

# DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO: UNA DISTENSIÓN CONCEPTUAL

Edir Mercado García<sup>1</sup>

## RESUMEN

La democracia y el constitucionalismo son instituciones que desde sus raíces conceptuales y orígenes históricos han estado contrapuestos. La primera se observa como la posibilidad de la participación popular en las decisiones de lo público, y el segundo como los controles al ejercicio de lo público, incluyendo la participación popular. En este artículo se indaga sobre aspectos conceptuales de esta tensión y se intenta demostrar que pueden ser conceptos conciliables en el ejercicio ciudadano y político contemporáneo.

## ABSTRACT

Democracy and constitutionalism are institutions that have been opposed to each other from their concept roots and historic origins. The former is seen as a possibility for popular participation in the decisions made regarding public matters, while the latter as control over public issues, including popular participation. In this article, we inquire into the concept aspects of this tension, and attempt to prove that both can be agreeable concepts for the civic and contemporary political endeavors.

## PALABRAS CLAVE

Democracia, constitucionalismo, jueces constitucionales, poder ciudadano.

## KEY WORDS

Democracy, constitutionalism, constitutional judges, civic power.

Este artículo hace parte del proyecto de investigación Democracia y constitucionalismo en Colombia, adelantado como investigador del Grupo JUSTICIA CONSTITUCIONAL<sup>2</sup>. Depositado en julio 30 de 2010, aprobado en noviembre 5 de 2010.

- 1 Abogado. Magíster en Derecho público de la Universidad Externado de Colombia. Docente de las universidades Libre – Sede Cartagena y San Buenaventura – Seccional Cartagena. Actualmente es el Subdirector Jurídico del Departamento de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Es miembro del grupo de investigación en categoría C, JUSTICIA CONSTITUCIONAL
- 2 JUSTICIA CONSTITUCIONAL es un grupo de investigación interinstitucional de la Universidad de Cartagena y la Universidad Libre, Sede Cartagena.

## INTRODUCCIÓN

Este informe de investigación hace parte del proyecto de investigación democracia y constitucionalismo en Colombia, adelantado como investigador del Grupo JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

El problema de investigación que se abordó fue: frente a la clásica tensión entre democracia y constitucionalismo de los estados constitucionales con gobiernos democráticos, como Colombia, ¿cuáles son los principios que priman en la tendencia política contemporánea?

Este problema se torna relevante cuándo a partir del contractualismo, inicialmente, y del republicanismo, con posterioridad, adquiere relevancia la contraposición de los poderes que conforman el Estado. En Colombia, al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, ha existido una tendencia de ejecutivos fuertes, que incluso pueden evidenciarse como sistemas presidencialistas. Hasta qué punto el legislativo y los jueces han sido contrapesos materiales y eficaces para el ejecutivo, es un indicador de la solidez del sistema jurídico.

Las herramientas metodológicas a utilizar son las pertinentes en las investigaciones básicas, toda vez que se trata de una investigación jurídica. Se requiere de un trabajo teórico y analítico, el cual incluye análisis teórico, filosófico y documental. Se realizará siguiendo fundamentos del contexto, variables específicas de cada caso y técnicas de recolección de información tales como: compilación de antecedentes documentales e históricos, verificación y análisis jurisprudencial.

Los métodos teóricos usados son análisis y síntesis. Análisis porque pretendemos abordar el objeto de investigación (la Ley) y reflexionar de manera crítica, sobre las consecuencias que se pueden generar en las modalidades de culpa. Síntesis porque se pretende, a partir de los diferentes estudios, integrar conceptos, reflexiones y concluirlos para afianzar y estructurar la hipótesis.

## TENSIONES ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO. ¿ASPECTOS RECONCILIABLES?

La dicotomía de asignar al pueblo un poder absoluto o con límites específicos visibles principalmente en un sistema constitucional, en general, y en una constitución política, en particular, nos sitúa en la tendencia a escoger a cual institución darle primacía sobre otra: a la democracia o al constitucionalismo. Esta difícil elección configura grandes problemas al interior de los Estados. En el caso colombiano, principalmente a partir de la Constitución de 1991 cuando entra en el panorama judicial y político el Tribunal Constitucional.

Desde luego la principal advertencia es que se debe buscar un equilibrio entre ambos, sin embargo, no puede desconocerse la dificultad que ello implica. Generalmente, no obstante buscarse una integralidad conciliadora entre democracia y constitucionalismo, al igual que en un ejercicio de ponderación, se termina privilegiando, así sea en proporción mínima, a una de estas instituciones.

## DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO. NOCIONES BÁSICAS

Respecto a las diferentes posiciones frente al debate se resalta la posición de Jon Elster, por considerarla una de las más críticas e integrales sobre este asunto. Elster va a plantear que una decisión más adecuada debe nacer de la democracia y tener restricciones constitucionales. A continuación se presenta el planteamiento de este debate desde la perspectiva de Elster y Rune, a partir de su obra sobre democracia y constitucionalismo (ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. 1999).

En primer lugar, sostiene Elster que “la tirantéz entre el constitucionalismo y la democracia solo es, por así decirlo, la proyección bidimensional de un problema tridimensional. La tercera dimensión que da hondura a esa tirantéz, es el objetivo de una eficaz toma de decisiones liberada, que requiere tanto la participación popular como las restricciones constitucionales.” Y plantea los que considera problemas básicos de

esta cuestión: ¿Por qué una sociedad desearía limitar su propio poder soberano? ¿Por qué una sociedad democrática toleraría lo que parece ser una dictadura del pasado sobre el presente? ¿El constitucionalismo es tan sólo un instrumento proyectado en provecho de la clase propietaria? ¿O tal vez las garantías constitucionales sobre la propiedad han sido dictadas en beneficio de todos en general?

Él lo ha denominado los tres aspectos de un dilema: un primer estudio que analiza en sí los conceptos de democracia y constitucionalismo, uno segundo en el cual desarrolla argumentos a favor de una limitación constitucional en las democracias, y uno tercero en el cual se aborda el aspecto económico y de la propiedad respecto al debate, y el cual no se detallará aquí.

Respecto al primero de los estudios, Elster aborda el concepto de democracia de la siguiente forma: “Entenderé la democracia como el simple gobierno de la mayoría, con base en el principio de “una persona, un voto”. Para el presente propósito resultará útil darle una concepción más amplia, de modo que abarque regímenes en que, por ejemplo, los esclavos, los extranjeros, las mujeres, los desposeídos y los menores estén excluidos del electorado. Aun cuando éste sea escaso, podría surgir cierta tensión en un régimen mayoritario sin trabas y sin la necesidad de tener restricciones constitucionales. (...) Desde luego, cabe señalar que la limitación del electorado es una restricción a la democracia pero no de carácter constitucional, según el empleo que se hace de este término, ya que a los individuos excluidos de manera casi general no se les consintió que votaran a la hora de tomar la decisión.

Así mismo, resulta útil incluir la democracia directa, al igual que la representativa, en el ámbito de esta investigación”<sup>3</sup>.

Respecto al constitucionalismo señala: “El vocablo constitucionalismo alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sen-

tido son autoimpuestos. Tales límites pueden adoptar variedad de formas y ser de procedimiento o sustantivos, así como obstruir o tan sólo hacer más lento el proceso del cambio legislativo. Muchos países cuentan con una Constitución escrita que, entre otras cosas, dispone de complicados procedimientos para modificar la propia Constitución, lo que implica demoras, mayorías calificadas y cosas por el estilo. Las cláusulas de menor importancia pueden ser de procedimiento o sustantivas. Comprenden regulaciones detalladas del proceso electoral y de la votación de la asamblea, así como garantías para diversos derechos individuales, sean civiles o políticos.

El principal elemento protector de los derechos en las Constituciones modernas es el “principio de la legalidad (...) No debe confundirse con el requisito, a veces designado como “imperio de la ley”, de que las leyes deben ser (relativamente) estables y previsibles. El principio de la legalidad sostiene que en el presente no se legisle para el pasado, mientras que el imperio de la ley permite que se legisle para el futuro. Ambos son importantes para garantizar la seguridad y la paz del espíritu, sin la cuales no es posible el buen funcionamiento de cualquier sociedad; no obstante, prevalece el principio de legalidad como la condición fundamental.

No todas las regulaciones son propiamente elaboradas con limitaciones al gobierno mayoritario. Muchas de estas son más bien proyectadas como formas sin las cuales no podría existir este tipo de gobierno. Son necesarias estas reglas para determinar cuándo deberán celebrarse elecciones, precisarse los distritos electorales y escogerse los mecanismos para que a través de ellos se obtengan votos y se definan vencedores. No obstante, estas formas de gobierno mayoritario pueden elegir también medios para delimitar su propia acción. Por ejemplo, el gobierno mayoritario se ve constreñido por un sistema de elecciones que se verifica en períodos determinados y que impide que el gobierno emanado de la mayoría escoja el momento más propicio, o sea, el de mayor

---

3 Ibidem

número de oportunidades, para su reelección. (...) Como se describe en este trabajo, las Constituciones cumplen dos funciones (que se solapan): proteger los derechos individuales y constituir un obstáculo a ciertos cambios políticos que tendrían lugar si fueran del interés de la mayoría.

Esta última función se manifiesta de varias maneras: al declarar anticonstitucionales ciertos cambios, así como al convertir el proceso de cambio en algo tan complicado y difícil que pocas propuestas podrían salvar tantos inconvenientes, o mediante la delegación irreversible de ciertas tareas a instrucciones independientes, como la Junta de la Reserva Federal. De estas diversas maneras, sólo las dos últimas mencionadas pueden efectuarse mecánicamente y sin el recurso de la interceptación. La otra requiere, por lo general, juicio e interpretación, y así queda, por razones obvias, fuera del sistema político propiamente dicho. Si la mayoría pudiese interpretar los estatutos que limitan su autoridad, sería irresistible la tentación de forzar la interpretación a su conveniencia, cada vez que no se dispone de procesos mecánicos (incluso, la aleatoriedad), se vuelve esencial la revisión judicial. No es un hecho casual que el constitucionalismo esté estrechamente asociado con el Tribunal Supremo, aunque se debe enfatizar que los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial.

En términos muy generales, y con el requisito que se acaba de plantear, se puede asociar la democracia con la asamblea elegida y el constitucionalismo con el Tribunal Supremo (o su equivalente, como el francés conseil constitutionnel). La tercera rama del sistema político es el ejecutivo. La asamblea encarna la participación popular; el Tribunal supremo, las restricciones constitucionales y el Ejecutivo materializa la necesidad de acción. A veces, el ejecutivo puede sentir que sus acciones son obstaculizadas por las otras dos ramas. Ello tal vez resulte más evidente en circunstancia de guerra. Tocqueville sostenía que en estado de guerra una jefatura aristocrática o monárquica desplegaría mayor y superior caudal de recursos de lo que lo haría un gobierno democrático,

aunque tuvo buen cuidado de añadir que a largo plazo una democracia crearía más recursos que una aristocracia. (...)

Cualquiera que sea el lado que se adopte en esta controversia, sin duda un bando del constitucionalismo se puede resumir como “reglas contra discrecionalidad”. Éste es el rostro que el constitucionalismo muestra en su lucha contra quienes día tras día ejercen el poder, materializado ya sea en una monarquía o en un gobierno emanado de un partido mayoritario. Otro bando se puede resumir como “razón contra pasión”, o como “politique politisante contra politique politissé”. Así, el constitucionalismo representa los momentos especiales de la historia de una nación en que una discusión profunda y basada en principios trasciende a la intriga y al regateo de la cotidiana política mayoritaria, siendo el objeto de estos debates aquellos principios que servirán de obstáculos a las futuras decisiones de la mayoría. (...) El problema general que obsesiona al constitucionalismo - ¿por qué debe estar una generación obligada por las decisiones de sus predecesoras?- se exacerbaría si 51% de una generación pudiese obligar a la siguiente generación a cumplir principios que podrían anularse sólo por decisión de una mayoría de dos terceras partes o incluso por unanimidad.

Se observa, que el constitucionalismo sostiene una guerra en dos frentes: contra las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno. Además, existe una tensión constante entre estas dos ramas. Todo gobierno desea recibir su mandato de manera tal que le permita el ejercicio eficiente de su juicio discrecional, mientras que toda asamblea desea especificar lo máximo posible como habrá de cumplir su mandato. Sin embargo para prevenirse contra el abuso del poder gubernamental, la asamblea puede decidir emplear los instrumentos propios de la democracia más que los del constitucionalismo. Los principios de procedimiento de apertura y de participación en las decisiones administrativas por los más profundamente afectados por ellas son los valores democráticos no derivados del pensamiento constitucional.

Se podría establecer un argumento similar con respecto a la interpretación de John Ely

de la teoría constitucional. Insiste Ely en que el propósito de la revisión judicial es proteger los procedimientos democráticos contra cauces y distorsiones y en que el establecimiento de principios sustantivos de justicia es tarea de la legislatura y no de los tribunales. La tarea del Tribunal Supremo consiste en proteger los derechos políticos de los ciudadanos y no sus derechos civiles, ya que al ejercer éstos, sus derechos políticos (debidamente protegidos) podrán definir y proteger por sí mismos sus derechos civiles. Si aceptamos esta opinión, ¿estamos diciendo que estos valores de procedimiento limitan la democracia... o que, sencillamente, son parte de lo que queremos conceptualizar como democracia?

La conclusión general (...) es que en ambos las guerras libradas por el constitucionalismo, como se les ha concebido tradicionalmente, pudieran estar volviéndose menos importantes. Hasta cierto punto, las restricciones constitucionales sobre la acción gubernamental están siendo reemplazadas por restricciones y controles democráticos. De manera similar, las restricciones sustantivas constitucionales sobre el gobierno de la mayoría están siendo reemplazadas – es controvertible que así sea – por controles de procedimiento (o reinterpretados como tales)<sup>74</sup>. (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, para Elster es muy importante el concepto de auto obligación, precisamente este será el eje conceptual de su obra *Ulises y las sirenas*. Aunque posteriormente en *Ulises desatado* varíe un poco su esquema básico. Respecto a ello intenta resolver los interrogantes respecto a los motivos para la auto obligación, siendo que la tendencia humana es a querer actuar y no restringirse. Citamos al respecto: “¿Por qué querría una asamblea política abdicar de la plena soberanía, que posee en principio, y fijar límites a sus propias acciones futuras? Desde una perspectiva intergeneracional, la pregunta es: ¿qué derecho tiene una generación para limitar la libertad de acción de sus sucesoras, y por qué estas últimas deben sentirse obligadas por las restricciones establecidas por sus antepasados?(...) Resulta

una perogrullada señalar que las limitaciones constitucionales dificultan a la asamblea o a la sociedad cambiar de opinión en cuestiones importantes. Los grupos, no menos que los individuos (aunque no exactamente en el mismo sentido que los individuos), se ven sujetos a arrebatos pasionales, de autoengaño y de histeria, que podrían constituir una mayoría temporal a favor de decisiones que después lamentarían. Pero, entonces, se podría preguntar por qué los miembros de la asamblea no anulan sencillamente las decisiones en cuanto lleguen a resultar. Después de todo, se puede suponer que la asamblea sabe lo que está haciendo, y no que necesite protegerse contra sí misma.

Parte de la respuesta a esta pregunta la sugiere la analogía con el matrimonio. La estabilidad y duración de las instituciones políticas son un valor importante en sí mismas, ya que permiten elaborar planes a largo plazo. Pero si todas las instituciones están siempre disponibles, quienes ejerzan el poder se verán tentados a aprovechar sus puestos con fines privados, y los marginados del poder vacilarán en crear proyectos que lleven tiempo para rendir frutos. Además, si nada puede darse por garantizado, el faccionalismo producirá grandes pérdidas.

Otra parte de la respuesta es que no todas las decisiones se pueden anular. Imaginemos que una mayoría no constreñida por restricciones constitucionales decide que una amenaza externa o interna justifique una suspensión de las libertades cívicas o promulgue una legislación retroactiva contra los “enemigos del pueblo”. En el primer caso, tales medidas causan víctimas a quienes no siempre es posible indemnizar posteriormente (...) En el segundo caso, la suspensión temporal de derechos conduce fácilmente a la abolición permanente del propio gobierno de la mayoría y a su remplazo por una dictadura.(...) Acaso sea éste el argumento principal a favor de las limitaciones constitucionales a la democracia: sin éstas, la democracia en sí se debilitaría en lugar de fortalecerse.

Obsérvese entonces, como desde la perspectiva

4 Ibidem

de Elster, el constitucionalismo puede contribuir al fortalecimiento de la democracia, al poner límites que conllevan a su debilitamiento o distorsión. El autor mencionado pone énfasis en las ventajas que estas instituciones tienen la una sobre la otra.

Otros conceptos pertinentes se citan y analizan a continuación. Para Vidal Gil el constitucionalismo está directamente relacionado con el garantismo, el cual encontrará sus límites en los derechos de los individuos o asociados. Al respecto, analizaremos posteriormente posiciones más radicales y menos liberales, como las de Schmitt. Volviendo a Vidal, éste considera que “Desde su origen el garantismo intenta limitar la potestad de la mayoría, manteniendo el principio de la soberanía, pero negando frente a Rousseau que ello implique capacidad de disponer soberanamente de la existencia de los individuos y de sus derechos y libertades fundamentales.

En este sentido el constitucionalismo, entendiendo por tal siguiendo a MacCormick, “la doctrina legal según la cual el poder político sólo debe ser ejercido bajo las disposiciones constitucionales y sometido a los límites constitucionales” representa la antítesis de la democracia; para el autor escocés, la democracia entendida como gobierno de la mayoría pura, sin trabas, es una doctrina anticonstitucional, por lo que concluye afirmando que el constitucionalismo es un requisito previo para la democracia.

La democracia que Kelsen resume en tres puntos: la idea de relativismo versus el objetivismo, la existencia de la negociación y el compromiso como medios de soluciones, los conflictos sociales y la homogeneidad social como elemento sobre el que se asienta la democracia. (...) J. de Lucas “entendiendo la homogeneidad social en sentido normativo como “la existencia de un consenso en torno a un mínimo ético que decían los clásicos, a un código de valores que actúa como mínimo común denominador que es lo que hoy parece representar la Constitución”

Así como el sistema de pesos y contrapeso limita a todo órgano generador de poder, debe pensarse, aceptarse que en una democracia

constitucional debe haber límites para el pueblo. Luego si el funcionamiento igualitario sostiene límites a cada actor de poder, que justifica que el poder del pueblo tenga un contrapeso” (Vidal Gil, 1994).

## JUECES Y DEMOCRACIA

Para Garzon Valdes la función de los jueces de Altas Cortes, y específicamente los que cumplen funciones de guardianes de la constitución, a nuestro entender (al igual que en Elster) lo que hacen es poner límites a los impulsos populares. Al respecto sugiere algunas medidas: “La función de los jueces supremos no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de la voluntad. Pero como los jueces tienen que ser designados por el poder político, parece aconsejable, a fin de reducir el peligro de la politización de los tribunales y promover la autonomía judicial, adoptar las siguientes medidas como la especialización y la confiabilidad: es decir, centrar exclusivamente la actividad del tribunal supremo en cuestiones vinculadas con la interpretación de los principios básicos de la Constitución (...)

La confiabilidad se basa, además, en una serie de supuestos, algunos de tipo sociopsicológico de difícil fundamentación racional. Son ellos los que, en parte, inducen a la aceptación de un elemento aristocrático: un tribunal de unos pocos no elegidos por el pueblo y cuya función es confirmar o enmendar las decisiones de los representantes democráticamente elegidos en aquellas cuestiones vinculadas con las reglas y principios básicos de la Constitución.

El ciudadano de un Estado democrático es un “homo suffragans restrictus”: sólo le está permitido negociar y decidir por mayoría aquellas cuestiones que no caen dentro del ámbito del “coto vedado”. Éste se refiere a aquellos intereses y deseos primarios de las personas que no pueden ser afectados si no se quiere caer en aquello que Hans Kelsen llamaba el “dominio de la mayoría”, es decir, el poder totalitario del mayor número: la “enfermedad republicana”, según Alexis de Tocqueville.

El ámbito de la política es de los intereses y deseo secundarios de los ciudadanos. La limitación de la actividad del homo suffragans no es el resultado de una autosujeción del tipo restricciones – Ulises, sino que es algo que es impuesto desde afuera. Son estas limitaciones externas las que hacen viable la vigencia del “principio de mayoría” e impiden el suicidio de la democracia como consecuencia de lo que James M. Buchanan llamara “el apetito de las coaliciones mayoritarias”. Por ello se preguntaba, con razón: ¿Puede el hombre moderno, en la sociedad democrática occidental, inventar o conseguir suficiente control sobre su propio destino como para imponer restricciones a su propio gobierno, restricciones que puedan impedir su transformación en un genuino soberano hobbesiano?

La respuesta que el diseño democrático constitucional da a esta pregunta es la formulación de restricciones constitucionales y la creación de los llamados tribunales supremos y/o constitucionales encargados de asegurar la vigencia de aquellas. (...) en la medida en que la sociedad se vuelve más homogénea social y económicamente, aumenta la confianza en la democracia. Tal es lo que sucedió en las transiciones española y alemana. En ambos casos, los tribunales constitucionales jugaron un papel importante como promotores de una igualdad material.

Para Bobbio el aspecto procedimental de la democracia es fundamental y esencial a su definición: “Hago la diferencia de que la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primaria o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos. (...)”.

Desde luego para Bobbio, el liberalismo y su estado de derecho es un supuesto fundamental de la democracia organizada, sin que esto deje de generar problemas, considera: “De ahí que el estado liberal no solamente es el supuesto histórico sino también jurídico del estado democrático. El Estado liberal y el Estado

democrático son interdependientes en dos formas: 1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales. En otras palabras: es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y por otra parte es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales. (...) El principio fundamental del pensamiento democrático siempre ha sido la libertad entendida como autonomía, es decir, como capacidad de legislar para sí mismo, de acuerdo con la famosa definición de Rousseau, que debería tener como consecuencia la plena identificación entre quien pone y quien recibe una regla de conducta y, por tanto la eliminación de la tradicional distinción, en la que se apoya todo el pensamiento político, entre gobernados y gobernantes. (...)“El contenido mínimo del Estado democrático no ha decaído: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas o tomadas con base en el principio de la mayoría, de cualquier manera siempre después del debate libre entre las partes o entre los aliados de una coalición de gobierno. Existen democracias más sólidas o menos sólidas, más vulnerables o menos vulnerables; hay diversos grados de aproximación al modelo ideal, pero aun la más alejada del modelo no puede ser de ninguna manera confundida con un Estado autocrático y mucho menos con uno totalitario.”

Se considera fundamental una de sus conclusiones respecto a la democracia: “Cuando se desea conocer si se ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país se debería investigar si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en las decisiones que les atañen, sino los espacios en los que pueden ejercer ese derecho. (...) “Las frecuentemente chuscas reglas formales de la democracia introdujeron, por primera vez en la historia de

las técnicas de convivencia, la resolución de los conflictos sociales sin recurrir a la violencia. Solamente allí donde las reglas son respetadas el adversario ya no es un enemigo sino un opositor que el día de mañana podrá tomar nuestro puesto. El ideal de la renovación gradual de la sociedad mediante el libre debate de las ideas y el cambio de la mentalidad y la manera de vivir: únicamente la democracia permite la formación y la expansión de las revoluciones silenciosas, como ha sido en estas últimas décadas la transformación de la relación entre los sexos, que es quizás la mayor revolución de nuestro tiempo.” (Bobbio, 1986)

“Pero Rousseau estaba convencido de que “no ha existido ni existirá jamás verdadera democracia”, porque necesita de muchas condiciones que son difíciles de reunir, en primer lugar de un Estado muy pequeño, “en donde se pueda reunir el pueblo y en donde cada ciudadano pueda sin dificultad conocer a los demás”; en segundo lugar “una gran sencillez de costumbres que prevenga o resuelva con anticipación la multitud de negocios y de deliberaciones espinosas”; luego “mucha igualdad en los rangos y en las fortunas”; y, por último, “poco o ningún lujo”. Recuerden la conclusión: “si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres.” (Bobbio, 1986)

El ensayo de Ronald Dworkin titulado Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo y los tribunales. Plantea interrogantes como el carácter democrático de la revisión judicial: “¿Es democrática la revisión judicial? En Canadá y en los Estados Unidos, leyes promulgadas por legisladores electos por mayoría de votantes son declaradas inconstitucionales por los jueces.” (Carbonell, Miguel y otro. 2010). Y añade Dworkin una de las críticas más sonadas: “Democracia significa Gobierno del Pueblo, pero aquello parece ser, más bien, gobierno de los Jueces”. (Op. Cit)

Considera el autor en comentario que “La amenaza real que una constitución plantea a la democracia es más profunda, y no tiene nada que ver con el hecho de que los jueces no sean

elegidos. (...) Pero cuando las Constituciones establecen límites al poder de la mayoría, aquella suposición democrática es dejada de lado: No se pretende entonces, que las decisiones reflejen la voluntad de las mayorías. (...) Pero casi todos admiten que la revisión judicial compromete los principios democráticos. (...) La mayoría de constituciones contemporáneas escritas contienen disposiciones expresamente estructurales y expresamente restrictivas. (...) Entonces el hecho de que una mayoría actual no pueda cambiar la Constitución cada vez que desee consolidar su poder y evitar que se formen nuevas mayorías en el futuro, mejora la Democracia.” (Op. Cit).

Respecto al mismo problema sostiene Dworkin que “Los Constitucionalistas Estadounidenses se muestran desafiantes y sostienen que la democracia no lo es todo y que la protección de los derechos individuales, cuando estos son amenazados, es más importante que realizar la voluntad de la mayoría; desean que las disposiciones restrictivas de la Constitución se interpreten conforme a este generoso espíritu e invita a la Suprema Corte a reforzar, completa y decididamente los principios morales que, según creen debería limitar a la democracia (...) Tengo cierta simpatía por esta posición frente al problema, pero se encuentra con dos objeciones familiares, la primera consiste en que sólo la democracia permite la igualdad, y la segunda consiste en que la democracia no es sólo un derecho de otros, sino una teoría acerca de cómo la comunidad debería decidir qué otros derechos respetará (...) La real contraposición, digamos, no es entre la democracia y otros valores, sino entre métodos democráticos y métodos elitistas para decidir qué otros valores se reconocerán.”

En cuanto a las limitaciones propias del constitucionalismo a la Democracias argumenta que: “No es mi intención sostener la absurda afirmación de que toda restricción del poder mayoritario mejora la democracia sino sólo que la gama de restricciones que la mejoran es mucho más amplia y variada una vez que reconocemos que el gobierno por el pueblo es comunitario y no estadístico. (...) Estas disposiciones y otras, restringen abiertamente lo que puede hacer una mayoría, pero no parecen susceptibles de tra-

ducción estructural a la concepción estadística de la democracia, como reconoce ELY. (...) El modelo comunitario nos permite considerar la libre expresión, con carácter estructural, desde el lado del hablante, porque tal aspecto de dicha libertad protege el principio de independencia.”

En cuanto a la labor del Juez, considera el autor referenciado que: “Cualquier interpretación judicial debería tener como fin una descripción coherente del orden jurídico en su conjunto. En una democracia toda interpretación del derecho constitucional, debería considerar, justamente el hecho de la democracia. (...) Dado que nuestras naciones tienen constituciones con disposiciones restrictivas, cualquier interpretación de nuestras democracias debería ser consistente con el hecho de que rechazamos el mayoritarismo irrestricto (...) Porque dicha interpretación de la democracia nos permite comprender las disposiciones constitucionales restrictivas como partes importantes de la historia democrática, no como si la estuviéramos poniendo en riesgo.”(Op. Cit).

Considera vital Dworkin los límites constitucionales a la democracia como instrumentos protectores de la misma: “Las cláusulas restrictivas como expresiones de principios políticos y morales que protegen la democracia, no como residuos de la historia política o lastres que deberían ignorarse en la medida de lo posible.(...) la democracia y las restricciones constitucionales no son antagonistas, sino que, en principio, van de la mano.”

## LA RACIONALIDAD Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

En Ulises y las sirenas, Jon Elster plantea una definición hasta hoy bastante referenciada de la racionalidad humana: “La racionalidad específicamente humana se caracteriza por la capacidad de relacionarse con el futuro, en comparación con el miope y gradual ascenso de la selección natural” y va a sostener que “La conducta estratégica es capacidad exclusivamente humana” (Elster, 1989). Desde luego, esto está profundamente relacionado con el constitucionalismo como mecanismo jurídico - político de estrategia previsible para resolver problemas.

“El hombre es capaz de tomar en cuenta la naturaleza estratégica del contexto (...) el hombre es capaz de concebir la solución de juegos en la que ningún autor tiene una estrategia predominante.”

Una condición necesaria para la racionalidad colectiva es transición al pensamiento estratégico, donde cada actor debe tomar en cuenta las intenciones de todos los demás incluyendo el hecho de que las intenciones de ellos se basen en sus expectativas concernientes a las suyas propias (...) desde nuestro actual punto de vista el hecho decisivo es que los actores humanos no solo toman sus decisiones sobre la base de sus expectativas del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás.

“La solidaridad es altruismo condicional, a diferencia del altruismo incondicional del imperativo categórico y del egoísmo incondicional de la sociedad capitalista.

“Si los seres humanos fuesen siempre tan racionales como pueden serlo a veces, así es como se comportarían.”

Dentro de las categorías de racionalidad que describe Elster (perfecta, imperfecta, problemática, irracionalidad, va a usar su famoso símil de Ulises y las sirenas, dentro de la categoría de racionalidad imperfecta: “Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era sencillamente el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación – ser débil, y saberlo – señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta.”

“El problema de atarse a sí mismo es pertinente a muchos problemas de la filosofía de la mente (¿quién ata a quién?). Y de psicología moral (¿quién tiene el derecho de atar a quién?).”

“La tesis general que estamos defendiendo es que atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad.”

lidad por medios indirectos. Sin embargo, hay otro camino, que consiste en una redistribución del espacio interno de la persona, sin ningún mecanismo causal establecido en el mundo exterior. (...) Creo yo que la estrategia de Ulises esta íntimamente relacionada con el enfoque aristotélico de la psicología, mientras que las otras nociones tienen estrechos vínculos con la filosofía existencialista.”

En cuanto a lo que significa atarse a sí mismo, señala Elster: “Definición tentativa de lo que es atarse a sí mismo (...) un obvio requerimiento es que: Atarse a sí mismo es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo  $t_1$  para aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo  $t_2$ . Aquí el punto fundamental es que el cambio esperado de la probabilidad de la acción ulterior deberá ser el motivo de la primera; no un efecto inesperado, ni un efecto predecible, pero recibido sin desagrado (...) tal condición permite también métodos complejos y jerárquicos que incluyen tres o más decisiones (...) (Op. Cit)

En cuanto a lo que el denomina la asignación Ulises, manifiesta: “Podemos definir la asignación de Ulises como la persona que es capaz de atarse a sí misma, a la asignación que inicialmente prefiere para lograr congruencia. (...) Una teoría general de la acción humana, puede esbozarse de la manera siguiente. Para explicar por qué una persona en una situación dada se comporta de un modo y no de otro, podemos ver su acción como resultado de dos sucesivos procesos de filiación. El primero tiene el efecto de limitar el conjunto de acciones posibles en abstracto al conjunto factible, es decir al conjunto de acciones que, simultáneamente satisfacen cierto número de limitaciones físicas, técnicas, económicas y político legales. El segundo tiene el efecto de seleccionar un miembro del conjunto factible como la acción que se emprenderá.” (Op. Cit)

Para el Elster de Ulises y las sirenas las sociedades pueden atarse a sí mismas. Sin embargo como el mismo lo afirmará con posterioridad la autorestricción de las sociedades es de difícil consecución. Por ello se privilegiarán teorías en donde los límites provengan de un órgano encargado de ello: el Tribunal Constitucional.

## CONCLUSIONES

Luego de este breve recorrido por las instituciones democracia y constitucionalismo, corresponde la realización de las reflexiones finales de este trabajo.

Sea lo primero señalar que a partir del contractualismo, inicialmente, y del republicanismo, con posterioridad, adquiere relevante importancia la contraposición de los poderes que conforman el Estado. Debe destacarse, que nos referimos principalmente al pueblo como elemento vivo y poder constituyente, y por otro, a los poderes constituidos y organizados, que muchas veces se contraponen entre sí.

La dicotomía de asignar al pueblo un poder absoluto o con límites específicos visibles principalmente en un sistema constitucional, en general, y en una constitución política, en particular, nos sitúa en la tendencia a escoger a cual institución darle primacía sobre otra: a la democracia o al constitucionalismo. Esta difícil elección configura grandes problemas al interior de los Estados. En el caso colombiano, principalmente a partir de la Constitución de 1991 cuando entra en el panorama judicial y político el Tribunal Constitucional.

En términos muy generales, y con el requisito que se acaba de plantear, se puede asociar la democracia con la asamblea elegida, y el constitucionalismo con el Tribunal Supremo (o su equivalente, como el francés conseil constitutionnel). La tercera rama del sistema político es el ejecutivo. La asamblea encarna la participación popular; el Tribunal supremo, las restricciones constitucionales y el Ejecutivo materializan la necesidad de acción. A veces, el ejecutivo puede sentir que sus acciones son obstaculizadas por las otras dos ramas.

Así, el constitucionalismo representa los momentos especiales de la historia de una nación en que una discusión profunda y basada en principios trasciende a la intriga y al regateo de la cotidiana política mayoritaria, siendo el objeto de estos debates *aquellos principios que servirán de obstáculos a las futuras decisiones de la mayoría.*

Se observa, pues, que el constitucionalismo sostiene una guerra en dos frentes: contra las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno. Además, existe una tensión constante entre estas dos ramas. Todo gobierno desea recibir su mandato de manera tal que le permita el ejercicio eficiente de su juicio discrecional, mientras que toda asamblea desea especificar lo máximo posible como habrá de cumplir su mandato.

Sin embargo, para prevenirse contra el abuso del poder gubernamental, la asamblea puede decidir emplear los instrumentos propios de la democracia más que los del constitucionalismo. Los principios de procedimiento de apertura y de participación en las decisiones administrativas por los más profundamente afectados por ellas, son los valores democráticos no derivados del pensamiento constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998
2. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de estudios constitucionales (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 1997.
3. ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, México, 2002.
4. ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral”, En: VÁSQUEZ, Rodolfo. (comp.). Derecho y Moral. Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
5. Bobbio Norberto. (1994) El Futuro De La Democracia. Bogota , Colombia: Fondo de Cultura Económico.
6. Cepeda Espinosa, Manuel Jose y Duhamel, Olivier. Las Democracias. Entre el derecho constitucional y la política. TM Editores. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. 1997
7. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo; El canon neoconstitucional. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2010
8. Carbonell, Miguel. Teoría constitucional y derechos fundamentales. México. 2002.
9. Correa Henao; Magdalena. La limitación de los derechos fundamentales. Editorial: universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2003. Colombia
10. Dahl . A. Robert (1988). Un Prefacio a la Teoría Democrática. Bogota, Colombia: Ediciones Lerner Limitada.
11. Dahl . A. Robert (1991). Los Dilemas del Pluralismo Democrático. México: Consejo Nacional para la Cultura y Las artes, Alianza Editorial.
12. Dahl A. Roberto (1982). Los dilemas del Pluralismo Democrático. México: Consejo Nacional para la Cultura y Las artes, Alianza Editorial.
13. Duna John. (1995). Democracia Un Viaje Inacabado. Barcelona , España: Tusquets Editores.
14. Elster, Jon. Ulises y las sirenas. Fondo de cultura económica. México. 1989
15. Ernesto vidal Gil. Doxa 15-16. I. 1994
16. Ernesto Garzón Valdés isonomia18\_02
17. (Jon Elster y Rune Slagstad. Constitucionalismo y Democracia. México: Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión. 2001; Pág. 10).
18. Hart Ely. John (1997). Democracia y Desconfianza. Una Teoría del control constitucional . Bogota. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes .
19. KELSEN, Hans Teoría pura del derecho. UNAM, México. 1982
20. KELSEN, HANS. ¿Qué es justicia? Ariel S.A. Barcelona, 1992.
21. Locke John. Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno Civil. Buenos Aires: Editorial Losada. Pág. 9. 2004)
22. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.
23. LOPEZ MEDINA, Diego E. La letra y el espíritu de la ley. Universidad de los andes y editorial Temis, Bogotá, 2008.

24. NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética La imaginación literaria y la vida pública. Traducción Carlos Gardini, editorial Andrés Bello, 1997, Barcelona.
25. Osuna Patiño; Nestor Ivan. Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Colombia 1995.
26. Sartori Giovanni. (1965). Aspectos de la democracia. México: Editorial Limunisa \_ Wiley, S.A.
27. Sartori Giovanni, (1994). Que es la Democracia, Ensayo. Bogota , Colombia. Altamir Ediciones.
28. Sosnovski saúl y Roxana Patiño.(1999). Una Cultura para la Democracia en América Latina. México: UNESCO, Fondo de Cultura Económica.
29. Touraine Alain. (2006). ¿Qué es la Democracia?. México: Fondo De Culruta Económica.
30. Vargas alejo, Pinzón de Lewin Patricia, Palacio German, Florence Thomas, Restrepo Dario, Alexey Julio, Villa Van Cottehem Camilo. (1994). Democracia Formal y Real. Instituto para el desarrollo y la Democracia Luis Carlos Galan.

# **Derecho Comercial**

