

# La democracia como contenido del constitucionalismo liberal contemporáneo<sup>1</sup>

## *Democracy as a content of contemporary liberal constitutionalism*

David Enrique Mercado Pérez\* e Luis Fernando Bermeo Alvarez\*\*

### Resumen

El contenido del derecho constitucional es la Política, por lo que, en el caso del constitucionalismo liberal contemporáneo, su contenido político es la Democracia. En este contexto, existe una relación entre el desarrollo del sistema jurídico constitucional liberal y la Democracia, marcada por la Ética que se practique en cada sociedad liberal donde exista un orden constitucional. A su vez, esta relación depende de la historia y cultura de cada país, por lo que, en este trabajo se estudia esta relación desde la Teoría Constitucional, tomando a Colombia y Latinoamérica como ejemplos de análisis.

**Palabras claves:** democracia; constitucionalismo; liberalismo; Colombia; América Latina.

### Abstract

*The content of constitutional law is Politics, therefore, in the case of contemporary liberal constitutionalism, its political content is Democracy. In this context, there is a relationship between the development of the liberal constitutional legal system and Democracy, marked by the Ethics that are practiced in each liberal society where there is a constitutional order. In turn, this relationship depends on the history and culture of each country, so in this paper this relationship is studied from the Constitutional Theory, taking Colombia and Latin America as examples of analysis.*

**Keywords:** democracy; constitutionalism; liberalism; Colombia; Latin America.

## 1 Introducción y puntos de partida

En el constitucionalismo liberal contemporáneo sólo es plausible tener un concepto material, nunca formal, de los derechos fundamentales. Para que el Derecho pueda operar con derechos fundamentales, debe positivizarlos y así, se 'sacarlos' de la pura consideración filosófica para poder ser utilizados con técnicas jurídicas. Con tal fin se creó el 'Estado Constitucional de Derecho' como elemento esencial del 'Estado Social de Derecho' (ALEXY, 2009), a partir de la Ley Fundamental de Bonn (Alemania), que en su Art. 1º, apartado 3º dice que: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable". Al respecto Alexy (2003, p. 27-28) manifiesta que:

Es pertinente reconocer que la definición de los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos transformados en derecho Constitucional positivo también tiene sus debilidades. La más significativa se deriva de la indeterminación del concepto de los Derechos Humanos [...] como consecuencia, es aconsejable no afirmar en definitiva que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo [...] Por consiguiente, los derechos

\* Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Cartagena. Líder del grupo de investigación "Filosofía Del Derecho y Derecho Constitucional" de la Universidad de Cartagena y la Institución Universitaria Mayor de Cartagena.

\*\* Abogado de la Universidad de Cartagena, Magíster en Derecho con énfasis en investigación en la Universidad del Norte. Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad del Norte. Profesor de la Institución Universitaria Mayor de Cartagena e investigador del grupo de investigación "Filosofía Del Derecho y Derecho Constitucional" de la Universidad de Cartagena y la Institución Universitaria Mayor de Cartagena.

<sup>1</sup> Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Los Test de Ponderación y Balanceo en el derecho colombiano", desarrollado por los autores, como miembros del grupo de investigación "Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional" en la Universidad Libre sede Cartagena.

fundamentales deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Según esta definición, los catálogos de derechos fundamentales de las diversas constituciones representan intentos de atribuir una dimensión positiva a los derechos humanos.

La trágica experiencia histórica de la República de Weimar en Alemania, que el régimen Hitleriano invalidó sin violarla formalmente, a nombre de una ideología antiliberal, con la asesoría del Jurista Carl Schmitt (CAMPDERRICH, 2005), demostró cómo la postura schmittiana de que el jefe del Estado fuese el defensor de la Constitución, para nada contribuyó al mantenimiento y defensa de los valores constitucionales, sino que sirvió para precipitar su destrucción. En efecto, ese presunto defensor de la Constitución aniquiló al Parlamento alemán y a los partidos políticos que encarnaban el pluralismo.

Con la desaparición de los partidos y del Parlamento en sí, algo propio de un sistema Demo Liberal (sobra recordarlo), la Constitución quedó destruida. En este sentido, es incuestionable que las tesis de Schmitt partían de una opción ideológicamente clara (El Nazismo) y nefasta, toda vez que para construir un sistema jurídico racista debía destruir el modelo Demo Liberal. Sin embargo, que dicha ideología totalitaria haya sido felizmente vencida al perder Alemania la Segunda Guerra Mundial y que las tesis de Schmitt hayan sido, como consecuencia de ello, descartadas, no implica que algunas de las críticas que hizo a la construcción del constitucionalismo liberal de Kelsen carezcan de sentido. En última instancia son objeciones que este previó en sus debates con Schmitt, como asesores que fueron de la constituyente de Weimar.

Tales objeciones no demoraron en manifestarse en la realidad, dado que la consolidación y posterior expansión del modelo kelseniano es simultánea en el tiempo con el tránsito del constitucionalismo liberal clásico al constitucionalismo social contemporáneo. Nadie ignora que la segunda mitad del siglo XX se caracteriza por el establecimiento de los Estados Sociales y de Derecho a través de Constituciones y por el auge y expansión de una nueva concepción de los Tribunales Constitucionales. Estos surgieron históricamente como respuesta a la crisis de la concepción liberal de la Constitución y por ello mismo, fueron concebidos por su creador Hans Kelsen (2009), como instrumentos de defensa jurídica y de garantía de la Constitución liberal como eficaz defensora de los derechos fundamentales. Por tal razón, el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social implica, necesariamente, una adecuación de la justicia constitucional que no puede seguir configurándose según el clásico y estricto marco kelseniano (FERRAJOLI, 2009). Precisamente, es esta expansión de la justicia constitucional la que sirve como fundamento de las críticas que se le hacen, pero en ellas subyacen los argumentos schmittianos que adquieren un nuevo vigor en la actualidad.

Es a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando surgen dos nuevas características que permiten diferenciar las nuevas Constituciones de las anteriores: a) el pluralismo social de los poderes constituyentes y b) la función transformadora de los nuevos textos constitucionales que positivizan derechos fundamentales. Conviene analizar cada uno de estos caracteres, en el entendido que al adoptarse estas constituciones, necesariamente debía cambiar la democracia decimonónica (FERRAJOLI, 2018); sin embargo, esto en sociedades como la colombiana ha sido traumático, principalmente por dos motivos: i) la ambigüedad de las declaraciones dogmáticas de la Constitución Política de 1991, fruto del pluralismo reflejado en los nuevos poderes constituyentes (JARAMILLO, 2016) y ii) la transformación cualitativa de un constitucionalismo garantista y protector de la esfera de lo privado (en la mejor tradición burguesa clásica) a un constitucionalismo que refleja las transformaciones de las estructuras económicas y sociales de un capitalismo tardío y dependiente, que nace y se desarrolla desde 1870 (FERRAJOLI, 2018).

Lo primero se constata en que, como consecuencia del sufragio restringido, en sus formas censitaria y capacitaria, establecido en todos los Estados Demo Liberales desde su formación y a lo largo del siglo XIX, fue una única clase social (muy homogénea) la que tuvo el acceso a las 'Asambleas Constituyentes', así, las constituciones se mostraban como un programa político liberal a toda la Nación. Frente a ellas, sin excesivo idealismo, se puede afirmar la 'claridad' que exigía Kelsen para sus formulaciones dogmáticas.

Pero al extenderse el derecho al sufragio y crearse el Universal, accederán a las Asambleas Constituyentes representantes de las demás clases sociales, las cuales no necesariamente compartían los ideales burgueses. Las Constituciones, como el ejemplo de la Constituyente de 1991 en Colombia, sólo podían ser el resultado de un consenso en el que de modo inevitable confluyen opuestos intereses políticos. En este tipo de constituciones surge, como una consecuencia lógica, un fuerte componente de enunciados ambiguos en casi todos los principios

dogmáticos o ideológicos de estas, que tienen como fin ordenar el sistema jurídico. Se debe tener en cuenta que estos son de naturaleza política, en tanto definen la ideología política de la Constitución (ZAGREBELSKY, 2011a).

Lo segundo se refiere a una forma de desarrollo capitalista, que provoca que los derechos fundamentales dejen de entenderse como un mecanismo de protección del individuo frente al poder político, toda vez que nacen los derechos fundamentales de contenido social. En la Alemania del segundo Reich de Bismarck, se forma un capitalismo sin instituciones demo liberales (RAMOS, 1973), por lo que se puede afirmar que Kelsen, después de la segunda posguerra, deseaba plasmar una idea liberal de Constitución, más allá de la reciente crisis provocada por los positivismos no liberales y, además, debía afrontar el reto del bloque comunista y la Guerra Fría. En este contexto, las palabras de Alexy (2003, p. 31-32) ayudan a comprender esta aspiración conceptual:

Las raíces de los derechos fundamentales en la historia de las ideas políticas son aquellas de los derechos humanos. Las huellas de estos fenómenos se encuentran por todas partes allí donde se enfatiza en el valor propio y en la igualdad de los hombres. Ejemplos antiguos de ello son la fórmula según la cual el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios, en el Génesis 1:27, la fórmula de la Igualdad que se encuentra en el nuevo testamento en la carta de san Pablo a los Galateos 3:28 y la idea de Igualdad cosmopolita de la escuela estoica, que tuvo una sugestiva expresión en la conocida frase de Séneca; "¡Ustedes son esclavos!, no, nosotros somos hombres" [...] La Carta Magna del año 1215 conoció, sobre todo en el mundo anglosajón, una eficacia persistente, aunque si bien es cierto que ella no contenía todavía derechos fundamentales basados en los derechos humanos, sino libertades permanentes. En la Inglaterra revolucionaria del siglo XVII, en la Petition of Rights de 1628, las Leyes de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1679, se dieron destacables pasos en la tipificación positiva de los derechos de libertad del ciudadano inglés. Por la influencia de estos primeros pasos de la institucionalización, y por la orientación de la moderna doctrina del derecho natural, el 12 de julio de 1776, con la declaración de derechos de Virginia, se llegó a la primera tipificación positiva de derechos fundamentales que tuviera fuerza constitucional.

Empero, afirma Alexy en el opúsculo acabado de citar que: "*a la tradición liberal de los derechos fundamentales, se contrapusieron las concepciones socialistas y del estado social*" (ALEXY, 2003, p. 34), por ende, este tema es inseparable de esta ideología política; de allí que al positivarse los derechos humanos como derechos fundamentales, pasan a implicar en el campo del derecho constitucional, un problema relativo a la técnica interpretativa que debe dar como resultado que es válido o no, como derecho, dentro del listado de derechos fundamentales.

El debate argumentativo entonces se centra en viejos y nuevos argumentos sobre derechos humanos, es decir, es primariamente filosófico y las decisiones del Tribunal Constitucional sobre ellos, son básicamente discusiones sobre la estructura de la esencia de la sociedad, por lo que lo decidido tiene amplias consecuencias políticas (DWORKIN, 2010). Esto último significa, ni más ni menos, que cada una de las interpretaciones judiciales de los derechos fundamentales permite obtener algo que el proceso político ordinario casi nunca logra: que determinada concepción jurisprudencial sobre dichos derechos hace parte esencial de la estructura de la sociedad, porque pasa a ser parte de la Constitución, con lo que de modo automático queda vedado al juego político y limita a este, toda vez que en las constituciones demo liberales, las libertades y derechos fundamentales son, por principio ideológico, un límite del poder político.

De lo anterior, se puede decir que las normas jurídicas no son, ni puede pretenderse que sean, 'proposiciones científicas' o con intencionalidad científica, a las cuales atribuirles los calificativos de verdadero o falso, porque son todas, en el sentido Kelseniano, Actos de Voluntad, con la intención que sean 'incentivos' para la acción (BERMEO, 2016, p. 104-105), es decir, instrumentos que buscan producir en la vida social de una específica sociedad (en su contexto histórico), efectos concretos: aquellos que el constituyente y el legislador tengan por los más justos, dentro de lo políticamente posible.

Además, los sistemas jurídicos constan de normas generales (Constitución, leyes, etc.), particulares (los estatutos de las asociaciones, las de los negocios jurídicos, etc.) e individualizadas (resoluciones administrativas, sentencias judiciales); pero de estas solo son aplicables de modo perfecto, en su tenor literal e inexorable, las individualizadas, porque las otras son en sí, lo que Recasens Siches denomina 'obras inconclusas' (RECASENS, 2008), toda vez que su sentido está expresado en mayores o menores niveles de abstracción.

Obsérvese que, en este contexto, el Derecho Positivo es en sí una obra circunstancial, dado que las reglas jurídicas son elaboradas desde una cierta concepción política, a partir de las necesidades de una sociedad en un contexto histórico determinado, así como también pueden ser expedidas bajo la presión de remodelar o rediseñar

las circunstancias sociales generadoras (a juicio del legislador) de esas necesidades sociales. En este sentido, el Derecho Constitucional positivo está íntimamente dotado de intencionalidad.

Por consiguiente, la función de los operadores jurídicos es creadora, no solo por el nivel de abstracción de las normas generales y particulares, sino porque las normas jurídicas nunca operan por ellas mismas, por lo que deben hacerlo por medio de la interpretación que los y las jueces les den, teniendo en cuenta un criterio sobre lo razonablemente justo frente a cada caso, en cada momento histórico determinado. En este contexto, ¿cuál debe ser el contenido político de un derecho constitucional liberal?

## 2 Democracia y Derecho Constitucional

*“La Democracia no puede separarse de la noción de partido, pero la noción de partido puede muy bien existir sin la democracia. Esto ocurre cuando un partido o un grupo de hombres cree poseer la verdad absoluta”.*

Albert Camus

La fuerza de una Constitución liberal depende del ejercicio responsable de las tareas de todos los órganos de poder del Estado. La existencia de la Jurisdicción Constitucional con su papel ampliado como creador de Derecho vía ‘modulación’ del efecto de sus sentencias y de la fuerza vinculante de la Ratio Decidendi de estas, hacen de esta un ‘Actor Político’, cuya actividad jurisprudencial tiene la virtud de influir en los demás actores de la política y encauzar el debate político e incluso, sus resultados, de modo tal que un Tribunal Constitucional es en sí un factor político.

Teniendo esto en cuenta, es el derecho Constitucional el que propende por el reforzamiento del juego democrático protegiendo los derechos que hacen posible la participación de todos, en condiciones de ‘libertad e igualdad’. Por ello, inducir cambios en los hábitos de comportamiento político por el fácil expediente de modificar reglas constitucionales, aprovechando temporales ‘mayorías’ o si se quiere, ‘mayorías arrolladoras’, viola el consenso sobre lo mínimo o fundamental que es la materialidad de una Constitución Liberal (DWORKIN, 2010). La modificación de las reglas constitucionales debe partir de una convergencia o de un consenso en el sentido de admitir que la reforma está justificada para enmendar errores o imprevistas injusticias que el orden vigente toleraba o hacía posible (ZAGREBELSKY, 2011b).

Una Constitución liberal sólo es posible en una Democracia constitucional, pero esta solo se legitima a partir de las reglas de la propia Carta Política y las reglas constitucionales son las bases que posibilitan el ejercicio de la autodeterminación de una sociedad de seres humanos libres e iguales. Es claro que la mera circunstancia de aprobar una constitución democrática no convierte de modo automático a la Nación que lo haga, en una democracia constitucional, pero, una Constitución de este tipo, por poseer una poderosa carga simbólica, se convierte en un factor clave en los procesos de democratización social y en la consolidación de esta.

Esto sucedió, por ejemplo, en Colombia con la expedición de la Constitución Política de 1991, que representa una aspiración histórica de Paz para un país atravesado por la violencia (LEMAITRE, 2009), pero que fue insuficiente para contener dos procesos minaron su potencial democrático: i) la reelección presidencial inmediata y el paramilitarismo, así como ii) la parapolítica y la transformación de los partidos políticos fuertes en meras empresas políticas clientelistas, por lo que la contienda política se convirtió en una relación entre armas, votos, drogas y tierras (BERMEO, 2020).

### 2.1 La tensión entre Derecho Constitucional y Democracia

*“No existe vida verdadera en la falsedad”.*

Theodor W. Adorno

En los años sesenta del siglo XX se dio un renacimiento de la idea de ‘Contrato Social’, en un contexto de difusión por todo occidente de un sentimiento de crisis, la crisis de la legitimación del Estado Democrático Liberal y sus normas esenciales de convivencia y funcionamiento, cuestión que condujo a la búsqueda de nuevos enfoques teóricos que fundamentaran las instituciones sociales de tradición liberal.

Esta fue la década de la guerra del Vietnam, del mayo francés, de la primavera de Praga, de la guerra de los seis días y del establecimiento de las bases de la globalización (PICKETTY, 2022). En suma, fue la década de un inmenso desconcierto, no solo por el concepto de Estado Liberal, sino por lo que debía entenderse por Filosofía Liberal.

El enfoque teórico más importante ante tal crisis de legitimación fue la reconsideración de lo que debía entenderse por 'Contrato Social' y se dijo que este debía ser un Modelo Heurístico útil para analizar los fundamentos racionales de la interacción social, teniendo a estos fundamentos como 'Reglas' que pueden ser voluntariamente aceptadas por todos.

Los teóricos que más animaron el debate sobre qué entender por 'Contractualismo' fueron John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan, quienes identificaron tres temas centrales en esa añeja idea del Contrato Social: La de la *Justicia* como criterio de este (RAWLS, 1995), la del *Contrato* como discurso insertado en una teoría discursiva (NOZICK, 1988) y la de que dicho *Contrato* está basado en el presupuesto de que quienes lo celebran son individuos racionales que persiguen sus intereses (BUCHANAN, 1977). Esto es lo que muchos teóricos denominan: 'Neo Contractualismo'.

Esta crisis apareció junto a una crisis de los partidos en EE.UU., Inglaterra, Francia, Italia y Alemania, lo que en su momento condujo a releer a Robert Michels, alumno de Max Weber, en su obra "*Los Partidos Políticos*" y las tesis allí expuestas, que a pesar de tener casi cien años de enunciadas y que fueron cínicamente usadas por los enemigos de la democracia liberal en los años de primacía de los fascismos, hoy es más real que nunca eso que de modo eufemístico se llamó: la 'Dura Realidad de los Partidos', porque es lo que más desacredita a la democracia liberal, que no puede prescindir de los Partidos (MOUNK, 2018).

Esta 'Dura Realidad de los Partidos' se da porque los mismos, son en su interior, poderes oligárquicos (Ley de Hierro de los Partidos), por lo que en cada uno existe una contradicción entre su base democrática y su deber de actuar como sujetos activos de la democracia, con su estructura interna de tipo oligárquico que asfixia esa base democrática que lo sustenta.

Esta tendencia a asfixiar la democracia que le da origen, pretende justificarse con la afirmación de que en cualquier sociedad "*la masa es incapaz de velar por sus propios intereses*" (MICHELS, 1969, p. 125), porque lo que "*Las masas democráticas se ven así obligadas a someterse a una restricción de su propia voluntad, cuando están obligadas a dar a sus líderes una autoridad que es, a la larga, destructiva del principio de la democracia*" (1969, p. 124).

En este sentido, son dos las vertientes que buscan 'superar' este problema ontológico de la democracia liberal. Por un lado, la Autoritaria, partidaria de gobiernos fuertes y del descrédito que legitime el cierre del órgano legislativo y por otro, la del Autogobierno del Pueblo (MOUNK, 2018), sin que los partidos sean los intermediarios entre el Kratos y el Demos. Sin embargo, ambas, muestran una disfunción clara y profunda entre el ser de los partidos y su deber ser político-jurídico dentro del esquema que el pensamiento liberal ha elaborado al respecto.

Estas consideraciones acerca de la dura y opresiva realidad de los partidos, es decir, esta crítica a los partidos como pervertidores del Estado Democrático Liberal, está obligada a presentar una propuesta de cómo se conforma ese deber ser en términos filosófico-políticos, dado que la corrupción que se predica de ellos es, al mismo tiempo, la del sistema político inventado por el pensamiento liberal. Así, el concepto de soberanía popular debe dejar de ser un principio de una cierta y concreta organización social y pasar a ser, en sí, una forma efectiva de organización social.

De la 'Apariencia' de soberanía popular, que se plasma en una opinión pública expresada sólo en los medios de comunicación y en las encuestas, se debe pasar a una soberanía efectivamente funcional, apoyada en la libertad y la igualdad de los individuos, lo más real y concretamente posible en el aquí y el ahora (LAFONT, 2020); vale decir, en la realización del Contrato Social desde las perspectivas identificadas por Rawls, Nozick y Buchanan, que han sido anotadas.

Sin embargo, se observa que los partidos no solo *acaban* con la posibilidad de realizar este deber ser, sino que están haciendo algo peor, lo reformulan por medio de una operación de magia o ilusionismo que induce a tener una pseudo democracia con ropaje de democracia real, por medio de presentar el ser de los partidos como si fuera en sí el deber ser de la soberanía popular.

Esta no es una realidad que solo pervierta la constitucionalidad, es algo más definitivo y corruptor: la legalidad acaba por ser elaborada (Normas) desde y por el dictado de la realidad de los partidos. Aquí está el mayor desafío de la Teoría Constitucional actual y de la actuación de la jurisdicción constitucional.

La ‘Soberanía Popular’ se usa cada vez con más desparpajo para justificar en ‘nombre del pueblo’, aventuras políticas al margen de la Constitución o en contra de ella, enmascarando mecanismos instrumentales que en sí, frenan la democracia y la falsean (MOUNK, 2018), beneficiándose las oligarquías partidistas; por ello, la tarea de un persona demócrata contemporánea no es la de ‘Reivindicar’ la soberanía sino, la de reclamar constantemente las más amplias y efectivas garantías de los derechos fundamentales, por un lado, como medio seguro de convivencia democrática que permita la participación política en todos los niveles.

Por el otro, un/a demócrata debe propugnar que la Democracia se cualifique día a día, para así limitar lo más que se pueda, la hipertrofia enfermiza de las oligarquías partidistas, por medio de desalojar toda la ‘Legalidad’ expedida por dichas oligarquías en beneficio propio; en últimas, un/a demócrata se define por su capacidad activa de defender el principio esencial de lo que es el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, esta es su tarea política primordial. Lo anterior, desde la perspectiva liberal, en la que una sociedad que se tenga como democrática, debe hacer una distinción entre tres elementos, a saber:

- La Realidad, expresada en una rápida circulación de las élites.
- El Deseo de asegurar y hacer funcionar la Igualdad.
- El Propósito de que el Demos participe en mayor medida en los procesos de toma de decisiones (Democracia Participativa), en razón a que cualquier análisis o reflexión sobre la democracia liberal gira siempre en torno a tres ideas fundamentales: La Soberanía Popular, El Autogobierno y la Igualdad, que son en sí mismas y en conjunto el ideal de la democracia liberal.

Este ideal no ignora que la Política es, en su esencia, la relación entre gobernantes y gobernados, pero esta relación debe adquirir la forma de un poder directo y limitado de los gobernantes, en conjunción con los mecanismos que tienen los gobernados de que los fines del Estado se lleven a cabo; porque en la democracia liberal, al afirmarse que el Demos es el soberano, nadie es por entero súbdito o soberano.

Si bien es cierto que no es fácil trazar tal lindero, esto no implica que este no exista, por lo que la democracia liberal funciona sobre una fuerte paradoja: existe el gobierno del pueblo, pero al mismo tiempo existe un gobierno sobre el pueblo.

El problema crucial está en cómo conciliar estos requisitos, por ello se presenta una gran discrepancia entre los principios filosóficos y las acciones. La Democracia liberal al postular el ‘Gobierno del Pueblo’, hace diaria la manifestación de una fe y al tratar de concretar está en el mundo de lo real, se torna en un caso de razón práctica, en una ética específica de acción con unos objetivos a la vista (HONNETH, 2014).

En este contexto, la Política es el resultado o producto de lo políticamente activo, por lo que la Democracia implica la manifestación que el Poder reside en el Demos actuante que la dinamiza. Por lo anterior, es el Pueblo y solo este, el productor único de resultados políticos, tal como lo concibieron los atenienses en la antigüedad. En este sentido, la Democracia solo puede ser eficaz si funcionan sus elementos clásicos esenciales: la Isogoría, la Isonomía y la Isocracia. De allí que hoy se estime que la Democracia es una rendición de cuentas de los gobernantes cuando cesan en sus cargos y un eficaz sistema de controles.

Este aspecto a su vez recuerda lo que los romanos denominaron ‘VIRTUS CIVITATIS’, lo que implicaba aceptar que la República funcionaban siempre que se adoptara una eticidad como práctica moral y no como fruto de una hiperlegislación, por lo que al respecto dijo Tácito: “*A mayor corrupción de la República, mayor número de leyes*”.

### 3 Los riesgos de la Democracia Constitucional

“— ¿Cómo podemos combinar el grado de iniciativa individual necesario con el grado de cohesión social imprescindible para la sobrevivencia?”.

Bertrand Russell

La crisis de los años sesenta antes comentada produjo un resultado interesante: una nueva fe en las constituciones escritas, expresada en una ola de creación de constituciones liberales, en países que tenían regímenes autoritarios y deseaban evolucionar hacia una democracia más funcional, que se apoyase en una nueva forma de

concebirla: ahora como democracia constitucional. Este proceso también coincide con el colapso del 'Socialismo real', a partir de la caída del muro de Berlín.

Esta fe se soporta en la convicción de que una Constitución de base liberal, es una herramienta eficaz e indispensable para el establecimiento de un sistema democrático con una fuerte vocación de estabilidad y contiene, las decisiones trascendentales del tipo de democracia que se pretende, así como se expresan en estas los distintos contextos de cada proceso constituyente que les dan origen, lo que permite comprender sus elementos más originales.

En todas la que surgieron en esta época, se acepta que la existencia de procedimientos idóneos que garanticen la supremacía de la Constitución aprobada, es condición indispensable para que el proceso democrático que le dio origen se cristalice en el funcionamiento del orden democrático erigido, porque en todos los países que lo hicieron, es tan importante evitar el retorno a regímenes autoritarios o conjurar el peligro de un derrotero 'No Liberal' de la democracia, como el objetivo de contar con una democracia,

Tal como se ha expresado hasta aquí, existe la posibilidad de aprobar una Constitución liberal y que el Estado donde se aplique no funcione, incluyendo sus elementos democráticos (LAW; VERSTEEG, 2018). Algunos teóricos afirman, que esto se da porque el constitucionalismo es un prerrequisito de la democracia y de ello concluyen que una democracia efectiva sólo es posible en un contexto de aplicación 'Fuerte' del constitucionalismo, en contraposición de versiones "débiles" del constitucionalismo.

Este 'Constitucionalismo Débil', entiende el control judicial de la supremacía de la Constitución como un 'Quasi Guardianship', expresión que se ha traducido como 'Cuasi Tutelaje', definida por Robert Dahl como el ejercicio "*por un poder judicial dotado de autoridad final sobre ciertas cuestiones ligadas a la protección de procedimientos y resultados de fondo*" (DAHL, 1992, p. 226).

Este 'Poder' sólo actúa, si los derechos fundamentales y los intereses esenciales de la sociedad, no se pueden garantizar por medio de procesos democráticos, por lo que la opción que resta es que la protección provenga de un órgano que no dependa de tales procesos. Como, por ejemplo, 'Tutelar' subsidiariamente si los procedimientos democráticos no funcionan, por eso, Dahl llama a tal órgano 'Cuasi tutor'.

En cambio, el Constitucionalismo 'Fuerte' está apoyado en el 'Estado de Derecho Constitucional' alemán nacido con la 'Ley Fundamental de Bonn' de 1949, que lo desarrolla al máximo y sirve como carta de presentación de quienes lo defienden; este se caracteriza por establecer una 'juridicidad' superior de tipo constitucional, que determina el marco estricto del poder del Estado y usando la expresión más común, le 'pone límites a la política'.

Así, todo el constitucionalismo está codificado y la supremacía de la Carta está garantizada por algún tipo de control de constitucionalidad que tiene como objetivo político: 'La positivación jurídica de los valores fundamentales en los que se apoya el orden adoptado para la vida social y política'. En este contexto, ¿Qué papel debe jugar el Principio Democrático en esta concepción del constitucionalismo?

El objetivo político enunciado, pretende moderar y si se quiere 'enmendar' el intrínseco relativismo de la democracia, para evitar que un sistema democrático se desplace hacia un 'No Liberalismo'. El garante de que este objetivo se cumpla es el Tribunal Constitucional, quien simultáneamente fija una dirección a la acción política mediante sus decisiones. Sin embargo, ¿hasta dónde es posible codificar en términos de constitucionalidad la Democracia, sin desnaturalizarla? ¿es el 'Constitucionalismo Democrático Fuerte' idóneo para sociedades con escasa o casi nula tradición democrática?

Esta concepción fuerte del constitucionalismo se tiene como apropiada para 'erigir' la Democracia, en una sociedad que aún no sea demócrata o bien, tenga una democracia distorsionada por la disfuncionalidad de sus partidos y poca conciencia cultural de lo que ella significa; esto se debe a que el Derecho tiene como uso social importante, crear hábitos alrededor de la práctica de sus reglas, de allí que muchos estimen que una Constitución da inicio a una tradición donde los principios formales insertados en su texto, tales como los derechos fundamentales, la representación política y la división de poderes, entre otros, terminan por ser tenidos como una racionalización de la colectividad en su casi siempre azarosa experiencia en edificar y desarrollar una democracia (HONNETH, 2014).

Por consiguiente, mantener a toda costa la supremacía real y efectiva de la Constitución en los términos de esta concepción 'Fuerte', implica aceptar que la disminución del Derecho al autogobierno expresado por mayorías

temporales, debe restringirse a cambio de la ventaja de conservar la estabilidad del sistema, mantenerlo seguro e imprimir como visión la búsqueda permanente de los objetivos que a ese orden político constitucional, le ha asignado el constituyente.

El modo como se mantenga dicha supremacía y la forma en que sea influida por los procesos políticos de los partidos, dirá enseguida, cuál es el tipo real de gobierno y el estado de la Democracia del país de que se trate; por tanto, siendo la Democracia una práctica de conductas permanentes y regulares, ella genera unos usos y en sí misma, un 'Estilo' de vida que necesita para existir. Así como nosotros, los seres humanos, necesitamos al aire y participamos de proceso de creación a diario, la Democracia implica un *Ethos*, que termina por ser el único modo de auto reconocerse como tal (HONNETH, 2014). En este contexto, en la concepción 'Fuerte' del constitucionalismo, la Democracia integra la 'ideología' de este.

Así considerada, la Democracia no es solo el resultado de valoraciones utilitaristas, sino que al reivindicarla como el más adecuado sistema para promover y defender la dignidad de los seres humanos, debe producir el imperativo ético de defenderla como el mejor de los bienes sociales, incluso con el valor o coraje de desenmascarar a quienes buscan usar los formalismos y procedimientos democráticos para destruirla desde dentro. Luego, ¿Qué se pierde creando una judicatura autónoma, capaz de hacer valer los derechos fundamentales y la democracia que los posibilita? En verdad, nada. Es un puro cálculo de pros y contras en el diseño constitucional.

El Judicial Review, tal como se concibió para la Constitución de Estados Unidos, significa que la Corte Suprema es un tipo de guardián de esta, con la función de 'ayudar' al soberano a mantener su coherencia, por medio de aceptar las restricciones que de manera voluntaria se impuso, para tener la certeza de que en todas las circunstancias se conducirá responsablemente por medio de un necesario 'autogobierno'; en este contexto, el vínculo voluntario a las reglas precisas y más o menos rígidas del Contrato Social, es el mejor escenario para obtener metas comunes y trascendentes de carácter duradero, esa es, precisamente, la aventura de la Democracia, una construcción colectiva y diaria de la nacionalidad.

En este sentido, la Democracia Liberal supone implícitamente una sociedad civil con cierta fortaleza, que tenga la posibilidad constante de crecer, que sea pluralista y por ende incluyente y que los ciudadanos que la integran, sean conscientes de sus derechos, que solo se pueden ejercer en condiciones de igualdad y libertad. La Democracia constitucional antes que una doctrina o una teoría decantada, es una eficaz '*solución*' de tipo práctico para el problema enunciado, respecto a dotar de legitimidad a un sistema de gobierno imperfectamente democrático, donde las decisiones colectivas no siempre serán justas, pero que se propone garantizar que los procedimientos de adopción de dichas decisiones, sí lo sean.

Con esta no se asegura un gobierno perfecto, pero al poner el eje del sistema en la preservación de la libertad y la seguridad de cada cual, el peligro de la tiranía de los gobernantes o los excesos de las mayorías, parece menos aterrador. Al respecto, conviene recordar las históricas palabras de James Madison:

Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, sobrarían tanto los controles externos como internos del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres, la gran dificultad radica en esto: primero habrá que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados, y luego obligarlo a que se regule a sí mismo (GARCÍA; ESPINOSA, 2013, p. 23; HAMILTON; JAY; MADISON, 1941).

## 4 Conclusiones

Lo dicho, permite colegir que ninguna Democracia puede sostenerse frente a una cultura política débil o contraria a la misma. Pensar que los derechos políticos esenciales pueden ser protegidos por la sola garantía judicial es incurrir en demasiada ingenuidad. Como no existe una única definición de democracia, ni tampoco acuerdo sobre las reglas de la misma y solo existe este en relación a sus elementos básicos, determinar el alcance de cada derecho político esencial, esto es, de los derechos fundamentales, es una cuestión política.

Por ello, ningún Tribunal Constitucional, por más autoridad que se le atribuyera, hubiera podido hacer algo frente a un contexto político antidemocrático que deseaba acabar con el Estado de Derecho, como en la Italia de 1923, la Alemania de 1933 o el Chile de 1973, el Uruguay de este mismo año o el Perú de 1992. El principio de

supremacía de la Constitución nunca se asumió con seriedad en las constituciones del siglo XIX en Latinoamérica (GARGARELLA, 2014), incluido en Colombia (GARCÍA; UPRIMNY, 2005).

En este sentido, el principio de supremacía de la Constitución analizado se enuncia así: *La Constitución es la norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma de rango inferior (fuere cual fuese), debe resolverse por medio de la aplicación de la Carta Fundamental declarando la inexecutableidad o nulidad de la norma de jerarquía inferior.* Con la Carta Constitucional colombiana de 1991, este principio, que existía en el resto de los países latinoamericanos, adquiere una inmensa importancia, porque debe proteger la Democracia basada en la participación y el multipartidismo.

Pero existe una razón más relevante: la consagración del Estado Social de Derecho, apoyado en la constitucionalización del Derecho, con el propósito de defender los derechos Fundamentales. Tal defensa compete al Tribunal Constitucional por medio de acciones específicas, consagradas en la Constitución, lo que conlleva a una ampliación del papel original de guardián de la supremacía de la Carta fundamental. Esto implica al menos tres consecuencias:

- La limitación del Hiperpresidencialismo, algo imposible de lograr por medio de actos legislativos.
- La disminución del poder del Congreso al establecerse jurisprudencialmente la creación de Derecho.
- El marchitamiento de la Democracia representativa, por la crisis de los partidos que no asimilan nuevos sectores sociales y no hacen eficazmente el control político.

En este contexto, solo la Democracia puede ofrecer la mejor garantía a la Libertad, a la Igualdad y a más niveles de solidaridad social, allí donde la jurisprudencia constitucional no puede llegar; pero sin demócratas es imposible que exista la democracia y esa ha sido la tragedia colombiana y latinoamericana.

## 5 Referencias

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

BERMEO, Luis. Las normas jurídicas: una aproximación desde el convencionalismo jurídico y el análisis económico del derecho. *Inciso*, Bogotá, v. 18, n. 1, p. 99, 30 jun. 2016.

BERMEO, Luis. Armi, voti, terra e il problema del conflitto armato in Colombia. Modopoli, 2020, n.p. Disponível en: <http://www.mondopoli.it/2020/07/15/armi-voti-terra-e-il-problema-del-conflitto-armato-in-colombia/> . Acesso em: 11 oct. 2022.

BUCHANAN, James. *Freedom in constitutional ontract: perspectives of a political economist*. College Station: Texas A & M University Press, 1977.

CAMPDERRICH, Ramón. *La palabra de Behemoth: derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.

DAHL, Robert. *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós, 1992.

DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In.: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In.: CARBONELL, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

- GARCÍA, Mauricio.; ESPINOSA, José. *El derecho al estado: los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2013.
- GARCÍA, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia?: una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá D.C.: [s.n.].
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- HAMILTON, Alexander.; JAY, John.; MADISON, James. *The federalist*. New York: The Modern Library, 1941.
- HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- JARAMILLO, Juan. La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. In: GARCÍA, Mauricio et al. (Ed.). *Constitución, democracia y derechos*. Bogotá : Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- LAFONT, Cristina. *Democracy without shortcuts: a participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- LAW, David.; VERSTEEG, Mila. *Constituciones aparentes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- LEMAITRE, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes., 2009.
- MICHELS, Robert. *Los partidos políticos*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1969.
- MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- NOZICK, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- PICKETTY, Thomas. *Una breve historia de la igualdad*. Bogotá : Ariel, 2022.
- RAMOS, Antonio. *Historia social y política de Alemania*. v.1. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RECASENS, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México D.F.: Porrúa, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011a.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2011b.