así lo permite el reglamento del congreso.

---

<sup>6</sup> Sentencia C-551/03, M. P. Eduardo Montealegre.

<sup>7</sup> Ibidem.

La Sentencia C-141/10 establece que se pueden introducir modificaciones al proyecto de referendo de iniciativa popular siempre y cuando ellas no sean sustanciales. Al respecto afirma:

“... la Corte considera que en los casos de iniciativa legislativa popular el Congreso no puede modificar sustancialmente el proyecto presentado por los ciudadanos. En la práctica esto implicaría que se discutiera y eventualmente se aprobara otro proyecto, y no el presentado por los titulares de la iniciativa. De esta forma se falsearía la facultad reconocida al cinco por ciento del censo electoral vigente y el Congreso se arrogaría una competencia que la constitución expresamente le negó, cual fue la de tener iniciativa legislativa en materia de convocatoria al referendo constitucional”.

Lo anterior significa que en el congreso se le pueden introducir modificaciones a los proyectos de referendo. Si son de origen gubernamental, las modificaciones deberán estar dentro de “ciertos límites” y no se podrán introducir temas nuevos. Ahora bien, si ellos tienen origen en la iniciativa popular, el congreso no podrá modificar sustancialmente el proyecto. En el fondo, la situación es la misma, ya que la última palabra la tendrá siempre la Corte Constitucional porque será ella la que, dentro de un amplio margen de discrecionalidad, decidirá cuándo considera que una modificación está dentro de ciertos límites, en tratándose de iniciativa gubernamental, y cuándo ella es sustancial o no, en el caso de los referendos de iniciativa popular.

Puede argüirse en contra, que por ser el pueblo el titular de la soberanía sus propuestas deben ser llevadas al veredicto de las urnas tal como han sido formuladas y que el congreso solo está facultado para rechazar de plano el proyecto de referendo o para realizar los ajustes necesarios para que el texto sea claro y coherente, y para que se adopte una forma asertiva que permita que el pueblo escoja libremente qué vota positivamente y qué niega. Además, el congreso tiene la facultad permanente de reformar la constitución y no parece razonable que pueda modificar la iniciativa popular.

### 2.3.2 *El rechazo del congreso y el referendo directo*

Más intensa y de mayor trascendencia es la controversia jurídica sobre la posibilidad de acudir en forma directa al pueblo para que se pronuncie sobre el referendo cuando el congreso ha votado en forma negativa el proyecto de ley que exige el artículo 378. Los que defienden tal posibilidad se basan en lo previsto en el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, norma que señala que se puede acudir directamente al referendo cuando un proyecto de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular, sea negado por la corporación respectiva.

Los que eso afirman olvidan que el artículo 378 exige en forma expresa una ley que convoque el referendo y que el artículo 32 de la Ley 134 se refiere a proyectos de normas diferentes a las constitucionales. Esa misma ley, al referirse en el artículo 33 a la iniciativa de los ciudadanos para someter a referendo un proyecto de reforma constitucional, se limita a reproducir el contenido del artículo 378 de la Carta Política.

El problema amerita una reflexión de mayor calado conceptual. La controversia de fondo parte de la consideración de que el pueblo es soberano y esa es razón suficiente para respaldar la idea de que la negativa del congreso a aprobar la ley de convocatoria a un referendo constitucional habilita al pueblo a acudir al referendo de manera directa.

La tesis se presenta como atractiva *prima facie*. Tiene, sin embargo, un pero, un gran pero. No se puede confundir el poder de reforma con el poder constituyente. Cuando el pueblo hace uso del poder de reforma está siempre sometido a la constitución por tratarse de un poder derivado y como tal, limitado por la misma Carta.

Ella indica con claridad meridiana que para someter a referendo reformas a la constitución se requiere la intermediación del congreso a través de la ley. Solo cuando el pueblo obra como poder constituyente originario y se otorga a sí mismo una nueva constitución, puede actuar por fuera del marco constitucional porque, como ya se

vio en su oportunidad, el poder constituyente es extraconstitucional. La conclusión es evidente: si el proyecto de ley es negado, no habrá posibilidad de acudir directamente al pueblo, porque la constitución no lo autoriza. El constituyente amarró la posibilidad del referendo para la reforma constitucional a la intervención previa y afirmativa del congreso.

Es posible que parezca más democrática una solución que permita acudir directamente al pueblo para aprobar una reforma constitucional sin tener que pasar por el congreso. Pero no se puede olvidar que el Congreso de la República tiene un indiscutido origen democrático; que lo que en este caso se discute es la modificación de la Constitución Política, la que contiene el pacto fundamental que vincula a los colombianos; que se trata de un pacto de largo alcance que no puede estar sometido a los vaivenes coyunturales de la política del momento, y que uno de los atributos de la supremacía constitucional es la relativa rigidez de sus normas.

### **3. LÍMITES MATERIALES AL PODER DE REFORMA**

En la teoría constitucional se conocen como límites materiales los preceptos de la constitución que no pueden ser objeto de reforma, normas que suelen ser denominadas “cláusulas de intangibilidad”. Es el caso de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana que tiene establecido en su artículo 79-3 que no pueden modificarse algunos principios fundamentales como la articulación federal del Estado, la participación de los *Länder* en la legislación, la intangibilidad de la dignidad humana, el reconocimiento de los derechos humanos como inviolables e inalienables, el carácter republicano, democrático y social del Estado alemán y el principio de la soberanía popular.

En Italia no puede ser objeto de revisión constitucional la forma republicana (art. 139) y en Francia no es posible ninguna enmienda que conduzca al menoscabo de la integridad de su territorio (art. 89).

Algunas constituciones colombianas del siglo XIX incluyeron cláusulas de intangibilidad. La de 1821, conocida como la Constitución de Cúcuta, estipuló en su artículo 190 que nunca podrían alterarse las bases contenidas en la Sección I del Título I y en la II del Título II, referentes a la libertad e independencia de la monarquía española, a la soberanía nacional, a la forma de gobierno que debía ser popular y representativo, y al principio de la tridivisión del poder público.

La Constitución de 1830, en su artículo 164, estableció que el poder del congreso para reformar la constitución no se extendía a la forma de gobierno, el que debía ser siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable. Una cláusula similar aparece en la Constitución de 1832, artículo 218, y en la de 1843, artículo 172.

La Constitución de 1991, al igual que su antecesora, la de 1886, no tiene cláusulas de intangibilidad. Hasta hace muy poco tiempo, había consenso pleno en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales acerca de la inexistencia de límites materiales al poder de reforma.

La situación cambió en el año 2003, debido al viraje dado por la Corte Constitucional al acoger la tesis de que el poder de reforma no puede sustituir la constitución, lo que ha convertido este tema, por su innegable trascendencia, en uno de los que genera mayores discusiones en el campo del derecho constitucional colombiano.

### **3.1 Inexistencia de límites materiales**

Es la tesis tradicionalmente defendida en Colombia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Se fundamenta en el mandato expreso de la Carta Política de acuerdo con el cual una reforma constitucional solo puede ser cuestionada judicialmente por vicios de forma o procedimiento.

En efecto, el artículo 241 de la Constitución, numeral 1, prescribe que a la Corte Constitucional le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos

de la constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. Además, el artículo 379 estipula que los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia nacional, hay que decir que hasta 1978, la Corte Suprema de Justicia se había declarado siempre incompetente para conocer de demandas contra actos legislativos, por no estarle asignada expresamente tal atribución en la constitución. A partir de la Sentencia del 5 de mayo de 1978, por medio de la cual se decidió que era inexecutable el Acto Legislativo 02 de 1977, la Corte Suprema de Justicia se declaró competente para decidir acerca de la exequibilidad de los actos reformativos de la constitución por vicios de procedimiento en su formación, competencia que paradójicamente derivó de ese Acto Legislativo.

Desde que entró en vigencia la Constitución de 1991 y hasta el 9 de julio de 2003, la Corte Constitucional sostuvo en múltiples decisiones que solo tenía competencia para pronunciarse sobre vicios de procedimiento. Valga citar como ejemplo la Sentencia C-543 de 1998, de la que fue ponente el magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la que se afirmó:

“A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (art. 241-1 C.P.), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo”.

Ese criterio fue ratificado, años más tarde, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-487 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Allí se confirma la tesis, inalterada hasta entonces, de la falta de competencia de la Corte para examinar el contenido material de una reforma constitucional. Basada en el artículo 379, la Corte dijo:

“Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de una Asamblea Constituyente solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución. En este sentido no compete a la Corte el examen del contenido material de dichos actos reformativos, en tanto el mandato que se le asigna está referido exclusivamente a los aspectos formales y de trámite”.

### **3.2 La sustitución como límite material**

En un sorprendente cambio de jurisprudencia, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-551 de 2003, con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett, que, aunque en la constitución no se incluyeron cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, las reglas de competencia asignadas al poder de reforma impiden que so pretexto de reformarla la constitución sea sustituida por otra totalmente diferente.

A partir de allí, la Corte ha venido elaborando una habilidosa argumentación que la ha llevado a asumir la atribución de determinar cuándo una reforma constitucional sustituye o no la constitución, lo que significa que la Corte se ha convertido en un órgano supraconstitucional con poder suficiente para decidir *motu proprio* lo que se puede y lo que no se puede reformar.

#### **3.2.1 *El sofisma de la competencia***

La trascendencia de la Sentencia C-551 de 2003 obliga a realizar un examen cuidadoso de la misma. Comienza ella por reconocer que ha sido tesis tradicional de la Corte considerar los vicios de competencia como violaciones materiales y no vicios de forma (considerando 24). En el considerando siguiente, sin sustento argumentativo previo, se salta a una tesis diferente al señalar que los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los de contenido material.

Más adelante, se hace referencia al hecho de que la constitución consagra unos requisitos que se deben cumplir para convocar un

referendo constitucional, requisitos que deben ser verificados por la Corte. De ese hecho cierto, extrae la sentencia una falsa conclusión al afirmar que el examen de la Corte sobre los vicios de procedimiento no excluye el estudio de los eventuales vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma (considerando 27).

La afirmación es equivocada porque con ella se incurre en una deplorable confusión entre vicio de competencia y vicio de procedimiento. Como lo recuerda Sandra Morelli Rico, citando al profesor Ricardo Guastini, hay normas sobre la producción jurídica que confieren una competencia normativa y normas sobre la producción jurídica que regulan el ejercicio de esa competencia. Las primeras le confieren a un sujeto capacidad normativa dirigida a crear derecho, y de ellas son ejemplo la potestad del legislativo para dictar leyes y el poder de reforma de la constitución. Las otras, indican el procedimiento a seguir a efectos de crear un cierto tipo de fuente que no puede ser creado sino a través de ese procedimiento.

Agrega Sandra Morelli que la atribución de un poder para innovar el ordenamiento a un sujeto determinado implica prohibirle a cualquier otro sujeto el ejercicio de esa competencia, y en caso de que resultara descatada esa prohibición se configura un vicio de incompetencia absoluta. Por su parte, la inobservancia de una norma reguladora del ejercicio de una competencia da lugar al vicio de forma y en tal evento la inconstitucionalidad de una ley no depende del contenido, sino de no haber sido producida de acuerdo con el procedimiento previsto para su creación<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, la premisa a partir de la cual comienza a construir la Corte Constitucional la tesis de la sustitución de la constitución es una premisa falsa. No hay razón para sostener que los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material.

---

<sup>8</sup> Morelli Rico, Sandra, "Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma constitucional en la Sentencia C-551 de 2003, en *Congreso Internacional Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005, p. 454.



Esas afirmaciones contrarían y confunden la nítida distinción entre vicios de competencia y vicios de procedimiento. Más aún, la tesis de la Corte desconoce la prueba basilar de este debate que es la constitución misma, la que en el artículo 241-1 la faculta para “decidir sobre las demandas que promuevan los ciudadanos contra actos reformatorios de la constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación”.

En el enunciado de la disposición citada se dice que a la Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, *en los estrictos y precisos términos de este artículo*. En este aspecto no cabe duda alguna. El artículo 379 señala que los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en dicho artículo.

No da lugar, pues, la Carta Política a margen alguno para los artificios argumentativos que la Corte utiliza en esta sentencia, y en posteriores, para atribuirse la facultad de revisar y decidir acerca del contenido material de las reformas constitucionales, lo que como es obvio, le confiere un enorme superpoder político, porque tal como lo viene haciendo, se ha reservado el derecho a decidir discrecionalmente qué se puede reformar en la constitución colombiana y qué no.

Consciente la Corte de la precariedad de su argumento sobre la supuesta competencia para examinar “vicios de contenido material”, acude en busca de ayuda a elementos extraconstitucionales. En efecto, después de admitir que la Constitución de 1991, a diferencia de la alemana, la italiana o la francesa, no contiene cláusulas de irreformabilidad, sostiene en forma temeraria:

Sin embargo, importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario (considerando 28).

Pero no acude a la muy rica y sabia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, o a la del italiano o la del español, a los cuales nuestro derecho constitucional les debe innumerables aportes. No. Acude a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India, país lejano a nuestra historia y a nuestra cultura, que, como es sabido, pertenece al sistema jurídico anglosajón, el que tiene como fuente jurídica principal el *common law*, la jurisprudencia, lo que lo diferencia sustancialmente de nuestro sistema jurídico, el romano germánico, que tiene en la norma su fuente jurídica principal.

En cuanto a la doctrina extranjera, la sentencia en comento busca apoyarse en autores que nada tienen que ver con la teoría constitucional que informa nuestra Carta Política. Hablo de Carl Schmitt, referencia absolutamente inaceptable no tanto por tratarse del ideólogo jurídico del régimen de Adolfo Hitler, como por haber elaborado y defendido la teoría del decisionismo, abiertamente hostil a la democracia y de claro sabor totalitario.

Menciona también a George Burdeau quien, como lo recuerda el profesor Cruz Villalón, es de la opinión de que las constituciones pudieron tener sentido en otro tiempo cuando “el aparato constitucional abarcaba en sus principios y procedimientos toda la vida política, cuyo ámbito, por lo demás, era relativamente pequeño, adecuándose a dicha delimitación”. Burdeau se apoya en un supuesto carácter estático, firme, inamovible de la constitución, para declararla incapaz de operar en una realidad social que ha perdido por completo dichos caracteres y agrega que la constitución no es solo incapaz de organizar el ejercicio del poder, sino que ni siquiera está en situación de describir cómo se ejerce ese poder<sup>9</sup>; es claro que esa caracterización tiene muy poco que ver con nuestra constitución.

Es forzoso señalar aquí que debe haber coherencia conceptual y continuidad en la teoría constitucional que ha venido desarrollando la Corte Constitucional a lo largo de todos estos años, con base en

---

<sup>9</sup> Mencionado por Cruz Villalón, Pedro, en la introducción al libro de Konrad Hesse *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. XXII.

la Constitución de 1991, la que se caracteriza por ser normativa, democrática, pluralista y estar insertada en el modelo del neoconstitucionalismo, surgido en la Europa continental después de la Segunda Guerra Mundial. El apoyo eventual en citas de autores que están ubicados en posiciones no solo diferentes sino, además, contrarias a esa teoría constitucional, afectan negativamente la claridad, la coherencia y el rigor de la jurisprudencia constitucional de nuestra Corte.

La sentencia omite citar los autores que tienen una muy clara cercanía y han influenciado nuestro derecho constitucional como Hesse, Stern, Simon o Schneider en Alemania y Rubio Llorente, García de Enterría o Aragón Reyes en España, para citar solo algunos. Ahora bien, si de jurisprudencia internacional se trata, lo lógico es acudir a los tribunales constitucionales de Alemania, Italia o España que tanto han contribuido al desarrollo de nuestra jurisprudencia y no al de tribunales a los que nada les debemos conceptual y doctrinariamente.

### *3.2.2 De la sustitución total a la parcial*

Definido el objetivo perseguido por la Corte de sacudirse de la camisa de fuerza que le impone la Constitución en su artículo 241-1, en el que se limita la revisión de los actos reformatorios de ella a vicios de procedimiento, la Sentencia C-551/03 estructura una precaria argumentación para hacer pasar como razonables ante la comunidad jurídica conclusiones contrarias a la Carta Política que le otorgan a la Corte Constitucional transcendentales atribuciones que no le corresponden. Empieza por afirmar, con base en un criterio exegético, que el artículo 374 solo autoriza reformar la constitución, más no derogarla o sustituirla en su totalidad por una diferente, tesis bastante discutible<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En razón a que en teoría nada impide que en desarrollo del artículo 376 constitucional, la ley que convoca la asamblea constituyente le otorgue competencia para reformar la totalidad de la constitución.

El citado argumento exegético se apoya en una errónea apreciación lexicológica. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española (DRAE) indica que reformar es “volver a formar, rehacer”. Ahora bien, para rehacer hay que sustituir lo ya hecho, por algo nuevo. En consecuencia, si nos atenemos al tenor literal, reformar la constitución significa que ella se puede rehacer, sustituir su contenido por otro, lo que deja sin piso el argumento de que el artículo 374 solo permite reformar y de ninguna manera sustituir la constitución.

La pretendida imposibilidad de sustituir en su totalidad la constitución tampoco encuentra respaldo en los hechos históricos, ya que varias constituciones del siglo XIX fueron el resultado de reformas constitucionales. En efecto, en abril de 1843 el Congreso de la Nueva Granada optó por reformar la Constitución de 1832, Carta Política de carácter liberal y descentralizadora que había acogido, en lo fundamental, las orientaciones del general Francisco de Paula Santander. De esa reforma surgió la Constitución de 1843, la primera en la historia de nuestro país tramitada y aprobada por las cámaras legislativas y no por una asamblea constituyente.

La Constitución de 1843, de orientación conservadora y autoritaria, que se caracterizaba por su excesivo centralismo y por su marcado presidencialismo, fue sustituida a su vez, mediante reforma aprobada por el Congreso de la República, por la de 1853, una constitución muy diferente a la anterior, puesto que abrió las puertas al federalismo y estableció un claro predominio del poder legislativo sobre el ejecutivo<sup>11</sup>.

Después de repetir, una y otra vez, que por vía de reforma no puede ser remplazada toda la constitución, la Sentencia C-551/03, en un salto argumentativo injustificable, muta el sentido original de la sustitución como cambio total de la constitución, por el de cambios parciales. En efecto, sostiene que para saber si el poder

---

<sup>11</sup> Vila Casado, Iván, *Historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 131.

de reforma incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional, lo cual equivaldría a ejercer un control material.

Agrega, que no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de Derecho con forma republicana por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma (considerando 39).

Es evidente aquí la argucia argumentativa. De la presunta prohibición del artículo 379 de la sustitución total de la constitución, salta la sentencia a la prohibición de reformas o sustituciones parciales, sin razón alguna, simplemente porque sí. Pero, es más: incurre en una grave contradicción cuando afirma que el juez constitucional debe acudir a los principios y valores constitucionales (contenido material de la constitución) para contrastarlos con los contenidos materiales de la reforma, pero que ello no constituye un control material. Eso es un absurdo, pues si se confronta el contenido material de una reforma con los principios constitucionales, el control necesariamente es material.

Son también absurdos los ejemplos a los que se acude en la sentencia para darle espectacularidad al sofisma, ya que un Estado totalitario o un Estado sometido a una dictadura sencillamente carecen de constitución (art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). Además, una monarquía en Colombia es algo absolutamente impensable y recurrir a un ejemplo de esa naturaleza en una sentencia de la Corte es insultar la inteligencia de los colombianos.

### 3.2.3 *Los elementos definitorios de la identidad constitucional*

A partir de las premisas habilidosamente planteadas, la Corte fue escalonando su asalto contra la prohibición de revisar el contenido material de las reformas constitucionales. En las Sentencias C-970 y C-971 de 2004, con ponencias de Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda, respectivamente, (las que sobre este tema tienen argumentos idénticos), la Corte negó la existencia de límites materiales al poder de reforma pero a renglón seguido, y de manera contradictoria, reconoció que sí existen, al señalar que no se puede sustituir la constitución y que hay sustitución cuando se remplaza uno de los elementos definitorios de su identidad por otro opuesto o integralmente distinto. La Corte sostuvo:

“La Constitución de 1991 no consagra cláusulas intangibles y, por consiguiente, no pueden oponerse límites materiales al poder de reforma, el cual sin embargo, en cuanto que tal, carece de competencia para sustituir la Constitución, esto es, para remplazarla por una distinta, o para remplazar un elemento definitorio de su identidad por otro opuesto o integralmente distinto”.

¡Vaya sorpresa! Después de reiterar la tesis de que el poder de reforma no tiene competencia para sustituir la totalidad de la constitución, la Corte vuelve a dar un impresionante salto argumentativo para llegar a la consideración de que tampoco tiene competencia para “remplazar un elemento definitorio de su identidad por otro opuesto o integralmente distinto”. Se trata de una afirmación que no tiene soporte en el proceso argumentativo previo y menos en las normas constitucionales que, por el contrario, prohíben la confrontación del contenido material de una reforma parcial con el contenido de la constitución.

Ahora bien, ¿cuáles son esos aspectos definitorios de la identidad de la constitución? La Corte confesó en la Sentencia C-1040/05, de la que fueron ponentes seis magistrados, que esos aspectos no estaban precisados en el momento, pero que se imponía la tarea específica de establecerlos. Dijo la Corte en el punto 10.7.1:

“No precisó la Corte (en la Sentencia C-551/03) cuáles principios y valores contenidos en la Constitución son definatorios de su identidad, ni tampoco de qué manera, principios y valores no contenidos en la Constitución, pero que surgen del bloque de constitucionalidad, pueden contribuir a identificar los elementos definatorios de la identidad de la Constitución. Esa es una labor que corresponde adelantar al juez constitucional cuando las circunstancias del caso concreto le exijan precisar el alcance de esas afirmaciones.

Ello impone al menos dos tareas específicas para el juez constitucional cuando deba enfrentar un problema de sustitución de Constitución: primero, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, cómo puede una reforma llegar a ser realmente una sustitución de la Constitución”.

En cuanto a cuáles son en concreto esos elementos definatorios, la citada sentencia sostiene que el principio del Estado social de Derecho es uno de ellos, por lo que una eventual supresión de este implicaría sustitución de la Carta Política. Agrega que otro elemento definatorio es el principio de separación de poderes, pero que dicho principio admite diversidad de formulaciones, todas compatibles con el postulado básico definatorio de la identidad de la constitución. De este modo, no toda modificación de la manera como en un momento se configuró el principio de separación de poderes en la constitución puede tenerse como una sustitución de la misma.

### ***3.2.4 La confrontación de contenidos es control material***

El razonamiento anterior da vía libre a la tesis, subjetivista en extremo, de acuerdo con la cual le corresponde a la Corte Constitucional de manera discrecional señalar, por sí y ante sí, cuándo una reforma sustituye un elemento definatorio de la identidad de la constitución y, cuándo no. Para apoyarla, la Corte acude a planteamientos confusos y contradictorios al señalar en la sentencia que se acaba de citar:

“... la especificidad del juicio relativo a la competencia del reformador radica en que en éste la Corte se circunscribe a estudiar si el reformador sustituyó la Constitución, sin que por ello efectúe

un control material ordinario del acto acusado. Es decir, en el juicio de sustitución no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada”.

Es muy difícil hacer pasar por los conductos de la lógica jurídica semejante confusión conceptual. Para estudiar si el reformador *sustituyó* la constitución, necesariamente deberá analizarse el contenido material de la reforma y confrontarlo con la constitución porque, de otra manera, ¿cómo podrá el juez concluir que ha habido una sustitución? Ese control es de naturaleza material, y es inaceptable pretender que no hay aquí una comparación entre la reforma y la constitución, con miras a establecer si la primera contradice la segunda.

Unas líneas más adelante la sentencia señala:

“... la Corte ha subrayado que el concepto de sustitución se distingue de otros con los cuales no puede confundirse, tales como los de intangibilidad e irreversibilidad, o afectación y vulneración de contenidos, los cuales aluden a juicios materiales de las reformas constitucionales que escapan a la competencia de la Corte Constitucional. La Corte solo tiene competencia para verificar que el poder de reforma, que es constituido, no haya adoptado un acto mediante el cual sustituya la Constitución que lo habilitó exclusivamente para reformarla”.

Riñe con la lógica más elemental la idea de que la revisión del contenido de una reforma para determinar si sustituye la constitución puede hacerse sin confrontar ese contenido con el contenido de la constitución. Esa argucia argumentativa pretende ocultar el hecho cierto de que lo que la Corte está haciendo es introducir en nuestro derecho constitucional la existencia de límites materiales al poder de reforma, contra norma expresa.

Resulta evidente que el malabarismo conceptual iniciado con la Sentencia C-551/03 ha estado dirigido a cumplir con el objetivo, confesado en esa misma providencia, de insertar en nuestro ordenamiento jurídico la tesis iusnaturalista según la cual “... toda



constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado”.

### **3.3 La ampliación de los límites implícitos al poder de reforma de la constitución**

El reconocimiento de la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma de la constitución por parte de la mayoría de la Corte Constitucional, tiene consecuencias jurídicas y políticas de inocultable gravedad, por cuanto avala la discrecionalidad judicial, en contravía del carácter normativo de la constitución, conduce a la politización del control judicial de constitucionalidad al crear condiciones para que el juez constitucional falle basado en razones de oportunidad y conveniencia, y lesiona el principio democrático, al arrogarse la Corte atribuciones que son propias del constituyente primario y expresión de la soberanía popular.

La consideración de que en la constitución existen virtuales cláusulas intangibles supone una verdadera restricción del principio democrático, porque condena a las generaciones futuras a someterse a la voluntad de generaciones anteriores o a actuar fuera de la norma, fuera de la constitución.

Señala el tratadista español Manuel Aragón Reyes que lo más congruente con el carácter de una constitución democrática es permitir al pueblo, sin más trabas que las procesales, disponer libremente, sin límite material alguno, de su propia constitución; agrega que *positivar* el poder constituyente puede ser considerado como una utopía, como una vana *ilusión de los juristas*, pero que intentar realizar esa utopía es, justamente, intentar dotar de estabilidad a la democracia, en cuanto que así el Derecho deja permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, es decir, jurídicamente, adopte en cada momento histórico el orden político que desee<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, p. 19.

La evolución que ha tenido en nuestra Corte Constitucional el reconocimiento de la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma de la constitución genera enorme preocupación entre los ciudadanos que valoran las bondades de la Constitución de 1991 por su carácter normativo, democrático y pluralista y aprecian en alto grado la admirable jurisprudencia que ha elaborado la Corte Constitucional colombiana desde sus inicios, a partir de la cual, se ha venido construyendo un sólido derecho constitucional insertado en la tendencia del neoconstitucionalismo surgido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial.

Inicialmente, la Corte, en la Sentencia C-551/03, se limitó a señalar la existencia de posibles vicios de fondo por la vía de supuestos límites competenciales que impiden al poder de reforma sustituir total o parcialmente la constitución, planteamientos que no hicieron parte de la *ratio decidendi* de la providencia mencionada, la que se limitó a revisar la Ley 796 de 2003, sin decidir sobre la constitucionalidad o no de una reforma constitucional concreta. Por la razón anterior, las consideraciones sobre sustitución de la constitución solo pueden ser tomadas como *obiter dicta*, lo que hace que no sea correcto que se la cite como un precedente jurisprudencial que vincula a la Corte.

Más adelante, las sentencias C-970 y C-971 de 2004 introdujeron el concepto de elementos definitorios identificadores de la constitución y diseñaron el erróneo y confuso “método para efectuar el juicio de sustitución”. En aclaración de voto a dichas sentencias, en las que no se declaró la inexecutable de ninguna norma constitucional, el magistrado Humberto Sierra Porto señaló sus razones para oponerse a la tesis de la no sustitución de la constitución al señalar:

“La Corte Constitucional no tiene atribuida constitucionalmente competencia para conocer de vicios de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución distintos a los establecidos en el artículo 241.1 de la Constitución. Esto es la competencia se restringe a los vicios de forma o procedimiento, todos los demás, llámense vicios materiales o de competencia, están excluidos del control que corresponde a la Corte.

(...) A mi juicio, entonces, no es aceptable que esta Corporación sostenga la tesis según la cual el constituyente derivado carece de competencia para sustituir la estructura básica y filosófica que fundamenta la Constitución a través de reformas, pues toda derogación de la ley o la Constitución, en virtud del carácter sistemático del Derecho, genera una realidad jurídica nueva, por lo cual, en últimas, siempre se verán modificados los principios filosóficos y la estructura misma de la Carta Fundamental”.

La Sentencia C-1040/05 resolvió, por primera vez en la historia constitucional colombiana, declarar la inexecutable por vicios de fondo de una parte de un acto legislativo<sup>13</sup>, concretamente, del inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2004, hecho al que no se le dio la importancia que merecía, debido a que la norma no tenía mayor trascendencia frente al contenido fuerte de la reforma que autorizó la reelección presidencial y porque cuando se produjo la sentencia de la Corte ya el Congreso había aprobado la ley estatutaria de garantías electorales a la que se refería el inciso declarado inconstitucional. Hay que anotar, sin embargo, que lo grave del caso es que las puertas quedaron abiertas y por esa vía la Corte ha continuado atribuyéndose competencias exclusivas del poder constituyente.

En dicha sentencia, con la vana intención de despojar de subjetivismo el análisis de una reforma constitucional para verificar si se ha incurrido en sustitución, la Corte desarrolló un supuesto *método objetivo* que no es otra cosa que un silogismo en el que se establece como premisa mayor el enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo, la que no está específicamente plasmada en un artículo de la constitución, sino que es toda la constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Como

---

<sup>13</sup> Aunque la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo de 1978 mencionó la supuesta existencia de vicios de fondo en el Acto Legislativo 02 de 1977, la razón decisoria que se adujo para declararlo inexecutable fueron vicios de procedimiento al no haberse obtenido en una etapa del procedimiento la mayoría de votos requerida por la constitución.

premisa menor se ubica el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios identificadores de la constitución a partir de los cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

Este método ideado por la Corte es subjetivista en extremo, porque es el juez constitucional el que identifica, por sí y ante sí, cuáles son los pretendidos elementos definitorios de la identidad de la constitución posiblemente sustituidos, para proceder a confrontarlos con el contenido del acto reformativo y obtener así las conclusiones previstas por la Corte desde el mismo momento en el que construye la premisa mayor.

### ***3.3.1 La conveniencia como criterio de control material***

El siguiente paso tiene una trascendencia enorme. Mediante la Sentencia C-588/09, adoptada en apretada decisión 5-4, la mayoría de la Corte, con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, resolvió declarar inexecutable en su totalidad el Acto Legislativo 01 de 2008, por medio del cual se adicionaba con un párrafo temporal el artículo 125 de la Constitución Política. En este fallo se parte de la consideración de que tanto la Sentencia C-551/03 como las demás que desarrollan la teoría de la sustitución constituyen precedentes vinculantes para la Corte y se va más allá en la tarea de asumir abiertamente la función de revisión del contenido material de las reformas constitucionales.

Se señala aquí que la reforma de la constitución debe confrontarse con los conceptos destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la constitución porque así lo plantea Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución, olvidando la Corte que el decisionismo desarrollado por ese jurista hitleriano en dicha obra es considerado incompatible con el constitucionalismo democrático y pluralista de nuestra época.

En la mencionada sentencia, la Corte sostuvo que la reforma revisada contrariaba principios constitucionales como los de la carrera administrativa y la igualdad de los ciudadanos, lo que no

podía ser de otro modo, ya que se trataba de establecer un párrafo contentivo de excepciones precisas y temporales a la carrera administrativa. Al decidir que el acto legislativo acusado sustituía la constitución, la Corte no hizo otra cosa que darle a la nueva norma constitucional el tratamiento de norma infraconstitucional y fijar el inaceptable criterio de que una reforma no puede contrariar principios constitucionales.

El fondo de la aludida sentencia es bastante claro: las excepciones consagradas en el acto legislativo son inconvenientes para el ordenamiento jurídico colombiano, conclusión a la que llegó después de una inocultable revisión del contenido material de la reforma y de confrontarla con las normas constitucionales, juicio de valor que podemos suscribir porque en verdad no es bueno que se acuda a una reforma constitucional para solucionar el problema de estabilidad laboral de un importante número de funcionarios provisionales.

Pero lo que pasa es que la Corte Constitucional no puede fallar por consideraciones de inconveniencia u oportunidad, criterios políticos que están reservados al poder de reforma, es decir, al Congreso de la República y a los ciudadanos, según sea la vía adoptada para la reforma constitucional.

No deja de causar preocupación el rumbo que han tomado las cosas. Se trató en esta oportunidad de una reforma constitucional aprobada en el Congreso con la participación de todas las tendencias políticas allí representadas. Pero a cinco honorables magistrados de la Corte Constitucional les pareció que esa reforma no era conveniente para el desarrollo de la función administrativa en Colombia y decidieron acabar con ella con la inverosímil tesis de que la carrera administrativa es un elemento definitorio de la identidad de la constitución y que con la introducción de una excepción temporal a dicha carrera se sustituye la constitución de una manera tal que ella queda irreconocible.

### **3.4 El poder de reforma y la democracia directa**

Llama la atención el hecho de que la Corte Constitucional pretenda establecer criterios de diferenciación entre los mecanismos de

reforma de la constitución ajenos a los que ella establece. En la Sentencia C-1040/05, tantas veces mencionada, sostiene la Corte que se necesita avanzar en la precisión de los criterios que permiten establecer cuándo una reforma adoptada sin participación directa del pueblo puede tenerse como una sustitución de constitución.

Agrega más adelante, que en el ámbito de la Sentencia C-551 de 2003 la Corte adoptó una posición más restrictiva del poder de reforma “cuando éste se materializa mediante un acto legislativo expedido por el Congreso, no mediante referendo aprobado por el pueblo”. Acoge aquí la Corte la tesis de Rodrigo Uprimny, quien en una aclaración de voto había sostenido que los límites materiales solo operan en relación con la reforma que se aprueba en el Congreso a través de actos legislativos. Expresó Uprimny en esa oportunidad:

“Las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) cuentan, en desarrollo del principio de soberanía popular, con la participación ciudadana. Por ello, a pesar de que es claro que el poder de reforma se encuentra limitado por la prohibición de afectar la estructura básica de la Constitución, como ya se explicó, considero que por las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) es posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la Constitución, pues la aprobación ciudadana de esas modificaciones implica una cierta intervención del poder constituyente originario pero, por paradójico que parezca, de manera institucionalizada<sup>14</sup>”.

Causa perplejidad el hecho de que se confunda el poder constituyente originario, el que por su carácter extraconstitucional no está ni puede estar sometido a ninguna normatividad previa, con el poder de reforma, poder constituido, que como tal está sometido a las normas constitucionales y debe cumplir con los exigentes requisitos que la propia Carta establece. La verdad es que por más vueltas que se le dé a la constitución, no se encuentra en ella ni siquiera un indicio que sirva de respaldo a la idea de que el poder de reforma

---

<sup>14</sup> Aclaración de voto del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, Sentencia C-572 de 2004.

está limitado cuando se utiliza el mecanismo del acto legislativo, pero no lo está, cuando se utiliza el referendo o la asamblea constituyente, es decir, cuando se acude a la democracia directa.

Este criterio fue descartado en la Sentencia C-141 de 2010 en la que se sostuvo que el proyectado referendo de 2010 implicaba un quebrantamiento de la constitución y que esa rotura sustituiría varios de los que la Corte señaló como “ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el constituyente”, lo que convertía a ese referendo en inconstitucional. Desapareció así para la Corte Constitucional la posibilidad de que mediante referendo se pueda modificar la llamada *estructura básica de la constitución*.

El magistrado Humberto Sierra Porto mantuvo durante su permanencia en la Corte Constitucional un criterio continuo y coherente en contra de la revisión del contenido material de los actos reformativos de la constitución. En relación con la posibilidad de establecer criterios de diferenciación entre ellos según la participación o no del pueblo en la decisión, dicho magistrado sostuvo:

“Estos mecanismos fueron previstos para modificar asuntos esenciales de la constitución, de ahí que sostener que mediante un acto legislativo elaborado por el Congreso o un referendo constitucional solo se puede *reformular* la constitución mientras que la convocatoria a una asamblea nacional constituyente sería la vía idónea para *sustituirla*, significa introducir una distinción artificiosa que además carece de cualquier respaldo en el texto constitucional, máxime cuando según el tenor literal del artículo 374 de la Carta los identifica a todos ellos como procedimientos de reforma a la constitución, lo que constituye paradójicamente el punto de partida de la tesis de la competencia de la Corte Constitucional para examinar la sustitución de la constitución.

Considero por tanto que la distinción entre los distintos procedimientos de reforma a la constitución que se defiende en la presente sentencia, según la cual esta solo podría ser *sustituída* por una asamblea nacional constituyente convocada sin límites al poder de reforma es por completo artificiosa y carece de respaldo normativo en el texto constitucional. Máxime si se tiene en cuenta que en un

referendo constitucional, sobre todo cuando la ley de convocatoria tuvo origen en una iniciativa ciudadana, como ocurrió con la Ley 1354 de 2009, el constituyente primario en ejercicio de su soberanía participa también en la fase final de reforma.

Por otra parte, la decisión de circunscribir a una sola vía, la de la asamblea nacional constituyente, las reformas de temas de entidad, de “importancia” o si se quiere “fundamentales” propicia la petrificación del texto constitucional y a reformas en situaciones de inestabilidad cuyos resultados pueden ser impredecibles. Es decir, podría repetirse lo sucedido con la Constitución de 1886, que debido a su extrema rigidez, debida en parte a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tuvo que ser remplazada íntegramente mediante un procedimiento extra constitucional.

En general todos los procedimientos de reforma constitucional son expresión de un *poder constituyente constituido*, lo que viene a significar que en definitiva se trata de decisiones tomadas por el titular de la soberanía, por el pueblo, bien sea directamente bien sea a través de cuerpos elegidos popularmente. La existencia de límites o condicionamientos para modificar la Carta Política solo se refiere al procedimiento para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas<sup>15</sup>.

### **3.5 La sorprendente influencia de Schmitt en la Corte Constitucional**

No deja de causar enorme preocupación la explícita influencia de Carl Schmitt en la Corte Constitucional colombiana, aceptada de manera expresa en las Sentencias C-551/03 y C-588/09, en las que se le cita no para condenar la naturaleza antidemocrática de la teoría decisionista sino como soporte teórico de su auto adjudicación de poderes de naturaleza política en materia del poder de reforma que la constitución le tiene expresamente vedados a la Corte. Sobre este punto es conveniente reproducir aquí algunas consideraciones que expuse en un artículo publicado en el periódico *Ámbito Jurídico de Legis* en septiembre de 2005:

---

<sup>15</sup> Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, Sentencia C-141 de 2010.



“En su obra más conocida, *Teoría de la Constitución* (1928), (Schmitt) desarrolló ampliamente su teoría decisionista, según la cual, la constitución no se ocupa de preceptos de *deber ser* sino de la existencia política concreta de un Estado, por lo que cualquier Estado, por el solo hecho de existir, tiene constitución, sin importar si se trata de un Estado democrático o de uno totalitario. El concepto medular es el de que la constitución está conformada por las *decisiones políticas fundamentales*, las cuales no pueden ser el resultado de un proceso de deliberación racional entre visiones alternativas del mundo, sino que provienen de una fuerza o poder que simplemente existe, es decir, se trata de decisiones políticas vacías de contenido normativo que surgen de una voluntad preexistente y no de la razón.

La teoría decisionista de la constitución es rechazada de manera enfática por el constitucionalismo democrático de nuestro tiempo. La voluntad, el mandato, solo puede convertirse en Derecho si es seguido, si es reconocido, si es aceptado o mejor, *consentido*, como algo que debe tener vigencia, razón por la cual, la constitución es lo normado por la voluntad constituyente y lo reconocido como vinculante por los sometidos a la norma<sup>16</sup>. La decisión política vacía de normatividad, desprovista de deliberación racional y, por tanto, ajena e indiferente a la aceptación popular, solo puede servir de sustento al totalitarismo, función que cumplió con eficiencia la teoría de Schmitt en la Alemania de Hitler, para desgracia de la humanidad.

Introducir la teoría decisionista en el derecho constitucional colombiano constituye un flagrante contrabando ideológico. La fuerza normativa de la Constitución de 1991, soportada sobre la base de la soberanía popular y del principio democrático, constituye una valla contra la cual se estrella el decisionismo. La constitución es un conjunto normativo que ha resultado de un amplio proceso de discusión y acuerdos entre diferentes partidos y grupos políticos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y, de ninguna manera, producto de decisiones políticas desprovistas de contenido normativo<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 316.

<sup>17</sup> Vila Casado, Iván, *El decisionismo de Schmitt en la Corte Constitucional*, Bogotá, Ámbito Jurídico, N° 186, 26 de septiembre de 2005.

### 3.6 La discrecionalidad del juez constitucional es regresiva

La afirmación de la Corte en el sentido de que es a ella a la que le corresponde decidir cuáles son los elementos definitorios de la identidad de la constitución y cuándo son sustituidos por unos contrarios, expresa una discrecionalidad que no encuentra respaldo en la Carta Política. Como lo sostuvo en salvamento parcial de voto el magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte “...exalta sin ningún recato la posibilidad del juez constitucional de construir un referente *ad hoc*, sin que tales referentes siquiera estén en el texto constitucional<sup>18</sup>”.

Es evidente que la Corte Constitucional ha acogido, de hecho, la teoría de la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma de la constitución al generar una jurisprudencia en la que se plantea: (i) el poder de reforma no tiene competencia para sustituir la constitución; (ii) existen elementos definitorios de la identidad de la constitución que no pueden ser modificados por otros que les sean opuestos, y (iii) le corresponde a la Corte Constitucional identificar esos límites implícitos y determinar cuándo una reforma puede llegar a ser una sustitución de la constitución.

La tesis de la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma de la constitución tiene graves repercusiones políticas y jurídicas porque les otorga a las decisiones de la Corte Constitucional, en esa materia, un alto grado de subjetividad y porque la convierte en algo más que una *supralegislatura*, en un verdadero poder *supraconstitucional*, al arrogarse la facultad de decidir de manera discrecional (léase con criterio político o de oportunidad), cuándo una norma constitucional es por su contenido inconstitucional.

Esa discrecionalidad aparece, *prima facie*, como una postura jurídico-política e ideológica progresista, de avanzada, que se autojustifica como expresión de activismo judicial dirigido a defender la constitución y hacer posible el Estado social de Derecho. Pero ¡cuidado! La discrecionalidad judicial conduce necesariamente a la

---

<sup>18</sup> Salvamento parcial de voto, Sentencia C-1040 de 2005.

politización de la justicia constitucional, con lo que se afecta gravemente el carácter normativo de la constitución, la gran conquista del constitucionalismo democrático y pluralista de nuestra época, se usurpa el derecho del pueblo a escoger libremente su futuro y, finalmente, se condena a la Constitución de 1991 a su inevitable y prematura desaparición como consecuencia de la discrecional y abusiva petrificación de su contenido, como lo advierte en su aclaración de voto el magistrado Sierra Porto, según se vio líneas arriba.

La consideración de que en la constitución existen virtuales cláusulas de intangibilidad, lejos de ser una exigencia del principio democrático, supone una verdadera restricción de tal principio, porque condena a las generaciones futuras a someterse a la voluntad de generaciones anteriores o a actuar fuera de la norma, fuera de la constitución. Por las razones anotadas, la postura termina siendo regresiva. Además, abiertamente antidemocrática, porque tiende a convertir a la Corte Constitucional en un superpoder enfrentado al principio democrático.

No puede haber constitución sin contenido democrático y pluralista; pero tampoco puede ser considerado como constitución lo que no haya sido normado por la voluntad constituyente y reconocido como vinculante por los sometidos a la norma<sup>19</sup>.

### **3.7 El contenido de la constitución lo define el soberano**

Como conclusión de todo lo que hasta aquí se ha dicho sobre el tema de la reforma constitucional, es evidente que a partir de la Sentencia C-551/03 la Corte se adjudicó un inmenso poder político del que carecía por negárselo expresamente la constitución: el de decidir acerca de la viabilidad de una reforma constitucional dependiendo de si en criterio de la mayoría de sus integrantes ella es o no conveniente u oportuna para el país y no solo por vicios en su trámite.

---

<sup>19</sup> Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, cit., p. 316.

Solo el pueblo, directamente o a través de sus representantes, tiene la potestad de definir el contenido material de la constitución. Ese derecho no lo puede usurpar la Corte Constitucional porque al hacerlo actúa como un poder soberano y nadie puede pretender que lo sea; como se trata de un poder constituido, está sometido a la constitución.

La Corte Constitucional tiene una gran responsabilidad. Le pertenece el mérito de haber contribuido de manera decisiva con sus fallos a la configuración de una constitución ampliamente democrática y pluralista, pero también la obligación de preservarla y fortalecerla. De esa responsabilidad no puede sustraerse con inadmisibles posturas subjetivas de sus magistrados.

En lo que tiene que ver con el control del poder de reforma, es función única de la Corte revisar si el trámite de esta se realizó conforme a lo previsto en la constitución. No le está permitido analizar su contenido para dictaminar si el Congreso se equivocó, o si el pueblo en el referendo podría equivocarse, para proceder a utilizar sus superpoderes con el fin de corregir los presuntos yerros. Sobre este aspecto, es bueno recordar lo que ha dicho el profesor García de Enterría:

“Es justamente, la enorme trascendencia de su función, la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda de la que solo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y el acierto<sup>20</sup>”.

La Corte Constitucional no es un poder soberano y no puede legítimamente pretender serlo. Como poder constituido está sometida a la constitución. En relación con el poder de reforma de la constitución, que ejerce el pueblo directamente o a través de sus representantes, la Corte no puede atribuirse competencias que la

---

<sup>20</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 184.

Carta no le da y que, por el contrario, le prohíbe, para crear límites materiales implícitos que no tienen finalidad distinta a la de despojar al Congreso de la República y al pueblo mismo de precisas e irrenunciables facultades constitucionales. Al comportarse la Corte como un órgano de poder supraconstitucional, desconoce la libertad de los colombianos para escoger libre y democráticamente su propio destino y le niega el ejercicio pleno de la soberanía que solo al pueblo le pertenece.

Es conveniente recordar aquí las sabias palabras del constitucionalista alemán Helmut Simon: “La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los linderos entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 854.



# El Estado contemporáneo

## Tercera parte



La ratificación del Tratado de Münster, Gerard ter Borch (II), 1648, óleo sobre cobre





# Capítulo XI



## Acerca del Estado





## 1. LA NOCIÓN DE ESTADO

El análisis de las distintas teorías sobre el origen, la naturaleza y el valor en sí mismo del Estado, así como el de los diferentes tipos de Estado y de los sistemas políticos, no corresponde al derecho constitucional sino a la Teoría del Estado y a la Ciencia Política. Es necesario, sin embargo, hacer una breve alusión a dichos temas para una comprensión adecuada del contexto teórico en el que se ubica el Estado como sujeto y objeto del derecho constitucional.

Comenzaremos por decir que al derecho constitucional le interesa el Estado moderno, el que se conformó en Occidente a partir del Renacimiento. Las demás formas de organización política, como la *polis* griega y la *civitas* romana en la Antigüedad, o la organización estamental que prevaleció en la Edad Media, son objetos imprescindibles de estudio para la historia de las civilizaciones o para la historia de las ideas políticas, pero son muy diferentes a la estructura de la organización política que conocemos hoy en día como Estado.

Hay que recordar que, a la caída del imperio romano en manos de los invasores bárbaros, se derrumbó esa enorme y poderosa organización política fuertemente centralizada que abarcaba la mayor parte de Europa. El antiguo imperio romano se diluyó en una gran cantidad de pequeños reinos, ducados y dominios territoriales civiles y eclesiásticos, dentro de los cuales, el poder político se hallaba repartido entre los diferentes estamentos.

Se suele denominar *Estado estamental* a la organización política feudal propia del Medioevo, aunque en estricto sentido ella no corresponde al concepto moderno de Estado. Lo que sí es cierto, es que a partir de la sociedad medieval surgió el Estado moderno.

## 1.1 Supuestos históricos del Estado

Los supuestos históricos del surgimiento del Estado fueron descritos en forma insuperable por Heller, en su conocida obra póstuma *Teoría del Estado*<sup>1</sup>. Allí se indica que los reinos y territorios de la Edad Media eran, tanto en lo interior como en lo exterior, unidades de poder político solo de manera intermitente e incluso, durante siglos, solo excepcionalmente. Su poder estaba limitado, en lo interno, por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales, y en lo externo, por la Iglesia y el emperador.

El surgimiento del Estado en el mundo occidental se dio en medio de peculiaridades históricas, políticas, socio económicas e, incluso, geográficas, propias de cada país y en épocas diferentes. Pero en todos ellos aparecen como ejes centrales dos procesos fundamentales que actuaron en forma interdependiente: la paulatina concentración del disperso poder político en centros únicos de poder y la progresiva sustitución del sistema feudal por el modo de producción capitalista.

### 1.1.1 La fuerza unificadora de la Iglesia

Como es sabido, la labor evangelizadora cristiana permitió que aparecieran dos núcleos que pretendían concentrar bajo su tutela las nuevas formaciones humanas que ocuparon los espacios que antes pertenecían a Roma. Estamos hablando del Sacro Imperio Romano Germánico y de la Iglesia, al frente de los cuales se encontraban el emperador y el papa. La tensión entre estos dos poderes, el secular y el religioso, llena innumerables páginas de la historia de la Edad Media, por la pretensión de la Iglesia, unas veces triunfante y otras no, de concentrar los dos poderes.

Ese problema no existía en la Antigüedad porque cada *polis* tenía sus propios dioses y no había una separación significativa entre los sacerdotes y los gobernantes. Al establecerse el cristianismo como una religión universal monoteísta, la situación cambió.

---

<sup>1</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 141 y ss.

La Iglesia no reconoció fronteras y actuó como una fuerza unificada y unificadora muy bien organizada, lo que le permitió adquirir autoridad en un mundo en donde el poder se hallaba disgregado. Les impuso obediencia a todos los hombres, incluyendo al propio emperador, por lo que las organizaciones políticas feudales estaban sometidas a una doble presión de la Iglesia: la externa, que provenía del papa, y la interna, a cargo del clero.

La idea de estados soberanos e iguales era desconocida en la mayor parte del Medioevo, porque cada una de las formaciones políticas de Europa se consideraba subordinada al emperador. Hay que anotar, sin embargo, que el Sacro Imperio Romano Germánico apenas logró establecer muy débiles lazos de autoridad sobre los reyes y señores que formalmente les debían vasallaje. Las funciones que hoy se le reconocen al Estado como expresión del poder público, estaban repartidas entre la Iglesia, los nobles propietarios de tierras, los caballeros, las ciudades y algunos otros privilegiados; es decir, entre los estamentos que conformaban el sistema feudal<sup>2</sup>.

### 1.1.2 *El aparato militar y la burocracia*

Sostiene Heller que los orígenes propiamente dichos del Estado moderno y de las ideas que a él corresponden hay que buscarlos en las ciudades-república del norte de Italia en el Renacimiento (Venecia y Florencia, entre las más destacadas). Precisamente, de Florencia era Nicolás Maquiavelo, en cuya trascendental obra *El Príncipe* aparece por primera vez el término Estado con la connotación con la que hoy se le conoce<sup>3</sup>.

Dicho término designa una realidad desconocida hasta entonces. En el continente europeo, a partir del Renacimiento, las poliarquías que hasta entonces detentaban y se disputaban fracciones de poder, con un carácter impreciso en cuanto al territorio que abarcaban,

---

<sup>2</sup> Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 8ª ed., Bogotá, Temis, pp. 174 y ss.

<sup>3</sup> Las palabras del genial florentino fueron: “Cuantos Estados, cuantas denominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados”.

tuvieron que ceder sus pretensiones ante nuevas unidades de poder reciamente organizadas, con un solo ejército de carácter permanente, con una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, que imponían a los súbditos el deber de obediencia con carácter general, es decir, ante los Estados<sup>4</sup>.

El primer paso que se dio en esa dirección fue el de la transformación militar. Los antiguos territorios medievales dependían para su defensa de los caballeros, los que como feudatarios estaban obligados a acudir en defensa del señor feudal con sus vasallos y subordinados y cubriendo los gastos necesarios. La relativa independencia económica de los feudatarios no propiciaba su lealtad hacia el señor feudal, por lo que éste se vio obligado a crear un ejército permanente mercenario dotado con poderosas armas de guerra y nuevas tácticas militares, lo que hizo posible la unidad de poder en lo militar.

Para hacerle frente a los cuantiosos gastos que generaba la nueva situación militar, fue necesario acometer la reorganización de las finanzas sobre la base de una racionalización de la administración. Apareció entonces la burocracia, una estructura jerarquizada de autoridades con competencias claramente definidas, dedicadas de tiempo completo a actividades administrativas y dependientes en lo económico de esas mismas actividades.

Estos funcionarios cooperaban de manera consciente en la formación de la unidad del poder estatal, lo que creó condiciones para extender la organización a vastos territorios en una progresiva centralización del poder. El príncipe estuvo entonces en condiciones de establecer un sistema de recaudos bien reglamentado y de imponer a todos los estamentos la aprobación de tributos generales.

### ***1.1.3 Transformación económica y codificación jurídica***

El proceso de centralización del poder político se fue dando de manera simultánea con el desarrollo de la formación del sistema

---

<sup>4</sup> Heller, ob. cit., p. 145.

de producción capitalista. Se trató de un proceso interrelacionado. Las nuevas condiciones de concentración del poder estatal hicieron posible una política mercantilista del Estado, con lo que se fomentó el desarrollo capitalista y se fortaleció el poder político. Ello explica la estrecha alianza inicial que se dio entre la monarquía y la naciente burguesía contra la aristocracia feudal y las formas feudales de producción.

Para el surgimiento del Estado fue necesario superar la disgregación de los ordenamientos jurídicos, puesto que en cada feudo y en cada estamento regían regulaciones diferentes, lo que generaba una insuperable inseguridad jurídica. La aparición de un Derecho cierto, *jus certum*, fue posible por la recepción que se hizo en Europa continental del derecho romano, obra de los postglosadores, juristas que aparecieron y enseñaron en las universidades del norte de Italia, especialmente en Bolonia.

La codificación redescubierta permitió la organización de una burocracia encargada de aplicar y ejecutar el Derecho, con lo que se pudo eliminar el derecho del más fuerte y el de desafío, logros que hicieron posible la concentración del ejercicio legítimo del poder físico del Estado, una de las características esenciales del Estado moderno<sup>5</sup>.

## 1.2 Aparición del Estado en Europa

### 1.2.1 *Inglaterra*

Como se pudo apreciar en el capítulo primero de esta obra, la superación de la atomización política feudal se dio en primer lugar en Inglaterra, gracias a la enérgica actuación de los reyes normandos, quienes por tratarse de invasores debieron acudir a formas de organización política que les permitieran mantener el control del país invadido e impedir el desarrollo y fortalecimiento del feudalismo.

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 151.

Para el logro de ese propósito, jugó un papel importante el *common law*, un derecho nacional creado con base en la jurisprudencia de los jueces itinerantes que dependían del rey. También fue decisiva la presencia del parlamento, el que a través de sus dos cámaras logró mantener la unidad política del reino alrededor del gobierno mixto conformado conjuntamente con el rey.

### 1.2.2 Francia

La aparición del Estado en Francia tuvo un proceso muy diferente. Allí el feudalismo alcanzó pleno desarrollo y la dispersión del poder fue la característica predominante durante buena parte de la Edad Media. Al recorrer la historia de Francia, se puede constatar que en las tierras galas se dio de forma paradigmática el proceso de descomposición de la organización política estamental y de la consiguiente aparición gradual del estado moderno.

El eje de ese proceso fue la monarquía absoluta. La lucha militar por la unificación del poder bajo la autoridad del rey se dio de manera simultánea con la modernización de la administración, la unificación del Derecho y el desarrollo de la forma capitalista de producción. Al darse todas esas condiciones, se logró quebrantar la organización feudal y construir un Estado unificado, sometido de manera incuestionable a la autoridad política del rey. La más significativa expresión del poder absoluto de la monarquía francesa se encuentra en Luis XIV cuando afirmó: *L'Etat c'est moi*.

### 1.2.3 España

En España, el surgimiento del Estado se dio en medio de una serie de vicisitudes que tuvieron como marco la reconquista del territorio peninsular que estaba en poder de los árabes. Las necesidades propias de tal lucha condujeron al debilitamiento del poder de los nobles y de los territorios eclesiásticos en beneficio de los diferentes reinos medievales. Con el matrimonio de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla y su posterior acceso a los respectivos tronos, se produjo la unión entre la Corona de Aragón y el reino de Castilla y León.

Con la expulsión en 1492 de los moros del reino de Granada, se conformó un sólido gobierno sobre la mayor parte de España, en cabeza de los Reyes Católicos. Unos años después, Fernando el Católico anexionó Navarra al reino de Castilla, lo que permitió configurar el Estado español. El nieto de los Reyes Católicos, Carlos I de España y V de Alemania, heredó las coronas de sus abuelos, con lo que se consolidó en forma definitiva la integración del reino de España.

#### **1.2.4 Italia y Alemania**

En Italia y en Alemania el Estado apareció en forma tardía, en la segunda mitad del siglo XIX. En la península itálica, la victoriosa lucha por la unificación italiana alrededor del reino de Piamonte, que lideraron Carlos Alberto y su hijo Víctor Manuel II, en la que jugó un papel muy importante el legendario militar y político Giuseppe Garibaldi, terminó con la formación del reino de Italia (1861) y con la virtual desaparición de los Estados Pontificios (1870).

En Alemania, la unificación del poder se dio como resultado de la hegemonía impuesta por Prusia a los demás Estados alemanes, lo que condujo a la creación del Imperio Alemán en 1871, obra impulsada por el káiser Guillermo I, con la valiosa ayuda de su ambicioso y autoritario canciller, el príncipe Otto von Bismarck.

### **1.3 Origen del Estado colombiano**

La determinación del nacimiento del Estado colombiano constituye un tema polémico. Hasta 1810, el territorio hacía parte del imperio español en calidad de colonia de ultramar. La población estaba conformada en su mayoría por personas nacidas en el virreinato de la Nueva Granada y por peninsulares que habían venido con el propósito de radicarse en forma definitiva en estas tierras.

Dentro de las personas nativas se encontraban los llamados *criollos*, descendientes de españoles con notable capacidad económica, por ser dueños de tierras y negocios; los campesinos y



pobladores urbanos pobres, mestizos en su mayoría; los indígenas y los esclavos negros.

Los criollos en su mayoría se sentían identificados con los intereses de España, pero ante los problemas presentados en la metrópoli con la prisión del rey Fernando VII por parte de Napoleón Bonaparte, algunos de ellos consideraban necesario lograr autonomía en el gobierno de la colonia. Los sectores más humildes y los indígenas mostraban simpatía por la Corona, porque les ofrecía protección contra los abusos de los criollos ricos. Los esclavos eran solo eso, esclavos, personas desposeídas de toda clase de bienes y derechos.

El gobierno de las colonias hispanoamericanas estaba controlado de manera férrea por la Corona, sin ninguna clase de autonomía, a diferencia de lo que sucedía en las colonias inglesas de Norteamérica. Los dirigentes criollos tan solo participaban en los cabildos municipales y en entidades de gobierno local. Se trataba de un poder político ejercido en forma absoluta desde Madrid.

### ***1.3.1 En 1810 nace el Estado colombiano***

Como lo he planteado en libro reciente<sup>6</sup>, un estudio detallado y juicioso del Acta de Independencia del 20 de julio de 1810, realizado a la luz de la Teoría del Estado, con un enfoque histórico objetivo y sereno, despojado de prejuicios ideológicos y de deformaciones del análisis histórico como el presentismo y el esencialismo, nos lleva a la conclusión de que dicha acta, junto a la de la Junta Suprema del 26 de julio, constituyen los documentos fundadores del Estado que hoy lleva el nombre de República de Colombia, lo que les confiere un inmenso valor histórico y jurídico.

El Acta del 20 de julio no es, claro está, una constitución propiamente dicha, pero contiene elementos de naturaleza constitucional que le dieron legitimidad al gobierno que a partir del 21 de julio dirigió los destinos de la capital del antiguo virreinato y de gran

---

<sup>6</sup> Vila Casado, Iván, *Historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 62 y ss.

parte de la nueva república. En el Acta se destacan cuatro elementos clave que debidamente interrelacionados configuran el surgimiento de nuestro actual Estado:

- La soberanía popular como fundamento y justificación del poder político
- La convocatoria a una asamblea constituyente
- La conformación de un gobierno autónomo e independiente
- El juramento solemne de acatamiento al nuevo gobierno

El Acta de Independencia reconoce de forma unívoca que el origen del poder está en el pueblo soberano al que se le asigna la facultad de decidir de manera libre sobre el tipo de gobierno que quiera darse, lo que pone de presente, una vez más, la influencia de las tesis revolucionarias sobre la soberanía popular planteadas por el célebre ginebrino Juan Jacobo Rousseau.

Se señala allí, de manera expresa, la voluntad del pueblo santafereño de convocar una asamblea con delegados de las diferentes provincias para que se redactara una Constitución que debía responder a tres directrices fundamentales: (i) garantizar la libertad e independencia de las provincias; (ii) la forma de Estado sería la federativa, y (iii) la capital del nuevo Estado debía ser Santa Fe. Es evidente que la convocatoria a una asamblea constituyente es un elemento determinante en la conformación de un Estado soberano, asunto que conocían muy bien los dirigentes criollos al estar informados de la constitución norteamericana de 1787 y de las constituciones francesas.

En lo que se refiere a la creación de un gobierno autónomo e independiente, hay que recordar que en la noche del 20 de julio y en la madrugada del día siguiente, se formó un gobierno interino del antiguo virreinato, con el encargo de convocar diputados de todas las provincias para elaborar una constitución y organizar en debida forma el nuevo Estado federal, como ya se anotó. El hasta ese día virrey, Antonio Amar y Borbón, fue invitado a posesionarse del cargo de presidente de la Junta, “empleo que le ha conferido el

pueblo”, lo que significa que desaparecía su condición de autoridad de la corona española ante el surgimiento de un nuevo gobierno que provenía de la soberanía popular.

Pero, ¿qué tan autónoma e independiente era la Junta Suprema como nuevo gobierno? Este punto es clave para determinar si efectivamente estamos frente al surgimiento de un nuevo Estado. En el Acta se consigna de manera clara la voluntad del pueblo santafereño de depositar en la Junta conformada en la noche del 20 de julio “...el Gobierno Supremo de este Reino interinamente, mientras la misma Junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública...” Después de señalarse las bases de la que habría de ser la constitución que debía regir a la Nueva Granada, se declara: “(El pueblo) protesta no abdicar los derechos imprescindibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado monarca don Fernando VII, **siempre que venga a reinar entre nosotros**, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior Junta de Regencia, ínterin exista en la Península, y sobre la Constitución que le dé el pueblo”. (Negrillas fuera del texto).

La expresión de lealtad a Fernando VII resulta entendible y razonable cuando se la analiza dentro de su contexto histórico. La monarquía tenía amplia acogida en los sectores populares en la medida en que se la tenía como protectora de los indígenas y de las gentes más vulnerables, frente a los abusos de los ricos terratenientes y comerciantes, lo que se podía apreciar en la legislación indiana. Pero no había la misma simpatía popular frente a las autoridades coloniales, a las que se las acusaba de arbitrariedades que se habían incrementado después de la, fallida por traicionada, Revolución de los Comuneros.

Los patricios criollos, por su parte, estaban interesados en acceder al poder político en el virreinato, por lo que el establecimiento de una monarquía constitucional en el territorio neogranadino no era incompatible con sus intereses. Había, además, un factor adicional: se trataba de un rey que se encontraba preso de tropas extranjeras que habían invadido la Madre Patria, tropas a las que se las consideraba conformadas por “revolucionarios impíos y enemigos de la

Iglesia Católica”, lo que generaba un sentimiento de solidaridad con el monarca, combinado con la supuesta defensa de las creencias religiosas de la población.

A pesar de lo anterior, en el Acta se expresa en forma explícita que ese reconocimiento al rey estaba limitado por una condición: “siempre que venga a reinar entre nosotros”. Se trata de una condición imposible de cumplir en la práctica, lo que la convertía en nugatoria o engañosa. La mencionada cláusula logró enervar la resistencia al cambio de gobierno en los distintos sectores de la comunidad neogranadina y en las autoridades, y permitió el éxito total de una insurrección en la que no se derramó una sola gota de sangre.

El único punto que se atraviesa como impedimento en el Acta del 20 de julio para considerar que allí se está dando nacimiento a un nuevo Estado, es el expreso sometimiento a la Superior Junta de Regencia, porque eso significaba reconocer la autoridad del provisional gobierno español sobre el conformado ese día. Por fortuna, y gracias a la presión del pueblo santafereño, animado por su líder José María Carbonell, la Junta Suprema, en reunión del 26 de julio; se vio obligada a desconocer formalmente ese sometimiento.

En el Acta, que recoge lo decidido en esa reunión, se deja constancia de que se revocó el reconocimiento al Consejo de Regencia y de “cualquier autoridad que no sea proclamada por el voto libre, unánime y general de la Nación”. Quedó así roto de manera definitiva el vínculo jurídico político que aún ataba al núcleo central de la Nueva Granada con la metrópoli.

No queda ninguna duda de que de las actas del 20 y del 26 de julio de 1810 se desprende la asunción de la plena soberanía por parte del pueblo neogranadino, por lo que, integradas, esas dos actas configuran la partida de nacimiento del nuevo Estado surgido en nuestras tierras, que por rigor histórico debe ser denominado como el Estado de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, hoy República de Colombia.

Tenemos, entonces, que el antiguo virreinato de la Nueva Granada pasó a convertirse en un Estado soberano conformado por

varios estados provinciales y así quedó expresamente señalado en las constituciones que se dieron entonces. En todas ellas se declara la pertenencia al Estado nacional que estaba reemplazando al virreinato de la Nueva Granada y se establecen los procedimientos para articular esa participación.

El nacimiento del Estado de las Provincias Unidas de la Nueva Granada crece en importancia y valor histórico cuando se lo examina no con los criterios de los tiempos actuales, sino a la luz del contexto socio político de su época. La Nueva Granada se convirtió en el primer Estado soberano, con todos los atributos propios del mismo, en el subcontinente iberoamericano y eso merece ser destacado. En toda América sólo existían en julio de 1810 dos Estados Nación: Estados Unidos de América desde 1776 y Haití desde 1804. Del primero de ellos, los neogranadinos tomaron los conceptos de constitución democrática, federalismo y presidencialismo.

Ahora bien, desde 1811 hasta 1814 existió en la antigua Nueva Granada una cruenta lucha entre dos concepciones sobre la forma de Estado que enfrentó, por una parte, a Cundinamarca, que defendía el carácter unitario, y por la otra, a la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, que defendía la forma federal. En diciembre de 1814, las tropas de la Confederación, comandadas por Simón Bolívar, ingresaron victoriosas a Santafé e incorporaron a Cundinamarca a la Confederación como un Estado más, produciéndose así la unidad neogranadina bajo un solo Estado federal.

Con la entrada de las tropas españolas dirigidas por Pablo Morillo a Santa Fe, el 6 de mayo de 1816, quedó liquidada la independencia del naciente Estado, con excepción de Casanare, región que se mantuvo como el único Estado libre de la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada.

### ***1.3.2 El Estado no desapareció en 1816***

Podría argüirse que con la llamada reconquista española desapareció el Estado neogranadino y que luego de la Batalla de Boyacá, el 7 de agosto de 1819, surgió uno nuevo. Sin embargo, dicha tesis carece de

consistencia. El Estado que se formó a partir del 20 de julio de 1810 no desapareció en 1816, afirmación que encuentra respaldo en las siguientes consideraciones:

1. A partir de diciembre de 1814 quedó consolidada la Nueva Granada como un Estado federal, al reunirse plenamente los elementos constitutivos del Estado: territorio, población y un poder público autónomo. Si bien es cierto que el sur del país y la provincia de Santa Marta se mantenían fieles a la Corona, y que las ciudades confederadas del Valle del Cauca habían adoptado la Constitución de Cádiz, también lo es, que la mayor parte del territorio del antiguo virreinato estaba organizada como un Estado soberano independiente, con una constitución federal provisional<sup>7</sup> y con sendas constituciones en las provincias que integraban la que ha sido denominada por algunos historiadores como nuestra primera república liberal.
2. Desde 1816 hasta 1819 la Nueva Granada quedó convertida en un Estado invadido y sometido por tropas de un gobierno extranjero, situación que no significa la desaparición del Estado, como no desapareció el Estado español con la invasión de las tropas napoleónicas, ni tampoco Francia con la ocupación de las fuerzas hitlerianas en 1940.
3. Producida la invasión española, algunos de los dirigentes criollos se retiraron a los Llanos Orientales, desde donde mantuvieron viva la llama de la República y organizaron la lucha por reconquistar la libertad. El Estado de Casanare, fue objeto de varias incursiones militares de las tropas españolas pero nunca fue sometido; por el contrario, en sus tierras se organizó, por parte del general Santander, la vanguardia del Ejército Libertador que encabezó la victoriosa campaña que finalizó en la Batalla de Boyacá,

Las consideraciones anteriores nos llevan a concluir que el Estado de la Nueva Granada, actual República de Colombia, surgió

---

<sup>7</sup> Se trata del Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, expedida en Santafé el 27 de noviembre de 1811.

a partir del Acta del 20 de julio y del Acta de la Junta Suprema del 26 de julio de 1810, fecha ésta en la que se desconoció la Junta de Regencia y toda autoridad proveniente de España, y se reunieron todos los elementos fácticos y jurídicos que configuran un Estado soberano<sup>8</sup>.

Dicho Estado pasó por una serie de vicisitudes como la invasión española; la incorporación a Venezuela en el Congreso de Angostura (1818)<sup>9</sup>; la unión con Venezuela y con Ecuador mediante la creación de la que algunos historiadores llaman República de la Gran Colombia (1821); la desintegración de ésta y la definitiva configuración del Estado de la Nueva Granada, hoy República de Colombia, en la Constitución de 1832.

## 1.4 Naturaleza del Estado

A todas estas, ¿qué es el Estado? Con mucha razón Richard Crossman, refiriéndose a este punto, sostiene que lo que damos por sabido es siempre más difícil de entender que cualquier cosa acerca de la cual preguntamos, o sobre la cual dudamos<sup>10</sup>. En realidad, en el lenguaje común existe una idea bastante imprecisa del Estado.

El Estado se nos presenta como una realidad insoslayable. Doquiera que vayamos nos encontramos con él. Unas veces lo percibimos como algo que se inmiscuye en nuestras vidas y nos impone enojosas obligaciones y otras, como una fuerza protectora que nos ofrece seguridad personal y colectiva, acceso a la instrucción, posibilidades de defensa de nuestros derechos. Pero es, además, indispensable. No se concibe la vida sin el Estado. Muy bien lo dice Strayer, eminente profesor de la Universidad de Princeton:

---

<sup>8</sup> Vila Casado, *Historia del constitucionalismo colombiano*, cit., p. 68.

<sup>9</sup> La designación del general Santander como vicepresidente de la Nueva Granada en septiembre de 1819, la hizo el Libertador en su calidad de presidente de Venezuela y con la autoridad conferida por el congreso venezolano.

<sup>10</sup> Crossman, Richard Howard, *Biografía del Estado moderno*, 4ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 21.

“Un hombre puede llevar una vida razonablemente satisfactoria sin familia, ni lugar fijo de residencia, ni confesión religiosa, pero sin el Estado es nada. Carece de derechos y garantías, y sus oportunidades de desarrollar una actividad útil son pocas. No hay salvación sobre la tierra fuera del marco de un Estado organizado<sup>11</sup>”.

### 1.4.1 *La dificultad del concepto*

Cuando el estudio del Estado se aborda desde la perspectiva de la ciencia política o del derecho constitucional, surgen enormes dificultades. El Estado aparece, entonces, como un concepto complejo, multiforme, conflictivo, objeto de las más variadas elaboraciones teóricas, desde distintos enfoques: político, sociológico, económico o jurídico.

Aumenta la dificultad del concepto, la fuerte influencia doctrinaria e ideológica que éste recibe, por tratarse de la primera y la más importante de las instituciones jurídico-políticas. Así, mientras que destacados juristas alemanes han elaborado toda una teoría general del Estado (Jellinek, Heller), la ciencia política norteamericana se limita al problema de la administración, soslayando cualquier análisis sobre la naturaleza del Estado.

Para la teoría clásica marxista, el Estado es un aparato de opresión y sometimiento de las clases explotadoras que configura la supraestructura política de la economía. Pero para un neomarxista inglés como Ralph Miliband, el Estado no es una cosa, no existe como tal; se trata de un término que designa a cierto número de instituciones particulares que, en su conjunto, constituyen su realidad y ejercen influencia unas en otras en calidad de partes del *sistema del Estado*, sistema del que hacen parte el gobierno, el aparato administrativo y burocrático, las fuerzas militares y de policía, el aparato judicial, el gobierno de las entidades territoriales y, por último, el parlamento<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Strayer, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 9.

<sup>12</sup> Miliband, Ralph, *El Estado en la sociedad capitalista*, 4ª ed., México, D.F., Siglo XXI, 1974, p. 50.



### 1.4.2 *La discusión jurídica*

Desde la perspectiva jurídica, la discusión es amplia. El llamado derecho constitucional clásico considera al Estado como una agrupación humana asentada sobre un territorio y sometida a un orden jurídico determinado.

Carré de Malberg, por ejemplo, define el Estado como una comunidad de hombres asentada sobre un territorio propio, que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad de acción, de mando y de coerción<sup>13</sup>. Georg Jellinek, por su parte, considera al Estado como la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio<sup>14</sup>.

En oposición a la concepción clásica, para Hans Kelsen, el Estado es una ficción o abstracción producto de la construcción jurídica. No es, en realidad, más que un sistema de reglas, un orden de normas. Para el famoso jurista vienés, la palabra *Estado* es una expresión personificadora del orden jurídico total. Estado y Derecho denotan un mismo objeto; la persona del Estado es solo una expresión para designar el sistema del orden jurídico. El Estado es el punto terminal de la imputación normativa, es decir, es aquel punto de la construcción jurídica al cual el Derecho refiere todos los preceptos. En suma, el Estado es la expresión conceptual de la unidad del orden jurídico<sup>15</sup>.

### 1.4.3 *El Estado según Heller*

El Estado no es ninguna abstracción. Es una organización política real que engloba a toda la sociedad, organización con la cual estamos en permanente e inevitable relación. En oposición a las tesis kelsenianas,

---

<sup>13</sup> Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 26.

<sup>14</sup> Jellinek, *Teoría general del Estado*, cit., p. 196.

<sup>15</sup> Recasens Siches, Luis, Estudio Preliminar de la obra *Compendio de teoría general del Estado* de Hans Kelsen, México D.F., Editora Nacional, 1974, p. 67.

Heller sostuvo que el Estado es una estructura objetiva que opera en la realidad histórica y que se renueva permanentemente.

Se trata de una unidad de acción humana que decide y actúa en la realidad social en la que, como en cualquiera otra organización, se advierte la presencia de tres elementos en interrelación recíproca: (i) el obrar social de un conjunto de seres humanos a través de actuaciones vinculadas recíprocamente; (ii) la cooperación de esos hombres orientada en el sentido de un ordenamiento normativo y, (iii) el establecimiento y aseguración de ese orden normativo por medio de órganos especiales<sup>16</sup>.

La organización estatal debe entenderse como unidad de dominación constituida mediante el ordenamiento jurídico. La dominación territorial que ejerce el Estado no está soportada exclusivamente en el constreñimiento. Existen diferentes grados de aceptación que van desde el consentimiento espontáneo y el obrar voluntario, pasan por la aceptación que se realiza por la coacción que surge de las propias relaciones sociales, y llegan hasta la observancia producida por una imposición coercitiva.

En el caso de las personas que desafían en forma abierta la autoridad estatal y en el de los incapaces que no están en condiciones de tomar decisiones, la imposición coercitiva no es unificación de voluntades, sino solamente, unificación de la conducta externa por medio de la coacción física.

Ahora bien, cuando se producen hechos dirigidos a negar la unidad soberana de decisión y acción del Estado, una insurrección o una presencia permanente de grupos rebeldes armados, por ejemplo, solo caben dos posibilidades: o bien esa unidad de poder que niega el del Estado es sometida por la coacción, o bien, se convierte en órgano de poder estatal<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Heller, ob. cit., p. 249.

<sup>17</sup> Ibidem., p. 255.

## 2. ATRIBUTOS DEL ESTADO

### 2.1 La soberanía

Por soberanía se entiende el poder político supremo, el que no admite ningún otro por encima de él. Es cualidad que se predica del Estado. Más aún, el concepto de soberanía nació al mismo tiempo y ligado al de Estado. La organización política de la sociedad se convirtió en Estado cuando adquirió el poder supremo, la soberanía. Acerca de lo que debe entenderse por tal, sostiene Carré de Malberg:

“La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él ni en concurrencia con él. Por tanto, cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que, en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercerse, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder”<sup>18</sup>.

No se debe confundir la soberanía como poder del Estado, con la titularidad del poder dentro del Estado, o sea, con la soberanía popular<sup>19</sup>. Toda organización requiere de un poder que determine las normas que la rigen y las haga cumplir por todos. El poder del Estado será más firme en cuanto mayor sea el reconocimiento voluntario que la población le preste a los principios ético-jurídicos que lo orientan y a las normas jurídicas positivas que esos principios legitiman.

La soberanía es interna o externa. La primera es la que tiene que ver con el poder que el Estado ejerce sobre las demás organizaciones, grupos y personas que están dentro de su territorio. Ese poder es supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo; no hay nada que esté por encima de él. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio del poder de

---

<sup>18</sup> Carré de Malberg, ob. cit., p. 81.

<sup>19</sup> La soberanía popular es tratada en el Capítulo XVII, numeral 2.

coacción física legítima, siendo ésta la *ultima ratio* de todo poder<sup>20</sup>. Un Estado que no es soberano no es Estado.

La soberanía externa se expresa en las relaciones internacionales de los estados. Significa que un Estado no está subordinado a ningún otro. Su poder es supremo en la medida en que no admite sujeción ni limitaciones impuestas por un poder extranjero, lo que equivale a decir que es independiente. El hecho de que el Estado adquiera compromisos internacionales que debe honrar, no quiere decir que no sea soberano, porque esas obligaciones surgen de su libre voluntad, de su consentimiento, y esa es precisamente una expresión de la soberanía.

La soberanía del Estado es un poder que no le pertenece a ningún miembro de la sociedad en particular sino a la organización estatal en su conjunto. El sujeto de la soberanía es el propio Estado. En ese sentido, se debe distinguir del poder subjetivo sobre el Estado, que es el que indica quién puede decidir sobre el ser y la forma de la organización estatal, sobre el soporte de esta.

La expresión *soberanía del pueblo* se refiere precisamente a ese aspecto, al del portador de la soberanía en el Estado. De la manera como se distribuye el poder del Estado surgen las dos formas de gobierno del Estado: la democracia y la autocracia.

## 2.2 Personalidad jurídica

El Estado es una institución dotada de personería jurídica, calidad que le otorga la condición de sujeto de derechos y obligaciones. Como el Estado, al decir de Heller, es una unidad organizada de decisión y acción con existencia real<sup>21</sup>, adquiere personalidad jurídica al interactuar con otros Estados, porque de lo contrario imperaría el caos en el campo internacional. También hace uso de esa personalidad jurídica cuando interactúa con la población, en el plano interno.

---

<sup>20</sup> Heller, ob. cit., p. 264.

<sup>21</sup> Ibidem., pp. 246 y ss.

El Estado es una persona jurídica distinta de los habitantes que lo integran. Eso es lo que le permite ser titular de derechos y facultades para hacer posible los fines que persigue.

De manera correlativa, el Estado también tiene obligaciones que surgen de las normas que lo rigen. En la constitución colombiana se estipula, dentro de los principios fundamentales, que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5°); que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7°); que se obliga junto con las personas a proteger las riquezas culturales y naturales de la nación (art. 8°).

La constitución hace del Estado un sujeto de obligaciones y deberes en la gran mayoría de las normas que consagran los derechos de las personas, sean ellos individuales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente. Al mismo tiempo, ha sido dotado de privilegios y prerrogativas, como la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332); la dirección general de la economía y la intervención con amplias facultades en las esferas más sensibles de la actividad económica (arts. 334 y 335).

El Estado se ve obligado a celebrar convenios y contratos con personas nacionales o extranjeras, públicas o privadas. Debe, por tanto, perseguir el cumplimiento de lo contratado, pero también debe responder ante tribunales nacionales o extranjeros y no solo por razones de responsabilidad contractual sino también extracontractual. Así lo consigna en forma expresa el artículo 90 constitucional, al señalar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Atrás quedaron las épocas en las que se sostenía que el Estado gozaba del llamado *privilegio del príncipe*, es decir, que no estaba obligado a responder por sus actos. Hoy no existe la menor duda acerca de que, así como el Estado tiene derecho a contratar con los particulares, así también tiene la obligación de responder por sus

actos y contratos, responsabilidad que puede ser exigida ante los tribunales, lo que es factible por su condición de persona jurídica. Las funciones y obligaciones mencionadas son posibles gracias a que al Estado se le atribuye personería jurídica.

### **2.3 El Estado como institución**

Hay un amplio consenso en el derecho constitucional contemporáneo alrededor de la tesis que considera al Estado como una institución, la primera de las instituciones o, como lo afirma Maurice Hauriou, “la institución de las instituciones”.

Una institución es una entidad o cuerpo social con unidad firme y permanente, que tiene una existencia objetiva, concreta, exterior y visible; una organización o estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella y que es superior, tanto a los elementos mismos como a sus relaciones, de modo que no pierde su identidad, al menos siempre y necesariamente, por las mutaciones particulares de tales elementos, al decir de Santi Romano<sup>22</sup>.

Lo institucional es opuesto a lo contractual, porque la voluntad expresa o tácita de quienes integran la institución no se agota con el cumplimiento del compromiso del cual nace, lo que sí sucede con el contrato. Además, el contrato es temporal, mientras que la norma institucional, obedecida durante cierto tiempo, aceptada voluntariamente o por coacción, no puede ser denunciada libremente.

Las voluntades creadoras e iniciales son sustituidas por la voluntad nueva de los órganos de la institución. Ya sea en forma individual o colectiva, los hombres ejercen interiormente el poder de decidir sobre la institución y hablan por ella en el exterior<sup>23</sup>.

Se encuentran en la sociedad todo tipo de instituciones: iglesias, comunidades religiosas, organizaciones filantrópicas, cuerpos castrenses, entidades de gobierno y hasta clubes deportivos con

---

<sup>22</sup> Citado por García - Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 92.

<sup>23</sup> Prelot, Marcel, *La ciencia política*, Bogotá, Edit. América Latina, 1979, p. 102.

sólida raigambre y asentada tradición. Todas las instituciones se caracterizan por su estabilidad y cohesión, el sentido de pertenencia de sus miembros, la identificación en cuanto a sus objetivos y motivaciones. Las instituciones se expresan, internamente y frente al exterior, con sus propias autoridades, emblemas, himnos y símbolos distintivos.

En el ámbito del Derecho, toda institución constituye de por sí un ordenamiento jurídico en cuanto tiene unas funciones y unas líneas de conducta determinadas. Toda institución es un ordenamiento jurídico y todo ordenamiento jurídico es una institución. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico no se agota en las normas; estas son solo uno de sus componentes.

El derecho es norma, pero antes de ser norma es organización o cuerpo social, y esto es lo que le da a la norma el carácter jurídico y no al contrario. El principal de los ordenamientos jurídicos es el Estado y éste, al igual que todos los ordenamientos jurídicos, tiene una parte que forma su estructura esencial y que es la base de todas las demás: la constitución<sup>24</sup>.

El Estado es una institución compleja y, al mismo tiempo, una suma de instituciones. Es la institución suprema porque ninguna otra posee igual poder de integración. El Estado domina el campo de lo institucional; engloba el conjunto de las restantes instituciones, sin estar comprendido en otra institución tan sólida, coherente y rigurosa como el Estado mismo. Su estructura es así la de un sistema articulado de instituciones<sup>25</sup>.

El Estado se expresa por intermedio de los individuos o de los grupos que tienen el poder de decidir en su nombre y que son también instituciones. Son verdaderas instituciones, el Congreso de la República, las Altas Cortes, los órganos de control, las Fuerzas Militares, para citar algunos ejemplos.

---

<sup>24</sup> García Pelayo, ob. cit., p. 93.

<sup>25</sup> Prelot, ob. cit., p. 103.

### 3. FINES DEL ESTADO

El Estado, como toda organización, persigue unos fines objetivos que difieren de los fines subjetivos de los asociados. Los fines expresan el sentido del Estado, la razón de ser del mismo. Se trata, en últimas, de la convivencia humana dentro de los límites territoriales del Estado.

Heller sostiene que la función del Estado consiste en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la que aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante, es decir por otros Estados<sup>26</sup>.

El Estado persigue unos fines, pero no es un fin en sí mismo, como lo pretendía el fascismo con la consigna “Todo por el Estado, nada fuera del Estado”. Bajo esa ideología, el Estado lo es todo y el ciudadano no es nada. Por el contrario, los fines que persigue el Estado democrático deben ser legítimos, es decir, deben tener amplia aceptación en el seno de la organización social.

La tendencia que prevalece en la época actual es la de consignar esos fines en el texto constitucional. Así sucede en la Constitución de 1991, la que en el artículo 2º prescribe que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La Constitución colombiana también se ocupa de fines sociales específicos. Como corresponde a un Estado social de Derecho, prescribe que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, y que será

---

<sup>26</sup> Heller, ob. cit., p. 221.



objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366). En otra disposición, se afirma que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365).

Como se puede apreciar, de acuerdo con la constitución, el Estado colombiano no se puede limitar a proteger y garantizar los derechos individuales y la seguridad de las personas, como sucedía con el viejo Estado liberal, fines que siguen siendo esenciales para el Estado colombiano (art. 2º). Los fines del Estado actual van mucho más allá: deben responder a un claro compromiso de servicio a la comunidad, por lo que la constitución le señala dentro de sus cometidos, la búsqueda de la prosperidad general y la felicidad de todos los coasociados.



## Capítulo XII



## Elementos del Estado



## **1. DELIMITACIÓN DEL TEMA**

Un territorio determinado y un grupo de personas que lo habitan, son presupuestos básicos para determinar la existencia de un Estado en particular, mas no son suficientes. Se requiere, además, la existencia de un poder autónomo al que se someten de manera expresa o tácita esos habitantes, poder que es ejercido a través de los órganos correspondientes.

Estos elementos deben estar recíprocamente interrelacionados, porque si se toman en forma aislada solo pueden servir como objeto de análisis de áreas del conocimiento como la geología, la sociología y la politología. Cuando ellos aparecen intervenculados se convierten en objeto del derecho constitucional, mas no exclusivo de éste ya que también corresponde su estudio al derecho internacional tanto público como privado y a la teoría del Estado.

En el mundo de nuestros días hay muchos ejemplos que permiten percibir de manera concreta el problema de los elementos del Estado. Los gitanos son grupos de personas que hablan su propio idioma y tienen características comunes singulares que permiten señalar la existencia del pueblo gitano. Pero no ocupan un territorio determinado, están esparcidos por el mundo y algunos siguen siendo nómadas.

Distinta es la situación de los kurdos, un antiquísimo pueblo con más de 4.500 años de antigüedad que en la actualidad cuenta con más de 22 millones de personas, lo que la convierte en la minoría étnica más grande del mundo. Su territorio, el Kurdistán, se encuentra repartido entre varios estados de Asia Menor, especialmente Turquía, Irak, Irán y Siria, y en todos ellos los kurdos son tratados como minorías desprovistas de poder político sobre sus tierras ancestrales. Dicho de otro modo, los kurdos tienen territorio, pero

carecen de poder público autónomo, lo que explica su inveterada lucha por la conformación de un Estado kurdo.

Una situación especial se presenta en Palestina, en donde existe desde hace algunos años, gracias a los acuerdos de Oslo celebrados en 1993 entre Israel y la OLP, la Autoridad Palestina de Cisjordania y Franja de Gaza, una organización semiestatal que cubre a una parte del pueblo palestino. Allí existe un gobierno propio y manejo autónomo de importantes asuntos políticos y administrativos, ya que la zona no está sometida a la soberanía del Estado israelí. No puede hablarse, sin embargo, de un Estado palestino porque no hay un territorio demarcado oficialmente y reconocido internacionalmente por la comunidad de naciones.

## **1.1 Determinación de los elementos del Estado**

De regreso al tema, hay que decir que los dos primeros elementos del Estado no ofrecen mayor dificultad: se trata del territorio, elemento físico, y la población, elemento humano. Sobre la determinación del tercer elemento, el político, no hay consenso entre los autores. Se le denomina unas veces poder público y otras, gobierno, soberanía u órganos del Estado.

Lo que importa destacar es que para que haya Estado se requiere que la población asentada sobre un determinado territorio esté sometida a una autoridad de gobierno propia, autónoma, no dependiente de ningún otro Estado. A esa autoridad se le denomina poder público, el cual ejerce dominación sobre los gobernados a través de una serie de órganos que deben garantizar un poder dividido y limitado entre ellos.

A los tres elementos clásicos mencionados, hay que agregar uno que se impone en la época actual: el reconocimiento internacional. Se trata de un elemento nuevo que la teoría clásica del Estado no conoció.

La historia reciente muestra que el surgimiento de nuevos estados en diferentes partes del planeta, como en la antigua Yugoslavia, ha

sido posible después de la mediación y el reconocimiento de organizaciones internacionales, a cuya cabeza se encuentra la ONU. Tenemos entonces que los elementos que caracterizan al Estado en nuestra época son:

1. El territorio
2. La población
3. El poder público
4. El reconocimiento internacional

Algunos autores le agregan al Estado un elemento más, el ordenamiento jurídico, en cuya cima se encuentra la constitución. El argumento sería válido si por Estado se entendiera tan solo el Estado de Derecho. Pero eso sería confundir el sujeto con el predicado. El Derecho limita el poder del Estado; esa es la característica básica del Estado liberal democrático que no se encuentra en los estados que se hallan bajo gobiernos autocráticos. Los estados desprovistos de legalidad y sometidos a la arbitrariedad de sus gobernantes son considerados también como estados dentro de la comunidad internacional, razón que nos lleva a concluir que el ordenamiento jurídico no puede ser tenido como un elemento constitutivo del Estado.

## **2. EL TERRITORIO**

La delimitación del territorio de los estados modernos es un asunto complejo. No solo porque subsisten dificultades de precisión de fronteras entre muchos países, sino porque en el concepto de territorio intervienen hoy una serie de subelementos que no existían en el pasado, pero que el desarrollo tecnológico y científico los han colocado en un plano de primer orden, con la consiguiente generación de novedosas tensiones y conflictos.

En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, solo se tenían en cuenta, para determinar el territorio de un Estado, el suelo y el mar territorial. En la actualidad, luego de una serie de conferencias y convenciones internacionales, la lista de las partes que integran el territorio se ha ampliado considerablemente.

La Constitución colombiana, en su artículo 101, señala que hacen parte del territorio: (i) el suelo; (ii) el subsuelo; (iii) el mar territorial; (iv) la zona contigua; (v) la zona económica exclusiva; (vi) la plataforma continental; (vii) el espacio aéreo; (viii) el segmento de la órbita geoestacionaria, y (ix) el espectro electromagnético y el espacio donde actúa.

## 2.1 El suelo

La fijación de las fronteras estatales en Europa ha sido históricamente muy conflictiva y ha hecho parte de no pocas guerras, en la que se han visto involucrados una buena cantidad de países. En América Latina los conflictos han sido menores, gracias a que se acogió por parte de los países recién independizados de España y Portugal el principio denominado *uti possidetis juris* de 1810, según el cual, los límites de cada Estado se hallan determinados por las líneas fronterizas trazadas por las autoridades coloniales hasta 1810, año en el que empezó a darse el proceso de emancipación.

De esa manera, los antiguos virreinos y capitanías generales pasaron a ser los nuevos estados, con los límites que les correspondían a aquellos. Estos estaban integrados, a su vez, por provincias con fronteras que las autoridades coloniales tenían definidas, aspecto que contribuyó enormemente a la delimitación de las fronteras de los estados latinoamericanos. Sin embargo, la falta de precisión de la delimitación colonial ha conducido a serios litigios fronterizos que han sido resueltos, después de años de discusión, por tratados de límites o por laudos internacionales.

Hacen parte del suelo de un Estado tanto el territorio continental como el conjunto de sus islas. La Constitución de 1886 mencionaba de manera expresa cuáles eran los tratados y convenios que determinaban los límites de Colombia con los países vecinos, solución inapropiada debido a que se trata de un problema de derecho internacional y no del derecho interno y, además, porque cualquier nuevo tratado en esa materia obligaba a modificar la constitución.

La actual Carta Política se limita a señalar que los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la nación. Agrega que esos límites solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso debidamente ratificados por el presidente de la República.

Los límites de Colombia han quedado definidos de la siguiente manera: con Venezuela, en el Laudo Arbitral del rey de España del 16 de marzo de 1891 y en el Tratado del 5 de abril de 1941; con Brasil, en los Tratados del 24 de abril de 1907 y del 15 de noviembre de 1928; con Perú, en el Tratado del 24 de marzo de 1922; con Ecuador, en el Tratado del 15 de julio de 1916, y con Panamá, en el Tratado del 20 de agosto de 1924. Los límites marítimos entre Colombia y Nicaragua con respecto al archipiélago de San Andrés y Providencia fueron definidos en el Tratado firmado el 24 de marzo de 1928, el cual es impugnado por el actual gobierno nicaragüense.

## **2.2 El subsuelo**

A pesar de hacer parte necesaria del suelo, el subsuelo tiene reconocimiento expreso en la constitución por la importancia estratégica que ha adquirido su explotación económica, gracias al desarrollo de la técnica que permite la perforación de la tierra a grandes profundidades. La constitución anterior no lo mencionaba.

Como la tierra es redonda, el subsuelo tiene la forma de un cono con vértice en el centro del globo terráqueo, el cual está situado a 6.370 kilómetros de profundidad. Si se tiene en cuenta que, por las dificultades que representa, la exploración del subsuelo solo ha llegado a menos de cuatro kilómetros, se entiende la importancia que hacia el futuro tiene este elemento del territorio. El artículo 332 de la Constitución le da un tratamiento diferente a la propiedad del suelo y a la del subsuelo, ya que éste le pertenece al Estado y no a los particulares, salvo los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes.



## 2.3 El mar territorial

Nunca se ha discutido la soberanía que ejerce un Estado sobre las aguas del mar adyacentes a sus costas, la que se extiende al lecho marino y al espacio aéreo que las cubre. La discusión ha girado en torno a cuál debe ser la anchura del mar territorial. En el siglo XIV, el jurista Bartolo de Sassoferrato sostuvo la idea de que debía ser de cien millas. En el siglo XVIII, el holandés Cornelius van Bynkershoek propuso que la medida debía ser equivalente a la distancia que alcanzara un tiro de cañón disparado desde la costa, la que en esa época era de tres millas, tesis que mantuvo vigencia durante varios siglos.

La problemática sobre el derecho del mar fue bastante agitada en el siglo XX. A la discusión de ese tema se dedicaron tres conferencias de las Naciones Unidas. La primera se realizó en Ginebra en 1958, con la participación de muy pocos estados miembros. Allí se aprobaron cuatro convenciones: sobre mar territorial y zona contigua; sobre alta mar; sobre plataforma continental, y sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar.

Colombia suscribió y ratificó la Convención sobre Plataforma Continental mediante la Ley 9ª de 1961, y la de pesca por la Ley 119 de 1961. En relación con la anchura del mar territorial, la Conferencia no llegó a ningún acuerdo. La segunda conferencia, efectuada en 1960 en la misma ciudad, se ocupó principalmente de la extensión del mar territorial, y faltó solo un voto para que se aprobara la tesis de las doce millas.

La III Conferencia se inició en Caracas en 1974 y terminó en Nueva York en 1982. En ella se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones. Dicho documento fue firmado en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

Se trata de uno de los instrumentos jurídicos más completos del derecho internacional. Se ocupa de la utilización de los mares en aspectos como la navegación, la exploración y explotación de los

recursos del océano, su conservación y contaminación, y de la pesca y el tráfico marítimos. La Convención señaló que cada Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda las 12 millas náuticas.

Colombia es signataria de la Convención, pero aún no la ha ratificado. Antes de que ella culminara, el país ya había tomado su decisión sobre el mar territorial, al expedir la Ley 10 del 4 de agosto de 1978, en cuyo artículo 1° se establece:

“El mar territorial de la Nación colombiana sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros. La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de este mar”.

## **2.4 La zona contigua**

Como su nombre lo indica, se trata de una franja de mar contigua al mar territorial. En ella, el Estado ribereño puede tomar las medidas de fiscalización que considere necesarias para prevenir y sancionar infracciones de las leyes aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias, que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

En el artículo 33 de la Convención de Montego Bay se señala que la zona contigua no puede extenderse más allá de 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, lo que significa que la zona contigua tiene una extensión de doce millas.

De acuerdo con lo anterior, la persecución que el Estado realiza contra el contrabando de mercancías, el tráfico de estupefacientes, el tráfico de personas, lo mismo que la labor de prevención de problemas sanitarios no está limitada a las doce millas del mar territorial sino que se extiende de manera soberana hasta las 24 millas de la costa.

## 2.5 La zona económica exclusiva

La Convención de Montego Bay adoptó, después de una larga discusión, la figura de la zona económica exclusiva como un área marina situada más allá del mar territorial, en la que el Estado ribereño tiene derechos soberanos para la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos del lecho y del subsuelo del mar y aguas suprayacentes. Tiene también derecho a realizar allí actividades con miras a la exploración y explotación económica de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua de las corrientes y de los vientos.

El Estado ribereño tiene jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención, para el establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, lo mismo que para la investigación científica marina. La zona económica exclusiva, de acuerdo con la Convención, no puede extenderse más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

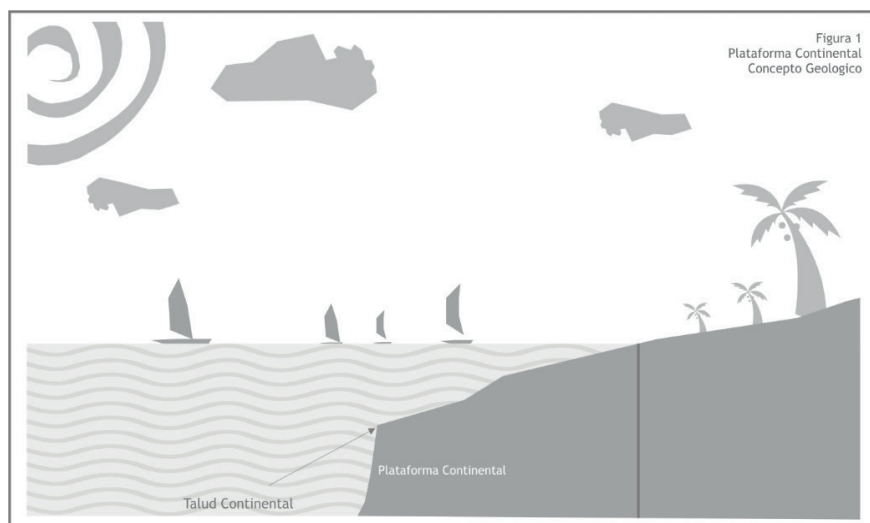
Colombia tiene definido dentro de su derecho interno el régimen de la zona económica exclusiva, a pesar de no haber ratificado aún la Convención de Montego Bay. En efecto, en el artículo 7° de la Ley 10 de 1978 se establece una zona económica exclusiva, adyacente al mar territorial, cuyo límite exterior llega a 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial.

En el artículo 8° se agrega que en dicha zona la nación colombiana ejercerá derechos de soberanía para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes. Así mismo, ejercerá en dicha zona jurisdicción exclusiva para realizar investigación científica y para la preservación del medio marino.

## 2.6 La plataforma continental

La plataforma que sostiene el territorio continental, o una isla, no queda cortada en la costa; se adentra en el mar y se va sumergiendo hasta llegar a un punto llamado talud continental, a partir del cual se encuentran los profundos abismos. El talud suele presentarse a los 200 metros de profundidad, pero hay casos en que lo hace a los 600 metros.

Desde el punto de vista estrictamente geológico, la plataforma continental es la prolongación del territorio que se encuentra cubierto por el mar y que se va adentrando en éste hasta que aparece el talud o borde exterior del margen continental; a partir de allí siguen los profundos abismos. Se presenta de manera diferente en las distintas zonas del globo terráqueo. Mientras que, en países situados frente al Océano Atlántico Sur, como Argentina y Uruguay, la plataforma continental se extiende por centenares de kilómetros<sup>1</sup>, en los situados en el Pacífico, como Perú y Chile, se encuentran los grandes abismos a muy corta distancia de la costa<sup>2</sup>.



<sup>1</sup> En Argentina llega hasta 400 millas marinas.

<sup>2</sup> En Perú la distancia promedio de la plataforma continental es de tan solo 35 millas náuticas.

La definición en las conferencias internacionales de lo que debe entenderse por plataforma continental ha sido objeto de intensas disputas. La desigual presencia de este accidente geográfico en las distintas zonas del planeta ha impedido que en los convenios internacionales se acepte simple y llanamente el concepto geológico de plataforma continental y se le reconozcan los correspondientes efectos jurídicos.

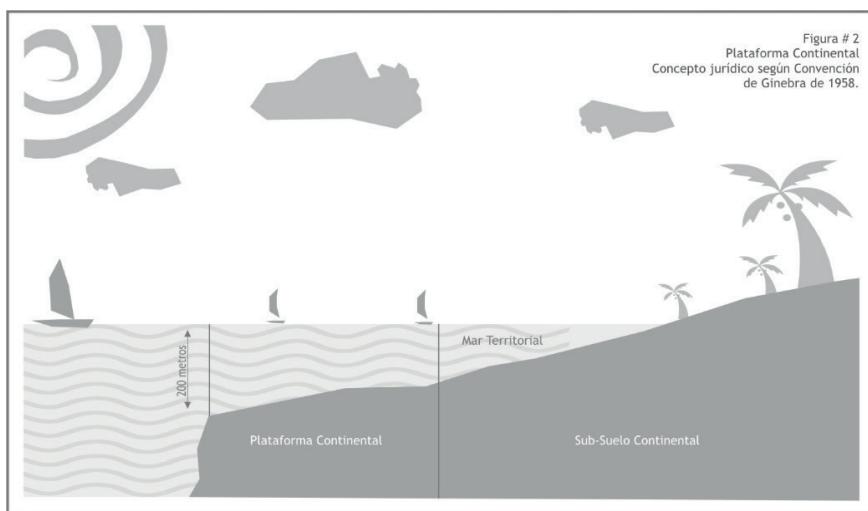
Por esa razón, la comunidad internacional ha tenido que ponerse en la tarea de elaborar un concepto abstracto que determine lo que debe entenderse jurídicamente por plataforma continental, sin depender de manera directa de la realidad geofísica. Así se hizo en la Conferencia de Ginebra de 1958, en donde se adoptó una Convención sobre el tema y se elaboró un concepto jurídico de plataforma continental, concepto que fue luego modificado en la Convención de Montego Bay de 1982.

### *2.6.1 Concepto jurídico de la Convención de Ginebra*

De acuerdo con lo previsto en la Convención de Ginebra de 1958, debe entenderse por plataforma continental, el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas y a las islas, situadas fuera del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas permita la explotación de los recursos naturales.

Como puede apreciarse, el criterio adoptado en Ginebra es de orientación vertical y tiene en cuenta, por una parte, el aspecto de la profundidad limitada a los 200 metros, y por otra, las posibilidades de explotación de recursos naturales hasta profundidades mayores. En otras palabras, dicho concepto jurídico establece, en principio, que la plataforma continental llega hasta donde el lecho del mar alcance una profundidad de 200 metros.

Para que pueda considerarse una plataforma con mayor profundidad se deberá demostrar la posibilidad de explotación de recursos naturales en esas zonas con profundidades mayores a la señalada. Esta Convención fue suscrita por Colombia y ratificada mediante la Ley 9ª de 1961.



### 2.6.2 Concepto jurídico de la Convención de Montego Bay

El concepto elaborado en la Convención de Ginebra fue duramente cuestionado por muchos países, especialmente por aquellos cuya plataforma continental llega hasta distancias muy cercanas de la costa. El asunto fue discutido en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, asamblea en donde se presentaron tres propuestas:

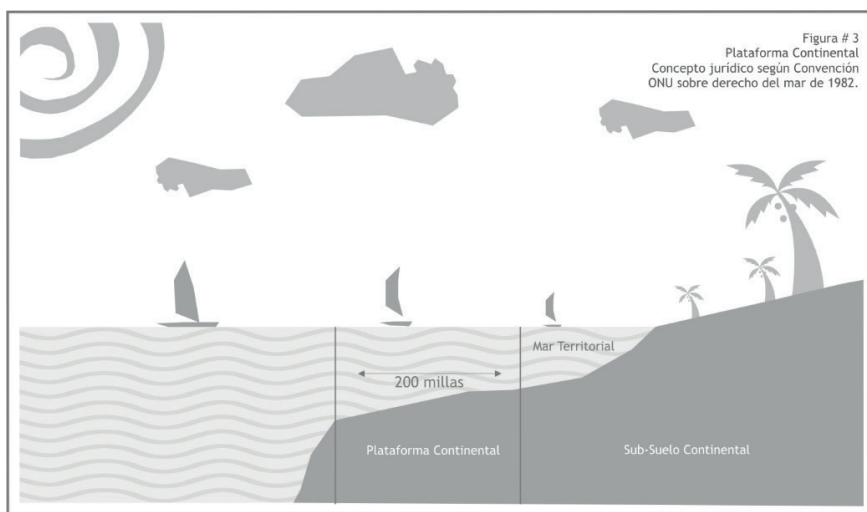
(i) Limitación de la plataforma a 200 metros de profundidad; (ii) fijarla en forma horizontal, hasta las 200 millas contadas a partir de la costa, y (iii) que su límite exterior fuera el de la prolongación natural del territorio, o sea, que se tomara como criterio jurídico el concepto geológico.

Como era de esperarse, la decisión finalmente adoptada fue una fórmula transaccional. En el artículo 76 del Convenio se estableció que la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del

mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

La norma contiene una serie de condiciones y precisiones técnicas de alguna complejidad. Hay que destacar que, en lo fundamental, la definición recoge elementos de las tres tesis presentadas. Aunque acepta el criterio de la prolongación natural del territorio (concepto geológico), limita la extensión de la plataforma al borde exterior del margen continental a una profundidad de 200 metros.

Al mismo tiempo, se satisface la exigencia de los países con plataforma muy corta, al reconocer una plataforma continental que llega hasta una distancia de 200 millas. De manera que, aunque el borde exterior del margen continental no llegue hasta las 200 millas, el Estado ribereño tiene derecho a explotar los recursos naturales que se encuentren hasta esa distancia<sup>3</sup>.



### 2.6.3 Derechos que otorga la plataforma continental

Las convenciones de Ginebra y de Montego Bay coinciden en precisar que los estados ribereños tienen derechos de soberanía

<sup>3</sup> Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1998, p. 117.

para la exploración y explotación de los recursos naturales que se encuentran en su plataforma continental. Quedan comprendidos aquí los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo, lo mismo que los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación estén inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo, o que solo puedan moverse en permanente contacto físico con el fondo marino.

Los derechos de un Estado ribereño son excluyentes, lo que quiere decir que, si no explota los recursos naturales de su plataforma continental, nadie podrá hacerlo sin su consentimiento expreso.

Existen, también, claras restricciones. El Estado no puede, so pretexto de tomar medidas para la explotación de sus recursos naturales, o para prevenir, reducir o controlar la contaminación, impedir el tendido o la conservación de cables o tuberías submarinas. Además, los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma continental no afectan en manera alguna la condición jurídica de las aguas subyacentes, ni la del espacio aéreo situado sobre tales aguas. Tampoco se puede afectar la libertad de navegación.

## **2.7 El espacio aéreo**

El espacio aéreo es el ámbito que cubre en su totalidad al planeta, tanto sobre tierra firme como sobre las áreas marinas. Su problemática es relativamente reciente, comienzos del siglo XX, y ha sido originada por el desarrollo de la navegación aérea y de la espacial.

En un comienzo se expuso la tesis de que ningún Estado podía ejercer soberanía sobre el espacio aéreo, lo que conducía a la libertad absoluta de la aeronavegación. Esta tesis no tiene hoy ninguna aceptación ya que se ha impuesto la que le otorga a cada país soberanía sobre su espacio aéreo.

La Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944, documento ratificado por Colombia mediante la Ley 12 de 1947, estableció de manera clara y contundente que todo Estado



tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de cada Estado, lo que define al espacio aéreo como parte del territorio.

No ha sido definido por la comunidad internacional, ni tampoco por el Estado colombiano, la altura hasta la cual llega el espacio aéreo soberano y comienza el espacio ultraterrestre. Hay numerosas teorías sobre este aspecto y en ellas se aprecian dos tendencias:

1. La que aboga por que el límite sea determinado por el concepto geográfico y científico de lo que debe considerarse como espacio aéreo. Una de las teorías más conocidas sostiene que el límite debe ser el de la atmósfera, pero ello es casi imposible pues la atmósfera tiene varias capas y la altura de ellas varía dependiendo de la zona del planeta de que se trate.
2. La que se inclina por la adopción de un concepto funcional que permita fijar una distancia convencional que tenga en cuenta las actividades espaciales. Las propuestas van desde 20 hasta 80 kilómetros.

Ninguna tesis ha logrado imponerse hasta el momento, pero es de suponer que el incremento de la explotación espacial obligará a llegar a acuerdos internacionales sobre la materia en un futuro cercano.

## **2.8 Segmento de la órbita geoestacionaria**

Es un fenómeno de la naturaleza terrestre que se presenta a todo lo largo de la línea ecuatorial. A una altura de cerca de 35.786 kilómetros se encuentra un anillo con una anchura aproximada de 150 kilómetros y un espesor de 30 kilómetros que orbita a la misma velocidad que lleva la tierra, razón por la cual se la denomina órbita sincrónica geoestacionaria.

Se trata de un recurso natural, porque un satélite colocado en un segmento de la órbita geoestacionaria gira de manera tal que

parece que estuviera inmóvil sobre un punto determinado de la zona ecuatorial, lo que le permite 24 horas diarias 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.

El segmento de la órbita geoestacionaria es un recurso natural escaso porque, por razones técnicas, el número de satélites que allí pueden ubicarse es limitado. Las mayores dificultades nacen de las interferencias radioeléctricas entre satélites que no estén debidamente separados. En la actualidad hay numerosos satélites geoestacionarios y las posibilidades de congestión son ciertamente preocupantes ya que se trata de la órbita más utilizada para situar satélites de todo tipo.

La Constitución colombiana estipula en el artículo 101 que el segmento de la órbita estacionaria hace parte del territorio colombiano de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas, a falta de normas internacionales. Hay que anotar, sin embargo, que el derecho internacional no reconoce soberanía de ningún Estado sobre la órbita geoestacionaria, a pesar de la exigencia de Colombia, Ecuador, Brasil, Indonesia, El Congo, Uganda y otros países ecuatoriales.

## **2.9 Espectro electromagnético y el espacio donde actúa**

En el artículo 101 de la Constitución se afirma que son parte de Colombia el espectro electromagnético y el espacio donde actúa. Por espectro electromagnético se entiende 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. Por su parte, el artículo 75

establece que el espacio electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado.

La Corte Constitucional ha dicho que, técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes y que su importancia económica reside en que es un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia.

Sostiene la Corte que las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas. Agrega que, las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares se deben a que éste es parte del territorio colombiano y sobre él ejerce dominio eminente la nación<sup>4</sup>.

## **2.10 El dominio eminente**

La descripción de los elementos que integran el territorio está dirigida a determinar el límite hasta el cual llegan los derechos del Estado, sean ellos de soberanía plena o de privilegio económico. El artículo 102 de la Constitución tiene otro enfoque. Allí se dice que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece a la nación.

Esa relación entre el Estado, como persona jurídica, y su territorio, es conocida como dominio eminente. Es un concepto vinculado a la noción de soberanía y busca resaltar los derechos jurídicos del Estado como persona jurídica internacional. El dominio eminente es el que permite que se afirme que un territorio determinado, o una franja marítima o un área de plataforma continental, pertenecen a Colombia y no a un país vecino.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El dominio eminente no significa que el Estado sea dueño del territorio, en el sentido del derecho de dominio patrimonial. Por esa razón, la Asamblea Nacional Constituyente se abstuvo de consignar en el artículo 102 que el territorio pertenece al Estado y prefirió utilizar el término *nación*, para darle a la norma una connotación alejada del derecho de propiedad, que también ejerce el Estado sobre algunos predios denominados bienes fiscales.

Un sector de la doctrina nacional y extranjera sostiene que el dominio eminente es el derecho que tiene el Estado para emplear el territorio y los bienes públicos en él contenidos, para los fines del interés público o social, concepto del cual se desprenderían la expropiación y las demás limitaciones al derecho de propiedad.

La anterior teoría no tiene sustento jurídico constitucional en Colombia. 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. Tampoco puede relacionarse con la expropiación y demás limitaciones al derecho de dominio porque éstas encuentran asiento constitucional en el principio fundamental de la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 1º), en los fines esenciales del Estado (art. 2º) y en el carácter de función social y ecológica que tiene el derecho de propiedad (art. 58).

### **3. LA POBLACIÓN**

Al hablar del elemento humano del Estado los autores utilizan unas veces el término población, otras veces, nación y en algunas oportunidades, pueblo. Se trata de vocablos que tienen distinta connotación y responden a enfoques diferentes.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, el término apropiado es el de población, un concepto bastante amplio porque incluye a todos los nacionales de un país, vivan o no en el territorio del Estado, y también a los extranjeros allí residenciados. Cobija, por tanto, a todas las personas que son sujeto y objeto del poder del Estado.

La Constitución de 1991 utiliza la expresión “De los habitantes y del territorio” al denominar el Título III de la misma. De acuerdo con el diccionario de María Moliner, habitar es “vivir habitualmente en cierto país o región”, lo que significa que la expresión habitantes es inadecuada porque no tiene en cuenta a los nacionales residentes en el extranjero, los que, recordemos, ejercen el derecho a sufragar en las elecciones parlamentarias y presidenciales, entre otros derechos constitucionales.

### 3.1 La Nación

Nación es ante todo un concepto sociológico. Tal vez la más bella y completa descripción de esta idea es la realizada por Ernesto Renán en su célebre conferencia *¿Qué es una Nación?*, en donde afirmó:

“Para nosotros, una Nación es un alma, un espíritu, una familia espiritual; resulta, en el pasado, de recuerdos, de sacrificios, de glorias, con frecuencia de duelos y de penas comunes; en el presente, del deseo de continuar viviendo juntos. Lo que constituye una Nación no es el hablar la misma lengua o el pertenecer al mismo grupo etnográfico; es haber hecho grandes cosas en el pasado y querer hacerlas en el porvenir.

[...] Una Nación es, pues, una gran solidaridad constituida por el sentimiento de los sacrificios que se han hecho y de los que aún se está dispuesto a hacer. Supone un pasado, pero se resume, sin embargo, en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida común. La existencia de una Nación es (perdonadme esta metáfora) un plebiscito de todos los días, como la existencia del individuo es una afirmación perpetua de vida”.

Renán rechaza el concepto objetivo de nación, vinculado a la igualdad de raza, lengua o religión, sobre el que se han elaborado políticas totalitarias de ingrata recordación en el pasado y de inquietante presencia en la actualidad.

Defiende, por el contrario, un concepto incluyente y pluralista que reconoce que personas de diversa procedencia etnográfica y con diferencias culturales se consideren como miembros de una misma comunidad nacional, compartan la felicidad en los éxitos y la solidaridad en los fracasos, y se sientan herederas de un pasado y forjadoras de un futuro común.

La Constitución Política colombiana inserta en algunos de sus apartes el concepto subjetivo de nación. Es lo que sucede en el Preámbulo, cuando se afirma que la Constitución tiene dentro de sus fines fortalecer la unidad de la nación, y en el artículo 7º, en el que se sostiene que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Igual acontece en el artículo 72, en donde se prescribe que el patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado. En todos esos casos, la Constitución considera a la nación como la conciencia colectiva de adhesión a un proyecto de convivencia total que hunde sus raíces en el pasado y se proyecta hacia un destino histórico.

El término *nación* se utiliza también para hacer referencia al Estado, visto como la organización del centro del poder político que interactúa con las entidades territoriales, lo que permite delimitar obligaciones y responsabilidades. En el artículo 67 constitucional se señala que la nación y las entidades territoriales deben participar en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales. Los artículos 356 y 357 establecen el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios frente a los ingresos corrientes de la nación.

### **3.2 El pueblo**

El pueblo es un concepto jurídico-político que apunta hacia la legitimidad del poder. Su expresión más clara se encuentra en la idea de soberanía, en la titularidad del poder político, tal como aparece en el preámbulo de la Constitución de 1991, en el que se indica que toda ella refleja la voluntad del pueblo con la contundente expresión: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano...”

Esta idea de soberanía aparece insertada en el artículo tercero del texto constitucional en forma clara e inequívoca: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

Tenemos entonces que podemos considerar al pueblo como el cuerpo de ciudadanos que tiene la potestad de tomar las decisiones políticas fundamentales. Como esa decisión no pertenece a todos, porque de ella están privados los menores de edad y quienes están desprovistos de los derechos políticos, queda claro que el concepto pueblo no equivale al de población.

Hay que tener en cuenta, además, que la idea de pueblo incluye solo a los ciudadanos vivos, los actuales titulares del poder, lo que excluye a los que ya fallecieron y a los que aún no han nacido. Hay, pues, una clara diferencia entre el concepto de pueblo y el de nación. Este último, como se desprende de la definición de Renán, entrelaza el pasado, el presente y el futuro de una comunidad.

Es innegable la vinculación del concepto pueblo con el de ciudadanos, el conjunto de pobladores que poseen derechos políticos. Así aparece en el artículo 103 constitucional, cuando se afirma que son “mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía” el voto, el plebiscito, el referendo y los demás allí mencionados.

### **3.3 La nacionalidad**

El concepto de nacionalidad hace referencia a un vínculo jurídico de carácter permanente que liga una persona con un Estado determinado, vínculo que genera derechos y obligaciones recíprocos. A diferencia de lo que acontece con nación, que es un concepto sociológico, la nacionalidad es un concepto jurídico, porque su regulación depende de las normas que rigen internamente en cada Estado. Tenemos, por ejemplo, que mientras en la mayoría de los países el hecho de nacer dentro de su territorio otorga la nacionalidad, hay

otros, en los que los hijos de los extranjeros allí nacidos son considerados como extranjeros.

La nacionalidad es permanente. Surge desde el nacimiento o desde el momento en que se adquiere y se mantiene de manera indefinida hasta que se pierde, generalmente cuando se adquiere otra nacionalidad o cuando se renuncia a ella.

La tendencia en el constitucionalismo contemporáneo se orienta a impedir la pérdida de la nacionalidad. En la Constitución alemana se estipula que no se podrá privar a nadie de la nacionalidad alemana (art. 16.1); en la española se garantiza que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad (art. 11.2). La Constitución de Colombia, por su parte, prescribe que ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad (art. 96).

### ***3.3.1 Fuentes de la nacionalidad por nacimiento***

Existen dos sistemas básicos para determinar la nacionalidad por el hecho del nacimiento. Se trata del *ius soli* y del *ius sanguinis*. El primero se fundamenta en el territorio; el segundo, en los vínculos de sangre o consanguinidad. En algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano, existe un tercer sistema, el *ius domicilii*, o sea, el derecho derivado del lugar en donde la persona esté domiciliada, el cual debe aparecer siempre ligado con alguno de los dos primeros.

1. *Ius soli*. De acuerdo con este sistema, la nacionalidad la determina la circunstancia de nacer en el territorio de un Estado, sin tener en consideración el hecho de ser hijo de padres nacionales o extranjeros. Es el que prevalece en Estados Unidos y demás países americanos en los que la corriente migratoria ha sido muy amplia, situación que los obliga a integrar en forma automática a los hijos de los inmigrantes llegados a su territorio.
2. *Ius sanguinis*. En este sistema, son los vínculos de sangre los que determinan la nacionalidad, sin importar en qué lugar del mundo se nazca. Esto permite que sean considerados como nacionales los descendientes de aquellos nacionales que han emigrado al



extranjero, lo que explica el hecho de que este concepto predomine en los países europeos, en donde se han presentado, en diferentes épocas históricas, fuertes olas de emigración.

3. *Ius domicilii*. Aquí se tiene en cuenta el lugar en donde la persona se ha asentado con el ánimo de quedarse. Nunca se presenta solo, sino combinado con el *ius soli* o con el *ius sanguinis*, como sucede en Colombia.

### 3.3.2 *La nacionalidad por adopción*

Los estados se reservan el derecho de otorgar la nacionalidad a los extranjeros que cumplan con los requisitos previstos en el régimen jurídico interno. Las personas beneficiadas con la naturalización adquieren la plenitud de los derechos civiles y políticos, con excepción del derecho a acceder a algunos cargos de especial importancia que el Estado reserva para los nacionales por nacimiento. Algunos países exigen a quienes se nacionalizan la renuncia a su nacionalidad de origen, pero es cada día más amplio el número de los que no exigen esa renuncia y permiten la doble nacionalidad.

## 3.4 La nacionalidad en Colombia

En la Constitución colombiana tienen recibo todas las fuentes de nacionalidad por nacimiento. Hasta el año 2002, los diferentes sistemas tenían que estar siempre combinados y no había posibilidad de que uno solo de ellos pudiera determinar la nacionalidad. La situación varió con el Acto Legislativo 01 de 2002 que permite la adquisición de la nacionalidad por nacimiento con base exclusiva en el *ius sanguinis*.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 96 constitucional, son nacionales colombianos por nacimiento las personas que estén dentro de las siguientes hipótesis:

1. Los nacidos en territorio colombiano que sean hijos de padre o madre de nacionalidad colombiana. Aquí se combinan necesariamente el *ius soli* con el *ius sanguinis*.

2. Los nacidos en Colombia de padres extranjeros con la condición de que alguno de ellos estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento. Interviene en esta hipótesis el *ius soli* combinado con el *ius domicilii*, lo que impide que quienes nazcan en el país de padres que solo están de paso puedan ser considerados como colombianos. Hay que precisar que por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.
3. Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano. La combinación en esta oportunidad se da entre el *ius sanguinis* y el *ius domicilii*.
4. Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República. Esta innovación fue introducida en la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2002 y significa que Colombia modificó el sistema tradicional que venía desde el siglo XIX al permitir el *ius sanguinis* con la mera condición de su registro consular. Recordemos que la obligación del registro civil opera para todos los nacionales colombianos, cualquiera que sea el sitio de su nacimiento.

### 3.4.1 *La naturalización en Colombia*

El otorgamiento de la naturalización a los extranjeros es un acto soberano y discrecional del presidente de la República, tal como lo prescribe el artículo 4º de la Ley 43 de 1993. Se concede a quienes la solicitan y cumplan con los requisitos constitucionales y legales. Esta competencia ha sido delegada al Ministerio de Relaciones Exteriores y los trámites pueden adelantarse ante las gobernaciones de los departamentos, pero en ese caso la decisión de conceder la nacionalización o no, pertenece al ministro.

La Constitución colombiana en su artículo 96 contempla tres eventos en los que es posible conceder la nacionalidad por adopción:

1. A los extranjeros en general que cumplan con los requisitos legales.
2. A los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento que pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, con autorización del gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad.
3. A los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Como se puede apreciar, en los dos últimos casos opera el principio de reciprocidad, lo que significa que no es posible aplicar esas normas si en el Estado de origen de esos extranjeros no existen normas que confieran ese mismo derecho a los nacionales colombianos.

Los colombianos por adopción no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen y tienen igualdad de derechos civiles y políticos, con algunas excepciones. Los naturalizados no pueden acceder a ciertos cargos como presidente y vicepresidente de la República, Senador, Magistrado de las Altas Cortes, Fiscal General de la Nación, Contralor General, Procurador, Magistrado del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Ministro de Relaciones Exteriores o de Defensa, oficial o suboficial de las Fuerzas Armadas, director de organismos de inteligencia y seguridad.

Los nacionales por adopción que conserven la nacionalidad de origen, o sea, que tengan doble nacionalidad, tienen mayores inhabilidades que los colombianos naturalizados que no conserven ninguna otra nacionalidad, ya que aquellos, además de no poder acceder a los cargos mencionados, tampoco podrán ser representantes a la Cámara, ni ministros del Despacho, ni directores de departamentos administrativos. Así lo estipulan los artículos 28 y 29 de la Ley 43 de 1993.

### ***3.4.2 La doble nacionalidad***

El reconocimiento de la doble nacionalidad se ha ido imponiendo en el mundo. Colombia es un ejemplo de ello. La Constitución de 1886

estipulaba en el artículo 9º que la calidad de nacional colombiano se perdía por adquirir carta de naturalización de país extranjero.

Esa situación cambió con la Carta Política de 1991 en la que expresamente se señala que la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. En consecuencia, con esa nueva postura ha quedado establecido que quienes optan por nacionalizarse en Colombia no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o de adopción.

La Constitución actual también autoriza a quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana a recobrarla con arreglo a la ley. Es de advertir que el nacional colombiano que posea doble nacionalidad debe someterse en el territorio nacional a la Constitución Política y a las leyes de la República, como lo prescribe el artículo 22 de la Ley 43 de 1993. En consecuencia, su ingreso y permanencia en el territorio, así como su salida, deberán hacerse siempre en calidad de colombiano, debiendo identificarse como tal en todos sus actos civiles y políticos.

### **3.5 La ciudadanía**

La ciudadanía es el *status* jurídico y político mediante el cual los nacionales que cumplen determinados requisitos adquieren derechos civiles, sociales, pero especialmente políticos; también obligaciones. La condición de ciudadano es necesaria para el ejercicio de la actividad política, la cual se expresa fundamentalmente en el derecho a elegir (ciudadanía activa) y a ser elegido (ciudadanía pasiva).

El concepto de ciudadanía surgió en el seno de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, vinculado al principio democrático de la soberanía popular. El derecho al sufragio tuvo en sus inicios fuertes restricciones, tanto culturales como económicas, que dejaron por fuera de la actividad política a grandes sectores de la población. El espectro de los nacionales con ciudadanía se fue ampliando con el tiempo, hasta llegar al sufragio universal de nuestra época.

La última gran conquista en la lucha por el sufragio universal fue la lograda por las mujeres a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX. Luego de una intensa pelea por el reconocimiento de sus derechos políticos, las mujeres lograron el derecho al voto en el Estado de Wyoming en 1869, ejemplo seguido por Colorado en 1893. La Decimonovena Enmienda de 1920 estipula que ni los estados de los Estados Unidos ni el gobierno federal puede denegarle a un ciudadano el derecho de voto a causa de su sexo.

Los primeros países europeos en autorizar el sufragio femenino fueron nórdicos: Finlandia (1906), Noruega (1913), Dinamarca e Islandia (1915). En Colombia se les otorgó a las mujeres en 1945 la ciudadanía, pero sin derecho al voto, reivindicación que solo fue concedida mediante el Acto Legislativo 03 de 1954, en el gobierno del general Rojas Pinilla. Las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho al sufragio el 1° de diciembre de 1957, para votar el plebiscito que dio origen al Frente Nacional.

Solo son ciudadanos los que tienen esa condición de acuerdo con las normas del derecho interno de cada país. La Constitución colombiana ha establecido en el parágrafo del artículo 98 que son ciudadanos todos los hombres y mujeres colombianos que han cumplido los 18 años, límite de edad que puede ser modificado por la ley.

La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (art. 99). Es de anotar que el ejercicio de la ciudadanía puede ser suspendido por decisión judicial en los casos que determine la ley y que quienes han sido suspendidos en su ejercicio pueden solicitar su rehabilitación.

### **3.6 Derechos de los extranjeros**

En principio, los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que tienen los nacionales, pero pueden ser objeto de limitaciones

en circunstancias especiales. Durante la Segunda Guerra Mundial, las familias japonesas residentes en los Estados Unidos fueron sometidas a severas restricciones de sus derechos y confinadas en sitios especiales. Igual sucedió en Colombia durante esa época con los residentes oriundos de Alemania y de Japón.

La Constitución colombiana, en su artículo 100, establece que la ley puede, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Se trata de una cláusula de habilitación del constituyente al legislador que lo autoriza para establecer limitaciones a los derechos de los extranjeros, solo por razones de orden público.

Se destacan aquí dos condiciones *sine qua non* para que ello sea posible: i) que sea a través de una ley y no por decreto del gobierno, y ii) que existan poderosas razones de orden público que hagan aconsejable específicas restricciones de derechos civiles.

Los derechos políticos están reservados a los nacionales pero el artículo 100 de la Constitución autoriza al legislador para conceder a los extranjeros residentes en el país el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital, facultad que fue utilizada en la Ley 1070 de 2006 que permite a los extranjeros residentes en Colombia votar en las elecciones de alcaldes, concejos distritales y municipales, juntas administradoras locales y consultas populares municipales, en el último lugar donde hayan fijado su domicilio. En reciprocidad, los colombianos residentes pueden votar en elecciones de carácter municipal en países que reconocen este derecho, como España.

#### **4. EL PODER PÚBLICO**

Como se dijo arriba, no hay consenso en la identificación del tercer elemento del Estado, el elemento político. Se mencionan, indistintamente: la soberanía, el gobierno, los órganos del Estado y, finalmente, el poder público. Como se trata de conceptos diferentes, es necesario hacer algunas precisiones:

1. La soberanía es el poder político supremo y como tal, una cualidad que se predica del Estado como un todo; no puede ser, por tanto, un elemento de este.
2. Por gobierno se entiende, entre nosotros, una de las ramas del poder público, la ejecutiva.
3. La expresión *órganos del Estado* tiene un sentido meramente estructural: hace referencia a los organismos o instituciones a través de los cuales se expresa el poder del Estado.
4. La expresión *poder público* es la que mejor se adecúa al fin perseguido. Dentro de ese concepto quedan incluidos los órganos del Estado, o sea, los entes que ejercen de manera directa el poder y las funciones del poder público, la forma como se ejerce el poder.

No se trata aquí del poder de dominación en sí, del carácter coercitivo en el que se sustenta la autoridad del Estado. Ese es un aspecto que tiene que ver con el concepto de soberanía, la expresión del poder supremo. La soberanía, tal como se vio en el capítulo anterior, es un atributo del Estado visto en su conjunto y no un elemento de este.

El elemento poder público presupone la existencia de una serie de órganos a través de los cuales se ejerce el poder del Estado para impedir que la soberanía esté concentrada en una persona o en un pequeño grupo de personas. Se les denomina, unas veces, poderes públicos, otras, ramas del poder público, o, simplemente, órganos del poder público.

En el concepto poder público debemos distinguir el aspecto estructural del funcional. De acuerdo con el primero, el Estado está conformado por las tres ramas clásicas (legislativa, ejecutiva y judicial) y por órganos autónomos que no hacen parte de ninguna de esas ramas.

Desde el punto de vista funcional, el poder del Estado se expresa a través de las distintas funciones que ejercen los órganos del poder público. Esas funciones son: la legislativa, la administrativa, la jurisdiccional, la de control y la función electoral. La conjunción de esos dos aspectos conforma la idea de poder público.

De una manera concreta, podemos decir que en la estructura del Estado colombiano, en relación con la organización y distribución del poder público, encontramos la rama legislativa, la ejecutiva y la judicial, la clásica tridivisión del poder público señalada por Montesquieu. Hay, además, una serie de órganos autónomos como los órganos de control (Ministerio Público y Contraloría General de la República); los que conforman la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil); el Banco de la República; la Comisión Nacional de Televisión; la Comisión Nacional de Registro Civil y el Consejo Nacional de Planeación.

La imposibilidad de que exista separación absoluta entre los poderes públicos lleva a que los órganos del Estado, además de ejercer la función principal que la constitución les asigna, deban también ejercer funciones propias de las otras ramas del poder.

Al Congreso de la República le corresponde, además de la función legislativa, ejercer actos propios de la función administrativa y, en ciertas y precisas oportunidades, ejercer funciones jurisdiccionales. El gobierno nacional, además de ejercer la función administrativa o ejecutiva, ejerce funciones legislativas y también jurisdiccionales. Los jueces tienen como función básica la jurisdiccional, pero para su cabal cumplimiento les han sido asignadas algunas funciones administrativas. Todos esos órganos ejercen, además, la función de control dentro de su propio seno.

## **5. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL**

Este es un elemento reciente en términos históricos. No se concibe en la época actual el surgimiento de un Estado sin el reconocimiento de otros estados y, especialmente, de los organismos internacionales.

La experiencia de las últimas décadas demuestra que muchos intentos de creación de nuevos estados no han tenido éxito por la ausencia de un reconocimiento internacional pleno, debido a razones de diferente índole. Es el caso de Biafra (en la parte sudoriental de



Nigeria), Chechenia (en la Federación Rusa) y Sahara Occidental, para mencionar solo algunos.

Por el contrario, la cruenta crisis de la antigua Yugoslavia, convertida en Serbia, se resolvió con el acuerdo internacional que permitió la creación de nuevos estados soberanos, como Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia y Montenegro.



## Capítulo XIII



## Formas de Estado



## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado, como organización política que engloba a toda la sociedad, es resultado de la conjunción de una serie de factores históricos que han permitido conformar una estructura dinámica en permanente renovación. Las circunstancias históricas han establecido distintas maneras de distribución del poder público dentro de un territorio determinado.

Así, por ejemplo, fueron las propias condiciones de la formación de Estados Unidos como república independiente, las que llevaron a los Padres Fundadores a crear una forma de Estado inédita, la federal. Se la acogió, después de intensas discusiones, como la forma de organización territorial que mejor respondía a las necesidades políticas del momento; se consideró que era la que creaba las condiciones más favorables para el desarrollo y el progreso de ese país.

En Francia las cosas fueron diferentes. El Estado había surgido allí como consecuencia de la centralización del poder político realizada por el absolutismo. La Revolución Francesa no renunció a esa herencia y mantuvo un estricto control político desde París, el que se ha mantenido hasta hoy, con algunas matizaciones recientes. Estos fenómenos históricos sirven de modelo de las dos formas de Estado contemporáneas por excelencia: la federal y la unitaria.

Acogemos en esta obra la expresión *formas de Estado* para referirnos a la manera como se determina la estructura interna del poder en relación con el territorio, es decir, para indicar si el poder está ubicado en un centro único, Estado unitario o centralista, o si, por el contrario, el poder se ejerce desde diferentes centros territoriales, Estado compuesto.

Es de advertir que algunos autores utilizan la expresión *formas de Estado* para aludir a la manera como los sujetos del poder político

ejercen dicho poder. Desde esa perspectiva, las formas de Estado serían el democrático y el autocrático. Preferimos para esta última clasificación la locución *formas de gobierno*.

Por razones metodológicas, mencionaremos en primer lugar formas de Estado que existieron en el pasado, a las que denominaremos formas arcaicas. Estudiaremos luego las formas de Estado que se dan en el mundo contemporáneo, que son las que realmente importan al derecho constitucional. Se rematará el capítulo con el análisis de la forma de Estado que existe en Colombia a partir de la Constitución de 1991.

## **2. FORMAS DE ESTADO ARCAICAS**

### **2.1 Estados de unión personal**

En circunstancias históricas excepcionales, se ha dado el caso de que un monarca sea el gobernante de dos estados al mismo tiempo, conservando cada uno de ellos su estructura orgánica y sus propias leyes. Este fenómeno fue originado por las reglas que en el pasado regulaban en algunos países la sucesión en el trono. El ejemplo más significativo es el de la unión personal que se dio entre Gran Bretaña y el ducado y más tarde reino de Hannover, en los siglos XVIII y XIX.

En efecto, en 1714 accedió al trono de Gran Bretaña Jorge I, quien era al mismo tiempo duque y elector de Hannover. Tanto éste, como su hijo Jorge II, gobernaron desde el territorio alemán y los historiadores afirman que ni siquiera aprendieron el idioma inglés.

Esta unión personal se mantuvo hasta 1837, cuando falleció el rey Guillermo IV, quien fue sucedido por su hija, la muy conocida reina Victoria. 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. Otros ejemplos de unión personal fueron el de Suecia y Noruega, de 1814 a 1905, y el de Dinamarca e Islandia, entre 1918 y 1944.

## 2.2 Estados de unión real

Es la reunión de dos o más estados mediante la cual no solo se comparte el mismo monarca, sino también algunas instituciones como el gabinete de gobierno. Se trata de un verdadero pacto que queda consignado en las constituciones de los estados así reunidos.

Un caso que tuvo relevancia histórica es el de Austria y Hungría, países que conformaron, desde 1867 hasta 1918, el imperio austro-húngaro. El jefe de Estado tenía el doble título de Emperador de Austria y Rey de Hungría. El gobierno era el mismo para los dos estados. Esta unión real terminó con la derrota del Imperio en la Primera Guerra Mundial y el surgimiento de gobiernos republicanos tanto en Austria como en Hungría.

## 2.3 Confederación de Estados

El ejemplo más claro y conocido de la organización confederal se dio en Estados Unidos de América. Después de declarada la independencia de Gran Bretaña en 1776, las trece colonias norteamericanas se comportaron como estados independientes y se dieron sus propias constituciones. En el pasado habían tenido muy pocas relaciones entre sí, debido a que la política colonial británica las obligaba a negociar directamente con Londres e impedía el intercambio entre las colonias.

Los nuevos estados se vieron obligados a asociarse para hacerle frente a la guerra emprendida por la metrópoli para intentar recuperar sus dominios. Acudieron a la figura de la confederación, sobre la base de un documento que se llamó *Artículos de Confederación*. Dicho documento no era propiamente una constitución sino un pacto o tratado internacional. En el artículo 2º se consignó: “Cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho que no sea expresamente delegado por esta confederación a los Estados Unidos, en reunión del Congreso”.

El Congreso confederal no era un órgano legislativo, en estricto sentido. Sus integrantes actuaban como delegados plenipotenciarios,

ya que tenían un solo voto por cada Estado. No le estaba reconocida facultad para decretar impuestos, lo que lo obligaba a depender de los aportes que suministraran los estados. Tenía autoridad sobre la emisión de moneda, el servicio postal y los asuntos indígenas y, especialmente, sobre todo lo que tuviera que ver con el Ejército y la Armada. Sin embargo, carecía de medios adecuados para hacer cumplir sus decisiones.

No existía un poder ejecutivo, dada la desconfianza de los estados frente a una autoridad central. Las funciones de gobierno conjunto se coordinaban a través de comités. Tampoco existía un poder judicial confederal. El problema fundamental de este ordenamiento radicaba en el hecho de que las decisiones del Congreso solo vinculaban a los estados miembros y no directamente a las personas que integraban la confederación. Una estructura tan poco funcional entrababa el desarrollo de los nuevos estados norteamericanos y por esa razón fue abandonada en 1787, cuando la Convención de Filadelfia se inclinó por el federalismo<sup>1</sup>.

De acuerdo con lo dicho, la característica principal de una confederación es que el gobierno central no gobierna en forma directa el pueblo, sino que depende de los estados para hacer valer su autoridad en los pocos asuntos que le son encomendados, hasta el punto de que debe recurrir a los tribunales de los estados para hacer cumplir sus leyes.

Otras características de la confederación americana eran la de que cualquier Estado integrante podía retirarse voluntariamente y la de que todo cambio en la división de poderes entre la autoridad central y los estados debía ser aprobado por unanimidad. Las atribuciones de la confederación eran mínimas y se encontraban consignadas de manera expresa en el documento constitutivo. Sus cometidos quedaban reducidos a la realización de aspectos concretos como defensa, relaciones internacionales y cooperación económica.

---

<sup>1</sup> Sobre el tema de la confederación americana véase supra Capítulo II, numeral 2.7.

Otros ejemplos de organización confederal son los que se dieron con la Confederación Helvética (Suiza) entre 1815 y 1848, año en el cual se adoptó el sistema federal, y la Confederación Germánica que existió entre 1815 y 1866, luego de la cual surgió el Estado federal alemán en 1871.

La Confederación Germánica reunió 38 principados soberanos y ciudades libres. En el artículo 1° del Acta Final de 1820 se la describía como una “asociación de Derecho Internacional de los príncipes soberanos y ciudades libres alemanes, encaminada a salvaguardar la independencia e inviolabilidad de los estados parte de la Confederación y al mantenimiento de la seguridad interna y exterior de Alemania”. Se trataba, pues, de una asociación política de estados que continuaban siendo soberanos<sup>2</sup>.

### *2.3.1 La confederación en Colombia*

En la historia de Colombia aparecen varios episodios ligados al concepto de confederación. El 27 de noviembre de 1811, las provincias de Antioquia, Cartagena, Neiva, Pamplona y Tunja suscribieron el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, documento que en su artículo primero estipuló que se constituía entre las provincias signatarias una confederación.

El Acta, más que una constitución organizadora de un nuevo Estado es un verdadero tratado internacional. En ella se reconoce el carácter soberano de las provincias, las que se reservaron el derecho a expedir sus propias constituciones en donde establecerían el tipo de gobierno que más les conviniese, aunque obligatoriamente debería ser popular y representativo, con división de poderes.

Quedaba a discreción de cada una de las provincias soberanas todo lo relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos, modo y condiciones del sufragio, libertades y garantías públicas, lo mismo que a darse sus propias leyes y códigos en todos los asuntos que no

---

<sup>2</sup> Vogel, Juan Joaquín, “El régimen federal de la Ley Fundamental”, en *Manual de derecho constitucional*, Benda y otros, cit., p. 616.



fueran de interés general ni expresamente reservados a favor de la Unión.

Las provincias delegaban en el congreso de la confederación la defensa común, la formación de un ejército y una fuerza naval para tal fin, la facultad para establecer impuestos y exigir contribuciones en aquellas materias que no fueran privativas de las provincias, los derechos de aduana y los de emitir moneda, así como el manejo de las relaciones internacionales.

Como es sabido, la invasión española de 1815 acabó con la libertad recién conseguida y la Nueva Granada pasó a ser un país ocupado por un Estado extranjero. Luego de lograda la independencia definitiva, se acogió en la Constitución de 1821 una forma de estado centralista en exceso. Varias décadas más tarde, en 1858, se expidió una constitución que le dio al país el nombre de Confederación Granadina, aunque la forma de estado adoptada fue en realidad la federal.

La Constitución de 1863 optó por un federalismo extremo, hasta el punto de que algunos analistas han considerado que lo que allí se configuró fue un estado confederal. Los estados se declararon soberanos y se estableció una cláusula general de competencia que dejó a la Unión muy pocas atribuciones propias. El Gobierno de la Unión no podía intervenir militarmente en los estados sin expresa autorización del Congreso. Además, existía una extrema debilidad del presidente de la República en cuanto a facultades constitucionales, agravada por el hecho de que disponía de una Guardia Nacional muy reducida, si se la comparaba con los poderosos ejércitos de los estados miembros.

### **3. FORMAS DE ESTADO CONTEMPORÁNEAS**

Las formas territoriales de Estado que tienen vigencia en la actualidad oscilan entre los dos tipos surgidos en el siglo XVIII: la forma unitaria o centralista, y la federal. Como intermedias entre esas dos formas, han aparecido a partir de la segunda mitad del siglo XX, algunas modalidades de organización territorial que,

huyendo de un centralismo que se tornó anacrónico, buscan una mayor autonomía de las regiones, sin caer en el federalismo. Nos referimos al regionalismo de Italia y al régimen de comunidades autónomas de España.

### **3.1 El Estado unitario**

El surgimiento del Estado se dio cuando el poder político pudo ser centralizado, como se vio en el capítulo XI. Esto quiere decir que el Estado nació como estado unitario. El ejemplo clásico es el de Francia, aunque la afirmación también es válida para Inglaterra. En la actualidad, la mayoría de los países del mundo están conformados como estados unitarios. Un buen número de países han adoptado formalmente el federalismo, pero por el rígido control político que en ellos opera desde el centro del poder, se comportan como verdaderos estados unitarios: es el caso de Venezuela y el de otros países latinoamericanos.

La característica principal del estado unitario es la centralización política, es decir, la existencia de un centro de mando unificado que opera a través de órganos únicos de las distintas ramas del poder público. Existe un solo congreso, un gobierno central que cubre todo el territorio nacional y una administración de justicia debidamente jerarquizada, con una Corte Suprema a la cabeza.

El Estado unitario de nuestra época presenta una mayor o menor rigidez, dependiendo de las atribuciones concedidas a las entidades regionales y locales. Se matiza el centralismo por medio de la descentralización administrativa, la desconcentración y el otorgamiento de algunos grados de autonomía territorial. Es el caso de Colombia, país en el que se observa una tensión permanente alrededor del tema del nivel de autonomía de los departamentos y municipios. Por tratarse de la forma de Estado configurada en la Constitución colombiana, se hace necesario profundizar este tema más adelante<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase infra, numeral 4.

## 3.2 El Estado federal

El federalismo apareció con la Constitución de 1787 la cual dio origen a Estados Unidos de América. Este surgió como alternativa frente a los graves problemas que generaba el sistema confederal y como respuesta a los retos que se les planteaban hacia el futuro a las antiguas colonias inglesas.

Una defensa coherente y vigorosa de esta forma de estado se encuentra en la obra *El Federalista*, en la que, con poderosos argumentos, Hamilton, Madison y Jay lograron demostrar las bondades del Estado federal, en ardua contienda con los partidarios de mantener los llamados *derechos de los Estados* bajo el esquema de la confederación<sup>4</sup>.

La forma federal se extendió luego a otros países y en algunos de ellos las entidades territoriales recibieron otras denominaciones: cantones en Suiza, Länder en Alemania y provincias en Canadá. Algunos países de América Latina adoptaron en el pasado, y aún mantienen, un débil esquema federal, como sucede en México, Brasil, Argentina y Venezuela.

No resulta fácil tratar de identificar las características que distinguen la forma de estado federal, cuando se ponen bajo el mismo rótulo, países con una fuerte estructura federal, como Estados Unidos, Suiza y Alemania, junto a otros que tienen un federalismo más de forma que de contenido, como sucede en Latinoamérica. Sin embargo, pueden reunirse en tres los rasgos principales del federalismo: (i) unión de estados autónomos acompañada de división de poderes con la nación; (ii) existencia dentro de cada Estado de un aparato legal completo, y (iii) supremacía del poder federal.

### 3.2.1 *Unión de estados autónomos con división de poderes con la nación*

Como el tiempo lo ha demostrado, la forma federal es sólida cuando a ella se ha llegado por razones derivadas de los intereses históricos

---

<sup>4</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, cit., 2001.

propios de las entidades territoriales que a ella se han acogido. Las antiguas colonias inglesas en Norteamérica, convertidas a partir de 1776 en estados independientes, los cantones suizos y los antiguos principados y ciudades libres de Alemania, fueron siempre entidades autónomas que nunca hicieron parte de una estructura de poder centralizada, lo que sí sucedió en Francia y en las colonias iberoamericanas.

Las razones históricas hacían impensable en aquellos países una organización estatal unitaria. Por ello, después de haber ensayado la forma confederal, encontraron en la federación un esquema en el que se conjugaban los intereses tradicionales de los entes territoriales con los intereses superiores de la conformación nacional y los de su viabilidad como estados vigorosos dentro del concierto internacional. Para ello fue necesario llegar a pactos que garantizaran la conservación de la autonomía de los estados participantes, con una razonable división territorial de poderes.

El texto primigenio de la constitución norteamericana no era lo suficientemente claro en materia de la forma de estado, según la opinión de buena parte de los dirigentes norteamericanos de entonces. Para que ella pudiera ser ratificada por los estados, fue necesario acordar el compromiso de que una vez que la Constitución entrara en vigencia se impulsaría una reforma que garantizara la autonomía estatal. De esa manera surgió la Décima Enmienda, en la que se señala expresamente que los poderes que no se hayan delegado a Estados Unidos por la Constitución y no se hayan prohibido por ella a los estados, serán reservados, respectivamente, a los estados o al pueblo.

La Constitución alemana de 1949, por su parte, establece que, salvo que la Ley Fundamental haya otorgado facultades legislativas a la Federación, la competencia legislativa corresponde a los Länder, de lo que se desprende la existencia de una competencia residual a favor de éstos. Hay que advertir, sin embargo, que el catálogo de competencias exclusivas de la Federación es bastante amplio y que, además, hay un buen número de asuntos en los que la competencia

ha sido asignada tanto a la Federación como los Länder, pero sobre los cuales estos últimos solo pueden legislar cuando la Federación no haga uso de su prerrogativa legislativa.

### ***3.2.2 Existencia dentro de cada Estado de un aparato legal completo***

Cada entidad integrante de un Estado federal dispone de una estructura orgánica propia que es completa y actúa en forma autónoma e independiente de la que existe a nivel nacional. Los estados miembros tienen su propia constitución y allí están configurados sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Tienen también sus códigos, leyes y reglamentos que se ocupan de precisar el marco jurídico aplicable en los asuntos de carácter estatal.

Esto hace que coexistan en un mismo territorio leyes estatales y federales. En materia judicial, por ejemplo, es la naturaleza de un asunto en particular la que determina si corresponde su conocimiento a un juez estatal o federal y cuáles son las autoridades que en él pueden o deben intervenir.

### ***3.2.3 Supremacía del poder federal***

No existe equilibrio entre el poder que se reservan los estados miembros y el que le corresponde a la organización central, a la federación. La supremacía del poder nacional es una realidad innegable que el paso del tiempo no hace más que afianzar, aunque ha encontrado siempre alguna resistencia en un sector de los doctrinantes constitucionales y de los politólogos.

En Norteamérica nunca ha faltado oposición a las decisiones judiciales que han ampliado el ámbito del poder federal, en detrimento del de los estados. Así ha sido desde el fallo Marshall de 1803. A pesar de esa oposición, la supremacía nacional es cada vez más fuerte.

La ampliación de las competencias y de los cometidos de las instituciones gubernamentales, las dificultades propias del incontenible

avance científico y tecnológico, y la necesidad de atender complejas y costosas obligaciones de tipo social, son asuntos que exceden las posibilidades fácticas y jurídicas de las entidades territoriales. Todo ello obliga a otorgarles más atribuciones a los gobiernos centrales, con el consiguiente aumento del desequilibrio frente a los estados, por lo que es válido afirmar que los países que han optado por la forma federal son cada vez menos federalistas. Con mucha contundencia lo expresa un autor norteamericano: “La Unión Americana, hoy en día, no está basada en una división de soberanía entre gobiernos iguales. Por el contrario, se caracteriza por el predominio del poder federal sobre el estatal<sup>5</sup>”.

Mención especial merecen los países latinoamericanos que han incluido dentro de sus constituciones la forma federal. En ellos se observa un agobiante control del poder político desde el centro de la República, hasta el punto de que muy poco se decide en las entidades estatales que no se haya previamente convenido con el concurso de las organizaciones políticas y autoridades federales.

La debilidad del federalismo en Latinoamérica encuentra una explicación razonable en el hecho de que durante la Colonia nuestros países estuvieron sometidos a un excesivo centralismo y no conocieron ninguna clase de autonomía. Luego de la independencia, las autoridades coloniales fueron remplazadas por vigorosos caudillos, casi siempre militares, que detentaron gobiernos autoritarios frente a los cuales no era admisible la más mínima expresión de autonomía regional o municipal.

### **3.3 El Estado regional**

Después de la Segunda Guerra Mundial surgió en Europa una nueva forma de Estado que pretende ubicarse en un término medio entre el Estado unitario y el federal. Los casos más relevantes para nuestra cultura política y jurídica son los de Italia y España, países que han

---

<sup>5</sup> Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Civitas, 1984, p. 54.

decidido otorgarles competencias legislativas a los entes territoriales que se denominan Regiones, en el primero de los países, y Comunidades Autónomas, en el segundo.

Llama la atención el hecho de que los dos estados mencionados padecieron en el pasado inmediato severos regímenes autoritarios, con una excesiva centralización política y administrativa, y en donde se reprimió con fuerza la más mínima expresión de autonomía regional y local, por tratarse de una aspiración contraria a la rígida estructura vertical impuesta por el fascismo italiano y el falangismo español.

Con el arribo de la democracia, las regiones reclamaron y obtuvieron un mayor grado de autonomía del que es posible en un Estado unitario. Como su estructura no cabe en el marco unitario ni en el federal, se ha generado en la doctrina contemporánea la tesis de que ella responde a una nueva forma territorial de Estado, a la que se ha dado en llamar Estado regional.

### 3.3.1 *Las regiones en Italia*

La Constitución italiana de 1947 creó la figura de las regiones como un mecanismo para descentralizar el poder, pero solo a partir de 1968 se dictaron las normas que permitieron que ellas entraran a funcionar. El diseño constitucional original sufrió importantes modificaciones con las reformas introducidas a la Carta mediante las leyes constitucionales 1 de 1999, 2 de 2001 y 3 de 2001.

Las regiones en Italia son entes territoriales dotados de potestades y competencias de autoorganización cercanas a la forma federal, pero que giran alrededor del principio de la unidad de la República, en una relación de difícil equilibrio que permite que se afirme que se da en Italia una forma territorial de Estado que no es unitaria, en el sentido clásico del concepto, pero que tampoco es federal. Las características básicas del regionalismo italiano son las siguientes:

1. *Potestad estatutaria.* Las regiones italianas están dotadas de la potestad de expedir sus propios estatutos para determinar

de manera amplia su organización y definir el carácter de cada comunidad regional, hasta el punto de que cada una de ellas puede tener una forma de gobierno diferente a la de las otras. Los estatutos de las regiones gozan de una especial fuerza normativa que permite que puedan ser considerados como una especie de *Constitución regional*, como lo anota el profesor Giancarlo Rolla<sup>6</sup>.

2. *Potestad legislativa*. Los consejos regionales tienen la facultad de expedir leyes regionales en una serie de materias que no están reservadas a la competencia del Estado italiano. La Constitución enumera las materias que son de exclusiva competencia del Estado y las que son concurrentes entre el Estado y las regiones.

En las materias de legislación concurrente corresponde a las regiones la potestad de legislar, excepto para la determinación de los principios fundamentales, los que se reservan a la legislación del Estado. El resto de asuntos corresponde, por vía residual, a las regiones. Esta delimitación no está exenta de tensiones y conflictos y se asume que la evolución económica, tecnológica y social expande las competencias del Estado central, con fundamento en las cláusulas generales contenidas en la Constitución y, de manera específica, en el principio unitario.

3. *Distribución de competencias administrativas*. La constitución italiana señala que la distribución de las competencias administrativas entre las regiones, el Estado y los entes locales, es un asunto que corresponde tanto a la ley estatal como a la regional. Cuando se trata de materias que pertenecen a la competencia administrativa regional, la determinación de las funciones específicas para descentralizar a los entes locales le corresponde a la ley regional.

De hecho, gran parte de la actividad administrativa relacionada con las materias de competencia regional puede ser ejercida directamente por los entes locales. En consecuencia, a la ley regional le

---

<sup>6</sup> Rolla, Giancarlo, *La descentralización en Italia. Difícil equilibrio entre autonomía y unidad*, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre descentralización del poder en el Estado contemporáneo, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.



corresponde individualizar las funciones reservadas a las regiones, especificar las que les pertenecen a las provincias y atribuir por vía general las restantes a la administración municipal<sup>7</sup>.

4. *Intervención sustitutiva del Estado.* Las amplias facultades con las que se han dotado a las regiones encuentran claros límites constitucionales en la medida en que, con base en el principio unitario del Estado, se autoriza a los órganos centrales para intervenir cuando las diferencias entre las distintas comunidades regionales lleguen a afectar la igualdad de los ciudadanos y cuando ello sea necesario para exigir el cumplimiento de los deberes de solidaridad política, económica y social previstos en la Constitución.

La intervención sustitutiva es un instrumento excepcional que tiene que estar previsto y regulado por la ley. Además, es de carácter provisional, ya que los efectos del poder sustitutivo del Estado deben tener una duración limitada en el tiempo.

### 3.3.2 *Las Comunidades Autónomas de España*

Con la Constitución del 29 de diciembre de 1978, luego de un proceso que duró varios años, se quebró en España el rígido centralismo impuesto de forma autoritaria por el régimen franquista, régimen que solo admitía la existencia de provincias españolas.

Con la creación de las comunidades autónomas se les reconoció a las regiones su propia identidad y la existencia entre ellas de diferencias culturales, históricas y de lenguaje. La forma autonómica adoptada en España contiene un significativo nivel de descentralización territorial que ha alejado al país del centralismo tradicional sin que se desvertebre el secular carácter unitario del Estado. Ese cometido ha encontrado algunas serias dificultades como las que se han venido presentando con Cataluña.

El artículo 2º de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que conforman el Estado. La norma se basa en la premisa de la unidad indisoluble de

---

<sup>7</sup> Ibidem.

la nación española. Dentro del texto constitucional se señalan las competencias que pueden ser otorgadas a las comunidades y las atribuciones que se reserva de manera exclusiva el Estado. En un apretado resumen podemos decir que las principales características de las comunidades autónomas españolas son las siguientes:

1. *Ausencia de potestad estatutaria.* Los estatutos de las Comunidades Autónomas son otorgados por las Cortes Generales (Parlamento) y en ellos se les confieren iguales niveles de autonomía. La Constitución se encarga de fijar las líneas generales de la estructura orgánica de las Comunidades, igual para todas. No existe en España algo parecido a una constitución en ninguna de las Comunidades Autónomas.
2. *Potestad legislativa.* Las asambleas legislativas de las Comunidades tienen competencia para legislar acerca de la organización de las instituciones de autogobierno, la modificación territorial de los municipios y las distintas materias sobre las cuales tienen facultades expresas. Además, las Cortes Generales les pueden conferir atribuciones para dictar normas reglamentarias sobre específicas leyes nacionales y les pueden delegar, a través de leyes orgánicas, facultades que corresponden al Estado español.
3. *Intervención coercitiva del Estado.* El Estado español se reserva frente a las Comunidades amplios poderes que le permiten al Parlamento dictar leyes para armonizar las disposiciones normativas expedidas por todas las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias propias.

La posibilidad de intervención del Estado en las Comunidades llega hasta el punto de que, si alguna de ellas no cumple con las obligaciones previstas en la Constitución o en las leyes nacionales o actúa en contra de los intereses de España, el gobierno podrá adoptar las medidas coercitivas que estime convenientes para que la Comunidad cumpla con sus obligaciones. Para que esa intervención sea posible, se requiere la autorización del presidente de la respectiva Comunidad Autónoma. Si éste la niega, se deberá solicitar la autorización al senado español, para lo cual se requerirá mayoría absoluta.

#### **4. LA FORMA DE ESTADO EN LA COLOMBIA ACTUAL**

La opción por una u otra forma de Estado jugó un papel preponderante en la historia de Colombia durante el siglo XIX. Desde los albores de la Independencia se libró una encarnizada lucha entre el centralismo y el federalismo, la que condujo a varias guerras civiles.

Vale la pena recordar que en 1811 se agudizaron en el Congreso de las Provincias Unidas de la Nueva Granada las diferencias entre las provincias que optaron por la forma unitaria, encabezadas por Santa Fe, y las que se decidieron por una forma de federalismo muy cercana a la estructura confederal. La guerra fratricida entre las provincias neogranadinas debilitó a la naciente república y facilitó la invasión española.

Recuperada la independencia nacional y de la mano del Libertador Simón Bolívar, se impuso en el Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta de 1821, tras arduas discusiones, la forma de Estado unitaria. Se adoptó un asfixiante centralismo, a todas luces inconveniente para un territorio tan extenso como el de la República de Colombia, factor que en gran medida fue responsable de su prematura disolución.

Luego de consumada la separación de Venezuela y Ecuador, surgió el Estado de la Nueva Granada que adoptó la forma unitaria hasta la Constitución de 1853, la que le abrió las puertas al federalismo, con una extraña fórmula centro-federal. Con la Constitución de 1863, que le dio al país el nombre de Estados Unidos de Colombia, el federalismo colombiano llegó a tener características extremas, hasta el punto de que muchos autores consideran que lo que entonces se creó no fue una federación, sino una verdadera confederación.

Con la derrota del radicalismo liberal en la guerra civil de 1885, llegó a su fin en Colombia el sistema federal. La Constitución de 1886 regresó al país a la forma unitaria, con una desmedida centralización tanto política como administrativa. Los excesos de tal fórmula fueron relativamente matizados por las reformas constitucionales de

1910, 1945 y 1968, luego de las cuales hizo carrera la opinión de que en Colombia existía un Estado unitario con centralización política y descentralización administrativa.

#### **4.1 Un Estado unitario complejo**

La Constitución de 1991 señala en su artículo 1° que Colombia está organizada en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. Esta fórmula entraña una importante variación respecto a la que provenía de la constitución anterior, la que se limitaba a señalar: “La Nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria”. Se ha pasado de un Estado unitario simple a uno complejo.

Algunos autores se apresuraron a afirmar que el concepto *descentralización* se encuentra subsumido en el de *autonomía*, por lo que la utilización de esos dos términos en el artículo primero constitucional sería redundante. Tal aseveración no corresponde a la verdad. Se trata de dos conceptos diferentes, ya que el primero se dirige a la búsqueda de eficiencia administrativa y el otro, al logro de niveles razonables de autodeterminación territorial.

En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que el concepto de autonomía es nuevo en el sistema constitucional colombiano y que no se puede yuxtaponer al de descentralización. La autonomía y la descentralización entrecruzan sus mecanismos de acción en múltiples aspectos. Sin embargo, responden a ópticas diferentes. Mientras la descentralización, que es una manera de administrar, busca una mayor libertad en la toma de decisiones administrativas de las entidades locales del orden territorial y funcional (descentralización territorial y descentralización por servicios), y como resultado de ello una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la autonomía, que es grado creciente de libertad, busca una mayor autodeterminación de los habitantes del territorio para la definición y control de sus propios intereses y el logro del bienestar general, siempre dentro del marco del Estado unitario. En ese sentido, descentralización y autonomía, si bien tienen puntos de mira diferentes, resultan ser

interdependientes y portadores de facetas y momentos de un mismo proceso: la ampliación de la libertad en su acepción territorial<sup>8</sup>.

El Estado colombiano es unitario y como tal, tiene un alto grado de centralización política. Solo al Congreso de la República le está asignada la facultad de expedir leyes; la labor judicial le corresponde a una estructura de carácter nacional fuertemente jerarquizada; la administración nacional recae en cabeza de un gobierno con amplias facultades de decisión en todo el territorio; los órganos de control tienen, también, una estructura centralizada.

Buena parte de la función administrativa del Estado colombiano se desarrolla sobre los parámetros que caracterizan la centralización administrativa: (i) se ejerce por el Estado, quien actúa como persona jurídica titular de los poderes públicos; (ii) las facultades de mando y decisión se concentran en el poder ejecutivo, al que le corresponde el comando supremo de la fuerza pública, y (iii) se trata de actuaciones administrativas sometidas a un régimen jerárquico<sup>9</sup>.

Sin embargo, otra parte de la función administrativa del Estado se ha desprendido de la centralización y se ejerce con base en parámetros diferentes, a saber, los de la descentralización administrativa y la autonomía (limitada) de las entidades territoriales.

## 4.2 La descentralización administrativa

La profusión y complejidad de las funciones del Estado moderno obligaron a buscar mecanismos que garantizaran eficiencia, so pena de quedar la organización estatal atrapada en las asfixiantes redes del burocratismo. Se acudió a la descentralización administrativa, a través de la cual se transfieren competencias del gobierno central a órganos de diferente índole, para que sean ejercidas en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad.

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-478 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-004 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>9</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, Tomo I, México D. F., Ed. Porrúa, 1976, p. 477.

Generalmente se habla de dos modalidades de descentralización administrativa: (i) la descentralización territorial, y (ii) la descentralización por servicios. El tratadista mexicano Gabino Fraga menciona una tercera clase, (iii) la descentralización por colaboración<sup>10</sup>.

#### **4.2.1 *Descentralización territorial***

Es el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Con ella se busca una mayor cercanía de las comunidades con la resolución de sus propios asuntos y una rápida y eficiente gestión de estos. Como elementos de la descentralización territorial pueden mencionarse:

1. *Necesidades locales*. Son claras y evidentes las necesidades de los municipios, especialmente en lo que se refiere a los servicios públicos como el agua, la luz, el aseo y el alcantarillado. Lo son menos las de los departamentos, la mayoría de los cuales se limitan en Colombia a la labor de coordinar e impulsar la gestión de los municipios ante las autoridades nacionales.
2. *Personería jurídica*. Es lo que les permite a las entidades territoriales ser sujetos de derechos y obligaciones.
3. *Autonomía financiera*. Se traduce en patrimonio propio y manejo directo de su presupuesto.
4. *Autonomía administrativa*. Es lo que le permite a cada entidad la gestión de sus asuntos a través de la organización que considere conveniente.

#### **4.2.2 *Descentralización por servicios***

Es la que se presenta cuando se otorgan competencias o funciones de la administración a entidades que se crean con el propósito de que adelanten actividades especializadas que han adquirido una importancia tal, que hacen aconsejable su manejo de manera técnica

---

<sup>10</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, D. F., Ed. Porrúa, 1977, p. 202.

y descentralizada. Tal es el caso de organismos como el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES); el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), que se ocupa de los asuntos rurales; el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), encargado de todo lo que tiene que ver con los temas catastrales y geográficos.

En las entidades descentralizadas por servicios o especializadas se encuentran elementos similares a las territoriales: (i) existencia de actividades que requieren una gestión especializada; (ii) personería jurídica; (iii) autonomía financiera; (iv) autonomía administrativa; (v) autoridades propias; (vi) control por parte del poder central.

#### ***4.2.3 Descentralización por colaboración***

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, dice el artículo 210 de la Constitución. Este fenómeno jurídico es denominado por la doctrina, descentralización por colaboración. En Colombia se presenta esta situación, especialmente, en los casos de los notarios y de las cámaras de comercio.

Con respecto a los notarios, hay que decir que la descentralización no se da cuando ejercen la función de dar fe pública, como sucede con la autorización de una escritura de compraventa de inmueble o con la certificación de documentos privados. La razón estriba en que la función fedante no corresponde en forma exclusiva al Estado, por no ser emanación del poder soberano. El secretario de una universidad da fe de que alguien aprobó un curso académico; el secretario de una sociedad mercantil da fe de una decisión de la junta de socios o de la asamblea de accionistas; el secretario de una agremiación certifica que una determinada persona está afiliada a la misma. A nadie se le ocurriría pensar que esas actividades certificadoras son propias del Estado.

Los notarios cumplen funciones administrativas cuando actúan como funcionarios del registro civil; cuando autorizan el divorcio de una pareja o la liquidación de herencia de un causante, para citar

solo dos ejemplos de atribuciones que hasta hace muy poco tiempo estaban reservadas a los jueces de la república. En estos casos, opera, sin duda alguna, la descentralización por colaboración, concepto que ha sido aceptado por la Corte Constitucional<sup>11</sup>.

Una situación similar se da con las cámaras de comercio. Estas no ejercen funciones públicas cuando certifican la calidad de comerciante de una persona, pero sí cuando administran los dineros producidos por el registro público mercantil. En este último evento, las cámaras de comercio realizan funciones públicas mediante descentralización por colaboración.

### 4.3 La autonomía territorial en Colombia

La mención en el artículo 1º de la Constitución de la autonomía de las entidades territoriales ha hecho pensar a algunos autores que existe una grave contradicción entre ese principio fundamental y el contenido del artículo 287 del mismo texto constitucional. Es el caso de la profesora Sandra Morelli, quien sostiene:

“En realidad, el artículo primero constitucional se vacía de contenido, se hace nugatorio desde el mismo texto. Esto, porque paradójicamente se reconoce una contradicción axiológica entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución, en lo que concierne al régimen territorial, contradicción que se ha interpretado por el legislador y por el juez constitucional en beneficio de la centralización, de tal manera que la autonomía es letra muerta en nuestra realidad institucional<sup>12</sup>”.

Se parte aquí de un error conceptual. El término *autonomía* no tiene un significado unívoco, indiscutible, en el lenguaje corriente, y mucho menos en el derecho constitucional. Por autonomía debe entenderse una calidad que se predica de algo o alguien en relación

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

<sup>12</sup> Morelli Rico, Sandra, *La autonomía territorial en Colombia*, temas de derecho público N° 43, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 35.



con un ente de superior rango. Se trata de un concepto valorativo que admite gradaciones: se habla de plena autonomía, autonomía relativa o ausencia de autonomía.

En materia constitucional, el concepto tiene que ver con la facultad de decidir o gobernarse por sí mismo, sin llegar a la soberanía, el grado máximo de libertad. La autonomía se ejerce dentro de un marco jurídico determinado, que va variando a través del tiempo y que puede ser más o menos amplio<sup>13</sup>.

Morelli acude a la autoridad de los tratadistas Zanobini, italiano, y Ferrando Badía, español, para fundamentar sus apreciaciones. El primero, define la autonomía como la facultad que tienen algunas asociaciones de organizarse jurídicamente, de crear un derecho propio, derecho que no solo es reconocido como tal por el Estado, sino que lo incorpora a su propio ordenamiento jurídico y lo declara obligatorio, como las demás leyes y reglamentos.

Para Ferrando Badía, profesor de la Universidad de Valencia, la esencia de la autonomía radica en la facultad que tiene una entidad pública de darse leyes en sentido material, destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal; por lo que la autonomía implica siempre competencias legislativas<sup>14</sup>.

Lo anterior explica la confusión. No es posible extrapolar un concepto que corresponde a una situación constitucional peculiar y concreta, para aplicarlo a otra que ofrece condiciones diferentes. No es igual el contenido que el concepto autonomía tiene en el derecho constitucional italiano o en el español, países que han optado por una forma de Estado que pretende ser una vía intermedia entre la federal y la unitaria, al que se le ha asignado en la constitución de un Estado unitario como el colombiano.

El texto actual del artículo 117 de la constitución italiana establece que el poder legislativo será ejercido por el Estado y por las regiones, dentro de los términos de la Constitución, así como

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>14</sup> Morelli, ob. cit., p. 38.

de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales. En el mismo artículo se indica que corresponde a las regiones la potestad legislativa en cualquier materia no expresamente reservada a la legislación del Estado. Por su parte, la constitución española, en el artículo 148, les atribuye a las comunidades autónomas amplias competencias legislativas de autogobierno.

### 4.3.1 *Elementos de la autonomía*

La autonomía de las entidades territoriales tiene alcances muy limitados en Colombia y no puede confundirse con los modelos europeos que se acaban de mencionar. No comprende, de ninguna manera, competencias legislativas. Se reduce a los parámetros que en forma expresa están consignados en el artículo 287 constitucional. Allí se señala que dichas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la constitución y la ley, y que en tal virtud tendrán los derechos allí señalados. Esos derechos son:

1. *Gobernarse por autoridades propias.* La elección popular de alcaldes fue obra de la última reforma realizada a la Constitución de 1886, el Acto Legislativo 01 de 1986; la de gobernadores fue introducida en la Constitución de 1991. Con ellas se logró finalmente dotar a las entidades territoriales de autogobierno, al permitirles a las comunidades locales y departamentales elegir de manera directa sus mandatarios.

El esquema de gobierno de las entidades territoriales se complementa con los concejos municipales, los distritales y las asambleas departamentales, cuerpos colegiados elegidos por el voto popular que cumplen funciones de coadministración en las entidades respectivas.

2. *Ejercer las competencias que les correspondan.* Las competencias propias de los departamentos, distritos y municipios se encuentran fijadas en los capítulos 2 y 3 del Título XI de la Constitución, las que deben ser ejercidas de conformidad con la ley y dentro del marco que ésta señale. Lo anterior significa que el

margen de autonomía de las entidades territoriales en materia de competencias propias es bastante limitado.

En relación con este tema debe registrarse el hecho de que los municipios lograron un importante avance al desaparecer en la actual constitución el control jerárquico que la anterior les atribuía a los gobernadores, de acuerdo con el cual los mandatarios departamentales podían revocar los actos proferidos por los alcaldes por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad.

La Constitución de 1991 solo dejó vigente el control de tutela, que faculta a los gobernadores para revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, y remitirlos al Tribunal Administrativo para que se pronuncie sobre su validez (art. 305-10).

3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.* En cuanto a los recursos y tributos propios de las entidades territoriales, hay que señalar que, salvo algunas excepciones, están determinados por la ley. Su capacidad impositiva está supeditada a la ley y debe ejercerse con estricta sujeción a los parámetros que ella fije, como se desprende de los artículos 300-4 y 313-4 de la Constitución. Se escapan de esa regulación centralista los impuestos sobre la propiedad inmueble, asignados en forma exclusiva a los municipios por disposición constitucional (art. 317).

De todos modos, los recursos propios de las entidades territoriales gozan de las garantías constitucionales que les otorga el artículo 362. Allí se estipula que los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y tienen las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares. Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y, en consecuencia, la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente, en caso de guerra exterior.

4. *Participar en las rentas nacionales.* La participación en las rentas nacionales constituye un elemento clave para el desempeño de las entidades territoriales. Se trata de un tema que ha sido objeto

de frecuentes fricciones y enfrentamientos entre las autoridades nacionales y las seccionales, hasta el punto de que ha merecido cuatro reformas constitucionales, las consignadas en los actos legislativos 01 de 1993, 01 de 1995, 01 de 2001 y 04 de 2007.

El Acto Legislativo 01 de 2001 creó el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, con cuyos recursos se deben financiar los servicios a cargo de las entidades territoriales, especialmente, los de salud y educación. Los parámetros generales para la distribución de las participaciones y para la determinación del monto de los recursos están contenidos en los artículos 356 y 357 de la Constitución.

#### ***4.3.2 Limitaciones y debilidades de la autonomía territorial***

La autonomía de las entidades territoriales en Colombia es bastante limitada, como se acaba de ver. Los gobernadores pueden ser suspendidos o destituidos por el presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley (art. 304). Igual situación se presenta con los alcaldes frente al presidente y a los gobernadores.

Hay que agregar a lo anterior, que los órganos nacionales de control, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, tienen la potestad de asumir directamente la función disciplinaria y el control fiscal de los entes departamentales y municipales, desplazando a los funcionarios regionales y locales encargados de tales tareas.

No sobra anotar que atentan contra el otorgamiento de una autonomía más amplia a las entidades territoriales, la corrupción administrativa y la politiquería, vicios que generan un enorme desangre fiscal y un absurdo crecimiento de la burocracia. Estos fenómenos negativos se presentan con lamentable frecuencia tanto en departamentos como en municipios.

El anterior es un problema que tendrá que resolver la democracia colombiana en la medida en que se fortalezcan los partidos políticos y se genere un compromiso más profundo con las reglas

de convivencia constitucionales, en que se logre un crecimiento de lo que los alemanes llaman “el sentimiento constitucional”.

El municipio deberá ser fortalecido en todos los aspectos, pero especialmente, en lo que tiene que ver con la responsabilidad colectiva por la transparencia y la eficacia administrativas, para que cumpla a cabalidad la función que la Constitución le asigna como piedra angular del edificio territorial del Estado y de célula insustituible del tejido de una democracia viva y auténtica. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“La fuerza de la argumentación en favor de la autonomía regional, seccional y local radica en el nexo con el principio democrático y en el hecho incontrovertible de ser las autoridades locales las que mejor conocen las necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales. Es el autointerés operando, con tanta eficiencia como puede esperarse que lo haga cualquier actor económico en la economía de mercado.

Cada Departamento o Municipio será el agente más idóneo para solucionar las necesidades y problemas de su respectivo nivel. Por esto, el artículo 287 habla de la ‘gestión de sus intereses’. Y esa es la razón por la cual se considera al municipio la piedra angular del edificio territorial del Estado (artículo 311 constitucional)<sup>15</sup>.”

### ***4.3.3 La Corte Constitucional y la autonomía territorial***

Para la Corte, la autonomía de la que gozan las entidades territoriales se debe desarrollar dentro de los marcos establecidos por la constitución y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de Derecho constituido en forma de república unitaria. Es decir, no se trata de una autonomía en términos absolutos sino por el contrario, de carácter relativo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

La Corte Constitucional no encuentra ninguna contradicción entre el principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales y el desarrollo de este que hace el artículo 287. Ha sostenido que con la Constitución de 1991 se pasó de un esquema con centralización política y descentralización administrativa a un sistema de autonomía para las entidades territoriales sin perder de vista la unidad del Estado. La autonomía es la capacidad de manejar los asuntos propios, es decir, aquellos que le conciernen al ente territorial como tal con una libertad que está limitada por la constitución y la ley, por lo que la autonomía es la afirmación de lo local, seccional y regional, pero sin desconocer la existencia de un orden superior.

Si no existiera ese límite para el ente, se estaría en presencia de otro fenómeno distinto, en el cual el interés local, seccional o regional se afirmarían sin tener en cuenta ningún otro poder, como corresponde a los estados federales. Afirma la Corte:

“Si la unidad antecede a la Constitución y se refuerza en ella, no ocurre lo mismo con el principio de la autonomía de los entes territoriales. Representa la autonomía un concepto nuevo, históricamente posterior al de unidad, y necesariamente vinculado con éste en cuanto coexiste con él y en cierta medida lo presupone.

Lo unitario es tan esencial para la aplicación del nuevo régimen de autonomía territorial como puede ser el principio democrático, del cual también toma elementos la idea de autonomía en la Constitución. Como se ha visto, ésta se construye gracias a dos mecanismos: de una parte, la autodeterminación en materias determinadas; por la otra, la limitación de la misma autodeterminación, que bien puede provenir de la materia misma, la constitución o la ley.

Lo autónomo, expresión de intereses y de necesidades limitadas en el espacio, conexos con los intereses de la nación, pero de menor alcance y complejidad, debe explicarse como poder limitado que al mismo tiempo es parte necesaria del conjunto nacional. De ahí la necesidad de articular los intereses nacionales con los autónomos<sup>17</sup>.”

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.





# Capítulo XIV



## Sistemas de gobierno





## 1. INTRODUCCIÓN

El tema nos remite al problema de la distribución del poder entre la rama legislativa y la ejecutiva. En ese sentido, podemos decir que en la actualidad existen en los estados constitucionales dos tipos de sistemas de gobierno: el parlamentario y el presidencial.

Cabe hacer aquí la precisión de que los sistemas de gobierno son tipos ideales, creaciones abstractas que permiten reunir algunas características generales, pero que no existen en forma pura en ninguna parte, porque la realidad de los pueblos es mucho más compleja y variada que la que puede ser contenida en un modelo abstracto.

La autocracia o dictadura, o sea, la concentración en una sola persona de la capacidad de decisión sobre todos los órganos del poder público no es un sistema de gobierno que pueda encajar dentro de una sistematización del derecho constitucional, por la negación de la idea de constitución que dicha situación lleva implícita. Le corresponde su análisis a la ciencia política. Tampoco es del caso incluir aquí el llamado sistema convencional o de asamblea, por tratarse de una modalidad que solo existió en la Francia revolucionaria de 1793, como se vio en su oportunidad<sup>1</sup>.

Por fuera de la tipología enunciada nos queda el muy singular sistema existente en Suiza, por tratarse de una modalidad *sui generis*, a la que se le suele denominar sistema directorial. Se caracteriza por la existencia de un órgano colectivo de siete miembros de período fijo que se denomina Consejo Federal, el cual ejerce como la máxima autoridad gubernativa y ejecutiva del país. La forma de gobierno de Suiza no encaja ni en el sistema presidencial ni en el parlamentario.

---

<sup>1</sup> Véase *supra* capítulo III, numeral 2.4.

## 2. EL SISTEMA PARLAMENTARIO

Aunque solo a partir de 1832 se empezó a hablar en Gran Bretaña de sistema de gobierno parlamentario, la verdad es que éste empezó a configurarse con la llamada Revolución Gloriosa de 1689, con la cual se inició la monarquía constitucional inglesa. Unos años más tarde, bajo el reinado de Jorge I, apareció la figura del primer ministro, responsable políticamente, en sus inicios ante el rey y, con el correr del tiempo, ante el parlamento.

El sistema parlamentario fue acogido por la Europa continental y se ha extendido a los países de Asia y África, lo mismo que a Oceanía. Se trata de un régimen político en el cual el parlamento es el poder supremo y de él se desprenden los miembros del gobierno. Entre sus características principales podemos destacar: (i) ejecutivo dual; (ii) el gobierno es responsable ante el parlamento y, (iii) el gobierno tiene derecho a disolver el parlamento.

1. *Ejecutivo dual*. El poder ejecutivo está integrado por el jefe de Estado y por el jefe del gobierno. 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.

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 Francia, 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.

El jefe de Estado representa a la nación entera. Por tal razón, le corresponden funciones que encarnan la majestad del Estado, tales como refrendar los tratados internacionales, recibir las cartas credenciales de los embajadores, promulgar las leyes aprobadas por el parlamento y actuar como jefe supremo de las fuerzas armadas.

Los presidentes de la República, especialmente los que son elegidos por votación popular, tienen mayores funciones de gobierno que los monarcas. Estos últimos tienen poderes más o menos simbólicos, que se mantienen como una concesión a la nostalgia y al efecto aglutinante de tradiciones que aún influyen en el sentimiento de integración nacional.

La real y efectiva tarea de gobernar recae en el gabinete ministerial, a cuya cabeza se encuentra el primer ministro. Éste es designado por el jefe de Estado, quien para ello debe tener en cuenta la composición política del parlamento, por lo que, de ordinario, escoge al jefe del partido que ha ganado las elecciones legislativas.

El hecho de que el primer ministro y los ministros que integran el gabinete salgan del seno del parlamento hace que las fronteras entre el poder ejecutivo y el legislativo se difuminen. Ambos, el parlamento y el gobierno, son el resultado de una misma elección popular. El partido o la coalición de partidos que controla el parlamento controla el gobierno. Esa es la razón por la cual al régimen parlamentario se le describe como gobierno de colaboración de poderes.

*2. El gobierno tiene responsabilidad política ante el parlamento.* El gabinete ministerial es un ente colectivo que debe tomar sus decisiones por mayoría. Los ministros son designados, generalmente, por el jefe de Estado a sugerencia del primer ministro.

Tanto el jefe del gobierno como sus ministros pueden ser objeto de moción de censura en el parlamento. En ese evento, el ministro censurado debe abandonar el gobierno, pero si la censura es contra el primer ministro, se va todo el gabinete. Esta es una característica clave en el sistema parlamentario. El gobierno puede, cuando lo considere conveniente, solicitar un voto de confianza. Si se le es negado, el gobierno debe dimitir y lo más probable es que se deba convocar a nuevas elecciones parlamentarias.

*3. El gobierno tiene derecho a disolver el parlamento.* Como contrapeso a la facultad que tiene el parlamento de destituir al gobierno, existe en el sistema parlamentario la posibilidad de que éste provoque la

disolución anticipada del parlamento, haciendo la solicitud respectiva al jefe del Estado. La medida solo puede afectar a la cámara legislativa que es integrada por votación directa de los ciudadanos.

El fenómeno se da cuando el gobierno pierde las mayorías en el parlamento y se le cierran las posibilidades de gobernar. Al disolverse el parlamento, se llama al pueblo para que dirima el conflicto con los votos. También puede ocurrir que el gobierno estime que existen en el momento condiciones favorables para volver a ganar las elecciones y decida anticiparlas para aprovechar la coyuntura política.

### **3. EL SISTEMA PRESIDENCIAL**

Surgió en Estados Unidos con la Constitución Federal de 1787. El presidente de la República tiene la doble condición de jefe de Estado y jefe del gobierno, lo que lo convierte en comandante supremo de las Fuerzas Armadas y máximo responsable de las relaciones internacionales.

El sistema, tal como fue diseñado por los constituyentes norteamericanos y desarrollado en dicho país a lo largo de más de dos siglos, supone la división y separación de poderes entre el presidente y el congreso, lo que significa que el presidente no puede disolver el congreso, ni a éste le está permitido destituir al presidente.

Aunque se suele afirmar que el sistema presidencial garantiza el equilibrio de los poderes, la verdad es que los amplios recursos jurídicos, políticos y económicos de los que dispone el presidente de la República aseguran un claro predominio del poder ejecutivo. Un caso paradigmático se da precisamente en Estados Unidos. Es casi un lugar común la expresión de que el presidente norteamericano es el hombre más poderoso del mundo. Las características centrales del sistema presidencial son:

1. *Elección popular directa o casi directa del jefe de Estado.* El presidente de la República es elegido por el voto directo de los ciudadanos para un período fijo que de ninguna manera puede ser recortado o ampliado por el Congreso. En Estados Unidos la votación es

indirecta porque los ciudadanos votan para designar los electores de cada Estado que van a integrar el Colegio Electoral. Cuanta mayor población tenga un Estado, mayor será el número de electores, lo que permite afirmar que no es la nación norteamericana, sino los estados de la Unión, los que eligen el presidente de la República.<sup>2</sup>

En países como Estados Unidos, Argentina, Ecuador y Brasil se permite la reelección presidencial inmediata por otro período; en México, Guatemala y Colombia está prohibida en cualquier tiempo; en Chile, Costa Rica y Uruguay solo es permitida la reelección cuando ha transcurrido al menos otro mandato presidencial.

2. *El gobierno es una prerrogativa presidencial.* El presidente tiene la potestad de nombrar y sustituir a los miembros del gabinete. Aunque en Estados Unidos los secretarios (ministros) deben ser aprobados por el Senado, su nombramiento depende del presidente. A lo anterior hay que agregar que, así como el congreso no puede destituir al presidente, salvo el enjuiciamiento por causas previstas en la constitución y mediante el procedimiento allí señalado, tampoco puede éste disolver el congreso, porque se configuraría un golpe de Estado.

La separación de poderes conduce a que le esté vedado al legislativo acordar votos de aplauso o censura al gobierno. Sobre este punto hay que aclarar que, en algunos países, como Ecuador y Colombia, se tiene establecido el voto de censura contra uno o varios ministros, pero de ninguna manera contra el presidente de la República.

3. *El jefe de Estado es el jefe del gobierno.* A diferencia del sistema parlamentario, aquí no existe un Ejecutivo dual. El presidente es el representante legal del Estado y como tal tiene la atribución de manejar las relaciones exteriores; al mismo tiempo, es quien dirige el gobierno.

---

<sup>2</sup> Ese sistema ha permitido que, en algunas ocasiones, se haya elegido presidente a quien tuvo menos votos a nivel nacional que su oponente. En el año 2000, Al Gore obtuvo más de medio millón de votos populares que George W. Bush, pero éste fue elegido presidente por el Colegio Electoral. En 2016, Donald Trump obtuvo la presidencia a pesar de haber tenido 2.8 millones de votos menos que su rival, la candidata demócrata Hillary Clinton.

4. *El presidente tiene atribuciones legislativas.* En Colombia, la constitución le asigna al presidente facultades que lo convierten en colegislador y, en ocasiones, legislador delegado. El presidente puede proponer e impulsar proyectos de ley, lo mismo que objetar los proyectos aprobados con los cuales no está de acuerdo, lo que hace de él un colegislador. También puede dictar decretos con fuerza de ley en las materias para las cuales haya recibido facultad expresa del legislador. En Estados Unidos, el presidente tiene la potestad de vetar un proyecto de ley, veto que puede ser anulado por las dos terceras partes del Senado y de la Cámara de Representantes.

#### **4. COLOMBIA:**

##### **¿SISTEMA PRESIDENCIALISTA?**

El sistema de gobierno en Colombia, durante toda su historia, ha sido presidencial. En ese aspecto, se ha mantenido la influencia norteamericana. El presidente de la república es jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa.

En esa triple condición, le corresponde dirigir las relaciones internacionales y designar libremente a los agentes diplomáticos de la república en el exterior; actuar como jefe supremo de las fuerzas armadas; nombrar y separar libremente a los ministros y jefes de departamentos administrativos; presentar proyectos de ley a través de sus ministros; objetar, sancionar y promulgar las leyes; ejercer la potestad reglamentaria.

Otras funciones del gobierno: son crear, suprimir o fusionar empleos de la administración central, de acuerdo con la ley; ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos y sobre las instituciones de utilidad común; ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección y vigilancia de la educación y también sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquiera otra relacionada con el manejo de recursos captados del público; organizar el crédito público.

Durante los estados de excepción el presidente adquiere amplias facultades que le permiten dictar decretos que suspenden las leyes incompatibles con el estado de excepción por tiempo limitado, salvo los decretos del estado de emergencia que pueden tener vigencia permanente, con excepción de los que crean y modifican tributos, los cuales no podrán superar la siguiente vigencia fiscal.

Hay que señalar, además, que el presidente de la república tiene la potestad constitucional de intervenir en la designación de altos funcionarios de la rama judicial y de los órganos autónomos del Estado, así:

1. Nomina los candidatos para que el Senado elija tres de los nueve magistrados de la Corte Constitucional.
2. Integra en su totalidad la terna de la cual la Corte Suprema debe designar al Fiscal General de la Nación.
3. Designa uno de los miembros de la terna para Procurador General de la Nación, elección que debe efectuar el Senado.
4. Integra en su totalidad la terna de la cual la Cámara de Representantes elige al Defensor del Pueblo.
5. Designa libremente cinco de los miembros de la junta directiva del Banco de la República.

#### **4.1 Lo que se entiende por presidencialismo**

Ante el cúmulo de facultades de que dispone y el extraordinario poder que de ellas dimana, se suele afirmar que el sistema de gobierno colombiano no es propiamente presidencial sino presidencialista. Pero ¿qué se entiende por esto último? Definitivamente, una deformación de un modelo tipo que no es otro que el existente en Estados Unidos.

El profesor SÁCHICA sostiene que hay presidencialismo cuando el gobierno se convierte en colegislador, sin una oposición definida, sin controles políticos efectivos, lo que en la práctica se traduce en un sistema de poder personalizado y concentrado de tipo caudillesco,



en el que se borran las fronteras entre las ramas del poder y la presidencia se convierte en el eje del Estado<sup>3</sup>.

Naranjo Mesa, por su parte, afirma que el presidencialismo se da cuando el presidente ostenta una concentración de poderes muy acentuada que conduce en ocasiones a que el gobierno ejerza el poder legislativo, lo que equivale a la dictadura, pero también cuando la constitución confiere excesivos poderes al gobierno, en desmedro del parlamento, o cuando los gobiernos abusan de las facultades constitucionales o legales en materia legislativa<sup>4</sup>.

Con la reforma constitucional de 1968 se llegó en Colombia a un elevado grado de concentración de poderes en cabeza del presidente de la República. En efecto, se hizo allí una redistribución de funciones entre el poder ejecutivo y el legislativo que alteró en forma protuberante el equilibrio de poderes en detrimento del Congreso y produjo una situación que merece ser calificada como hipertrofia presidencialista.

Es de anotar que en la Constitución de 1991 se han morigerado los poderes atribuidos al presidente en la constitución anterior. Sin embargo, se mantiene un fuerte acento en las atribuciones del poder ejecutivo frente a los demás órganos del poder público, lo que permite afirmar que, en comparación con el modelo norteamericano, el nuestro puede ser denominado como régimen presidencialista.

## 4.2 La crisis del sistema presidencial

El sistema presidencial de gobierno es minoritario en el mundo. Tan solo existe en Estados Unidos, los países de América Latina y Filipinas: 19 Estados en total, según las cuentas de Sartori<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sáchica Luis Carlos, *Derecho constitucional general*, 3ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1997, p. 101.

<sup>4</sup> Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, cit., p. 309.

<sup>5</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 189 y 190.

El modelo que se ha seguido en nuestras latitudes es el norteamericano. En ese país ha funcionado, a pesar de que con frecuencia el presidente se ve obligado a gobernar con un congreso en donde no tiene mayoría y en donde está sometido a negociar, incluso con los congresistas de su partido. Se afirma que el presidencialismo estadounidense ha sido posible por tres factores: (i) falta de principios ideológicos; (ii) partidos débiles e indisciplinados, y (iii) predominio de una política centrada en los asuntos locales<sup>6</sup>.

La experiencia en América Latina ha sido nefasta. Durante los siglos XIX y XX los países latinoamericanos pasaron por toda clase de vicisitudes: gobiernos de caudillos intolerantes, guerras civiles, golpes de Estado, dictaduras militares y, de cuando en vez, gobiernos democráticos. La honrosa excepción de una historia tan traumática ha sido Costa Rica. La permanente inestabilidad de la vida institucional colombiana, atribuida al sistema presidencial, fue descrita de manera profusa por Vázquez Carrizosa<sup>7</sup>.

Acontecimientos recientes en América Latina han puesto de presente la problemática que gira alrededor del sistema de gobierno. Los bloqueos de gobernabilidad, la escasa legitimidad, el excesivo control de los poderes públicos son, entre otros, problemas, generalmente combinados, que se han venido presentando en los últimos tiempos en México, Perú, Argentina, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Nicaragua y demás países centroamericanos.

Lo que resulta del análisis de la problemática continental es la idea de que el sistema de gobierno presidencial no es la fórmula institucional adecuada para hacerle frente a los graves problemas institucionales que se presentan tanto en Colombia como en el resto de América Latina. Las grandes fallas del sistema presidencial se expresan en:

---

<sup>6</sup> Ibidem., p. 104.

<sup>7</sup> Vázquez Carrizosa, Alfredo, *El poder presidencial en Colombia*, Bogotá, Enrique Dobry editor, 1979.

1. Gobiernos autoritarios que tienden a la concentración del poder en detrimento de la democracia y el pluralismo.
2. Serios bloqueos de gobernabilidad que obligan a los gobiernos a pactar, a como dé lugar, con los congresistas, con la consiguiente afectación de los planes de gobierno.
3. La deslegitimación del Congreso de la República, ente que carece de credibilidad y de confianza en la opinión pública.
4. La debilidad de los partidos políticos, la que los conduce a prácticas clientelistas y corruptas, no tanto del partido en sí, como de los políticos que lo integran.

## 5. PROPUESTA DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

El debate previo a la reforma constitucional que dio vía libre a la entonces reelección presidencial inmediata (A.L. 02 de 2004) fue ocasión propicia para que se reeditara una antigua propuesta dirigida a la adopción en Colombia del sistema parlamentario de gobierno. Hace más de un siglo había sido sugerida por el general Rafael Uribe Uribe y muchos años después, por el expresidente Alberto Lleras Camargo.

La iniciativa partió en dicha oportunidad de la pluma del expresidente Alfonso López Michelsen. La idea fue respaldada por el jurista Tito Livio Caldas, quien al frente de un importante grupo de juristas y de politólogos realizó una entusiasta labor de defensa de las bondades del sistema parlamentario, a través de análisis y comentarios recogidos en un libro, junto con la sugerencia del expresidente López<sup>8</sup>.

La propuesta de remplazar el sistema presidencial por el parlamentario es altamente polémica. Existen serios argumentos a su favor y otros, también serios, en su contra. Aunque su análisis y

---

<sup>8</sup> López Michelsen, Alfonso; Caldas, Tito Livio y otros, *El sistema parlamentario, el mejor gobierno para Colombia*, Legis, Bogotá, 2004.

ponderación corresponde más a la ciencia política que al derecho constitucional, resulta de gran interés examinar aquí, en forma somera, los argumentos que sostienen las tesis encontradas, por la incidencia que el cambio del sistema de gobierno tendría en la estructura constitucional del Estado colombiano.

### 5.1 Argumentos a favor

1. Se propone el sistema parlamentario como una alternativa frente a lo que López Michelsen considera la asfixia que produce “el exceso de poderes con que cuenta el jefe del Estado”<sup>9</sup>.
2. Se garantiza la continuidad de los buenos gobiernos, ya que el sistema permite permanecer en el poder a un jefe del gobierno que tenga amplio respaldo popular, sin necesidad de someterse a los rígidos períodos fijos del sistema presidencial.
3. Se asegura la gobernabilidad, porque el primer ministro debe contar necesariamente con las mayorías en el congreso, lo que evita que el gobierno y el parlamento marchen por caminos divergentes. Se logra, además, una mayor flexibilidad para superar las crisis políticas.
4. El sistema parlamentario le devolvería al congreso el prestigio perdido en las últimas décadas, porque crea un mejor ámbito de actuación de los partidos políticos, permite un efectivo control político sobre el gobierno, posibilita la oportuna denuncia de la corrupción administrativa y ofrece a la oposición reales alternativas de poder.
5. El régimen de partidos, propio del sistema parlamentario, hace menos viable el caudillismo. Conduce a que las ideas partidarias primen sobre la imagen de los jefes. Quien gana las elecciones no es el líder candidato, como en el sistema presidencial, sino el partido del líder, quien en tal carácter asume la jefatura del gobierno y no puede distanciarse del partido que representa.

---

<sup>9</sup> Ibidem., p. 15.

## 5.2 Argumentos en contra

1. El peso histórico del sistema presidencial, que se remonta a los orígenes mismos de la república y se ha mantenido sin solución de continuidad hasta nuestros días. Cambiar una tradición con tanta raigambre en el acontecer político, por un sistema desconocido en el medio y del cual solo se tiene una información lejana y fragmentada, no es dificultad de poca monta.
2. El sistema parlamentario es percibido en nuestro medio de manera negativa. Algunos antecedentes en Europa generan inquietud. Durante los doce años que duró la Cuarta República Francesa, de 1946 a 1958, su régimen parlamentario adoleció de una gran inestabilidad, hasta el punto de que en dicho lapso hubo veinte gabinetes ministeriales. Es proverbial, además, la inestabilidad de los gobiernos italianos de la posguerra. En contra de este argumento: la estabilidad del gobierno inglés, lo mismo que la del gobierno español después de 1978.
3. La debilidad orgánica y doctrinaria de los partidos políticos colombianos. Los partidos no se caracterizan por su disciplina y responsabilidad partidarias. Los partidos tradicionales se desdibujaron a partir del Frente Nacional y se convirtieron en agrupaciones de dirigentes regionales y locales que operan como empresas políticas dedicadas, en su gran mayoría, a gestionar empleos y contratos para sus amigos y a repartir prebendas a cambio de apoyo electoral. Los nuevos partidos no se diferencian mucho de aquellos.
4. La tradicional composición bicameral del Congreso de la República, en el que ambas cámaras tienen funciones idénticas, con algunas pequeñas excepciones, es un factor que es propio del sistema presidencial y no cabe en el parlamentario. En los regímenes parlamentarios existe una cámara elegida por sufragio universal que es la que decide acerca del gobierno y de la cual surge el primer ministro. El senado solo cumple allí algunas funciones específicas que no inciden de manera directa en la conformación del gobierno.

5. A todo lo anterior hay que agregar el hecho de que la actual circunscripción nacional para la conformación del senado es un factor que en nada ayuda a la idea del sistema parlamentario, aunque a decir verdad, tampoco del presidencial. El senado fue creado en la constitución norteamericana como una institución representativa de los estados miembros y la igualdad numérica de senadores fue una condición necesaria para lograr que los Padres Fundadores se pusieran de acuerdo en el modelo de Estado federal que finalmente se instauró allí.

En Colombia, el senado ha sido transformado en una corporación legislativa ajena en su conformación a las regiones, con una forma de elección insólita que perturba la consolidación de los partidos políticos porque convierte a los candidatos a senadores en pequeños líderes nacionales, desvirtuándose así la función que universalmente se les ha asignado, la de ser genuinos voceros de su provincia, departamento o Estado.

## **5.3 Ponderación de la propuesta**

### ***5.3.1 Gobernabilidad y estabilidad***

La gobernabilidad democrática presenta serios problemas en el sistema presidencial que se traducen, unas veces, en autoritarismo (dictaduras o semidictaduras) y otras, en debilidad gubernamental. Sartori sostiene que el principio de la separación de poderes es el que “mantiene a los presidencialismos de la América Latina en una perenne e inestable oscilación entre el abuso del poder y la falta del mismo<sup>10</sup>”. Del primero de los fenómenos está plagada la historia latinoamericana; del segundo, no faltan los ejemplos.

La debilidad del gobierno está relacionada, la mar de las veces, con el bloqueo por parte del legislativo, lo que obliga al presidente a negociar con los congresistas y atender sus exigencias particulares, con la consiguiente imposibilidad para realizar una eficiente labor de

---

<sup>10</sup> Sartori, ob. cit., p. 110.

gobierno. Las consecuencias son: altos niveles de impopularidad que llegan hasta índices de favorabilidad de un solo dígito y crecientes conflictos sociales acompañados de intensos y graves disturbios.

La supuesta estabilidad del sistema presidencial es una falacia. En los gobiernos autoritarios se logra, con serias limitaciones de los derechos de libertad y afectación de la democracia, pero la historia demuestra que tarde o temprano se hace evidente la insatisfacción popular que, por lo general, irrumpe de un momento a otro, de manera estrepitosa y casi siempre violenta.

Los gobiernos débiles, por su parte, generan una estabilidad paralizante que se manifiesta en la difusa presencia de un Estado agarrado por los conflictos de poder y por la falta de respuestas a las exigencias de los gobernados. Con un agravante: no hay forma de deshacerse constitucionalmente de un mal gobernante; debe esperarse a que termine su mandato.

Bajo un sistema parlamentario funcional, no bajo el gobierno por asamblea, es posible una mayor estabilidad y una mejor gobernabilidad<sup>11</sup>. Desaparece el problema de la representación concurrente de la soberanía popular entre dos instituciones que derivan su mandato del mismo pueblo. El pueblo elige directamente el parlamento y el jefe del partido que logre aglutinar a su alrededor la mayoría parlamentaria, se convierte en jefe del gobierno, generalmente, como primer ministro. La corresponsabilidad y la solidaridad evitan el bloqueo del parlamento a la labor de gobierno.

El parlamentarismo permite morigerar la pugnacidad en la lucha por el poder político. Las elecciones presidenciales de México de julio de 2006, definidas por una diferencia mínima de votos, crearon una muy difícil situación política, al asumir el candidato perdedor la actitud de desconocer las decisiones constitucionalmente adoptadas por las autoridades electorales y al llamar a sus electores a la desobediencia civil. En Costa Rica, una situación electoral similar puso en peligro la tradicional estabilidad política de ese país.

---

<sup>11</sup> Sobre el alcance de estos conceptos véase: *Sartori*, *Ibidem*, pp. 125-132.

En el sistema parlamentario se evita la situación del todo o nada, propia del sistema presidencial. El partido que quede de segundo en las elecciones puede conformar el gobierno o hacer parte de él, si se dan las alianzas que así lo permitan. El caso de las elecciones parlamentarias en Alemania es ejemplar. Desde el año 2005, cuando todo indicaba que los resultados electorales bastante parejos provocarían una grave parálisis del gobierno, el problema se resolvió con un pacto entre los dos grandes bloques de partidos en disputa que permitió que la dirigente de la Unión Democrática Cristiana, Angela Merkel, se convirtiera en Canciller de Alemania y que en el gabinete ministerial tuvieran una significativa participación sus adversarios, los socialdemócratas. Esa coalición se reeditó en 2013 y en 2017. Lo que le ha permitido a Ángela Merkel gobernar Alemania con estabilidad y con una eficacia que Europa y el mundo entero le han reconocido.

### *5.3.2 Flexibilidad y fortaleza del sistema*

Frente a la rigidez del sistema presidencial, que lo hace lento y pesado, se presenta como alternativa la flexibilidad del sistema parlamentario. Como el gobierno depende del parlamento, ya que no solo le debe dar el visto bueno a su conformación, sino que podrá, en todo tiempo, dar por terminado su mandato, hay un control político inmediato y directo, y, por tanto, un claro compromiso con el éxito de la labor del ejecutivo. Esa flexibilidad y esa corresponsabilidad permiten otorgar al gobierno, en forma oportuna y con menos aprehensión, herramientas eficaces para hacerle frente a situaciones difíciles de cualquier naturaleza.

No tiene fundamento la tesis de que el sistema presidencial es más adecuado para enfrentar problemas graves de orden público, como los que aquejan a Colombia. La experiencia internacional de las últimas décadas indica todo lo contrario. A partir de 1968, el parlamento federal alemán adoptó una serie de medidas draconianas de orden público con las cuales se pudo enfrentar y derrotar las acciones de la Fracción del Ejército Rojo, organización terrorista mejor conocida como la banda Baader-Meinhof. En Italia sucedió algo parecido en los años 70 y 80. El gobierno fue dotado



de facultades excepcionales contenidas en leyes antiterroristas para hacerle frente a las Brigadas Rojas, responsables del asesinato del ex primer ministro Aldo Moro.

En Canadá, en 1970, el primer ministro Pierre Trudeau invocó la Ley de Medidas de Guerra para permitir que el gobierno federal saturara de tropas la región de Montreal, con el propósito de localizar a los activistas del *Front de Libération de Québec*, acusados de realizar actividades terroristas. También con leyes excepcionales, el gobierno de Japón afrontó con éxito las actividades terroristas del llamado Ejército Rojo Japonés.

Los anteriores ejemplos, entre muchos otros, ponen de presente que el sistema parlamentario tiene mejores posibilidades de hacerle frente a las actividades terroristas que el presidencial. La razón: existe menos desconfianza para otorgar facultades excepcionales al gobierno en un régimen parlamentario, por el control político inmediato y directo que el parlamento ejerce sobre el gobierno. No tiene asidero, pues, la afirmación de que en el sistema parlamentario el gobierno es necesariamente débil.

### 5.3.3 *El gobierno de partidos*

Todo indica que el principal obstáculo frente a la viabilidad de la propuesta del sistema parlamentario reside en la extrema debilidad de los partidos políticos colombianos, lo que *prima facie* los descalificaría para un gobierno de partidos. La falta de solidez doctrinaria y de disciplina partidaria hacen que sea válido afirmar que en Colombia no hay partidos políticos sino políticos matriculados en partidos.

Esa situación dificulta enormemente la labor de gobierno. La ausencia de un verdadero proyecto colectivo convierte a los partidos en una añadidura de líderes regionales que requieren de dádivas burocráticas y presupuestales para mantener su propio electorado. Éstas se consiguen negociando al menudeo con el gobierno.

Es obvio que con partidos así es difícil pensar en el sistema parlamentario. Sin embargo, el planteamiento puede invertirse. En el

sistema presidencial los partidos carecen de incentivos para una franca y leal cooperación con el gobierno. Los líderes utilizan la fuerza política que genera el candidato a la presidencia para hacerse elegir al congreso y luego toman calculada distancia para precaver sus propios intereses. Es más, a los pocos meses de iniciado el gobierno que dicen respaldar, comienzan a realizar jugadas políticas con la mira puesta en el siguiente período presidencial, sin dejar de negociar con el presidente en ejercicio.

En el sistema parlamentario la cosa es diferente. El líder del partido triunfante asume el gobierno y sigue siendo el jefe del partido. Los intereses del partido y de sus dirigentes rebasan los estrechos márgenes del menudeo regional y local y se centran en los grandes problemas nacionales que pasan a ser problemas del partido. Es cierto que habrá siempre competencia interna entre los líderes partidarios, pero ellos no podrán apostarle al fracaso del gobierno del que hacen parte, porque eso significaría apostarle al fracaso de sus propias aspiraciones.

La conclusión es que los partidos políticos, para ser verdaderamente tales, requieren del sistema parlamentario. Las reformas políticas contenidas en los Actos Legislativos 01 de 2003, 01 de 2009 y 02 de 2015 apuntan hacia el fortalecimiento de los partidos, los que podrían tomarse como pasos iniciales hacia el parlamentarismo.

Ahora bien, frente a la objeción de que los partidos políticos colombianos no están suficientemente preparados para dar el paso que indica la propuesta, debe decirse que nunca se está “suficientemente preparado” para dar ningún paso en la vida. Como muy bien lo dice el poeta Antonio Machado, “se hace camino al andar”.

#### *5.3.4 El peso de la tradición*

La tradición juega un rol muy importante en la vida de los pueblos; contribuye en forma significativa a la identidad nacional. Pero no se pueden rechazar *a priori* las propuestas que buscan solucionar problemas crónicos institucionales cuando éstos se agudizan.

La República de Colombia solo ha conocido el sistema de gobierno presidencial. Pero como ya lo vimos, la experiencia en ese sentido ha sido negativa desde el comienzo mismo de la vida independiente<sup>12</sup>. Tiene el pueblo colombiano, por tanto, el derecho y el deber de examinar la posibilidad de una opción que le ofrezca un mejor presente y un futuro más promisorio, en lo que tiene que ver con su sistema político.

En ocasiones, los pueblos se ven obligados a realizar virajes institucionales. Después de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa continental, con Alemania e Italia a la cabeza, optaron por abandonar el modelo francés de constitución y se enrumbaron por el sendero de la constitución normativa y garantista, con resultados cuya bondad nadie en su sano juicio puede desconocer.

Colombia no ha sido ajena a virajes radicales en el sistema político. El 1° de diciembre de 1957 adoptó, mediante plebiscito, el Frente Nacional, un sistema constitucional de reparto político del poder entre los partidos liberal y conservador, inédito en el mundo. El sistema adoptado permitió detener el desangre fraticida por razones del color político. El costo que se pagó fue el deterioro progresivo de los partidos políticos, pero hay que tener en cuenta que en ese momento la prioridad nacional era detener la guerra civil no declarada.

No menos trascendental ha sido el cambio constitucional operado en 1991. No solo se pasó al tipo de constitución normativa, jurídica, rompiendo con una tradición que venía desde que existe la república, sino que se implementaron instituciones anteriormente desconocidas en nuestro medio como la Acción de Tutela y la Corte Constitucional, para citar tan solo dos ejemplos.

La Acción de Tutela, tal como está diseñada en la constitución colombiana, no tiene parangón, por su celeridad y eficacia, con

---

<sup>12</sup> Un análisis exhaustivo de este tema se encuentra en Vázquez Carrizosa, *El poder presidencial en Colombia*, cit.

ninguna otra acción similar en el mundo, y nadie debería dudar de lo benéfica que ha resultado para la estabilidad de la democracia colombiana.

### *5.3.5 Una conclusión necesaria*

La propuesta del sistema de gobierno parlamentario es perfectamente viable y se impone, además, como necesaria. Sin embargo, no puede ser tenida como una panacea. No puede pretenderse que los meros cambios en la estructura orgánica del Estado sean la solución a los problemas de gobernabilidad con democracia. Hay un problema de fondo que tiene que ver con el respeto a las reglas de juego consignadas en la Constitución de 1991, la que optó por asumir un carácter jurídico y sobre esa base lograr la construcción, día tras día, del Estado social de Derecho.

En relación con este tema del sistema parlamentario, hay que decir que no se conocen propuestas concretas de la forma como debe ser reconfigurada la estructura de poder del Estado bajo un sistema parlamentario. La modificación del sistema de gobierno tiene que ir acompañada del fortalecimiento de la cultura política de la población; de la profundización en su seno del llamado *sentimiento constitucional*.

Debe tenerse en cuenta que cualquier reforma institucional requiere para su éxito que se extienda de manera significativa en todos los sectores de la sociedad lo que Hesse llama la “voluntad de Constitución”, esto es, el respeto franco y permanente de las reglas de convivencia pacífica contenidas en la Constitución Política.





## Capítulo XV

# Del Estado de Derecho al Estado constitucional



## 1. CONCEPTO ORIGINAL DEL ESTADO DE DERECHO

La expresión *Estado de Derecho* fue creada por la teoría política alemana y ha tenido una afortunada carrera porque se la utiliza universalmente. Al éxito de esa expresión ha contribuido su ambigüedad, pues se la utiliza a la vez como un concepto meramente formal, hueco, sin contenido, y como un concepto que responde a un contenido material.

No hay discusión acerca de que la idea del Estado de Derecho surgió de la filosofía política de Kant, quien lo concibió como Estado de razón, esto es, como la condición *a priori* para una coexistencia libre a través del Derecho, entendido a su vez como una unión de hombres bajo las leyes, lo que conduce a que el Estado sea al mismo tiempo Estado de Derecho y Estado de justicia, por lo que no existe entre uno y otro antítesis, ni siquiera distinción, como lo sostiene Guido Fassó<sup>1</sup>.

Sin embargo, el formalismo extremo de la construcción política kantiana genera una ambigüedad tal, que permite sostener una opinión totalmente contraria, como la expresada por directa influencia de Kant, por uno de sus discípulos, para quien el objetivo básico de todo gobierno es abstenerse de buscar el bienestar de los ciudadanos, limitando su acción a lo que es necesario para la seguridad interna y externa, no restringiendo la libertad bajo ningún pretexto<sup>2</sup>.

Ahora bien, el concepto Estado de Derecho propiamente dicho, se le atribuye al jurista alemán Robert von Mohl, quien lo introdujo en la discusión general sobre la política y el Derecho del Estado en

---

<sup>1</sup> Citado por Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 218.

<sup>2</sup> Wilhelm von Humboldt, cit., *Ibidem.*, p. 219.



1829. Para dicho autor, el Estado de Derecho aparece como una nueva especie de Estado: el Estado de la razón, el Estado del entendimiento, en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general.

## 1.1 Fundamentos del Estado de Derecho

El Estado de Derecho se presenta entonces como el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres. Como lo señala Böckenförde, esta definición básica del Estado de Derecho incluye los siguientes aspectos:

1. La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado. El Estado no es una creación de Dios ni un orden divino, sino una comunidad al servicio del interés común de todos los individuos. El punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal es el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida. Promover esos objetivos es, precisamente, el porqué del Estado, el fundamento que lo legitima.
2. La limitación de los objetivos y las tareas del Estado a la libertad y a la seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a asegurar la libertad individual y a garantizar la posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo. Los objetivos incluyen también la defensa frente a los peligros y una exigencia de bienestar subsidiaria.
3. La organización del Estado y la regulación de la actividad del Estado según principios racionales. A ello responde el reconocimiento de derechos básicos de la ciudadanía como la libertad civil (protección de la libertad personal, religiosa, de conciencia, de prensa, de movimiento y la libertad de contratación y adquisición); la igualdad jurídica; la garantía de la propiedad adquirida; la independencia de los jueces; el gobierno constitucionalmente responsable; el dominio de la ley; la existencia de representación del pueblo y su participación en el poder legislativo<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 19.

## 1.2 Conceptos material y formal

Este concepto originario del Estado de Derecho se caracteriza porque no se deja reducir a la alternativa entre un Estado de Derecho material o uno formal. Representa un principio unitario que acuña al Estado tanto material como formalmente, razón por la cual se le considera como una nueva especie de Estado.

Tampoco permite diferenciar entre un concepto formal o material de la ley, sino que la ubica dentro de una categoría unitaria. En ella se vincula un aspecto material o de contenido con un aspecto formal o procedimental, en una unidad inseparable. La ley es una regla general que surge con el asentimiento de la representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad.

En ese mismo sentido se expresa el profesor Pérez Luño, quien advierte que en sus manifestaciones originales el concepto de Estado de Derecho no era una categoría puramente formal e indiferente respecto a los objetivos y contenido de la legalidad, a la que debía someterse en bloque la actividad política estatal.

Por el contrario, el Estado de Derecho nació como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. Para Von Mohl, el Estado de Derecho no tenía un significado abstencionista, sino que estaba comprometido a propiciar el bienestar de los ciudadanos y de los grupos intermedios a través de la legislación<sup>4</sup>.

## 2. FORMALIZACIÓN DEL CONCEPTO

El concepto original del Estado de Derecho fue sometido por la doctrina alemana a una reducción que lo llevó hacia un concepto

---

<sup>4</sup> Pérez Luño, ob. cit., p. 220.

meramente formal, como consecuencia de una tendencia dirigida a absolutizar la idea racional-formal y a resolver el equilibrio entre individuo y Estado a favor del Estado.

Bajo la influencia de Hegel, el Estado de Derecho se transforma en Estado ético, en el que se supeditan las libertades individuales a los fines del Estado. Hegel parte de la idea de que el Estado es un fin en sí mismo y la condición necesaria para la realización de la libertad, de lo que infiere que el Estado tiene un derecho supremo frente a sus componentes “cuyo deber básico es el de ser miembros del Estado”. El Estado no puede ser definido por un contrato y su esencia no consiste en la protección de la vida y la propiedad de sus individuos; “antes bien, el Estado es algo superior que reclama para sí esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de ellas”<sup>5</sup>.

La nueva concepción se ve reforzada con la influencia del positivismo jurídico formalista en la teoría alemana del Derecho Público. El Estado de Derecho dejará de ser entendido como un Estado limitado por la razón y pasará a convertirse en un Estado limitado por el derecho positivo, es decir, un Estado que se autolimita. El positivismo formalista se convierte en la teoría jurídico-política de la burguesía liberal, eliminando progresivamente del concepto de Estado de Derecho las exigencias de justicia y bienestar para los ciudadanos, de corte iusnaturalista.

Dentro de esa tendencia formalista, aparece la teoría del Estado de Derecho forjada por los maestros alemanes Mayer, Gerber, Laband y Jellinek, teoría que alcanza su punto más alto en la obra de Kelsen, la expresión más acabada del Estado liberal de Derecho, cuyas características fundamentales son<sup>6</sup>:

1. Una aparente despolitización del Estado, que, lejos de proponerse la realización de fines políticos propios, aparece como un mero instrumento neutro y disponible para asegurar el libre juego de los intereses económicos (*laissez faire, laissez passer*).

---

<sup>5</sup> Ibidem., p. 221.

<sup>6</sup> Ibidem., p. 222.

2. La tendencia hacia la identificación del concepto de Estado de Derecho con el principio de legalidad, lo que implica el sometimiento de la administración a la ley, así como la posibilidad del control jurisdiccional de sus actos. La supresión de cualquier referencia al contenido material de la legalidad termina por conducir a una identificación absoluta entre legalidad y Estado de Derecho o, lo que es igual, entre el Estado y el Derecho. De ahí resulta sencillo concluir, como lo hará Kelsen, que todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho.

El concepto formal del Estado de Derecho, que se reduce a la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal y que rechaza de forma categórica toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador, prevaleció en Alemania hasta el vergonzoso final de la República de Weimar, por cuenta del nazismo.

El fascismo no solo destruyó Alemania y gran parte de Europa; igualmente condujo al aniquilamiento de la teoría formalista del Estado de Derecho y del positivismo jurídico, los que no solo probaron ser incapaces de evitar tan monstruosa catástrofe, sino que, además, sirvieron de cómplices y facilitadores de esta, como lo demuestra la repudiable conducta de buena parte de los juristas alemanes de la época hitleriana, con Carl Schmitt a la cabeza.

### **3. HERENCIA DEL CONCEPTO FORMAL**

El derecho constitucional colombiano heredó del europeo el concepto formal del Estado de Derecho y con él, la supremacía de la ley. La ley era considerada como el eje alrededor del cual se configuraba todo el orden jurídico. Prevalecía en nuestro medio la idea de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) propuesta por Otto Mayer, que se expresaba en la fórmula que se hizo clásica:

1. La supremacía de la ley sobre la Administración.
2. La subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de poderes autónomos de la administración que puedan incidir sobre ellos.

3. La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado.

Las constituciones colombianas anteriores a la de 1991 se mantuvieron dentro de la concepción formal del Estado de Derecho. Su contenido recibía el tratamiento de un conjunto de normas políticas de organización del Estado que vinculaban especialmente al poder legislativo y carecían de eficacia jurídica directa.

Las normas sobre los derechos y garantías de los ciudadanos eran consideradas como meras cláusulas programáticas que debían ser desarrolladas por la ley para obtener la viabilidad de su aplicación. Se consideraba que el Derecho estaba en los códigos y en las leyes que los complementan.

El culto formalista a la ley codificada llegó a tal grado, que el Título III de la Constitución de 1886, el que se ocupaba de los derechos civiles y garantías sociales, fue incluido como parte integrante del Código Civil, por mandato del artículo 52 de la propia Constitución. ¿Cuál era la razón para ese contrasentido, esto es, insertar normas constitucionales, que son por su naturaleza de superior jerarquía, dentro de un ordenamiento de carácter legal, de inferior rango?

Como se señaló en el capítulo VI, no se trataba de ningún capricho del constituyente, ni de norma innecesaria o absurda. Lo que se buscaba era darles efectividad a los derechos dentro de la concepción de la hegemonía de la ley. Al estar incorporados en el Código Civil, los derechos quedaban insertos en la ley y podían ser aplicados por los jueces. El catálogo de derechos civiles constitucionales obtuvo de esa manera garantía de su predominio efectivo, no tanto por su origen constitucional, cuanto, por su incorporación a la ley, lo que le daba carácter normativo.

Sin embargo, como aquella parte de la constitución no contenía la definición de derechos subjetivos, sino declaraciones universales de derechos, derechos públicos subjetivos, derechos económicos y

sociales o programáticos y derechos políticos, no tuvo aplicación directa ni inmediata y por ello no se desarrolló una disciplina que permitiera la lectura judicial de esa parte de la constitución<sup>7</sup>.

#### **4. EL ESTADO MATERIAL DE DERECHO**

El rotundo fracaso del positivismo jurídico, y consiguientemente el del concepto formal del Estado de Derecho, condujeron a un profundo replanteamiento de la Teoría del Estado en Europa, a partir de la segunda posguerra mundial. Surgieron entonces dos tendencias que de ninguna manera se excluyen, sino que, por el contrario, se complementan: (i) a favor de un concepto material del Estado de Derecho, en lugar del concepto formal, y (ii) hacia la creación de un nuevo tipo de Estado, el Estado social de Derecho como sustitución del Estado liberal de Derecho.

Ambas tendencias adoptaron como presupuesto básico el dejar de lado el Estado legislativo (supremacía de la ley) y acoger como nuevo paradigma el Estado constitucional (supremacía de la constitución). El Estado social de Derecho será estudiado en el próximo capítulo; nos corresponde ahora analizar el significado del Estado material de Derecho.

El concepto Estado material de Derecho se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del Derecho, y porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientado solo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino también a establecer una situación jurídica justa en sentido material.

La constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del

---

<sup>7</sup> Ortiz, Julio César, “Las modernas tendencias del Derecho del Estado y la interpretación de la Constitución de 1991”, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Diké, 1994, p. 43.

dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los valores fundamentales del orden de la vida en común<sup>8</sup>.

#### 4.1 Polémica sobre el Estado material de Derecho

Böckenförde critica esta tendencia y afirma que con ella se abre paso a una nueva concepción totalitaria, pues si las prescripciones materiales de una constitución se entienden como un *orden objetivo de valores*, entonces ese sistema de valores ha de tener validez para todos los ámbitos del Derecho. Afirma que, de acuerdo con la lógica propia de una concepción vinculada a valores y a la justicia, la constitución concebida desde el principio del Estado material de Derecho incluye en sí la pretensión de una validez incondicionada, que se extiende a todos los ámbitos de la vida social, con lo que ella sanciona así unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica general, y discrimina a las que se oponen a ella<sup>9</sup>.

En forma contraria se expresa Benda, para quien la concepción totalitaria decisionista no es compatible con la decisión a favor del Estado material de Derecho. Sostiene que para que puedan imponerse realmente los principios fundamentales, éstos deben disponer de un rango superior al de las decisiones de la mayoría parlamentaria del momento. La voluntad popular representada en el legislativo no tiene una validez absoluta y sin límites, sino únicamente en la medida en que no entre en colisión con un derecho de rango superior, esto es, con el derecho constitucional.

Advierte, eso sí, que la democracia se ahogaría si las decisiones constitucionales adoptadas no dejaran margen suficiente de configuración a la política, razón por la cual la constitución debe esforzarse en lograr un cierto equilibrio. Afirma que determinados principios fundamentales deben ser respetados porque parecen irrenunciables, pero el debate político debe discurrir permitiendo tener en cuenta el cambio de las circunstancias y de las ideas<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., p. 40.

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 41.

<sup>10</sup> Benda, *El Estado social de Derecho*, cit., p. 490.

## 4.2 Se amplía la recepción del concepto material

El concepto material del Estado de Derecho fundado en valores ha venido ganando un amplio consenso en el derecho constitucional contemporáneo, en la medida en que crece el rechazo a la idea de un Estado de Derecho meramente formal y desprovisto de contenido material.

En esa tendencia se inscribe la Constitución de 1991, al acoger la opción por el Estado social de Derecho, el que se identifica con la democracia participativa, el pluralismo, el respeto de la dignidad humana, la garantía de los derechos fundamentales y la división de poderes.

La consideración de la Constitución como norma jurídica suprema, *norma de normas* (art. 4º), se traduce en el hecho de que el sometimiento del Estado al Derecho (Estado de Derecho) es el sometimiento del Estado y del Derecho a la constitución, como lo resalta el profesor Aragón Reyes. El imperio del Derecho no es ya el imperio de la ley sino el imperio de la constitución; la garantía de la libertad no residirá en el principio de legalidad, sino en el principio de constitucionalidad. Estado de Derecho no coincidirá, pues, con Estado legal, sino, exactamente, con Estado constitucional<sup>11</sup>.

## 5. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El profesor italiano Zagrebelsky sostiene que quien examine el Derecho de nuestro tiempo no conseguirá descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de Derecho legislativo, lo que lo lleva a pensar en que se ha presentado un auténtico cambio genético que se expresa en la fórmula *Estado Constitucional*. Afirma que la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación y, por tanto, de subordinación a un estrato más alto del Derecho, el establecido por la constitución.

---

<sup>11</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 69.



Zagrebelsky realizó el ejercicio de comparar las características del Estado de Derecho del siglo XIX con las del actual Estado constitucional y comprobó, de esa manera, la profunda transformación operada<sup>12</sup>. Al confrontar esos argumentos con nuestra realidad jurídico-política se puede apreciar con bastante claridad el paso operado en Colombia del Estado de Derecho al Estado Constitucional, como se verá a continuación.

## 5.1 La ley, la Administración y los ciudadanos

Comienza Zagrebelsky por advertir que ese viejo principio del Estado de Derecho según el cual los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido por la ley, mientras que la administración está limitada en su actuación por lo que la ley expresamente autorice, carece de exactitud en las dos direcciones.

Veamos: la administración realiza hoy complejas tareas de gestión que requieren grandes aparatos organizativos y frente a esas tareas actúa conforme a reglas empresariales de eficiencia. En el desarrollo de las mismas, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa tiende a desaparecer. La ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en la persecución del interés público que la anima. Para todo lo demás, la administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental.

Eso exactamente es lo que sucede en Colombia en organismos autónomos especiales de la mayor importancia como el Banco de la República, responsable de la regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito. La amplia gama de posibilidades en la toma de decisiones y en la ejecución de actos propios por parte del Banco, se asemeja a la que se presenta en las entidades privadas. Lo mismo puede decirse de las empresas industriales y comerciales del Estado y de los establecimientos públicos descentralizados, entes que gozan de autonomía administrativa y financiera.

---

<sup>12</sup> Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 33.

La relación entre los particulares y la ley presenta también notorios cambios. En vastos sectores del Derecho ya no tiene vigencia aquello de que la autonomía del particular es regla general y la restricción legal es excepcional. En los campos de la actividad empresarial especialmente sensibles por su impacto social, como el manejo del ahorro privado, por ejemplo, rige el principio general de la prohibición, si no hay licencia previa de la administración.

Es mucho más notoria la desaparición de la libertad de gestión de los particulares cuando se trata de bienes de interés colectivo que son escasos, como los recursos naturales no renovables, y los que afectan el medio ambiente. En relación con esas materias existen prohibiciones generales y autorizaciones excepcionales.

Debe concluirse, pues, que la regla liberal clásica según la cual, las actividades privadas siempre son lícitas si no están expresamente prohibidas por la ley, perdió su carácter de regla general: en muchos casos, opera la presunción contraria.

## **5.2 Reducción de la generalidad y abstracción de las leyes**

Zagrebelsky recuerda que la generalidad y la abstracción de las leyes son características esenciales del Estado de Derecho. La generalidad significa que la ley se hace para todos y no para una parte de los ciudadanos, lo que limita la posibilidad de una utilización desbocada del poder legislativo. Es también premisa de la separación de poderes, ya que, si las leyes se dirigieran a ciudadanos concretos, sustituirían los actos de la administración y las sentencias de los jueces. Además, la generalidad constituye garantía de imparcialidad del Estado frente a los miembros de la sociedad, lo mismo que de su igualdad jurídica.

La abstracción hace referencia a la generalidad en el tiempo, es decir, al presupuesto de que las normas legales están dirigidas a valer indefinidamente. Los supuestos de hecho son hipótesis abstractas, válidas en cualquier tiempo. La abstracción de la ley en el Estado

de Derecho responde a las exigencias de la sociedad liberal, la que reclama seguridad jurídica, certeza y previsibilidad del Derecho.

Esas características de generalidad y abstracción han sufrido deterioro en los tiempos actuales. Se presenta una dispersión del derecho legislado, debido a la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, leyes de reducida generalidad y muy bajo nivel de abstracción. Las normas de contenido general y abstracto resultan insuficientes para hacerles frente a las nuevas responsabilidades estatales y para satisfacer las innumerables exigencias de nuevos actores sociales que cuentan con fuerza suficiente para lograr leyes que los favorezcan.

En Colombia se encuentran muchos ejemplos que comprueban la situación planteada: leyes dirigidas al ejercicio de determinadas profesiones; leyes para damnificados por un desastre natural, con vigencia limitada en el tiempo y aplicable solo en los lugares afectados; leyes para comunidades étnicas minoritarias; leyes para personas con discapacidad; en fin, leyes de todo tipo, dirigidas a resolver problemas singulares, concretos y específicos.

### **5.3 Heterogeneidad del Derecho en el Estado Constitucional**

El Estado de Derecho aseguraba la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal. Ello era posible por el control por parte de ésta de los medios de producción en una sociedad predominantemente capitalista, lo que le permitía un ejercicio monopolista de la política y de la labor legislativa. Dice al respecto el profesor Sábica:

“El Estado de Derecho no es solo una determinada estructura del Estado, sino un Estado informado por la ideología liberal a cuyo servicio se crea aquella determinada estructura; el Estado de Derecho es, en este sentido, la traducción jurídica de la democracia liberal, con la pretensión de tener un valor absoluto como forma definitiva

del Estado. Es pues, un concepto sociológico político concreto, un momento histórico de la evolución del Estado<sup>13</sup>.

La expresión jurídica de esa hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos. La ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político social e ideal, definido y homogéneo. La coherencia era un elemento básico del edificio jurídico, lo que hacía posible una interpretación fundamentada en el análisis sistemático y en la analogía.

Todo ello permitía reconocer la existencia de un ordenamiento jurídico sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional liberal. La ley por excelencia era el código, cuyo modelo histórico ha sido el Código Civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley<sup>14</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado de Derecho aparece identificado con el positivismo jurídico, entendido éste como la ciencia de la legislación positiva, lo que supone la reducción de todo lo que pertenece al mundo del Derecho, esto es, los derechos y la justicia, a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación nos lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador<sup>15</sup>.

La situación ha cambiado. Ya la ley no expresa los intereses hegemónicos de la burguesía de la misma manera que en el pasado. La ley dejó de ser la expresión de una sociedad política internamente coherente, para pasar a ser instrumento de confrontación y objeto de competencia en el seno de la sociedad. Existen otras fuerzas sociales

---

<sup>13</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 11ª ed., Bogotá, Ed. Temis 1994, p. 67.

<sup>14</sup> Zagrebelsky, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p. 33.

y políticas que han logrado acceso al Estado, favorecidas por la eliminación de las restricciones que convertían el derecho al voto en un derecho de contenido económico, las que buscan protección mediante nuevas reglas e intervenciones jurídicas.

Ese cambio de situación también se puede apreciar entre nosotros con la aparición de una amplia legislación laboral proteccionista, lograda gracias a la actividad combativa de las organizaciones sindicales y populares. Otros ejemplos se encuentran en las leyes de protección del medio ambiente, de defensa de los consumidores y de los usuarios de los servicios públicos, de los derechos de las minorías. Todas esas leyes son producto de presiones coaligadas de diferentes sectores de la sociedad, con variadas motivaciones.

La ley es cada vez más el resultado de acuerdos y compromisos entre fuerzas distintas, con intereses diversos. Ese carácter transaccional se refleja en una legislación que ya no es coherente sino, por el contrario, dispersa y muchas veces contradictoria. La necesidad de lograr acuerdos lleva a que todo sea susceptible de negociación para los viejos y nuevos actores de la actividad política y social.

Hoy se debe descartar completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes normativas territoriales y sectoriales, consideradas en su conjunto, constituyen de por sí un ordenamiento jurídico, como sucedía en el pasado, ya que les faltan homogeneidad y coherencia<sup>16</sup>.

## **6. FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CONSTITUCIÓN**

La pérdida de vigencia del principio de legalidad como factor de unificación y coherencia del ordenamiento jurídico pone de presente la insuperable crisis del Estado de Derecho decimonónico. A esa situación se le ha venido haciendo frente otorgándole a la constitución valor normativo, lo que la convierte en un Derecho jerárquicamente superior, con fuerza obligatoria para el legislador,

---

<sup>16</sup> Ibidem., p. 39.

los jueces, la administración y los particulares. Se la dota, además, de principios y valores fundamentales sobre los que se genera un amplio consenso social.

Con la constitución jurídicamente vinculante se busca evitar que el pluralismo, pilar insustituible de la democracia contemporánea, degenera en anarquía normativa como resultado de las contradicciones entre los diferentes grupos sociales. La garantía para lograrlo es acordar zonas dentro de la constitución indisponibles para el legislador y para todos los demás órganos del poder público, vale decir, estructuras normativas necesarias para asegurar la convivencia pacífica, las cuales no pueden ni deben ser afectadas por las mayorías ocasionales.

De esta manera, el principio de legalidad cede su lugar al principio de constitucionalidad y el Estado de Derecho deviene en Estado Constitucional. Al respecto, Zagrebelsky sostiene:

“La ley, en un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad<sup>17</sup>”.

Coincide con ese criterio el maestro García de Enterría, quien sostiene que el poder legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnares, 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, la constitución, receptora y reguladora de los verdaderos valores superiores en que una

---

<sup>17</sup> Ibidem., p. 40.

comunidad se funda y sobre los cuales, frente a cualquier otra instancia, ha de funcionar<sup>18</sup>.

Tenemos entonces que en el Estado constitucional la constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad política. Como lo señala Hesse, ella fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se han de asumir las tareas del Estado; contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la comunidad; regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal; crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. Sus normas abarcan también las bases de la ordenación de la vida no estatal, lo que se manifiesta en garantías a la familia, el matrimonio, la propiedad, la educación, la libertad del arte y de la ciencia<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 42.

<sup>19</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 16.



## Capítulo XVI

# El Estado Social de Derecho





## **1. ANTECEDENTES**

La Constitución de 1991 se inicia con la caracterización de Colombia como un Estado social de Derecho. Esto se debe a que se trata, sin lugar a duda, del primero de los principios fundamentales; el que sirve de marco general a las instituciones constitucionales; el que debe orientar todo el amplio espectro del ordenamiento jurídico. Es una fórmula constitucional que debe ser entendida como la conjunción inescindible del Estado de Derecho con la idea de Estado social.

Desde la perspectiva histórica, hay que mencionar que el Estado social de Derecho surgió como una respuesta a la crisis sociopolítica del Estado liberal, comenzada a mediados del siglo XIX y agudizada a comienzos del XX. Dos aspectos centrales del Estado liberal de Derecho fueron los principales responsables de la crisis: el individualismo y el abstencionismo estatal. Gracias a ellos, la situación de los trabajadores llegó a niveles infrahumanos, los que la literatura naturalista del siglo XIX describió en patéticas y estremecedoras páginas<sup>1</sup>. La reacción de los obreros fue contundente: combativas huelgas y revoluciones de tipo social sacudieron a Europa y a Norteamérica. El enorme despliegue de las luchas obreras puso a temblar las estructuras del sistema capitalista y provocó grandes cambios institucionales.

### **1.1 Respuesta a la crisis del Estado liberal**

La crisis del Estado liberal hizo que fuera necesario diseñar políticas de bienestar social, inicialmente como un paliativo frente a la dura

---

<sup>1</sup> Una de las obras más famosas de esa corriente literaria es *Germinal*, de Emilio Zola, en la que describe las terribles condiciones en que vivían y trabajaban los mineros franceses de su época.

situación de los trabajadores y de otros sectores de la sociedad. Las primeras reformas sociales proteccionistas se dieron en Alemania durante el gobierno del célebre canciller del káiser Guillermo I, Otto von Bismarck, dentro del marco de una política dirigida a apaciguar las protestas populares y ante el temor a la revolución socialista, como lo sostiene Galbraith<sup>2</sup>.

Unas décadas más tarde, la Constitución de Weimar, en la misma Alemania, reconoció una serie de derechos sociales y económicos, los que, ante la ausencia de instrumentos jurídicos que pudieran hacerlos efectivos, quedaron reducidos a simples cláusulas programáticas.

Hay que recordar que uno de los episodios más dramáticos del viraje hacia una orientación económica de corte intervencionista, con el objeto de consagrar medidas de protección para los sectores más débiles de la sociedad, se dio en Estados Unidos con la política del *New Deal*, promovida por el presidente F. D. Roosevelt y dirigida a conjurar los devastadores efectos de la crisis económica general de 1929. El objeto principal de la política económica de F. D. Roosevelt se centró en la construcción del Estado de Bienestar (*Welfare State*), sobre la base de las orientaciones del economista Keynes, fórmula que tiene puntos de contacto con el Estado social de Derecho, sin que se les pueda confundir.

## 1.2 El origen del concepto

La formulación de la idea del Estado social de Derecho se debe al jurista socialdemócrata alemán Hermann Heller, quien lo utilizó por primera vez en un trabajo titulado *¿Estado de Derecho o dictadura?*, publicado en 1929, en el que sostuvo que Alemania estaba enfrentada a una crisis de la democracia y del Estado de Derecho al que se le debía salvar no solo de la inminente dictadura fascista, sino también de la degeneración a la que lo habían conducido el positivismo jurídico y los intereses de los estratos dominantes.

---

<sup>2</sup> Galbraith, John Kenneth, *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 229.

Afirmó Heller que la solución no estaba en renunciar al Estado de Derecho sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Señaló que solo el Estado social de Derecho podía ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, solo ese nuevo tipo de Estado podía ser la vía política para salvar los valores de la civilización<sup>3</sup>.

El concepto fue elevado a canon constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en la escueta fórmula consagrada en el artículo 20, en donde se define a Alemania como un Estado federal, democrático y social. Pasó luego a la Constitución española de 1978 con una elaboración más precisa, consignada en el artículo 1º, en el que se prescribe que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Colombia insertó ese principio en el artículo 1º de la Constitución de 1991.

El profesor García-Pelayo sostiene que el Estado social de Derecho representa históricamente el intento de adaptación del Estado liberal burgués a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos<sup>4</sup>.

## **2. SIGNIFICADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La fórmula Estado social de Derecho ofrece dificultades por su vaguedad e imprecisión. Fusiona dos conceptos disímiles en uno nuevo: (i) Estado de Derecho, caracterizado por el sometimiento del Estado al Derecho, y (ii) Estado social, un término afectado de polisemia, al que le cabe una gran cantidad de contenidos enmarcados en la denominación genérica de derechos sociales. Sin embargo, la

---

<sup>3</sup> Citado por García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 9ª reimp., Madrid, Alianza Universidad, 1995, p. 17.

<sup>4</sup> *Ibidem.*, p. 18.

jurisprudencia y la doctrina se han encargado de darle contenido al concepto Estado social de Derecho, en un proceso de elaboración no exento de dificultades que nació en Alemania y se ha ido extendiendo a otros países.

En España se han hecho contribuciones importantes al estudio de este tema, los que han ejercido influencia directa en nuestro derecho constitucional colombiano. Todo ello ha permitido que se decanten las nociones básicas del concepto y que pueda hoy contarse con una construcción doctrinaria razonable y dinámica del significado del Estado social de Derecho, no exenta, claro está, de conflictivas ambigüedades.

## 2.1 La supuesta incompatibilidad conceptual

Inicialmente hubo alguna resistencia en ciertos sectores de la doctrina alemana frente al nuevo concepto. Forsthoff sostenía que es imposible concebir un Estado social de Derecho ya que ello implicaría conciliar dos ideas antitéticas: la del Estado de Derecho, que tiende a garantizar la libertad de los ciudadanos ante la injerencia del Estado mediante la separación de poderes, el principio de la legalidad y la independencia judicial, y todo ello, con el fin de salvaguardar el *statu quo* económico social, conciliarla con la idea del Estado social, que se presenta como un programa de transformación económico social encaminado a la protección de las clases menos favorecidas, a través de una política tendiente a la redistribución equitativa de la riqueza.

Afirmaba que la realización de programas sociales y económicos es un asunto de la ley y de la administración, pero no de la constitución, por lo que la inclusión de lo *social* en la definición de Estado de Derecho supone una distorsión inadmisibles desde el punto de vista jurídico<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Citado por Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 225.

## 2.2 Principios con idéntico rango

Otro sector de la doctrina alemana, por el contrario, ha defendido la tesis de que se ha producido una radical mutación en el significado jurídico político del Estado liberal, sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho, o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenido institucional del Estado de Derecho.

Desde esa óptica se afirma que, sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de Derecho, el Estado social de Derecho supone, además, la garantía material de los derechos y libertades; que el Estado social de Derecho entraña una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de corte individual y las exigencias de la justicia social<sup>6</sup>.

Debe citarse en esa línea a Bachoff, quien sostiene que Estado de Derecho y Estado social son principios que tienen idéntico rango y valor, sin jerarquía determinada, que se encuentran en relación entre sí con una muy relativa autonomía. Agrega dicho autor que la compleja fórmula *Estado social de Derecho* no representa otra cosa que un específico equilibrio y una determinada síntesis entre ambos principios, dosificados convenientemente en el conjunto del ordenamiento estatal<sup>7</sup>.

Benda sostiene que existe una necesaria vinculación del Estado de Derecho con el Estado social; que no se trata de un Estado social incompleto debido a la garantía de Estado de Derecho, o inversamente, de un Estado de Derecho incompleto debido al mandato de Estado social. Propone ligar los dos conceptos aparentemente opuestos con el fin de lograr la unidad de Estado de Derecho y Estado social<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibidem., p. 226.

<sup>7</sup> Citado por Parejo Alfonso, Luciano, *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 36.

<sup>8</sup> Benda, *El Estado social de derecho*, cit., p. 526.

En el derecho constitucional contemporáneo se ha venido generando consenso acerca de que el Estado social de Derecho es un nuevo tipo de Estado, que supera al Estado de Derecho, pero sin negarlo. Tal afirmación coincide con la idea original de Herman Heller, para quien la diferencia entre uno y otro tipo de Estado radica en que el Estado de Derecho atiende únicamente a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones reales de poder, mientras que para el Estado social de Derecho lo decisivo debe ser justamente la igualdad en sentido material, por lo que tiene la obligación de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos<sup>9</sup>.

### **3. VALORES Y FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Hay que advertir, de entrada, que no se puede confundir el Estado social de Derecho con el Estado de Bienestar (*Welfare State*), llamado también Estado asistencial y Estado providencia. Esta última denominación corresponde al Estado de Derecho que asume como función propia la búsqueda del bienestar general y la asistencia pública para atender a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

El Estado social de Derecho es otra cosa. García-Pelayo afirma que, si por Estado social hemos de entender no solo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, debe ser considerado como un sistema democráticamente articulado.

El Estado social de Derecho ha de ser entendido como un sistema en el que la sociedad no solo participa en forma pasiva como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formulación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. En cambio, el Estado de Bienestar alude

---

<sup>9</sup> Parejo Alfonso, op. cit., p. 34.

a una función que tiene como finalidad el bienestar social, pero no a una configuración global del Estado<sup>10</sup>.

Los valores básicos del Estado liberal de Derecho eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad formal, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social de Derecho no solo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos vinculados entre sí de tal modo que no se puede realizar el uno sin el otro<sup>11</sup>.

El Estado social de Derecho supone la superación de la idea tradicional que establece una distinción contradictoria entre Estado y sociedad. Hesse sostiene que el dualismo Estado y sociedad, que sitúa al Estado como una unidad dada y a la sociedad como una pluralidad dada, el uno frente a la otra y sin relación alguna, ha desaparecido en el Estado democrático y social contemporáneo; que la vida de la sociedad ha dejado de ser posible sin una organización responsable, organizadora y planificadora.

Al mismo tiempo, el Estado democrático no se constituye sino a través de la cooperación social. Es más que evidente la importancia actual del Estado para la vida económica y social, así como la influencia social sobre la actividad estatal e, incluso, la participación de la sociedad en el Estado, todo lo cual excluye una contraposición carente de relación alguna<sup>12</sup>.

### **3.1 Diferencias entre los tipos de Estado**

Los valores y fines del Estado social de Derecho se hacen claros y comprensibles cuando se contrastan con los del Estado liberal de Derecho. Siguiendo la línea de análisis que pone de presente las

---

<sup>10</sup> García-Pelayo, ob. cit., p. 48.

<sup>11</sup> Ibidem., p. 26.

<sup>12</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 12.



diferencias entre los dos tipos de Estado, trazada por el profesor García-Pelayo, se puede elaborar un cuadro comparativo que ofrece bastante claridad acerca de lo que persigue el Estado social de Derecho<sup>13</sup>.

Estado liberal de Derecho	Estado social de Derecho
<p><b>Libertad.</b> Derecho formal. Considera que la libertad es una exigencia de la dignidad humana. →</p>	<p>Derecho con contenido material. Exige condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real. La dignidad humana, materializada en supuestos socioeconómicos, es una condición para el ejercicio de la libertad.</p>
<p><b>Propiedad.</b> El respeto a la propiedad privada es principio sacrosanto del Estado liberal. →</p>	<p>La propiedad privada se encuentra limitada por su condición de función social que implica obligaciones, es decir, por los intereses generales de la comunidad.</p>
<p><b>Igualdad ante la ley.</b> Derecho formal que no tiene en cuenta las condiciones de desigualdad real y material de las personas. →</p>	<p>La igualdad formal debe ser complementada con el aseguramiento de condiciones vitales mínimas y con una real corrección de las desigualdades económico-sociales.</p>
<p><b>Seguridad.</b> Se limita a la seguridad jurídica y a la seguridad policiva. →</p>	<p>La seguridad formal debe ir acompañada de la seguridad material frente a la necesidad económica permanente o contingente, a través de instituciones como el salario mínimo, las prestaciones sociales, la seguridad del empleo y la seguridad social.</p>
<p><b>Democracia.</b> Participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio (democracia representativa). →</p>	<p>La insuficiencia del sufragio exige mecanismos más amplios de participación, tanto en las grandes decisiones del Estado como en las que tienen que ver con las entidades territoriales y las necesidades comunitarias (democracia participativa).</p>

<sup>13</sup> García-Pelayo, ob. cit., p. 26.

<b>Sistema económico.</b> Estado liberal de corte abstencionista o capitalista clásico, de libre concurrencia. →	Estado liberal con fuerte intervención estatal en la economía, al que se le denomina <i>neocapitalista</i> .
--	--

### 3.2 Del mínimo vital a la procura existencial

Es claro, entonces, que una de las características del Estado social de Derecho es la persecución del bienestar general de la comunidad, dentro de los marcos y conforme a los lineamientos fijados por la constitución.

Hay que tener en cuenta que su objetivo no se limita a garantizar el llamado *mínimo vital*, o sea, condiciones de vida que escasamente alcancen el límite permitido por la dignidad humana, con lo que sus beneficios estarían reducidos a los sectores más pobres y necesitados de la sociedad. Se dirige, por el contrario, a metas más amplias y de mayor cobertura social, como la cultura, la recreación, la educación, la protección del medio ambiente, la participación ciudadana y, en general, a responsabilizar al Estado por la creación de condiciones que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo; la *procura existencial*, al decir de Forsthoff.

La procura existencial no se agota en las medidas a favor de los sectores sociales económicamente débiles, sino que ellas se deben extender a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por sí mismos sus condiciones de existencia; todos necesitan del Estado para acceder a las prodigiosas realizaciones que la ciencia y la tecnología ofrecen cada día a los seres humanos para su disfrute y desarrollo, como las TIC, para citar un ejemplo. Ninguna persona está en posibilidad de satisfacer por sí misma el acceso a Internet, indispensable en la época actual; necesita y exige la intervención del Estado.

Lo anterior no quiere decir que las necesidades sean igualmente acuciantes para todas las clases y grupos sociales, por lo que es claro que unas colectividades deben ser objeto de mayor atención que otras. Aun en este caso, los efectos de la política social no benefician

solo a los sectores más pobres de la comunidad, sino que se extienden, en forma directa o indirecta, a todas las capas de la sociedad y, en última instancia, a la estabilidad del sistema socioeconómico.

## **4. COLOMBIA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Desde que se inició la vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional llamó la atención sobre la importancia que para el país revestía su caracterización como un Estado social de Derecho; sobre el hondo contenido institucional y jurídico de tal hecho, y sobre la vinculación de este concepto con la teoría constitucional contemporánea.

En una paradigmática sentencia de tutela, la Corte dijo que la fórmula del artículo 1° de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de Derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Señaló que el término *social*, 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<sup>14</sup>.

### **4.1 Un Estado sometido a la Constitución**

La Corte Constitucional al interpretar el primer inciso del artículo 230 de la Carta, en el que se prescribe que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, ha advertido que en la expresión “imperio de la ley” debe entenderse la ley en sentido material –norma vinculante general– y no en sentido formal, la expedida por el órgano legislativo, por cuanto la primera de las normas es la constitución<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

De lo dicho se desprende que el Estado social de Derecho es una forma o configuración específica del Estado constitucional. La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de Derecho y social que deriva su legitimidad de la democracia. Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza.

Ha dicho la Corte que la acepción Estado de Derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir, que se ciñe al Derecho; que la norma jurídica fundamental es la constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de esta última; por tal situación, se debe hablar entonces de Estado constitucional de Derecho<sup>16</sup>.

## 4.2 Un nuevo tipo de Estado

En cuanto a su especificidad, la Corte Constitucional ha señalado que la declaración expresa formulada por la Constitución Política en el sentido de que Colombia es un Estado social de Derecho, corresponde a una definición ontológica del Estado<sup>17</sup>. Sostiene, además, que el Estado colombiano es tal, en tanto sus elementos sociales están presentes, por lo que no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser; que los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del Derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales<sup>18</sup>.

La naturaleza, contenido y fines del Estado social de Derecho en Colombia, son temas sobre los cuales se ha pronunciado en innumerables oportunidades la Corte Constitucional, la que no ha

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-748 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

escatimado esfuerzos en la tarea de identificar los rasgos de esta caracterización constitucional y de vincularlos a los derechos de las personas y a las correlativas obligaciones de la Administración y de los diversos entes públicos y privados.

En esa labor, la Corte ha actuado, generalmente, con acierto, aunque en ocasiones han sido ostensibles algunos desaciertos, contradicciones e inconsistencias, como es apenas natural en tratándose de un órgano integrado por seres humanos, los que por razones obvias no están dotados del privilegio de la infalibilidad. Merece ser citada aquí una sentencia de 1992, primer año de funcionamiento de la Corte, en la que el máximo tribunal constitucional se refirió, en forma acertada, a los elementos esenciales que identifican el Estado colombiano a partir de 1991:

“El Estado social de Derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formal tiene lugar en el Estado social de Derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.

[...] El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas. El sistema económico en el Estado social de Derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social<sup>19</sup>”.

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

## 5. UN ESTADO INTERVENCIONISTA

Dentro del marco del Estado social de Derecho, el aparato estatal no puede limitarse a las funciones policivas que caracterizaron el Estado liberal individualista. Asume nuevas y muy variadas funciones como responsable del manejo de la economía. El Estado se convierte en gestor, en administrador, en gerente. Tiene responsabilidades en el campo de la educación, la salud, la recreación, la cultura, la actividad económica en todas sus facetas, la investigación científica; todo ello, sin descuidar las funciones tradicionales: administración de justicia, manejo del orden público, relaciones internacionales.

Al Estado le corresponde ser el artífice de la gestión pública y, en gran medida, el patrocinador de la gestión privada, para que ésta se adecue al objetivo esencial de la búsqueda del bien común de los asociados. Es propietario de una buena cantidad de empresas y participa de diferentes maneras en muchas otras. El Estado se ha convertido en el motor de la economía, pero lo que le interesa de manera central al Estado social es el logro de una más justa distribución del producto interno bruto, utilizando el sistema fiscal impositivo y adecuadas políticas públicas.

Si se tiene en cuenta la amplitud de los recursos destinados a la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos, y la complejidad del proceso organizativo y técnico destinado a tal efecto, se puede considerar al Estado de nuestro tiempo como un gigantesco sistema de distribución y redistribución del producto social que afecta a la totalidad de la economía nacional, a las políticas públicas de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales<sup>20</sup>.

El Estado social de Derecho requiere del intervencionismo estatal. Más aún, no es posible que exista sin él. Pero se trata de dos conceptos que no se pueden confundir. La noción de Estado interventor es instrumental, mientras que la de Estado social de Derecho es finalista.

---

<sup>20</sup> García-Pelayo, ob. cit., p. 35.

## **6. PROBLEMAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El principal problema del Estado social de Derecho, inherente a cualquier tipo de Estado democrático, es el de su legitimación, factor ideológico indispensable para la supervivencia de una sociedad, por cuanto constituye un entramado que cohesiona y/o justifica, con más o menos éxito, una forma de organización política, económica y social.

La legitimidad se ha entendido como la base esencial e indispensable de la autoridad política. Para Max Weber, la supervivencia de todo sistema de acción social estructurado sobre la base de relaciones de poder y obediencia depende de su capacidad para establecer y cultivar la creencia extendida y generalizada sobre su bondad y sentido, ya que tras el concepto de legitimidad no hay, fundamentalmente, condiciones, sino más bien creencias<sup>21</sup>.

### **6.1 Fortalezas y debilidades**

El Estado social de Derecho goza en Colombia de una amplia legitimación y esa es su mayor fortaleza. Es percibido por amplios sectores de la comunidad como un modelo de vida deseable y posible. Constituye una alternativa democrática de profundo contenido social enfrentada a la tendencia que busca el regreso al Estado mínimo, aquel que deja la solución de los problemas sociales al libre juego del mercado.

Se trata de un modelo de Estado sólido, dinámico y promisorio, que tiene que ser profundizado y fortalecido dentro de la perspectiva de una mayor y más auténtica participación democrática. La corrupción, el burocratismo y la ineficiencia son debilidades funcionales que lo afectan seriamente. Su mayor reto es lograr el desarrollo económico y social dentro del marco de un correlativo compromiso con la realización de una eficaz y eficiente justicia distributiva.

---

<sup>21</sup> Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 123.

La dificultad más grande, sin duda, es de naturaleza macro-económica. Los fines del Estado social exigen cuantiosos recursos fiscales y políticas eficientes para conseguirlos y distribuirlos. Eso obliga al Estado a convertirse en un dinámico gestor socioeconómico que garantice la posibilidad de acceso de la población a fuentes de trabajo, educación, cultura, bienes y servicios a través de una adecuada política fiscal.

## **6.2 Respuestas creativas a tensiones inevitables**

La permanente tensión entre los valores libertad e igualdad es una característica inevitable del Estado social de Derecho. Mantener un equilibrio razonable entre esos dos valores exige dinamismo y creatividad. Acentuar uno de los extremos implica afectar el otro.

Un exceso de garantías a la libertad impide, o por lo menos dificulta, la realización de políticas estatales dirigidas hacia la igualdad real. Por su parte, un excesivo énfasis igualitario no solo afecta derechos fundamentales erigidos con base en la libertad y en la seguridad jurídica, sino que también desestimula la iniciativa económica privada y lesiona la producción de bienes y servicios.

Los problemas de construcción del Estado social de Derecho no cuentan con remedios universales. La situación de cada país exige soluciones que deben articularse con la realidad concreta y formularse a través de las políticas públicas. ¿Cuáles son las más adecuadas? La respuesta no es meramente un asunto técnico, es fundamentalmente político: hace parte del ámbito correspondiente al pluralismo político; tiene que ver con las distintas opciones que presentan los partidos y movimientos políticos, y con las discusiones y debates que sobre este tema agitan la realidad nacional y la internacional.

En ese sentido, juega un papel muy importante la presencia de partidos políticos vigorosos que actúen como verdaderos líderes de la comunidad, con programas elaborados a partir de las bases partidarias, los cuales deben reflejar sus necesidades y aspiraciones.



Una débil participación ciudadana en los asuntos públicos afecta seriamente las posibilidades del Estado social de Derecho, por cuanto no permite la intervención política necesaria y adecuada para desarrollar a plenitud, a través de los órganos democráticos, el modelo de Estado por el que optaron los constituyentes de 1991.

## **7. LÍMITES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La Corte Constitucional ha jugado un papel determinante en lo que tiene que ver con la extensión y los límites del Estado social de Derecho en Colombia. Por medio de su jurisprudencia ha ampliado en forma considerable la dimensión y el cubrimiento de las obligaciones estatales frente a los derechos prestacionales; ha producido importantes modificaciones en relación con los efectos jurídicos y económicos de los contratos laborales; le ha impuesto a diferentes entidades estatales cargas a favor de los ciudadanos no reconocidas con anterioridad.

Mención especial merece la decisión de la Corte Constitucional de declarar mediante la Sentencia T-025 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada por la violencia y de ordenar a diferentes organismos gubernamentales medidas concretas y permanentes para atender urgentes necesidades de esa población, medidas que la propia Corte fiscaliza periódicamente, lo que en la práctica ha significado la fijación de verdaderas políticas públicas en materia de desplazados.

De igual manera, la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008 y con ponencia del mismo magistrado Cepeda Espinosa, decidió declarar el derecho a la salud como un derecho fundamental y le impuso al Estado una serie de obligaciones en esa delicada y sensible problemática social, las que han producido una ampliación significativa de la cobertura de la prestación de los servicios de salud a la comunidad.

Pero también ha reconocido la Corte que existen límites formales y materiales frente a las exigencias sociales. Ha sostenido que la función distributiva de determinados bienes y servicios culturales y materiales por parte del Estado se apoya fundamentalmente en el ejercicio de la potestad tributaria y tiene, por ende, un límite en la capacidad de exacción del sistema fiscal.

La capacidad fiscal, a su turno, depende del nivel de crecimiento de la economía. Advierte la Corte que no es ilimitado el poder que tiene el Estado social de Derecho de captar ingresos y convertirlos en recursos fiscales, y que la necesaria distribución del producto social no puede traducirse en la destrucción del proceso económico, cuya dirección, de otra parte, se confía al mismo Estado<sup>22</sup>.

La explosión de demandas dirigidas a obtener la satisfacción de necesidades insatisfechas de la población, canalizadas principalmente a través de la acción de tutela, obligó a la Corte Constitucional a precisar que la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución no es de ejecución inmediata, no puede exigirse en forma directa al juez de tutela ya que, con excepción de los casos en los que se presenta conexidad con un derecho fundamental, se requiere disposición legal y previa organización y planeación de recursos económicos.

## **7.1 La necesaria mediación de la ley**

En la muy importante Sentencia SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional ha señalado que la actualización concreta del Estado social de Derecho se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos, en los que le corresponde un papel destacado al Legislativo. No es posible dejar de acudir a la ley para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-566 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos.

La voluntad democrática es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de Derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No se puede pretender que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos, advirtió la Corte en la sentencia *en comento*. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. No significa lo anterior que no pueda la Corte, al interpretar la Constitución en su contexto y vincularla con el bloque de constitucionalidad, señalar la obligación del Estado de atender de manera inmediata y efectiva prestaciones de carácter social originadas en situaciones que afectan la dignidad humana de sectores importantes de la comunidad y ponen en peligro la tranquilidad pública.

El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la constitución, para lo cual debe crear instituciones y procedimientos, así como destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley.

## **7.2 El peligro de la dictadura de los jueces**

La sentencia a la que hemos venido haciendo referencia contiene una clara y oportuna mención de la necesaria vinculación que existe, y

debe existir, entre la lucha política, que tiene su principal escenario en el Congreso de la República, y la real dimensión del Estado social de Derecho, so pena de incurrir en la dictadura de los jueces. Sobre ese punto concreto, la Corte afirmó:

“La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de Derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

[...] No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización.

El Estado social de Derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino”. (Fundamentos de la sentencia, numeral 15).

### **7.3 La sostenibilidad fiscal**

La dificultad que genera el tema de los límites de la exigibilidad judicial del Estado social de Derecho condujo al gobierno nacional a promover el Acto Legislativo 03 de 2011 mediante el cual se estableció que la intervención del Estado en la dirección general de la economía, consagrada en el artículo 334 constitucional, debía efectuarse en el plano nacional y territorial en un marco de sostenibilidad fiscal, el que deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. Se señaló, además, que la sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder

público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

En el citado acto legislativo se creó la figura del incidente del Impacto Fiscal, que permite al Procurador General de la Nación o a cualquiera de los ministros del gobierno, una vez proferida una sentencia contentiva de obligaciones fiscales al Estado por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, solicitar la apertura de dicho incidente, cuyo trámite será obligatorio. Se deben oír las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. De manera enfática se prescribe que en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

En el párrafo del artículo primero del acto legislativo en mención se dice que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

La implementación constitucional de la sostenibilidad fiscal fue demandada ante la Corte Constitucional, demanda que no prosperó en la Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ella se expresó que la sostenibilidad fiscal no incide en la definición de los objetivos esenciales del Estado Social de Derecho; que no es un fin constitucional sino un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado social de Derecho y que el Acto Legislativo contiene cláusulas de intangibilidad de los derechos fundamentales y del gasto público social.

La sentencia en mención tuvo el salvamento de voto de Humberto Sierra Porto y la aclaración de voto de Mauricio González Cuervo y de Nilson Pinilla Pinilla por estar en desacuerdo respecto de la doctrina de la prohibición de la sustitución de la Constitución en la

que se funda la sentencia porque ella “implica un desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional, por cuanto conlleva un control material de un Acto Legislativo, interpretación contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional que prevé el control sólo por vicios de procedimiento”, según lo afirmado por el magistrado Sierra Porto, criterio compartido por los dos magistrados que aclararon el voto.

Considero pertinente recordar que en el capítulo X de esta obra sustento de manera amplia mi oposición al sorprendente cambio de jurisprudencia producido en la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-551 de 2003, con la supuesta *sustitución de la constitución*, sofisma que le ha permitido a la Corte revisar el contenido material de las reformas constitucionales contra expresa prohibición constitucional, lo que la ha convertido en un órgano de poder supraconstitucional, con grave afectación de la democracia colombiana.





## Capítulo XVII



## Democracia y pluralismo





## **1. SIGNIFICADO DE LA DEMOCRACIA**

Todo comenzó con los griegos. En las ciudades-estado, especialmente en Atenas, aparecieron las primeras ideas acerca de la democracia y se dieron las prácticas democráticas directas en las asambleas de los ciudadanos. El ejercicio de la democracia directa entre los griegos era posible por tratarse de comunidades pequeñas en donde solo decidían los ciudadanos, hombres libres.

Aristóteles diferenciaba las formas de gobierno puras de las impuras. Entre las primeras estaban la monarquía, la aristocracia y la república o democracia; las impuras eran la tiranía, la oligarquía y la democracia extrema o demagogia, deformaciones de aquellas. En la época actual, se considera que las formas de gobierno son dos: la democrática y la autocrática o dictadura. En la primera, el poder surge de abajo hacia arriba, mientras que, en la otra, opera el fenómeno contrario: el poder se impone de arriba hacia abajo.

Para tratar de explicar lo que es la democracia, se suele acudir a su significado etimológico, el gobierno del pueblo. Desde esa perspectiva, una de las mejores definiciones de democracia es la elaborada por el presidente Abraham Lincoln en el célebre discurso de Gettysburg, oportunidad en la que dijo que es “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Es evidente la complejidad del concepto democracia. Todo el mundo habla de ella, pero no todos la entienden de la misma manera. No es posible en las sociedades modernas que el gobierno sea ejercido por todo el pueblo, pero tampoco se puede prescindir de la idea de que el poder le pertenece al pueblo. ¿Cómo entender entonces la democracia de nuestra época?

Lo primero que hay que tener claro es que se trata de un concepto dinámico, no estático. No hay un modelo acabado de democracia,

ni lo habrá. Lo segundo que hay que advertir es que el gobierno democrático, como todo principio, pertenece al mundo del deber ser; es un ideal que persigue el Estado constitucional y que siempre está en construcción. Lo tercero, que la democracia es una sola, pero admite varias especies, ninguna de las cuales se da en la práctica en forma pura.

## 2. SOBERANÍA POPULAR

Durante la Revolución Francesa se identificó la soberanía con la voluntad del pueblo. El poder para gobernar cambió de titular: pasó del rey absoluto al pueblo. A partir de entonces, el término *soberanía popular* ha sido objeto de diferentes usos lingüísticos.

El común denominador de todos ellos apunta hacia la legitimidad; es el consenso acerca de que el poder solo es legítimo cuando procede del pueblo y se basa en su consentimiento. El principio de la soberanía popular tiene, a la vez, significación normativa y fáctica al constituir el fundamento del sistema jurídico y el reflejo de una determinada realidad sociopolítica<sup>1</sup>. La Constitución de 1991 prescribe en su artículo 3º: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

Esa afirmación resulta coherente con el preámbulo, el cual comienza con la expresión “El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano”, fórmula que difiere de la asentada en 1886, en la que se afirmaba: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos”. Las constituciones de 1821 y 1830 también señalaron que la soberanía reside en la nación. Se advierte, de manera notoria, un cambio en materia del titular de la soberanía. Cabe preguntarse cuál es el significado del cambio operado y su importancia conceptual.

---

<sup>1</sup> Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 204.

## 2.1 Soberanía popular vs. Soberanía nacional

El profesor Mario de la Cueva afirma que hay una diferencia esencial entre el principio que atribuye la soberanía a la nación y el que la radica en cabeza del pueblo. Al referirse a su aspecto genético, señala que la idea de que la soberanía reside en el pueblo es la tesis revolucionaria de Rousseau, según la cual, el pueblo tiene en todo tiempo el derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno y la potestad inalienable e imprescriptible de romper con el pasado y darse un orden jurídico y político totalmente nuevo.

En cambio, la idea de la soberanía nacional fue obra del pensamiento del liberalismo doctrinario. En el siglo XIX, la doctrina de la soberanía de la nación fue una de las piezas maestras del historicismo conservador de Alemania y Francia, una concepción que pugnaba por la conservación del pasado, que rechazaba la modificación de las esencias y que únicamente aceptaba transformaciones intrascendentes o superficiales, pero siempre a condición de que no tocaran las esencias del pasado<sup>2</sup>.

De acuerdo con el liberalismo doctrinario, la soberanía no estaba en cabeza del monarca, tampoco en el pueblo, solo en la nación, una entidad cultural, espiritual, de la que forman parte las generaciones pasadas, presentes y futuras. La constitución no puede provenir de un acto del poder constituyente popular porque las generaciones vivas solo constituyen una fracción muy pequeña de la nación y no pueden hablar, por tanto, a nombre de las generaciones pasadas, y mucho menos de las futuras.

La nación está representada en forma conjunta por los representantes del pueblo en el parlamento y por el rey, quien expresa la tradición, el pasado, por su carácter de magistratura hereditaria y simbólica, y quien representa también las generaciones futuras, por la vocación de perennidad que tiene la monarquía.

---

<sup>2</sup> De la Cueva, Mario, *La idea del Estado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, p. 135.

Solo la confluencia de esas dos voluntades, la del parlamento y la del monarca, puede expresar la soberanía nacional. En consecuencia, para el liberalismo doctrinario el poder constituyente lo integran, en el mismo plano, el rey y el parlamento. Solo habrá constitución o reforma constitucional, si la aprueba el parlamento y la sanciona el monarca.

## 2.2 Significado de la soberanía popular

Señala Hesse que el principio democrático, expresado en la idea de la soberanía popular, lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica entraña una respuesta normativa al problema de la legitimación política en el plano tanto material como en el formal.

En el primero, porque condiciona la legitimación constitucional del poder a la participación política de los ciudadanos, al respeto de sus derechos fundamentales y al reconocimiento del pluralismo de iniciativas y alternativas sociales. En el segundo, porque representa simultáneamente una fórmula de racionalización del proceso político y una forma de limitación del poder estatal.

Sostiene el profesor alemán que la actuación normativa del principio de la soberanía popular es una condición para la democratización efectiva de los distintos procesos e instituciones del orden estatal. Se dirige a garantizar que cualquier ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado se hará en virtud de su previa legitimación popular y en interés del pueblo.

De otro lado, la necesidad de que el ejercicio de la soberanía popular se realice a través de los cauces normativos que impone el Estado de Derecho, supone una garantía frente a quienes han denunciado el peligro de que el principio democrático pudiera degenerar en gobierno totalitario de la mayoría de carácter decisionista e incompatible con las garantías formales del Estado de Derecho<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Citado por Pérez Luño, ob. cit., p. 204.

### 3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La democracia representativa surgió como una alternativa frente al despotismo de la monarquía absoluta y como una opción ante la imposibilidad de adaptar la democracia directa de los griegos a las comunidades de gran tamaño como los Estados nacionales. Su primer gran difusor fue Montesquieu, quien tomó como modelo las instituciones inglesas.

En su obra *Del espíritu de las leyes*, Montesquieu sostuvo que en un Estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debería gobernarse por sí mismo, para lo cual sería menester que el pueblo ejerciera de un modo directo el poder legislativo; pero como eso es imposible en los grandes estados es forzoso que el pueblo haga por medio de sus representantes todo lo que no puede hacer por sí mismo. Afirmó:

“La gran ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia. [...] El pueblo no debe entrar en el gobierno más que para elegir a sus representantes que es lo que está a su alcance<sup>4</sup>”.

El concepto en concreto de democracia representativa fue elaborado por el abate Sieyès, a quien se le atribuye la fórmula consagrada en la Constitución francesa de 1791, en la que, después de señalarse que la soberanía pertenece a la nación y que ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio, se afirma: “La Nación no puede ejercer sus poderes sino por delegación. La Constitución francesa es representativa”.

En sus comienzos, el sistema de la democracia representativa excluyó a la mayor parte de la población por medio del sufragio censitario, que solo permitía votar a los varones que contaran con una cantidad importante de ingresos económicos y con un cierto nivel cultural. Las posibilidades de acceso al voto se fueron ampliando con

---

<sup>4</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Ediciones Orbis, 1984, p. 146.

el tiempo, hasta llegar al sufragio universal y a la eliminación de toda discriminación por razones económicas, culturales, de sexo, raza o religión.

Las constituciones colombianas de 1821, 1830, 1832 y 1843 establecieron distintas modalidades de sufragio censitario. El sufragio universal tan solo apareció con la Constitución de 1853. En la Constitución de 1886, la de Núñez y Caro, volvieron las restricciones al voto por razones económicas. El sufragio censitario se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1936, en la que se consagró en forma definitiva el sufragio universal para los varones. Las mujeres solo lograron el derecho a elegir y ser elegidas con el Acto Legislativo 03 de 1954, durante la dictadura de Rojas Pinilla, derecho que pudieron estrenar al votar el Plebiscito del 1° de diciembre de 1957.

La democracia representativa es indirecta porque los ciudadanos no ejercen el poder por sí mismos, sino que se lo confían a los representantes que eligen a través del sufragio. En la Constitución de 1886 estaba previsto que el elector no imponía obligación alguna al elegido y, por tanto, la elección no era revocable. En el artículo 179 se estipulaba: “El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga no impone obligaciones al candidato ni confiere mandato al funcionario electo”.

#### **4. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

En los años sesenta del siglo XX surgió con explosivo alcance la idea de la participación como un sustituto de la representación política. Se cuestionaba la democracia representativa por su desconfianza del ciudadano y se agitaba como nuevo paradigma la democracia participativa, el derecho de los ciudadanos a participar directamente en las decisiones que los afectan. El argumento central esbozado es que son los ciudadanos y no los representantes quienes mejor conocen acerca de sus propias necesidades y de la forma de solucionarlas.

La idea de participación es muy vaga e indeterminada. Seduce, de entrada, ante las evidentes limitaciones de la teoría de la

representación, pero su misma imprecisión permite que sea conducida a escenarios distintos y contrapuestos. Apareció inicialmente como consigna de agrupaciones de activistas que pretendían una participación decisoria en las cuestiones del poder político y a quienes lo que les interesaba realmente era el asambleísmo, en virtud del cual pequeños grupos se convertían en las vanguardias atrayentes de masas inertes<sup>5</sup>.

Ese concepto de participacionismo, el más radical, se orienta hacia la democracia directa y pretende sustituir la democracia representativa con la utilización frecuente de consultas y referendos. Su ideal es la democracia directa-refrendaria, de la cual nos ocuparemos en el punto siguiente.

Hay, sin embargo, un concepto de democracia participativa que se orienta en otra dirección. La entiende como una fase superior de la democracia que no niega la democracia representativa; por el contrario, la incluye como parte esencial e imprescindible de la democracia participativa.

Esta tendencia considera insuficiente que el principio democrático se centre exclusivamente en la esfera electoral y lo traslada a esferas diferentes, más cercanas a los asuntos que tienen que ver con los intereses inmediatos de los ciudadanos. Se trata, en últimas, de un concepto integral de democracia que se presenta como más moderno y de mayor amplitud que la democracia representativa. Parte de la base de que hay participación cuando la comunidad elige a sus representantes en los cuerpos de decisión, a través del sufragio; pero hay también participación, y de manera directa, cuando acude a un referendo, a una consulta popular, en fin, cuando utiliza alguno de los mecanismos de participación ciudadana previstos en la constitución. Ese es el concepto de democracia participativa acogido por el constituyente colombiano, como se verá más adelante.

---

<sup>5</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1994, p. 75.



## 5. DEMOCRACIA DIRECTA-REFRENDARIA

En las últimas décadas ha surgido una tendencia vanguardista que rechaza la democracia representativa por considerarla deficiente de voluntad popular y pretende el autogobierno, la identidad entre gobernantes y gobernados. Toma como modelo la democracia directa de los griegos antiguos, pero ante la imposibilidad fáctica del gobierno de asamblea propone el referendo como mecanismo de gobierno directo.

Plantea dicha tendencia que, si es absolutamente necesario nombrar delegados, éstos lo serán por cortos períodos y deberán estar sometidos a un mandato imperativo, lo que significa que deberán acatar las instrucciones que les señalen los electores, mandato que debe ser revocable.

### 5.1 Las falacias de la democracia refrendaria

La tesis de que solo la democracia directa es democracia es inaceptable. El mecanismo del referendo no admite deliberación, ya que a la comunidad solo le queda el recurso de expresarse a través de un sí o un no.

Böckenförde señala que la idea de la democracia directa como forma auténtica de la democracia se basa en un concepto irreal de la democracia, no solo por razones fácticas, sino también por razones teóricas, las que pueden sintetizarse en tres argumentos centrales<sup>6</sup>:

1. La experiencia indica que existe la voluntad del pueblo como expresión política real, pero también que ella no puede existir como algo separado e independiente de las voluntades individuales. La voluntad del pueblo es en sí misma algo informe, difuso. Para que se la concrete es necesario determinar quién pregunta y de qué modo se pregunta, es decir, depende de cómo se la haga hablar. La voluntad del pueblo tiene, pues, necesariamente, el carácter de una respuesta.

---

<sup>6</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, pp. 136 y ss.

El ejemplo más claro se encuentra en las consultas populares. El pueblo no puede influir sobre el contenido ni sobre la formulación de la pregunta; solo puede responder con un sí o un no. El problema que surge es: ¿quién tiene derecho a proponer una consulta al pueblo, en qué circunstancias, en qué momento y con qué formulación?

Igual pasa con las peticiones colectivas. Dependen de una iniciativa que las pone en marcha, la que es siempre asunto de unos pocos, a quienes se les reconoce una posición potencial de poder político de importancia.

2. La observación y el análisis empíricos realizados en Estados Unidos por una corriente denominada “teoría pluralista de la democracia” constataron que sólo determinadas élites agotan las posibilidades de participación dadas y articulan de esa forma sus intereses; con ello alcanzan una posición de primacía en el proceso político.

El interés en la participación política no tiene para los ciudadanos un carácter fundamental, en el sentido de que se superponga a y domine todos los demás intereses, sino que, por el contrario, se da en competencia con esos otros intereses de los individuos. La vida de los individuos no se agota en la participación política y tampoco tiene en ella su centro de gravedad –en oposición a la democracia ateniense, cuyos ciudadanos no trabajaban, disponían, como señores, de esclavos y servidumbre–. La actividad política es, de modo casi natural, un asunto de minorías.

3. El tercero de los argumentos se desprende de la forma como se presenta y se comporta la realidad social, de acuerdo con el análisis realizado por Heller. Las unidades sociales y políticas de los hombres aparecen a través de procesos de organización social mediante los cuales una pluralidad de acciones y comportamientos humanos se unifica en una estructura de acción.

El grupo, como una unidad delimitada, sólo se da mediante una interacción dirigida y referida a los individuos entre sí: es a través de ella como se lleva a cabo, como se establece y se mantiene, la unidad del grupo. Para que las unidades de acción lleguen a producirse se requiere de la existencia de órganos de dirección que asuman esa

función de unificación y de organización. En esta acción necesaria de los órganos de dirección, ellos proceden actuando por sí mismos, con autonomía.

Ahora bien, la relación de los órganos de dirección con el grupo adopta necesariamente la forma de una relación entre pregunta y respuesta, entre la acción de unos pocos y la aprobación o el rechazo de muchos. Afirma Heller:

“Toda organización, sin embargo, precisa de una autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número; los que actualizan las actividades de poder unidas en la organización han de disponer siempre de una determinada suma de libertad de decisión y, con ello, de poder no limitado democráticamente”<sup>7</sup>.

## 5.2 La falta de libertad individual en Grecia

Quienes exaltan la democracia directa como la auténtica democracia debieran recordar, como lo hace Sartori, que los atenienses no eran realmente libres, tal como hoy se entiende la libertad, o sea, como un derecho fundamental de cada individuo en singular, un estado individual de independencia y seguridad.

En la democracia de tipo ateniense el individuo quedaba indefenso, a merced de la colectividad; no había respeto por los individuos, se sospechaba de ellos. Apunta Sartori:

“Desconfiada y celosa de toda personalidad eminente, voluble en sus reconocimientos y despiadada en sus persecuciones, era una ciudad en la que el ostracismo no constituía una penalidad, sino una precaución; era una democracia que marginó a Ermodoro de Éfeso, porque no podía permitir que uno de sus ciudadanos fuese mejor que los otros”<sup>8</sup>.

Cuando se acude a los griegos, no puede dejarse de lado que su democracia directa no podía concebir una esfera privada, personal,

---

<sup>7</sup> Heller, *Teoría del Estado*, cit., p. 266.

<sup>8</sup> Sartori, ob. cit., p. 144.

de libertad, ni podía concebir la libertad como respeto y tutela del individuo-persona. Para los griegos, el individuo no tenía derechos y no disfrutaba en ningún sentido de defensa jurídica.

Su libertad se resolvía en su participación en el poder y en el ejercicio colectivo del poder. No se consideraba que el individuo necesitara garantías ni tuviera que hacer valer derechos individuales. La libertad no se afirmaba oponiéndose al Estado porque no había Estado. La libertad se afirmaba al tomar parte en el poder colectivo.

La situación es totalmente diferente en el mundo moderno. La microdemocracia ateniense no tenía que resolver el problema de las relaciones entre ciudadanos y Estado, mientras que la macrodemocracia moderna, sí. Los griegos podían ser libres a su modo, partiendo de la *polis* para llegar al ciudadano. En los tiempos actuales, solo es posible permanecer libre si se procede en sentido opuesto: partiendo de los derechos del hombre y comenzando por el ciudadano para llegar al Estado.

Advierte Sartori que la fórmula *todo en la polis* puede promover una democracia con un alto grado de fusión comunitaria, mientras que la fórmula *todo dentro del Estado*, que luego se explica como *todo por el Estado*, es, en cambio, la fórmula del Estado totalitario<sup>9</sup>.

## **6. LA POLIARQUÍA COMO TIPO DE DEMOCRACIA**

Ante las inmensas dificultades que presenta el concepto democracia, los politólogos Dahl y Lindblom crearon en 1953 el concepto *poliarquía* para referirse a un sistema ideal de gobierno, un ideal-tipo. Desde el punto de vista etimológico, por poliarquía se entiende el gobierno de muchos, y se opone a oligarquía.

Dahl ha señalado que lo que Lindblom y él mismo querían poner en evidencia con ese término era el hecho de que en un

---

<sup>9</sup> Ibidem., pp. 145 y 146.

país democrático moderno el gobierno, en efecto, es una compleja combinación de elementos democráticos, de jerarquía, de contratación en una estructura política de tipo representativo muy distinta de cualquiera otra conocida antes del siglo XIX<sup>10</sup>.

El interés de Dahl se centra no tanto en la democracia como un deber ser ideal, sino en las instituciones y reglas de juego que pueden ser objetivamente percibidas, por lo que entiende la poliarquía como una forma de gobierno que se caracteriza por la existencia de pluralismo y de una real participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos.

Al hablar de poliarquía se reconoce que el poder se encuentra disperso en varios grupos sociales que representan distintos intereses, grupos que compiten y se enfrentan en el proceso político con diferente fuerza.

Para que el sistema político de un Estado pueda ser considerado como poliárquico se requiere que estén presentes de manera real y efectiva una serie de instituciones jurídico-políticas<sup>11</sup>. Es de anotar que todas esas instituciones se encuentran garantizadas en la Constitución colombiana de 1991:

- Cargos electivos para el control de las decisiones políticas (art. 260).
- Elecciones libres, periódicas e imparciales (arts. 258 y ss.).
- Sufragio universal sin exclusiones (arts. 40 y 258).
- Derecho a ocupar cargos públicos en el gobierno (art. 40).
- Libertad de expresión (art. 20).
- Existencia y protección legal de las diferentes fuentes de información (arts. 20, 73 y 74).
- Derecho a constituir asociaciones u organizaciones autónomas, partidos políticos y grupos de intereses (arts. 40 y 107).

---

<sup>10</sup> Dahl, Robert, diálogo con Bosetti, Giancarlo, *Entrevista sobre el pluralismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 23.

<sup>11</sup> Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992.

## **7. LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

Colombia es un Estado social de Derecho organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, indica de manera expresa el artículo 1° de la Constitución de 1991. El artículo 3° señala que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, y agrega que el pueblo ejerce la soberanía en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la constitución establece.

El pueblo ejerce la soberanía de manera concreta cuando hace uso de: (i) la función constituyente; (ii) la función electoral, y (iii) los mecanismos de participación ciudadana para tomar decisiones de gobierno.

Tenemos entonces que el Estado Social de Derecho preceptuado en la Constitución de 1991 es necesariamente democrático porque es un Estado sometido a la constitución. La soberanía popular se halla limitada por la constitución que el pueblo mismo se ha dado.

Como lo indica Rubio Llorente, lo mejor de la doctrina contemporánea entiende por constitución un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas, y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que estos últimos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra constitución que la democrática; todo lo demás, es simplemente despotismo de apariencia constitucional<sup>12</sup>.

### **7.1 De la democracia representativa a la participativa**

El principio democrático se expresa en la constitución a través de las estructuras tanto representativas como participativas, las cuales

---

<sup>12</sup> Rubio Llorente, *La forma del poder*, cit., p. 51.

deben complementarse. Junto a la tradicional elección de representantes del pueblo en los cuerpos colegiados a través del sufragio universal, se encuentran diferentes mecanismos que, en principio, permiten una participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos que los afectan.

La relación entre la democracia representativa y la democracia participativa la ha planteado la Corte Constitucional desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, ha sostenido que con la Constitución de 1991 se dio el paso de la democracia representativa a la participativa. Así lo ha expresado:

“Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la democracia representativa liberal clásica, se tenía una visión del ciudadano según la cual su papel se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado.

[...] En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos”<sup>13</sup>.

La Corte también ha afirmado, en otra sentencia, que en Colombia coexisten y se complementan la democracia representativa y la democracia participativa. Ha dicho que con la democracia participativa se amplían los espacios democráticos para darles a los

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda.

asociados la oportunidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar más directa y frecuentemente en las actividades políticas y en la toma de decisiones que afecten a la comunidad.

Ha sostenido, además, que la democracia participativa no se contrapone a la democracia representativa; por el contrario, las dos se complementan logrando que el pueblo, titular originario de la soberanía, pueda escoger mediante el sufragio universal a sus gobernantes y, a su vez, cuente con los mecanismos jurídicos propios que garanticen su vinculación con los asuntos que le afectan directamente y en cuya solución se encuentra comprometido<sup>14</sup>.

Tenemos, entonces, que, desde el punto de vista normativo, la democracia constitucional colombiana se caracteriza por ser integral ya que contiene: (i) elementos propios de la democracia representativa; (ii) elementos que abren nuevos cauces a la participación de la comunidad, y (iii) garantías al pluralismo. Sin embargo, hay que decir que la praxis sociopolítica no respalda esa conclusión, por la precariedad que caracteriza a los mecanismos de participación ciudadana distintos al voto, como podrá apreciarse en los puntos siguientes.

## **7.2 Democracia electoral y partidos políticos**

La Constitución de 1991 vigorizó de manera significativa la democracia representativa que viene desde los albores de la República, proceso que se fortaleció con la reforma política contenida en el Acto Legislativo 01 de 2003 y en el Acto Legislativo 01 de 2009. En lo que tiene que ver con garantías a los partidos de oposición al gobierno, hay que señalar que la norma constitucional que se ocupa del estatuto de la oposición (artículo 112), fue reforzado con los actos legislativos 01 de 2003 y 02 de 2015.

La constitución vigente ha quedado dotada de una serie de instituciones que tienden a garantizar la democracia electoral y que

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-089A de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.



protegen la existencia y la libre actividad de los partidos políticos que a ella concurren. Señalaremos en forma somera las principales características que reviste la democracia representativa en Colombia.

### *7.2.1 Elección directa de los órganos de decisión política*

Inicialmente, la Constitución de 1886 solo permitía la elección directa y por sufragio universal de los concejales municipales y de los diputados departamentales. Había sufragio censitario; se requería una cierta capacidad económica y saber leer y escribir, para elegir representantes a la Cámara y a los electores que, a su turno, debían designar al presidente de la República. Los senadores eran nombrados por las asambleas departamentales.

Tan solo en la Reforma Constitucional de 1936 se adoptó para los varones el sufragio universal en todo tipo de elección, así como la elección directa del presidente de la República. En 1945 se aprobó la elección directa de los senadores y se les retiró esa función a las asambleas departamentales.

La elección popular de alcaldes fue lograda mediante el Acto Legislativo 01 de 1986 y la de gobernadores tan solo fue posible con la Constitución de 1991. En esta última, se instauró el sistema de la doble vuelta para la elección presidencial y se revivió la figura del vicepresidente de la República, la que había sido suprimida en el quinquenio del general Rafael Reyes mediante el Acto Reformatorio 05 de 1905. Con el Acto Legislativo 02 de 2004 se estableció la posibilidad de la reelección presidencial inmediata por un solo período constitucional, la que fue eliminada por el Acto Legislativo 02 de 2015 que elimina definitivamente la posibilidad de que un presidente pueda ser reelegido.

El artículo 260 de la Constitución ordena la elección popular directa del presidente y del vicepresidente, de los congresistas, gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y, en su oportunidad, de los miembros de la asamblea constituyente y demás autoridades que la constitución señale.

La elección de senadores difiere de la de representantes a la cámara. Mientras estos últimos son elegidos por circunscripciones territoriales (departamentos y el Distrito Capital), los senadores son elegidos por circunscripción nacional, modalidad que no tiene antecedentes y que contradice el significado histórico de la institución senatorial tanto en Estados Unidos, en donde nació, como en los demás países en donde se ha implementado.

### *7.2.2 Modernización del sistema electoral*

El sistema electoral colombiano acusaba un gran atraso y notoria inequidad hasta 1991. Los candidatos y partidos políticos debían elaborar sus propias papeletas para que los ciudadanos las depositaran en las urnas. Esto afectaba seriamente a los candidatos de menores recursos, los que no tenían posibilidades de ofrecer sus papeletas en todos los sitios de votación. La situación cambió con la Constitución de 1991. En ella se dispone que las elecciones se hagan con tarjetones suministrados por la organización electoral en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos.

Otras características del sistema electoral colombiano son: (i) representación proporcional con exigencia del umbral y mediante el sistema de cifra repartidora; (ii) mantenimiento residual del sistema del cociente electoral; (iii) posibilidad del voto preferente, y (iv) valor decisorio del voto en blanco.

**1. Sistema de la cifra repartidora y exigencia del umbral.** El Acto Legislativo 01 de 2003 reformó radicalmente el tradicional sistema electoral colombiano que estaba basado en el cociente electoral y en el juego de los residuos. La Constitución exige ahora (art. 263) que las listas de candidatos a una corporación pública deben superar el umbral para tener derecho a elegir siquiera un candidato.

El umbral para el Senado de la República, que era del 2% del total de votos sufragados para dicha corporación, fue elevado al 3% por el Acto Legislativo 01 de 2009. Para la Cámara de Representantes y

demás corporaciones públicas, el umbral es igual al 50% del cociente electoral (art. 263).

En las diferentes corporaciones se adjudican los cargos en disputa por el sistema de cifra repartidora. Este consiste en tomar el número de votos obtenidos por cada lista y dividirlo por uno, dos, tres y así sucesivamente hasta llegar al número de curules a proveer. Se ordenan luego los resultados en forma decreciente hasta obtener un número total de resultados igual al número de cargos en disputa. El resultado menor se llama cifra repartidora.

Cada lista obtendrá tantos puestos como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos (art. 263). El sistema de cifra repartidora con umbral evita que los votos se dispersen en un excesivo número de listas con baja votación, con lo que se supera la pesca de residuos que existía bajo el sistema anterior.

**2. Mantenimiento residual del cociente electoral.** El sistema del cociente electoral no ha desaparecido del panorama nacional. La constitución prevé que en las circunscripciones electorales donde se elijan solamente dos cargos, se aplicará el sistema del cociente electoral, con sujeción a un umbral del 30% de ese cociente.

El cociente electoral es el resultado que se obtiene al dividir el total de votos válidos por el número de puestos a proveer. La adjudicación de cargos se hace por el número de veces que el cociente quepa en el total de votos válidos. Si quedan puestos, se adjudicarán a los mayores residuos en orden descendente.

**3. Voto preferente.** Se trata de un mecanismo de elección que puede acoger voluntariamente cada partido al inscribir su lista. Esto significa que el votante podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos.

La asignación de puestos entre los miembros de una lista se hará en orden descendente, empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes. Los votos que no

hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista.

**4. Valor decisorio del voto en blanco.** El voto en blanco solo había tenido un valor simbólico. Se trataba del testimonio del elector que señalaba de esa manera no estar de acuerdo con ninguna de las listas o de los candidatos presentes en la contienda electoral. El único efecto práctico del voto en blanco era el de que se sumaba a los votos válidos, con lo que se aumentaba el cociente electoral.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2009, que modificó el artículo 258 de la constitución, deberá repetirse por una sola vez, la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría.

Tratándose de elecciones unipersonales, no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral. Adquirió así el voto en blanco un valor decisorio que, sin lugar a dudas, le da mayor fuerza al derecho al voto de los ciudadanos.

### ***7.2.3 Fortalecimiento de los partidos políticos***

En la Constitución de 1886 no había mención alguna de los partidos políticos. En la actual, hay todo un capítulo dedicado a los partidos y movimientos políticos y otro, al estatuto de la oposición. Además, el artículo 40 de la constitución consagra como fundamental el derecho a constituir partidos políticos, a hacer parte de ellos libremente y a difundir sus ideas y programas. Dentro de las garantías que les ofrece la constitución a los partidos políticos tenemos:

**1. *Financiación estatal de los partidos y de sus campañas electorales.*** El Estado concurre a la financiación de los partidos y movimientos

políticos que cuenten con personería jurídica. La financiación se extiende a las campañas electorales mediante el sistema de reposición de votos obtenidos. Tanto los partidos como sus campañas disponen de acceso a los espacios institucionales costeados por el Estado, siempre y cuando cumplan con los requisitos de seriedad que determine la ley.

Para que un partido o movimiento político obtenga la personería jurídica se requiere que pase el umbral fijado en el artículo 108 constitucional. Esto significa que deberá obtener una votación no inferior al tres por ciento de los votos válidos consignados en el territorio nacional para la Cámara de Representantes o el Senado. La personería se pierde si en las siguientes elecciones para Congreso no se consigue pasar el umbral. Se exceptúa el régimen *excepcional* que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

**2. Prohibición de la doble militancia.** Los ciudadanos tienen plena libertad para afiliarse o retirarse de los partidos políticos (art. 107). Junto con este derecho, la constitución prohíbe pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político que tengan personería jurídica. Se prevé, además, que los partidos pueden celebrar consultas internas para escoger candidatos o tomar cualquier clase de decisión partidaria; el resultado de las consultas será obligatorio.

Quien participe en la consulta de un partido no podrá inscribirse por otro partido o movimiento político en el mismo proceso electoral. Los partidos políticos no pueden presentar más de una lista o de un candidato a las contiendas electorales con lo que se evita la dispersión y la atomización que tanto daño les han hecho a las colectividades políticas en Colombia.

El Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 6° y el 02 de 2015, artículo 4°, establecieron que los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o corporaciones públicas

de elección popular, que hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática, dolosos contra la administración pública o delitos de lesa humanidad. El congresista condenado por algunos de estos delitos no podrá ser reemplazado en el Congreso, lo que supone un castigo para el partido o movimiento que lo avaló, produciéndose lo que en el argot popular se llama *la silla vacía*.

**3. Sistema de bancadas y régimen disciplinario interno.** La constitución señala en su artículo 108 que los partidos políticos deben regular todo lo referente a su régimen disciplinario interno. Los ciudadanos elegidos a una corporación pública por un mismo partido político deben actuar en ella como bancada, lo que los obliga a votar de acuerdo con lo que haya decidido la bancada a la que pertenecen.

Los estatutos de los partidos pueden fijar, sin embargo, los asuntos que podrán ser votados a conciencia, respecto de los cuales no es aplicable sanción disciplinaria. Las sanciones deben ser graduales y pueden llegar hasta la expulsión, además de poder incluir la pérdida del derecho al voto por el resto del período para el cual se fue elegido.

#### **7.2.4 Garantías a la oposición**

La Constitución (art. 112) le ofrece a la oposición política las garantías generales de ejercer libremente su función crítica y de plantear y desarrollar alternativas políticas. Consagra, además, garantías específicas como el acceso a la información y a la documentación oficiales, salvo restricciones de orden legal; el uso de los medios de comunicación social del Estado; el derecho de réplica en los medios de comunicación oficiales frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y la participación en los organismos electorales.

Los partidos y movimientos minoritarios tienen derecho a formar parte de las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según la

representación que en ellos hayan obtenido. Eso le permite a la oposición ejercer control sobre la conducción y el manejo de las cámaras legislativas y demás cuerpos colegiados.

Hay que decir también que la constitución le ordena al legislador la expedición de una ley estatutaria que regule íntegramente todo lo relacionado con los derechos de la oposición, mandato que fue cumplido mediante la Ley 1909 de 2018.

### **7.3 Mecanismos de participación ciudadana**

Hasta la Constitución de 1991, la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos se limitaba a elegir y ser elegidos, es decir, a ejercer la democracia representativa con sufragio universal. La nueva Carta Política abrió múltiples y muy variados canales de participación con el propósito de hacer posible el encuentro de la sociedad y el Estado.

Ahora bien, la viabilidad para el acceso real y concreto a esos nuevos canales depende en gran medida de su implementación legislativa. La Corte Constitucional, en apretada síntesis, ha elaborado un interesante bosquejo general de los mecanismos de participación previstos en la Constitución de 1991, los que ubica en seis diferentes planos institucionales<sup>15</sup>:

1. En la esfera política, con el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40), el aumento del número de los funcionarios electos (art. 260), y el establecimiento del voto programático (art. 259) y la revocatoria del mandato (art. 103).
2. En la esfera normativa, mediante el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa para aprobar o derogar leyes (art. 103).

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3. En la planeación, al ordenarse la consulta previa al Consejo Nacional de Planeación, integrado por sectores económicos, sociales, culturales, comunitarios y ambientales, del plan de desarrollo elaborado por el Gobierno, antes de ser presentado a la corporación de origen popular para que adopte la decisión (art. 341).
4. En la administración activa, al establecerse: 1. Que los servicios públicos puedan ser prestados por la comunidad organizada (art. 365). 2. La participación de los usuarios en la administración y fiscalización de las empresas estatales (art. 369). 3. Su participación en la dirección y administración de la educación (art. 68), salud (art. 49) y medio ambiente (art. 79). 4. La posibilidad de asignarle funciones públicas a los colegios profesionales (art. 26). 5. La respuesta ante las peticiones elevadas (art. 23). 6. Las consultas o estudios de las organizaciones de consumidores sobre las medidas relativas a la calidad de los bienes y servicios ofrecidos al público (art. 78).
5. En la administración de justicia, a través de los jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios (art. 247); con la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres (art. 246), y al consagrar como deber de la persona y del ciudadano la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95-7).
6. En la administración pasiva, al facultarse a la ley para organizar las formas o sistemas de participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública y de sus resultados (art. 270), y mediante el derecho a elevar peticiones respetuosas a las autoridades (art. 23).

### 7.3.1 *El voto*

El voto sigue siendo el más importante y efectivo instrumento de participación democrática de los ciudadanos colombianos. La constitución lo considera un derecho y un deber, al mismo tiempo. Se trata de un derecho fundamental (art. 40), por lo que está especialmente



protegido por la acción de tutela. Pero es también un deber de los ciudadanos participar en la vida política (art. 95).

El voto es secreto y le corresponde al Estado garantizarlo. Tiene éste también la obligación de proveer a los votantes de tarjetas numeradas e impresas en papel que ofrezcan la suficiente seguridad, las cuales deben ser distribuidas por la organización electoral, con lo que se superó el desueto e inequitativo sistema que existía antes de 1991, sistema que obligaba al candidato a elaborar y hacer llegar a los electores sus propias papeletas electorales.

La propuesta de establecer la obligatoriedad del voto siempre está sobre el tapete. Quienes la impulsan sostienen la tesis de que el voto es un deber ciudadano y de que con la obligatoriedad se reduce la abstención, razón por la cual las elecciones adquieren mayor legitimidad.

Cabe sostener, en contra de esa tesis, que el voto es primordialmente un derecho constitucional y como tal, es susceptible de ser utilizado o no. No corresponde a la naturaleza de los derechos la imposición coercitiva de su ejercicio a sus titulares. Ello atenta contra la libertad individual, contra el derecho a la autonomía personal, reivindicación muy sensible en el Estado democrático y pluralista. La Corte Constitucional ha expresado que las normas que consagran el ejercicio del voto como una actividad esencialmente libre, hacen inmune al abstencionista a la acción del legislador tendiente a prohibir el no ejercicio del derecho al voto, o a atribuirle alguna pena, a la vez que hacen incompetente al Congreso para actuar de ese modo, pues el sufragante conserva en todo caso el derecho de abstenerse de votar, votar en blanco o hacerlo en favor de cualquier candidato<sup>16</sup>.

La decisión de convertir al Estado en un represor de los ciudadanos que deciden no participar en las elecciones corresponde a la tendencia a sobredimensionar el papel del Estado con la consideración de que la libertad del ciudadano se resuelve en su participación

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

en el poder y en el ejercicio colectivo del mismo, como en la Grecia antigua, argumento con el que se justificaron los regímenes totalitarios del siglo XX.

El constitucionalismo contemporáneo responde a un modelo diferente de democracia. Gira alrededor de los derechos de las personas, por lo que se la considera antropocéntrica. Característica central de este modelo, acogido por nuestro país en la Constitución de 1991, es el pluralismo, el reconocimiento de la diferencia, de la diversidad. El pluralismo significa que se admite y se respeta la diversidad y se acepta la convivencia tranquila y pacífica entre quienes son diferentes. El pluralismo comporta un deber de tolerancia para con todas las personas de diferentes razas, lenguas, religiones, culturas, ideologías, creencias políticas, valores éticos y preferencias sexuales.

Tenemos entonces que el voto para que sea realmente libre debe ir acompañado del derecho a no votar. La constitución democrática y pluralista alienta y promueve la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas a través del sufragio, al mismo tiempo que garantiza la libertad de quienes no votan por cualesquiera que sean sus razones, incluyendo a quienes desconfían del sistema político y consideran irrelevante e inútil el acto del sufragio, conservando eso sí el derecho a la permanente e irremediable queja por el estado de cosas del país.

### *7.3.2 La iniciativa popular*

Según lo previsto en la Ley Estatutaria 134 de 1994, encargada de regular lo referente a los mecanismos de participación ciudadana, un grupo de ciudadanos, con el respaldo de por lo menos el cinco por ciento del respectivo censo electoral, podrá presentar un proyecto de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las asambleas departamentales, de acuerdo ante los concejos municipales o distritales, y de resolución ante las juntas administradoras locales, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente.

El grupo promotor puede estar conformado por una organización cívica, sindical, gremial, indígena o comunal del orden nacional, departamental, municipal o local, según el caso, o un partido o movimiento político, siempre que la entidad tenga personería jurídica. En todos los casos se requiere el apoyo, suscrito en un formulario especial elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, de un número de ciudadanos que represente no menos del cinco por mil del censo electoral nacional, departamental, municipal o local, según el caso.

La propuesta ciudadana debe estar redactada en forma de proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local, según el caso, y referirse a una misma materia. De acuerdo con el artículo 29 de la citada ley, no se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas sobre las siguientes materias: (i) las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional, de los gobernadores o de los alcaldes, según lo establecido en la Constitución Política; (ii) presupuestales, fiscales o tributarias; (iii) relaciones internacionales; (iv) concesión de amnistías o indultos, y (v) preservación y restablecimiento del orden público.

### *7.3.3 El referendo*

La Ley 134 de 1994 define el referendo como la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya existente. El referendo puede ser aprobatorio o derogatorio. Con el primero, se somete un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local a consideración del pueblo para que decida si lo aprueba o no. Con el derogatorio, se pretende dejar sin efectos una de dichas normas.

Hay que distinguir el referendo aprobatorio constitucional del que pretende la aprobación de las demás normas. El referendo para la aprobación de una ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, solo puede intentarse cuando el proyecto no ha sido aprobado en la corporación respectiva y su iniciativa corresponde de manera

exclusiva a los ciudadanos. El proyecto será aprobado o negado en su integridad.

El referendo constitucional puede ser promovido por los ciudadanos o por el gobierno nacional. Se requiere que el congreso apruebe por mayoría absoluta una ley en la que se incorpore el proyecto de reforma constitucional. El referendo deberá ser presentado de manera tal que permita a los electores escoger libremente en el articulado qué votan afirmativamente y qué votan negativamente. Si el congreso no aprueba la ley, no hay referendo constitucional (arts. 378 C.P. y 33 L. 134/94).

La aprobación del referendo, en cualquiera de los dos casos, requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

#### *7.3.4 Trabas al referendo*

El referendo es un mecanismo que genera sentimientos ambivalentes. Se le exalta como un instrumento que permite convertir a los ciudadanos en partícipes activos en la toma de decisiones, que favorece y estimula la ampliación de la democracia. Al mismo tiempo, se le mira con reserva y se obstaculiza su implementación, por el temor que genera dejar directamente en manos de los ciudadanos la aprobación de iniciativas que despiertan o pueden despertar aguda controversia.

La constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional reflejan esa ambivalencia. Las normas constitucionales y legales mediante las cuales se crean y desarrollan los nuevos mecanismos de participación ciudadana se dirigen a convertirlos en elementos conformadores de un nuevo tipo de democracia. La Corte Constitucional, por su parte, ha resaltado con efusivas expresiones el advenimiento de la democracia participativa pero sus decisiones se han orientado a la restricción de la misma.

A pesar de esa presentación auspiciosa, todo conspira contra la eficacia de esos nuevos mecanismos, en especial, del referendo. El

requisito de la cuarta parte del censo electoral que exige la constitución para el referendo constitucional ha sido una valla demasiado alta, debido a que el censo nunca está lo suficientemente depurado y, en segundo lugar, a que venía incluyendo de manera forzosa a millones de colombianos que se han establecido en el exterior y no participan ya de la vida nacional.

La Corte Constitucional, de su lado, ha contribuido en buena parte a dificultar ulteriormente las posibilidades de un referendo. En la sentencia mediante la cual se hizo la revisión previa de constitucionalidad del referendo de 2003, la Corte, apoyada en criterios exageradamente formalistas, decidió que los sufragantes que acuden a las urnas el día del referendo, hacen cola ante las mesas que les corresponden, reciben las papeletas y las certificaciones electorales, y deciden no marcar ninguna opción, no son sufragantes. En consecuencia, esos sufragantes convertidos en no sufragantes por obra y gracia de la Corte Constitucional, no pueden ser tenidos en cuenta para el cómputo de la cuarta parte del censo electoral, lo que hace mucho más difícil que a través del referendo se pueda canalizar la voluntad popular<sup>17</sup>.

### 7.3.5 *El plebiscito*

El plebiscito es un pronunciamiento popular que no tiene buen recibo en la democracia moderna, por cuenta de los abusos que de él se han hecho en el pasado. Debe recordarse, al respecto, su utilización por Napoleón y por su sobrino Napoleón III, para atribuirse abusivos poderes imperiales en Francia<sup>18</sup>.

El plebiscito se diferencia del referendo por cuanto con este último se busca que el pueblo apruebe un texto normativo debidamente elaborado, o que derogue una norma vigente. Con el plebiscito se pretende obtener apoyo popular para una decisión del gobierno

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>18</sup> Véase *supra* Capítulo III, numerales 3.1 y 4.4.

acerca de un asunto que se considera de la mayor importancia para el Estado y para la sociedad, pero esa decisión no puede presentarse como texto normativo.

Con frecuencia se les confunde. Así sucedió en Colombia con el Plebiscito del 1° de diciembre de 1957, a la caída de la dictadura militar de Rojas Pinilla. A través de ese plebiscito se aprobó una reforma constitucional de gran alcance, contenida en un texto que solo admitía su aprobación o negación en bloque.

Podría argüirse, sin embargo, que la imposibilidad de aprobar o improbar por separado los artículos del proyecto, justifica el que se lo haya denominado plebiscito, ya que con él se aprobó la decisión política de crear el Frente Nacional, una modalidad de gobierno diseñada por los dirigentes de los partidos tradicionales para distribuirse el poder en forma paritaria.

Para la Ley 134 de 1994, el plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual se apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo. La misma ley prescribe que el congreso puede rechazar la iniciativa, por mayoría simple, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual el presidente le haya informado su intención de realizar un plebiscito. Si no se obtiene respuesta dentro de ese plazo, el Presidente podrá convocarlo.

La convocatoria del plebiscito debe hacerse con la firma de todos los ministros y podrá referirse a las políticas del gobierno que no requieran aprobación del Congreso, aunque no sobre los estados de excepción. De manera expresa, la ley señala que el plebiscito no podrá versar sobre el período constitucional del presidente, ni podrá modificar la constitución. El plebiscito requiere la aprobación de la mayoría del censo electoral, algo que la Corte Constitucional considera como una exigencia “francamente desmesurada<sup>19</sup>”.

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

### 7.3.6 *La consulta popular*

Se trata de un mecanismo de participación ciudadana que la Ley 134 de 1994 define como institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

La consulta popular está prevista en los artículos 104, 105, 297, 319 y 321 de la Constitución. En las tres últimas normas citadas, la consulta popular se encuentra consagrada como paso previo a la creación de nuevos departamentos, áreas metropolitanas y provincias. El resultado de la consulta es obligatorio en todos los casos.

La consulta debe estar redactada en forma clara, de manera tal que los consultados puedan contestar las preguntas con un sí o un no. El texto de la consulta propuesta por el presidente debe ser enviado al senado para que dentro del término de veinte días, prorrogable por diez días más, emita concepto favorable.

Los gobernadores y alcaldes deberán obtener el concepto previo favorable de la asamblea departamental, del concejo municipal o de la junta administradora local correspondiente, en los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional. Si el concepto fuere desfavorable no habrá consulta. Se requiere, además, el envío del texto de la consulta al tribunal administrativo para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

La votación para la consulta nacional podrá hacerse dentro de los cuatro meses siguientes, si se obtiene el concepto favorable del senado o si éste deja vencer el término previsto sin pronunciarse al respecto. Igual acontece con la consulta promovida por gobernadores y alcaldes, pero en este caso el plazo para que se realice la votación se reduce a dos meses.

La decisión que tome el pueblo a través de la consulta es obligatoria. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 134 de 1994, la decisión obliga al órgano correspondiente a adoptar

las medidas necesarias para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente.

Si vencido dicho plazo el congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local no la expidieren, el presidente de la República, el gobernador, el alcalde o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes, la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. El plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.

A la consulta popular también se le estableció su tranca. En efecto, la Ley dispone que solo podrá considerarse aprobada la consulta cuando se haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral. Se trata, sin lugar a dudas, de un obstáculo bastante difícil de superar.

### ***7.3.7 El cabildo abierto***

El cabildo abierto es una institución que produce reminiscencias históricas por el papel que jugó durante la Colonia y, especialmente, en los hechos del 20 de julio de 1810 que llevaron a la declaratoria de la independencia en Santafé de Bogotá. La ley lo define como la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad (art. 9º).

Para convocar el cabildo abierto se requiere que la solicitud sea presentada ante la secretaría de la respectiva corporación por un número de ciudadanos no inferior al cinco por mil del censo electoral del municipio, distrito, localidad, comuna o corregimiento, según el caso. En el cabildo se puede tratar cualquier asunto que sea de interés para la comunidad, pero no es posible presentar



proyectos de ordenanzas, de acuerdos o de cualquier otra clase de actos administrativos.

El presidente de la corporación queda obligado a dar respuesta escrita y razonada a los planteamientos y solicitudes expuestos en el cabildo, dentro de la semana siguiente y en audiencia pública a la cual deben ser invitados los voceros del cabildo abierto. Cuando se trate de un asunto relacionado con inversiones públicas municipales, distritales o locales, la respuesta deberá señalar el orden de prioridad de las mismas dentro del presupuesto y los planes correspondientes.

Con toda razón, la Corte Constitucional ha sostenido que el cabildo abierto constituye una modalidad del derecho de petición colectivo, ya que quienes formulan en el cabildo solicitudes o peticiones ante las autoridades públicas tienen derecho a que éstas sean respondidas dentro de un término breve<sup>20</sup>.

### *7.3.8 La revocatoria del mandato*

El mandato imperativo aparece en la Constitución de 1991 como expresión directa de la soberanía popular, lo que lo distingue del mandato libre o representativo. En el primer caso, el elegido queda sometido a las condiciones del mandato; debe cumplir con el programa ofrecido (voto programático). En el segundo, el elegido solo decide de acuerdo con su conciencia. El artículo 259 de la Constitución establece que quienes elijan gobernadores y alcaldes imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato.

De acuerdo con la Ley 134 de 1994, la solicitud de revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores debe ser hecha por un número de ciudadanos no inferior al 40% del total de votos válidos emitidos en la elección del respectivo mandatario. Solo se podrá intentar cuando haya transcurrido no menos de un año de la posesión del respectivo alcalde o gobernador. Si fracasa, no podrá hacerse un segundo intento.

---

<sup>20</sup> Ibidem.

La revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores creó grandes expectativas dentro de la población. La Corte Constitucional se desbordó en elogios a este mecanismo de participación popular, al que le otorgó promisorias consecuencias para la democracia colombiana; en la revisión constitucional de la Ley Estatutaria 134 de 1994, afirmó:

“El control sobre lo mandado y sobre el mandatario son las claves de la democracia real. Ninguna decisión adoptada por el Estado, en lo externo ni en lo interno, debe escapar al control del elector. La revocatoria del mandato, concebida en los términos de esta ley, permitirá que los partidos y movimientos políticos, estructurados sobre unos nuevos cimientos constitucionales desarrollados por su ley estatutaria, restablezcan la credibilidad y confianza en los dirigentes y líderes políticos, sociales y gremiales, por parte del electorado<sup>21</sup>”.

La historia reciente de Colombia ha demostrado que no había razón para tanto entusiasmo. Las condiciones establecidas en la ley no han permitido que respecto de los alcaldes prospere un solo intento de revocatoria.

El artículo 69 de la Ley 134 de 1994 estableció inicialmente que se considerará revocado el mandato si la propuesta es aprobada por un número de votos no inferior al 60% de los ciudadanos que participen en la respectiva votación, siempre que el número de sufragios no sea inferior al 60% de la votación registrada el día en que se eligió al mandatario. Agregó que únicamente podrían votar quienes participaron en la jornada electoral en la cual se eligió al respectivo gobernador o alcalde.

Al comprobar que las exigencias legales eran demasiado elevadas, la Ley 741 de 2002 las redujo. Se estipuló que la revocatoria debería ser aprobada por no menos de la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea inferior al 55% de la votación válida

---

<sup>21</sup> Ibidem.

registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario. Se eliminó la condición de que solo podían participar en la revocatoria los ciudadanos que habían intervenido en la jornada electoral en la cual se eligió al respectivo gobernador o alcalde.

A pesar de las nuevas condiciones, la revocatoria del mandato sigue siendo un mecanismo ineficaz. No ha sido posible que se le revoque el mandato a ningún alcalde en Colombia, ya que los intentos que se han hecho se han estrellado con las exigencias de la ley estatutaria. Lo más grave de esta situación es que se percibe un escepticismo generalizado sobre la viabilidad de la revocatoria, lo que se traduce en la renuncia siquiera a intentarla.

#### **7.4 Negación de la democracia participativa**

Como se ha podido constatar en la descripción que se ha hecho de los distintos mecanismos de participación ciudadana, hay un grave déficit de democracia participativa. Ella apareció en medio de bombos y platillos en el panorama nacional, pero, lamentablemente, se ha quedado en el papel. Los nuevos mecanismos han sido amarrados con demasiadas trabas normativas que les impiden su utilización con alguna posibilidad de éxito.

En este aspecto, la Corte se ha quedado en mera retórica. Después de afirmar en la Sentencia 180 de 1994 (M. P. Herrera Vergara), que el concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral y que ella comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional, la Corte ha hecho todo lo posible para dificultar los referendos, tanto el de 2003 como los que se han intentado después.

Queda la impresión de que existe mucho temor frente a la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones de contenido constitucional por lo que de ella pueda resultar, lo que explicaría las talanqueras que se les han puesto.

El gobierno nacional, el congreso de la República y las distintas fuerzas políticas deben sincerarse: o se modifican las normas vigentes para permitir el real acceso de los colombianos a mecanismos a través de los cuales se amplíen de manera significativa las oportunidades de participación ciudadana en los procesos que inciden en el rumbo de sus vidas, o se reconoce con franqueza que esos mecanismos son instituciones meramente semánticas y nos quedamos con la tradicional y precaria democracia representativa.

## **8. EL PLURALISMO**

Para la filosofía, por pluralismo se entiende la doctrina según la cual hay más de una realidad, o más de un tipo de realidad, en contraposición al monismo, doctrina que solo admite una realidad, o solo un tipo de realidad<sup>22</sup>.

Desde una perspectiva sociopolítica, el pluralismo es la condición de un sistema social, político y cultural que, partiendo de una realidad diversa o de una posibilidad de discrepancia, permite la colaboración en la actuación colectiva. Es decir, el pluralismo significa que se admite y se respeta la diversidad y se acepta la convivencia tranquila y pacífica entre quienes son diferentes. El pluralismo comporta un deber de tolerancia y el rechazo a la discriminación.

La realidad social tiene una composición plural, diversificada. Al adoptar la Constitución, en su artículo 1º, el pluralismo como principio fundamental, está reconociendo que existe en Colombia un conglomerado social heterogéneo, diverso, integrado por personas de diferentes razas, lenguas, religiones, culturas, ideologías, creencias políticas, valores éticos y preferencias sexuales. Esa diversidad cuenta con la protección del Estado Social de Derecho, obligado por mandato constitucional a garantizar los derechos de las minorías.

La constitución no prohija que sector alguno de la sociedad se erija como hegemónico y excluyente de los otros sectores, por más

---

<sup>22</sup> Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Tomo III, Barcelona, Ariel, 1994, p. 2817.

mayoritario que sea. El Estado es democrático, pero al mismo tiempo es pluralista; está obligado a garantizar de una manera real y efectiva los derechos de los sectores minoritarios. Ese carácter pluralista se expresa en la constitución en todos los planos posibles, por lo que en ella encontramos referencia expresa a diferentes manifestaciones del pluralismo, a saber: (i) político; (ii) étnico y cultural; (iii) religioso; (iv) educativo; (v) informativo, y (vi) en el plano de la política exterior.

## **8.1 Pluralismo político**

Es, sin lugar a dudas, el principal soporte de la democracia moderna. Significa que la constitución garantiza el libre juego de todos los partidos y tendencias políticas, cualquiera que sea su orientación. Ningún partido puede ser excluido de la posibilidad de acceso al poder cuando obtenga el suficiente respaldo electoral para que ejecute su programa de gobierno.

Las minorías tienen derecho a participar activamente en la lucha política; a actuar como oposición, con su propia plataforma electoral, con miras a ganar el favor popular y convertirse en el futuro en mayoría, y, por lo tanto, en gobierno. Las minorías políticas que no tengan suficiente fuerza electoral para llegar al congreso pueden acceder a una curul en la Cámara de Representantes en circunscripción especial.

El pluralismo supone, además, que cualquiera que sea la mayoría que ejerza el poder, no puede desconocer los derechos constitucionalmente protegidos de las minorías. Esto último significa que el pluralismo político es una limitación constitucional del principio democrático del gobierno de las mayorías.

La Constitución de 1991 tenía establecido que un partido o un movimiento político podía acreditarse con cincuenta mil firmas o cuando se alcanzara representación en el Congreso de la República. Esto dio como resultado el hecho de que el Consejo Nacional Electoral llegara a tener en sus registros más de un centenar de partidos o movimientos legalmente reconocidos, muchos de los

cuales eran simples sectores o facciones de partidos más grandes. Ese sistema generó inmensas dificultades para la gobernabilidad del país. El gobierno debía entenderse en el congreso no con un pequeño grupo de partidos políticos sino con, prácticamente, cada uno de los parlamentarios.

Lo que en un comienzo vastos sectores de la opinión pública percibieron como una situación que favorecía el pluralismo político, terminó por poner en evidencia sus efectos perversos para la democracia, porque impedía el fortalecimiento de los partidos políticos y favorecía la negociación del gobierno con congresistas individualizados.

Las reformas políticas contenidas en los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 han reducido considerablemente el número de partidos, pero al mismo tiempo los ha fortalecido. Al hacerse más clara y coherente la relación de los partidos con el gobierno, ya sea como partido de gobierno o de oposición, se ha vigorizado el pluralismo político como eje central del sistema democrático.

## **8.2 Pluralismo étnico y cultural**

Las constituciones nacionales de Colombia nunca se ocuparon de mencionar la existencia de minorías étnicas; como si no existieran. Un caso excepcional es el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, expedida en noviembre de 1811, donde se habla de las tribus indígenas errantes a las que se las denomina naciones de indios bárbaros. El Acta ordena que se las respete como legítimas y antiguas propietarias, proporcionándoles el beneficio de la civilización y de la religión, y aconseja establecer tratados y negociaciones con ellas protegiendo sus derechos con toda la humanidad y filosofía que demanda su situación teniendo en cuenta “los males que ya les causó, sin culpa nuestra, una Nación conquistadora”.

De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución de 1991, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. El principio constitucional no se queda en su mero enunciado:

a través de varias normas se complementa en esferas específicas el pluralismo étnico y cultural.

El artículo 10 establece que el castellano es el idioma oficial de Colombia pero que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios; señala, además, que la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. De acuerdo con el artículo 68-5, los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, y el artículo 70 afirma que el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las manifestaciones culturales que conviven en el país.

Las comunidades indígenas tienen derecho a elegir dos senadores en circunscripción nacional especial, lo que no impide que puedan elegir otros por la circunscripción nacional ordinaria (art. 171). El Acto Legislativo 02 de 2015 estableció que las comunidades indígenas tienen derecho a elegir por circunscripción especial a un representante a la Cámara y las comunidades afrodescendiente, dos representantes.

Debe también mencionarse aquí la competencia constitucional que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la República (art. 246).

### **8.3 Pluralismo religioso**

En este campo se verificó un viraje radical en relación con la constitución anterior. La de 1886 le otorgaba protección especial a la religión católica, la que el preámbulo del Plebiscito de 1957 consideraba como la religión de la nación colombiana. La libertad de cultos estaba limitada a la de aquellos que no fueran contrarios a la moral cristiana (art. 53); los sacerdotes católicos no podían desempeñar cargos públicos, con excepción de los relacionados con la educación y con las actividades de beneficencia (art. 54).

La Constitución de 1991 estableció una libertad religiosa sin limitaciones y les otorgó trato igualitario a los fieles de todas las confesiones religiosas, lo mismo que a quienes no profesan religión alguna. En el artículo 19 se garantiza la libertad de cultos y se afirma que toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Se agrega allí que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

En desarrollo de este principio se expidió la Ley Estatutaria 133 de 1994, conocida como la Ley de Libertad de Cultos, en la que se establece que ninguna iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal.

Llama la atención el hecho de que la citada ley convierte al Estado en una persona con vida espiritual propia, poseedora de sentimientos y creencias interiores, capaz de sentir temor por lo que le pueda suceder a los seres humanos más allá de la muerte, cuando afirma en el artículo 2º: “Sin embargo, el Estado no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos”.

El pluralismo religioso fue objeto de un amplio reconocimiento por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-027 de 1993, mediante la cual se declararon inexecutable varios artículos del Concordato firmado con la Santa Sede y aprobado por la Ley 20 de 1974, por considerarlos violatorios de la libertad e igualdad religiosas<sup>23</sup>. Los apartes del Concordato declarados inconstitucionales le otorgaban privilegios a la religión católica frente a las demás religiones.

## 8.4 Pluralismo educativo

Durante los primeros cincuenta años de vigencia de la Constitución de 1886 rigió una norma, el artículo 41, que estipulaba que la educación pública debía ser organizada y dirigida en concordancia

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. Hay que recordar que esta publicitada sentencia solo tuvo un voto en contra.



con la religión católica, lo que le confería a ésta un inmenso privilegio frente a las demás iglesias y frente a los particulares. Aunque esa norma desapareció con la reforma constitucional de 1936, se mantuvieron las prerrogativas conferidas a la Iglesia Católica en materia educativa, a través de los sucesivos concordatos firmados con la Santa Sede.

La actual constitución no admite discriminación alguna en materia educativa. El artículo 68 constitucional les reconoce a los particulares el derecho a fundar establecimientos educativos, los que están sometidos a la suprema inspección y vigilancia del Estado.

Para reforzar el sentido pluralista que debe tener la educación colombiana, el inciso cuarto del artículo 68 establece que los padres de familia tienen el derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores y prohíbe que en los establecimientos del Estado se obligue a persona alguna a recibir educación religiosa.

El pluralismo educativo no se refleja solo en lo religioso, también en lo lingüístico, ya que de acuerdo con el artículo 10° ya citado, la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, debe ser bilingüe.

## **8.5 Pluralismo informativo**

Se expresa, en primer lugar, a través de uno de los derechos fundantes del Estado liberal, la libertad de prensa. El artículo 20 de la Carta garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

En tratándose de la actividad política, la constitución establece una garantía expresa de pluralismo al prescribir que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley, y que los candidatos debidamente inscritos tendrán también acceso a dichos medios (art. 111).

El desarrollo de la tecnología aplicada al mundo de la comunicación audiovisual ha convertido a los medios que utilizan el espectro electromagnético en los de más amplio cubrimiento social, lo que llevó a los constituyentes a ocuparse del tema en particular y a regularlo de manera concreta.

En el artículo 75 constitucional se señala que para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. En el plano de la televisión, esa función se le ha otorgado a la Autoridad Nacional de Televisión, organismo creado por la Ley 1507 de 2012, por mandato constitucional contenido en artículo 77 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2011.

## **8.6 Pluralismo en la política exterior**

El pluralismo, entendido como el reconocimiento de la existencia de diferentes realidades y el convencimiento de la necesidad de convivir con ellas, no se puede limitar a la esfera interna. En un mundo complejo, lleno de diversidades de todo tipo, en el que las distancias se han acortado por el desarrollo tecnológico y frente al que no es posible aislarse, se impone una actitud y una política pluralistas.

De acuerdo con la constitución, las relaciones exteriores del Estado colombiano se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (art. 9º). Agrega la norma que la política exterior se debe orientar hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

En correspondencia con el pluralismo dentro de las fronteras, el pluralismo externo excluye las actitudes hegemónicas y discriminatorias frente a otros Estados. Por el contrario, obliga a adoptar medidas que permitan la integración y cooperación internacionales a través de convenios bilaterales o multilaterales, lo que incluye la participación en organismos supranacionales.

La idea de estados soberanos absolutamente independientes de los demás, pertenece al pasado. En la actualidad, es necesario que los estados se despojen de parte de sus prerrogativas para lograr los beneficios de la cooperación internacional, aspecto que figura dentro de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

Como lo afirma el profesor Pérez Luño, el pluralismo en el plano externo significa entender el orden internacional como el producto de una libre autolimitación de las soberanías estatales en el marco de una cooperación recíproca, establecida a través de vínculos de coordinación<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 503.



## Capítulo XVIII



## Los derechos fundamentales



## 1. NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales constituyen en nuestra época la condición misma del Estado democrático y el eje de la Constitución. La razón de ser de una Constitución es el reconocimiento expreso de un ámbito de facultades y prerrogativas adquiridas por el ser humano por la sola razón de su existencia, ámbito protegido contra cualquier injerencia de los órganos estatales y de los particulares situados en posición dominante.

Los derechos fundamentales reconocen facultades o pretensiones referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, los cuales son imprescindibles para su desarrollo como persona y se derivan de su dignidad. Son los derechos más importantes que tienen las personas; constituyen la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Los derechos fundamentales conforman el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del estatus jurídico del individuo<sup>1</sup>.

Además de la dimensión subjetiva a la que se acaba de hacer mención, tienen los derechos fundamentales una dimensión objetiva, ya que por ser la condición misma de la democracia contienen elementos esenciales del orden jurídico político general.

En primer lugar, no se concibe hoy en día que pueda existir un Estado democrático si éste no reconoce y protege el ejercicio de los derechos fundamentales. En esa dirección se inscribe la Constitución

---

<sup>1</sup> Solozábal Echavarría, Juan, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 71, Madrid, 1991, p. 88.

de 1991 al prescribir en su artículo 5° que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona.

En segundo lugar, los derechos fundamentales establecen espacios vedados a la injerencia de los poderes públicos y le imponen estrictas limitaciones al Estado porque le prohíben la suspensión de estos, incluso en estados de excepción (art. 214-2). Además, solo pueden ser regulados por el legislador a través de leyes estatutarias (art. 152).

Dicho de otra manera, los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no solo en la relación del individuo con el poder público. También afectan la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada. Rigen no solo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado<sup>2</sup>.

## 1.1 Derechos humanos y derechos fundamentales

El término *derechos fundamentales* aparece claramente mencionado en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, y no de cualquier manera. El primer capítulo tiene la denominación “De los derechos fundamentales” y en el 1° de sus artículos se afirma:

“1. La dignidad del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del Estado. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se definen a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales como derecho directamente aplicable.”

---

<sup>2</sup> Böckenförde, Ernest, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Ed. Nomos, 1996, p. 95.

Los derechos fundamentales están revestidos en la constitución alemana de una serie de garantías y prerrogativas que no tienen los demás derechos, entre ellas, la de que su protección puede ser reclamada en caso de violación a través de un procedimiento especial conocido como recurso de amparo, el cual se tramita ante el Tribunal Constitucional Federal.

Algo parecido sucede en la Constitución española de 1978. El título primero se denomina “De los derechos y deberes fundamentales” y la sección primera del capítulo segundo se ocupa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, mientras que la sección segunda del mismo capítulo tiene el título genérico “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo son objeto de protección a través de un procedimiento especial preferente y sumario y, en su caso, a través del recurso de amparo.

La constitución colombiana, siguiendo los modelos alemán y español, diferencia los derechos fundamentales de los demás derechos constitucionales. En el capítulo primero del título II ubica los derechos fundamentales; en el capítulo segundo, los derechos sociales, económicos y culturales; por último, en un tercer capítulo, los derechos colectivos y del ambiente.

Aunque la Corte Constitucional ha dicho que esa no es una clasificación taxativa o excluyente, le reconoce, sin embargo, un papel orientador que la convierte en uno de los criterios que permiten precisar cuáles son los derechos constitucionales fundamentales, como se verá más adelante. Cabe aquí hacerse la pregunta: ¿qué relación existe entre los términos *derechos fundamentales* y *derechos humanos*?

En muchas ocasiones la respuesta se ha dirigido a señalar que se trata de conceptos iguales, de términos que son sinónimos. Sin embargo, en los países que como Colombia les dan un tratamiento jurídico preferencial a los derechos fundamentales, esa respuesta no es satisfactoria: llevaría a la absurda conclusión de que los derechos constitucionales que no son fundamentales no son derechos humanos.



El profesor Pérez Luño afirma que el término derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de derechos fundamentales. El destacado tratadista español establece la siguiente distinción:

“Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada<sup>3</sup>”.

## 1.2 Fundamentalidad de los derechos fundamentales

Surge una nueva pregunta: ¿Por qué los derechos constitucionales fundamentales son fundamentales? Se trata de un interrogante que ha dado lugar a profundas discusiones iusfilosóficas que tienen en común la crítica docta a la forma como el tema ha sido abordado en los textos constitucionales que se han ocupado de ellos. Se los acusa de falta de claridad conceptual y de incoherencias lógico jurídicas.

En su favor hay que decir que constituciones como la alemana, la española y la colombiana fueron elaboradas no por un simposio de juristas expertos en derecho constitucional, sino por asambleas constituyentes integradas por hombres y mujeres de profesiones diferentes y de distinta condición social y económica, que representaban los partidos políticos y movimientos sociales que tenían en el momento la fuerza electoral y la legitimidad democrática suficientes para acceder a ellas.

Sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la constitución, la ley fundamental del

---

<sup>3</sup> Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 46.

Estado, es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales.

### 1.2.1 *El elemento formal*

Desde la perspectiva formal, dos son las condiciones que caracterizan a los derechos fundamentales: (i) la fuente constitucional, el hecho de su inclusión explícita en la Carta Política, y (ii) la garantía reforzada que dichos derechos tienen, garantías de las que carecen los derechos constitucionales no fundamentales<sup>4</sup>.

Es la constitución misma la que se encarga de señalar que existen derechos fundamentales y derechos constitucionales que no lo son. Establece, además, los criterios que permiten identificar cuáles son esos derechos fundamentales. ¿Con qué propósito? Pues para otorgarles privilegios y garantías especiales que refuercen su protección.

Concretamente, la constitución colombiana les otorga a los derechos fundamentales prerrogativas tales como la aplicación inmediata sin necesidad de intermediación de la ley, la protección mediante acción de tutela y la reserva de ley estatutaria para su regulación, entre otras.

Ahora bien. Es claro que en las constituciones que no establecen diferencias entre los distintos derechos constitucionales no se puede hablar de derechos fundamentales. Es el caso de Venezuela, en cuya constitución actual, la de 1999, no se tipifican derechos fundamentales. El título III se denomina “De los deberes, derechos humanos y garantías”, y en él están incluidos derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y ambientales. Todos ellos, sin distinción alguna, están protegidos con la acción de amparo constitucional que es un procedimiento oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad (art. 27). Es evidente que en la constitución venezolana solo se habla de derechos humanos y no cabe allí distinguir derechos fundamentales.

---

<sup>4</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 58 y ss.

### 1.2.2 *El elemento material*

Hay que advertir que el concepto de derechos fundamentales no se queda en el aspecto meramente formal, en la *positivación* que de ellos hacen constituciones como la colombiana. La jurisprudencia y la doctrina han venido elaborando una teoría sobre su contenido material que se centra en la idea de que los derechos fundamentales son consustanciales a la dignidad del hombre; son derechos inherentes a la persona humana, esenciales, sin los cuales no podría concebirse una vida digna. Se trata de derechos constitucionales ligados al principio fundamental de la dignidad humana.

## 1.3 La dignidad humana

### 1.3.1 *Su carácter esencial*

Como lo ha señalado la Corte Constitucional desde su inicio, los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable, caracterizada por su racionalidad, lo que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad, la dignidad humana, que lo coloca en situación de superior en el universo social en el que se desenvuelve, y por ello, acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aun suprimida<sup>5</sup>.

La dignidad humana es aquello que constituye en toda persona su condición imprescindible, cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su naturaleza. El respeto a la dignidad del ser humano es un principio fundamental del Estado colombiano (art. 1º) y se erige como el pilar sobre el cual se asienta todo el sistema de los derechos fundamentales y el de sus garantías.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

El ser humano es un fin en sí mismo. No puede ser considerado como instrumento de nada ni de nadie; ni de otras personas, ni del Estado, ni de institución alguna, por respetable que ella sea. El hombre tiene derecho a la autodeterminación, a la libertad de decisión, porque de lo contrario habría degradación y envilecimiento de su condición humana. La protección y el respeto a la dignidad de la persona humana son el objetivo central de la teoría y la praxis de los derechos fundamentales.

### 1.3.2 *Su relatividad histórica*

La dignidad humana es objeto de distintas valoraciones, dependiendo del enfoque cultural con el que se la proyecte y del momento histórico. Se trata de un concepto cuyo contenido ontológico ha ido cambiando a lo largo de la historia de la humanidad, en la medida en que se han ido generando conductas y valoraciones distintas que la comunidad asume como las apropiadas en su momento. Tenemos, por ejemplo, que los griegos consideraban el trabajo productivo físico como algo indigno, algo reservado a los esclavos, la capa más baja de la sociedad.

Mención especial merece la situación social de la mujer. En el pasado reciente se consideraba como algo normal y propio de la sociedad educada que las mujeres no tuvieran derechos políticos, permanecieran marginadas de las actividades profesionales e, incluso, que se les negaran los derechos de contenido sexual, prohibiciones que hoy los Estados democráticos rechazan como atentatorias contra la dignidad de la mujer.

No se trata, tampoco, de principios universalmente reconocidos. La situación subalterna en la que se encuentran las mujeres en los países sometidos a la teocracia islámica es considerada como violatoria de la dignidad femenina en el mundo occidental, cargo que la cultura fundamentalista islámica rechaza.

En el Estado Social de Derecho, el concepto ha sido elevado a la categoría de principio constitucional, al reconocerse que la dignidad humana, dotada de contenidos socioeconómicos, es una condición inescindible para el ejercicio de la libertad. Si para el Estado liberal el

hombre era digno por ser libre, para el Estado Social de Derecho el hombre es realmente libre si se le garantizan condiciones para una vida digna.

Para la Corte Constitucional, la dignidad está íntimamente relacionada con el derecho a la vida, relación de la cual ha surgido el concepto del *mínimo vital*, que no es otra cosa que el sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia acordes con el merecimiento humano, el derecho al mínimo vital de subsistencia<sup>6</sup>.

## 1.4 Las generaciones de los derechos humanos

Desde una perspectiva histórica, se suele clasificar a los derechos humanos como de primera, segunda y tercera generación, en atención a la época en la que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico; se habla ya de una cuarta generación. Se trata de una distinción que tiene un evidente e interesante valor académico.

1. *Primera generación.* Se trata de los derechos y libertades individuales exaltados por la Revolución Francesa e insertos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En Colombia aparecieron en las constituciones de la llamada Primera República Liberal (1810-1815), desde el Acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, del 15 de agosto de 1810, documento en el que se afirma que el pueblo es titular de los derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad.

2. *Segunda generación.* Surgieron como resultado de las luchas sociales y políticas por el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores y de la comunidad en general. Reciben también el nombre de derechos asistenciales o prestacionales, porque imponen cargas y obligaciones al Estado, frente al cual el individuo es reconocido como acreedor de ciertos bienes que aquel debe dispensarle a través del aparato político administrativo.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

La reforma constitucional de 1936 introdujo en Colombia derechos como la asistencia pública como función del Estado, el reconocimiento del trabajo como obligación social y el derecho a la huelga. Al mismo tiempo, cambió el concepto absoluto de propiedad por el que la convierte en derecho relativo, al definirlo como función social que implica obligaciones.

La Constitución de 1991 reconoció nuevos derechos prestacionales como el derecho a una vivienda digna (art. 51), a la recreación (art. 52), al crédito agropecuario (art. 66), al acceso a la cultura (art. 70), para citar solo algunos de los que hacen parte de la extensa lista de los derechos sociales, económicos y culturales.

3. *Tercera generación.* Son los más recientes. Se les denomina derechos de la solidaridad humana y tienen que ver con la preocupación del mundo contemporáneo por las cuestiones que afectan a la comunidad y, particularmente, las relacionadas con la protección del medio ambiente.

Se diferencian estos derechos de los de primera y segunda generación por cuanto persiguen garantías para la humanidad, considerada globalmente; no se ocupan ellos del individuo como tal, ni en cuanto ser social, sino de la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto.

La Constitución de 1991 dedica todo un capítulo, el tercero del Título II, a los derechos colectivos y del ambiente, en el que se incluyen novísimos derechos como el derecho a gozar de un ambiente sano, a participar en organizaciones de defensa de los consumidores y a que se realice un adecuado aprovechamiento de los recursos naturales no renovables.

4. *Cuarta generación.* Se empieza ya a hablar de los derechos de cuarta generación. Se ubican allí los que tienden a proteger al ser humano contra la manipulación genética y, en general, los que protegen a las personas contra los peligros del abuso de la biotecnología.

Vale la pena mencionar en este punto la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, aprobada por

la Unesco el 11 de noviembre de 1997, en donde se establecen claros principios sobre el respeto a las características genéticas de los individuos y se proscriben las investigaciones sobre el genoma humano que afecten la dignidad de las personas.

La Declaración invita a los estados miembros a tomar medidas apropiadas que permitan darle aplicación a esos principios, lo que hace prever que en un futuro se incorporarán a la constitución normas sobre la protección del genoma humano y sobre limitaciones al uso indebido de la biotecnología.

Ha surgido también una fuerte tendencia en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que pretende establecer como un nuevo derecho fundamental el derecho a la verdad, entendido como un derecho autónomo e inalienable que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones. Se busca con esa norma garantizar la información sobre masacres, desapariciones forzadas, crímenes de Estado; igualmente, obligar a los estados a que realicen todo lo que sea necesario para lograr reparación efectiva a las víctimas de violaciones de derechos humanos o a sus parientes.

## **2. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales en Colombia ofrece algunas dificultades. Hay que recordar que apenas entró en vigencia la Constitución de 1991 y se empezaron a tramitar las primeras acciones de tutela, varios jueces y tribunales se apresuraron a señalar que solo podían considerarse como derechos fundamentales los ubicados en el capítulo 1 del título II de la Constitución Política. Así lo sostuvo en forma expresa el Consejo de Estado en documento dirigido a la opinión pública<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Citado por Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Ed. Temis, 1992, p. 2. Véase por ejemplo la Sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1992.

La Corte Constitucional replicó en forma inmediata. Afirmó con énfasis que el constituyente de 1991 no había determinado de manera taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como Alemania y España. Para llegar a esa conclusión, la Corte indagó la voluntad expresa de la Asamblea Nacional Constituyente a través de las actas y concluyó que la labor de ubicación y titulación de las normas constitucionales realizada por la Comisión Codificadora no obtuvo la aprobación prevista en el reglamento, razón por la cual la ubicación de las normas en títulos y capítulos solo tiene fuerza indicativa. En consecuencia, la codificación del texto constitucional es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Agregó la Corte que es forzoso concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el epígrafe *De los derechos fundamentales* y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991<sup>8</sup>.

El profesor Cifuentes Muñoz, quien fuera presidente de la Corte Constitucional, afirma que sobre este punto el constituyente prefirió guardar silencio y dejó abierta su determinación a la vía jurisprudencial; sostiene que la indefinición sobre cuáles son los derechos subjetivos susceptibles de protección mediante la acción de tutela ha traído más ventajas que desventajas para la eficacia de los derechos fundamentales<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>9</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo, "Derechos fundamentales e interpretación constitucional", en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 8.



## 2.1 Criterios de identificación

Es asunto de la mayor importancia identificar los derechos fundamentales a la luz de la constitución colombiana. De acuerdo con la amplia y rica jurisprudencia de la Corte Constitucional y con la teoría constitucional contemporánea, se deben tener en cuenta para tal labor, criterios de distinción tanto formales como materiales.

La constitución colombiana no deja campo a la vieja discusión entre iusnaturalistas y positivistas, ya que en ella tienen cabida ambos enfoques. En efecto, son derechos fundamentales los que la constitución señala, con las características que les son propias (criterio formal positivista); pero también los son los derechos inherentes a la persona humana, aunque no figuren en la constitución ni en los convenios internacionales vigentes (criterio material iusnaturalista).

La labor de identificación de los derechos fundamentales fue realizada por la Corte Constitucional desde sus primeros fallos<sup>10</sup>, lo que produjo como resultado una muy amplia enumeración en la que de manera coherente se incluían todos los derechos que de una u otra manera debían ser reconocidos como fundamentales por mandato de la Constitución de 1991. En ese listado encontramos señalados como derechos fundamentales:

1. Los indicados en la codificación constitucional.
2. Los consagrados en forma expresa en la Constitución.
3. Los reconocidos en los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso.
4. Los inherentes a la persona humana, aunque no figuren en la constitución ni en los convenios internacionales vigentes.
5. Los derechos que por su conexión con derechos fundamentales adquieren dicha calidad.

1. *Los indicados en la codificación constitucional.* El texto constitucional ubica como derechos fundamentales los del capítulo 1 del

---

<sup>10</sup> Véase entre otras la Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

título II, es decir, los que van del artículo 11 al artículo 40. La codificación u ordenamiento formal de las normas constitucionales está vigente, no hay ninguna duda, y a ella acude siempre la Corte en su labor de intérprete.

Aunque la Corte ha dicho que esa ubicación de las normas solo tiene fuerza indicativa y que debe ser tomada como criterio auxiliar de interpretación, el hecho real es que los derechos incluidos en el capítulo 1 son derechos fundamentales, responden a la naturaleza de estos, en la medida en que son inherentes a la persona humana, son consustanciales a la dignidad del hombre.

A todos ellos, la Corte les ha dado el trato inequívoco de derechos fundamentales, con excepción del derecho a la paz (art. 22), sobre el que ha manifestado que no se trata de un derecho fundamental, sino colectivo<sup>11</sup>. Sin embargo, la Sentencia C-370 de 2006 ha señalado que si bien el derecho a la paz es un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos, también es un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados.

*2. Los consagrados en forma expresa en la constitución.* El artículo 44 de la constitución es el único que señala en forma expresa el carácter fundamental de unos derechos. Allí se prescribe que son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Como se puede apreciar, el constituyente incluyó aquí derechos que por su naturaleza son fundamentales junto a otros que son de contenido prestacional, lo que puede generar confusión conceptual. Se trata, en todo caso, de privilegiar los derechos de los niños, hasta el punto de considerar como fundamentales derechos que no tienen tal carácter en los adultos.

---

<sup>11</sup> Véanse las sentencias T-008 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz, y C-055 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3. *Los que tienen como fuente convenios internacionales.* El artículo 93 constitucional establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Agrega la norma que los derechos y deberes consagrados en la Carta deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Se trata aquí de una regulación internormativa que establece una doble vinculación jurídica con el llamado derecho internacional de los derechos humanos: por una parte, se incorporan al catálogo de los derechos fundamentales propios, los consignados en los convenios internacionales aprobados por el Congreso y, por otra, el Estado se obliga a interpretar los derechos constitucionales de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales se encuentre legalmente vinculado.

Dentro de los convenios internacionales sobre la materia, ratificados por Colombia, pueden mencionarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por las Naciones Unidas en diciembre de 1966; la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en noviembre de 1969. Existen, además, convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos específicamente determinados que han sido aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

Cabe preguntarse aquí si todos los derechos incluidos en los convenios internacionales prevalecen en el orden interno o si este privilegio le corresponde tan solo a los derechos fundamentales. La Corte Constitucional le ha dado respuesta al interrogante, al afirmar que el artículo 93 no se refiere a todos los derechos humanos sino solo a aquellos que no pueden suspenderse durante los estados de excepción, y esos son, precisamente, los derechos fundamentales.

La Corte sostiene que el artículo 93 constitucional debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 *ibidem*,

norma esta que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción, por lo que se trata de aquellos rigurosamente esenciales para el individuo. Cita la Corte como ejemplos el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser esclavizado, torturado, desterrado, desaparecido forzosamente, y el derecho a la libertad personal<sup>12</sup>.

4. *Los inherentes a la persona humana*. La Carta Política señala en su artículo 94 que la enumeración de los derechos y garantías listados en la constitución y en los convenios internacionales vigentes no se debe entender como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Esta norma es un pasaporte de entrada a la teoría del derecho natural, lo que no deja de ser una paradoja. En efecto, el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII proclamaba la existencia de derechos que están por encima del Estado y que, más aún, son anteriores a la existencia misma del Estado. Se trata de los derechos consustanciales a la naturaleza humana, que se poseen por el solo hecho de existir y que, por tanto, no requieren de reconocimiento alguno por parte del derecho positivo. Lo que hace el artículo 94 es *positivizar*, convertir en derecho constitucional positivo una teoría ontológicamente contraria al positivismo jurídico.

Ahora bien, ¿a quién le corresponde señalar que un determinado derecho que no figura en la constitución ni en los convenios internacionales es inherente a la persona humana y, por lo tanto, fundamental? Sin lugar a dudas, a la Corte Constitucional, a la que se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la constitución por mandato del artículo 241. La Corte ha sostenido, en forma reiterada, que el contenido material del derecho prevalece sobre su ubicación formal en la codificación constitucional, para los efectos de resolver si es o no fundamental, como se deduce del artículo 94 de la Carta.

De acuerdo con esta norma, la enunciación de los derechos y garantías en la propia constitución y en los convenios internacionales

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

vigentes “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Ha dicho la Corte que ese es el caso del derecho a la educación, considerado por ella como derecho fundamental, a pesar de que aparece en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales<sup>13</sup>.

5. *Los derechos fundamentales por conexidad.* Desde sus inicios, la Corte Constitucional se adhirió a la doctrina constitucional que sostiene que el carácter de fundamental de un derecho no depende solo de su naturaleza, sino que se deben considerar las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Según la Corte, los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos inmediatamente los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos<sup>14</sup>. En un sinnúmero de oportunidades, la Corte ha establecido que derechos de naturaleza social, económica, cultural, colectiva o del ambiente pueden convertirse en derechos fundamentales en circunstancias especiales y determinadas que permitan establecer su conexidad con derechos fundamentales.

## 2.2 La transmutación de los derechos

La idea de que los derechos prestacionales se truecan o transmutan en ocasiones en subjetivos y, por ende, en fundamentales, apareció en la Corte Constitucional en el año 1993 en la Sentencia T-108 en la que con ponencia de Fabio Morón Díaz se afirmó:

“De manera que el derecho asistencial a la educación una vez convertido en realidad en las relaciones entre particulares, deviene

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

fundamental y por ende susceptible de ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela, en determinados casos y atendiendo a sus particulares características”.

El concepto fue ampliado y precisado en la Sentencia T-207 de 1995 en la que con ponencia de Alejandro Martínez Caballero se planteó la posibilidad de que un derecho prestacional se convierta en fundamental. Al respecto, la Corte afirmó:

“Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo, esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales.

[...] Gradualmente, a los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hacen posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación. Tales elementos varían según la prestación de que se trate y el medio de exigibilidad utilizado”.

El concepto de transmutación hizo carrera en la Corte Constitucional, la que, mediante una sentencia de unificación, la SU-819 de 1999 con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, precisó sus alcances:

“Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

Surge aquí la inquietud acerca de la relación que existe entre el concepto de la transmutación de los derechos prestacionales en fundamentales y el de los derechos fundamentales por conexidad. En Sentencia T-712 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte, al referirse al derecho a la salud, señaló que:

“Aunque no es un derecho amparable de manera autónoma por vía de tutela, puede ser objeto de protección por parte del juez de tutela ante la presencia de las siguientes circunstancias: i) cuando se encuentre estrechamente ligado con un derecho constitucional de carácter fundamental, como la vida o la integridad personal, o sea, por conexidad; ii) cuando se trata de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores; y iii) ante la transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales”.

En esa misma providencia, la Corte recordó que, en tratándose de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, esa corporación ha sostenido que, dado el carácter programático y de desarrollo progresivo de esos derechos, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales, por cuanto, mientras no se concreten en planes de ejecución del Estado, más que derechos son principios orientadores de la función pública, pero que en la medida en que ellos sean objeto de un desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, que goza de la naturaleza fundamental de manera autónoma y es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, sin que se tenga que establecer su conexidad con otros derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Se desprende de lo anterior que, una cosa son los derechos fundamentales por conexidad y otra, muy diferente, la transmutación de

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

derechos prestacionales en fundamentales. Sin embargo, la Corte en Sentencia T-016 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto, sostuvo:

“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable y que ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”.

En relación con este tema, hay que decir que no parece tener mucho sentido desbaratar la tabla de criterios de identificación de los derechos fundamentales realizada por la Corte Constitucional en sus primeros años de funcionamiento. El criterio de la conexidad aparecía en el mundo del constitucionalismo colombiano como incuestionable por su vocación incluyente, al no dejar desprotegido ningún derecho constitucional cuando su vulneración afecte de manera real y concreta derechos fundamentales, como lo comprueba la muy nutrida jurisprudencia de la propia Corte.

Al decir del profesor y exmagistrado Jaime Córdoba Triviño, en términos prácticos, el criterio de conexidad ha sido la principal herramienta para la protección judicial de todos los derechos constitucionales. Agrega que esa amplia efectividad es comprensible por lo menos por dos razones: su sencillez conceptual, lo que ha facilitado su amplia difusión, ya que cualquier persona sin formación jurídica puede entender plenamente el significado de la conexidad y así utilizarla en la defensa de sus derechos, y de otro lado, porque este criterio representó el paso inicial para la eliminación de barreras definitivas entre los derechos constitucionales<sup>16</sup>.

Ahora bien, de vuelta al tema de la transmutación, hay que decir que en una afortunada síntesis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el profesor Córdoba Triviño sostiene que la

---

<sup>16</sup> Córdoba Triviño, Jaime, *Los derechos constitucionales*, apuntes de una obra en preparación.



transmutación es un concepto que permite superar la diferenciación definitiva entre los derechos (tradicionalmente considerados) fundamentales y los derechos (tradicionalmente considerados) prestacionales y programáticos, bajo una premisa muy simple: una vez los órganos legislativo y administrativo concretan el contenido del derecho o, cuando menos, establecen obligaciones claras y concretas frente a éste, el derecho se hace exigible y puede considerarse fundamental<sup>17</sup>.

### **3. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Desde la perspectiva de la teoría constitucional, se presenta un problema al tratar de armonizar el mandato del artículo 93, que le confiere prevalencia en el orden interno a normas que provienen del derecho internacional, con la supremacía normativa de la Constitución prescrita en el artículo 4º.

La solución la ha encontrado la Corte Constitucional acudiendo a la figura del *bloque de constitucionalidad*, creada por la jurisprudencia del Consejo Constitucional de Francia. En efecto, en la Sentencia C-225 de 1995, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, se afirmó:

“La Corte considera que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta”.

En la misma providencia, la Corte sostiene que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas 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 por mandato de la propia constitución. Se

---

<sup>17</sup> Córdoba Triviño, Jaime, *Ibidem*.

trata de 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 *stricto sensu*.

Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad se hace porque en la constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma configura, en últimas, una violación de la Carta Política. La Corte Constitucional lo ha explicado de manera bastante clara:

“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 solo 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.

[...] En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno. (2) tener un *rango* normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria). (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional<sup>18</sup>”.

La supuesta supraconstitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos ha sido rechazada expresamente por la Corte Constitucional, como se mencionó en el capítulo VIII, numeral 5.5 de este libro. En efecto, en la Sentencia C-028 de 2006, con ponencia de Humberto Sierra Porto, se afirmó que la

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el texto fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.

Más adelante se agregó que el bloque de constitucionalidad permite confrontar las leyes nacionales con las diferentes normas que integran el bloque, pero de ninguna manera pueden estas últimas ser confrontadas con las disposiciones constitucionales. A manera de conclusión se precisó que se ha consolidado en Colombia una línea jurisprudencial según la cual los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción hacen parte del bloque de constitucionalidad que se impone a la ley, pero que no pueden ser confrontados con la Constitución misma, o sea, que no tienen rango supraconstitucional.

#### **4. PRERROGATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La constitución colombiana se ubica en la dirección del constitucionalismo contemporáneo que tiende a privilegiar los derechos fundamentales como el soporte del orden jurídico, la razón de ser de la constitución misma. El artículo 5° establece como principio fundamental la primacía de los derechos inalienables de la persona, sin discriminación alguna, lo que pone de presente la prelación de los derechos fundamentales frente a toda clase de normas jurídicas.

No se queda la constitución en la mera afirmación de la primacía de los derechos fundamentales. Los rodea, además, de prerrogativas de la mayor importancia que no tienen los derechos no fundamentales, las que se traducen en sólidas y efectivas garantías constitucionales. Esas garantías tienen que ver con la aplicación, protección, desarrollo legal, vigencia y modificación de los derechos fundamentales. Son:

1. Aplicación inmediata.
2. Acción de tutela para su protección.
3. Reserva de ley estatutaria para su regulación.
4. No pueden suspenderse durante los estados de excepción.
5. Poseen un *plus* para su modificación constitucional.

#### **4.1 Aplicación inmediata**

Al contrastar la Constitución de Weimar de 1919 con la actual Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Schneider destaca que en esta última, los derechos fundamentales no representan principios programáticos y directrices no vinculantes, sino, por el contrario, derecho directamente aplicable; obligan en forma directa al legislador, al poder ejecutivo y a la jurisdicción<sup>19</sup>.

En la Constitución de Weimar, los derechos fundamentales eran considerados como garantías subjetivas de libertad frente al Estado, dirigidas ante todo contra el Ejecutivo. Las intervenciones o afectaciones en los ámbitos de libertad protegidos por los derechos fundamentales solo eran admisibles mediante o sobre la base de una ley y en la medida en que estuvieran previstas por ésta.

La idea de que el legislador estaba obligado por las normas constitucionales sobre derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente. Para el legislador solo valían como líneas orientadoras, proposiciones programáticas, en parte, porque algunos de esos derechos estaban diseñados como mandatos constitucionales que no podían realizarse sin la mediación del legislador, y en parte, como consecuencia de la idea de la soberanía del legislador, heredada del positivismo jurídico<sup>20</sup>.

Lo mismo puede decirse en referencia a la constitución colombiana actual, en contraposición a la de 1886. Los derechos fundamentales no son ya meras cláusulas programáticas, sino normas jurídicas

---

<sup>19</sup> Schneider, *Democracia y Constitución*, cit., p. 133.

<sup>20</sup> Böckenförde, ob. cit., p. 96.

vinculantes (art. 4º), de aplicación inmediata (art. 85). Esta última norma indica que los derechos fundamentales no requieren de la mediación de una ley para su aplicación porque su fuerza jurídica dimana en forma directa de la propia Carta.

Esta aplicabilidad inmediata recibe su aseguramiento procesal en la medida en que se garantiza a cualquier persona el acceso a los jueces contra la lesión de sus derechos por parte del poder público, y en el hecho de que contra la lesión de derechos fundamentales se puede obtener, en determinadas circunstancias, protección inmediata del poder judicial a través de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha señalado que la opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas *razones de Estado*, históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa *in abstracto* de valores y nociones como la moral, el orden público, las buenas costumbres o el interés general, llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles.

El libre ejercicio de derechos no condicionados a la regulación legal, así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción, se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

## **4.2 Protección a través de la acción de tutela**

Una de las más importantes innovaciones contenidas en la actual constitución es, sin duda alguna, la acción de tutela, un poderoso mecanismo de protección de los derechos fundamentales y solo de éstos. El procedimiento previsto en el artículo 86 es muy rápido y sencillo, al alcance de todas las personas que vean vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales; garantiza una eficacia y

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-403 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

prontitud imposibles de lograr a través de los procedimientos de la justicia ordinaria, lo que ha hecho que la acción de tutela se convierta en sucedánea de la justicia ordinaria.

La concurrencia masiva de los ciudadanos a los juzgados y tribunales invocando normas constitucionales para defender sus derechos, constituye una expresión reiterada de confianza en la constitución y, por ende, en los mecanismos por ella previstos para garantizar los derechos fundamentales. Pero, sobre todo, se ha venido creando conciencia de que existen unos derechos irrenunciables e indisponibles, que están por encima de cualquier norma infraconstitucional.

Dada su importancia, la acción de tutela ha sido objeto de una buena cantidad de libros y estudios especializados que se orientan a poner en manos de los ciudadanos elementos teóricos y prácticos que les permitan su adecuado uso. Se trata, sin lugar a dudas, de la institución más conocida y utilizada de la Constitución de 1991.

### **4.3 Reserva de ley estatutaria**

El artículo 152 de la Carta Política prescribe que los derechos fundamentales solo pueden ser regulados mediante ley estatutaria. Se trata de un tipo de ley que tiene mayores exigencias que la ley ordinaria: (i) requiere la aprobación por mayoría absoluta en cada una de las cámaras; (ii) debe ser tramitada dentro de una sola legislatura, y (iii) la ley debe ser sometida a la revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional antes de ser promulgada.

El hecho de que el desarrollo y la complementación de los derechos fundamentales deba hacerse a través de leyes estatutarias no significa que toda regulación que toque de una u otra manera un derecho fundamental deba hacerse necesariamente mediante ley estatutaria, porque de ser así quedaría reducida al mínimo la competencia del legislador ordinario.

La inmensa mayoría de las leyes tienen que ver, de una u otra forma, con derechos fundamentales. Es el caso de los códigos, todos los cuales regulan aspectos relacionados con derechos fundamentales;

sin embargo, su expedición la debe hacer el Congreso por la vía ordinaria.

La Corte Constitucional ha advertido que la reserva de ley estatutaria para el desarrollo de los derechos fundamentales debe ser objeto de una interpretación restrictiva, porque difícilmente pueden detectarse en todo el ordenamiento jurídico sectores que no acusen la influencia de esos derechos o que no correspondan, de algún modo, a un desarrollo, concreción o manifestación de ellos.

Ha agregado la Corte que, de adoptarse la tesis extrema de que la totalidad de las implicaciones de los derechos constitucionales fundamentales requieren ley estatutaria, se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esa clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso, vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional devendría en lo corriente, y a la inversa<sup>22</sup>.

#### **4.4 Prohibición de suspensión en los estados de excepción**

Los derechos fundamentales no pueden suspenderse durante los estados de excepción por mandato del artículo 214-2 constitucional. La norma defiere a una ley estatutaria la regulación de las facultades extraordinarias a las que puede acudir el gobierno durante los estados de excepción, en la que se deben establecer los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales.

La ley estatutaria respectiva es la 137 de 1994. En ella se establece una distinción entre unos derechos que califica de intangibles y que, por tanto, no solo no pueden ser suspendidos, sino que tampoco pueden ser restringidos por los decretos que se expidan durante los estados de excepción, y los que no tienen tal calidad.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

El artículo 4° de la ley, en concordancia con el 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala en forma expresa cuáles son esos derechos intangibles: vida, integridad personal, prohibición de torturas, de la esclavitud, de trata de seres humanos, de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; libertad de conciencia, religiosa, favorabilidad de la ley penal, protección de la familia, derechos de los niños, *habeas corpus*, derecho a elegir y ser elegido, entre otros.

Los derechos fundamentales que no son intangibles pueden ser sometidos a limitaciones en estados de excepción, pero esas limitaciones no pueden ser de tal magnitud que impliquen negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción. La limitación de los derechos tampoco puede afectar su núcleo esencial.

#### **4.5 Poseen un *plus* para su modificación**

La expresión proviene de la Corte Constitucional. Se denomina de esa manera la garantía especial que el artículo 377 constitucional les otorga a los derechos fundamentales.

Consiste en que las reformas constitucionales sobre derechos fundamentales que apruebe el Congreso pueden ser sometidas a referendo derogatorio si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral. Sostiene la Corte:

“Este capítulo de derechos tiene una *supergarantía* que le permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de



la Constitución española de 1978 en su artículo 168 (a su vez inspirado en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949)<sup>23</sup>.

En ese punto, la Corte incurre en una evidente exageración. El artículo 377 constitucional no tiene ningún parecido con normas similares de la constitución española y mucho menos de la alemana. La española exige en su artículo 168 que la reforma del título preliminar (“Principios fundamentales”) del capítulo segundo sección primera del título I (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) y del título II (“De la Corona”), debe ser aprobada por mayoría de dos tercios de cada cámara, seguida de la disolución inmediata de las Cortes (Parlamento). Las nuevas cámaras deberán ratificar la decisión con mayoría de las dos terceras partes. Aprobada la reforma, deberá ser sometida a referéndum para su ratificación popular. Como puede apreciarse, una reforma constitucional con tales requisitos es en extremo difícil; exige un consenso político y social muy amplio.

La constitución alemana va mucho más allá. En su artículo 79-3 prohíbe cualquier reforma que afecte, entre otros puntos, los principios consignados en los artículos 1º, 20. El artículo 1º se refiere a la protección de la dignidad del hombre, al carácter de inviolables e inalienables que tienen los derechos fundamentales y a su aplicabilidad inmediata; el artículo 20 se ocupa de los principios constitucionales fundamentales y del derecho a la resistencia.

El artículo 377 de la Carta colombiana no contiene ninguna *supergarantía* de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. En primer lugar, porque la reforma aprobada por el Congreso empieza a regir en forma inmediata, a diferencia de España, y en segundo lugar, porque para que la reforma sea derogada se exige que el voto negativo obtenga la mayoría de los sufragios, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral, requisito muy difícil de lograr, como se anotó en el capítulo anterior.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

## **5. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SUS LÍMITES**

Algunos derechos fundamentales pueden ser objeto de restricciones o limitaciones, otros no. Por su propia naturaleza, derechos como la libertad de conciencia, el derecho a adoptar una religión o ninguna, la prohibición de la esclavitud, para citar solo algunos, son derechos que no admiten restricciones. Además, como ya se anotó, existen normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad, que prohíben en forma expresa la restricción de algunos derechos fundamentales, como el artículo 4° de la Ley Estatutaria 137 de 1994, que regula los estados de excepción, y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada por la Ley 16 de 1972).

### **5.1 El núcleo esencial**

De acuerdo con lo señalado en el acápite anterior, hay un buen número de derechos fundamentales que no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones durante los estados de excepción. Los demás derechos fundamentales sí pueden ser objeto de limitaciones.

En algunos casos, las propias normas constitucionales reconocen expresamente que la ley puede establecer limitaciones, como sucede con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho de circulación (art. 24), el derecho a escoger profesión u oficio (art. 26) y el derecho de reunión (art. 37).

En otros, la posibilidad de restricciones legales se desprende de la naturaleza misma del derecho fundamental y de su relación con el conjunto normativo constitucional. Pero debe tenerse en cuenta que esas restricciones no pueden llegar hasta el extremo de anular el derecho, hacerlo desaparecer por cuenta de las regulaciones legales. Hay un límite a los límites del derecho fundamental, y ese límite es el llamado núcleo o contenido esencial.

### 5.1.1 *Significado del núcleo esencial*

La Ley Fundamental de Bonn establece en su artículo 19.2: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”. Por su parte, la constitución española, al referirse a los derechos fundamentales, consigna en el artículo 53.1 una norma parecida a la anterior: “[...] solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...]”.

La constitución colombiana no contiene una norma similar a la de sus pares alemana y española. Sin embargo, la Corte Constitucional, siguiendo la jurisprudencia extranjera, ha sostenido la tesis de que “la interpretación y la aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales están indisolublemente vinculadas al orden de valores consagrado en la Constitución de 1991<sup>24</sup>”.

La esencia es el constitutivo de un ente que hace que éste sea una cosa y no otra. El núcleo o contenido esencial de un derecho fundamental es, por tanto, aquello que lo identifica como tal, que expresa su naturaleza distintiva respecto de los demás. El núcleo esencial puede definirse, entonces, como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Al núcleo esencial pertenecen aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es.

### 5.1.2 *Directrices para su determinación*

No es tarea fácil determinar cuáles hechos y circunstancias integran el núcleo esencial de un derecho, y no es posible hacerlo en forma general e inequívoca. Le corresponde al intérprete, en cada caso específico, establecer si una norma inferior vulnera o no el núcleo esencial de un derecho fundamental.

Según las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en esa tarea deben guiar al intérprete, como criterios insustituibles, el fin

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

perseguido por el Estado Social de Derecho y la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos criterios apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así, para lograr ese propósito, haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del derecho pero que no constituyen su núcleo esencial. En los casos dudosos, el intérprete deberá guiarse por el principio *pro favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional y lo excepcional debe justificarse sin dejar margen a la duda.

Agrega la Corte, tomando como base los planteamientos del profesor español Fernández Segado que, desde la óptica de la naturaleza jurídica de cada derecho, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturaría. Se rebasa o se desconoce el contenido o núcleo esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.





# Capítulo XIX

## Protección de los derechos constitucionales



Introducir un amplio catálogo de derechos en la constitución fue, sin lugar a dudas, un acierto de los constituyentes de 1991; pero aún más importante es haberlos rodeado de garantías para su efectividad y haber establecido suficientes mecanismos y recursos para hacer posible su debido ejercicio y así lograr eficaz protección no solo frente al poder público y sus múltiples manifestaciones, sino también frente a los particulares. De no haber sido de esta manera, los derechos habrían corrido el peligro de quedarse en el papel.

Es necesario recordar que el derecho constitucional de nuestra época se fundamenta en la consideración de que los derechos y las libertades son poderes que las personas tienen y que se pueden exigir en forma directa al Estado, y, en ocasiones, a los particulares. La protección efectiva de los derechos de las personas es un fin esencial del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 2º de la Constitución.

La Carta Política contiene un buen número de garantías que protegen todos los derechos constitucionales, no solo los fundamentales, las que, en relación con su naturaleza, pueden ser agrupadas en tres clases o categorías: (i) normativas; (ii) jurisdiccionales, y (iii) extrajudiciales.

## **1. GARANTÍAS NORMATIVAS**

Las garantías normativas están conformadas por los principios y reglas constitucionales que actúan como eficaces instrumentos para lograr que los derechos operen como tales; que no se les opongan mayores restricciones que las admitidas en el ordenamiento jurídico; que aseguren el adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de la violación de los derechos por parte de los poderes públicos y de sus agentes, así como la consecuente sanción para los transgresores. Las cláusulas normativas constitucionales que



en forma expresa garantizan la efectividad de los derechos constitucionales en general, son:

1. Presunción de la buena fe (art. 83).
2. Prohibición de exigencias no previstas en las normas generales (art. 84).
3. Responsabilidad patrimonial del Estado (art. 90).
4. Responsabilidad personal de los agentes públicos (arts. 90-2, 91 y 92).

## 1.1 Presunción de la buena fe

La presunción de la buena fe pasó en Colombia de ser un principio general del Derecho, acogido en el Código Civil en su artículo 769, a convertirse en un principio constitucional que se encuentra ubicado en el artículo 83, el que encabeza el capítulo dedicado a la protección y aplicación de los derechos, norma que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

La norma constitucional responde a una iniciativa presentada ante la Asamblea Nacional Constituyente por uno de sus presidentes, Álvaro Gómez Hurtado, quien al explicar en su ponencia, junto al delegatario Juan Carlos Esguerra Portocarrero, el alcance de la propuesta, resaltó los dos elementos esenciales que la integran:<sup>1</sup>.

*“Primero:* se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera

---

<sup>1</sup> Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política N° 24, Gaceta Constitucional N° 19, marzo 11 de 1991.

frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.

*Segundo:* se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del Derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger”.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos; lo que el constituyente quiso fue consagrarlo como una verdadera garantía. Con la constitucionalización del principio de la buena fe se logra que éste se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público, por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia<sup>2</sup>.

El principio de la buena fe es de una importancia vital en el acontecer cotidiano, en donde con lamentable frecuencia pareciera imperar el criterio contrario, la presunción de mala fe. La Corte resalta en este aspecto la afirmación de Karl Larenz, en el sentido de que una sociedad en la que unos desconfían de otros se sumergiría en un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de paz dominaría la discordia; allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-469 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Agrega la Corte que hoy en día la administración pública ofrece un panorama nada alentador: a medida que se agiganta y proliferan sus organismos y dependencias, se hace más fría, más inhumana. Por tanto, humanizar las relaciones es tarea de todos, actuando con la lealtad, honestidad y confianza que los demás esperan de nosotros. Ello es, en definitiva, lo que el principio de la buena fe comporta<sup>3</sup>.

Los abogados, y en general todas las personas, deben tener en cuenta que el carácter normativo de la constitución les ofrece con el principio de la presunción de buena fe, una garantía de inmenso valor cuando se encuentran frente a sindicaciones, a veces malintencionadas de distintas clases de funcionarios públicos, ya que se invierte la carga de la prueba en la medida en la que la buena fe se presume y la mala fe hay que demostrarla.

## **1.2 Prohibición de exigencias no previstas en las normas generales**

Los derechos de las personas y, en general, la realización de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos y libertades, solo pueden ser regulados por la ley o por autorización expresa de la ley, como sucede con los reglamentos policivos. El control de constitucionalidad garantiza que el legislador no vulnere los derechos constitucionales al expedir las normas que se ocupan del ejercicio de los derechos.

El control de legalidad, a su vez, garantiza que el poder ejecutivo no desborde, a través de la potestad reglamentaria, su propia competencia, con menoscabo de los derechos ciudadanos, y que tampoco lo hagan los organismos que deben producir actos jurídicos generales. Ese es un esquema escalonado de competencias y garantías que parte de la obligación que tiene un Estado constitucional de proteger los derechos de las personas, como función esencial.

---

<sup>3</sup> Ibidem.

El constituyente colombiano consideró que, a pesar de tan amplio sistema de control, era necesario fijar una talanquera contra la muy extendida actitud de los funcionarios públicos de ponerles trabas a los ciudadanos y exigirles requisitos no previstos en las normas generales. Esa es una deformación propia de la burocracia, la que se nutre y autojustifica con la desconfianza permanente frente a las intenciones reales o supuestas que animan a los gobernados cuando van a realizar una determinada actividad. El artículo 84 de la Carta establece en forma perentoria que, cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

La prohibición es mucho más clara cuando se trata de una actividad que no ha sido objeto de reglamentación general. En tal caso, se estará ante un derecho no regulado y, por tanto, no limitado, frente al cual las autoridades públicas no podrán exigir permiso o licencia de ninguna naturaleza.

### **1.3 Responsabilidad patrimonial del Estado**

Hasta mediados del siglo XIX se consideraba en el ámbito internacional que el Estado no era responsable por los daños que causara con ocasión de su actividad, tesis que reflejaba la influencia de la teoría de la soberanía absoluta del Estado: si el Estado es soberano, no puede ser responsabilizado por sus actos o hechos.

La tesis de la responsabilidad del Estado apareció en Francia con el famoso fallo Blanco de 1873, emitido por el Tribunal de Conflictos, fallo que se sustentaba en la entonces novedosa teoría del servicio público, de acuerdo con la cual, si el Estado actúa como un prestador de servicios públicos de la misma manera que lo hacen los particulares, debe responder como éstos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre el tema pueden ser consultadas, en cualquiera de sus numerosas ediciones, las obras *Derecho administrativo* de Jaime Vidal Perdomo y *Derecho administrativo general y colombiano* de Libardo Rodríguez Rodríguez.

### 1.3.1 *Responsabilidad con base en el Código Civil*

En Colombia también el Estado era considerado irresponsable, hasta finales del siglo XIX. Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 abrió el camino hacia la responsabilidad patrimonial del Estado, la que se basó inicialmente en la responsabilidad indirecta: el Estado debía responder por los daños causados en su actividad por haber incurrido en culpa, al no haber seleccionado con cuidado sus agentes (*culpa in eligendo*), o por no haberlos vigilado en forma debida (*culpa in vigilando*).

Para su fundamento legal se acudió a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que versan sobre la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos. A partir de 1939, la Corte Suprema decidió darle cabida a la tesis de la responsabilidad directa y acudió para ello al artículo 2341 del Código Civil que establece la responsabilidad por el hecho propio<sup>5</sup>.

### 1.3.2 *Responsabilidad por falla en el servicio*

A partir de 1964, el Consejo de Estado empezó a desarrollar una teoría autónoma de la responsabilidad de Estado, fundada en el cumplimiento de su obligación de proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, según lo prescrito en el artículo 16 de la Constitución de 1886. Con base en el principio autónomo de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, se propuso un sistema de responsabilidad del Estado que giró en torno a un criterio de imputación patrimonial de la administración con el título de falla del servicio.

La teoría de responsabilidad por falla en el servicio, desarrollada a partir de la jurisprudencia francesa, consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la

---

<sup>5</sup> Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 8ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1995, pp. 372 a 382.

misma que generen daño, dan lugar a una responsabilidad directa del Estado<sup>6</sup>

### ***1.3.3 Responsabilidad de fuente constitucional directa***

La Constitución de 1991 estableció de manera expresa la responsabilidad patrimonial del Estado por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 90). Ha dicho el Consejo de Estado que la consagración del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal se convierte en la clave para entender los daños o perjuicios que debe reparar el Estado cuando les sean imputables.

Conforme a la doctrina española, el daño antijurídico ha ampliado el ámbito de la responsabilidad del Estado, ya que esa antijuridicidad se predica cuando se produce un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede la carga que normalmente un ciudadano debe soportar en su desarrollo en sociedad. Así las cosas, la responsabilidad del Estado, puede darse no solo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración, sino también, cuando con prescindencia de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo.

Agrega el máximo tribunal de lo contencioso administrativo que, para que surja la obligación de reparar se requiere: i) que se cause un daño; ii) que ese daño sea imputable, por acción u omisión a una autoridad pública, y iii) que ese daño sea antijurídico. La norma respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma, el daño y la relación de causalidad. Cuando la norma exige que el daño tiene que ser antijurídico, se está refiriendo al hecho de que puede ser causado por el comportamiento irregular de la administración o por ciertas

---

<sup>6</sup> Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 364.

conductas que, aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir<sup>7</sup>.

En este sentido, para que surja la obligación de reparar a cargo del Estado, se requiere: i) que se cause un daño antijurídico; ii) que ese daño sea imputable, por acción u omisión a una autoridad pública, y iii) que exista una relación de causalidad -entre la actuación de la administración y el daño causado, que conlleve a la imputación.

De lo anterior se desprende que: a) La responsabilidad del Estado es directa, por lo cual se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y, solo subsidiariamente al Estado; b) el Estado responde por el daño antijurídico, no por la conducta dolosa o culposa de sus autoridades y, c) en el caso de resultar condenado el Estado, debe repetir contra sus servidores, cuando a ello haya lugar<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, el artículo 90 constitucional respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma, el daño y la relación de causalidad. Cuando la norma exige que el daño tiene que ser antijurídico, se está refiriendo al hecho de que puede ser causado por el comportamiento irregular de la administración o por ciertas conductas que, aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir<sup>9</sup>.

La responsabilidad del Estado no se limita a la extracontractual, como pudiera pensarse *prima facie*. La Corte Constitucional ha señalado que el mandato constitucional es no solo imperativo, ya que ordena al Estado responder, sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. La norma simplemente señala dos requisitos para que opere la responsabilidad,

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 1993, Exp. 7429.

<sup>8</sup> Guerra, Débora & Clavijo, Darwin, Reparación Integral: La justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 39.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 1993, Exp. 7429.

a saber: que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Para la Corte, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende, por ende, no solo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual, así como la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual<sup>10</sup>.

## 1.4 Responsabilidad de los agentes públicos

La obligación que tiene el Estado de repetir contra el agente suyo que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya originado una condena de reparación patrimonial apareció inicialmente en el Código Contencioso Administrativo de 1980 (art. 77). En la Constitución de 1991 alcanzó rango constitucional y allí aparece prevista en el artículo 90-2. Ha sido desarrollada por la Ley 678 de 2001, así como también en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 142)<sup>11</sup>

Para que el funcionario o agente público pueda ser obligado a pagar al Estado el monto de la reparación patrimonial a la que haya sido condenado por razón de una indebida actuación de aquel, se requiere: i) que el funcionario haya actuado con dolo o con culpa grave, y ii) que haya sido legalmente vinculado al proceso en donde se originó la condena.

En cuanto al primer presupuesto, debe indicarse que no se encuentran en el mismo nivel la responsabilidad patrimonial del Estado y la de sus agentes. El Estado puede ser condenado a reparar

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>11</sup> Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.



aun cuando no exista culpa o falta alguna, pero se imponga la obligación de reparar para que no se viole el principio de la igualdad de las personas ante las cargas públicas (responsabilidad objetiva).

No sucede lo mismo con los agentes del Estado. La obligación de pagar surge para éstos cuando su conducta se haya distanciado en forma notable de la que el ordenamiento jurídico les impone, hasta el punto de configurar dolo o culpa grave. Si al funcionario solo se le puede demostrar descuido, negligencia o impericia que constituya falta leve o levísima, no habrá posibilidad de que se repita contra él.

La acción de repetición exige, además, que el agente estatal haya sido vinculado al proceso en el que resultó condenado el Estado, mediante el llamamiento en garantía, como lo prevén los artículos 19 y 20 de la Ley 678 de 2001. Si no ha tenido participación en el litigio con pleno ejercicio de sus derechos procesales, como los de igualdad de las partes ante la ley, de defensa, debido proceso y contradicción, la sentencia no vincula al funcionario con la condena que allí se disponga<sup>12</sup>.

Los agentes públicos no solo responden patrimonialmente cuando se dan los presupuestos previstos en la constitución; también deben responder cuando la conducta antijurídica esté tipificada como falta disciplinaria o como un delito, lo que dará lugar, luego del debido proceso, a las sanciones previstas en el Código Disciplinario Único o en el Código Penal, según sea el caso (art. 92).

El agente infractor no podrá alegar como excusa que estaba cumpliendo una orden superior, porque en materia de violación de un precepto constitucional, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, excepto cuando se trata de militares en servicio, caso en el cual la responsabilidad recae únicamente en el superior que dio la orden (art. 91).

Lo anterior no significa que el militar debe obediencia ciega y absoluta a sus superiores, ya que la exención de responsabilidad del

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 22 de julio de 1995, Exp. 0386.

militar subalterno frente a órdenes irracionales e irrazonables pone en peligro la vigencia de la constitución, como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional<sup>13</sup>.

## **2. GARANTÍAS JURISDICCIONALES**

La protección de los derechos obliga, cuando ellos están amenazados o son vulnerados, a acudir ante los jueces para que se ponga en funcionamiento el aparato del Estado con el fin de que se tutelen los derechos y se logre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Algunos de esos mecanismos son de creación legal y tienen un origen anterior a la Constitución de 1991. Hasta que ésta se expidió, constituían la única vía posible para el reclamo de los derechos de las personas frente al poder público y frente a los particulares. Cabe mencionar, en primer lugar, las acciones contencioso-administrativas y, luego, las acciones civiles, laborales, penales y todas las demás que hacen parte del ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1991 superó con creces el estrecho marco del derecho procesal, por demás lento y oneroso, al introducir acciones y procedimientos de fácil alcance para los gobernados, de trámite rápido y con efectos contundentes, que se han convertido en poderosos instrumentos de defensa de los derechos constitucionales ante los jueces de la República. En un amplio esquema de esas garantías jurisdiccionales encontramos las siguientes:

1. Hábeas corpus (art. 30).
2. Acción de tutela (art. 86).
3. Acción de cumplimiento (art. 87).
4. Acciones populares y de grupo (art. 88).
5. Acciones y recursos de origen legal (art. 89).

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

## 2.1 *Habeas corpus*

Se trata de un recurso de carácter constitucional de origen anglosajón, dirigido a garantizar la libertad personal y a evitar la arbitrariedad. Aunque su origen es bastante antiguo en Inglaterra y el nombre proviene del derecho romano, se institucionalizó en 1679 por medio del Habeas Corpus Act, una ley impuesta por el parlamento inglés al vacilante rey Carlos II, que obligaba a los funcionarios a manifestar en el plazo de tres días la causa de la detención de un individuo; a presentar a un detenido sin mandato judicial ante los tribunales, y a abstenerse de detener de nuevo a quien había quedado en libertad gracias a un *habeas corpus*.

La constitución colombiana ubica el *habeas corpus* dentro de los derechos fundamentales. En rigor, se trata de un recurso de carácter constitucional concebido para proteger, en forma directa y a través de un trámite de sinigual rapidez, los derechos fundamentales de la libertad personal y el debido proceso. El artículo 30 constitucional prescribe que quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual se debe resolver en el término de 36 horas. El recurso ha sido desarrollado por la Ley estatutaria 1095 de 2006.

No tiene mucho sentido declarar que el *habeas corpus* es un derecho fundamental porque ello conduce a confundir un derecho con el mecanismo que lo protege. La confusión es aún mayor si se tiene en cuenta que la acción de tutela, la gran protectora de los derechos fundamentales, no puede ser utilizada en un caso de detención arbitraria, ya que de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la tutela no es procedente cuando para proteger el derecho se puede invocar el recurso de *habeas corpus*; así lo ha ratificado la Corte Constitucional<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-459 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

De manera pragmática, la Ley 1095 de 2006 resolvió el problema de la imprecisión conceptual al señalar en su artículo 1º: “El *habeas corpus* es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente”.

La Corte Constitucional ha indicado que el *habeas corpus* es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad, uno de los más importantes derechos fundamentales, y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos.

Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios. La privación de la libertad, de cualquier naturaleza, con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria<sup>15</sup>.

## 2.2 La acción de tutela

La protección judicial de los derechos fundamentales a través de un procedimiento especial, rápido, expedito y contundente es, sin lugar a dudas, el mayor logro del derecho constitucional colombiano. La acción de tutela es una garantía de protección reservada en forma exclusiva a los derechos fundamentales, entendidos éstos dentro de los amplios parámetros de identificación consignados en la Carta. Su antecedente remoto es el derecho de amparo mexicano, pero su modelo cercano es el recurso de amparo español, inspirado a su vez en el amparo alemán.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En el artículo 86 constitucional se consignan los elementos que integran la acción de tutela. En dicha norma se señalan los sujetos activo y pasivo de la acción, el objeto de esta, la oportunidad y la forma como deben ser protegidos los derechos, el procedimiento, los términos para la decisión judicial, la doble instancia, la posibilidad de su ejercicio contra particulares y la eventual revisión de los fallos por parte de la Corte Constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente autorizó al presidente de la República para reglamentar la acción de tutela, facultad que fue ejercida mediante el Decreto 2591 de 1991.

### 2.2.1 *Sujeto activo*

A diferencia de lo que sucede en otros países, en Colombia, cualquier persona puede interponer la acción de tutela, sea natural o jurídica, mayor o menor de edad, de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjera. De esa manera, ha interpretado la Corte Constitucional en diferentes sentencias, la expresión *toda persona* con la que se inicia el artículo 86.

En relación con los menores, la Corte ha señalado que no existe norma alguna que exija una edad a partir de la cual se pueda pedir directamente la protección judicial propia de la tutela. Por el contrario, la constitución estatuye que toda persona dispondrá de esta acción para reclamar ante los jueces “por sí misma o por quien actúe a su nombre” la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, razón por la cual un niño puede ejercer la tutela sin necesidad de apoderado y debe, por tanto, ser atendido por el juez<sup>16</sup>.

La cuestión acerca de si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y, por consiguiente, sujetos activos de la acción de tutela, generó inicialmente una controversia entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El primero, expresó en varias oportunidades que los derechos fundamentales son

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

aquellos que se predicán de la persona humana en cuanto tal y que no pueden ser titulares de tales derechos sujetos de creación meramente artificial.

La Corte sostuvo desde sus primeros fallos que, si bien es cierto que existen derechos fundamentales que se predicán exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte, también lo es, que existen otros derechos que son propios de los individuos en tanto y cuanto se encuentren insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar intereses comunes.

Afirma la Corte que las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales en forma indirecta, cuando lo esencial de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas, y directamente, cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino porque les corresponden a ellas mismas, como sucede con el debido proceso, la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de asociación sindical, entre otros<sup>17</sup>.

### *2.2.2 Sujeto pasivo*

En principio, el sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales es el Estado; así está establecido en la mayoría de las constituciones que tienen carácter normativo, como sucede con la constitución española en su artículo 53-1 y con la alemana en el artículo 1-3. El artículo 86 de la constitución colombiana establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”.

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En cuanto a la posibilidad de hacer respetar los derechos fundamentales frente a los particulares, la respuesta es diferente en cada uno de los países mencionados. La constitución española no lo permite en forma directa<sup>18</sup>; en el derecho constitucional alemán ha surgido la posibilidad de dirigir el recurso de amparo contra particulares, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entidad que ha desarrollado la tesis de la eficacia frente a terceros (*Drittwirkung*), ya que la Ley Fundamental de Bonn no se refiere al amparo contra particulares<sup>19</sup>.

La constitución colombiana supera en ese aspecto a los modelos europeos. En efecto, en el último inciso del artículo 86 se señala que la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Lo anterior significa que en forma expresa se consigna la posibilidad de hacer valer los derechos fundamentales frente a los particulares, cuando se den las condiciones previstas en la Carta. En desarrollo del mandato constitucional, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42 señala en forma específica nueve casos en los que la tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares, relación ampliada en sus alcances por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>20</sup>.

### 2.2.3 Objeto de la tutela

La acción de tutela tiene por objeto reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección de los derechos constitucionales

---

<sup>18</sup> Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 121.

<sup>19</sup> Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, de Colombia, 2000, p. 180.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

fundamentales cuando quiera que se encuentren vulnerados o amenazados por cualquiera de los sujetos pasivos recién mencionados. La protección consistirá en una orden que emite el juez para que aquel respecto de quien se solicita la tutela actúe conforme a la decisión judicial.

#### *2.2.4 Carácter subsidiario de la acción*

No siempre que se viole un derecho fundamental se puede acudir a la acción de tutela. Es necesario que la persona lesionada, o a punto de serlo, no disponga de otro medio de defensa judicial de sus intereses, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.

Esto significa que la tutela busca dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sostiene la Corte que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco se puede afirmar que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales. Por esa razón, la acción de tutela no puede asumirse



como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico vigente<sup>21</sup>.

### *2.2.5 No procede contra sentencias judiciales*

El artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 admitía en forma expresa la tutela contra sentencias o providencias judiciales que pusieran fin a un proceso, y el artículo 40 del mismo decreto establecía una competencia especial para tal evento. Ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-543 de 1992, de la que fue ponente José Gregorio Hernández.

El soporte argumentativo de dicha sentencia es el respeto a los principios constitucionales de la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Sostuvo la Corte que la cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la que, para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces.

En un enérgico salvamento de voto, tres de los siete magistrados que integraban en esa época la Corte manifestaron que el formalismo y la estólida servidumbre a la autoridad, notas características de la sentencia, llegan a un momento de éxtasis cuando la mayoría, sin aportar prueba alguna de su aserto, proclama que la cosa juzgada tiene “carácter metapositivo” y que “hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada”.

Agregaron que la tesis de la mayoría produce un resultado absurdo, pues la cosa juzgada, así entrañe una flagrante inconstitucionalidad, se sitúa más allá del Derecho y se impone, ella y el juez que profiere la sentencia, sobre la misma constitución. La sentencia adquiere un valor supranormativo y supraconstitucional y el juez un

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

poder mayor que el propio del constituyente, pues así las sentencias riñan con la constitución, la cosa juzgada las inmuniza de cualquier ataque y garantiza su intangibilidad.

Expresaron los magistrados disidentes que el supuesto “derecho constitucional fundamental a la sentencia firme” tendría primacía sobre todos los demás derechos fundamentales, incluido el derecho al debido proceso, derecho que, según el criterio de la mayoría, consagra de manera implícita el principio de la cosa juzgada. La sentencia puede violar derechos fundamentales de una persona, pero en razón de su valor como cosa juzgada se pone al amparo de cualquier ataque. El salvamento de voto contiene la categórica afirmación de que la intangibilidad de las sentencias, así vulneren los derechos fundamentales, socava el fin esencial del Estado de garantizar su efectividad (art. 2º) y niega la primacía que la constitución les reconoce (art. 5º)<sup>22</sup>.

### ***2.2.6 Tutela contra vía de hecho judicial***

La Corte Constitucional, luego de haber cometido el grave error de eliminar la tutela contra sentencias, apartándose de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Alemania y España que sí la admiten, trató de enmendar la plana acogiendo la teoría de la vía de hecho judicial, a partir de la Sentencia T-079 del 26 de febrero de 1993.

La teoría de la vía de hecho ha sido desarrollada desde hace muchos años por la jurisprudencia del Consejo de Estado, al referirse a los actos y hechos de las autoridades públicas a través de los cuales se efectúa una burda violación del régimen jurídico. Las graves implicaciones del concepto se desprenden de su propia etimología. Hay vía de hecho cuando el acto proferido por una autoridad no tiene el mínimo revestimiento jurídico, lo que impide que se le dé el tratamiento que el ordenamiento contempla para los actos jurídicos;

---

<sup>22</sup> Salvamento de voto frente a la Sentencia C-543 de 1992 de los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

debe ser tratado, entonces, como un mero fenómeno fáctico. Así lo entendió, inicialmente, la Corte Constitucional:

“Una actuación de la autoridad pública se torna en vía de hecho, susceptible del control constitucional de la acción de tutela, cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona<sup>23</sup>”.

En sentencias posteriores, la Corte, a través de sus salas de revisión, fue ampliando el criterio de lo que debía entenderse por vía de hecho en actuaciones judiciales. En la Sentencia T-162 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corporación dijo:

“La Corte ha considerado que una sentencia podrá ser atacada a través de la acción de tutela cuando (1) presente un *defecto sustantivo*, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un *defecto fáctico*, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un *defecto orgánico*, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un *defecto procedimental*, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico” (las cursivas son del texto).

### 2.2.7 Causales genéricas de procedibilidad de la acción

Las decisiones de las salas de revisión de la Corte Constitucional, en el sentido de declarar que determinadas sentencias de las Altas Cortes constituyen *vía de hecho* y dan lugar, por tanto, a que prosperen las acciones de tutela, fueron recibidas en forma airada por éstas, ya

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que se resisten a aceptar que alguna de sus providencias pueda ser considerada como una burda y grosera violación del Derecho, o que obedezca a la sola voluntad o capricho de los magistrados, lo que significa, ni más ni menos, que los magistrados autores de esas providencias han incurrido en el delito de prevaricato.

Como reacción, se generó la tendencia a negarse a acatar las tutelas contra sus sentencias, generándose con ello un enredo jurídico de marca mayor. Los conflictos fueron trasladados a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, por desacato, de un lado, y por usurpación de funciones, de otro, sin una solución definitiva al problema.

A partir del año 2003, la Corte Constitucional empezó a cambiar esa expresión por otra, bastante vaga e indeterminada pero menos ofensiva, la de *causales genéricas de procedibilidad de la acción*. Así aparece en las Sentencias T-441, T-462, T-589 y T- 943, todas del año 2003 y todas con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en las que se señalan nuevos vicios o defectos de las sentencias que ameritan la procedencia de la tutela. En la última de las sentencias citadas, se redefinió la regla jurisprudencial de la Corte sobre la acción de tutela contra las providencias judiciales de la siguiente forma:

“Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación; (v) desconocimiento del precedente, y (vi) violación directa de la constitución”.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-949 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. En este caso, la Corte decidió que “... la infracción del deber de

La nueva denominación de las acciones de tutela contra providencias judiciales fue abordada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia C-590-05, en la que con ponencia de Jaime Córdoba Triviño se revisó la disposición contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, según la cual la sentencia de la Corte Suprema en la que prospere el recurso de casación no procedía ningún recurso ni acción, salvo la revisión. La Corte declaró inexecutable la expresión *ni acción*, con lo que dejó a salvo la acción de tutela contra esas sentencias cuando se dan supuestos excepcionales.

En la citada sentencia, la Corte señaló que frente a providencias judiciales la tutela solo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, entre los que distinguió unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela y otros, de carácter específico, que tienen que ver con la procedencia de la tutela una vez que ella se haya interpuesto.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a) Que la cuestión que se discute sea de evidente relevancia constitucional;
- b) Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable;
- c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración;
- d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la

---

identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.

sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora;

- e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, y
- f) Que no se trate de sentencias de tutela.

La Corte agregó que, además de esos requisitos generales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial se requiere acreditar la existencia de causales especiales de procedibilidad, las que se dan cuando se demuestre plenamente alguno de los siguientes vicios o defectos:

1. *Defecto orgánico*, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
2. *Defecto procedimental absoluto*, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
3. *Defecto fáctico*, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión o porque estimó el acervo probatorio de manera arbitraria. La Corte, en la Sentencia SU-632 de 2017, M. P. José Fernando Reyes, ha dicho que tal arbitrariedad debe ser de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta.
4. *Defecto material o sustantivo*, que se da en los casos en los que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. La mencionada Sentencia SU-632-2017 contiene una recapitulación sobre este defecto, en la que

se mencionan con algún detalle las diferentes falencias que dan lugar al defecto sustantivo por aplicación indebida de normas constitucionales o por interpretación irrazonable de estas. Con anterioridad, en la Sentencia SU-567 de 2015, la Corte había establecido como evento constitutivo de defecto sustantivo la abstención por parte del juez de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución.

5. *Error inducido*, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
6. *Decisión sin motivación*, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
7. *Desconocimiento del precedente*, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
8. *Violación directa de la Constitución*.

Es preciso señalar que cuando se den las condiciones previstas en la constitución debería proceder la tutela contra sentencias, y ello no significa desconocer la autonomía de los jueces, ni invadir límites jurisdiccionales ajenos. La cuestión del enfrentamiento entre los altos tribunales ya ha sido resuelta en Alemania y en España a favor de la supremacía constitucional. Lamentablemente en Colombia el embrollo lo generó la propia Corte Constitucional con la Sentencia C-543 de 1992, de la que fue ponente José Gregorio Hernández Galindo, que declaró inconstitucional la tutela contra providencias judiciales.

La solución que se impone para preservar el carácter normativo de la constitución y asegurar la vigencia plena de los derechos

fundamentales de los colombianos es poner las cosas en su punto. Establecer, por vía de reforma constitucional, la acción de tutela contra sentencias, con limitaciones que impidan que se convierta en una nueva instancia procesal; con términos breves de caducidad, y con revisión final por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando se trate de sentencias que provengan de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Todos los magistrados de las Altas Cortes deben aceptar con humildad republicana que en el país se está construyendo un Estado Social de Derecho y que eso significa el sometimiento pleno y sin reservas al imperio del Derecho, a cuya cabeza se encuentra la constitución. Por eso se debe reconocer que la Corte Constitucional se equivocó con la Sentencia C-543 de 1992; que los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad; que todos estamos sometidos a la constitución y, finalmente, que la última palabra en materia de interpretación constitucional la tiene la Corte Constitucional, por mandato expreso e ineludible de la Carta Política de 1991.

### ***2.2.8 Procedimiento preferente y sumario***

El artículo 86 constitucional y el Decreto 2591 de 1991 han establecido un trámite que facilita en grado sumo el acceso de todas las personas a la acción de tutela y garantiza una respuesta rápida y oportuna por parte de los jueces. De las acciones de tutela conocen todos los jueces y tribunales del país, de acuerdo con las reglas de competencia contenidas en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Esto significa que toda la rama jurisdiccional, sin excepción alguna, está vinculada a la justicia constitucional y, por consiguiente, sometida tanto funcional como materialmente a las directrices de la Corte Constitucional, en todo lo que tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

El procedimiento es muy sencillo y al alcance de cualquier persona porque no requiere la mediación de abogado. La demanda puede ser presentada por escrito o en forma verbal; no se requiere



citar las normas violadas, siempre y cuando se expresen los hechos de manera clara, de modo tal que pueda ser determinado por el juez el derecho fundamental afectado o amenazado. La tutela debe ser atendida con preferencia a los demás asuntos que conozca el juez, con excepción del *habeas corpus*.

El fallo deberá ser proferido dentro de los diez días siguientes a la presentación de la demanda y se notificará por cualquier medio que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido. El fallo que concede la tutela deberá ser cumplido sin demora por la autoridad responsable; si no lo hiciera dentro de las 48 horas siguientes, el juez requerirá al superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente proceso disciplinario.

Pasadas otras 48 horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará, él mismo, todas las medidas para su cabal cumplimiento. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que hubiera podido incurrir el funcionario.

El fallo que resuelve la acción de tutela podrá ser impugnado por el solicitante, el Defensor del Pueblo o el obligado a cumplirlo, sin perjuicio de la ejecución inmediata de lo decidido. El juez de segunda instancia debe resolver la impugnación dentro de los veinte días siguientes a la recepción del expediente. Una vez que el fallo se encuentre en firme por haberse decidido la impugnación o por no haberse impetrado ésta, el expediente debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La Corte designa dos de sus magistrados, por turnos, para que se encarguen de seleccionar libremente las sentencias de tutela que deberán ser objeto de revisión. Cualquier magistrado de esa corporación o el Defensor del Pueblo pueden solicitar que se revise una tutela no escogida, cuando consideren que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

Las salas de revisión están conformadas por tres magistrados. Cuando una sala de revisión considere que la decisión que se va a

adoptar modifica la jurisprudencia de la Corte o tiene trascendental importancia para el país, podrá solicitar que la revisión sea fallada por la sala plena de la Corte Constitucional, caso en el cual al fallo se le denomina sentencia de unificación (SU).

Hay que tener en cuenta que la sentencia de revisión de tutela solo produce efectos jurídicos en el caso concreto, *inter partes*, lo que no es óbice para que en muchos casos sus efectos se extiendan a una generalidad de situaciones, debido a la autoridad que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su condición de máximo intérprete de la constitución<sup>25</sup>.

## 2.3 La acción de cumplimiento

El artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, norma que tiene por objeto garantizar que las leyes y actos administrativos se cumplan por quienes están obligados a ello, como corresponde a un Estado Social de Derecho.

Mediante la Ley 99 de 1993 se realizó un desarrollo parcial de la acción de cumplimiento, limitado exclusivamente a la protección del medio ambiente. Después de múltiples intentos, el Congreso de la República aprobó por fin, en 1997, la Ley 393 de 1997, mediante la cual se reguló en forma integral la acción de cumplimiento y se derogaron las normas pertinentes de la Ley 99 de 1993.

### 2.3.1 Significado de la acción

Como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, apoyándose en el profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, el antecedente histórico de esta nueva institución se encuentra en el derecho anglosajón con el *Writ of mandamus*, instrumento mediante el cual se

---

<sup>25</sup> Sobre el valor de los precedentes en los fallos de tutela véase *supra*, Capítulo X, numeral 5.2.

solicita a un tribunal que expida un mandamiento que ordene a una autoridad que cumpla con las atribuciones que le confieren las disposiciones legales. Señala Fix-Zamudio que bajo el nombre de *Writ of mandamus*, o mandamientos de ejecución y de prohibición, o de acción de cumplimiento, se pretende asegurar la fuerza normativa de la constitución, en beneficio de las personas que invocan derechos o intereses amparados por ella<sup>26</sup>.

Ha dicho la Corte Constitucional que en un Estado Social de Derecho, en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas; que ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios del Estado Social de Derecho solo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos.

Precisa la Corte que el objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad o el particular cuando asume tal carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico social y económicamente justo.

La acción consagrada en el artículo 87 se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos, anejo al Estado Social

---

<sup>26</sup> Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 1998, Ms.Ps. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traduce en leyes y actos administrativos, toda persona, como integrante de la comunidad, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial.

### *2.3.2 Limitaciones de la acción de cumplimiento*

La acción de cumplimiento generó enormes expectativas en el país, dada la abundancia de normas legales y de actos administrativos que se han ido quedando en el papel. La posibilidad de hacerlos cumplir por vía judicial creó temores en el gobierno nacional de un probable desbordamiento de los efectos de tan novedoso instrumento jurídico, lo que dificultó en grado sumo la expedición de la ley reguladora de la acción.

El gobierno tuvo que intervenir a fondo, en repetidas oportunidades, para hacer abortar en el Congreso varios proyectos de ley sobre el tema, lo que explica la demora de más de cinco años para que se aprobara la ley respectiva. El producto final de la puja entre algunos sectores del legislativo y el gobierno fue la Ley 393 de 1997. Entre quienes esperaban un alcance mayor, resultó frustrante el parágrafo del artículo 9° en el que se sostiene en forma tajante: “La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”.

Con tal limitación, la Ley 393 creó una excepción a la acción de cumplimiento que el artículo 87 constitucional no contiene, lo que reduce en alto grado la eficacia del mecanismo allí previsto, ya que para el Estado Social de Derecho tienen gran importancia las leyes y actos administrativos que crean gastos a cargo del Estado. El parágrafo citado fue declarado ajustado a la constitución por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-157 de 1998, lo que generó un enérgico salvamento de voto de tres de sus magistrados, en el que se afirmó:

“Un Estado serio y consecuente opta por una de dos vías: cumple las leyes que decretan gastos, las cuales, en cuanto normas jurídicas, constituyen mandatos que deben tener efectividad en la vida real, o se abstiene de aprobar leyes de gastos si no hay recursos para efectuarlos. Pero lo que resulta de la norma enjuiciada y del fallo que nos ocupa, es exactamente lo contrario: que el Estado decrete gastos, sin límite ni medida –para acallar, por ejemplo, reclamos regionales, protestas populares, huelgas o críticas de la opinión pública–, y que se reserve el derecho de cumplir o no los compromisos contraídos.

En síntesis, es lícito y constitucional el engaño a los gobernados, a quienes se ilusiona primero con leyes aprobatorias de gastos, se los desilusiona después con el incumplimiento de las mismas, y finalmente se los despoja del único mecanismo judicial del que los dotó el Constituyente para su defensa”<sup>27</sup>.

### *2.3.3 Trámite preferencial*

De acuerdo con la Ley 393 de 1997, las acciones de cumplimiento se deben tramitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y son competentes los jueces administrativos del domicilio del accionante, con segunda instancia ante los tribunales administrativos. La acción se puede promover contra cualquier autoridad pública o contra particulares que ejerzan funciones públicas, pero en todo caso es necesario probar la renuencia de la autoridad al cumplimiento de la ley o del acto administrativo.

Esta acción no es procedente cuando el derecho que se reclama puede ser garantizado mediante tutela, caso en el cual, el mismo juez debe tramitar en forma inmediata la acción de tutela. Tampoco es viable la acción cuando exista otro instrumento judicial que permita lograr el cumplimiento del deber omitido, salvo que medie un perjuicio grave o inminente para el reclamante, lo mismo que cuando se persiga el cumplimiento de normas que generen gastos públicos, como ya se anotó.

---

<sup>27</sup> Salvamento de voto de la Sentencia C-157 de 1998 por parte de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo Mesa.

A la acción de cumplimiento le corresponde un trámite preferencial que desplaza cualquier otro negocio, con excepción de los de tutela. El juez administrativo tiene tres días para admitir la solicitud y veinte más para dictar la sentencia respectiva, la que debe ser cumplida en un plazo que no puede exceder los diez días. El fallo puede ser impugnado por el solicitante, por la autoridad renuente o por el representante de la entidad a la que éste pertenezca, y por el Defensor del Pueblo, impugnación que se debe conceder en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión del cumplimiento de la sentencia genere un perjuicio irremediable al demandante.

Si el obligado no cumple lo ordenado en la sentencia, el juez se dirigirá a su superior para que lo haga. Si se mantiene el incumplimiento, el juez adoptará directamente las medidas necesarias para lograrlo y los responsables incurrirán en desacato, haciéndose acreedores a las sanciones previstas en la Ley para tal conducta, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y penales a que hubiere lugar. Los aspectos no contemplados en la Ley 393 de 1997 deben atenderse conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que sea compatible con la naturaleza de la acción de cumplimiento.

## **2.4 Las acciones populares**

El artículo 88 de la constitución configura un mandato al legislador para establecer un mecanismo de defensa judicial de los derechos e intereses colectivos, en el inciso primero, y un procedimiento para obtener la reparación de los daños causados a derechos particulares cuando se ha afectado un número plural de personas, en el inciso segundo. En el primer caso, se trata de las llamadas acciones populares, y en el segundo, de las acciones de grupo o de clase.

El mandato constitucional fue cumplido en forma integral y coherente por la Ley 472 de 1998. Sus antecedentes se remontan al Código Civil, en el que aparece plasmado un mecanismo de protección de intereses colectivos por daño contingente, en los artículos 1005 y 2359, mecanismo que tuvo muy poca aplicación

práctica. En época más reciente, aparecieron acciones populares en el estatuto de protección de los consumidores (D. 3466 de 1982), en la ley de reforma urbana, para la defensa del espacio público (L. 9ª de 1989), y en el Decreto Ley 2303 de 1989, sobre organización de la jurisdicción agraria, en donde se regulan acciones populares para la preservación del ambiente rural y el debido manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario.

La Ley 472 de 1998 es, sin lugar a dudas, un valioso instrumento jurídico de protección de los derechos colectivos; desempeña una importante y necesaria labor de defensa de los intereses de los sectores comunitarios vulnerables. Como se afirmó en la exposición de motivos del proyecto de ley, presentado por el entonces Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, las acciones populares y las acciones de grupo constituyen los nuevos pilares del sistema de protección de los derechos humanos en Colombia; su desarrollo legal, ejercicio y eficacia, son asuntos que comprometen la democracia.

#### *2.4.1 Naturaleza de las acciones populares*

Las acciones populares buscan proteger los derechos colectivos en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador. El interés protegido es colectivo, es decir, corresponde a un grupo de individuos y no a una persona en particular, lo que no impide que cualquier ciudadano de la comunidad afectada pueda hacer uso de la acción para exigir protección a la comunidad y obtener con ello la protección de su propio interés.

Una característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se pretenden amparar, sino que basta con que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos

considerados como intereses superiores de carácter público y que, por tanto, no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que, en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial, lo que no impide que se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios ocasionados, caso en el cual la suma que se obtenga deberá ser destinada a la reparación de los daños causados al bien público y no a los miembros del grupo afectado.

Estas acciones tienen una estructura especial que las diferencian de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son, en estricto sentido, una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cabeza de cada uno de los integrantes de la comunidad afectada<sup>28</sup>.

#### *2.4.2 Trámite de las acciones populares*

Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos colectivos. Pueden ser incoadas por cualquier persona natural o jurídica, por las organizaciones no gubernamentales y las populares o cívicas, por las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los personeros, los alcaldes y por los servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos colectivos. La acción se podrá promover durante el tiempo en el que subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo.

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano.



De las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las autoridades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, conocen en primera instancia los juzgados administrativos. En los demás casos, la competencia corresponde a los jueces civiles del circuito.

La sentencia que acoja las pretensiones del demandante podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios, cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo, a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

La condena al pago de los perjuicios se hará en abstracto o *in genere* y se liquidará mediante el incidente previsto en el Código General del Proceso. Al término del incidente deberá adicionarse la sentencia con la determinación de la condena correspondiente. El juez fijará un plazo para el cumplimiento de su providencia, lapso dentro del cual conservará la competencia para vigilar la ejecución de la misma. Podrá, también, conformar un comité que se encargue de la verificación del cumplimiento de la sentencia.

### ***2.4.3 El pacto de cumplimiento***

La Ley 472 de 1998 incluye una novedosa figura procesal denominada *pacto de cumplimiento*, una variedad de la conciliación dentro del proceso. Después del vencimiento del término de traslado de la demanda, el juez debe citar a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial para escuchar las diversas posiciones sobre la acción instaurada y en la que pueden intervenir las personas que hayan registrado comentarios escritos sobre el conflicto.

En dicha audiencia se podrá acordar un pacto de cumplimiento, a iniciativa del juez, en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, si ello es posible, pacto que será revisado

por el juez y podrá ser corregido por éste, con el consentimiento de las partes interesadas. La aprobación del pacto se realiza mediante sentencia; si la audiencia se declara fallida, el procedimiento debe continuar hasta que se dicte sentencia.

#### ***2.4.4 Incentivos y medidas coercitivas***

Una de las disposiciones más interesantes que tenía la ley que regula las acciones populares era la fijación de incentivos para estimular ese tipo de demandas. La Ley estipulaba que el demandante tenía derecho a recibir un incentivo que el juez debía fijar entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes. Cuando se trataba de violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante tenía derecho a recibir el quince por ciento del valor que recuperaba la entidad pública en razón de la acción popular, lo que la convertía en un arma potencialmente importante contra la corrupción administrativa. Sin embargo, la desbordada afluencia de acciones populares motivadas por el incentivo condujo a su eliminación mediante la Ley 1425 de 2010.

La Ley 472 de 1998 contempla fuertes sanciones para quienes incurran en desacato frente a la orden judicial que se emita en la sentencia que pone fin a la acción popular, o frente a lo convenido en el pacto de cumplimiento. La parte vencida en el juicio deberá otorgar una garantía bancaria o póliza de seguro por el monto que el juez fije, la que se hará efectiva en caso de incumplimiento de lo dispuesto por la sentencia.

### **2.5 Las acciones de grupo**

Las acciones de grupo, desarrolladas por la Ley 472 de 1998, a partir de su artículo 46, tienen como objeto la reparación de los daños producidos a un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa generadora de perjuicios, que pueden individualizarse en cada una de las personas afectadas. Se trata de acciones que tienden a proteger intereses

específicos de sectores determinados de la población, como los vecinos de una explotación industrial contaminante o los consumidores de determinado producto, razón por la cual, se las asocia con las que se han venido desarrollando en el derecho norteamericano bajo la denominación *class action*.

Hay una diferencia esencial entre las acciones populares y las acciones de grupo. Mientras las primeras buscan proteger los derechos colectivos en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza, las acciones de grupo se ejercen con el exclusivo fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo.

### ***2.5.1 Trámite de las acciones de grupo***

Al igual que lo que sucede con las acciones populares, son competentes para conocer los procesos que surgen de acciones de grupo los jueces administrativos, si la acción se origina por la actividad de entidades públicas o de personas privadas que ejerzan funciones públicas, y los jueces civiles del circuito, en los demás casos.

La caducidad para las acciones de grupo quedó fijada en dos años, contados a partir de la fecha en que se causó el daño o cesó la acción causante del mismo, sin perjuicio de la acción individual por indemnización de perjuicios, la que está sometida a los términos de caducidad previstos en la ley respectiva.

### ***2.5.2 Conformación del grupo***

El grupo debe estar conformado por un conjunto de personas naturales o jurídicas, en número no inferior a veinte, que hayan sufrido daños por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, y que persigan el pago de una indemnización por los perjuicios individuales recibidos.

Las acciones de grupo se deben ejercitar por conducto de abogado, pero el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. Cuando los miembros del grupo otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto, al que nombre el comité.

Los afectados que no hubieren promovido la acción podrán hacerse parte del proceso, antes de la apertura a pruebas, indicando el daño sufrido, el origen de este y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de personas que interpuso la demanda. Aún más, quien no haya concurrido al proceso y cuya acción no haya caducado, podrá acogerse con posterioridad al mismo, pero no podrá invocar daños extraordinarios para obtener una indemnización mayor, ni podrá incrementarse el monto de la indemnización decretada en la sentencia.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En tal caso, éste ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

### ***2.5.3 Contenido y efectos de la sentencia***

La sentencia que pone fin a una acción de grupo deberá disponer:

1. El pago de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales, la que deberá entregarse al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, para su distribución entre los beneficiados.
2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso, a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente.
3. La publicación en un diario de amplia circulación nacional de un extracto de la sentencia, con la prevención a todos los

interesados lesionados por los mismos hechos y que no concurren al proceso, para que se presenten al juzgado a reclamar la indemnización.

La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, en la que deberán incluirse las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al 10% de la indemnización que obtengan los miembros del grupo que no fueron representados judicialmente por su propio apoderado.

## **2.6 Acciones y recursos de orden legal**

Toda la organización jurisdiccional del país tiene la misión de asegurar y proteger los derechos constitucionales y legales de las personas residentes en el territorio nacional. El artículo 89 constitucional señala que le corresponde a la ley establecer los demás recursos, acciones, y procedimientos necesarios para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Desde hace ya varias décadas, se han venido implementando legislaciones de naturaleza proteccionista, como la laboral y la de familia. La primera, tiene la finalidad expresa de proteger a los sectores más débiles de la relación que surge del contrato de trabajo. El Código Sustantivo del Trabajo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y las normas que los complementan, se han convertido a lo largo de más de medio siglo en poderosas herramientas para la defensa jurídica de los derechos de los trabajadores.

La legislación de familia contiene acciones y recursos dirigidos a proteger a los niños y a las madres. La Ley 75 de 1968 sobre paternidad responsable; la Ley 294 de 1996 contra la violencia intrafamiliar, el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, la Ley

1361 de 2009 sobre la protección integral a la familia, son entre otros, conjuntos normativos que obligan a los jueces a proteger a los niños, en primer lugar, a las mujeres en segundo lugar, y en todo caso, a la familia como célula básica de la sociedad.

En la tarea de proteger a los ciudadanos contra las violaciones de sus derechos ocurridas con motivo de acciones, hechos u omisiones de la administración pública, ha jugado un relevante papel la jurisdicción contencioso administrativa, nacida en 1914 con el acto reformativo de la constitución de septiembre de ese año, que restableció el Consejo de Estado y le otorgó funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y con la Ley 60 de 1914, que organizó la entonces naciente corporación de justicia<sup>29</sup>. Un importante avance de esta jurisdicción se ha logrado con la Ley 1437 de 2011, que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado se ha caracterizado por una dinámica evolución jurisprudencial, lo que le ha permitido garantizar la defensa de los derechos de los gobernados en sintonía con las nuevas condiciones sociales y económicas del país, con innovaciones jurídicas propias y adaptando las provenientes de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, especialmente las francesas.

### **3. GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES**

Son el conjunto de garantías en virtud de las cuales determinadas instituciones no pertenecientes a la rama jurisdiccional se encuentran constitucionalmente obligadas a la protección y defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>30</sup>. La vinculación de tales instituciones a la tarea de proteger los derechos de las personas obedece a mandatos expresos de la constitución, se ejercen con desigual intensidad en ámbitos diferentes, con instrumentos jurídicos

---

<sup>29</sup> González Rodríguez, Miguel, *Derecho contencioso administrativo*, 4ª ed., Bogotá, Ediculco, 1980, p. 77.

<sup>30</sup> Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, cit., p. 425.

y procedimientos de distinta índole, según la naturaleza de la entidad obligada.

Las autoridades e instituciones no jurisdiccionales a las que la Carta Política les encarga el deber de velar por los derechos constitucionales de las personas en Colombia y les asigna competencias para hacerlo, son:

1. El presidente de la República (art. 188).
2. La Policía Nacional (art. 218).
3. Las Fuerzas Militares (art. 217).
4. El Procurador General de la Nación (art. 277).
5. El Defensor del Pueblo (art. 282).

### **3.1 El presidente de la República**

La constitución colombiana establece en su artículo 188 que el presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la constitución y las leyes se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.

Quiso el constituyente con esa norma, resaltar el significado que la protección de los derechos de las personas tiene en el nuevo ordenamiento constitucional al señalar como la primera de las obligaciones del presidente de la República, el funcionario con mayor autoridad y poder de decisión dentro de la organización del Estado, la de garantizar los derechos de todos los colombianos.

En un país con tantos y tan graves problemas de orden público, la Carta Política le impone al jefe del Estado y jefe del Gobierno, la misión de utilizar sus amplios poderes constitucionales y legales para que se realice uno de los fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución.

Para garantizar los derechos y libertades de los colombianos, el presidente cuenta con suficientes facultades constitucionales y con

la posibilidad de acudir a los estados de excepción, cuando se dan las condiciones previstas en la Carta. Al mismo tiempo, dispone de la fuerza pública como comandante supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

### **3.2 La Policía Nacional**

Los derechos no se protegen solo con normas y decisiones judiciales y administrativas. Se requiere, además, de una organización armada institucional que haga posible que las unas y las otras se cumplan, para garantizar a todos sus derechos. La constitución prescribe que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (art. 218).

La Policía Nacional conforma, junto con las Fuerzas Militares, lo que la constitución denomina *fuerza pública*. Se distingue de las Fuerzas Militares por su naturaleza civil y porque su función esencial es preventiva y se dirige a garantizar a todos los habitantes el disfrute de sus derechos y libertades, lo que la obliga a actuar dentro del más estricto respeto al ordenamiento jurídico. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, la Policía Nacional es un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos<sup>31</sup>.

### **3.3 Las Fuerzas Militares**

El Estado cuenta para su defensa con unas fuerzas militares permanentes, integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las que tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como lo ordena el artículo 217 de la Carta.

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.



En estricto sentido, no les corresponde a las Fuerzas Militares la tarea de proteger en forma directa los derechos y libertades de sus conciudadanos, lo que sí sucede con la Policía Nacional. En la gran mayoría de los estados democráticos, las Fuerzas Armadas se limitan a cuidar las fronteras e intervenir dentro del país solo cuando se presentan graves alteraciones del orden constitucional.

En Colombia la situación es diferente. Las Fuerzas Militares deben cumplir funciones similares a las de la Policía para enfrentar a los grupos armados que, desde distintas tendencias y con las más variadas motivaciones, ejecutan secuestros, extorsiones, asesinatos selectivos y masacres indiscriminadas contra la población civil.

La protección de los derechos humanos es una tarea permanente que el Estado colombiano les impone a las Fuerzas Militares, lo que exige un estricto control de la actividad de los uniformados y sanciones drásticas a los militares responsables de violaciones y abusos de los derechos constitucionales de las personas.

### **3.4 El Procurador General de la Nación**

El Procurador General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público, tiene la misión básica y fundamental de defender los intereses de la sociedad. La constitución le señala, entre otras funciones, las de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo, y la de defender los intereses colectivos, en especial los relacionados con el ambiente (art. 277).

Al Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, le corresponde desarrollar una labor de primera línea en la tarea de la defensa y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, a través del ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, para lo cual está investido del poder disciplinario.

Las amplias facultades que para cumplir dicho cometido tiene la Procuraduría, como institución de control, le permiten investigar

la conducta de los funcionarios públicos para prevenir que se violen los derechos de las personas y sancionar a quienes resulten responsables de la conculcación de tales derechos por acción u omisión. La vigilancia disciplinaria se extiende a todos los cuerpos armados de carácter institucional, lo que constituye una garantía de protección de los ciudadanos frente a los atropellos que puedan cometer quienes abusan de su condición de agentes armados del Estado.

### **3.5 El Defensor del Pueblo**

Es la institución de protección extrajudicial de los derechos de las personas, por antonomasia. Se inspira en el modelo del *Ombudsman* de los países nórdicos, especialmente de Suecia, adoptado con importantes variaciones por la Constitución española (art. 54) y desarrollado por la Ley Orgánica 3 de 1981 de ese país.

Esta figura apareció en la Constitución de 1991, después de los fallidos intentos por introducir el modelo sueco en la Carta Política realizados en el gobierno de López Michelsen (Acto Legislativo 02 de 1977, declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia) y en el gobierno de Virgilio Barco (proyecto de Acto Legislativo abortado en diciembre de 1989).

De acuerdo con el artículo 281 constitucional, el Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de Representantes para un período institucional de cuatro años, de terna presentada por el presidente de la República. El Acto Legislativo 02 de 2015, en su artículo 24, estableció que ejerce sus funciones de manera autónoma, por lo que dejó de ser parte del Ministerio Público y de estar sometido a la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Esta ha sido una afortunada reforma que favorece la dinámica y eficaz labor desarrollada por el Defensor del Pueblo desde su creación, lo que le ha merecido un alto grado de legitimidad institucional y de reconocimiento popular.

### 3.5.1 *Las funciones del Defensor del Pueblo*

La constitución prescribe que el Defensor del Pueblo debe velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. Para ello le asigna funciones específicas, como las de orientar e instruir a los colombianos en el ejercicio y defensa de sus derechos; realizar la divulgación de los derechos humanos; interponer acciones de tutela, acciones populares y recursos de *habeas corpus*; organizar y dirigir la defensoría pública, en los términos que señale la ley (art. 282). El desarrollo legislativo de esta nueva institución se ha realizado por medio de la Ley 24 de 1992 y por la Ley 941 de 2005, mediante la cual se organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública

El artículo 284 de la Carta Política señala que, salvo las excepciones previstas en la constitución y la ley, el Defensor del Pueblo podrá requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Es claro que el Defensor realiza una labor controladora de la actuación administrativa, en la medida en que ésta puede vulnerar o amenazar los derechos de las personas. Si compete al Defensor velar por el ejercicio pleno de tales derechos, debe necesariamente poseer atribuciones para ejercer inspección y fiscalización sobre las actuaciones de las autoridades y de los particulares que desempeñan funciones públicas.

De otra parte, el artículo 7° de la Ley 24 de 1992 prescribe, con toda claridad, que el Defensor del Pueblo no podrá ejercer funciones judiciales o disciplinarias, salvo las de su propia dependencia. Sus opiniones, informes y recomendaciones tienen la fuerza que les proporcionan la constitución, la ley, la sociedad, su independencia y sus calidades morales.

La supervisión de la actividad de la Administración que realiza el Defensor del Pueblo tiene un carácter instrumental, en relación con la defensa de los derechos y libertades; se desarrolla y aplica

con el fin de cumplir con mayor eficacia la función protectora y garantista que, con respecto a los derechos humanos, le asigna la constitución. El Defensor del Pueblo controla, sin ejercer funciones punitivas<sup>32</sup>.

### 3.5.2 Características del control que ejerce

Dada la naturaleza de las competencias ejercidas, el Defensor del Pueblo puede ser concebido como una auténtica magistratura de opinión y de persuasión, por lo que su propia justificación está ligada al desempeño de sus funciones<sup>33</sup>. Como lo señala el profesor Madrid-Malo, el control *sui generis* que realiza la Defensoría del Pueblo presenta las siguientes características<sup>34</sup>:

- a. *Garantista*. Tiene como finalidad primordial la protección de los derechos humanos;
- b. *Inquisitivo*. Se desarrolla a través de la verificación de los hechos mediante averiguaciones e indagaciones;
- c. *Pedagógico*. Da lugar a la formulación de observaciones y recomendaciones destinadas a corregir errores o abusos;
- d. *Especializado*. Se cumple en virtud de una competencia especial y a través de medios singulares;
- e. *Independiente*. No se halla subordinado a las decisiones de otra autoridad;
- f. *Crítico*. Se orienta a la valoración ética de acciones y omisiones;
- g. *Inmediato*. Se pone en movimiento con la sola noticia de que un derecho ha sido vulnerado o está siendo amenazado, y
- h. *Complementario*. No sustituye ni desplaza los demás controles constitucionales.

---

<sup>32</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, *Derechos fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, 3R Editores, 1997, p. 41.

<sup>33</sup> Álvarez Conde, ob. cit., p. 429.

<sup>34</sup> Madrid-Malo Garizábal, ob. cit., p. 42.



## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1994.

Aparisi Miralles, Ángela, *La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Aptheker, Hebert, *Historia de la Revolución Norteamericana*, Buenos Aires, Ed. Futuro, 1965.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002.

\_\_\_\_\_, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Asimov, Isaac, *El nacimiento de los Estados Unidos, 1763 - 1816*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

\_\_\_\_\_, *La formación de América del Norte*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

\_\_\_\_\_, *La formación de Inglaterra*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Atienza, Manuel, "Sobre lo razonable en el Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, 1989.

Benda, Ernest, "El Estado Social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1982.

Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.

Böckenförde, Ernst, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Ed. Nomos, 1993.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.

Brewer-Carias, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, U. Javeriana, U., Externado, 1995.

Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966.

Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

Cepeda Espinosa, Manuel José, *Derecho Constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001.

\_\_\_\_\_, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1992.

Charry Urueña, Juan Manuel, *La excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Jurídica Radar, 1994.

Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.

Cifuentes Muñoz, Eduardo, “Derechos fundamentales e interpretación constitucional”, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.

Crossman, Richard Howard, *Biografía del Estado moderno*, 4ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986.

Dahl, Robert, en diálogo con Bosetti, Giancarlo, *Entrevista sobre el pluralismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

\_\_\_\_\_, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992.

De La Cueva, Mario, *La idea del Estado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1975.

Desdentado Daroca, Eva, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, España, Ediciones Tirant lo blanch, 1999.

Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994.

Fernández Segado, Francisco, “El régimen político británico”, en Ferrando Badia, Juan y otros, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

Ferrando Badia, Juan, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994.

Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, D. F., Porrúa, 1977.

Gadamer Hans, Georg, *Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993.

Galbraith, John Kenneth, *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 1987.



Gaona Cruz, Manuel, *Aspectos del control constitucional en Colombia*, Bogotá, U. Externado, 1984.

García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

García Cotarelo, Juan, “El régimen político de la República Federal Alemana”, en la obra colectiva Ferrando Badia, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

García de Enterría Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

\_\_\_\_\_, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1996.

García, Enrique Alonso, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

\_\_\_\_\_, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1995.

Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México D.F., Ediciones Fontamara, 1997.

Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1998.

González Rodríguez, Miguel, *Derecho contencioso administrativo*, 4ª ed., Bogotá, Ediculco, 1980.

Grimberg, Carl, *Historia universal*, Tomo 8, Bogotá, Círculo de Lectores, 1984.

Guerra, Débora & Clavijo, Darwin, *Reparación Integral: La justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

Gutiérrez Boada, John Daniel, *Los límites del derecho a la intimidad frente al derecho a la información según la Corte Constitucional colombiana*, Bogotá, Universidad Externado, 2000.

Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1980.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

Hesse, Konrad, “Constitución y derecho constitucional”, en *Manual de derecho constitucional*, de Benda, Maihofer y otros, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

\_\_\_\_\_, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000.

Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, 1994.

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª ed., Madrid, Ariel, 1976.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel.

López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Uniandes-Legis, 2006.

López Michelsen, Alfonso, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1983.

López Michelsen, Alfonso; Caldas, Tito Livio y otros, *El sistema parlamentario, el mejor gobierno para Colombia*, Bogotá, Legis, 2004.

Madrid-Malo Garizábal, Mario, *Derechos fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, 3R Editores, 1997.

Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998.

Mcilwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Miliband, Ralph, *El Estado en la sociedad capitalista*, México, D.F., Siglo XXI, 1974.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Orbis, 1984.

Morelli Rico, Sandra, “La autonomía territorial en Colombia”, en *Temas de Derecho Público N° 43*, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Naranjo Flórez, Carlos Eduardo, *Introducción al derecho constitucional colombiano*, Medellín, Señal Editora, 1994.

Naranjo Mesa, Vladimir, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 2000.

Núñez Riveros, José María, “El régimen político francés”, en Ferrando Badia, Juan y otros, *Regímenes políticos actuales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

Ortiz, Julio César, *El control difuso de constitucionalidad de las leyes en la Constitución colombiana de 1991*, Valencia, III Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, 1997.

\_\_\_\_\_, “Las modernas tendencias del derecho del Estado y la interpretación de la Constitución de 1991”, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Díké, 1994.

Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado, 1998.

Parejo Alfonso, Luciano, *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Pérez Escobar, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1997.

Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.

Pinon, Stéphane, El sistema constitucional de Francia, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 14, Universidad de Granada, España, 2010.

Pirenne, Jacques, *Historia universal*, Tomo V, México, Ed. Cumbre, 1979.

Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

PreLOT, Marcel y Lescuyer, Georges, *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1986.

PreLOT, Marcel, *La ciencia política*, Bogotá, Ed. América Latina, 1979.

Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.

Recasens Siches, Luis, “Estudio Preliminar” de la obra *Compendio de Teoría general del Estado* de Hans Kelsen, México D.F., Editora Nacional, 1974.

Rodríguez R. Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 1995.

Rolla, Giancarlo, *La descentralización en Italia. Difícil equilibrio entre autonomía y unidad, ponencia presentada en el Congreso*

*Internacional sobre descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Sánchez Luis Carlos, *Derecho constitucional general*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997.

\_\_\_\_\_, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 11ª ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1994.

Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994.

\_\_\_\_\_, *¿Qué es la democracia?*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1994.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Civitas, 1984.

\_\_\_\_\_, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, Tomo I, México D. F., Porrúa, 1976.

Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Soboul, Albert, *La Revolución Francesa*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987.

Solozábal Echavarría, Juan J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 71, Madrid, 1991.

Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Strayer, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Ariel, 1986.

Tindall, George y Shi, David, *Historia de los Estados Unidos*, Tomo I, Bogotá, TM Editores, 1995.

Vázquez Carrizosa, Alfredo, *El poder presidencial en Colombia*, Bogotá, Enrique Dobry, Editor, 1979.

Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 1985.

Vila Casado, Iván, *Historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

\_\_\_\_\_, *Los límites de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2005.

\_\_\_\_\_, *Nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

\_\_\_\_\_, “Poder Disciplinario, Garantías Constitucionales y Eficacia Integradora de la Constitución”, en *Estudios sobre Derecho Penal, Constitucional y Transicional*, tomo II, Cali, Editorial Universidad Santiago de Cali, 2020.

\_\_\_\_\_, *Reflexiones constitucionales*, Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2011.

Vogel, Juan Joaquín, “El régimen federal de la Ley Fundamental”, en *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

*Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*  
se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Panamericana Formas e  
Impresos, S. A., en abril de 2021. Para su elaboración se utilizó papel bond de  
70 gramos en páginas interiores y cubierta propalcote SBS 280.  
Las fuentes tipográficas empleadas son 12 puntos en texto recorrido  
y 20 puntos en títulos.

*Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* no es un libro de interés exclusivamente para abogados y estudiantes de Derecho. Es también, una obra de cultura general con un importante contenido histórico. Está dividido en tres partes: la primera es sobre la historia del constitucionalismo con sus comienzos en Inglaterra y a partir de allí presenta las diferencias entre el modelo norteamericano y el modelo francés; la segunda, se ocupa de las características que tiene el tipo de constitución que surgió en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, dentro del cual está inserta con su fuerza normativa la constitución colombiana, y la tercera, del Estado contemporáneo, en donde distingue las diferencias esenciales entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho, concretándolas en el Estado colombiano.

El libro presenta en forma sistemática y coherente una perspectiva del constitucionalismo actual a partir de sus orígenes históricos. De manera clara y didáctica analiza los diferentes temas que tienen que ver con el Estado, la Constitución y la democracia, siempre en relación con la realidad colombiana. Los métodos de interpretación y el rol que juega la Corte Constitucional como máximo intérprete de la constitución son aspectos cruciales de la problemática jurídica colombiana que el autor aborda con especial atención.

A lo largo del libro, Iván Vila Casado insiste en destacar que la característica toral de la Constitución de 1991 es su carácter normativo, la eficacia jurídica de todas sus cláusulas, a diferencia de lo que sucedía con la anterior; identifica el concepto moderno de constitución y su interdependencia con la realidad socio política, lo que ha conducido a lo que el autor llama la *juridificación del poder político*, enmarcado todo ello dentro de lo que se ha dado en llamar el neoconstitucionalismo.

ISBN: 978-958-5578-63-0



9 789585 578630